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

VOLUME 17 – 1999

COLEÇÃO ACADÊMICA DE DIREITO

Volume 11

RS/Porto Alegre – Av. Pernambuco, 2810 – 90240-002 – Fone: (51) 346.1300 / Fax: (51) 222.9112
SP/São Paulo – Praça da República, 376/11º andar – 01045-000 – Fone e Fax: (11) 3224.9600
RJ/Rio de Janeiro – Av. Nilo Peçanha, 50/1301 – 20044-900 – Fone e Fax: (21) 253.8168
PE/Recife – Av. Marquês de Olinda, 200/310 – 50030-000 – Fone e Fax: (81) 224.2440

Internet: www.sintese.com – E-mail: edisin@ez-poa.com.br

Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Professora Wrana Maria Panizzi – Reitora
Professor Nilton Rodrigues Paim – Vice-Reitor

Faculdade de Direito
Professor Eduardo K. M. Carrion – Diretor
Professor Plínio de Oliveira Corrêa – 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	Professora Judith Martins-Costa
Professor Carlos Silveira Noronha	Professor Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira
Professora Cláudia Lima Marques	Professor Plauto Faraco de Azevedo
Professor Franz August Gernot Lippert	Professor Plínio de Oliveira Corrêa
Professora Guiomar Theresinha Estrella Faria	Acadêmico Walter Guilherme Hütton Corrêa
Professor Igor Danilevicz	

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. –
Vol. 17 – Porto Alegre : UFRGS. 1999 – 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
Piedese 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

Av. Pernambuco, 2810 – CEP 90240-002
Porto Alegre-RS – Fone: (51) 346.1300 / Fax: (51) 222.9112
Praça da República, 376/11º andar – CEP 01045-000
São Paulo-SP – Fone e Fax: (11) 3224.9600
Av. Nilo Peçanha, 50 – sala 1301 – CEP 20044-900
Rio de Janeiro-RJ – Fone e Fax: (21) 253.8168
Av. Marquês de Olinda, 200/310 – CEP 50030-000
Recife-PE – Fone e Fax: (81) 3224.2440
Internet: www.sintese.com
E-mail: edisin@ez-poa.com.br

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

Ruy Cirne Lima

Agradecimento

A direção da Revista da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
agradece à bibliotecária Cleide Antonia
Manfredini e ao estagiário de biblioteconomia
Ronaldo Ghellere por suas colaborações.

Homenagem a José Luiz de Almeida Martins Costa - 100 anos de uma vida dedicada ao Direito

No dia 11 de agosto de 1999 - justamente o 11 de agosto que marca o aniversário da criação dos Cursos Jurídicos no Brasil é, por isto, o Dia do Advogado - faleceu em Porto Alegre, com 100 anos e quatro meses, José Luiz de Almeida Martins Costa que, por quase 30 anos, foi professor de Direito Civil nesta Faculdade.

O falecimento do Professor Martins Costa enseja à Direção desta Revista a recordação, ainda que breve, das suas origens familiares e culturais, na medida em que a sua longa e profícua presença na cátedra de Direito Civil marcou, profundamente, a cultura do Direito Civil que ensinamos e praticamos.

A família paterna de José Luiz de Almeida Martins Costa chegou ao Brasil no início do século XIX: o Alferes Domingos de Almeida Costa, natural de Viana do Castelo, no norte de Portugal aportou na província do Maranhão, logo desposando Ludovina Martins Ferreira, de tradicional família da então vila do Brejo dos Uirapurus. Dos vários filhos que tiveram, destacou-se José de Almeida Martins Costa, magistrado, formado na Faculdade de Olinda que atuou em diversas comarcas pelo País, pois à época, existentes apenas as Faculdades de Direito de Olinda e de São Paulo, os juízes deslocavam-se por todo o território nacional.

Em 1876, já viúvo, e com dois filhos pequenos, José de Almeida Martins Costa foi removido para Porto Alegre, promovido a Desembargador do então Tribunal da Relação. Sua atuação foi destacada: em 1892, quando exercia a Presidência da Corte, enfrentou com denodo o Poder Executivo (o chamado "Governicho", dos apaniguados de Floriano Peixoto), defendendo a independência da Magistratura frente aos atos de força do Governo, o que lhe valeu perder o cargo de Presidente.

Seus filhos, José e Antônio, tão logo concluídos os seus estudos de Direito em Olinda e São Paulo, retornaram a Porto Alegre, para exercer a advocacia e para ingressar, como

Professores, na recém fundada Faculdade Livre de Direito. José, como um dos fundadores, foi o primeiro Professor de Direito Comparado e Antônio, um pouco mais tarde, veio a lecionar Direito Penal, sendo, mais tarde, Juiz Federal.

José Martins Costa Júnior, o pai de José Luiz, casou-se com Maria do Carmo Gonçalves de Carvalho. O casal teve ainda outros dois filhos homens, Camilo de Almeida Martins Costa, também ilustríssimo advogado e professor de Direito Constitucional, e Décio de Almeida Martins Costa, médico e político.

José Luiz, advogado brilhante e centro de uma das mais prestigiadas bancas de advocacia do Estado, dotado de cultura invulgar, era, fundamentalmente, um **Professor**: marcou esta Faculdade pelo brilho de suas aulas, entre os quais se inclui o ao final assinado, pelo entusiasmo que soube inculcar em seus alunos pelo Direito, e por introduzir o que hoje se chama de "método de casos": em suas aulas, a teoria era permanentemente entrecortada com o estudo de casos concretos, nascidos da sua experiência como advogado.

O entusiasmo pelo Direito refletiu-se, também, em sua descendência: casado com sua prima Judith, filha de Antônio Martins Costa e Hermínia Palma Mattos, teve o casal oito filhos,¹ dos quais quatro advogados, dois deles, Antônio e Celso, foram Professores de Direito Civil desta Faculdade, integrando atualmente, a Professora Doutora Judith Martins Costa, neta do homenageado, com brilho o quadro dos professores desta Faculdade.

F. A. Gernot Lippert

Professor e Diretor da

Revista da faculdade de Direito da UFRGS

1. José Luiz enviuvou em 1848, casando-se, em segundas núpcias, com Myriam Augustoni Martins Costa, tendo então mais oito filhos dos quais um é advogado.

Sumário

Informe sobre la Responsabilidad Civil en el Proyecto Argentino de Codigo Civil de 1998	9
Atilio Aníbal Alterini	
A Função de Satisfação na Indenização do Dano Pessoal Um elemento penal na satisfação do dano ?	25
Bernd-Rüdiger Kern	
✕ Problemas Atuais da Livre Apreciação da Prova	47
Carlos Alberto Alvaro de Oliveira	
Contrato de Franquia Empresarial (Franchising)	57
Cristiano Heineck Schmitt	
Crise do Direito e Ensino Jurídico	71
Eduardo Kroeff Machado Carrion	
A Controvérsia sobre os Direitos Humanos	77
Ernst Tugendhat	
A Formação da Elite Jurídica no Rio Grande do Sul: Notas para uma Pesquisa	89
Fabiano Engelmann	
Como Pesquisar?	103
Harriet Christiane Zitscher	
✕ O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade	111
Ingo Wolfgang Sarlet	
Do Positivismo Jurídico à Democracia em Kelsen	133
José Levi Mello do Amaral Júnior	
Projeto de uma Nova Ação de Revisão do Julgado	145
José Maria Tesheiner	
Dimensões da Independência do Poder Judiciário	167
José Néri da Silveira	
✕ O Sistema na Codificação Civil Brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas	189
Judith Martins-Costa	

José Luiz de Almeida Martins Costa – 100 anos de uma vida dedicada ao Direito	205
<i>Judith Martins-Costa</i>	
La «société sportive» dans quelques ordres juridiques étrangers	213
<i>Michael R. Will</i>	
A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais – Direito Brasileiro e Países do Mercosul: Considerações sobre a Necessidade de Alterações no Direito Internacional Privado Obrigacional do Bloco	225
<i>Nadia de Araujo</i>	
Mercosur - Una Introduction	235
<i>Ricardo Luis Lorenzetti</i>	
✕ Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático	267
<i>Robert Alexy</i>	

Informe Sobre La Responsabilidad Civil En El Proyecto Argentino De Código Civil De 1998(*)

Atilio Antibal Alterini

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales na Universidade de Buenos Aires

El 18 de diciembre de 1998, y luego de tres años y medio de trabajo, los miembros de la Comisión Honoraria que integramos con los profesores doctores Héctor Alegría, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman, presentamos al Ministerio de Justicia argentino un Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio, de 2532 artículos (Su texto puede ser leído en <http://www.alterini.org> y en <http://www.lopezcabana.com>, y descargado de <http://snts1.jus.gov.ar/minis/Nuevo/ProyectoCodigoCivil.htm/>).

2. Dicho Proyecto de Código Civil de 1998 adoptó el criterio de unificación de las áreas contractual y extracontractual de responsabilidad civil, que están claramente diferenciadas en el Código Civil vigente. Su artículo 1107, que fue tomado de Aubry y

Rau, traza una frontera entre las órbitas contractual y extracontractual de responsabilidad, en cuanto establece que “los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidos en los artículos de este Título (relativo a los hechos ilícitos), si no degeneran en delitos del Derecho criminal”. De ello resultan varias diferencias de régimen, de las cuales las más importantes “son la extensión de la reparación y la concerniente al plazo de prescripción de las acciones” (XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bariloche, 1989).

A partir de 1987 tres proyectos de reformas propusieron llevar adelante esa unificación en Argentina. Así lo previó, en 1987, el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, proveniente de la Cámara de Diputados de la Nación

(*) Relación presentada en Roma el 12 de abril de 1999 en el Seminario “Derecho romano y unificación del Derecho. Experiencia europea y latinoamericana (con especial atención a la responsabilidad extracontractual)”, realizado en la *Università degli Studi di Roma Tor Vergata*, con el cual se abrió el *Corso di Perfezionamento e di Magister* del corriente año.

(año 1987), que fue preparado por una Comisión Honoraria que integraron los profesores Héctor Alegría, Jorge Horacio Alterini, Miguel Carlos Araya, Francisco A. de la Vega, Horacio P. Fargosi, Sergio Le Pera, Ana Isabel Piaggi y el que habla; fue sancionado por el Parlamento, tuvo registro con el número 24.032, pero el Poder Ejecutivo la vetó íntegramente mediante el decreto 2.719/91. Posteriormente, la denominada Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación elaboró, a su vez, otro proyecto de unificación, que fue sancionado el 3 de noviembre de 1993, y pasó en revisión al Senado; la Comisión Honoraria redactora fue integrada por los doctores Héctor Alegría, Jorge Horacio Alterini, Miguel Carlos Araya, María Artieda de Duré, Alberto Mario Azpeitia, Enrique C. Banchio, Alberto J. Bueres, Osvaldo Camisar, Marcos M. Córdoba, Rafael Manóvil, Luis Moisset de Espanés, Jorge Mosset Iturraspe, Juan Carlos Palmero, Ana Isabel Piaggi, Efraín Hugo Richard, Néstor E. Solari, Félix Alberto Trigo Represas y Ernesto C. Wayar. Un tercer proyecto, con idéntica finalidad, fue preparado a instancias del Poder Ejecutivo Nacional por una Comisión creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 468/92, cuyo texto fue remitido al Senado de la Nación, y publicado en el Diario de Asuntos Entrados del 13 de agosto de 1993; la Comisión redactora estuvo compuesta por los doctores Augusto C. Belluscio, Salvador Darío Bergel, Aída R. Kemelmajer de Carlucci, Sergio Le Pera, Julio César Rivera, Federico Videla Escalada y Eduardo A. Zannoni.

Como se recuerda en los Fundamentos del Proyecto de Código Civil

de 1998, no obstante la literalidad textual del mencionado artículo 1107, la frontera que traza fue debilitada por varios estatutos legales. La índole contractual o extracontractual de la responsabilidad es indiferente en los casos de daños resultantes del riesgo minero (artículo 58 del Código de Minería) o de la explotación de una instalación nuclear (Convención de Viena de 1963 sobre Daños Derivados del Uso Pacífico de la Energía Nuclear - ley 17.048, artículo IV). La responsabilidad para el caso de ruina de obra que impone el artículo 1646 del Código Civil (según ley 17.711) rige tanto para el comitente cuanto para los terceros. El carácter contractual propio de la relación laboral no obstó en su momento a la aplicación del artículo 1113 del Código Civil (Cám. Nac. del Trabajo en pleno, 26.10.71, "Alegre c/ Manufactura Algodonera Argentina"). El artículo 1º de la ley 23.592, al prever la reparación del daño moral y material ocasionado por un acto discriminatorio, no dispensa un tratamiento distinto según se origine dentro o fuera del área contractual. En el régimen estatutario del consumidor la legitimación pasiva es idéntica, sea que se trate de daños contractuales o extracontractuales (artículo 40 de la ley 24.240 de defensa del consumidor, según ley 14.999). Las citadas XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil consideraron que "existe unidad sistemática en materia de responsabilidad civil, a partir del dato de concebir al daño como el centro de gravedad del sistema".

Sin embargo, las principales diferencias que subsisten entre los regímenes contractual y extracontractual de responsabilidad (diversa extensión de la

responsabilidad, distintos plazos de prescripción), tienen significativa incidencia en el Derecho de daños, y justifican el sostenido reclamo de la doctrina por la unificación de ambos sistemas. En ese sentido, las Jornadas de Responsabilidad por Daños en Homenaje al Doctor Jorge Bustamante Alsina (Buenos Aires, 1990) recomendaron establecer una única regla de atribución de daños con base en la idea de relación de causalidad adecuada, y unificar los plazos de prescripción liberatoria.

3. Ese es uno de los ejes del Proyecto de 1998, cuyo artículo 1581 dispone que las normas atinentes a la responsabilidad civil "son aplicables cualquiera que sea la fuente del deber jurídico de cumplir o de reparar el daño".

Por lo tanto, unifica la extensión de la responsabilidad, con respecto a lo cual el artículo 1609 adopta la teoría de la causalidad adecuada, en estos términos: "La responsabilidad abarca las consecuencias que se hallan en relación de causalidad adecuada con el hecho generador. Quedan comprendidas en ellas las consecuencias inmediatas y las consecuencias mediatas previstas o previsibles; y están excluidas las consecuencias casuales".

Unifica también la regulación de la prescripción liberatoria pues, conforme al artículo 2501, está sujeta al plazo de cuatro años; en el Código vigente rige el plazo de diez años para la responsabilidad contractual (artículo 4023), y el de dos años para la responsabilidad extracontractual (artículo 4037). Ello no impide que el Proyecto prevea plazos especiales de dos

años para "la acción para reclamar indemnización de daños por la circulación terrestre de vehículos de toda especie", para "la acción de Derecho común para reclamar indemnización de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo", y para "todas las acciones derivadas del contrato de transporte terrestre" (artículo 2502, incisos b, c y d). La aplicación de un plazo de prescripción más breve que el ordinario para los daños derivados de la circulación terrestre de vehículos fue inspirada por el artículo 2947 del Código Civil italiano. El plazo bienal para los infortunios laborales es el fijado por la legislación especial (artículo 56, ley 10744 [t.o. decreto 390/76] y artículo 24, ley 24.557). En materia de transporte terrestre, actualmente la situación es caótica: si un pasajero es dañado cuando viaja en un vehículo en el transporte interno, rige el plazo de un año (artículo 855 del Código de Comercio, según ley 22.076), pero si el damnificado por el vehículo es un peatón se aplica el plazo de dos años (artículo 4037, Código Civil); para mayor confusión, en la Provincia de Buenos Aires -que es la jurisdicción judicial que cuenta con mayor número de habitantes- una jurisprudencia pretoriana extiende a dos años el plazo de que dispone el pasajero (Suprema Corte de Buenos Aires, L.L. 1986-D-659; 1986-E-69).

4. Otro eje del Proyecto de 1998 es la prevención del daño, a la que se tiende mediante tres mecanismos: la consagración del deber de evitar el daño, la asignación de virtualidades a las medidas técnicas tendientes a evitarlo, y la tutela inhibitoria.

En los Fundamentos del Proyecto se recuerda que el Código Civil no aceptó la *cautio damni infecti* (artículo 1132), no obstante lo cual la ley de reformas 17.711 del año 1968 dio lugar a la *denuncia de daño temido*, autorizando la traba de medidas cautelares en la eventualidad de que de una cosa deriven daños (agregado al artículo 2499) o molestias (nuevo artículo 2618), las cuales son aplicaciones de la teoría de la prevención del daño. Esta es protagonista principal del pensamiento moderno, que procura una solución *ex ante* en vez de una respuesta *ex post* como la que tradicionalmente se daba mediante la indemnización de un perjuicio ya producido; de no ser así, «ello importaría tanto como crear el derecho de perjudicar» (Aguilar). Los Fundamentos agregan: «La prevención tiene un sentido profundamente humanista pero, a la vez, es económicamente eficiente. Porque la evitación de daños no sólo es valiosa desde la perspectiva ética, sino también desde el puro punto de vista macroeconómico: por ejemplo, cuando resultan daños personales de la circulación de vehículos, los costos sociales aumentan por la mayor utilización de hospitales públicos, y por la mayor actividad de los servicios de policía y de administración de justicia».

La Constitución Nacional, tras la reforma del año 1994, concede la acción de amparo cuando son amenazados derechos y garantías reconocidos por ella (artículo 43) y, asimismo, insta a la «prevención» de conflictos relativos a los servicios públicos (artículo 42 *in fine*).

a) Con respecto al primero de los mencionados mecanismos de prevención -

la consagración explícita del deber de evitar el daño-, el artículo 1585 del Proyecto establece que «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. c) De no agravar el daño, si ya se ha producido».

Correlativamente, el artículo 1587 dispone: «El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada».

En Europa se ha desarrollado la idea de *pena privada*, que Hugueney desarrolló tempranamente en Francia («*L'idée de peine privée en Droit contemporain*», Dijon, 1904), y que en la actualidad está firmemente establecida (por todos, Viney, G., «*Les obligations. La responsabilité: effets*», Paris, 1988, Nº 4, pág. 5). La regulación propuesta por el Proyecto de 1998 está emparentada con dicha idea de

pena privada y, en particular, con la de daños punitivos -o, mejor dicho, *condenaciones punitivas*-, de los que trata el § 908, ap. 1, del *Restatement of Torts 2nd.*, según el cual sirven para «penar a una persona por su conducta ofensiva, y para disuadir a ella, y a otros como ella, de obrar una conducta similar en el futuro», por lo que cumplen funciones de *prevención especial* y de *prevención general*. El apartado 2 del mismo § 908 del *Restatement* especifica que los «daños punitivos» pueden ser aplicados «por una conducta ofensiva, en razón de los motivos perversos del demandado, o de su indiferencia respecto de los derechos ajenos», tomando en consideración «el carácter del acto del demandado, la naturaleza y la extensión del perjuicio que el actor causó o intentó causar, y la fortuna del demandado». En Inglaterra -no obstante que los *punitive damages* fueron restringidos en 1964 por la sentencia de la Cámara de los Lores en la causa «*Rookes v. Barnard*» [A.C. 1129]- son otorgados si el condenado obtuvo beneficios superiores al monto de la indemnización. En Francia, la sentencia del 13 de febrero de 1991 dictada en la causa «*Belmondo*» -según el criterio del primer Abogado General Lindon- incriminó a quienes «se especializan en la revelación de secretos de alcoba [pues] saben antes de publicar una indiscreción o una fotografía que les valdrá un proceso y una condena, consultan con su abogado sobre el monto probable de esta condena, y, después de haber comparado esta evaluación con la cifra de sus negocios, toman alegremente la responsabilidad de exponerse a los rayos por demás mojados de la Justicia» (J.C.P., 71, II, 16774).

Desde otra perspectiva confluyente, el artículo 115 del Proyecto dispone que «no es exigible el cumplimiento del contrato que tiene por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad de una persona, salvo que correspondan a su actividad habitual y que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias».

b) Una segunda vía de acción de la prevención del daño es instar a la adopción de medidas técnicas tendientes a evitar el daño. Conforme al Proyecto de Código Civil de 1998, si el sindicado como responsable las adoptó, se libera cuando el daño proviene de cosa sin riesgo propio; y tiene el derecho de prevalerse de ciertos topes cuantitativos a la indemnización.

El artículo 1667 del Proyecto dispone que «el guardián es responsable por el daño causado por una cosa que carece de riesgo», pero aquél «se libera, total o parcialmente, si prueba haber actuado con diligencia, a cuyo fin debe haber adoptado las medidas de prevención razonablemente adecuadas».

Conforme al artículo 1634, como veremos luego, la limitación cuantitativa de responsabilidad objetiva no es invocable por quien «no adoptó las medidas de prevención razonablemente adecuadas».

También veremos que el artículo 1669 libera de la responsabilidad resultante de la obligación de seguridad de medios a quien adoptó «las medidas de prevención razonablemente adecuadas».

c) La tercera vía de acción es la tutela inhibitoria, que tiende a prevenir la realización o la reiteración de un daño, es

decir, actúa aunque éste no se haya producido y, en todo caso, intenta evitar su repetición. Como se sabe, a diferencia de la tutela cautelar, la tutela inhibitoria no depende de una acción principal, y puede ser positiva o mandatoria, cuando el tribunal impone un hacer; y negativa o prohibitiva, cuando impone una abstención. Seguramente, para aplicarla es preciso tener en consideración el agudo criterio de Larenz acerca de la "justa medida", con la cual se logra -eficientemente- el adecuado equilibrio de intereses contrapuestos en la línea del menor perjuicio.

El artículo 1586 del Proyecto de Código Civil de 1998 prevé al respecto que "el tribunal tiene atribuciones para disponer, conforme a las circunstancias, medidas tendientes a evitar la producción de daño futuro". La doctrina argentina acepta ese criterio (por todos, Zavala de González, M., "La tutela inhibitoria contra daños", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año I, N° 1, enero-febrero de 1999, pág. 1), y los jueces la han dispuesto incluso de oficio, por ejemplo, en el caso en que una niña de trece años cayó en un depósito artificial de agua producido por excavaciones en la vía pública y murió por asfixia, ordenando que la municipalidad -con función preventiva de daños a otras personas- colocara una cerca protectora en torno a las excavaciones inundadas, así como carteles indicadores de peligro, y que mantuviera un servicio permanente de vigilancia en el lugar durante las horas diurnas (Cámara Federal de la Plata, Sala III, L.L., 1989-C-117).

5. Otro eje del Proyecto de Código Civil de 1998 es la dilución del requisito de antijuridicidad, con un criterio ya propiciado por el Proyecto de Código Único de 1987. Es útil recordar lo que expresan al respecto sus Fundamentos: "La responsabilidad civil está emplazada en un área móvil. Los viejos odres del Código Civil resultaron insuficientes para contener las soluciones apropiadas a los tiempos cambiantes, tanto que en la Era Industrial, seguramente, la respuesta más singular resultó de la legislación laboral. Cuando se entró en los albores de la Era Tecnológica fueron repensadas ideas generalmente tenidas por válidas, y se procuró dar soluciones adecuadas a los nuevos requerimientos, muchas veces mediante una relectura de los antiguos textos legales. En Argentina, como en el Mundo, el concepto de responsabilidad civil evolucionó de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización (Lambert-Faivre); hoy importa la injusticia del daño antes bien que la injusticia de la conducta generadora (López Olaciregui), porque 'el Derecho contemporáneo mira del lado de la víctima y no del lado del autor' (Ripert). El Proyecto pretende adecuarse al criterio de que la modificación de perspectiva 'sólo será válida y valiosa en la medida en que tenga al Hombre como núcleo y pivote; en que lo sirva y sea útil para su realización' (Messina de Estrella Gutiérrez). En un importante fallo del año 1986 (CSJN *in re* 'Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos') la Corte Suprema de Justicia de la Nación dio impulso a las nuevas ideas al señalar dos pautas de significación fundamental: que el principio

alterum non laedere tiene raíz constitucional, y que las soluciones jurídicas deben adecuar al sentido de justicia de la sociedad. En cuanto a la primera expresión, se colige fácilmente que, cuando menos en la literalidad, es aun más amplia que la conclusión de la famosa sentencia del Consejo Constitucional francés del 22 de octubre de 1982 (D.S., 1983, 189; G.P., 1983, I, 60), pues no incluye el requisito de la culpa (*faute*) como antecedente de la indemnización. Y en cuanto a la segunda, que el hombre contemporáneo tiene la expectativa de que cualquier daño le sea resarcido, puesto que dejó de inclinarse con resignación 'ante el azar nefasto' (Mazeaud). En este sentido, las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariloche, 1989) declararon, por unanimidad, que uno de los 'mecanismos desmasificadores' es 'la moderna concepción del derecho de daños, que centra su óptica en la víctima'.

En Argentina, la sustitución del concepto de antijuridicidad plasmado en el vigente artículo 1066 del Código Civil resulta de todos los últimos proyectos de reformas. El Proyecto de Código Único de 1987 propició la derogación de ese texto del Código Civil. El Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación de 1993, lo sustituyó por este otro: "Todo acto positivo o negativo que causa un daño es antijurídico si no se encuentra justificado". El Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional de 1993 previó, para un nuevo artículo 1549, la siguiente versión: "La violación del deber de no dañar a otro genera la obligación de reparar el daño causado, conforme a las disposiciones de este Código"; y, para el artículo 1550, esta

otra: "Salvo disposición legal en contrario, no son indemnizables los daños causados en el ejercicio regular de un derecho o facultad".

La antijuridicidad, que supone una conducta que, en sí misma, es ilícita, se desvanece como presupuesto de esa responsabilidad no bien se acepta que es reparable el daño *sufrido* injustamente, sin que sea menester que se trate de un daño *inferido* ilícitamente. El tema, pues, se traslada a la teoría de las causas de justificación. La conducta que causa un daño, o tiene aptitud para causarlo (artículo 1067, Cód. Civil), aunque no sea *antijurídica*, genera responsabilidad cuando no está justificada: por ejemplo, porque no implica el ejercicio regular de un derecho (artículo 1071, Cód. Civil y doc. artículo 34, inciso 4º, Cód. Penal), o legítima defensa (doc. artículo 34, inciso 6º, Cód. Penal).

Ello significa que la responsabilidad es controlada principalmente mediante la idea del ejercicio regular del derecho de obrar. Sólo se atribuye al causante el daño injusto, y únicamente se considera injusto al que es causado sin derecho. La cuestión se ve claramente en materia de competencia comercial: es obvio que la instalación de un nuevo competidor en determinado mercado perjudica a quienes ya estaban operando en ese mercado, porque el recién llegado absorbe a algunos clientes que eran de ellos; pero, mientras el nuevo competidor actúe regularmente, ajustándose a las reglas de la competencia leal, nadie puede reclamarle indemnización alguna.

En ese orden de ideas el artículo 1588 del Proyecto de Código Civil de 1998

establece: "Debe ser reparado el daño causado a un derecho, o a un interés que no sea contrario a la ley, si no está justificado". El artículo 1589 prevé: "El daño está justificado: a) Si es causado en el ejercicio regular de un derecho o de una facultad, salvo en el caso del artículo 1676 [responsabilidad del Estado por actos lícitos]. b) Si es causado en defensa propia, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual, injusta y no provocada. c) Si es causado para conjurar un mal actual o temido, injusto y no provocado, y de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero. Quien sufre el daño tiene derecho a ser compensado equitativamente por el beneficiado. d) En el ámbito de las relaciones de familia, si la admisión de una acción reparatoria puede poner en peligro los intereses generales respecto de la persistencia y de la estabilidad de la institución familiar, de la solidaridad entre sus miembros y, en su caso, de la piedad filial. e) En el caso de afectar intereses de incidencia colectiva, si corresponde considerarlo socialmente tolerable en razón del interés general. f) Si lo dispone la ley".

6. La atribución objetiva de responsabilidad está prevista con amplitud en el Proyecto. Pero en los Fundamentos se considera "a la culpa la 'norma de clausura' del sistema (Schipani)", por lo cual el artículo 1602 prevé: "La responsabilidad es atribuida en los casos y conforme a las circunstancias en que lo dispone la ley o lo estipulan las partes. A falta de norma legal, o de estipulación de partes, el factor de atribución es la culpa".

Conforme al artículo 1662, "se considera cosa riesgosa a la que tiene en sí misma aptitud para causar daños frecuentes o graves, por sus propias calidades, o por las circunstancias en que es utilizada", comprendiendo a "los residuos industriales actual o potencialmente peligrosos, y los radiactivos" (artículo 1663). Conforme al artículo 1664, "El guardián es responsable del daño causado por la cosa riesgosa. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, un poder de hecho sobre la cosa, o se sirve de ella. El dueño responde concurrentemente si se ha desprendido voluntariamente de la guarda y la cosa es usada conforme a su voluntad expresa o tácita" (artículo 1664). A su vez, el artículo 1665 establece: "Quien realiza una actividad especialmente peligrosa, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, es responsable del daño causado por esa actividad. Se considera actividad especialmente peligrosa a la que, por su naturaleza, o por las sustancias, instrumentos o energía empleados, o por las circunstancias en las que es llevada a cabo, tiene aptitud para causar daños frecuentes o graves".

La eximición de responsabilidad está sujeta a un sistema estricto, pues el artículo 1666 prevé que "sólo se libera de ella, total o parcialmente, si prueba que la causa del daño es la culpa del damnificado"; y que "no son invocables como eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, el cumplimiento de las técnicas de prevención, el caso fortuito, el hecho de un tercero, ni cualquier otra causa ajena".

7. Para los casos de cosas con riesgo - que incluyen a los vehículos [artículo 1684], a los animales [artículo 1670], a ciertos daños que afectan a intereses de incidencia colectiva [artículo 1622], al impacto del cuerpo humano [artículo 1671], al tomador del *leasing* [artículo 1169]- o de actividades especialmente peligrosas, así como para el transporte terrestre (artículo 1206), rige la limitación cuantitativa de la responsabilidad.

La he sostenido desde hace treinta años, y he escrito especialmente sobre ella (Alterini, A. A., "La limitación cuantitativa de la responsabilidad", Buenos Aires, 1997). Los argumentos justificantes están expuestos con suficiente amplitud en los Fundamentos del Proyecto:

"No obstante que se predica enfáticamente el denominado principio de reparación integral, en la realidad de las cosas sólo se trata de la reparación *plena*. 'La reparación integral no significa que todo lo que la víctima pretende merezca reparación' (Larroumet), pues 'el principio no expresa en realidad más que un deseo', y las más de las veces la indemnización 'no aporta más que una cierta compensación del daño' (Tunc). La responsabilidad civil tiene por finalidad procurar volver al *status quo ante* del daño, esto es, 'la reposición de las cosas a su estado anterior' (artículo 1083, Código Civil, según ley 17.711), pero sólo se trata de la reposición del damnificado 'a una situación tan próxima como sea posible a aquella en la que habría estado si el hecho dañoso no se hubiera producido' (Resolución 7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 14 de marzo de 1975, Anexo, artículo 1).

Cuando algunos objetan la limitación cuantitativa de la responsabilidad suelen entender la *reparación integral* en una de sus acepciones, la de reparación 'total', esto es, de *todo* el daño, lo cual no resulta posible: lo integral, en el caso, es la reparación en otra de sus acepciones, la de reparación 'global', vale decir, la que 'toma en conjunto' a los daños que el sistema admite como reparables. Se trata de la plenitud propia de cada uno de los ordenamientos jurídicos singulares, porque los sistemas tienen sus reglas - específicas para asignar responsabilidad a uno o a otro sujeto; para excluir el derecho a la reparación, en el todo o con relación a ciertos daños; para negar legitimación a algunas víctimas; para modular los factores de atribución y las causas de irresponsabilidad; para morigerar la reparación, etcétera. Los ordenamientos jurídicos, sin excepción alguna, limitan *cualitativamente* la indemnización - sobre todo en función de la causalidad a la que consideran jurídicamente relevante -, las disposiciones pertinentes están en ellos desde siempre, las hemos aceptado -o, por lo menos, tolerado -, pero la cuestión se agita cuando se sugiere limitarla también *cuantitativamente*.

Los límites cuantitativos de la indemnización no son extraños al sistema. El Código Civil trae algunas hipótesis nítidas en materia de obligaciones: cuando se estipula una cláusula penal, porque 'el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente' (artículo 655); en las obligaciones dinerarias, en las cuales la responsabilidad del deudor consiste en el pago de 'los intereses'

(artículo 621). En materia de hospedaje, el posadero sólo responde del *valor* de los objetos corrientes introducidos por el pasajero, pues si éste 'trajese consigo objetos de gran valor, de los que regularmente no llevan consigo los viajeros, debe hacerlo saber al posadero, y aun mostrárselos si éste lo exige, y de no hacerlo así, el posadero no es responsable de su pérdida' (artículo 2235, Código Civil). Conforme al Código de Comercio, el transportador terrestre sólo responde por el *valor* declarado del 'dinero, alhajas o efectos de gran valor y documentos de crédito' (artículo 173); y la indemnización es 'tasada por peritos según el valor que tendrían los efectos en el lugar y tiempo de la entrega' (artículo 179), lo cual excluye la reparabilidad de otros daños. Los límites cuantitativos también resultan de diversas leyes especiales. En materia de infortunios laborales, a partir de la ley 9.688 (del año 1915) se estableció un tope indemnizatorio que, en la actualidad, es de \$ 55.000 para el caso de incapacidad o muerte (ley 24.557, artículos 14, inciso 2; 15, inciso 2; y 18, inciso 2). La Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares de 1963 (ratificada por ley 17.048) limita la responsabilidad a '5.000.000 de dólares de los Estados Unidos por cada accidente nuclear' (artículo V, inciso 1). En materia de navegación aérea en el territorio nacional, el Código Aeronáutico (ley 17.285) dispone que la responsabilidad por daños sufridos por el pasajero queda limitada a 1.000 argentinos oro (artículo 144); para los daños causados a terceros en superficie, 'la indemnización en caso de muerte o lesiones no excederá de 2.000 argentinos oro' (artículo 160). Para

igual hipótesis de daños sufridos por el pasajero, el tope cuantitativo en la navegación aérea internacional, conforme al Convenio de Varsovia 1929 según Protocolo de la Haya de 1955 (ratificado por ley 17.386), es de 250.000 francos oro (artículo 22). Para el transporte interno de mercancías y equipajes, el límite cuantitativo es de 2 argentinos oro por kilogramo de peso bruto, salvo que el expedidor declare el valor 'mediante el pago de una tasa suplementaria eventual'; y de 40 argentinos oro 'en lo que respecta a los objetos cuya guarda conserva el pasajero' (artículo 145, Código Aeronáutico); para el transporte internacional, ese límite es de 250 francos oro (artículo 22, 2ª parte, Convenio de Varsovia). La Ley 20.064 de Navegación por agua fija un máximo de 1.500 pesos argentinos oro 'por daños resultantes de muerte o lesiones corporales de un pasajero' (artículo 331). La navegación marítima internacional está regida por el Convenio de Atenas de 1974, con su correspondiente protocolo (ratificado por ley 22.718): la responsabilidad por muerte o lesiones corporales del pasajero queda limitada a 700.000 francos oro (artículo 7). La ley 20.064 fija el límite para las pérdidas o daños que sufran las mercaderías en 400 pesos argentinos oro por cada bulto o pieza o, en su caso, por cada unidad de flete, salvo que 'el cargador haya declarado, antes del embarque, la naturaleza y valor de la mercadería'. Con relación al equipaje del pasajero, los máximos son de 150 pesos argentinos oro para el guardado en bodega, y de 100 pesos argentinos oro para el llevado en cabina, así como de 350 pesos argentinos

oro para los vehículos y el equipaje ubicado dentro de ellos (artículo 337). El Convenio de Atenas de 1974 establece estos límites: 12.500 francos oro para el 'equipaje de camarote'; 18.000 francos oro para el equipaje en bodega; 50.000 francos para vehículos, incluyendo al equipaje que lleven (artículo 8). En el Mercosur, el Acuerdo de Transporte Multimodal Internacional (Decisión del Consejo del Mercado Común 15/94) se aplica al 'porte de mercaderías por dos modos diferentes de transporte, por lo menos' (artículo 1, inciso a). De él resulta una limitación cuantitativa: 'salvo que la naturaleza y el valor de las mercaderías hayan sido declarados por el expedidor antes que el operador de transporte multimodal los haya tomado bajo su custodia [...], el operador de transporte multimodal no será ni podrá ser tenido por responsable en ningún caso de la pérdida o el daño de las mercaderías por una suma que exceda del límite de responsabilidad que establezca cada Estado Parte' (artículo 13), salvo que el evento 'se haya producido en una fase determinada del transporte multimodal respecto de la cual un convenio internacional aplicable o una ley imperativa en ese país establecieren otro límite de responsabilidad' (artículo 15). La responsabilidad por el 'retraso en la entrega' o por 'cualquier pérdida o daños indirectos distintos de la pérdida o el daño de las mercaderías', tiene como límite el 'equivalente al flete' (artículo 16). Conforme al Anexo I de ese Acuerdo, Argentina determina el límite 'de 400 pesos argentinos oro por kilogramo del volumen o pieza afectada, o de 10 pesos argentinos oro por kilo del volumen o piezas afectadas,

si este valor fuera superior'. La ley 24.441 dispone que, en el fideicomiso, la responsabilidad objetiva del fiduciario se limita al valor de la cosa fideicomitida si 'no pudo razonablemente haberse asegurado' (artículo 14). Por lo cual, si no pudo tomar un seguro, su responsabilidad es limitada al valor de la cosa; pero si, pudiendo haberlo hecho, no lo hizo, esa limitación no rige.

Asimismo, dichos topes indemnizatorios son aceptados por prestigiosa doctrina internacional y son corrientes en el Derecho comparado para los casos de responsabilidad objetiva (Portugal, Código Civil de 1967; Québec, Holanda, Código Civil de 1992; España, ley 30/95; Alemania, Estados Unidos de América, Dinamarca, México), son frecuentes en los accidentes de tránsito, y aun se dan para la responsabilidad médica y farmacéutica (Suecia) y para la farmacéutica (Noruega). La ley danesa de 1984 abarca en los topes a las indemnizaciones del Derecho común, aunque no deriven de responsabilidad objetiva.

La responsabilidad objetiva derivó de la 'dificultad de la reconstrucción de la acción humana' y de 'la existencia de daños anónimos y estadísticamente previsibles' (Rodotà). Y la limitación cuantitativa de la responsabilidad en esa área ha sido justificada como contrapartida del deber de resarcir el daño que se impone a quien lo ha causado sin culpa: la atribución objetiva favorece a la víctima, pues facilita la actuación de su derecho pero, a cambio, se le pone un techo a su indemnización (Acuña Anzorena, con apoyo en Demogue

y Charmont; Deveali; Larroumet), a fin de que 'las cargas no pesen íntegramente sobre ninguno de los dos sujetos' (Moisset de Espanés).

Por otra parte, la limitación cuantitativa de la responsabilidad no afecta en su esencia al derecho de propiedad. El derecho de propiedad del damnificado (su crédito indemnizatorio) es, en definitiva, el que le asigna la ley. Los topes indemnizatorios son una cuestión atinente a la política jurídica (Roujou de Boubée), porque no se discute que 'el Derecho puede limitar o restringir el contenido normal del daño', y 'este límite puede consistir en una cifra dineraria fijada por la ley' (de Cupis), aplicando un criterio mediante el cual 'la 'lotería judicial' es sustituida por la intervención legislativa' (Alpa). Tampoco afecta el derecho de la persona pues, cuando se lo lesiona injustamente, siempre es reparado de manera necesariamente incompleta y forzosamente distorsionada: el equilibrio entre el dolor y el dinero, entre la frustración del goce de bienes de la vida y el dinero, entre la pérdida de un brazo y el dinero, es sólo una estimación racional -que no condice con el ser de las cosas-, determinada por la imposibilidad de procurar el restablecimiento al *status quo ante* al daño por otros medios, como enseñó magistralmente Ihering. La manera idónea de proteger el derecho de la persona es evitar a toda costa que sea lesionado, lo cual constituye materia específica de la prevención, ya aludida; los límites cuantitativos, en definitiva, sólo vienen a agregarse a otros que ya existen en el sistema, que son propios de su estructura, y con los cuales convivimos más o menos en

paz. Ellos tampoco ponen en compromiso la igualdad, pues las categorías que actualmente abarcan no resultan haber sido establecidas con efectos discriminatorios. Ni esquivan a la jurisdicción judicial, por lo pronto, porque los jueces deben aplicar las leyes (artículo 15, Código Civil), y es competencia del legislador regular los alcances de la responsabilidad (artículo 75, inciso 12, Constitución Nacional), como lo ha hecho hasta ahora, tanto en cuanto a sus límites cualitativos como en cuanto a sus límites cuantitativos; y, si bien el derecho a la indemnización emana de la garantía del artículo 19 de la Constitución Nacional -y, seguramente, del artículo 33-, los poderes reglamentarios del legislador sólo tienen como límite la razonabilidad y la adecuación a un cierto sentido de justicia (artículo 28, Constitución Nacional). Por otra parte, las indemnizaciones están sujetas a la autonomía de la voluntad pues, en general, pueden ser convenidas por los interesados, transadas (artículo 842, Código Civil) y sometidas a arbitraje (artículo 763, Código Procesal) o a juicio de peritos (artículo 57, ley 17.418), y están alcanzadas por la mediación obligatoria (artículos 1 y 2, ley 24.573).

Es cierto que, si la ley tarifa el daño mediante baremos fijos, la tarea judicial de alguna manera se desluce. Pero no lo es menos que los regímenes que los establecen dejan márgenes para aplicarlos al caso conforme a lo que sea justo. Además, como no se trata de la reparación automática del daño por un monto prefijado, el tribunal tiene que resolver antes que todo si el demandante está legitimado para reclamar la indemnización de los daños que pretende

y si el demandado es responsable o no lo es, establecer después la extensión de su deber de reparar conforme a las reglas de la causalidad adecuada y, recién al final, aplicar el límite cuantitativo. Asimismo, como el derecho indemnizatorio de todos los damnificados debe ser satisfecho con un monto máximo, también incumbe al tribunal precisar en qué proporciones concurren unos y otros sobre ese monto.

Disminuir la litigiosidad es un desiderátum. Pero también lo es, y fundamentalmente, que existan los mecanismos legales necesarios para que las víctimas cobren, rápida y efectivamente, una indemnización razonable y predecible: 'las partes debieran poder predecir con cierta medida de exactitud el monto que probablemente será sentenciado en un caso particular, para que los casos puedan ser arreglados pacíficamente y no llevados al tribunal, lo cual satisface al bien público' (Lord Denning, en 'Ward v. James' [1966] 1 QB 273 299). Al igual que los contratos, los acuerdos privados extrajudiciales referidos a la indemnización tienen 'una condición necesaria para el éxito, que es llegar a un monto, con el cual ambas partes concluirían que el acuerdo incrementaría su bienestar' y, 'por lo tanto, las negociaciones de arreglo fracasarán, y sobrevendrá el litigio, sólo si el mínimo monto que el acreedor está dispuesto a aceptar para transar su reclamo, es mayor que el máximo monto que el deudor está dispuesto a pagar para satisfacer ese reclamo' (Posner). 'Es preciso, antes que todo, que los riesgos sean atribuidos claramente, a fin de que ninguna de las partes de que se trata tenga sorpresas'

(Tunc). Cuando una de las variables del conflicto -el monto máximo del reclamo del damnificado- resulta del tope cuantitativo, sólo queda en discusión si el responsable se aviene a pagarlo, y ello, indudablemente, hace más fácil que se llegue al acuerdo extrajudicial.

En síntesis, los topes indemnizatorios, articulados con el seguro y con arbitrios de pronto pago, no generan, por sí, una litigiosidad mayor. Por lo contrario, la disminuyen. Y garantizan a la víctima que un ente solvente (la aseguradora) cubrirá las eventuales defecciones del responsable, y que el monto indemnizatorio estará prontamente a su disposición".

El artículo 1634 del Proyecto de Código Civil de 1998 establece: "En los casos previstos por los artículos 1662 [cosa con riesgo y supuestos asimilados], 1663 [residuos industriales y radiactivos] y 1665 [actividad especialmente peligrosa], la reparación del daño queda limitada a la cantidad de trescientos mil (300.000) pesos [U\$s 300.000] por cada damnificado directo, que se reduce proporcionalmente si hay liberación parcial conforme al artículo 1666. El responsable no tiene derecho a prevalerse de la limitación: a) Si actuó sin diligencia y, en especial, si no adoptó las medidas de prevención razonablemente adecuadas. b) Si razonablemente debió haber asegurado ese riesgo y no lo hizo. c) Si tomó un seguro y la aseguradora no pone a disposición del damnificado la indemnización que corresponde en el tiempo oportuno para la liquidación del siniestro conforme a la legislación de seguros, a menos que, interpelado el

responsable, ponga a disposición de aquél esa indemnización dentro de los treinta (30) días. d) Si se convino una indemnización mayor. Si el damnificado directo sufre gran discapacidad el tribunal puede aumentar el máximo indemnizatorio hasta el triple. Las disposiciones de este artículo dejan a salvo lo establecido por la legislación especial”.

El Proyecto también obliga al dador del *leasing* a tomar un seguro y, si no lo hace, responde plenamente (artículo 1169).

Propone también modificar la ley de seguros, ajustando el texto del artículo 118 de la ley 17.418 para hacerlo eficaz: “Acción directa del asegurado. En los seguros por responsabilidad civil el damnificado tiene acción directa contra el asegurador [...]. Epoca del pago. El artículo 49 se aplica a los seguros por responsabilidad civil. Si el asegurador no pone la indemnización a disposición del damnificado en las oportunidades allí establecidas, queda obligado a pagarle intereses resarcitorios calculados al doble de su tasa, sin perjuicio de sus otras responsabilidades”. El mencionado artículo 49 obliga a pagar la indemnización al damnificado en el plazo de quince días desde que está en situación de ser liquidada.

8. Estos son los ejes del Proyecto de Código Civil de 1998 en materia de responsabilidad civil. Lo cual no excluye que haya adoptado otros criterios relevantes, de los cuales algunos son especialmente destacables:

- En materia de obligación de seguridad dispone: “Quien realiza una actividad, se sirve u obtiene provecho de

ella, tiene a su cargo la obligación tácita de seguridad: a) Si de la actividad, o de un servicio prestado en razón de ella, puede resultar un daño a las personas que participan de la actividad o reciben el servicio, o a sus bienes. b) Si, además, puede prevenir ese daño de manera más fácil o económica que si lo hace el damnificado” (artículo 1668). “Salvo disposición legal o estipulación de partes, quien está sujeto a la obligación tácita de seguridad se libera si prueba haber actuado con diligencia, a cuyo fin debe haber adoptado las medidas de prevención razonablemente adecuadas” (artículo 1669).

- En el artículo 1600, inciso b), con criterio claramente personalista, caracteriza al daño *al proyecto de vida* como el que interfiere en ese proyecto, “perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como al que causa molestias en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal, o en cualesquiera otras afecciones legítimas”; en principio, la exclusión o limitación de la responsabilidad por ese daño está prohibida (artículo 1642, inciso c).

- “En el caso de daño a intereses de incidencia colectiva corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior al hecho generador, sin perjuicio de las demás responsabilidades. Si la reposición es total o parcialmente imposible, el responsable debe reparar el daño mediante otros bienes que satisfagan intereses de incidencia colectiva equivalentes a los afectados” (artículo 1622).

Distingue el caso fortuito del impedimento ajeno a la voluntad del deudor, que es definido como el “que, sin configurar caso fortuito, no puede ser evitado, superado, o resistido, mediante el empleo de la diligencia exigible en las circunstancias propias de la relación contractual” (artículo 1614).

- Provee reglas para la carga de la prueba del daño, de los factores de atribución y de la relación causal. Artículo 1618: “La carga de la prueba del daño corresponde a quien lo alega, salvo: a) Que la ley lo impute o lo presuma. b) Que, conforme a las reglas de la experiencia, su existencia sea presumible”. Artículo 1619: “Salvo disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución de la responsabilidad, así como de las circunstancias que la excluyen, corresponde a quien los alega. Si las circunstancias especiales del caso lo justifican, el tribunal puede distribuir la carga de la prueba de la culpa, o de haber actuado con diligencia, ponderando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla” (coincide con el sentido del artículo 829, que dispone: “cuando las circunstancias especiales del caso lo justifican, el tribunal puede distribuir la carga de la prueba del pago ponderando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla”). Artículo 1620: “La carga de la prueba de la relación causal corresponde a quien la alega, salvo: a) Que la ley la impute o la presuma. b) Que, conforme a las reglas de la experiencia, su existencia sea presumible. La carga de la prueba de la causa ajena corresponde a quien la alega”.

- Establece la responsabilidad por actos involuntarios. Artículo 1652: “Son igualmente responsables, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1641 : a) Quien actúa sin discernimiento, quedando a salvo la responsabilidad del representante legal que en su caso corresponda. b) Quien causa un daño por error de hecho o de derecho, por dolo engaño, o por intimidación. El causante del dolo engaño o de la intimidación es responsable concurrente. c) Quien causa un daño mediante un acto automático o reflejo” (el mencionado artículo 1641 autoriza al tribunal “para atenuar la responsabilidad, por razones de equidad”).

- Expande la legitimación para reclamar daño moral. Artículo 1689: “La persona humana damnificada directa tiene legitimación para accionar por la satisfacción de su daño extrapatrimonial. Si sufre gran discapacidad, o del hecho dañoso resulta su muerte, también tienen legitimación a título personal, según corresponda conforme a 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”.

9. Cualquier observador objetivo puede advertir el alto interés que ha despertado el Proyecto de Código Civil de 1998 en el breve tiempo corrido desde su

presentación al Ministerio de Justicia, del cual hay varias evidencias significativas: ha sido publicado de inmediato en soporte papel, los centros académicos más respetados realizan jornadas de estudio y de análisis en todo el país (**), y en las revistas especializadas ya aparecen los primeros comentarios de los juristas.

El mayor entusiasmo proviene de los más jóvenes, para quienes resulta intolerable que continúen siendo operativas normas que fueron adecuadas para el siglo XIX, pero que son incompatibles con la reforma constitucional de 1994, con los tratados dotados de jerarquía constitucional conforme al inciso 22 de su artículo 75, y con las exigencias de la economía de mercado. Hierde la racionalidad que el Código de Comercio ponga todavía el acento en la responsabilidad resultante del transporte en "falúas" y en "canoas" (artículo 206); que el sistema se ocupe del agente (artículo 1151, Código Civil), quien habría viajado a caballo o en barco, y de la celebración del contrato *por correspondencia* (nota a los artículos 1150 a 1154, Código Civil); y que el Código Civil no mencione a las máquinas ni en el texto ni en las notas del Título en el que trata de los hechos ilícitos. El Código de Comercio alude al mensajero (artículo 215), y asume como novedad tecnológica a la *correspondencia telegráfica* (artículo 214; el telégrafo había sido patentado en 1840), porque lo normal

en el sistema era comunicarse mediante el correo (artículo 246), lo cual podía determinar que hubiera demoras notables en la transmisión de la manifestación de la voluntad (artículo 236)...

Todo ello es congruente con la época de sanción del Código Civil: en 1869 no habían luz eléctrica, teléfonos, fonógrafos, linotipia, lapiceras fuente, automóviles propulsados a nafta o a diesel, neumáticos de caucho, películas flexibles para fotografía, cine, submarinos; no se cultivaban bacterias; no se conocía la causa de la tuberculosis ni la del tétanos, ni los rayos X, ni los virus filtrables; no había sido fundado el psicoanálisis, ni se había descubierto la radiación del átomo de uranio.

Pero, evidentemente, las cosas han cambiado de modo radical, primero por el auge de la sociedad industrial que los viejos Códigos no tomaron en cuenta y, en la segunda mitad de este siglo, por la irrupción de la era postindustrial o tecnológica, así como por el reciente -pero avasallador- fenómeno de la globalización.

10. Argentina está en situación de tener un Código Civil moderno, a compás de los tiempos actuales, que sea -además- el primero del siglo XXI.

Ello depende, claro está, de la opinión que le merezca el Proyecto a la comunidad jurídica, y -en su caso- de la decisión política gubernamental de sancionarlo.

(**) El Proyecto argentino ya ha despertado interés en el plano académico internacional. En el antes mencionado Seminario se ocuparon de analizarlo los profesores italianos de la *Università di Roma La Sapienza*, doctores Pietro Rescigno y C. Massimo Bianca; de la *Università di Roma Tor Vergata*, doctores Sandro Schipani y Paolo Papanti Pelletier; de la *Scuola Superiore Santa Anna di Pisa*, doctor Francesco Donato Busnelli; y el profesor brasileño de la *Universidade de São Paulo*, doctor Alvaro Villaga Azevedo. En Perú, será analizado en la Universidad Nacional San Martín de Arequipa, en el marco del II Congreso Nacional de Derecho Civil de Arequipa (4 al 6 de agosto de 1999).

A Função de Satisfação na Indenização do Dano Pessoal

Um elemento penal na satisfação do dano ?*

Privatdozent Dr. Bernd-Rüdiger Kern

Tradução de Lélío Candiota de Campos

I. Introdução

art. 847 do BGB (Código Civil Alemão)** assegura uma indenização eqüitativa em dinheiro para determinados danos não patrimoniais. A este respeito, desde a decisão do Grande Senado (Gross Senat) do ano de 1955¹ e de acordo com jurisprudência uniforme e a doutrina dominante, entende-se que não se trata de pretensão comum de indenização por perdas e danos, mas de uma "pretensão de na-

tureza peculiar, com dupla função: propiciar ao lesado uma compensação adequada" à injustiça que sofreu e "ao mesmo tempo levar em conta que o autor do dano deve ao ofendido uma satisfação pelo que lhe fez".² Quanto a isso, a revogação da segunda parte da alínea primeira do art. 847 em 01.07.1990³ nada mudou. O dossiê desta lei refere que "as pretensões de dano pessoal servem à compensação do dano e à satisfação da vítima".⁴

* Versão, ampliada e com anotações, da habilitação proferida em 28 de Junho 1988 na Faculdade de Direito da Eberhard-Karls-Universität, Tübingen. Os §§ sem caracterização são os do BGB. Art. publicado no *Archiv für die zivilistische Praxis*, vol. 191, ano 1991, pp. 247/272, Tübingen, Alemanha, traduzido pelo Prof. Lélío Candiota de Campos, com autorização do autor. O tradutor agradece a eficiente colaboração da Prof.^a Dr.^a Cláudia Lima Marques, que gentilmente revisou esta tradução, bem como do mestrando Christoph Fabian pela tradução das notas de rodapé.

** N.T. - Texto do art. 847 do BGB: (Dano não Patrimonial) No caso de lesão do corpo ou da saúde, assim como no caso de privação de liberdade, pode o lesado, também por causa do dano não patrimonial, exigir uma eqüitativa satisfação em dinheiro. A pretensão não é transmissível e não passa para os herdeiros, salvo se tiver sido reconhecida por contrato ou tornado-se litispendente. A mesma pretensão cabe à mulher contra a qual foi cometido crime ou contravenção contra os bons costumes, ou que foi levada, por astúcia, ameaça ou abuso de relação de dependência, a consentir em coabitação extramatrimonial.

1. BGHZ 18, 149-168; sobre isto amplamente crítico Schiemann, *Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts*, dargestellt an der Rechtsprechung des BGH, 1981, pp. 8-12.

2. Ementa do Supremo Tribunal Federal (BGH), BGHZ 18, 149.

3. Art. 1º da Lei de Alteração do Bürgerliches Gesetzbuch e outras leis, de 14.3.1990; BGBl. I, 478. Cf. sobre isto Hammsen, *Zur geplanten Streichung von §847 I S.2 BGB*, em: *VersR* 1989, 1121-1123; e U.VoB, *Vererblichkeit und Übertragbarkeit des Schmerzensgeldanspruchs*, em: *VersR* 1990, 821-826.

4. Relatos dos deputados Dr. Hüscher und Stiegler de 19. Outubro 1989; BT-Dr. 11/5423.

A função de compensação deve reparar tanto as dores sofridas como a perda da alegria de viver. Ao ofendido têm de ser “oferecidas vantagens de outra natureza por seu prejuízo imaterial”. Não cabe, porém, pensar em compensação em sentido estrito,⁵ porque falta um denominador comum ao dano imaterial e à compensação pecuniária. “Pois o dano imaterial (...) tal como a expiação, não pode ser calculado em valor monetário.”⁶ Não é possível ver, demonstrar ou calcular o dano imaterial, mas somente senti-lo.⁷ Tomando-se os padrões habituais de indenização, chega-se à compensação, a qual, no entanto, a final só poderá ser “compensação simbólica”⁸ ou em sentido figurado. Por tais motivos, a função de satisfação é adicionada à compensação, complementa-a em diferentes medidas.⁹ “Ela expressa uma determinada relação pessoal que o fato danoso suscita entre o ofensor e o ofendido, a qual, por sua natureza, exige que na determinação do montante devido sejam levadas em consideração todas as circunstâncias do caso.”¹⁰

A questão de saber qual a finalidade que a função de satisfação tem de cumprir, o que ela significa, é discutível. Mencionam-se no máximo três finalidades:¹¹ de um lado, deve trazer ao lesado um sentimento de satisfação, apaziguar seu senso de justiça ferido; de outro, deve impor ao ofensor um sensível sacrifício patrimonial; e, por último, com isso deve atuar preventivamente no futuro.¹²

Ambas as funções impõem que diversos fatores sejam levados em consideração. A função de compensação exige que se leve em conta a importância, a medida e a duração do dano. Ter-se-á que considerar até a intensidade e a duração das dores físicas, os cuidados durante a convalescença relacionados com o fato danoso e o enfraquecimento da vontade de viver decorrente de incapacidades e deformações permanentes.¹³ Para a idéia de satisfação é da maior importância o grau de culpa.¹⁴ “O grau de culpa deve ser considerado não apenas (...) com vista à reação que provoca no lesado. Com efeito, a circunstância de o

5. A idéia de compensação no sentido estrito não ajuda nos casos em que são adjudicadas [pelo tribunal] indenizações em dinheiro, embora seja duvidoso se de todo existe um dano quantificável em dinheiro. Isto vale também para todos os casos do assim chamado dano normativo. Cf. sobre isto Meder, Schadensersatz als Enttäuschungsverarbeitung, 1989, pp. 132 e sg., 148 e sg.; e Herm. Lange, Handbuch des Schuldrechts, Bd. 1, Schadensersatz, 2. ed., 1990, pp. 54-58.
6. K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 14. ed., 1987, § 28 III, p. 475.
7. Pecher, crítica da obra de E. Lorenz, Immaterieller Schaden und “billige Entschädigung in Geld”, em: AcP 185 (1985), 383-396, 385.
8. Meder, p. 148.
9. Assim também Herm. Lange, pp. 435 sg.
10. BGHZ 18, 149, 157.
11. Deutsch, Haftungsrecht, Bd. 1, Allgemeine Lehren, 1976, p. 473.
12. Assim também Herm. Lange, p. 438. Sobre a função preventiva cf. mais Deutsch, Haftungsrecht, p. 474; W.H. Eberbach, Die zivilrechtliche Beurteilung der Humanforschung, 1982, pp. 138, 145, 154; e Motsch, Schadensersatz als Erziehungsmittel, JZ 1984, 211-221.
13. Cf. a apresentação detalhada de Hupfer, Schmerzensgeld bei Verkehrsunfällen, JZ 1977, 781-785, 782.
14. Herm. Lange, 1. ed. 1979, p. 267.

dano provir de culpa grave ou até mesmo de um comportamento doloso do ofensor certamente pode deixar a vítima cheia de amargura, ao passo que quando o dano é causado por um leve descuido o lesado tende antes a aceitar o fato como fatalidade do destino. Mas, abstraindo inteiramente a reação da vítima, isso pode estar em conformidade com a equidade e a idéia de satisfação se, no caso concreto, a intencionalidade ou a culpa grave foi levada em consideração para estabelecer a indenização do art. 847 em desfavor do autor do dano, ou então, ao contrário, em seu favor quando a culpa é leve (*sic!*). Seria incompreensível que o juiz do fato não tivesse atribuição para estimar o efeito da dor causada por um criminoso em valor mais elevado que as mesmas conseqüências exteriores de um comportamento faltoso no trânsito, possível de acontecer a qualquer um.¹⁵ Com isto, na compensação dos danos imateriais o BGB¹⁶ conscientemente desconsidera o princípio básico vigente no direito alemão em matéria de danos patrimoniais e expressado no “tudo ou nada”, de acordo com o qual o mais ínfimo

grau de culpa tem por resultado a mesma prestação indenizatória do dolo.¹⁷ Mas também outros aspectos podem ter relevância: as circunstâncias do fato,¹⁸ as relações econômicas entre o ofensor¹⁹ e o ofendido,²⁰ circunstâncias paralelas à evolução²¹ e – muito discutido²² – a pena criminal imposta.²³ Não é possível estabelecer uma ordem de prioridades nessas situações. Nem são sempre todas consideradas. Conforme o caso, devem ser postas de lado.²⁴ Com isso em mente, devem ser avaliadas e somadas as funções de compensação e de satisfação, mas nunca como se fossem parcelas independentes. Ao contrário, trata-se “de duas maneiras de atuar da mesma pretensão, não necessariamente em seus pormenores, e que se completam reciprocamente dentro de uma delimitação”.²⁵ Num exame conjunto, elas fluem sob a óptica da equidade.

A jurisprudência do BGH (*Bundesgerichtshof* – Supremo Tribunal Federal), à qual os tribunais de instância (*Instanzgerichte*) aderiram praticamente sem exceção, encontrou em seguida oposição na literatura jurídica, cuja crítica perdura ain-

15. BGHZ 18, 149, 157 e sg.
16. BGHZ 18, 149, 158.
17. Cf. sobre isto Wadler, Alles- oder Nichts-Prinzip und Reduktionsklausel, em: VersR 1971, 485-493.
18. Mencionados sejam o transporte gratuito (BGHZ 18, 149, 158 e sg.) e relações no plano do direito de família entre o autor do dano e a pessoa lesada. (Schiemann, pp. 13 e sgs.; Herm. Lange, p. 443).
19. BGHZ 18, 149, 159-167.
20. BGHZ 18, 149, 159.
21. OLG Koblenz, VersR 1989, 629; OLG Köln, VersR 1989, 708; Herm. Lange, p. 538, anotações 72, 443 e sg.
22. Schwerdtner, em MünchKomm BGB, 2. ed. 1984, §12 Num. marg. 299, 299, menciona esta circunstância como primeira de “várias circunstâncias curiosas no direito vigente da responsabilidade”.
23. Cf. sobre isto E. Lorenz, Immaterieller Schaden und “billige Entschädigung in Geld”, 1981, pp. 76 e sg. com mais outras fontes; e posterior, p. 24 e sgs.
24. BGHZ 18, 149, 167 sg.
25. Herm. Lange, p. 436; cf. sobre isto também BGH, VersR 1961, 164; e mais posterior, p. 268, anotação 144.

da hoje.²⁶ Essencialmente, duas são as objeções levantadas contra a dupla função da indenização por dano pessoal. A crítica mais antiga pretende que a indenização seja restrita à função de compensação. Contra a função de satisfação foi especialmente objetado que ela se movimenta perigosamente muito perto da pena privada.²⁷ Diz-se, de outra parte, que ela corre solta, não tem significação, é uma equiparação meramente formal.²⁸ Trataremos a seguir de ambas as objeções. Primeiramente examinaremos o que se deve entender por satisfação.

II. Conceito e Conteúdo da Satisfação

1. Conceito

O BGB partiu do direito suíço, do qual retirou a idéia de “satisfação”, sem se ocupar com o seu conteúdo. O conceito foi depois empregado como sinônimo de *Busze*²⁹ (multa, no sentido de pena, N.T.).

No direito suíço, a satisfação abrange tanto o elemento compensação como o

elemento *Busze*,³⁰ significando, pois, ambas as funções, enquanto que o antigo direito alemão conhecia basicamente o termo no sentido de “prestação liberatória, indenização”,³¹ não no sentido de *Busze*. Uma dissertação de LEIPZIG do ano de 1909, sob o título *A Pretensão de Satisfação no Código Civil*,³² descreveu a indenização por dano pessoal com função unicamente de compensação. Ao tempo do surgimento do BGB, no entanto – em adesão a v. IHERING³³ – vinculavam-se a esse conceito exclusivamente conteúdos penais. A exposição de motivos do BGB³⁴ utiliza-o somente em oposição a compensação: “Ainda quando o ‘dinheiro da dor’ (*Schmerzensgeld*) não deva ser visto como satisfação da ofensa à vítima, ainda assim é indenização por alguma coisa.” Analogamente, também OTTO VON GIERKE faz uma distinção: no delito a prestação substituta pode visar à satisfação ou à restauração, e ser elaborada, respectivamente, como pena privada ou indenização por perdas e danos.³⁵ Tais enfoques não foram acolhidos pelo Grande

Senado, embora este haja se aproximado muito deles.

Quanto à *Busze*, um amplo campo de conceitos se apresenta, abrangendo elementos tanto do direito penal como do direito civil.³⁶ Essa escassa tentativa de alargar o conceito já mostra que, nesta via, o problema dificilmente pode ser resolvido a contento. O que vem a ser satisfação, só pode ser determinado a partir do seu conteúdo e não com frases brilhantes.³⁷ Até aqui, o BGB utilizou o termo simplesmente como um conceito natural de *Busze*, que melhor expressa aquilo a que ele se refere.

2. Conteúdo

Cabe, pois, a seguir, verificar o modo como a jurisprudência aplicou e preencheu o conceito. A decisão do Grande Senado é inconclusiva quanto a este problema. Mesmo assim, a redação escolhida – o ofensor deve ao ofendido uma satisfação pelo que lhe fez – permite ver que a função de satisfação não se orienta tendo em vista somente o lesado, dado que insere também o causador do dano. Isso decorre, inclusive, da possibilidade de, na determinação do montante da indenização do dano imaterial, serem levadas em conta as circunstâncias concernentes ao ofensor.

Tudo aquilo que o BGH dispôs-se a aceitar como compreendido na satisfação apareceu mais tarde, principalmente nos

julgados sobre violação do direito de personalidade. O “caso Ginsing-Wurzel” foi conduzido no sentido de que “a recusa de indenizar danos imateriais na proteção dos direitos de personalidade” significaria que “a ofensa à dignidade e à honra das pessoas não teria sanção no ordenamento civil, que expressa os valores essenciais feridos e diz que o ofensor deve uma satisfação ao atingido pela injustiça”.³⁸ “Só é possível opor-se contra tais desonestas ambições de lucro quando sobre elas pesa o risco de uma sensível perda material.”³⁹

Com isso, o BGH indicou, como finalidades da função de satisfação, expressamente a sanção e implicitamente a prevenção. A tríplice finalidade da satisfação, no início mencionada, recebeu assim o reconhecimento da mais alta corte de justiça, o mais tardar em 1961. E não ficou restrita aos casos de violação do direito de personalidade, que se caracterizava justamente pelo fato de a “função da satisfação do ‘dinheiro da dor’ (*Schmerzensgeld*) situar-se totalmente em primeiro plano perante a função de indenização”.⁴⁰

Em 1975, o BGH foi até mesmo além disto: A função de satisfação “deve adquirir especial importância quando, como aqui, o lesado (como pressuposto da sua própria pretensão) ainda vive, e a anulação da sua personalidade sujeita a danos tira-lhe o conhecimento *tanto* da sua perda *como* do

26. Assim também E. Lorenz, pp. 104, 115, 120.

27. Mertens, MünchKomm, 2. ed., 1986, §847 Num. marg. 2. Assim também J. Niemeyer, Genugtuung des Verletzten durch Buße, 1972, p. 88; o mesmo, anotações sobre BGH, NJW 1976, 1147, em: NJW 1976, 1792 com mais outras fontes; Hupfer, anotações sobre BGH, NJW 1976, 1147, em NJW 1976, 1792, 1793; F. Ebel, Zur Höchstpönlichkeit des Schmerzensgeldanspruchs, em: VersR 1978, 204-210, 204 e sg.

28. Mertens, MünchKomm, 2. ed., 1986, § 847 Num. marg. 3, assim também H. Honsell, Die Funktion des Schmerzensgeldes, em: VersR 1974, 205-207.

29. BGHZ 18, 149, 155: Na função de compensação ressoa “ainda hoje algo do carácter de pena ou, falando com a expressão exacta da instituição jurídica suíça correspondente, de satisfação”.

30. Sobre o direito suíço cf. Mertens, MünchKomm. 2. ed. 1986, § 847 Num. marg. 2; e Nehlsen-v. Stryck, Schmerzensgeld ohne Genugtuung, em JZ 1987, 119-127, 125.

31. DRW IV, 1939-1951, Coluna 245, mais outros significados: “realização suficiente”, “caução”.

32. Karl Hermann Lang.

33. Cf. sobre isto Nehlsen-v. Stryck, 123; e Pecher, AcP 185, 390 e sg.

34. Motivos sobre o projeto de um Código Civil para o Reino Alemão, 2. vol., direito das obrigações, 1888, p. 802.

35. v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 3, Schuldrecht, 1917, p. 881.

36. DRW II, 1932-1935, colunas 655-657.

37. Hirsch, Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht, em: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, 1969, pp. 304-327, 306.

38. BGHZ 35, 363, 368.

39. BGHZ 35, 363, 369.

40. BGHZ 35, 363, 369, outra opinião: Schwedter, Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung, 1977, pp. 281 e passim.

significado da compensação". Não é contrário a isto, ao ver do BGH, o fato de o ofendido nada poder sentir relativamente à satisfação. Com isto – assim o BGH – mesmo que não se atenda à figura jurídica da satisfação, ainda assim "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". Esta reparação exige expiação "de modo simbólico".⁴¹ "Isto significa que o pagamento deve atingir os ofensores como um sacrifício palpável."⁴²

Por fim, como resultado provisório, resta afirmar que a satisfação, tal como a entende a jurisprudência, deve atuar em primeira linha sobre o ofensor; além disto e de modo preventivo, também sobre o público.

3. Limites da indenização, da satisfação e da pena

Desse modo, em qualquer caso, a função de satisfação vai além do princípio da compensação adotado no direito alemão relativamente à indenização por perdas e danos. O BGB, ao preencher a pretensão de indenização por perdas e danos, consi-

dera só o ofendido, ou seja, seus prejuízos, não o ofensor. O ofendido "deve receber reparação integral pelo prejuízo sofrido (...) de preferência *in natura*, na medida em que isto for possível; senão, mediante indenização em dinheiro, economicamente equivalente".⁴³ Na verdade, a função de prevenção em certos casos pertence também à indenização, mas apenas como um bem-vindo subproduto,⁴⁴ cabível no dever de indenizar. A satisfação, ao contrário, pode ser inteiramente desvinculada da indenização.

Parte da doutrina pesquisa o maior número possível de componentes levados em consideração na satisfação e ainda interpretados como tendo função indenizatória.⁴⁵ Para tanto, foi entendido que o 'dinheiro da dor', como um todo, deve ser tomado como compensação pela perda da personalidade.⁴⁶ No que diz respeito à função de compensação, poder-se-ia renunciar a isto, porque uma bem compreendida função de compensação abrange o conteúdo daquela. Assim, por exemplo, a ponderação em torno da culpa ainda se encontra vinculada ao princípio da indenização, muito embora o BGB haja repellido qualquer gradação da indenização em função do grau de culpa,⁴⁷ por motivo de seu caráter penal.⁴⁸ Ora, se a culpa deve ser levada em

conta na função de compensação, isto só será possível, quando muito, na elevação do montante da compensação. Uma soma indenizatória absoluta, necessária, pode não ser alcançável na culpa levíssima. Contrariamente, todo raciocínio tendente a assegurar uma soma superior à compensação faz explodir o princípio da indenização.⁴⁹ Precisamente neste sentido, no entanto, é que a jurisprudência admite ser levada em conta a culpa. O raciocínio retrata fielmente a nova doutrina, que procura explicar o 'dinheiro da dor' do modo mais completo possível, a partir de uma "bem compreendida compensação". Nada se lucra fazendo com que o único firme e bem consolidado conceito dogmático de que dispomos neste assunto – o princípio da indenização – seja desviado e alargado para além dos casos de dano regrado, apenas para evitar um outro conceito de difícil definição. Nada muda com isto: o problema é deslocado, mas não solucionado.

Entrementes, voltar-se para o ofensor ou, dito de outro modo, para o agente, é típico do direito penal. Não se deve, desse modo, postular nenhuma recaída no assim chamado direito penal do agente,⁵⁰ e sim ter em conta as circunstâncias, uma vez que nosso direito penal é direito penal de culpabilidade, não direito penal de resultado.⁵¹ O direito penal interessa-se pelo agente e

pelo ato. A indenização por perdas e danos e a pena diferenciam-se, assim – no julgamento de um mesmo ato – pela razão de que uma compensa os danos causados à vítima, enquanto a outra visa a produzir efeito sobre o agente, para que, conforme a finalidade da pena, o ato seja expiado, fiquem impedidos outros atos do agente, etc. De uma parte, põe-se de lado a nenhuma valia do resultado e, de outra, a nenhuma valia do ato.

De acordo com esta distinção, seria de agregar à pena, sem quaisquer problemas, no mínimo duas das três finalidades da satisfação (sanção e prevenção) sem que necessariamente se pense em pena criminal.⁵² Todavia, também a primeira finalidade (apaziguamento do lesado) é de atribuir à pena, quando nela se divisa uma saída para a outrora aí inserida vingança. Evidentemente, isto só tem procedência quando as conseqüências de um ato ilícito, que seja ao mesmo tempo delituoso, lógica e inarredavelmente constituem quer perdas e danos quer pena, consoante postulava WINDSCHEID: Quando o dinheiro da dor (*Schmerzensgeld*) "não é indenização (*Ersatz*) tem de ser pena (*Strafe*)".⁵³ Seria diferente se entre ambas houvesse um autêntico terceiro – a satisfação.

HANS STOLL, em opinião manifestada ao 45º Congresso Alemão de Juristas

41. BGH JZ 1976, 559, 560.

42. BGH JZ 1976, 559, 561.

43. Herm. Lange, p. 9.

44. Larenz, SchuldR, Bd.1, §27 I, p. 423; Herm. Lange, p. 10.

45. De certo modo o caminho contrário toma Grossfeld (Die Privatstrafe. Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 1961, p. 75 e sgs. Ele parte da idéia de que a indenização em geral pode servir para objetivos penais.

46. Mertens, MünchKomm, 2. ed. 1986, § 847 Num. marg. 3; parecido também H. Honsell, 205 sg.

47. De outra maneira porem, o "Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staatende" 1794, Parte I, Tit. 5 §§ 285-291; Tit. 6 §§ 10-16, 85-88, 93-95; Tit. 16, § 17.

48. Motivos, Vol. 2, pp. 17 e sg.; cf. posterior a anotação 96; assim também Herm. Lange, pp. 12 e sg.

49. Assim também E. Lorenz, pp. 126 e sg.

50. Cf. sobre isto Lenckner, Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 23. ed., 1988, nota prévia dos §§13 e sgs, Num. marg. 103. "O agente é punido pelo que ele fez, e não pelo que ele é." (Num. marg. 105).

51. Cf. sobre isto Lenckner, Schönke-Schröder, nota prévia §§ 13 e sgs., Num. marg. 103.

52. Assim também Hirsch, p. 307.

53. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Vol. II, 3. ed., 1873, §455 anotação 31, p. 660.

em 1964,⁵⁴ empreendeu a tentativa de “distinguir a pena da satisfação”, apesar da carga penal desta, e transformá-la em um instituto jurídico autônomo. Ele desenvolveu a definição, muito citada, de que “satisfação em sentido jurídico (...) é apaziguamento da vítima pela expiação do ato”.⁵⁵ Contudo, com esta formulação ainda não fica respondida a questão de saber se deve ser aberta uma categoria própria ou se com isto descreve-se meramente um reflexo, que tanto a indenização como a pena poderiam solucionar. Ambas são adequadas a provocar no lesado um sentimento de contentamento, de satisfação. Isto, porém, não pode ser algo autônomo, de permeio entre a indenização e a pena. A fórmula é efetivamente apropriada para delimitar a pena privada da criminal, mas não para diretamente separar a pena de uma terceira categoria. A pena criminal serve à “satisfação da comunidade jurídica”, a pena privada à satisfação da vítima.⁵⁶ Conseqüentemente, a tentativa de STOLL de definir a satisfação como uma expiação que não é autônoma, “mas (...) meio de atingir um fim, especialmente o apaziguamen-

to do lesado”,⁵⁷ tem de ser vista como fracassada.⁵⁸ De conformidade com o seu conteúdo, a satisfação é pena privada; não existe nenhum terceiro de permeio entre a indenização por perdas e danos e a pena. O próprio STOLL, a final, bem constatou isto, quando do confronto que fez com a “injúria” romana, pela qual a satisfação foi “ao mesmo tempo uma pena horrível”,⁵⁹ bem como quando fala da sua proposição de dar uma base legal à pretensão de satisfação, para que o brocardo *Nulla poena sine lege* (art. 103, II, da Constituição Federal) não seja desrespeitado.⁶⁰

Para STOLL – como, semelhantemente, também para o BGH – o conceito de satisfação exerce funções paliativas.⁶¹ Ajuda a evitar o uso da expressão pena privada, sem fornecer seu conteúdo.⁶² A coisa torna-se ainda mais evidente no idioma alemão, que até mesmo aceita isto abertamente e emprega “satisfeito (...) a palavra alternativa”, que “evita expressões tais como expiação e pena privada, as quais ou caíam em desuso ou provocam colisões”.⁶³ Segundo HERMANN LANGE, “com isto não se

chega a criar uma categoria autônoma, passível de ser diferenciada da pena.⁶⁴ GERNHUBER fica diante do seguinte dilema: “A idéia de satisfação não deve ser sobrecarregada com as características da pena; mas, sem isto, ela permanece, no mínimo, difusa.”⁶⁵

III. Evolução Histórica

1. Até a promulgação do BGB

Este resultado foi alicerçado na evolução histórica do instituto. Na verdade, a suposição do BGB, de que nas normas legais do Séc. XIX sobre dinheiro da dor “ainda parcialmente se fez sentir a sua origem no direito penal”,⁶⁶ não é identificável, mas ela efetivamente vinculou-se à evolução do último século. Contudo, também algumas leis locais do Séc. XVIII já asseguravam o dinheiro da dor,⁶⁷ mas a discussão que resultou desse contexto somente no século seguinte veio a ser debatida de modo completo.

A causa desse debate foi a circunstância de que o dinheiro da dor era estranho ao direito romano e, conseqüentemen-

te, havia um especial constrangimento quanto à fundamentação, quando fosse necessário referi-lo ao que regularmente aconteceu. Serviam de fundamento tanto o direito penal como a função de compensação. Durante muito tempo o dinheiro da dor foi reconhecido pelo direito comum com base numa destas fundamentações.⁶⁸ Poucos autores e tribunais negaram a sua existência.⁶⁹ A natureza jurídica do instituto permaneceu duvidosa. Somente após a fundação do Império Alemão (*Reichsgründung*) é que a teoria da compensação foi aos poucos predominando.⁷⁰ Decisivo para isso foi, por fim, um pequeno estudo de CARL GEORGE V. WAECHTER, do ano de 1874, sobre “A *Busze* nas Ofensas e nos Ferimentos Corporais segundo o atual Direito Comum”. Suas exposições sobre a natureza jurídica do dinheiro da dor interessam ainda hoje, pois ele elaborou um confronto altamente elucidativo, que nada perdeu em atualidade. O dinheiro da dor, concebido como pena, deveria determinar-se segundo fatores muito diversos daqueles compreendidos na indenização. Esta é determinada simplesmente em conformidade com o tipo e ta-

54. H. Stoll, *Empfiehl sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden?* Parecer para o 45. congresso jurídico alemão, discussões do 45. congresso jurídico alemão [em] Karlsruhe 1964, Vol. I (Parecer) Parte 1, 1964, p. 151.

55. H. Stoll, Parecer, p. 152.

56. LG Flensburg, VersR 1988, 740: “Pois o processo penal serve em primeiro lugar para a satisfação da comunidade jurídica, e menos para a da vítima.” H. Stoll, Parecer, p. 152.

57. H. Stoll, Parecer, p. 152.

58. Assim também Nehlsen-v. Stryk, 125.

59. H. Stoll, Parecer, p. 153. Assim também Kaser, *Das Römische Privatrecht*, primeira parte. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. ed., 1971, pp. 610, 623 e sg., 625, 501: “*Busze* (poena)” = Ser punido pela injustiça.

60. H. Stoll, parecer, p. 155. Esta contradição também já apontou Hirsch, p. 326.

61. Hirsch, p. 310, fala do “rótulo” da função de satisfação.

62. Assim também Hirsch, p. 309: “Porém esta análise da satisfação não é outra coisa senão a caracterização precisa da pena privada antiga.”

63. Deutsch, *Haftungsrecht*, p. 473. Ele fala neste contexto de uma satisfação “distante do prejuízo e perda da sanção”.

64. Herm. Lange, p. 437.

65. Gernhuber, *Bürgerliches Recht*, 2. ed. 1983, p. 365.

66. BGHZ 18, 149, 155.

67. Sobre o desenvolvimento mais antigo cf. Nehlsen-v. Stryk, 121.

68. Cf. sobre isto Nehlsen-v. Stryk, 121.

69. O OAG Celle (Seuffert's Archiv 27, 30 (1839)) o recusou porque seria em desacordo com o direito romano. Cf. sobre isto Wieling, *Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1970, p. 147.

70. Cf. sobre isto Nehlsen-v. Stryk, 122 anotação 36. Todavia ela não leva em conta, como antes dela também não o redator do BGB v. Kübel (cf. mais adiante anotação 76) a maior parte da Literatura germanística, que na medida em que a indenização do dano moral em geral foi mencionada – quase unanimemente declarou-se pela natureza privada da pena: F. Orloff, *Grundzüge eines Systems des Deutschen Privatrechts*, 1828, p. 513 e sg. anotação 74; G. Phillips, *Grundsätze des gemeinen Deutschen Privatrechts*, Vol. 1, 3. ed. 1846, p. 564; G. Beseler, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, Vol. 2, 1. ed. 1853, p. 373; vol. 1, 4. ed. 1885, p. 538; H.G. Gengler, *Lehrbuch des deutschen Privatrechts*, 1854, p. 774 e sg.; e o mesmo, *Das deutsche Privatrecht in seinen Grundzügen für Studierende*, 1892, p. 498.

manho da dor do lesado, não segundo o tipo e tamanho da culpa do lesado (*sic – des Verletzten*).⁷¹ Se coubesse ao dinheiro da dor uma função penal, ela deveria “ser determinada segundo o tipo e a gravidade do delito cometido”.⁷²

O Tribunal do Império, em decisão de 17 de novembro de 1882,⁷³ admitiu o direito ao dinheiro da dor como tal, qualificando-o, no entanto, não como pena privada em sentido técnico, mas como uma pretensão indenizatória de direito civil “por motivo de dores ilegalmente sofridas”. Consequentemente, decidiu a seguir que “a consideração da magnitude, violência e duração da dor sofrida constitui o elemento decisivo”.⁷⁴

2. A origem do art. 847 do BGB

Desse estado da discussão foi que partiu a Comissão do BGB. É significativo que, em conexão com o tema versado, foram estabelecidas fundamentalmente as posições contraditórias: indenização do dano ou pena privada. Apenas alguns poucos autores conceberam o dinheiro da dor como sendo composto por ambos os elementos.⁷⁵

Embasado nisto, o redator do Anteprojeto da Primeira Comissão para a elaboração do Projeto do Código Civil, v.

KÜBEL, distinguiu os motivos, divergentes entre si, justificadores da delimitação do dinheiro da dor: “Quanto a saber que circunstâncias devem ser levadas em conta na determinação do montante do dinheiro da dor, não existe nenhum consenso, o que, ao menos em parte, guarda coerência com a diversidade de opiniões sobre a natureza do dinheiro da dor, como pena ou indenização. Em um julgado (...) foi declarado que na quantificação do dinheiro da dor têm de ser levados em conta o grau de culpa e o volume do patrimônio do réu, porque a pretensão não se funda na *lex Aquilia*, mas no direito alemão e na equidade natural (...) Contrariamente, de outro lado, em consideração ao caráter de indenização do dinheiro da dor, decidiu-se que o grau de culpa e a situação patrimonial do culpado não devem ser consideradas, mas sim, o que deve ter lugar é a medição da magnitude, tipo e duração das dores sofridas.”⁷⁶

Embora o Anteprojeto da Primeira Comissão tenha seguido o texto do Projeto de DRESDEN, que não previu nenhum regramento do direito da dor, decidiu, todavia, a Primeira Comissão admitir uma pretensão do dinheiro da dor no art. 728 do projeto do BGB, e na verdade paralelamente ao art. 231 do StGB (Código Penal). “Quando (...) o juiz do crime, está autorizado também, em razão de prejuízo não

patrimonial causado ao lesado, a infligir uma *Busze* a pedido deste ..., igual competência deve ter também o juiz do civil”.⁷⁷ Mas a *Busze*, no sentido do art. 231 do StGB, foi ao mesmo tempo a história da origem da pena privada e da indenização do dano.⁷⁸ Todavia, permanece em aberto a questão de saber se apenas a possibilidade de infligir devia ser transferida ao BGB, ou igualmente o seu conteúdo. A probabilidade está com a primeira. O legislador conscientemente não quis decidir esta discutida questão da natureza do dinheiro da dor.⁷⁹ A Segunda Comissão não retomou de modo algum o problema, senão que discutiu meramente a extensão – recentemente rejeitada – do preceito também às ofensas contra a honra.⁸⁰ Com isto, no mínimo, nada se decidiu contra o caráter penal do art. 847.⁸¹

3. A jurisprudência do Tribunal do Império

O problema da natureza jurídica do dinheiro da dor inicialmente retrocedeu, porque a questão de sua validade encontrava agora resposta na lei.⁸² Daí, porém, não se pode tirar a conclusão de que as decisões judiciais tenham resolvido o proble-

ma favoravelmente à função de compensação. Na verdade, o III Senado do Tribunal do Império, no ano de 1910, recusou levar em consideração o grau de culpabilidade na quantificação do dinheiro da dor,⁸³ porém, em 1932, o VI Senado chegou ao resultado oposto.⁸⁴ Sem dirigir-se expressamente a um caráter penal, o Tribunal empregou em sua fundamentação argumentos que até então, na discussão, eram desenvolvidos a partir do caráter penal do dinheiro da dor. O ponto de partida para o Tribunal do Império – como mais tarde também para o BGH – foi a “equitativa” (*billige*) indenização em dinheiro do art. 847: “Numa decisão segundo a equidade (*Billigkeit*) devem, em princípio, ser apreciadas todas as circunstâncias do caso (...) e não cabe aí indagar porque uma culpa especialmente grave do autor do dano também não deva ser considerada, sobretudo quando ela é capaz de atuar amargamente sobre o lesado. A eliminação desta circunstância seria arbitrária.”⁸⁵

4. A jurisprudência do BGH

Contrariamente à doutrina dominante e à jurisprudência, que aderiram à últi-

77. Motivos, Vol. 2, p. 800, Assim também o Comentário do Bürgerliches Gesetzbuch de Planck, 4. ed. 1928, impressão nova 1981, § 847 anotação 1.

78. v. Waechter, pp. 22, 30, 40. Sobre a doutrina dominante posterior e crítica sobre ela cf. H. Stoll, Schadensersatz und Strafe. Eine rechtsvergleichende Skizze, em: *Ius Privatum Gentium. Festschrift für Max Rheinstein*, Vol. II, 1969, pp. 569-590, 580 anotação 41.

79. Cf. por ex. os motivos, Vol. 2, p. 802.

80. Os protocolos da comissão para a segunda leitura do projeto do Código Civil, Vol. II, direito das obrigações, 1898, p. 640 e sg.

81. Assim também Nehlsen-v. Stryk, 124.

82. Cf. sobre isto por ex., o comentário de Planck, que não se pronuncia sobre este problema.

83. RG, BayRpf.Z. 1910, 217. Seguem-no Staudinger e RGRK. (Depois de RGZ 136, 60, 61.)

84. RGZ 136, 60. O III. Senado abriu mão da sua jurisdição (RGZ 136, 60, 62).

85. RGZ 136, 60, 62.

71. v. Waechter, p. 75.

72. v. Waechter, p. 76.

73. RGZ 8, 117.

74. RGZ 8, 117, 118. Cf. sobre isto também Nehlsen-v. Stryk, 122.

75. Stobbe, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, Bd.3, 1878, p. 418; e O. v. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Vol. 3, pp. 958, 971; ambos em si contraditórios. Eles partem da função simples de substituição, mas chegam à *actio mixta*.

76. W. Schubert (Editor), *Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse*, parte 3, Parte especial II, 1980, pp. 819-823, 821.

ma decisão,⁸⁶ o III Senado Cível do BGH recusou levar em conta a situação patrimonial do causador do dano na medição do dinheiro da dor. Diferentemente do Tribunal do Império, o BGH aceitou neste julgamento a base dogmática da disputa. "Para decidir esta questão cumpre atentar para o sentido e a finalidade da equitativa indenização em dinheiro segundo o art. 847 do BGB. O teor da lei não exige que se leve em conta a situação patrimonial do lesado. Por outro lado, ela poderia ser admitida, caso no art. 847 do BGB se cuidasse, ainda que meramente em sentido amplo, de preceito penal."⁸⁷ Isto foi negado pelo BGH, com base numa interpretação histórico-genética,⁸⁸ pouco convincente, mas também em função do teor e do emprego sistemático da mesma.⁸⁹ Decisivo para a estimação do dinheiro da dor "deve, portanto, ser o dano de feição não patrimonial produzido no lesado pelo ato ilícito".⁹⁰

O entendimento do III Senado Cível foi seguido pela maioria dos tribunais de instância.⁹¹ Contudo, alguns Tribunais de Relação opuseram-se a esta praxe sentencial. O tribunal de HAMM⁹² resolveu aproximadamente considerar a situação financeira do autor do dano, e também a do lesado. Mais longe ainda foi a Relação de OLDENBURG:⁹³ "Uma indenização

equitativa, no sentido do art. 847 do BGB, pode muito bem ser entendida apenas como consideração de todas as circunstâncias do caso, resultantes de uma avaliação equitativa. Uma dessas circunstâncias pode também, contrariamente à interpretação do BGH, consistir na situação econômica do causador do dano, mas não necessariamente. Também o grau de culpa do ofensor tem de ser considerado, de modo que a diversidade do grau de culpa de vários responsáveis pode levar a diferentes avaliações do dinheiro da dor".

Também o VI Senado quis, na revisão, divergir do entendimento do III Senado, mas viu-se impedido de fazê-lo em face do apego do III Senado à sua antiga jurisprudência, e assim propôs ao Grande Senado a seguinte resolução: "Se na estimação do montante de uma indenização equitativa em dinheiro segundo o art. 847 do BGB (dinheiro da dor) devem ser consideradas todas as circunstâncias, assim também deverá ser no tocante à situação patrimonial e ao grau de culpa do responsável."⁹⁴ O Grande Senado respondeu a pergunta com os argumentos conhecidos.

5. Resultado provisório

Desta pesquisa, resultou até agora que a recepção do art. 847 do BGB deixou

em aberto a contenda quanto a saber se o dinheiro da dor deve ser entendido como pena privada ou como indenização.⁹⁵ Na verdade, o conceito de "indenização" e a posição da norma na lei⁹⁶ podem acenar para uma pretensão de indenização, mas não a configuração do preceito como um todo: a decisão do legislador, de que a pretensão do art. 847 só é herdável dentro de certos pressupostos (dependência jurídica, reconhecimento contratual) acentua a sua origem de pena privada, porquanto uma pretensão de indenização seria livremente herdável.⁹⁷ Por conseguinte, tem-se de partir do fato de que o art. 847 deve ser tido como exceção à regra segundo a qual o direito civil não deve perseguir fins penais, mas, inobstante isto, esse art. tem um caráter penal, pelo menos não o exclui.⁹⁸ A decisão do Grande Senado, conseqüentemente, não pode ser vista como "ressurgimento da pena privada",⁹⁹ mas simplesmente como uma retomada de consciência do real conteúdo do art. 847,¹⁰⁰ que contém, desde o início, um elemento penal.

Além disto, pode ser estabelecida uma notável continuidade na fundamentação de ambas as teorias, pelo menos no que diz respeito às circunstâncias dignas de consideração. As exposições até aqui trazidas à luz não contém nenhum argumento novo. Isto, aproximadamente, não deve ser atribuído a uma evolução histórica que nos seja tão familiar, mas sim ao fato de que a fundamentação não mudou: os representantes da teoria da mera indenização recusam a inclusão de outras circunstâncias, no Séc. XIX do mesmo modo que hoje. As circunstâncias cuja consideração antes da promulgação do BGB eram atribuídas ao caráter de pena privada, determinam hoje a função de satisfação.¹⁰¹ Seus opositores continuam recusando-as sempre, porque a consideração da culpa denotaria o caráter penal do dinheiro da dor. Os que apoiam, contestam o caráter penal, sem contudo poder negar inteiramente a proximidade com a pena. Quanto à argumenta-

95. Nisto assenta principalmente Schwerdtner, *Persönlichkeitsrecht*, pp. 282 e passim. Porém há dúvidas metódicas contra a sua interpretação; ela tem traços fortes da jurisprudência de conceitos e exclui todas as outras possibilidades de interpretação. Cf. também a interpretação literal contrária de v. Waechter, pp. 5 e sg.

96. Uma indenização por dano moral, denominada expressivamente como pena privada, certamente não teria podido ter uma outra posição na lei.

97. Cf. sobre isto Schubert, *Vorlagen*, p. 822; mas também os *Motivos*, Vol. 2, p. 802 (No plano do direito comum é discutido se é herdável a pretensão à indenização por dano moral. Esta questão se relaciona com a questão de saber se a indenização por dano moral deve ser compreendida como pena ou indenização; Hirsch, p. 310 e como fonte mais atual – mas não muito clara – os *Materiais da alteração do §847 do 1. de Julho 1990*. No relato dos deputados Dr. Hüsch und Stiegler (BT-Dr. 11/5423) lê-se sobre isto: "A idéia da satisfação, que justifica a concessão de uma indenização por dano moral, exige por consequência, que a pretensão permaneça do mesmo modo 'na mão do lesado [atingido]'.")

98. *Motivos*, Vol. 2, p. 17 e sg.: "A aplicação de aspectos moralizantes ou de direito penal deve ser inteiramente afastada ao serem determinadas as consequências civis do comportamento ilícito e ilegal."

99. Assim porém, Hirsch, p. 310.

100. Assim também Nehlsen-v. Stryk, 124.

101. Assim também Hirsch, p. 310.

86. Documentação sobre isto: BGHZ 7, 223, Documentação sobre a opinião minoritária: 224

87. BGHZ 7, 223, 224. Cf. sobre esta decisão também Schiemann, pp. 5-8.

88. BGHZ 7, 223, 224 e sg.

89. BGHZ 7, 223, 225 e sg.

90. BGHZ 7, 223, 226. Sobre a fixação e interpretação do conceito "indenização equitativa" cf.: BGHZ 7, 223, 229.

91. Como último: OLG Nürnberg, VersR 1955, 218; OLG München, VersR 1955, 553; OLG Celle, VersR 1955, 621.

92. VersR 1955, 86.

93. DAR 1955, 110, Frases 2 e 3 da ementa; = VersR 1955, 286, em parte não publicado.

94. BGH, VersR 1955, 295.

ção, situam-se eles integralmente na tradição da teoria da pena privada.

Finalmente, mostrou-se ainda que a decisão do Grande Senado não está de modo algum iniciando uma moderna jurisprudência do dinheiro da dor.¹⁰² Compete-lhe, antes, somente a importante missão de esclarecer e indicar o caminho.¹⁰³ Além disso, cabe-lhe o mérito de ter reavivado, e trazido de volta à consciência, as bases da discussão que foi sepultada durante os primeiros cinquenta anos de vigência do BGB.

IV. Legitimidade da Função de Satisfação como Pena Privada

De acordo com o teor da norma, como também segundo a sua evolução histórica e a aplicação que recebeu nos tribunais, o dinheiro da dor legitima-se também como pena de direito privado. Mas isto – contrariamente a algumas vozes na literatura jurídica – não significa que a função de satisfação possa só por isso ser rejeitada. É necessário primeiramente verificar, minuciosamente, as razões que fazem com que uma pena privada seja ilegítima.¹⁰⁴

1. Considerações de ordem constitucional

Examinemos, inicialmente, os preceitos da Constituição. Cabe-lhes o maior peso quando o que se procura é legitimar. Conforme já referido, houve reiteradas dúvidas quanto a ser a função de satisfação compatível com o art. 103, II, da Constituição (*Nulla poena sine lege*) por motivo de falta de fundamento legal.¹⁰⁵ Afora isso, foi afirmada a proibição da duplicidade de pena (*Ne bis in idem*, art. 103, III, da Constituição)¹⁰⁶ e a garantia do devido processo legal (*des gesetzlichen Richters*).¹⁰⁷

Estas considerações mostraram-se enganosas. De um lado ignoram que o art. 847 contém função de pena, por isso não lhe falta fundamento legal. De outra parte, elas repousam numa interpretação por demais ampla do art. 103, II, da Constituição, que na verdade vale tanto para as penas criminais como também, em princípio, aproximadamente, para as penas disciplinares,¹⁰⁸ mas não para as penas privadas. Com razão, decidiu o BVerfG (Tribunal Federal Constitucional)¹⁰⁹ que o dinheiro da dor – “embora ‘elementos penais’ não lhe sejam

de todo estranhos” – não é nenhuma pena no sentido deste preceito constitucional (art. 103, II, da Constituição). Faltam-lhe todos os característicos estigmatizantes da pena criminal. Não é prevista pena de privação de liberdade, como também a correspondente pena substitutiva (*Ersatzfreiheitsstrafe*) e não há inscrição no registro penal. Com isto caem, igualmente, as críticas a respeito da dupla punição.¹¹⁰

2. Desrespeito à divisão das funções

Depois que as considerações de direito constitucional, constantes da decisão do BVerfG do ano de 1973, perderam muito de sua força destruidora, foi ainda especialmente criticado o desrespeito à “divisão das funções do direito civil e do direito penal”.¹¹¹ O direito civil não deve retirar do direito penal nenhuma de suas tarefas. Em estreita correlação com isto está o argumento de que a introdução da pena privada é um anacronismo, significa um atavismo jurídico, uma recaída “num anterior grau de evolução do direito”, uma desestatização parcial da justiça penal.¹¹²

Este argumento perde muito do seu peso pela razão de que o próprio BGB par-

te de uma função penal do dinheiro da dor, ou pelo menos não a exclui. Mas, ainda quando este posicionamento inicial não seja aceito, restaria o questionamento da evolução da política criminal. Na medida em que certas áreas do direito penal venham a ser descriminalizadas¹¹³ – e isto, de certo modo, no presente contexto aplica-se ao menos a uma das duas situações da vida suscetíveis de dinheiro da dor, o direito do médico¹¹⁴ – surge a questão de saber se, com isto, deverão ser suprimidas todas as penas ou somente a pena criminal. Com efeito, descriminalização não quer dizer que toda e qualquer sanção deva ser direta e necessariamente eliminada. Pode subsistir uma necessidade de punição, o que de regra ocorre. Para atender a esta necessidade devem ser abertos outros caminhos. Para tanto servem, por exemplo, as jurisdições profissionais, e além disso o direito civil, em todo o caso o direito delitual (*Deliktsrecht*). Os direitos civil e penal em nenhum outro ponto se aproximam tanto entre si como em matéria de atos ilícitos. De certo modo são tratadas aqui as consequências jurídicas civis e penais do mesmo fato. Com razão acentua-se o parentesco próximo entre a indenização do dano e a

102. Então o BGH não “levantou um aspecto completamente novo sobre a indenização em dinheiro por danos pessoais”. Mas assim H.Honsell, VersR 1974, 205-207, 205.

103. Assim também Pecher, AcP 185, 385.

104. Assim também Hirsch, p. 310.

105. Bötticher, Die Einschränkung des Ersatzes immateriellen Schadens und der Genugtuungsanspruch wegen Persönlichkeitsminderung, em: MDR 1963, 353-360, 359 e sg.; H.Stoll, Parecer, p. 155 e Hirsch, p. 326. Cf. sobre isto também Grossfeld, p. 122 e sg.

106. Hirsch p. 325.

107. Bötticher, Relatório, em: Verhandlungen des fünfundvierzigsten Deutschen Juristentages Karlsruhe 1964, Vol. II Relatórios da sessão, 1965, pp. C7-C29, C18.

108. Dürig, em: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Vol. 4, 1960, Art. 103 II, IV 4 b e c.

109. BVerfGE 34, 269, 293. No caso de violação da personalidade, para a qual realmente falta a base legal. Assim também P. Kunig, em: I. v. Münch, Grundgesetzkommentar, Vol. 3, 2. ed. 1983, Art. 103, Num. marg. 20.

110. Assim também Grossfeld, p. 123.

111. Hirsch, p. 306.

112. Hirsch, p. 317. Mais moderado Herm. Lange, p. 12 e sg.

113. Isto pode se efetuar tanto por medidas energicas do legislador como por uma evolução gradual. Pecher, AcP 185, 391, fala neste contexto do “direito penal enfraquecendo”.

114. Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 1988, p. 5, sustenta ser de limitar “a responsabilidade penal do médico na área da lesão por erros graves de tratamento” e reclama que essa idéia quase não é discutida. Por outro lado, H. Franzki (recensão: Medizin-Haftpflichtschäden, NJW 1989, 2936 e sg., 2937), quanto ao “direito penal enfraquecendo”, entende “que o ajuizamento do processo penal contra médicos é normalmente embaraçoso para a realização de pretensões civis”. A isto chegam pelo menos alguns tribunais, considerando que nos processos de responsabilidade médica apenas excepcionalmente ocorre “uma suspensão do processo por causa de um processo penal ou procedimento de investigação estatal.” (OLG Köln, VersR 1989, 1201, jurisdição permanente).

pena.¹¹⁵ Esta afinidade, até o ano de 1974, recaiu sobre os arts. 188 e 231 do Código Penal, que permitia ao juiz do crime preferir, paralelamente à pena, uma *Busze* com função de compensação.¹¹⁶ Coisa semelhante vige hoje para os tributos do art. 56-b do Código Penal. Se o direito penal está parcialmente se retirando de uma área dos – impropriamente chamados – atos ilícitos, nada mais natural do que destinar ao direito civil, no correspondente passo, os encargos liberalizantes. Semelhante destinação de tarefas favoreceria também a compensação direta agente/vítima.

Em complementação, é de examinar se o direito civil detém congruentemente a renúncia à pena privada ou se, antes, acolhe funções penais.¹¹⁷ O direito de indenização por perdas e danos conhece a prevenção como um oportuno subproduto, todavia somente até onde chega a compensação.¹¹⁸ Cabe também mencionar, nesta correlação, a pena contratual. Ela não é, quer por sua conformação legal, quer por seu efeito na prática, somente a totalização das perdas e danos. As regras sobre ônus da prova, relativas a violação grosseira de deveres profissionais, igualmente não são isentas de certo caráter penal.¹¹⁹ Uma *Busze* adotada para furtos em lojas teria, para o

direito civil, a mesma função penal¹²⁰ que as penas empresariais (*Betriebsstrafe*).¹²¹ Finalmente, recorde-se a discussão sobre o sentido do art. 817, parte segunda.¹²²

Com isto, a discussão sobre anacronismo também enfraquece, abstraindo inteiramente o fato de que ela repousa num quadro histórico, excessivamente mecanicista, de um progresso retilíneo. Com razão, pôde HOLZHAUER ultimamente afirmar que “na mais recente história do direito (...) até o presente, uma tendência em direção à pena privada vem sendo novamente registrada”.^{122a}

3. A nenhuma importância prática do binômio: função de satisfação/pena privada

A última objeção importante contra a função de satisfação – e, portanto, também contra a pena privada – é a de sua nenhuma importância prática.¹²³ Apenas duas vezes manifestaram-se nesse sentido. “No que diz respeito ao dinheiro da dor, a função de satisfação é inteiramente supérflua; pois pode-se deixá-la absorvida no montante da compensação, na medida em que todo o dever de indenizar é capaz de proporcionar satisfação ao lesado, assim como, inversamente, a obrigação de pagar perdas e

danos não raro atua perante o lesado como pena.”¹²⁴ – “Como o comprova a aplicação generalizada das tabelas do dinheiro da dor, a idéia de satisfação não exerce nenhum papel na quantificação do dinheiro da dor”.¹²⁵

A isso se opõe, contudo, uma consulta levada a efeito em 1979/80, por aproximadamente 15% dos juízes do cível da Baviera.¹²⁶ Cerca da metade dos consultados manifestou-se no sentido de que eles “em cada caso valorizam de igual modo a função de compensação e a função de satisfação”.¹²⁷ Isso, no entanto, nada significa quanto a saber se o montante do dinheiro da dor seria diferente caso a função de satisfação fosse eliminada.

Uma revisão sucinta dos julgados usuais sobre o dinheiro da dor, que tenham por objeto ferimentos corporais relevantes e uma culpa mediana,¹²⁸ deixa dúvida quanto a isso. A função de satisfação entra em segundo plano,¹²⁹ ou é retoricamente conduzida ao lado da função de compensação,¹³⁰ para satisfazer a afirmação do BGH, sendo por fim, em continuação, determinado o montante do dinheiro da dor.¹³¹ É perfeitamente compreensivo que o BGH tenha sido reservado a este respeito,¹³² porque a mensuração do dinheiro da dor recai basicamente no âmbito de atuação do juiz do fato, e somente pode haver reexame em casos restritos.¹³³ E também as execuções dos tribunais de instância não são, de regra,¹³⁴ mais esclarecedoras (*aussagekräftiger*).

124. H. Honsell, 206; seguindo-o: Nehlsen-v. Stryk, 126.

125. P. Cramer/H. Kindermann, Wege zur Reform des Schmerzensgeldanspruchs, DAR 1980, 33-39, 34.

126. H.-J. Musielak, Zur gerichtlichen Praxis bei der Bemessung des Schmerzensgeldes – Ergebnisse einer Befragung von Richtern, em: VersR 1982, 613-618.

127. Musielak, 614.

128. Trata-se frequentemente de casos de responsabilidade civil de trânsito, que são descritos na literatura de regra suplantando os outros casos. Coisa parecida também vale para os casos de responsabilidade civil dos médicos, que pelo seu número não podem ser esquecidos.

129. OLG Hamm, VersR 1990, 909; “No caso de violações que baseiam-se em infrações de trânsito por negligência, a função de satisfação passa para o segundo plano.”

130. Cf. sobre isto também Schwerdtner, Persönlichkeitsrecht, pp. 276 e sg.

131. Por ex. OLG Köln, VersR 1981, 690; OLG Stuttgart, DAR 1982, 400. Assim também na sua maioria a opinião na literatura: E. Lorenz, p. 174; Esser/Weyers, Schuldrecht Vol. II, Partes Especial, 6. ed. 1984, p. 528. Outra opinião Lieberwirth, Das Schmerzensgeld, 3. ed., 1965, pp. 58 e sg., baseando-se na jurisdição mais antiga.

132. BGH VersR 1967, 495, 496; NJW 1977, 337, 339; VerR 1981, 677, 678. Outra coisa vale para a decisão NJW 1982, 985, 987, onde o BGH recusou a revisão de um ferido que reclamou que o OLG não levasse bastante a culpabilidade em conta: “O tribunal de apelação qualificou o comportamento do réu” na primeira instância de “irresponsável” e gravemente descuidado e atribuiu-lhe uma “culpabilidade muito grave”. Com isso ele aparentemente não negou que o réu na primeira instância agiu intencionalmente contra regulamentos de trânsito e contra tipos penais quando deixou ao volante a sua noiva de menos de 18 anos e sem licença para dirigir. Mas por isso o réu na primeira instância não causou intencionalmente o acidente, embora haja a irresponsabilidade e a leviandade peculiar do seu agir justamente na permissão intencional de dirigir sem carteira. Na sua decisão o tribunal de apelação não esqueceu nenhuma função importante de satisfação do dinheiro da dor por danos pessoais.

133. Se o tribunal de apelação não levou amplamente em consideração as circunstâncias decisivas ou se ao ponderar violou preceitos jurídicos ou leis do pensar (BGH, VersR 1981, 677, 678; VersR 1988, 943).

134. Mas facilmente se pode apresentar aqui também exemplos contrários: LG Duisburg, DAR 1983, 24 (Participação no trânsito com um teor de alcoolemia de 2,35 ‰ como culpabilidade considerável); e OLG Stuttgart, VersR 1983, 470 (culpabilidade grave do autor do dano, “que dirigiu bebado o automóvel que causou o acidente”).

115. Pecher, AcP 185, 391; ainda mais acentuando Grossfeld, p. 75 e sg., 83.

116. Cf. sobre isto Herm. Lange, p. 431.

117. De direito comparado sobre isto H. Stoll, Schadensersatz und Strafe, pp. 570-579.

118. Herm. Lange, p. 10. Isto porém, é contestado; cf. sobre isto Meder, p. 130, anotação 15.

119. Herm. Lange, p. 12.

120. Herm. Lange, p. 13.

121. Cf. sobre isto Zöllner, Betriebsjustiz, em: ZJP 1970, pp. 365-393.

122. Cf. sobre isto por. ex., Medicus, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 4. ed., 1990, p. 302.

122a. Holzhauser, Privatstrafe, in: Erler/E. Kaufmann (Editores), HRG, Vol. 3, 1984, coluna 1993-1998, 1997.

123. Os representantes desta opinião mencionam normalmente apenas o acidente de trânsito; cf. por. ex., Hupfer, 785.

E mais: existem ainda casos onde a função de satisfação ganha maior relevo. Isso se vê claramente quando vários são os responsáveis pelo dano, com duvidosa intensidade de culpa. Caso semelhante já foi alvo de uma decisão do Grande Senado.¹³⁵

A função de satisfação permite aos tribunais estimar diferentemente o dinheiro da dor em função do grau de culpa e atribuir a uma mesma ofensa dinheiro da dor em montante diverso. A função de satisfação ganha especial importância, e até mesmo significado constitutivo da concessão do dinheiro da dor, em hipóteses com danos muito pequenos ou muito grandes, sempre que se trata de prejuízos que por natureza não comportam compensação. Tem de ser acrescida a culpa não insignificante. Praticamente indubitosa nesta correlação é a influência que exerce a função de satisfação sobre o dinheiro da dor nos casos de ofensa ao direito de personalidade.¹³⁶ Isso, contudo, também ocorre quando as ofensas são tão intensas que aniquilam na vítima toda capacidade mental e também suas

percepções sensoriais. Diante de tais situações, a função de compensação recua totalmente, por não mais ser possível uma qualquer espécie de compensação. Nesses casos, se preciso for, a prestação do dinheiro da dor pode basear-se tão somente na função de satisfação.¹³⁷ O mesmo vale, correspondentemente, para danos diminutos, o que, em todo o caso, não é reconhecido por uma parte da jurisprudência, por não ser compensável.¹³⁸ Um dinheiro da dor apoiado, única ou preponderantemente, na função de satisfação pode, pois, dado o caso, ser concedido.¹³⁹

Com isso, também o último argumento contra a função penal do dinheiro da dor mostra-se inexistente.

V. Consequências

O conceito de satisfação tornou-se sinônimo de pena privada,¹⁴⁰ a ser considerada inteiramente como matéria de direito civil. O acentuado relevo dado ao elemento penal no dinheiro da dor não poderia ficar sem consequências na sua evolução.

Quem acolhe a pena privada como princípio básico da satisfação perguntará se ela efetivamente se apresenta com função de compensação em todos os casos ou apenas numa área central delimitada por STOLL: A satisfação "interessa na prisão por dívida do direito civil quando a ofensa ao sentimento jurídico da vítima é mais importante que o prejuízo ocasionado, e isso pertence à esfera privada em tal medida que não comporta tratamento penal; ou, então, a punição no direito penal seria desmedida".¹⁴¹ Tal importa dizer que num grande número de casos normais¹⁴² o dinheiro da dor seria determinado unicamente pela função de compensação.¹⁴³

Isso pressupõe renúncia ao dogma da inseparabilidade dos elementos constitutivos do dinheiro da dor, o que na prática judicial não raras vezes acontece¹⁴⁴ sem que sejam tiradas as necessárias consequências. O dinheiro da dor deveria ser identificado separadamente em suas funções de compensação e de satisfação. Isso facilitaria a discussão racional dos fatores de cálculo a serem respectivamente considerados.¹⁴⁵ O dinheiro da dor, como inde-

nização "em si", o que hoje é recusado,¹⁴⁶ seria então – também com o auxílio completo de tabelas¹⁴⁷ – calculado e separadamente indicado. Nos casos em que é agregada a função de satisfação, ou até mesmo quando, excepcionalmente, só ela é constitutiva do reconhecimento do dinheiro da dor, seria de primeiramente estabelecer em que extensão isto ocorre. A seguir, seriam então avaliados os respectivos aspectos pertinentes. E, como reforma da reforma, seria de examinar a reintrodução da não-herdabilidade do dinheiro da dor na sua função de satisfação.¹⁴⁸

Se a função penal deve efetivamente incidir, a satisfação tem de ser indicada, em separado e com precisão, na sentença. Somente assim ela poderá ser extraída do seguro e atingir o ofensor como um palpável sacrifício patrimonial.¹⁴⁹ Isso, em hipóteses isoladas – de devedores sem capacidade de pagamento – pode levar a uma redução do somatório da quantia que hoje é paga como dinheiro da dor, embora a função de satisfação geralmente contribua para a sua elevação. Esta possibilidade, no entanto, não tem qualquer relevância

135. Cf. anterior p. 260; mas também OLG Frankfurt, VersR 1983, 545. OLG Frankfurt, VersR 1983, 545.

136. Cf. sobre isto Schwerdtner, em: MünchKomm, Vol. 1, 2. ed. 1984, §12 Num. marg. 163 e sgs., 291 e sgs, 296.

137. BGH, JZ 1976, 559 = NJW 1976, 1147; Schwerdtner, Persönlichkeitsrecht, p. 281; crítico sobre isto Schiemann, pp. 15 e sg.; BGH, NJW 1981, 1613; NJW 1982, 2123. Isto vale também para a sentença do BGH, VersR 1967, 495, mas que trata de uma outra constelação, uma ampliação de operação. Como a sentença está fundamentada, há a presunção de que o BGH está de acordo com a doutrina segundo a qual a violação do dever de esclarecer é uma violação da personalidade e não uma lesão física. (cf. sobre isto B.-R. Kern/Laufs, Die ärztliche Aufklärungspflicht unter besonderer Berücksichtigung der richterlichen Spruchpraxis, 1983, pp. 149 e sg., com mais indicações). Porém o BGH ficou neste caso vinculado à cognição da instância anterior. Por isso e por que a sentença ficou sem consequências na jurisprudência (OLG München, MedR 1989, 40 e sgs, por ex., não aproveitou desta idéia), esta indicação não precisa ser levada em conta. (mas cf. sobre isto Schiemann, pp. 12 e sg.)

138. O KG porém, funda isto na sua decisão (DAR 1974, 297, 298) não na falta de necessidade de compensação, mas no argumento de que uma satisfação não seria oferecida.

139. Assim por ex., OLG Düsseldorf, MedR 1985, 85, "quando o doente foi submetido a uma cirurgia, que foi realizada impropriamente. As consequências permanentes prejudiciais porém, foram evitadas por uma [outra] cirurgia necessária [além da primeira cirurgia] e realizada por um outro médico." O [primeiro] médico realizou uma cirurgia raramente praticada, que uma clínica especial deveria fazer, e violou assim a sua diligência medicinal.

140. Apenas um pouco mais moderado Herm. Lange, p. 12 ("pelo menos na área de transição").

141. H. Stoll, parecer, pp. 152 e sg.

142. Cf. sobre isto anteriormente, anotações 128-131.

143. Assim também já Pecher, Der Anspruch auf Genugtuung als Vermögenswert, em: AcP 171 (1971), 44-81, 71.

144. Köndgen, Haftpflichtfunktionen und Immaterialschaden am Beispiel von Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung, 1976, p. 76, fala neste contexto com razão de uma "protestatio facto contraria" e documenta a sua opinião com algumas citações excelentes da jurisprudência. Da jurisprudência mais recente, cf. por ex. LG Trier, VersR 1983, 791: "É justificado aumentar até um terço uma indenização em dinheiro da dor necessária a uma compensação, para realizar a função de satisfação."

145. Pecher, Anspruch, 79; parecido também Esser/Weyers, p. 528.

146. E. Lorenz, pp. 125, 174.

147. Cf. sobre isto Herm. Lange, p. 439: "As tabelas existentes sobre a indenização em dinheiro da dor são considerados na prática pela grande maioria como ajuda importante de orientação, mas elas não podem substituir um exame de todas as circunstâncias relevantes."

148. Mais extensamente do que a situação legal atual. Cf. sobre isto também Pecher, Anspruch, 76 com mais indicações.

149. Assim também Pecher, 76; cf. sobre isto também Herm. Lange, p. 436 anotação 63.

jurídica, porque o estado atual – que não permite seguro de responsabilidade por satisfação, mas na falta de separação das funções o seguro tem de incidir em toda a sua plenitude¹⁵⁰ – frustra a idéia de satisfação.

Com a possibilidade de seguro da pena privada, cai simultaneamente uma das principais objeções à jurisprudência do BGH,¹⁵¹ alicerçada em “uma requintada idéia de expiação não necessariamente penal”, para os casos de perda total da capacidade mental e da percepção sensorial. A jurisprudência, que hoje se vê exposta a uma justa censura, por assegurar aos parentes próximos, contrariamente à proibição ao art. 253, um direito próprio ao dinheiro da dor, obteria então um fundamento intrínseco, cujas falhas ela hoje mal pode ocultar.

A inequívoca relevância do caráter de pena privada pode também contribuir com algo para a solução do problema de saber se cabe pagar dinheiro da dor nos casos de ofensa ao direito individual comum de associação (*allgemeine Verbandspersönlichkeitsrechts*).¹⁵² Como a pena privada propicia um sentimento de satisfação não somente à pessoa atingida,¹⁵³ dado que opera também sobre o agente, é de, como resultado final, responder com um

sim à pena privada. Seria de considerar, nesses casos, a exclusão da herdabilidade passiva. Inversamente, isso também é válido nas pretensões de dinheiro da dor contra o Estado, quando só servem à satisfação da pessoa atingida.¹⁵⁴

Além disso, a satisfação não deve ser concedida nos casos de responsabilidade delitual sem culpa (arts. 829 e 833).¹⁵⁵ Isso, *de lege ferenda* abre a possibilidade de admitir o dinheiro da dor em função de compensação também nos casos de responsabilidade objetiva.¹⁵⁶ Ao demais, a concessão da satisfação pressupõe prova positiva de culpa. Não bastam, para tal, meras decisões sobre ônus da prova; bastam, porém, para o dinheiro da dor em função de compensação. São também de considerar os diferentes critérios de imprudência no direito penal e no direito civil; para que alguém fique obrigado a indenizar, basta um comportamento objetivo contrário a dever, mas a pena privada, ao contrário, exige o pressuposto da censurabilidade individual.¹⁵⁷ Por último, o dinheiro da dor, na função de satisfação, diversamente do que ocorre na função de compensação, não poderia ser outorgado como renda. Isso seria contrário ao seu caráter de pena privada.¹⁵⁸

A nítida separação das duas funções evidencia que todos os discutidos fatores de estimação¹⁵⁹ da função de satisfação têm de ser ordenados, e só levados em conta na correspondente medida. Dificuldades que possam surgir, como, por exemplo, relativamente à significação da capacidade patrimonial do ofensor,¹⁶⁰ resolvem-se ao tornar-se claro que isso só tem relevância na satisfação.¹⁶¹ Aqui, o levar em conta explica-se sem constrangimentos, a partir do pensamento de que também o sistema alemão de índices do dinheiro da dor fundamenta-se no direito penal.

Conseqüências igualmente surgem no tocante à questão do desconto de penas criminais no dinheiro da dor, e vice versa.¹⁶² Contra semelhante dedução foi oportunamente objetado que ele é dificilmente exequível, que a pessoa atingida deve sofrer uma retirada (*Abzug*) no seu dinheiro da dor tão-somente porque foi dispensada de uma sentença penal. Essa objeção, todavia, repousa na idéia de um montante unitário do dinheiro da dor e despreza a diversidade de funções. Não se trata – mesmo de acordo com a jurisprudência hoje

praticada – de podar o dinheiro da dor onde ele invade a compensação, mas de determinar o excesso da função de satisfação em sua correta extensão. A judicatura, quanto a isso, desconta penas criminais em diversas extensões. Alguns julgados deixam de lado, inteiramente, a função de satisfação,¹⁶³ enquanto outros pura e simplesmente a restringem em diferentes porções.¹⁶⁴

A pena privada se diferencia da pena criminal nisto que esta serve em primeiro lugar à satisfação da comunidade jurídica, enquanto que aquela à da vítima.¹⁶⁵ Isso ainda é confirmado na circunstância de que a pena criminal, enquanto pena pecuniária, deve ser paga ao Estado ou a um terceiro, ao passo que a pena privada vai para a vítima. A pena criminal pode ser influenciada por fatores que são totalmente irrelevantes para a pena privada, como, por exemplo, a ressocialização como finalidade da pena.¹⁶⁶ Mas também é de levar em conta, em certos casos, a circunstância de que em uma sentença penal vários atos delituosos são punidos com uma só pena conjunta.¹⁶⁷ Essa pena global serve, essencialmente, para a expiação de um outro fato delituoso con-

150. Herm. Lange, p. 436, anotação 63.

151. BGH JZ 1976, 559, 560.

152. Sobre a situação da discussão cf. Klippel, Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz von Verbänden, em: JZ 1988, 625-635, 634 e sg.

153. Com razão constata Klippel, 635, neste ponto: “Como uma pessoa jurídica pode sentir satisfação, fica incompreensível.”

154. LG Hamburg, NVwZ 1987, 833, sobre a assim chamada “caldeira hamburguesa”.

155. Cf. sobre isto Herm. Lange, pp. 433 e sg.

156. Cf. sobre isto Köndgen, p. 138; Herm. Lange, p. 426 (com dúvida); e E. Lorenz, p. 226.

157. Assim também Köndgen, p. 122.

158. Pecher, 76: “A idéia de um regular e repetido apaziguamento do sentimento de justiça é errônea.”

159. Cf. anteriormente, anotações 14, 18-23.

160. Por ex., Esser/Weyers, p. 527: “Atrás da jurisprudência pode haver parcialmente idéias de satisfação” (Acentuação pelo autor).

161. Isto vale também para a jurisprudência atual, que muitas vezes não se dá conta disto.

162. AG Flensburg, MDR 1973, 948. Cf. também BGH, NJW 1988, 2749.

163. OLG Düsseldorf, NJW 1974, 1289.

164. OLG Stuttgart, VersR 1989, 1150, 1151: “A função de satisfação da indenização pedida em dinheiro da dor é neste caso diminuída.” OLG Düsseldorf, VersR 1989, 1203: “A necessidade da vítima ter uma certa satisfação pela injustiça não deixa de existir pelo fato...” LG Köln, VersR 1990, 1129, 1131: “... de que só pode ter pouca importância para a fixação da indenização em dinheiro por danos morais.”

165. LG Stuttgart, NJW 1978, 595; LG Flensburg, VersR 1988, 740.

166. OLG Hamm, MDR 1974, 1018: “Além disso, a tentativa de ressocializar o réu evidentemente não pode ser à custa da vítima do crime.”

167. LG Köln, VersR 1990, 1129, 1131.

juntamente julgado, de modo que não entra na estimação do dinheiro da dor. Essas reflexões mostram que, em todo o caso, ambas as funções não são sempre incondicionalmente compensadas uma com a outra. Com isso, todavia, ocorre que juridicamente sobressai, antes, o lado penal privado,¹⁶⁸ o qual, também aí, forçosamente deixa aparecer uma pena privada, quando já suportou uma pena criminal, e vice versa. Especialmente nas ofensas que atingem a vítima no âmago da sua personalidade,¹⁶⁹ como a desonra ou uma grave violação ao direito de personalidade,¹⁷⁰ ocorrerá antes um apaziguamento da comunidade jurídica do que da vítima. Nesse ponto, geralmente se pensa de preferência numa redução da pena privada do que na sua total supressão. O grau de redução, que inclusive pode chegar a zero, é por sua vez determinado conforme as circunstâncias do fato. Em consequência, dificilmente uma pena privada recairá junto a uma pena cri-

minal, senão que será mantida em diferente extensão.

VI. Conclusão

A pesquisa revela o entendimento da jurisprudência de que satisfação é pena privada. É discutível o motivo pelo qual ela nem sempre expressa isso claramente, embora a sua formulação esteja tão próxima quanto possível da pena, sem no entanto empregar a palavra mesma. "Pois, que compensação de dano e satisfação ideal (...) assentam em distintos pensamentos jurídicos elementares, é coisa que afinal bem que deveria ser (outra vez) abertamente confessada".¹⁷¹ Se esse fundamento dogmático da satisfação for externado publicamente, poderia ser ganho um espaço que permitiria pôr em evidência, claramente, o princípio da pena privada, bem como, ao mesmo tempo, delimitá-la em sua aplicação. Evitar-se-iam assim falhas supérfluas de fundamentação.

168. Apoiando-se no que sobressai no plano do direito profissional, que pode fazer necessária no direito médico uma condenação no plano do direito profissional ao lado de uma pena criminal.

169. OLG Hamm, MDR 1974, 1018; LG Stuttgart, NJW 1978, 595; e LG Flensburg, VersR 1988, 740; Precário porém, OLG Düsseldorf, NJW 1974, 1289.

170. Por isso a decisão do OLG Koblenz, VersR 1990, 165, 166 é duvidosa. O tribunal deixa passar a função de satisfação para o segundo plano em um caso em que uma mulher foi descrita em um anúncio de jornal como prostituta.

171. Pecher, AcP 185, 387.

Problemas Atuais da Livre Apreciação da Prova

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Professor da Faculdade de Direito da UFRGS, Doutor em Direito pela USP.
Desembargador do Tribunal de Justiça do RS.

1. Introdução

tema da livre apreciação da prova¹ tem merecido ao longo da história regulação mais ou menos rigorosa, na medida em que se busque restringir ou ampliar a liberdade do órgão judicial no exame do material fático recolhido no processo. O rumo tomado, convém ressaltar, encontra-se quase sempre sintonizado com a confiança depositada no juiz e os valores imperantes na época.

Embora não constitua objeto deste trabalho a reconstituição do fio histórico do problema, deve ser sublinhado que, bem ou mal, apesar das naturais marchas e contramarchas, a linha mestra de desenvolvimento da relação do juiz com a prova, e principalmente dos poderes deste na sua

SUMÁRIO

1. Introdução;
2. Alguns problemas atuais da livre apreciação da prova;
3. O controle da liberdade concedida ao órgão judicial nessa matéria;
- Bibliografia.

1. COSTA, Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, 2. ed., tomo III, nº 240, p. 240, critica acertadamente a impropriedade da expressão "livre convicção", recomendando em seu lugar "livre apreciação da prova", pois a contraposição entre convicção livre e convicção forçada espelha um contra-senso. Força é convir, porém, que convicção livre do juiz só poderá existir se houver livre apreciação da prova.

avaliação, manifesta-se no sentido de liberá-lo cada vez mais de cadeias de ordem meramente formal. A tendência hodierna dominante inclina-se decididamente por racionalizar o sistema mediante prevalência da verdade empírica extraída dos fatos da causa por meio da lógica e de critérios científicos,² portanto em nível qualitativo diverso daquele ocorrido na passagem dos juízes de Deus para a chamada prova "legal". Essa concepção esteia-se basicamente nas investigações de JEREMIAS BENTHAM e da escola utilitarista inglesa, identificada com a história da lógica indutiva e dos desenvolvimentos científicos (princípio da "total evidence"). Um ponto a examinar é se esse modo de ver o problema, fortemente influenciado pelo conceito de legalidade herdado do iluminismo, acaba por dar maior prevalência ao momento "técnico-jurídico" em detrimento do aspecto "lógico", conduzindo a uma postura técnica e formalista e inclusive burocrática na investigação do fato, em contraste com a postura crítica, que parece caracterizar o processo de formação do juízo nas experiências processuais ligadas à prova testemunhal, na estrada da tradição tópic-retórica.³

Dentro dos limites do tema, procurarei determinar, no decorrer do presente ensaio, em que medida o juiz brasileiro mostra-se realmente livre para apreciar o material fático colhido no processo e qual influência vem exercendo nesse mister o

impacto do vertiginoso avanço da tecnologia na produção da prova, de par com o crescente aumento da carga de trabalho do magistrado.

2. Alguns problemas atuais da livre apreciação da prova

Consoante o disposto no art. 131 do Código de Processo Civil, o juiz apreciará livremente a prova. Fica-lhe proibido, contudo, exercer esse poder sobre fatos e circunstâncias não constantes dos autos ou emitir convicção de natureza íntima, pois deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Quase na mesma linha se orienta o microsistema dos Juizados Especiais, pois o art. 5º da Lei nº 9.099, de 26.09.1995, faculta ao juiz dirigir o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica. Na sentença, o juiz não só fará referência, no essencial, aos informes trazidos nos depoimentos (art. 36, 2ª parte), como também mencionará os elementos de convicção, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório (art. 38).

O índice de democratização do processo, nesse contexto, revela-se bem maior em confronto com o antigo sistema da prova legal, pois o pronunciamento sobre o fato passa a ser mais compreensível para o cidadão comum, interagindo dialeticamente

com a apreciação que deve ter a cidadania do proceder de seus juízes. Pense-se que a aferição da prova, no contexto histórico anterior, haveria de se realizar mediante sutis distinções com emprego de princípios preestabelecidos, em detrimento da observação concreta dos fatos, enquanto no sistema atual o importante é a motivação fornecida pelo juiz para explicar a escolha realizada, motivação essa que deve constar da própria sentença.

O problema é que permanecem às vezes no espírito dos juízes, nomeadamente em decorrência de fatores de ordem cultural, resquícios da prova tarifada, como se a confissão, a perícia ou documentos houvessem de prevalecer sempre sobre os demais tipos de prova. Todavia, bem entendido o sistema da persuasão racional, não se pode conceber regra de natureza probatória *a priori* nem de caráter geral: tudo há de depender do exame *in concreto* do caso e no contexto dos elementos constantes dos autos, material sobre o qual haverá o órgão judicial de exercer com o maior cuidado o seu exame crítico e extrair a verdade provável e possível.

Assim, fácil é entender que a confissão judicial, embora faça prova contra o

confidente, consoante o disposto no art. 350, 1ª parte, do CPC, não afasta o juiz do dever de sopesar o alcance desse elemento no contexto probatório e atribuir-lhe o valor que lhe for mais adequado, de modo nenhum implicando presunção absoluta da veracidade dos fatos.⁴ O mesmo sucede em relação à confissão extrajudicial, regulada no art. 353 do CPC. O entendimento de que se trataria de uma prova legal, a vincular o juiz a seu resultado, impedindo-o de decidir de outro modo,⁵ ignora por inteiro não só o verdadeiro alcance do art. 131 do CPC, mas principalmente o sistema do Código. Aliás, em regra de extraordinária abertura, o art. 332 do CPC estabelece que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no estatuto processual, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Até a presunção *iuris et de iure* não afasta conclusão dessa ordem, pois dispensa a prova a respeito do que se presume. O mesmo se passa com a ficção, pois essa não existe como prova nem é prova. Deve-se ter bem presente que os conceitos de presunção legal e de ficção jurídica não passam de expedientes de técnica legislativa,⁶ dizendo respeito ao tema da prova e não à sua estimação.⁷

4. Assim julgou, com inteiro acerto, a 4ª Turma do STJ (REsp 54.809-MG, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo, DJU de 10.06.1996, p. 20.335).

5. Preleciona desse modo João Carlos Pestana de Aguiar, *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1974, vol. IV, p. 125-126, lição adotada em acórdão da 2ª Turma do STF (RE 82.001, Rel. Ministro Cordeiro Guerra, j. 20.06.1975, un., *Revista Forense*, 254(abril/maio/junho de 1976):238-239).

6. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. IV, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 236.

7. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. II, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 384.

2. Ver, a respeito, com amplo desenvolvimento, minha tese de doutoramento, *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, *passim*.

3. Nesse sentido a crítica de Alessandro Giuliani, *Il concetto di prova (contributo alla logica giuridica)*. Milano: Giuffrè, 1945, p. 245 e ss.

Mostra-se indispensável, por outro lado, para que tudo não redunde em puro arbítrio, contenha-se a atividade do órgão judicial no horizonte de uma racionalidade lógica e de conformidade com as leis naturais e a experiência comum.⁸ A tanto, aliás, colima o art. 335 do Código de Processo Civil.⁹ Nenhum visio de procedência ostenta a objeção de que ou essas regras lógicas foram recolhidas pela norma jurídica e impostas ao juiz, caso em que se teria um sistema de prova tarifada, ou não têm caráter imperativo e então, como é natural, o órgão judicial ficaria com a liberdade de segui-las ou não.¹⁰ Tal tipo de raciocínio desconhece cuidar-se de exigência intrínseca a qualquer valoração humana, impossível de ser afastada pela só circunstância de não constar de regra de lei, mormente porque, enquanto fenômeno do pensamento, a lógica não é regulada por leis formais ou jurídicas. Por isso mesmo, assiste inteira razão ao entendimento doutrinário que visualiza a observância das leis do raciocí-

nio, da ciência ou da natureza não como um *limite* à apreciação da prova, mas como algo que lhe é imanente.¹¹

Aspecto interessante e atual da apreciação da prova diz respeito à crescente interferência da ciência na investigação dos fatos,¹² a colocar com frequência o juiz em face de complexas informações técnicas e científicas, capazes de serem apreendidas em toda sua extensão com facilidade apenas por pessoas dotadas de altos conhecimentos especializados ou de raras habilidades.¹³ Não há dúvida, nessa perspectiva, de que a confiança, até certo ponto indispensável, na informação científica impenetrável ou de difícil acesso, aumenta a tensão entre a liberdade para apreciar a prova e o processo cognitivo normal, pondo em xeque o próprio princípio da livre apreciação da prova.

Semelhante dificuldade coloca no tablado das discussões o temor de que o órgão judicial esteja, em alguma medida, transferindo o seu poder de julgar a estra-

8. Assim, por exemplo, não poderá o magistrado desconhecer exame de sangue excludente de alegada paternidade (cientificamente apontando o resultado com 100% de certeza), para, com base no princípio da livre apreciação da prova, emprestar maior valor ao conjunto probatório e acolher o pedido de reconhecimento forçado da relação paternal. O poder do juiz não chega a ponto de revogar as leis da ciência ou da natureza!

9. A respeito do ponto, continua mantendo atualidade a clássica monografia de Friederich Stein, *Das private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, 2. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1893, Aalen, Scientia Verlag, 1987, *passim*. Entre nós, José Carlos Barbosa Moreira, *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*, *Revista Forense*, 261 (janeiro/fevereiro/março de 1978):13-19, e Elício de Cresci Sobrinho, *O juiz e as máximas da experiência*, *Revista Forense*, 296 (outubro/novembro/dezembro de 1986):430-436.

10. Externa esse ceticismo Jaime Guasp, *Juez y hechos en el proceso civil. Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*, Barcelona, Bosch, 1943, p. 95.

11. Como bem pondera Gerhard Walter, *La libre apreciación de la prueba (investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial)*, trad. Tomás Banzhaf, Bogotá, Temis, 1985, § 14, 2, p. 355.

12. Exemplo frisante constitui, como sabido, o exame de DNA, empregado especialmente na ação de reconhecimento forçado da paternidade.

13. A questão é suscitada, especialmente da ótica do *common law*, por Mirjan R. Damaska, *Evidence Law Adrift*, New Haven & London, Yale University Press, 1997, p. 150-151, *passim*, que sublinha, *en passant*, as dificuldades de harmonização dos métodos europeu-continental na investigação dos fatos com a cientificização da prova.

nhos sem legitimação política.¹⁴ O exemplo paradigmático é o da função exercida pelo perito, em que esse perigo se agudiza de maneira singular. Nesse ponto, impõe-se observar que nos sistemas ligados ao *common law* essa consequência tende a ser minimizada, em virtude de neles ser a prova produzida exclusivamente pelas partes, verificando-se além disso exacerbado contraditório entre as testemunhas técnicas trazidas ao confronto, valendo ressaltar a inexistência de perito de confiança do órgão judicial.

O mesmo não se passa em sistemas como o nosso, em que se constata a olhos vistos a crescente supervalorização do trabalho do perito oficial nomeado pelo diretor do processo, de modo a fazer se apoucar correlativamente, com intensidade cada vez maior, a importância dos laudos apresentados pelos assistentes técnicos das partes. Essa consequência, ademais, torna-se ainda mais grave pelo notável incremento verificado no número de demandas, a tornar mais rarefeito o exame das conclusões da perícia pelo juiz. De outro lado, a reforma introduzida no instituto da perícia, pela Lei nº 8.455, de 24.08.1992, só veio a estimular, na contramão da história, esses inconvenientes, na medida em que reduziu consideravelmente o papel até então desempenhado pelos assistentes técnicos, que, de verdadeiros auxiliares do juízo, passaram à condição de simples informantes e pareceristas pagos pelas partes. Semelhan-

te conclusão encontra-se alicerçada na nova redação do § 2º, 2ª parte, do art. 422, – a dispensar os assistentes técnicos de prestarem compromisso de cumprir conscienciosamente o encargo que lhes for cometido –, do art. 423, – a determinar que os assistentes técnicos não podem mais ser recusados por impedimento ou suspeição –, do art. 424, *caput*, a não mais prever a possibilidade de substituição do assistente técnico pelo juiz –, e ainda na revogação dos arts. 430 e 431, que impunham prévia conferência entre o perito e os assistentes técnicos e a elaboração de laudo em separado somente em caso de divergência. O argumento de que, nos termos do art. 436 do CPC, o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, não se mostra relevante nesse contexto porque é sabido que a aplicação dessa diretiva revela-se praticamente desconhecida na prática do foro e só encontra realmente respaldo em casos em que seria a rigor desnecessária a prova pericial, bastando a prova do fato para a formação da convicção judicial.¹⁵ Demais disso, a regra invocada tende a ceder notavelmente diante dos casos de alta complexidade científica ou técnica, nos quais obviamente mais dependente se torna o órgão judicial de assessoria especializada.

A nova realidade aqui retratada está a determinar reflexão mais acurada sobre o *modus operandi* da perícia no sistema jurídico brasileiro. As razões invocadas e a práti-

14. Observação de Damaska, *ob. cit.*, p. 151.

15. Sintomático, a respeito, o acórdão unânime da 1ª Turma do STF (RE 84.473-GO, Rel. Ministro Cunha Peixoto, 24.09.1976, RTJ, 85 (julho/agosto/setembro de 1978):190-197, em que a rejeição do laudo pericial não determinou por si só a realização de nova perícia, porquanto suficiente para a formação da convicção do órgão judicial o exame dos documentos que formavam a cadeia domínial.

ca do foro demonstram que, no presente estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira, seria de todo conveniente desfrutasse o perito da confiança não só do órgão judicial mas também dos litigantes. Dentro dessas coordenadas, tudo aconselha – nomeadamente nos parâmetros de uma desejável e inafastável visão cooperativa do processo – a prévia audição das partes a respeito da escolha do *expert*, possibilitando-lhes até sugerir quem deva realizar a diligência.¹⁶ Com essa providência – que pode ser adotada inclusive sem lei expressa a respeito – em muito ganharia a busca da verdade dentro do processo, mormente nas espécies de alta complexidade técnica ou científica, possibilitando-se o exercício da livre apreciação da prova com legitimação externa mais acurada do Poder em face da sociedade civil.

3. O controle da liberdade concedida ao órgão judicial nessa matéria

As considerações até aqui desenvolvidas, trazem à liça o problema da

responsabilização do juiz e do controle de sua desejável liberdade, elementos esses correlativos ao exercício da cidadania processual das partes, que de modo nenhum podem ser esquecidos quando se aborda o tema da livre apreciação da prova.

A primeira observação é que, do ponto de vista externo ao juízo valorativo, conquanto inadmissível qualquer retrocesso no sentido de tarifar a apreciação do fato pelo juiz,¹⁷ há de ser preservado, como salvaguarda para melhor estabelecimento da verdade e paralelo anteparo contra o abuso da liberdade judicial a respeito, o controle da sociedade imbuída de valores democráticos, por meio dos princípios, garantias e técnicas formadores do próprio processo. Visam eles, por um lado, a facilitar o trabalho judicial, elastecendo ao mesmo tempo a colaboração das partes. Pode-se mencionar a respeito, como exemplo, a imediatidade no debate e na recepção da prova oral, o contraditório e a presença dos interessados na produção das provas.¹⁸ Outros princípios e garantias, em razão de necessariamente restringirem o caráter “pessoal” da decisão e

contribuírem assim para uma melhor objetividade, constituem anteparo ao arbítrio judicial. Podem ser apontados nesse caminho o dever de motivar a sentença, o atendimento às formalidades estabelecidas em lei para a realização da prova, a publicidade do procedimento, a possibilidade de recursos em geral e o duplo grau de jurisdição.¹⁹

Não deve ser olvidado, no entanto, o risco de não ser de todo afastada a onipotência judicial com o emprego dessas técnicas e até mesmo respeitando-se os princípios e garantias antes mencionados. O problema revela-se muito mais complexo e mostra-se bem possível que o órgão judicial, mesmo com uma autêntica proclamação de princípios, ao justificar determinada visão dos fatos lance mão de critérios vagos e indefinidos, empregando fórmulas puramente retóricas, despidas de conteúdo, aludindo por exemplo à “verdade material”, “prova moral”, “certeza moral”, “prudente apreciação”, “íntima convicção”. Essas e outras expressões similares representam autênticos sinônimos de arbítrio, subjetivismo e manipulação semântica, por não assegurar nenhuma racionalidade na valorização da prova, implicar falsa motivação da decisão tomada e impedir, assim, o controle por parte da sociedade, do jurisdicionado e da instância superior.²⁰

É assaz difundida, por sinal, a tendência de se reduzir a atividade cognoscitiva do juiz a um fenômeno de pura consciência, a se exaurir no plano íntimo e imperscrutável da mera subjetividade. Se o reconhecimento da inafastável liberdade da decisão – na medida em que eticamente empenhado e assim expressão da responsabilidade do indivíduo –, foi o fruto mais precioso do novo sistema da *intime conviction*, esse mesmo elemento oferece também aspectos negativos, exatamente porque pode levar a se considerar o momento da valoração da prova como um fenômeno misterioso e indizível, não sujeito a análise e controle, impenetrável por consequência a qualquer tipo de investigação.²¹ Razões desse jaez encontram eco também no ambiente brasileiro, guardando perfeita adequação aos tempos atuais, de modo a justificar plenamente a necessidade de um controle também endógeno, incidente sobre o próprio raciocínio desenvolvido pelo órgão judicial no apreciar tanto a prova quanto os elementos de fato relevantes para a decisão. Não se cuida aqui de encarar a questão com preconceitos de caráter iluminístico, mas de adaptar o discurso aos valores fundamentais da sociedade hodierna, interessada de uma forma ou de outra em domesticar o poder.

16. Cabe mencionar, com essa louvável orientação, o art. 568, 2, do CPC português: “As partes são ouvidas sobre a nomeação do perito, podendo sugerir quem deve realizar a diligência; havendo acordo das partes sobre a identidade do perito a designar, deve o juiz nomeá-lo, salvo se fundadamente tiver razões para pôr em causa a sua idoneidade ou competência.”

17. Parece ter sido esta a intenção de Ennio Amodio, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, XVI(1973):310-339. Preocupado com a “degeneração” da prática judicial penal italiana, propõe uma “riscoperta” das regras probatórias legais como instrumentos destinados a limitar em sentido negativo os poderes do juiz também no plano valorativo (rev. cit., p. 336). A sugestão mereceu imediato repúdio de Cappelletti, *Ritorno al sistema della prova legale?*, rev. cit., XVII(1974):139-141, combatendo as generalizações perigosas e o formalismo dessa posição, com resposta de Amodio, *Prove legali, legalità probatoria e politica processuale*, rev. cit., XVII(1974):373-376.

18. Chiovenda, *Sul rapporto fra le forme del procedimento e la funzione della prova (L'oralità e la prova)*, in *Saggi di Diritto Processuale Civile*, vol. II, Roma, 1931, Foro Italiano, pp. 197-225, esp. p. 225, destaca com agudeza que a liberdade de convencimento do juiz quer o ar e a luz da audiência, corrompendo-se e morrendo nos labirintos do processo escrito. Para Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità (contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile)*, 2. ed., Milano: Giuffrè, 1974, vol. I, p. 130 e ss., 139, 164, mostra-se indissociável a interdependência recíproca entre imediação, oralidade e livre apreciação da prova, residindo o sentido maior da imediação exatamente na livre valoração da prova, porque a prova legal não interessa o modo como é realizada. Assim também Walter, *Libre apreciación de la prueba*, cit., § 15, p. 363 e ss.

19. Observa agudamente Walter, *Libre apreciación de la prueba*, cit., pp. 94-95, terem sempre existido esses princípios e garantias quando a apreciação da prova não estava regrada, desaparecendo tão logo entrava a reinar a teoria das provas legais. Segundo Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici (nozioni generali)*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, Milano: Giuffrè, 1992, vol. 3, t. 2, sez. 1, pp. 376-377, o dever de motivação, dentro dessa concepção racional do convencimento do juiz, assume exato e preciso significado, de modo a que possa ser controlado externamente o órgão judicial e compelido assim a justificar suas escolhas no juízo de fato com argumentos racionais. Sobre o significado da publicidade para a livre apreciação da prova, conforme ainda Walter, *Libre apreciación de la prueba*, cit., pp. 380-385.

20. Assim também Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 370-371.

21. NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974, pp. 7-8.

Dentro dessa orientação, deve ser excluída em primeiro lugar na apreciação fática do órgão judicial qualquer valoração de equidade ou de conveniência em relação à tutela dos interesses opostos. Certamente, para melhor formar sua convicção, deve o juiz até de ofício ordenar a realização de determinadas provas, mas, se apesar de tudo a dúvida permanece, não lhe será lícito considerar provados os fatos só porque lhe pareça justo acolher o pedido inicial. Em hipótese assim extrema, em vista do veto ao *non liquet*, o único recurso será recorrer a juízos de verossimilhança, fundados na experiência geral,²² regras essas concernentes ao ônus da prova, a determinarem em certa medida um retorno à formalização na apreciação da prova, evitando, todavia, o perigo maior que decorreria do puro arbítrio judicial.

Demais disso, não sendo meramente subjetiva a livre apreciação da prova, deve ainda respeitar – a exemplo do julgamento exclusivamente de direito – as expectativas do ambiente a que se dirige e no qual a decisão há de se mostrar convincente ou pelo menos aceitável. Assim, também no plano dos fatos, constituirá aspiração da atividade judicial obter consenso o mais generalizado possível da sociedade em que inserida, no horizonte de uma decisão “razoável”, na medida em que conformada às expectativas sociais.²³

Por fim é importante ressaltar que a livre apreciação da prova encontra-se intimamente ligada à valorização do próprio juiz e de seus julgamentos. Essa constatação conduz a uma insuprimível dialética entre lei e juiz, no fundo incapaz de ser resolvida em termos meramente abstratos e cuja solução só pode ser encaminhada levando-se em conta concretos parâmetros históricos, sociais e econômicos. De tal sorte, o legalismo pode constituir um freio contra o despotismo ou degenerar em autoritarismo do Estado; a ampla liberdade do juiz no exame da prova ou conduz a uma decisão o mais próximo possível da verdade ou redundar num arbítrio exasperado e incontrolável, cancelador de uma imagem equivocada e falsa.²⁴ Toda essa discussão, portanto, é influenciada ao fim e ao cabo pela justa e exata ponderação de que qualquer simplificação processual no domínio das formas, a maior ou menor liberdade do juiz, “*non è possibile se non in proporzione della fiducia che in un dato momento l'ordine giudiziario ispira ai cittadini*”.²⁵ Confiança que só será adquirida, contudo, verificando-se compreensão mútua entre a cidadania e a magistratura, eficiência e competência desta no exercício de suas altas funções, de modo que possa adquirir legitimação externa perante a sociedade civil. O problema é ainda mais delicado numa época como a nossa, em que a mídia desempenha relevantíssimo papel

22. Cf. Alessandro Raselli, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*. Milano: Giuffrè, 1975, pp. 233-234.

23. Cf. acentua Salvatore Patti, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 40(1985):481-519, esp. p. 518.

24. Ver a respeito as considerações de Massimo Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., pp. 452-455, *passim*.

25. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 4. ed., § 43, II, Napoli: Jovene, 1928, p. 664.

na formação da opinião pública, e o Poder Judiciário além de ter pouco acesso aos meios de comunicação nem sempre tem demonstrado saber como lidar com algo que em certo sentido refoge à sua habitual reserva e discrição.

Bibliografia

AGUIAR, João Carlos Pestana de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV, São Paulo: RT, 1974.

AMODIO, Ennio. *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, XVI(1973):310-339.

AMODIO, Ennio. *Prove legali, legalità probatoria e politica processuale*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, XVII(1974):373-376.

CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità (contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile)*. vol. I, 2. ed., Milano: Giuffrè, 1974.

CAPPELLETTI, Mauro. *Ritorno al sistema della prova legale?*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, XVII (1974):139-141.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 4. ed., Napoli: Jovene, 1928.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Sul rapporto fra le forme del procedimento e la funzione della prova (L'oralità e la prova)*, in *Saggi di Diritto Processuale Civile*. vol. II, Roma, 1931, Foro Italiano.

COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro*. tomo III, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CRESCI SOBRINHO, Elcio de. *O juiz e as máximas da experiência*. *Revista Forense*, 296 (out/nov/dez 1986):430-436.

DAMASKA, Mirjan R. *Evidence Law Adrift*, New Haven & London, Yale University Press, 1997.

GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova (contributo alla logica giuridica)*. Milano: Giuffrè, 1945.

GUASP, Jaime. *Juez y hechos en el proceso civil. Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*. Barcelona: Bosch, 1943.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomos II e IV, Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*. *Revista Forense*, 261 (jan/fev/mar 1978):13-19.

NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974.

OLIVEIRA, C. A. Alvaro de. *Do Formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

PATTI, Salvatore. *Libero convincimento e valutazione delle prove*, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 40(1985):481-519.

RASELLI, Alessandro. *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*. Milano: Giuffrè, 1975.

STEIN, Friederich. *Das private Wissen des Richters: Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, 2. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1893, Aalen, Scientia Verlag, 1987.

TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici (nozioni generali)*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo e Mengoni. Milano: Giuffrè, 1992, vol. 3, t. 2, sez. 1.

WALTER, Gerhard. *La libre apreciación de la prueba (investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial)*, trad. Tomás Banzhaf, Bogotá, Temis, 1985.

Contrato de Franquia Empresarial (Franchising) *

Cristiano Heineck Schmitt

Advogado, diplomado pela Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul, mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

RESUMO

Examina-se, neste artigo, o instituto do contrato de franquia empresarial, como moderno sistema de distribuição de mercadorias e de produtos, analisado desde as suas principais características às cláusulas contratuais específicas, abrangendo suas espécies, formas e vantagens e as desvantagens na sua aquisição.

ABSTRACT

This article is a research about Franchise Contract as a modern system of distribution of goods and products, analysed since the main characters to the specific clauses, including its species, forms and advantages and disadvantages in its acquisition.

SUMÁRIO

Introdução;
I – Origem e conceito;
II – Natureza jurídica;
III – Elementos principais do contrato;
IV – Espécies de franchising;
V – Formas de franchising;
VI – Vantagens e desvantagens do sistema;
VII – Cláusulas específicas do contrato de franchising;
Conclusão;
Referências bibliográficas.

Introdução

contrato de *franchising*, um dos vários instrumentos do comércio internacional, é uma contribuição do grupo social no qual foi gerado à moderna economia de mercado.

O *franchising* ou franquia empresarial encontra conceito legal no art. 2º da Lei nº 8.955/94:

* O presente artigo é uma síntese de um trabalho de mesmo título apresentado em seminário no curso de pós-graduação *stricto sensu*, mestrado em Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na disciplina de Temas de Direito Contratual Internacional, sob a coordenação da Professora Dra. MARISTELA BASSO.

"Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício".

Em verdade, o termo "franchising" representa o sistema de distribuição de bens e/ou de serviços, reservando-se a expressão "franchise" para o contrato celebrado entre as partes.

Na presente pesquisa, a fim de melhor explicar o instituto da franquia empresarial, abordaremos preliminarmente a origem, o conceito e a natureza jurídica do mesmo. Na seqüência, será dado enfoque aos elementos principais do contrato, às formas e às espécies de franquia empresarial. Dando-se ênfase ao lado prático do *franchising*, adentraremos nos pontos relativos às vantagens e desvantagens do negócio e às cláusulas contratuais específicas.

I. Origem e Conceito

No que diz respeito ao conceito do contrato objeto do nosso trabalho, a expressão "franchising" deriva do inglês "franch", que por sua vez tem raiz etimológica no "franc" do francês medieval, daí o verbo "francher" significando a outorga de um privilégio, de uma autorização ou abandono de uma servidão.¹ Conforme BUGARELLI:

"Franchising, como participação presente, significa um complexo de atividades destinado a desencadear processos de venda e distribuição em escala."²

Por esse motivo, embora o termo "franquia" tenha aceitação entre nós, não serve ele como tradução à expressão "franchising". Entretanto, seguindo a posição da doutrina e da própria Lei brasileira nº 8.955/94, trataremos o contrato de *franchise* também como contrato de "franquia" empresarial.

Quanto à sua origem, o *franchising*, como moderno sistema de distribuição de mercadorias e produtos, surgiu nos Estados Unidos no início do século XX, a partir da iniciativa de grandes companhias como a Singer e a General Motors. Na década de trinta, o sistema passou a ser adotado pelas empresas petrolíferas, aumentando o rol de participantes nesse tipo de empreendimento.

No período compreendido no pós-guerra, ocorreu o desenvolvimento do *franchising*, referido por HARRY KURSH como "Franchise Boom", na obra de mesmo nome, verdadeira "Bíblia" da franquia empresarial nos Estados Unidos. Esse desenvolvimento do instituto teve como causa o retorno, aos Estados Unidos, dos ex-combatentes da 2ª Guerra Mundial, que necessitavam inserir-se em atividades profissionais. Para esses indivíduos, o novo sistema era a melhor forma de se engajar novamente à economia, exercendo uma atividade produtiva.

1. Referido por BUGARELLI, Waldírio, "Contratos Mercantis", 9ª ed., São Paulo: Atlas, 1997, p. 522.

2. Op. cit., p.522.

A verdadeira origem do *franchising*, no entanto, nos reporta à Idade Média, em que a franquia aparecia como um direito ou privilégio que assegurava determinadas garantias de liberdade ou autonomia, tanto às pessoas como às cidades. Designava-se "franca" a cidade dispensada permanentemente do pagamento de tributos ao senhor feudal, concedendo-se o direito à livre circulação para os habitantes. A finalidade dessa isenção era desenvolver economicamente determinados territórios ou fortalecer alianças políticas.

Passados, então, alguns séculos desde a época medieval, o instituto *in casu* retorna ao panorama econômico para indicar agora a independência e autonomia do indivíduo comum, que passa a ser o dono de seu próprio negócio, sem a presença do patrão, idéia essa sempre fortalecida pelo dogma do "American way of life". Por essa razão, os ex-combatentes americanos viam na franquia empresarial sua chance de profissionalização civil e de segurança econômica.

No Brasil, até o advento da Lei nº 8.955/94, o instituto era um contrato atípico. A positivação do *franchising* no nosso país, segundo a justificação do Projeto de Lei nº 318/91, de autoria do Deputado Magalhães Teixeira, teve por objetivo disciplinar o assunto, estabelecendo maior transparência nas relações entre franqueado e franqueador. A iniciativa legislativa demonstrou um claro intervencionismo

estatal, preocupando-se com o fato de o contrato de franquia empresarial possuir natureza adesiva e por serem nítidas as diferenças sócio-econômicas entre os participantes da relação. A ação do Poder Legislativo, no caso, visou coibir um possível abuso de direito do franqueador sobre o franqueado. Sem sombra de dúvida, a Lei nº 8.955/94 voltou-se para a transparência do negócio, sem criar empecilhos à contratação. O que essa lei prega é apenas uma preservação das expectativas das partes (fase pré-contratual) e da boa-fé.

No tocante ao conceito do instituto, é mister referir que esse já foi trabalhado por diversos autores, organismos estatais, como o Conselho de Desenvolvimento Comercial vinculado ao Ministério da Indústria e do Comércio, órgãos privados, como a Câmara de Comércio Internacional e, até, supranacionais, como é o caso do Tribunal de Justiça da Comunidade Econômica Européia.³

Para nós, o melhor conceito é aquele elaborado por FRAN MARTINS, segundo o qual o *franchise* é

"...o contrato que liga uma pessoa a uma empresa, para que esta, mediante condições especiais, conceda à primeira o direito de comercializar marcas ou produtos de sua propriedade sem que, contudo, a esses estejam ligadas por vínculo de subordinação"⁴.

Do conceito de franquia comercial podemos extrair três características essen-

3. Vide caso "Pronuptia".

4. O autor acrescenta que: "O franqueado, além dos produtos que vai comercializar, receberá do franqueador permanente assistência técnica e comercial, inclusive no que se refere à publicidade dos produtos". MARTINS, Fran. "Contratos e Obrigações Comerciais". 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 486.

ciais: o licenciamento de utilização da marca, os serviços de assistência na organização de métodos e expansão do produto ou do serviço no mercado e a ausência de vínculo empregatício entre os contratantes.

Além desses aspectos supramencionados, frise-se que o sistema de *franchising* utiliza-se de outras técnicas comerciais para atingir seu pleno desenvolvimento tais como o *engineering*, o *management* e o *marketing*.

II. Natureza Jurídica

O contrato de *franchising* possui natureza jurídica complexa, revestindo características de Direito Comercial quando envolve atos típicos de comércio, ou de Direito Civil quando limitado à prestação de serviços. É ele um amálgama de várias influências, podendo ser classificado como negócio jurídico:

1) Oneroso: no contrato de franquia empresarial, ambas as partes sofrem um sacrifício patrimonial proporcional à vantagem almejada. O franqueador cede o uso de sua marca, fornecendo mercadorias, tecnologia e/ou treinamento, com apoio gerencial ao franqueado, beneficiando-se com a rede instalada para a distribuição de seus produtos e/ou serviços. O franqueado suporta o pagamento de uma taxa de filiação mais a prestação contínua de *royalties* (percentagem sobre o lucro obtido) em troca do uso de uma marca de prestígio, produtos e/ou serviços de boa aceitação no mercado de consumo, com contínuo apoio empresarial do franqueador.

2) Bilateral: os efeitos do negócio jurídico são suportados por ambos os contratantes. É um contrato de reciprocidade (sinalagmático). Tanto o franqueado como o franqueador ocupam as posições de credor e devedor, existindo direitos e deveres para ambas as partes.

3) Comutativo: as prestações dos contratantes são previamente conhecidas e guardam entre si uma correspondência de valores, isto é, um equilíbrio contratual, valendo, no caso, a certeza objetiva das prestações. Por isso, pode não ocorrer uma equivalência objetiva das prestações, mas é fundamental para o contrato que essa seja, ao menos, subjetiva⁵.

4) Típico (nominado): até pouco tempo, no Brasil, o contrato de franquia empresarial era atípico. Com a edição da Lei nº 8.995/94, o negócio jurídico recebeu uma roupagem legal, passando a ser classificado então como contrato típico ou nominado.

5) Híbrido (misto): o *franchising* se utiliza de elementos de contratos típicos e atípicos tais como a comissão mercantil, compra e venda, concessão mercantil, transferência de tecnologia, *know-how*, etc. O contrato de *franchise*, como já dito, é um negócio jurídico complexo, no qual se pode vislumbrar a presença de vários contratos conexos, muitas vezes pertencentes a diferentes ramos do Direito, como é o caso da compra e venda mercantil, referente ao Direito Comercial, e da prestação de serviços, referente ao Direito Civil.

5. Nesse sentido, Orlando Gomes expressa: "...cada qual é juiz de suas conveniências e interesses". Apud BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. "Natureza jurídica do contrato de 'Franchising'". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Vol. 653, p.60, março de 1990.

6) *Intuitu Personae*: o contrato é sempre personalíssimo, vez que são as características pessoais dos contratantes o elemento causal do contrato, isto é, o motivo determinante da aceitação do negócio jurídico pelas partes.⁶ O franqueado demonstra interesse pela franquia na medida em que o franqueador ostente uma boa marca, um bom produto, cuja aceitação no mercado seja satisfatória. Por seu turno, o franqueador exige, em alguns casos, experiência do franqueado em certo ramo de atividade. Observa-se, em ambas as partes, a idoneidade financeira.

7) De adesão: no contrato de adesão verifica-se a presença de cláusulas gerais e abstratas. O Franqueado recebe pronto um instrumento pré-confeccionado pelo franqueador, que, em raríssimas oportunidades, admite discussão para alterar ou adaptar alguma cláusula contratual. A existência de cláusulas leoninas ou abusivas prefixadas por uma das partes, normalmente o franqueador, sugere a revisão judicial do instrumento.

8) De duração (continuado ou sucessivo):⁷ o contrato de franquia traz no seu bojo obrigações sucessivas e permanentes, por tempo certo ou indeterminado. Como refere BOJUNGA, "a duração do contrato não é sofrida por qualquer das partes, mas

querida por elas. A utilidade do contrato é proporcional à sua duração."⁸

O prazo do contrato de franquia deve determinar um período suficiente para a recuperação do capital investido pelo franqueado. O direito à renovação deve ser minuciosamente fixado no instrumento já que, preenchidos os requisitos exigidos do franqueado, será gerado um direito em favor desse e não mais mera expectativa. Dessa forma, a renovação da franquia empresarial pode ocorrer quando prevista no contrato ou quando proposta pelo franqueador. Como o *franchising* é um contrato de trato sucessivo, aplicável a ele a Teoria da Imprevisão.

9) Consensual: para a formação do contrato de franquia empresarial é suficiente a declaração de vontade das partes. Consensual não é aquele contrato em que ocorre o consenso, que é elemento primordial de todos os contratos, mas aquele pelo qual o consenso, sempre necessário, é suficiente para a perfectibilização do acordo.

10) Não-solene: a doutrina é praticamente unânime em afirmar que o contrato de *franchising* é não-solene. Entretanto, por força do que dispõe a Lei nº 8.995/94, ao exigir a presença de duas testemunhas instrumentárias, embora sem necessidade de registro do contrato, vimos

6. Cláusula fundamental para o contrato de *franchising* é aquela que estabelece a possibilidade de cedência da franquia para terceiros, por parte do franqueado, seja *causa mortis* ou *inter partes*, com a anuência do franqueador. A ausência dessa cláusula permissiva expressa a impossibilidade da transferência do negócio.

7. No que tange ao prazo, é válido referir a posição de BOJUNGA, o qual divide o contrato de *franchise* em quatro categorias: 1) por prazo determinado, sem possibilidade de rescisão unilateral, exceto nos casos de infração contratual; 2) por prazo determinado breve e prorrogação tácita por tempo indeterminado; 3) por tempo determinado, sem possibilidade de rescisão unilateral, exceto por infração contratual, estabelecendo-se ainda, o regime e forma de renovação do contrato por novo período determinado; 4) por prazo indeterminado, com possibilidade de rescisão unilateral, mediante pré-aviso. Op. cit., p. 66.

8. Op. cit., p. 66.

prejudicada a não-solenidade do mesmo, o que é reforçado ainda pela imposição da forma escrita ao instrumento para a sua validade.

11) Escrito: por força do art. 6º da Lei nº 8.995/94, o contrato de franquia empresarial, se celebrado no Brasil, deve ser escrito.⁹

III. Elementos Principais do Contrato

No contrato de franquia comercial consideramos como elementos principais as partes, o objeto, o preço (remuneração) e o prazo. Tais elementos devem ser minuciosamente especificados no instrumento, a fim de serem evitados problemas futuros.

Partes no contrato de franquia empresarial são o franqueador e o franqueado. O franqueador¹⁰ é a empresa comercial que deve dispor de um produto ou serviço de assegurada comercialização, podendo ser ele próprio o produtor, ou um distribuidor geral que se encontre autorizado a dispor da marca ou produto e permitir sua comercialização por outrem. Por sua vez, franqueado é o comerciante individual ou a empresa comercial que adquire o pacote de *franchising* do franqueador, com a finalidade de fazer a distribuição de produtos e

serviços cuja marca é de propriedade do franqueador. A franquia empresarial torna-se assim uma operação comercial uma vez que franqueador e franqueado devem ser comerciantes.

O objeto do contrato de *franchising*, ou melhor, o escopo do instrumento é a exploração de uma marca ou produto¹¹ com assistência técnica do franqueador, cujo campo assistencial deve ser descrito no contrato.¹² Por causa desses motivos, podemos notar o caráter híbrido desse contrato envolvendo, por vezes, compra e venda e prestação de serviços.

É necessário que os produtos a serem enviados ao franqueado para revenda estejam garantidos por uma marca devidamente registrada e que o franqueador tenha poderes para conceder a comercialização dos mesmos a outras pessoas.

O preço ou remuneração pela concessão da franquia ao franqueado pode consistir desde uma taxa inicial de filiação, a qual pode ou não ser cobrada, até o pagamento ao franqueador de uma percentagem sobre o lucro das vendas (*royalties*), pontos esses que devem ficar bem definidos no instrumento de contração.

Por último, quanto ao prazo, pode ser determinado ou indeterminado, com ou sem direito à renovação.

IV. Espécies de Franchising

Basicamente, são quatro as espécies ou tipos de franquia empresarial: *franchise* de serviços, de produção, de distribuição e de indústria. Passamos a análise de cada uma dessas espécies, as quais podem ser desenvolvidas de diversas formas:

1) *Franchise* de serviços: espécie na qual o franqueado passa a fornecer serviços, cuja forma de prestação pertence ao franqueador, o qual entrega ao franqueado a assistência técnica e garantia dos produtos. Exemplo desse tipo de franquia são as escolas de idiomas (exemplo: *Escolas Yázigi*), de computação, os setores hoteleiros (exemplo: *Hilton, Holliday Inn*), locadoras de serviços (*Aviz, Hertz-Rent a Car*), lojas-oficina de serviços autorizados (exemplo: *SAB-Serviço Autorizado Brastemp*). SIMÃO FILHO salienta que nessa espécie de *franchise*

“...ao consumidor é necessário informar que o prestador de serviço é tão-só franqueado e independente da pessoa ou grupo de pessoas, que tornaram os serviços famosos, para que ele tenha a opção de não contratá-lo caso entenda que não poderá receber o mesmo serviço que o franqueador prestaria.”¹³

2) *Franchise* de produção: nessa espécie, o franqueado comercializa, de forma exclusiva, os produtos produzidos pelo franqueador ou terceiro por ele autorizado

e supervisionado. Exemplos desse tipo de franquia são a *Vila Romana* e as *Lãs Pinguin*.

3) *Franchise* de Distribuição: há nesta espécie, uma produção de bens pelo franqueador, ou por terceiros fornecedores, sob sua marca ou insígnia, devidamente selecionados e testados. Ao franqueado incumbe a distribuição desses produtos por meio de seus estabelecimentos, conforme a formatação exigida pelo franqueador, para garantir a homogeneização dos produtos a serem comercializados. Por isso é importante manter a identidade das mercadorias distribuídas pela rede de franqueados, objetivando assim manter a imagem da marca do franqueador. São exemplos dessa espécie de *franchise* os postos de combustíveis da *Shell, Esso, Texaco*.

4) *Franchise* de indústria: por meio desta franquia, o franqueador cede ao franqueado a tecnologia, o *know-how*, enfim, todos os métodos necessários para a industrialização e comercialização dos produtos a serem distribuídos no mercado. Como exemplo dessa espécie de franquia podemos citar o caso dos produtores e engarrafadores de *Coca-Cola* e *Pepsi-Cola*.¹⁴

V. Formas de Franchising

Existem várias formas de franquia empresarial através das quais podem ser desenvolvidas as quatro espécies anteriormente descritas. A doutrina apresenta divergências quanto ao número exato e quanto à nomenclatura das formas que podem apresentar o contrato de *franchising*.

13. SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1997. p. 45.

14. Empresas como a *Coca-Cola* e a *Pepsico* jamais revelam a essência e a fórmula do produto. Por esse motivo, enviam aos franqueados-fabricantes do refrigerante o “xarope secreto”, que dá o acabamento final à bebida.

9. Pela sua própria natureza complexa, é difícil imaginar um contrato de franquia empresarial realizado verbalmente.

10. Também chamado de “*franchisor*” nos Estados Unidos, Inglaterra e França e de “*franquiciante*” na Espanha. Nas três primeiras nações mencionadas, o franqueado recebe a nomenclatura de “*franchisee*”.

11. Num prospecto do Departamento de Desenvolvimento Comercial do Ministério da Indústria e do Comércio, referido por MARTINS (op. cit., p. 487), a palavra produto pode envolver tudo o que é oferecido: artigos para revenda, equipamento, maquinaria, instalações, fornecimento para operações de manutenção, material de propaganda e exposição, conjunto de aparelhos para vendas e negociações, material de escritório, manuais, etc.

12. A assistência técnica prestada pelo franqueador ao franqueado deve estar minuciosamente descrita no contrato, uma vez que ela pode referir-se apenas ao bom funcionamento de aparelhos chegando até a colaboração financeira ou de publicidade.

Na presente pesquisa, apresentamos treze formas de *franchise*: misto, *master*, *corner*, associativo, financeiro, *multifranchise*, multimarcas, de nova instalação, de reconversão, de desenvolvimento de área (*area development franchise area*), itinerante, de controle de área (*controllership area*) e sistema de franquia formatada (*business format franchising*). Referidas formas podem ser assim descritas:

1) *Franchise misto*: misto é aquele *franchise* em que prepondera mais de uma espécie de franquia. Assim, podemos ter um contrato envolvendo serviços e distribuição de produtos, ou de produção e de indústria ou quaisquer outras combinações dentro daqueles quatro tipos já descritos.

2) *Franchise master*: por meio dessa forma, o franqueador contrata um franqueado específico para que ele subfranquie a terceiros, fazendo surgir a figura dos subfranqueados.¹⁵

3) *Franchise corner*: essa forma é aquela desenvolvida dentro de pequenos espaços comerciais de grande movimento, principalmente *shopping centers*. O negócio, assim, é normalmente operado em pequenos espaços, com menores custos de instalação.

4) *Franchise associativo*: muito comum nos Estados Unidos, o *franchise associativo* representa a participação con-

junta do franqueador no capital do franqueado e vice-versa. Há uma mútua colaboração nos lucros e dividendos. Como bem apontam SIMÃO FILHO¹⁶ e MILMAN,¹⁷ essa forma de franquia empresarial fere a noção caracterizadora do *franchising*, pois macula a independência jurídica e financeira dos participantes, por força da aproximação deles no negócio.

5) *Franchise financeiro*: nessa forma, o franqueado, detentor de capital para investimento, adquire um pacote de *franchising*, colocando terceira pessoa de sua confiança na gestão do negócio. Essa medida afasta certos franqueadores por preferirem esses que seus franqueados dirijam pessoalmente o negócio.

6) *Multifranchise*: o franqueado possui mais de um pacote de franquia, da mesma rede, em pontos diversos.

7) *Multimarcas*: o franqueado possui mais de um pacote de *franchising*, com distintos franqueadores, em consonância com os respectivos instrumentos contratuais.

8) *Franchise de nova instalação*: através dessa forma, o franqueado adquire ou se obriga contratualmente a adquirir o local em que será desenvolvida a atividade comercial.

9) *Franchise de reconversão*: ocorre quando o franqueado já possui um ponto

comercial, onde desenvolve certa atividade e, após a aquisição de um pacote de franquia, converte essa atividade nos moldes preestabelecidos pelo franqueador.

10) *Franchise de desenvolvimento de área*: nessa forma, o franqueado contrata um franqueado para que este, por si, desenvolva pontos de comércio a serem também franqueados em áreas determinadas de um estado ou país. Esta forma diferencia-se do *franchise master*, vez que não admite a subfranquia. Compete unicamente ao franqueado desenvolver as franquias numa determinada região.

11) *Franchise itinerante*: por meio dessa forma de *franchise*, o franqueador cede seu sistema para ser operado pelo franqueado através de uma unidade móvel, como ônibus, caminhão, *trailer*, etc.

12) *Franchise de controle de área*: o franqueador original delega a várias empresas subcontratadas o direito de controlar a marca franqueada em determinada área.

13) *Sistema de franquia formatada*: nesta forma, o franqueador transfere técnicas industriais, de administração e de

comercialização, além da marca e um conjunto de direitos de propriedade incorpórea ao franqueado, para que este opere sob a supervisão daquele em troca de uma compensação financeira.¹⁸

VI. Vantagens e Desvantagens do Sistema de *Franchising*

Como qualquer outro contrato, o *franchising* apresenta ônus e atrativos. Conforme apresentadas por CINTRA LEITE¹⁹, são vantagens do franqueador no sistema de franquia: rapidez de expansão, aumento de rentabilidade, redução de custos²⁰, maior participação no mercado, maior motivação dos franqueados²¹, maior cobertura geográfica, melhor publicidade, menores responsabilidades²² e notoriedade da marca.²³

Por outro lado, são desvantagens do franqueador: perda parcial do controle,²⁴ maior custo de supervisão,²⁵ maiores custos de formatação, perda do sigilo,²⁶ risco de desistência do franqueado, perda de liberdade,²⁷ expansão sem planejamento, eventual indisciplina do franqueado,²⁸ seleção

18. As duas últimas formas mencionadas são referidas por MILMAN, op. cit., p.66.

19. CINTRA LEITE, Roberto. "Franchising: na criação de novos negócios". São Paulo: Atlas, 1990. pp. 44 a 47.

20. Quanto maior o número de franqueados, maiores serão os benefícios perante os fornecedores, no que diz respeito a valores e formas de pagamento.

21. Uma vez que passam a ser dono de seu próprio negócio.

22. No sistema de franquia, uma vez existindo independência entre as partes, não há encargos trabalhistas e previdenciários.

23. Reflexo da expansão da rede. Essa vantagem é indicada por SIMÃO FILHO, op. cit., p. 62.

24. Ainda que o franqueador tenha uma prerrogativa de controle e intervenção no negócio do franqueado, a distância entre a sede daquele em função do estabelecimento deste pode dificultar a supervisão.

25. Proporcional ao número de franqueados.

26. O sucesso da rede dependerá da transferência de técnicas de produção e comercialização para o franqueado.

27. Certas alterações na rede dependerão da aprovação dos franqueados.

28. Desvantagem apontada por SIMÃO FILHO, op. cit., pp. 64 a 65.

15. Como bem referido por SIMÃO FILHO, "Na Europa comunitária, o Regulamento da CEE nº 4.087/88 sobre a matéria de *franchising*, que vigora desde 01.02.1989, designa esta forma de *franchise* por *acuerdo de franquicia principal*, definido no art. 1º-3-c como 'un acuerdo por el una empresa, el franquiciador, otorga a la otra, el franquiciador principal, en contraprestación de una compensación financiera directa o indirecta el derecho de explorar una franquicia con la finalidad de concluir acuerdos de franquicia con terceros, los franquiciados'. Op. cit., pp. 46 a 47.

16. Op. cit., p.47

17. MILMAN, Fábio. "Franchising". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 65.

inadequada de franqueados e risco de perda de padronização.

Pelo lado do franqueado, são vantagens:²⁹ maior chance de sucesso,³⁰ negócio planejado, maior segurança de mercado, menores custos de instalação, economia escalonada,³¹ maior lucratividade, retorno de investimento mais rápido, pesquisa e desenvolvimento de novos produtos por parte do franqueador, maior crédito³² e independência e autonomia do negócio.³³

São desvantagens do franqueado: maiores controles,³⁴ autonomia parcial, taxas de franquia, seleção ineficiente do franqueador, risco de descumprimento do contrato, restrições da cessão do sistema e localização forçada.³⁵

Uma desvantagem do *franchising*, para ambas as partes, pelo menos em nível de Brasil, é o fato de que as despesas com aluguéis e *royalties* não são dedutíveis do lucro bruto para efeito de imposto de renda. Para ambos isso representa um ônus, pois indica maiores gastos com tributação, além de desestimular a aquisição de franquias. Ao consumidor, isso significa uma acréscimo no preço dos produtos da parcela não dedutível do imposto de renda da empresa-

franqueada. Tal fato é uma decorrência lógica do veto ao art. 5º da Lei nº 8.995/94, que dispunha:

"As despesas de 'royalties', de publicidade, de aluguel de marca, de sistema de 'know-how' e quaisquer outras pagas periodicamente ao franqueado serão consideradas despesa operacional dedutível para fins de apuração de lucro real do franqueado ou de empresa que o franqueado constitua para operar a franquia, observado o disposto no art. 71 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, e legislação superveniente".

Outra não era a instrução do Conselho do Sistema Tributário que, através do Parecer Normativo CST nº 143/75, de 21 de novembro de 1975, concluiu pela inadmissibilidade de dedução, como custo ou despesa operacional, da remuneração paga pelo franqueado ao franqueador, pelo uso da marca e da assistência técnica. Essa remuneração, de acordo com o Parecer, não se enquadrava na qualidade de *royalty*.³⁶

SIMÃO FILHO³⁷ traz um rol de vantagens e desvantagens do sistema de franquia empresarial sob o ponto de vista do consumidor. Segundo o autor, são vantagens para o consumidor o aumento na opção de

consumo, a existência de preços compatíveis entre as mesmas unidades franqueadas e outras facilidades adicionais como o aprimoramento na qualidade dos produtos. Por outro lado, o autor aponta como desvantagem a possibilidade de engano do consumidor, na medida em que pense estar adquirindo um produto ou serviço diretamente do franqueador.

VII. Cláusulas Específicas do Contrato De *Franchising*

Partindo-se da premissa segundo a qual a franquia empresarial abrange um vasto número de artigos que podem servir à comercialização, além de possuir um enorme campo de ação, uma vez que constata-se existirem, ao menos, quatro espécies e treze formas de *franchising*, as cláusulas contratuais serão as mais variadas possíveis, de acordo com a natureza dos produtos envolvidos e do interesse das partes.

Conforme já salientado, o contrato de franquia é híbrido, misturando elementos de Direito Civil e de Direito Comercial, além de elementos de outros contratos típicos tais como a compra e venda e a concessão mercantil.

O tema mereceu a reflexão de HARRY KURSH, que afirma:³⁸

"There is not now, never has been, and probably will be anything resembling a 'standard' contract or 'average', or 'typical' franchise contract".³⁹

Todavia, é do objetivo dessa pesquisa sintetizar o rol de cláusulas contratuais do *franchising*, apontando aquelas essenciais à garantia de um bom negócio, não importando a forma que posteriormente venha a adquirir. É mister assegurar a real vontade das partes quando do momento da celebração do acordo. Quanto mais informativo e completo se apresentar o instrumento, mais eficiente será a tarefa hermenêutica do julgador em caso de conflito de interesses dos contratantes.

A título de ilustração, a *Small Business Administration*, de Washington, elaborou uma lista das cláusulas mais usuais do contrato de *franchising*, incluindo nada menos do que trinta cláusulas.⁴⁰ Em um sentido até mais protetivo, a Associação Brasileira de *Franchise*, apoiada pelo *International Franchise Association*, elaborou um Código de Ética contendo normas para esse tipo de contrato.⁴¹ A variedade de cláusulas possíveis é imensa, fato esse que levou também o Conselho de Desenvolvimento Comercial, vinculado ao Ministério da Indústria e da Comércio a elaborar um modelo-padrão de contrato de *franchising*. Mesmo não sendo uma cláusula própria do contrato de franquia, caso o mesmo venha a ser celebrado no Brasil, não podemos nos eximir de fazer referência à Lei nº 8.995/94, mais precisamente ao seu art. 3º, o qual impõe ao franqueador a entrega ao franqueado de uma "Circular de Oferta de Franquia", contendo certas informações sobre o negócio,

29. Mencionadas por CINTRA LEITE, op. cit., pp. 53 a 57.

30. Por força do uso de uma marca consagrada.

31. A central de compras que supre toda a rede de franqueados possui maior poder de barganha frente aos fornecedores.

32. A presença do franqueador concede ao franqueado melhores acessos à concessão de crédito.

33. Não há vínculo empregatício entre os contratantes.

34. O franqueador tem controle sobre as atividades e livros do franqueado, uma vez que a remuneração daquele está associada ao faturamento deste.

35. A localização do estabelecimento do franqueado fica a critério único do franqueador.

36. As orientações traçadas pelo referido Parecer nº 143/75 criaram uma série de entraves, que colocaram em risco a continuidade do sistema de franquia empresarial entre nós.

37. Op. cit., p. 66.

38. Apud MARTINS, Fran. Op. cit., p. 491.

39. Não há, nunca existiu e provavelmente nunca existirá nada parecido com um contrato-padrão de *franchising*.

40. Apontado por MARTINS, Fran. Op. cit., p. 492.

41. Referido por STRENGER, Irineu. "Contratos Internacionais do Comércio". 3ª ed., São Paulo: LTr, 1998. p. 365.

informações essas que posteriormente irão se configurar em cláusulas contratuais.

Assim, são cláusulas essenciais ao contrato de franquia comercial: a descrição do objeto do contrato, o qual vai ser a cedência da marca para exploração comercial, cuja patente se encontra registrada no INPI;⁴² a estipulação da concessão do franqueador à empresa franqueada do direito de exploração da marca, cuja titularidade pertence ao primeiro, podendo a franqueada fazer uso dessa patente em seus impressos, ou qualquer processo de veiculação publicitária, com expressa autorização do franqueador; o limite territorial para fixação da franquia; exclusividade de atuação dentro do limite territorial fixado, a ser garantido e assegurado pelo franqueador; prazo de vigência da concessão, com início e término, se determinado; preço, ou seja, estipulação da taxa de filiação, se houver, bem como do pagamento mensal, bimestral, anual, ou outro, com fixação do percentual sobre o faturamento bruto, até um certo dia do mês, a título de *royalties*; cumprimento de tabela de preços desenvolvida pelo franqueador; assistência técnica, financeira ou qualquer outra a ser fornecida pelo franqueador, com descrição minuciosa de como será realizada essa assistência; proibição da franqueada trabalhar com outros bens não produzidos pelo franqueador ou por ele não autorizados; impossibilidade de transmissão da franquia e das obrigações contratuais, ou possibilidade de cessão com anuência do franqueador; se possível a transmissão do contrato, estabelecer o direito de preferên-

cia do franqueador na aquisição do negócio; inexistência de vínculo empregatício entre as partes; inexistência de solidariedade entre as partes no que diz respeito às obrigações da franqueada para com terceiros; direito do franqueador de intervir na contabilidade e supervisionar os livros da franqueada; não-violação de segredos referentes à produção, distribuição, comercialização, etc., por parte da franqueada; garantias bancárias contra terceiros a serem realizadas pela franqueada em instituição financeira aprovada pela franqueada; seguro de responsabilidade por defeitos nos produtos a ser efetuado pela franqueada em seguradora aprovada pela empresa franqueadora; obrigação do franqueado em frequentar cursos ministrados pelo franqueador, para os quais o franqueado poderá ou não arcar com as despesas de transporte, acomodação e alimentação; dever do franqueador em prover o franqueado com manuais técnicos atualizados, sem taxa extra por esse material; cumprimento do franqueado das normas de higiene e conduta previstos pelo franqueador; contratação, pelo franqueado, de pessoal treinado; quotas de vendas mínimas a serem atingidas pelo franqueado; obrigação do franqueador de arcar com toda a despesa de publicidade e de fazer veicular tal publicidade de tempos em tempos; fixação de horários de funcionamento do estabelecimento comercial; uso de uniforme-padrão por parte dos empregados do franqueado; formas de pagamento pela franquia; garantias de cumprimento do contrato; aprovação do franqueador para a compra de

equipamentos; depósito do lucro das vendas em banco autorizado pelo franqueador; modalidades de venda, isto é, aceitação ou não de pagamentos com cartões de crédito (quais), cheques, pagamento parcelado, etc.

Dependendo da modalidade da franquia e do interesse das partes, o contrato pode receber nova feição com a inserção de novas cláusulas. Aponta-se, contudo, para a necessidade de uma descrição especificada dos elementos essenciais do contrato para o bom funcionamento do sistema.

Conclusão

A partir da realização do presente trabalho, tentamos descrever as principais características do contrato de franquia empresarial, referindo sua utilidade sócio-econômica como atividade necessária para a economia de mercado, na medida em que desempenha importante papel na circulação de mercadorias e produtos.

Resta-nos a certeza, entretanto, de que o contrato de franquia empresarial perfaz-se, normalmente, mediante contratos de adesão, nos quais figuram partes com forte desequilíbrio social e econômico. O franqueador, geralmente o pólo mais forte da relação, faz impor sua vontade. Portanto, é mister limitar a autonomia da vontade, nesses casos, a fim de coibir o abuso de poder.

O Brasil foi uma das nações pioneiras a regular expressamente um contrato de

franchising, até então atípico, regido apenas pela liberdade contratual.⁴³ A Lei nacional nº 8.995/94 não colocou barreiras à contratação, mas, sim, a estimulou, dando maior ênfase à boa-fé contratual, criando uma fase de responsabilidade pré-contratual, de não-frustração de expectativas e não-induzimento ao erro, no intuito de preservar as reais intenções das partes contratantes da franquia empresarial. O sucesso do negócio dependerá sempre da transparência da relação, como bem aponta ALMEIDA CRUZ, quando refere:

“...cabe ao franqueador dar todas as informações a seu respeito e a respeito do seu negócio ao franqueado com total clareza e objetividade, fazendo com que o relacionamento entre ambos seja baseado no diálogo franco e principalmente honesto.”⁴⁴

Referências Bibliográficas

- ABRÃO, Nelson. “A lei da franquia empresarial”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Vol. 722, pp.24 a 39, dezembro de 1995.
- ALMEIDA CRUZ, Glória Cardoso de. “*Franchising*”. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. 93p.
- BASSO, Maristela. “Introdução às fontes e instrumentos do comércio internacional”. *Revista da Faculdade de Direito/UFRGS*, Porto Alegre, Vol. 11, pp.13 a 23, 1996.
- _____. “*Contratos Internacionais do Comércio: negociação-conclusão-prática*”. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 293p.
- BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. “Natureza jurídica do ‘franchising’”. *Revista dos Tribu-*

43. Não obstante as tentativas de algumas entidades internacionais em regular o sistema.

44. ALMEIDA CRUZ, Glória Cardoso de. “*Franchising*”. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993. p.33.

42. Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

- nais, São Paulo, Vol. 653, pp.54 a 68, março de 1990.
- BUGARELLI, Waldirio. "Contratos Mercantis". 9ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- CINTRA LEITE, Roberto. "Franchising: na criação de novos negócios". São Paulo: Atlas, 1990. 172p.
- COMPARATO, Fábio Konder. "Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio". *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, nº18, pp.52 a 65, 1975.
- DE LENUS, Manuel Medina. "Contratos de comércio exterior: doutrina y formularios". Madrid: Dykinson, 1998.
- GHERSI, Carlos Alberto. "Contratos: civiles y comerciales". Tomo II. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1992.
- GOMES, Orlando. "Contratos". 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- LOBO, Jorge. "Contrato de 'franchising'". Rio de Janeiro: Forense, 1997. 91p.
- MARTINS, Fran. "Contratos e obrigações comerciais". 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- GOMES, Orlando. "Contratos". 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MILMAN, Fábio. "Franchising". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. 82p.
- SIMÃO FILHO, Adalberto. "Franchising: aspectos jurídicos e contratuais". 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1997.
- STRENGER, Irineu. "Contratos internacionais do comércio". 3ª ed., São Paulo: LTr, 1998.

Crise do Direito e Ensino Jurídico*

Eduardo Kroeff Machado Carrion

Professor Titular de Direito Constitucional e Diretor da Faculdade de Direito da UFRGS

I. Introdução

o longo de sua história, os cursos jurídicos no Brasil, através da formação de sucessivas gerações de bacharéis, têm alimentado as instituições, em especial as instituições constitucionais. Da mesma forma, nunca é demais salientar o papel e a importância da criação dos cursos jurídicos para a história republicana do Estado, a primeira Faculdade de Direito tendo sido a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, constituída em 1900 e então denominada Faculdade Livre de Direito de Porto Alegre, sucedida pela instalação da Faculdade de Direito de Pelotas em 1912. Hoje, já temos no Rio Grande do Sul trinta e quatro (34) cursos de direito, oferecidos por vinte (20) instituições de ensino superior, públicas (federais) e privadas.

Com o passar do tempo, os cursos de direito ampliaram significativamente suas

SUMÁRIO

- I. Introdução;
- II. Crise do Ensino Jurídico;
- III. Crise do Direito;
- IV. Investir na Qualificação do Ensino Jurídico;
 - 1. Considerações Preliminares;
 - 2. Mecanismos de Avaliação dos Cursos Jurídicos;
 - 3. Controle da Criação dos Cursos Jurídicos;
- V. Conclusão.

* Texto que serviu de base para a conferência de abertura da XVIII Semana Jurídica "40 anos do Curso de Direito", promovida pelo Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Rio Grande - FURG, Rio Grande, 08.11.1999.

funções, em correlação aliás com o aumento da complexidade da sociedade contemporânea. Como cursos profissionais que são, destinam-se hoje à formação de bacharéis para o exercício de atividades públicas e privadas as mais diferentes na área jurídica.

Até que ponto os cursos de direito preparam suficientemente seus egressos para o exercício competente das mais diversas atividades jurídicas?

Antes de tudo, cabe lembrar que a situação dos cursos de direito é bastante diversificada, dependendo da região onde se localizam, da condição de serem cursos públicos ou privados e, se privados, da de serem particulares, comunitários, confessionais ou filantrópicos, entre outros elementos. Mas há, em que pesem as diferenças, pontos comuns que merecem exame mais acurado.

Costuma-se falar em uma crise do direito que se traduziria igualmente em uma crise do ensino jurídico. Sem falar, globalmente, na própria crise do modo jurídico de regulação social, trata-se das novas problemáticas e demandas que surgem para a reflexão jurídica neste final de século, assim como também das novas modalidades de solução dos conflitos jurídicos.

A presumida crise do ensino jurídico explicaria em grande parte o surgimento de cursos complementares para bacharéis em direito, alguns melhores, outros piores, com o objetivo de prepararem para concursos públicos e para o exercício da profissão.

Podem os cursos de direito ser suficientemente flexíveis na sua organização

curricular, ampliando o elenco de disciplinas eletivas ou facultativas, isto é, daquelas de livre escolha do aluno, de forma a acompanhar as transformações e mudanças na realidade jurídica, mas de forma também a não perderem, por excesso de flexibilidade curricular, sua identidade?

Tende-se, hoje, a reconhecer a importância, nos cursos de direito, do fortalecimento das disciplinas, jurídicas ou não, de base, aquelas que habilitam em grande parte o aluno à reflexão e à criação, como instrumento para enfrentarem-se os novos desafios e problemáticas do direito.

Algumas iniciativas significativas já foram tomadas. A Portaria nº 1.886 de 1994 do MEC, que fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo dos cursos de Direito, representa um avanço considerável nesse sentido. Some-se a isso as distintas modalidades de avaliação dos cursos de direito e a correspondente maior exigência de qualificação do ensino ministrado: Avaliação das Condições de Oferta dos Cursos de Direito, de iniciativa da SESu/MEC; Exame Nacional de Cursos, o chamado "Provão", promovido pelo INEP/MEC; Exame de Ordem, de iniciativa da OAB; Ranking das Melhores Faculdades de Direito do País, promovido pela Revista Playboy, entre outras.

Pode-se dizer, sem ser temerário, que há hoje uma preocupação crescente por parte dos responsáveis e administradores com relação à qualidade dos cursos de direito. Muito se encontra ainda por fazer, mas o rumo está fixado. Em especial no Rio Grande do Sul, nossos cursos de direito, nos últimos anos, têm passado por um processo de qualificação crescente; o fortalecimento

e a expansão recentes da pós-graduação, com sua capacidade de favorecer a qualificação do ensino de graduação, sendo apenas um dos indicadores positivos.

II. Crise do Ensino Jurídico

Já há pelo menos algumas décadas, refere-se a existência de uma crise do ensino jurídico; a afirmação tornando-se inclusive um lugar-comum. Aponta-se assim para o reconhecimento de uma "inadaptação do ensino do direito às condições presentes". Inadequação essa que remete por sua vez a uma própria crise do direito, direito aqui entendido como modo de regulação das relações sociais. Aliás, o caráter e mesmo os resultados das diferentes propostas de reforma do ensino jurídico dependem consideravelmente da pertinência do diagnóstico realizado.

O modelo clássico dos estudos de direito adequava-se antes de tudo a uma sociedade fundada na supremacia de normas genéricas e abstratas, em que o direito, confundido com as regras dos códigos, possuía um papel destacado na organização e na representação social. Neste contexto, o ensino dispensado pelas Faculdades de Direito, intérpretes dos códigos, correspondia significativamente à prática social. Entretanto, essas condições alteraram-se com o tempo, denunciando um cada vez maior descompasso entre as regras dos códigos e a realidade social, sobretudo em sociedades marcadas por profundas desigualdades, como a nossa, o modo jurídico de regulação social encontrando-se em consequência afetado. Não só, para indicar apenas alguns elementos desta crise, a intervenção progressiva do Estado nos domínios econômi-

co, social e cultural, entre outros, no âmbito de um Estado do Bem-Estar Social, enfraquecendo inclusive o tradicional princípio de legalidade da sociedade liberal, mas principalmente as dificuldades crescentes de o direito resolver a contento conflitos que não são necessariamente ou exclusivamente interindividuais, mas cada vez mais supra-individuais ou intergrupais. Lembre-se contudo a esse propósito que a Constituição de 1988 reconheceu e ampliou o papel dos denominados "novos sujeitos sociais".

A crise do direito, que se traduz em um fenômeno multifacetado, talvez possa ser melhor percebida através da crise do ensino do direito. Assim, as discussões sobre a reforma dos estudos jurídicos serviriam de revelador da crise do direito. Afinal, a crise do direito não é antes de tudo uma crise do conhecimento jurídico? Nesta perspectiva, o ensino do direito não pode constituir-se em lugar privilegiado de resposta à crise do direito?

III. Crise do Direito

Mas, quando falamos em crise do direito, de qual crise do direito falamos ou, também, da crise de qual direito falamos? Finalmente, de quais elementos dessa crise do direito falamos? Sem esgotar o exame da matéria, conviria sumariamente chamar a atenção para alguns aspectos da crise do direito, cada um deles podendo ser objeto de amplos desenvolvimentos.

1. descompasso do direito com relação à realidade, problema estrutural;

2. crise do direito como expressão da crise da modernidade e da crise dos paradigmas;

3. crise da universalidade do direito: superação do etnocentrismo (ver, por exemplo, em matéria de direitos humanos ou de direitos fundamentais, a diversidade das representações do universal);

4. crise do direito estatal e fenômeno do pluralismo jurídico: "a existência, no seio de uma sociedade determinada, de mecanismos jurídicos diferentes aplicando-se a situações idênticas" (VANDERLINDEN, Jacques, *Le Pluralisme Juridique – Essai de synthèse*, in *Le Pluralisme Juridique*, Editions de l'Université de Bruxelles, Belgique, 1972, p. 19);

5. surgimento de ordens jurídicas paralelas: as "entidades caóticas ingovernáveis" (DE RIVERO, Oswaldo, *Les entités chaotiques ingouvernables*, in *Le Monde Diplomatique*, Paris, abril de 1999, p. 3: "As ECI distinguem-se pela impotência de o Estado manter sob seu controle o território nacional e sua população. Amplos setores da economia, das cidades, das províncias e das regiões caem sob o jugo dos novos mestres da guerra, dos narcotraficantes ou das máfias. A legalidade, a ordem pública e os esboços de sociedade civil volatizam-se");

6. crise do modo jurídico de regulação social em face da emergência do modo "midiático" de regulação social;

7. crise do princípio de legalidade, já referido;

8. crise do próprio Estado de Direito, levando ao desequilíbrio entre os poderes;

9. crise da soberania estatal em decorrência do processo de globalização;

10. crise da codificação ou a "era da descodificação";

11. crise do paradigma privatista, também já referida: a percepção de que os conflitos jurídicos não são necessariamente ou exclusivamente interindividuais, mas cada vez mais supra-individuais ou intergrupais; a expansão do "direito social";

12. tentativas de subsunção do tempo do direito, que é um tempo diferido, ao tempo da economia, que é um tempo real ou instantâneo;

13. flexibilização do direito, sobretudo no âmbito do direito do trabalho, na perspectiva de um direito mínimo;

14. crise do próprio ensino jurídico como reflexo da crise do direito, mas alimentando-a e potencializando-a (ver, por exemplo, as dificuldades de adaptação do ensino jurídico às rápidas mudanças do direito);

15. crise do Judiciário: entre outros, o problema do acesso à justiça em face de demandas sociais crescentes.

IV. Investir na Qualificação do Ensino Jurídico

1. Considerações Preliminares

a) dados referentes aos cursos jurídicos:

– Brasil: 320 cursos jurídicos e 43.000 bacharéis (Jornal do Conselho Federal OAB, Junho 1999);

– Rio Grande do Sul: 34 cursos jurídicos (20 instituições de ensino superior) e 3.482 bacharéis (Zero Hora, 06.10.1999);

b) consciência da necessidade de implementarem-se instrumentos objetivando uma maior qualificação dos cursos jurídicos: trabalho da Comissão de Especialistas de Ensino de Direito (CEED) da SESu/MEC e da Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da OAB e papel da Portaria nº 1.886 de 30.12.1994 do MEC.

2. Mecanismos de Avaliação dos Cursos Jurídicos:

a) Avaliação Interna por parte das próprias instituições;

b) Avaliação Externa através de inúmeros mecanismos, entre os quais os seguintes:

– Avaliação das Condições de Oferta dos Cursos de Direito (Plano Global de Avaliação Externa dos Cursos Jurídicos), sob responsabilidade das Comissões de Visita e Avaliação Externa dos Cursos Jurídicos, considerando Corpo Docente, Organização Didático-Pedagógica e Infra-Estrutura, de iniciativa da SESu/MEC (Lei nº 9.131 de 24.12.1995, art. 3º, e Decreto nº 2.026 de 10.10.1996, arts. 1º, III, 5º e 6º), talvez o mais completo;

– Exame Nacional de Cursos, o denominado "Provão", promovido pelo INEP/MEC (Lei nº 9.131 de 24.12.1995, art. 3º, e Decreto nº 2.026 de 10.10.1996, arts. 1º, III, 5º e 6º);

– Exame de Ordem, de iniciativa da OAB (Lei nº 8.906 de 04.07.1994, art. 8º, IV e § 1º), que não abarca a totalidade dos egressos;

– Ranking das Melhores Faculdades de Direito do País, promovido pela Revista Playboy, de caráter mais seletivo.

3. Controle da Criação dos Cursos Jurídicos:

a) inicialmente, foi editado o Decreto nº 2.207 de 15.04.1997, revogado pelo Decreto nº 2.306 de 19.08.1997, que o substituiu;

b) nos termos do art. 17 do Decreto nº 2.306 de 19.08.1997, "a criação e o reconhecimento de cursos jurídicos em instituições de ensino superior, inclusive universidades, dependerá de prévia manifestação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil".

Tratando-se de universidades ou de centros universitários credenciados, a manifestação favorável do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil dispensará a análise do Conselho Nacional de Educação (§ 4º). No mesmo caso, a manifestação desfavorável do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil será submetida ao Conselho Nacional de Educação, que deverá emitir parecer conclusivo, dependente ainda de homologação do Ministro de Estado da Educação e do Desporto (§§ 5º e 6º);

c) impõe-se a utilização da Portaria nº 1.886 de 30.12.1994 do MEC, ou de diploma análogo, como critério para a autorização de novos cursos jurídicos.

V. Conclusão

1. elementos que podem vir a comprometer a almejada qualificação dos cursos jurídicos:

– persistência de deficiências no ensino fundamental e no ensino médio, problema estrutural;

– proposta de cursos sequenciais, previstos no art. 44, I, da Lei nº 9.394 de 20.12.1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional);

– proposta de programas de educação à distância, previstos nos arts. 80 e 47, § 3º, da Lei nº 9.394 de 20.12.1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional): possibilidade de cursos, tanto de graduação como de pós-graduação, nas modalidades semi-presencial, à distância e mesmo *on line* (ver proposta de Curso de Mestrado da Escola Nacional da Magistratura – ENM, órgão vinculado à Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB);

– proposta de mestrados profissionais ou profissionalizantes, regulamentada pela Portaria nº 80 de 16.12.1998 do MEC.

– proposta de cursos presenciais de especialização, regulamentada pela Resolução nº 3 de 05.10.1999 da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação;

– proposta de aproveitamento dos alunos dos cursos de pós-graduação *stricto sensu* como professores nos cursos de graduação;

– proposta do Plano Nacional de Educação no sentido de aumentar, em dez anos, a taxa de matrícula no ensino superior, na faixa de idade de 18 a 24 anos, dos atuais em torno de 12% para 30%.

2. importância da Portaria nº 1.886 de 30.12.1994 do MEC, cuja legalidade é hoje questionada em face da superveniência da Lei nº 9.394 de 20.12.1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), ou de diploma análogo, como instrumento para alcançar-se uma maior qualificação dos cursos jurídicos.

A Controvérsia sobre os Direitos Humanos

Ernst Tugendhat

Professor Emérito da Universidade Livre de Berlin

Conferência

que são os direitos humanos? Pode-se dizer que existem universalmente? Qual o seu significado e o seu conteúdo?

Em primeiro lugar abordaremos qual a significação de afirmar que existem.

Algumas vezes se fala dos direitos humanos como se fossem direitos naturais; alguns afirmam que nascemos com eles. Mas isto é uma metáfora pois um direito só pode existir se for outorgado. De um lado pode-se dizer que num Estado os direitos humanos não existem se não estão outorgados pela lei, se não estão contidos na constituição. Por outro lado, se se afirma que são naturais, quer isto significar que estes direitos são anteriores à lei, mas também, nesse caso, têm que ser entendidos como outorgados. Outorgados, nesse caso, por nossa crença moral. Através deste sentido é que se embasaria a sua existência universal. Dizer que dependem da constituição do Estado poderia levar a pensar num relativismo e que os direitos humanos per-

Prólogo

Hoje faz cinquenta anos que a Assembléia Geral das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal de Direitos Humanos.

Uma característica desta Declaração é que além dos direitos liberais incluiu igualmente os direitos sócio-econômicos.

Eu quero demonstrar porque isto foi correto.

TEXTO DA CONFERÊNCIA PROFERIDA NO SALÃO NOBRE DA FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS POR OCASIÃO DO CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS REALIZADO EM COMEMORAÇÃO DOS CEM ANOS DA FACULDADE E DO CINQUENTENÁRIO DA DECLARAÇÃO DA ONU. (tradução do Prof. Sérgio Borja). Porto Alegre, 10 de dezembro de 1998. 9h

tenham a uma cultura política particular. O que é uma inverdade na razão direta de que os direitos humanos são uma componente necessária de legitimidade de um Estado moderno.

Que significa legitimidade? Sempre que os homens exercem um poder político sobre outros homens a questão fundamental é saber se os súditos submetem-se a este poder pela força ou, porque consideram este poder como legítimo e logicamente justificado. Esta justificação sempre tem uma base moral. A moral tradicionalista teve fontes transcendentais pois considerou sempre que o poder dos reis foi outorgado por Deus e que se transferia por descendência. A única fonte moral que permanece, quando uma moral tradicional é rejeitada, consiste naquela que se justifica através do interesse dos indivíduos, e como não se pode demonstrar que alguns indivíduos são mais valiosos que outros, em razão dos iguais interesses de todos, o poder do estado moderno só pode ser legítimo se se embasa de certa maneira sobre os interesses de todos e assim, nesta razão, a existência dos direitos humanos, teria que incluir-se como conteúdo desta "certa maneira".

Se encaramos a história dos direitos humanos na Europa e América constatamos que houveram vários acontecimentos e aspectos acidentais e se isto fosse tudo, eles representariam uma idiossincrasia destas histórias e culturas. A outra possibilidade, que eu quero defender, é a que contempla o desenvolvimento dos direitos humanos como um componente necessário daquela legitimidade que surge quando a legitimidade tradicional desaparece. Isso não quer significar que não houveram fato-

res acidentais dentro desta história. Quando falamos "acidentais" queremos dizer "acidentais" ao conceito de legitimidade como tal, pois precisamente isso nos permitirá, mais adiante, identificar certas inconsistências na concepção burguesa de direitos humanos e assim levar-nos a uma concepção dos direitos humanos mais ampla que se pode reivindicar como digna de uma concepção universal e necessária.

A fim de possibilitar nossa orientação na história dos direitos humanos nos parece importante distinguir duas fases:

Primeira – a fase antiga da história inglesa. Nessa fase o conceito de legitimidade era ainda tradicionalista pois se aceitava o direito dos reis governarem embora já houvessem concedido alguns direitos que significavam limites e garantias contra suas arbitrariedades (v.g. a existência no século XIII de não ser detido arbitrariamente). Ora, por outro lado, este tipo de concepção sobre a história dos direitos humanos poderia levar à opinião equivocada de que os direitos humanos seriam, em realidade, simplesmente espaços de liberdade dentro de uma ordem política, que por sua vez, fosse autoritária e não democrática.

O passo decisivo para que a democracia possa ser alcançada é aquele em que há uma alteração na legitimidade que modifica sua concepção de uma base tradicional para, evoluindo, fundamentar-se sobre a vontade do povo. O poder político já não é mais algo contraposto ao povo. As fases em que gradativamente o sufrágio foi estendido ao povo inteiro não nos concerne aqui analisar, nem tampouco o problema das deficiências internas de uma democracia

representativa. O que é importante é que poderia parecer que uma vez que o poder é transferido ao povo dar-se-ia, com este acontecimento, a legitimação do poder político e que os indivíduos, nessa situação, não mais necessitariam de espaços próprios contra este poder. O representante clássico de uma tal concepção, de uma democracia sem liberalismo, foi ROUSSEAU. Segundo ROUSSEAU, o indivíduo transfere toda sua liberdade à vontade geral.

O problema com o qual nos vemos confrontados aqui pertence ao conceito de democracia. A democracia parece ser uma autonomia coletiva, mas quando se fala assim esquece-se facilmente que, conforme esta ótica, os indivíduos perderiam sua liberdade individual. Falar da autonomia ou liberdade duma coletividade implica uma certa ambigüidade muito perigosa. Assim, aceitando-se a ótica de ROUSSEAU, os indivíduos se converteriam praticamente em partes do estado mas sem vida própria como indivíduos. O problema foi analisado claramente nos debates travados na convenção constitucional dos Estados Unidos. O que acabamos de caracterizar como o perigo da democracia lá o designaram como a tirania da maioria. Se a maioria tivesse o direito de decidir o que quer, poderia, por exemplo, aniquilar a minoria. Uma vez mais os detalhes de preocupação dos pais da constituição americana não importam aqui. Naquele tempo isto foi visto como um problema social. Os pais da constituição americana foram os representantes dos ricos; a maioria, que eles recebiam, eram os pobres. Além disso o problema central considerado naquela ocasião, não foram os direitos individuais dos indivíduos como tal, senão

o problema concernente à questão que diz respeito "a como se deve estruturar o governo". Os aspectos especiais não importam aqui e o que verdadeiramente importa, problema com o qual estiveram plenamente conscientes na ocasião, foi o que se refere ao princípio que propicia que se evite o totalitarismo no âmbito da democracia. Podemos resumir o essencial da seguinte forma: se a ordem política quer ser legítima, a condição necessária, mas não suficiente, é que tem de ser democrática; o sistema democrático tem que conter garantias, por exemplo, para que a perda de uma votação não signifique a aniquilação do adversário; deve conter outras garantias contra os abusos a que está exposto o sistema democrático de votação indireta; independentemente disto, supondo-se o pleno funcionamento parlamentar na máxima perfeição permitida pela realidade, ainda assim, todos os membros do povo deveriam reter espaços que eles mesmos pudessem desenvolver como consequência de suas capacidades e atividades, sendo ainda, que estes espaços não poderiam ser infringidos pelas decisões políticas majoritárias. Estes espaços de liberdade individual constituem um contrapeso necessário dos interesses individuais, não ao poder tradicionalista autoritário, mas ao poder político como tal.

É importante sublinhar que esta concepção não é simplesmente uma opinião possível senão uma concepção necessária se a ordem política pretende ser legítima e se a legitimidade deve ser baseada sobre os interesses dos cidadãos. O que dissemos até aqui pode subsumir-se nos conceitos de liberalismo e democracia. Algumas vezes referem-se como se a outorga dos direitos

humanos fosse uma parte integral da democracia, no entanto, entendemos a palavra democracia num sentido amplo, não simplesmente como “poder emanado do povo” senão como suplementação resultante dos direitos humanos. Este é o uso atual, mas não se deve esquecer que é complementado por dois fatores, quais sejam, o democrático no sentido estrito e o fator liberal.

Colocadas estas premissas, ainda assim estamos no início do problema, pois agora é que surge a primeira questão, seja, se o estado deve ser forte ou débil, isto quer dizer, quais são os seus deveres em relação aos direitos humanos. Somente deve respeitar os espaços de liberdade dos indivíduos ou também deve protegê-los e ainda fomentá-los? O segundo questionamento deflui da questão: se podemos considerar estes espaços somente como espaços de liberdade e se o termo “liberalismo” é o adequado para defini-los?

O representante clássico do liberalismo burguês foi JOHN LOCKE. Poderíamos considerá-lo como a figura oposta a ROUSSEAU pois para este o estado democrático tinha uma tendência totalitária, sendo que, para LOCKE, o estado tinha uma dimensão mínima que justificava sua legitimidade na medida em que garantia os direitos “à vida, à liberdade e à propriedade”. Ora, esta fórmula não pode ser considerada como legítima, pois embora se respeite os interesses dos indivíduos, dos cidadãos, estes são somente os cidadãos de uma classe que tem propriedades e, a proteção da propriedade não teve somente o sentido de proteção contra as arbitrariedades do governo, senão também contra as possíveis incursões dos pobres, como segue sendo até

hoje. Se tivéssemos que contemplar a LOCKE como a única alternativa a ROUSSEAU, cairíamos numa outra unilateralidade e isso poderia contribuir para consolidar a idéia de que os direitos humanos são a idiossincrasia de um sistema político particular.

Mas uma vez mais devemos distinguir entre os detalhes no conteúdo da concepção do liberalismo burguês e a idéia subjacente fundamental. A concepção liberal sujeita-se a possibilidade de dois tipos de crítica. Uma é aquela que se opõe a que os interesses dos indivíduos devam ser a fonte última de legitimidade. Esta crítica fundamental, como a encontramos em HEGEL, também em MARX e, da mesma forma, no comunitarismo contemporâneo, é uma crítica que é intrínseca a base da idéia de legitimidade. Esses críticos identificam o erro já no pressuposto axiomático de que, se somos indivíduos isolados já não somos seres sociais. Foram os próprios liberais que provocaram esta crítica pois através de sua hipótese originária, qual seja, que na hipótese do estado de natureza os indivíduos estejam isolados inicialmente e só num segundo momento é que se daria a superação deste estágio pela celebração do contrato que criaria o estado. Entretanto o que é mais crítico, nesta concepção hipotética, é o que veremos mais adiante. O que importa aqui é que a referência aos indivíduos não significa uma negação do seu ser social, senão o significado de que só a eles, indivíduos, deve ser deixada a decisão de qual o grau devem conceberem-se e identificarem-se como sociais. Se os indivíduos e seus interesses não fossem a única fonte de legitimidade

então, esta consistiria em entes supra individuais como o Estado de HEGEL e os costumes (Sitten) que ele evoca. A única coisa que o individualismo bem entendido exclui, é que se imponham ao indivíduo estruturas sociais como algo tradicionalmente ou divinamente já dado. O individualismo não propõe o egoísmo, embora não o exclua. A idéia é simplesmente de não partir de uma determinada concepção de vida, sendo que o fator social deve ser convertido em algo autônomo, como querem os indivíduos mesmos, sendo que a única coisa que se exclui é a possibilidade de prejudicar os outros indivíduos.

A outra crítica ao liberalismo, aquela que me parece legítima, não é aquela que ataca-o por seu individualismo, senão porque não toma em consideração os interesses de todos. Esta segunda crítica concentra-se na maneira com que o liberal descreve os espaços que se devem garantir ao indivíduo, ancorando assim sua razão nos interesses particulares de um determinado grupo social, desta forma inferir-se-ia que estaria assim passando por cima e ainda prejudicando os direitos de outros grupos. Esta crítica não se embasa, como a conservadora, numa coisa fora dos interesses e direitos dos indivíduos, senão se fica dentro desta esfera, observando simplesmente que a maneira liberalista de definir os direitos implica em prejudicar os direitos dos outros.

Pode-se explicitar a diferença entre estas duas críticas em relação ao egoísmo aquisitivo. Para a crítica conservadora do liberalismo a atitude de querer enriquecer-se é condenável por si mesma, como forma

de vida (e nisso também MARX foi conservador); para a outra crítica, essa maneira de viver é permissível e só tem que sofrer restrições quando for o caso de prejudicar os interesses dos outros.

Esta segunda crítica, que a mim parece ser a única legítima, conduz a uma revisão dos direitos como foram entendidos na tradição liberal, seja, como sendo os únicos direitos humanos. O ponto de crítica mais óbvio é o que se refere ao direito irrestrito à propriedade desigual, combinado com a simultânea proteção estatal dessa propriedade contra os pobres. Mas a polémica fundamental com a concepção liberal deve partir de um ponto de partida mais básico que é o conceito de liberdade. Enquanto este conceito permanecer sendo a base não discutida, o liberal pode sempre poder alegar que o pobre tem a mesma liberdade de adquirir a propriedade. Esta maneira de falar pressupõe o que se chama de conceito de liberdade negativa que define-se pela ausência de coação. Ninguém, diz o liberal, está impedindo o pobre de tornar-se rico pelos meios legais. A este argumento de liberdade negativa foi contraposto um outro conceito de liberdade que foi cognominado de liberdade positiva. Segundo este conceito, uma pessoa é livre não já se ninguém lhe impede, mas só se, primeiro, tenha capacidade e, segundo, se existam condições materiais para tanto. Este conceito de liberdade positiva representa um primeiro passo na crítica do liberalismo, mas como constataremos, não é ainda suficiente como matriz de liberdade positiva, suficiente para tomar em consideração os interesses de todos.

Um aspecto curioso da literatura contemporânea, sobre os direitos liberais, é aquele que embasa o conceito de liberdade como aquele fundamental e incontestável para a legitimação política, curiosidade que advém do peso da tradição liberal. É certo que ser livre, possuir autonomia, poder fazer ou não o que nós mesmos queremos é, de fato, um interesse fundamental dos homens, mas, isso não autoriza inferir-se como base de todos os interesses dos homens. Já o direito à sua vida ou, para exprimir isso de uma maneira mais geral, o direito à segurança física, que sempre foi um direito fundamental no liberalismo mesmo (em efeito foi o primeiro) não é um direito à uma ação, à uma liberdade. Uma pessoa só pode fazer uso de sua liberdade, de espaços de ação, se certas condições, quer dizer, certos interesses ainda mais fundamentais, são satisfeitos. O que está, por exemplo, morrendo de fome, não pode fazer uso de nenhum direito de ação. O fato da tradição liberal ter vislumbrado o conceito de liberdade negativa como fundamental e suficiente para a caracterização dos direitos humanos tem sua razão em que essa tradição sempre pressupunha um grupo privilegiado para o qual aquelas condições prévias já estavam satisfeitas, com exceção da segurança física. As outras condições prévias são que a pessoa já tenha tanto a capacidade como também o acesso a recursos materiais que são necessários para o exercício daquela liberdade que é a condição para poder manter a sua vida. Crianças, idosos, doentes e incapacitados não têm a capacidade necessária. E aqueles que têm a capacidade mas não têm propriedade em geral não podem adquiri-la porque a propriedade já está re-

partida. Os pobres estão em condição de ganhar a vida somente se aceitarem serviço dos proprietários e assim se fazerem dependentes de seu poder – nesse ponto devemos seguir dizendo o que já dizia MARX.

O sistema liberal dos direitos humanos é por conseguinte, se considerado como auto-suficiente, um sistema ilegítimo, porque, primeiro, não toma em consideração diferentes partes da população e, em segundo lugar, porque produz novas relações de poder em favor da classe privilegiada. Caberia perguntar se não se poderia abrandar esta afirmação de tal maneira que esta concepção dos direitos humanos fosse pelo menos legítima para a classe privilegiada, mas uma tal relativização da legitimidade não tem sentido e, além disso, os liberais pressupõem seu sistema de direitos humanos como concebido no interesse de todos. Puderam afirmar isso porque fecharam os olhos para o fato de que aqueles que não têm recursos materiais não podem fazer uso da sua liberdade negativa e, segundo, porque foram inconscientes sobre a existência de outros grupos como crianças, mulheres, idosos e incapacitados, que foram sempre considerados como dependentes de varões adultos e capacitados, não sendo portanto, reconhecidos como sujeitos de direito, com o conseqüente reconhecimento de uma esfera concernente aos seus próprios direitos. Este fato que a tradição liberal não tenha explicitamente negado estes direitos, mas simplesmente tenha deixado de os levar em consideração, este fato permite, não só contrapor ao liberalismo uma concepção legítima de direitos humanos, mas, mais ainda, mostrar-lhe que o que é parcialmente legí-

timo na sua concepção, conduz por si, por superação, a uma concepção mais ampla.

Isso tem conseqüências até para a base sobre a qual se deve colocar a questão da legitimidade sócio-política. Refiro-me à idéia de um estado natural hipotético e à idéia de um contrato hipotético nesse estado natural, como base da sociedade e do estado. O que faz parecer esta base como inadmissível não é, como o foi para a crítica conservadora, o individualismo como tal, senão que esta base seria um ponto de partida somente para a classe privilegiada do liberalismo, quer dizer para os varões adultos e sadios que seriam iguais para a negociação do contrato; não sem razão, os filósofos clássicos que defendiam o estado de natureza, estabeleceram sempre o pressuposto duvidoso de que, naquele estado, todos fossem mais ou menos igualmente fortes (das mulheres naturalmente não se falava e muito menos dos incapacitados). Um sistema sócio-político de igualdade normativa nunca pode ser o resultado duma negociação entre pessoas desiguais. A idéia do contrato político negociado foi sempre o instrumento ideológico daqueles que acreditavam estar na condição de estabelecer um contrato mais ou menos simétrico.

Este ponto de partida podia parecer tão radical porque não somente colocava em questão a maneira como deveria ser o sistema político, mas também se o Estado deveria ser afirmado de forma generalizada. A questão posta desta forma referiu-se somente ao problema político e não ao social, resultando que as relações sociais de poder são mantidas e as políticas servem somente para reforçá-las. Partindo da perspectiva de interesses iguais de todos, deve-

mos questionar como deve ser o sistema político somente quando se questiona de como deve ser, concomitantemente, o sistema social. Uma parte da população, como as crianças e os incapacitados não podem dispensar de ajuda; a idéia de um contrato é, para eles, impensável, e isso significa que na base da questão de sua legitimidade não pode conceber-se um estado de natureza senão quando se vislumbra a realidade que estamos imersos num estado de variadas dependências uns dos outros e a questão passa a ser a condição de como poderemos mudar estas dependências de tal maneira que podem ser consideradas como legítimas.

Em vez do conceito de liberdade da tradição liberal, para melhor conceber o problema apresentado, introduziu-se um conceito fundamental diferente. É neste ponto que o conceito de liberdade positiva apareceu, e a maior parte dos que reclamam direitos sócio-econômicos pode fazer uso deste conceito, embora ele não seja suficiente para visualizar a realidade das crianças, doentes e idosos. A estes não basta o estabelecimento de condições materiais para poder atuar senão uma ajuda direta para tanto. Eis aí, nesse instante, identificado o conceito fundamental que estamos buscando. Talvez se possa colocar dessa forma: para que possam prosperar ou florescer dentro do possível. Os espaços de direitos que um sistema político legítimo teria que outorgar a todo indivíduo não são somente espaços de liberdade, senão espaços que propiciassem o poder de prosperar e desenvolver-se.

Com isso não quero desprestigiar o conceito de liberdade positiva, nem

tampouco o conceito de liberdade negativa, pois, com efeito, são centrais, não sendo no entanto suficientes. O conceito de liberdade negativa, que os indivíduos devem ser livres de coação e violência, é sem dúvida fundamental para o conceito de direitos humanos. Também, da mesma forma, é correto que o próximo passo deve consistir na introdução do conceito de liberdade positiva. Ele é fundamental para a primeira ampliação dos direitos humanos além dos direitos e liberdades negativas, primeiro, porque a autonomia é uma necessidade fundamental humana e, segundo, porque só assim se pode aliviar a deficiência central do sistema capitalista que consiste em que muitas pessoas querem e poderiam ganhar a própria vida mas não podem. São impedidos de fazê-lo em face da constelação reinante no que se refere a propriedade e ao poder, em última análise, pela liberdade dos privilegiados.

Disto resulta, primeiro, o dever do sistema político, se quer ser legítimo, de criar condições de trabalho para todos que são capazes de trabalhar, resultando assim, o direito ao trabalho que é reconhecido em muitas declarações de direitos humanos mas não está realizado em nenhum país capitalista. Disto resulta também uma série de obrigações de criar condições de oportunidades iguais abolindo-se os colégios e universidades para as elites, abolindo-se, da mesma forma os direitos à herança. Ainda assim a idéia que faculta oportunidades iguais não poderá ser realizada em razão das vantagens que as crianças ricas já possuem por ser criadas em famílias com maiores facilidades, mas, de qualquer maneira, isto é um passo necessário. Enfatizar o conceito

de liberdade positiva é também importante porque sublinha o princípio de que ajudar deve significar, sempre que seja possível, ajudar e ajudar-se a si mesmo, e porque evita o mal entendido sistema social como se ele fosse um mero fornecimento de bens.

Não obstante, o princípio da liberdade positiva tem seus limites. Os que precisam, como as crianças da rua, os idosos, os incapacitados, não são somente condições materiais senão, da mesma forma, a possibilidade de sua capacidade de manterem-se. Eles têm que ser ajudados de maneira direta, ainda que também isso seja de uma maneira que sua autonomia seja fomentada o quanto for possível. Mas obviamente tais direitos, como a previdência médica e a assistência aos idosos não podem ser fundadas simplesmente sobre o conceito de liberdade positiva.

É certo que o reconhecimento dos direitos daqueles que não têm capacidade de trabalhar implica um peso moral adicional. Pois no caso anterior, onde se tratava somente de facilitar-se as condições de ganho de vida, aí, podia-se falar dum mero ato de compensação em face de uma injustiça. No entanto, como pode-se visualizar esta reclamação, para compensação de injustiças, no caso de uma repartição de terras? Neste caso pode-se dizer que a riqueza dever ser restringida porque ela mesma fora a causadora da pobreza. Nesse caso é mais fácil que o liberal de boa vontade reconheça a injustiça do sistema de direitos humanos reinante. Mas em relação àqueles cujas vidas e desenvolvimento não parecem ser prejudicados pelo sistema, os privilegiados, nesse caso, poderiam rejeitar toda respon-

sabilidade, assim como também poderiam fazer face a uma responsabilidade similar aos danos produzidos por uma catástrofe natural. Mas a impressão que esta indigência seja independente do sistema econômico não é tão convincente. Os ricos em geral não têm suas crianças nas ruas e eles podem proteger-se contra as doenças e as conseqüências da velhice ou das catástrofes naturais. Talvez o liberal argumentasse que não contratara com esta gente marginal, e isso significaria que ele poderia pensar, com efeito muitos pensam assim, que ele poderia considerá-los como estando fora do sistema e por conseguinte fora do rol de responsabilidades do próprio sistema. Com efeito, assim se pensa hoje em dia também em relação aos que têm capacidade de trabalhar mas sobram; o fato de ter mais gente que trabalho se diz que não é a conseqüência do sistema econômico, senão o incremento da natalidade e que isto não é uma injustiça, senão uma má sorte. Mas assim não se pode argumentar se tomamos uma posição não contratualista e se se concede que esta gente faz parte igualmente da sociedade e que, por conseguinte seus interesses têm o mesmo valor; que cada um vale, pelo exposto, igual. Por isso seus direitos a serem ajudados têm que ser reconhecidos como direitos humanos. São direitos, e o sistema político, se quer ser considerado como legítimo, tem uma obrigação pois a ajuda não é considerada como um ato de graça.

Devo mencionar que a inclusão dos direitos sócio-econômicos no sistema dos direitos humanos não constitui somente uma extensão do conteúdo senão também uma mudança no sentido formal dos direitos humanos. Os direitos humanos foram

considerados classicamente como dirigidos somente ao governo. Foi o governo que esteve obrigado a restringir seu poder. Mas hoje começamos a entender que o perigo para o indivíduo não é somente o poder do estado, senão o poder econômico dos outros indivíduos, e a obrigação do estado legítimo não consiste então em somente respeitar ele mesmo os espaços dos indivíduos senão em protegê-los, da mesma forma, contra o poder de outras pessoas e instituições. Esta obrigação de não somente respeitar senão proteger, parece entrar no pensamento jurídico contemporâneo através do que no direito alemão se chama *Drittwirkung*, ainda que ali se encontre caracteristicamente restringidos os direitos à liberdade clássicos. Assim, por exemplo, se reconhece que o direito à liberdade de imprensa é infringido inconstitucionalmente por um monopólio de imprensa.

A resistência contra a introdução dos direitos sócio-econômicos como verdadeiros direitos humanos se baseia, a parte do conceito restrito de liberdade, particularmente, sobre dois argumentos: primeiro que são vagos e segundo que custam dinheiro. Mas, como o autor norte-americano HENRY SHUE demonstrou em seu livro *Basic Rights*, editado em 1982, ambas as coisas podem se dizer igualmente própria aos direitos clássicos. Também o direito a não ser detido arbitrariamente o que em inglês se chama *due process* custa dinheiro ao estado e se pensamos no direito a segurança física, igualmente pode parecer arbitrário até que ponto o estado tem a obrigação de proteger e, por conseguinte, esse direito também é vago.

Existe um terceiro argumento que demonstra a dificuldade da instituição dos direitos sócio-econômicos. Consiste na globalização da economia e da conseqüente maior dificuldade para o estado individual de submeter as regras da economia sob as leis estatais. Aqui, admito que surgem graves problemas, mas não se deve confundir a questão da dificuldade da instalação dos direitos humanos com a questão da sua própria legitimidade. A perspectiva da legitimidade exigiria a implantação destes direitos (ademais a globalização não deveria ser uma escusa fácil para não se fazer absolutamente nada).

Finalmente, devo mencionar que tanto o conceito de liberdade como o conceito de direito emprestam-se a abusos nos quais os dois conceitos perdem o sentido que têm quando se fala de direitos humanos. Por exemplo, na conhecida declaração do antigo presidente norte-americano ROOSEVELT, quando falou das quatro liberdades, entre elas da liberdade de indigência e da liberdade de medo, aí se alberga uma concepção bela travestida em palavras ilegítimas, porque quando se fala assim, duma liberdade DE em vez duma liberdade A, por exemplo, da liberdade DE indigência, o ser livre é simplesmente um sinônimo da preposição "sem", e assim naturalmente pode-se combinar com qualquer coisa que se considera ser um desvalor. Por exemplo, poderia-se falar da liberdade DE democracia e assim se poderia comprovar que a autocracia fosse um direito humano.

São sofismas que deveríamos evitar. Estes sofismas conduzem a uma diluição do

conceito de direitos humanos e assim a um descrédito de todos os direitos humanos além dos clássicos do liberalismo. Hoje se fala na existência suposta de direitos humanos de terceira geração, em que as duas primeiras gerações, pela ordem cronológica, seriam os direitos clássicos liberais e posteriormente os direitos sócio-econômicos. Não sei muito bem em que deve consistir esta terceira geração, mas dois exemplos são os direitos das coletividades, como o direito de uma minoria a ser autônoma e os direitos ecológicos. Se houvessem direitos de coletividades, isso não só seria uma nova geração de direitos humanos, senão um conceito totalmente novo porque os direitos humanos são essencialmente direitos de indivíduos. Creio que o direito à autonomia duma coletividade é em realidade redutível aos direitos dos indivíduos que constituem esta coletividade em poder autodeterminar-se coletivamente. Quanto aos supostos direitos ecológicos a primeira pergunta é: quem os têm? A natureza? Não acredito que tenha sentido falar da natureza como um sujeito que tenha direitos. Ou são os homens que teriam estes direitos, por exemplo, o direito ao ar e à água puros? Esta maneira de falar, uma vez mais se empresta a uma inflação de coisas às quais supostamente teríamos um direito, e isto também faria com que o conceito de direito humano perdesse o seu sentido. O conceito de direitos humanos é esvaziado quando o utilizamos para qualquer coisa que se quer ter, como por exemplo silêncio ou estradas boas. No melhor dos casos a gente converte assim fatos que deveriam ser vistos sob a lei penal relacionados a supostos

direitos humanos. A maneira correta de formular o que se quer dizer com o direito ao ar limpo é que aquelas pessoas ou instituições ou empresas, que são a causa de uma ocorrência prejudicial, deveriam ser castigados, como também deveriam ser, em ca-

sos que não se referem a casos ecológicos. Em resumo, creio que é igualmente insustentável não se reconhecer direitos sócio-econômicos como também pensar que agora se poderia estender sua lista sem nenhum controle.

A Formação da Elite Jurídica no Rio Grande do Sul: Notas para uma Pesquisa

Fabiano Engelmann

Bacharel em Direito UFRGS, Mestrando em Ciência Política UFRGS

Introdução

Este artigo foi redigido a partir do texto de um projeto de dissertação de mestrado em ciência política e pretende expor o problema de pesquisa formulado, bem como, apresentar alguns resultados parciais da investigação que encontra-se em andamento. Tal pesquisa situa-se na temática da formação e recrutamento de elites e tem por objetivo o estudo específico da composição social, trajetórias e padrões de homogeneização que intervêm na estruturação da elite jurídica no Rio Grande do Sul. A base empírica do estudo compreende o corpo docente e discente associados à trajetória da Faculdade Livre de Direito de Porto Alegre/UFRGS.

A presença do bacharel em direito como mediador social e político, em distintos períodos históricos, tal como indicam os estudos de VENÂNCIO FILHO (1982) MICELI (1979), CARVALHO (1996) e ADORNO (1988), deve ser estudada considerando-se um conjunto de condicionantes

SUMÁRIO

Introdução;

1. Referencial teórico;

2. Problema;

2.1 Elementos para o estudo da formação da elite jurídica no Brasil: contexto e recursos analíticos;

2.2 Recursos Analíticos e Indicadores;

2.3 Estudo do Caso Específico;

3. Alguns resultados parciais e questões metodológicas;

4. Bibliografia consultada.

que extrapolam a componente escolar da formação jurídica. Estas regularidades comportam a explicitação de variáveis que apontem para as representações comuns do social e do político, para as origens sociais e para a trajetória dos agentes individuais e grupos aos quais estes se vinculam.

Tendo tais elementos presentes, pretende-se analisar o caso específico a partir de referenciais da ciência política, sob um viés que se afaste das perspectivas dominantes da “sociologia do direito” incorporada à *doxa* jurídica como “teoria crítica do direito”.¹ Tal postura implica em situar o objeto em construção dentro da problemática que permeia a formação do Estado no Brasil. Considera-se, pois, as estratégias de importação de modelos políticos e tecnologias institucionais e as ambivalências daí decorrentes, quanto a adaptação e uso destes modelos, bem como, a problemática da “profissionalização” e inserção dos juristas que operam estas tecnologias, nas diversas esferas sociais.

O recorte específico proposto, enfocando o conjunto do corpo docente e discente de egressos da Faculdade Livre de Direito de Porto Alegre/UFRGS justifica-

se, tanto pela presença destes bacharéis na “vida política” na primeira metade do século XX no Rio Grande do Sul; quanto pela sua presença contemporânea na “vida jurídica”, garante de sua influência no centros decisórios estatais.

A demonstração das variantes e invariantes nos padrões de formação e recrutamento presentes entre um momento de predomínio de um *ethos* “nobiliárquico” associado à elite jurídica no período imperial e, ainda no início do período republicano comparados a posterior vulgarização do ensino jurídico e conseqüente diminuição de seu capital simbólico, constitui-se num dos elementos centrais a serem investigados na pesquisa. A explicitação destes padrões pode auxiliar na compreensão da imagem social desta elite, confrontando-a inclusive, ao que hoje é consagrado por membros do grupo, como momento de “crise de identidade”.²

Tendo em vista os limites do artigo, procurar-se-á, num primeiro momento, expor resumidamente noções referenciais que auxiliem na compreensão de aspectos concernentes à estruturação do espaço de atuação dos juristas visando estabelecer

1. Nos meios jurídicos brasileiros a “sociologia do direito” está associada a uma visão “crítica” ou “social” do direito. Esta crítica é produzida numa apropriação “jurídica” de conceitos sociológicos, psicanalíticos, e semiológicos, predominando a matriz marxista. Tal “sociologia” afigura-se como tomada de posição ideológica nas lutas inter-pares no seio da elite jurídica, o que compromete seu potencial analítico, embora não seu conteúdo informativo. Pode-se encontrar algumas orientações metodológicas para o estudo deste fenômeno em Dezalay (1989).
2. Uma das representações desta crise pode ser lida no trabalho auto-intitulado de “sociologia do direito” de Arruda Jr. (1988) p. 96: “...uma parte de ‘crise’ de identidade por qual atravessam, os jovens Bacharéis em direito no Brasil, e nos restringimos aos mais jovens, pois dos mais de 200.000 advogados brasileiros, cremos que 150.000 foram formados nos últimos 20 anos deve-se à deliberada política educacional consentânea ao modelo econômico do Estado pós-64 e ao autoritarismo que, espelhado no terror institucionalizado na lei, criou indústrias culturais e bacharéis assalariados, desnortando-lhes o imaginário do advogado clássico (grifo meu). A escola e o Direito de hoje jamais poderá ser a escola de Direito liberal de outrora (grifo do autor).”

referenciais para o problema presente no caso específico a ser analisado. Num segundo momento, expor-se-á o problema de pesquisa e alguns resultados parciais resultantes do trabalho de indicadores nele levantados.

1. Referencial teórico

Um ponto de partida importante para o estudo da legitimação da competência técnica, social e política dos bacharéis, pode ser encontrado nos trabalhos de BOURDIEU (1986, 1989), LACROIX (1992) e CHARLE (1987). Ao estudar os padrões que estruturam as lógicas presentes na “instituição do monopólio de dizer o direito”, fundamento da competência social dos juristas na França, BOURDIEU (1986) vai chamar a atenção, não somente para os elementos presentes na “ciência jurídica” que conformam o espaço de possíveis de decisões e teorização mas,

principalmente, para a “homogeneidade dos *habitus*³ jurídicos”. Esta homogeneidade é inscrita na relativa comunização das categorias de percepção e de apreciação que estruturam a percepção e a apreciação dos conflitos orientando o trabalho destinado a transformar-se em confrontações jurídicas.

Esta perspectiva conduz o autor a não considerar isoladamente, na decomposição dos mecanismos de homogeneização das percepções dos bacharéis, um saber apreendido no sistema de conceitos presentes na “ciência jurídica”,⁴ mas relevar, em máxima amplitude, o espaço social⁵ em que estes agentes se movem.

Tendo em vista os esquemas de percepção comuns estabelecidos na afinidade de *habitus*, que relaciona a trajetória social do agente com sua formação e o grupo social que ele produz e reproduz, pode-se buscar subsídios que permitam a apreensão da natureza destes esquemas. Dentro desta perspectiva, BOURDIEU vai explicitar os

3. A noção de *habitus*, nos termos desenvolvidos por Bourdieu (1989), permite apreender o “acordo imediato entre a estrutura cognitiva dos princípios de visão e divisão do mundo social” e as relações entre as estruturas objetivas e as estruturas incorporadas pelos agentes. A afinidade de *habitus* é que, em última instância, vai garantir a homogeneização do grupo, onde a formação intelectual, no caso a formação jurídica, é apenas um fator agregado que formaliza a entrada em determinado corpo de especialistas.
4. As lutas e clivagens que se traduzem nas disputas entre concepções de “ciência jurídica” são um indicador importante que, entretanto, deve ser investigado considerando-se as trajetórias e apostas dos agentes em luta num contexto determinado. A advertência justifica-se pela tendência, em vários diagnósticos ligados a “sociologia do direito” brasileira, a correlacionar mecanicamente o tipo de formação jurídica com a trajetória do grupo de bacharéis tal como em Souto e Falcão (1980): “Uma das contribuições da sociologia do direito consiste em fornecer aos profissionais do direito um instrumental analítico, de base científica (...) que vai permitir o reencontro do nosso chamado sistema normativo com a nossa realidade social. Pois a distância que separa as leis que não mudaram, da realidade que evolui é uma das causas, por todos apontadas, da crise do direito, do conservadorismo do direito e, em última análise, do afastamento do bacharel dos centros de decisão nacional”.
5. A descrição da sociedade em termos de espaço social permite acentuar a dimensão relacional das posições sociais. Nestes termos, a posição dos agentes no espaço social é dada, por um lado, de acordo com o volume do capital possuído e, por outro lado, pela estrutura deste capital. A estrutura diferenciada de capitais permite opor agentes que possuem o mesmo volume de capital num eixo vertical, como por ex. o capital econômico dos industriais e o capital cultural dos professores universitários. Esta reflexão é desenvolvida em Bourdieu (1984).

mecanismos de hierarquização e homogeneização que constituem o *a priori* dos profissionais do direito na França e permitem a diferenciação de um campo jurídico relativamente autônomo em relação a outras esferas sociais, conforme demonstra a seguir:

“As práticas e os discursos jurídicos são, com efeito, produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específicas que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna da obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas.” (BOURDIEU 1985, p. 3)

A categoria de intérpretes autorizados, referida por BOURDIEU, tende a se distribuir em dois pólos extremos. De um lado, um conjunto de agentes voltados para a elaboração puramente teórica da doutrina, os professores, encarregados de ensinar, em forma formalizada e normalizada as regras em vigor e, de outro, os operadores do direito, ligados a interpretação e avaliação de casos particulares.

Aprofundando a reflexão sobre esta especialização das funções na estruturação da atuação dos profissionais do direito, LACROIX (1992), enfoca o processo de

formalização jurídica, na atuação dos especialistas em direito e suas diversas trajetórias sociais, visto que, no exercício destas especialidades é que se permite verificar as diferenças intrínsecas que separam os usos sociais⁶ bastante diversos dos saberes jurídicos. Um dos exemplos dados, em seu trabalho, concerne ao uso do direito como forma de justificar ações políticas (conforme a “regra”) ligado ao aparecimento da atividade do constitucionalista. Neste caso, a ligação do professor de direito constitucional com a “vida política” se funda na legitimidade de sua competência técnica de interpretar e dizer se determinada ação política enquadra-se na regra de direito.

Para o autor, considerar a especialização profissional significa superar a análise da formação inicial idêntica que dá direito de entrada no campo das profissões jurídicas, buscando estudar suas diferenciações. Esta diversidade corresponde aos usos sociais distintos dos produtos jurídicos praticados pelos atores sociais em lutas específicas.

O referencial empírico desta abordagem, que situa na diferenciação profissional e na manipulação autorizada de uma competência técnica, variáveis importantes para a compreensão do poder social dos juristas, é produto do contexto francês onde ocorre a separação entre a competência técnica dos agentes que operam a doutrina jurídica e a competência doutrinária dos agentes que produzem o conhecimento te-

órico tal como assinalado por BOURDIEU (1996). Da mesma forma, pressupõe o reconhecimento do jurista como detentor de uma competência derivada de um saber escolar vinculado a padrões meritocráticos, impessoais e burocráticos, intrínsecos à profissão de jurista. A transposição desta análise para o caso brasileiro adquire maior complexidade, pois em não ocorrendo a diferenciação entre o “produtor” e o “aplicador” do direito, a produção das doutrinas ficará totalmente subordinada à “vida política”, praticamente inexistindo um saber escolar que legitime a autonomização de um campo jurídico.

Tendo-se referido noções que tratam, numa dimensão mais abstrata, a compreensão dos mecanismos de homogeneização do grupo social que se pretende investigar, procurar-se-á expor categorias analíticas e indicadores utilizados em estudos de recrutamentos de elites que permitam construir referenciais para o estudo da seleção dos componentes da elite jurídica.

Em estudo sobre recrutamento de elites burocráticas na França, no período de 1880-1900, CHARLE (1987) destaca, entre variáveis a serem relevadas visando a apreensão dos mecanismos de seleção social destas elites, as variáveis demográficas, culturais, ideológicas, dinâmicas (troca de

atividade), financeiras e origens sociais. Correlacionada à origem social, a trajetória escolar aparece como central para a compreensão das lógicas que operam na ascensão e reprodução de posições de elite, tendo em vista, o contexto histórico de republicanização da França em que se insere o estudo.

O autor destaca que, em se tratando de elites jurídicas, há que se considerar, conjugado às variáveis mencionadas, a trajetória do grupo familiar, visto que as profissões jurídicas geralmente encerram “uma cultura familiar com forte reprodução social”. Um dos recursos analíticos capaz de explicitar as lógicas de reprodução desta herança social, onde o capital escolar opera parcialmente, é a noção de capital social e os mecanismos que operam este capital, conjugado a outros capitais, as reconversões. O capital social do agente pode ser entendido como o “conjunto de recursos atuais ou potenciais que são ligados à posse de um recurso durável de relações mais ou menos institucionalizadas de interconhecimento e de interreconhecimento” (BOURDIEU, 1980). Esta forma de capital aparece no conjunto de reconversões que permite a apreensão da trajetória⁷ de um grupo social ou agente singular num determinado espaço social. Segundo SAINT MARTIN

6. Estes “usos sociais” podem ser compreendidos como os processos e as lógicas práticas responsáveis pela aparição de formas práticas e simbólicas de ação e de organização coletivas (Lacroix, 1986). No caso do direito, manifesta-se nas lutas interagentes, na invenção e vulgarização “singular” de formas jurídicas de percepção do social.

7. A distinção entre o uso da noção de trajetória em relação a noção de “história de vida” é desenvolvida em Bourdieu (1986). Segundo o autor: “a trajetória pode ser entendida como série de posições sucessivamente ocupadas por um mesmo agente (ou um mesmo grupo) em um espaço ele próprio em devir e submetido a incessantes transformações”. Operando com esta noção no contexto brasileiro, Grynspan (1990) chama a atenção para o fato de o estudo de trajetórias permitir “avaliar estratégias, ações e atores em diferentes situações e posições sociais, seus movimentos, seus recursos, as formas como os utilizam ou procuram maximizá-los, suas redes de relações, como se estruturam, como as acionam, nelas se locomovem ou as abandonam”.

(1993),⁸ o estudo das reconversões permite analisar o processo de desvalorização e revalorização das diferentes espécies de capital.

Os aspectos concernentes à herança social serão relevados por CHARLE (1989) ao propor uma “história social das profissões jurídicas”. O autor acentua que nas profissões jurídicas, em suas diversas especialidades, o capital social é mais facilmente reconvertido em outros tipos de capital, como capital econômico no caso dos notários e capital político no caso dos advogados assinalando que, no caso da França, a perenidade das profissões jurídicas que atravessam os séculos pode ser atribuída à capacidade de acumulação e reprodução do capital social coletivo conservado através de mecanismos institucionais.

No caso brasileiro, entretanto, a reprodução deste capital social coletivo não pode ser apreendida a partir de garantias institucionais, pois o acesso a estas garantias não está baseado em princípios de hierarquização profissionais. Na próxima parte tentar-se-á expor as diferenciações do contexto do caso a ser analisado visando discutir as possibilidades de utilização do referencial teórico descrito.

2. Problema

2.1 Elementos para o estudo da formação da elite jurídica no Brasil: contexto e recursos analíticos

A apreensão do caso específico a ser tratado implica na inclusão de outros níveis de análise aos trabalhados nas pesquisas referidas, frutos de contextos onde ocorre a objetivação de mecanismos que garantem a equivalência entre o título escolar e a posição social.

Diferenciadamente do contexto francês de predomínio dos padrões meritocráticos de seleção da elite burocrática e onde a profissão e a herança profissional tem um peso fundamental na sua reprodução, no Brasil operam lógicas distintas que podem ser captadas já na explicitação das estratégias de importação dos cursos jurídicos. A importação de tecnologias institucionais no período imperial orienta-se para a “formação do Estado Nacional” com a produção de uma elite capaz de “operacionalizá-lo”. Logo, mesmo a “competência técnica” dos bacharéis fica *a priori* subordinada a uma “missão política”, como demonstra a citação que segue:

“Essa orientação que chamáramos atualmente de teórica, enfatizava na formação de bacharel a *percepção dos fundamentos últimos da vida social e política* (grifo meu). O Direito aparecia como o instrumento normatizador das relações políticas, sociais e econômicas. O bacharel formado deveria saber os princípios de Direito Público, Eclesiástico e Constitucional, pois a atenção central dos estudos deveria estar focalizada no entendimento e funcionamento do governo.” (BARRETO, 1978, p. 207)⁹

Esta ligação à “vida social” e à “vida política”, permite ao bacharel constituir-se como mediador, haja vista sua atuação simultânea em várias esferas, conforme assinala ADORNO (1988), outorgando-lhe *aprioristicamente* a vocação¹⁰ de elite dirigente. Tal peculiaridade circunda a apropriação e uso do “direito” no Brasil e destaca a variável da inserção da elite jurídica na vida política do País e o impacto desta presença na sua reprodução social.

Um dos estudos que considera esta inserção, no período imperial, é o de CARVALHO (1996). O autor destaca como os bacharéis em direito assumiram um papel central na unificação do Estado imperial atuando como elite homogênea. Um dos pressupostos garantidores desta homogeneização era a formação jurídica em

Coimbra. Entretanto, o autor atribui um peso excessivo à competência técnica do bacharel em sua ascensão social e política atribuindo ao título escolar o ponto de partida para esta ascensão. Tal visão diminui a participação de outros recursos na trajetória dos agentes tais como, o capital social e as redes de relações envolvendo o pertencimento a determinados grupos familiares e sociedades. O capital social e as redes de relações entabuladas pelo agente ao longo de sua trajetória social são fundamentais em contextos de não-predomínio de princípios de hierarquização social baseados na profissão, conforme indicam estudos sobre elites políticas no período imperial.¹¹

Para a construção de indicadores eficazes visando a apreensão desse fenômeno, deve-se contabilizar a importação de modelos jurídico-políticos e os usos sociais desta tecnologia de poder¹² que permeiam as práticas sociais dos bacharéis, na medida em que, os modelos importados são apropriados como bens simbólicos sem a incorporação do *ethos* que lhes corresponde e associados a outros recursos sociais, subordinam-se à legitimação de uma competência política. Também importa relevar as posições ocupadas pelos agentes, na trajetória da elite jurídica, considerando suas propriedades sociais. No caso, a hierarquia

8. No caso da nobreza francesa, analisado por Saint-Martin (1993), as estratégias de reconversão dão lugar às separações (clivagens) no espaço social, com o abandono de posições estáveis, desvalorizadas ou ameaçadas, por aqueles que as ocupam por longo tempo. A entrada de novos agentes nos setores ou nos lugares, até há pouco, frequentados pelos membros de seu grupo dependem, em larga margem, do estado do sistema dos instrumentos de reprodução (estado dos costumes e da lei sucessória, do mercado de trabalho, do sistema escolar, etc.), do estado (volume e estrutura) do capital econômico, do capital cultural, do capital social e do capital simbólico que os diferentes grupos pretendem reproduzir. A noção de reconversão permite captar este processo e, conseqüentemente, correlacionar o conjunto de variáveis que envolvem o título escolar, a origem social, as apostas de carreira, e o conjunto de capitais ajudando a definir o espaço dos possíveis e a reprodução de posições de elite.

9. Esta passagem foi extraída de uma coletânea produzida por juristas que busca analisar as condicionantes do surgimento dos cursos jurídicos no Brasil, cujo marco histórico é atribuído à Constituinte de 1823.

10. A formação de uma “vocação para o poder” leva a necessidade de investigar-se as representações comuns acerca do fenômeno político por parte dos bacharéis, tal como procede, em relação aos intelectuais no Brasil, Pécaut (1990).

11. Ver Coradini (1998).

12. Ver Bendix (1996) que demonstra comparativamente os processos sociais-políticos da Europa que originaram categorias como “cidadania”, “Estado de Direito” e o *ethos* que lhes corresponde. Ver sobre a problemática da importação dos modelos políticos em contextos neopatrimoniais, Badie & Hermet (1990).

destas posições é dada na relação entre os valores atribuídos a determinados recursos, sua posse por parte dos agentes e os princípios de hierarquização que estruturam o espaço de atuação dos mesmos.

2.2 Recursos Analíticos e Indicadores

Dentro do quadro exposto, pode-se tentar construir referenciais que permitam apreender as lógicas e mecanismos que estruturam a trajetória e homogeneização da elite jurídica brasileira. ADORNO (1988), acentua o fato das escolas de direito criadas no período imperial não terem se constituído como centros de produção de um “direito brasileiro”. Ao estudar a Academia de Direito de São Paulo,¹³ o autor constatou a forte presença do corpo docente e discente nas lutas sociais e políticas considerando os indicadores de participação na imprensa e grêmios literários e do exercício de cargos públicos. Ao confrontar estes indicadores com os referentes à produção intelectual e à atividade docente, o autor verificou a inexistência de uma lógica escolar no campo do direito.

Quanto aos mecanismos de ingresso na carreira universitária jurídica, refere o autor, a personalidade como regra nos procedimentos de recrutamento de profes-

res e nas práticas avaliatórias dos alunos. Estes indicadores da atuação em diversas esferas, por parte do corpo docente e discente e dos mecanismos que operam em sua seleção e recrutamento, são fundamentais para a apreensão das lógicas que caracterizam as faculdades de direito brasileiras como espaços de socialização onde são reconvertidos diversas formas de capitais que entram em jogo na definição da ascensão e reprodução de posições de elite. Da mesma maneira, os dados trazidos por ADORNO não permitem atribuir ao título de bacharel o ponto de partida para a ascensão social e política. O título escolar aparece, antes, como o “certificado de uma posição social e política de antemão ocupada”, conforme CORADINI (1998).¹⁴

A formação de redes de relações, a partir de critérios pessoais, é característica da dinâmica descrita e expressa-se nas práticas do nepotismo, da patronagem e do clientelismo, fenômenos presentes na trajetória da elite burocrática brasileira. Desta forma, os recursos analíticos já expostos trabalhados em contextos onde as competências técnicas tem um peso significativo na hierarquização e reprodução das elites jurídicas, não são suficientes para a compreensão da dinâmica brasileira, onde a “pessoa total” encontra-se envolvida, na

13. As lógicas de recrutamento que operam na produção e reprodução da elite jurídica, neste caso, permanecem e expandem-se com a “descentralização” dos cursos jurídicos iniciada com o período republicano que redundou na criação de novas escolas por todo o País. Uma descrição detalhada quanto ao aspecto referente à expansão do ensino jurídico e suas características pode ser encontrada em Venâncio Filho (1982).

14. Em estudo sobre o recrutamento da elite médica, no Brasil no período imperial, o autor constata que: “...a seleção da elite médica antes de ser *profissional*, é primordialmente uma seleção pelos *títulos*, na qual a dimensão técnica ou *profissional* está sempre subordinada à dimensão da *notoriedade* ou de *títulos* que atestam determinadas relações (com o imperador e personagens do poder central, numa primeira fase; de *pioneiro* na introdução das inovações em alguma *especialidade* ou de sua *representação*, de *homem público* e *moral*, num segundo momento)”. (Coradini 1998, p. 6)

medida em que, não ocorre a objetivação de critérios formais típicos do que poder-se-ia considerar como um contexto republicano.

Para a apreensão destas redes de relações e o conjunto de fenômenos que pode ser genericamente caracterizado como relações de reciprocidade e que não perpassam apenas a estruturação e mobilidade da elite jurídica, mas o conjunto de relações que envolve o Estado brasileiro, pode-se recorrer a noções oriundas de estudos antropológicos, como as de “amizade instrumental”, “quase grupos” e “relações diádicas”, que podem ser usados complementarmente à noção de capital social.¹⁵

2.3 Estudo do Caso Específico

A Faculdade “Livre” de Direito de Porto Alegre, fundada em 1900, tem sua origem inserida na estratégia de produção de lideranças políticas no Estado, conforme indicam LEITE e FRANCO (1992).¹⁶ Segundo as autoras prevalece no curso de Direito uma cultura de “cumplicidade consensual” com o governo do Estado do Rio Grande do Sul, decorrente da estreita correspondência entre o exercício do poder e a “vida acadêmica” no interior desta. Tais fatores são descritos no texto de “história da Faculdade” produzido por BRAGA (1975) que, apesar de adotar uma perspectiva consagratória, traz informações que vão ao encontro dos dados coletados por ADORNO (1988).

A inserção do corpo docente e discente em diversas esferas sociais, destoante de uma lógica “profissional”, também é acentuada por GRIJÓ (1998). Neste estudo, comparando as trajetórias dos integrantes da “geração de 1907”, o autor, demonstra que as estratégias de importação e uso político de ideologias jurídicas e as clivagens no corpo docente e discente eram pautadas pela conjuntura política do período analisado, permitindo afirmar que lógicas que operam a “vida acadêmica” no interior da instituição estruturam-na como um grande laboratório onde refletem-se as lutas sociais e políticas do momento.

Partindo dos parâmetros estabelecidos, nestes estudos, pode-se investigar se subsistem, ou não, os padrões de estruturação e condicionamentos que originaram os cursos de Direito no Brasil no período imperial, na trajetória da elite jurídica gaúcha. Por outro lado, indaga-se em que medida a introdução formal de mecanismos auferidores de competências técnicas – como os concursos públicos para postos burocráticos, conjugados a indicadores de maior diversificação social, corporativização por especialidades (principalmente a partir da década de 30) e institucionalização do ensino jurídico –, implicam na alteração dos padrões de formação e recrutamento desta elite em direção a prevalência de padrões meritocráticos.¹⁷

15. Sobre a problemática teórica envolvendo o uso destas noções complementarmente à noção de capital social, ver Coradini (1995). Sobre as possibilidades de uso das noções de “quase grupos”, “amizade instrumental” em sociedades complexas, ver Bianco (1987). Sobre a noção de “relações diádicas” ver Landé (1977).

16. O estudo das autoras compreende o período de 1900-1936.

17. O trabalho de Miceli (1979) vai relevar esta mudança de padrões de recrutamento considerando que na Primeira República o recrutamento dos intelectuais (no caso analisado em sua maioria bacharéis em direito) se realizava em função da rede de rela-

Estudar estes padrões de seleção social implica em centrar o foco de análise nos recursos reconvertidos pelos bacharéis, sua trajetória social e o pertencimento a determinados grupos familiares e sociedades, tal como já pontuado. Este enfoque permite a verificação da ocorrência da transição do predomínio de uma "vocação política" para o predomínio de uma "vocação jurídica" no caso dos bacharéis gaúchos. Ou seja, de uma "escola" abertamente inserida nas lutas sociais e políticas para a aposta em uma competência técnica propriamente jurídica, cujo espaço estaria definido na corporativização das profissões jurídicas, e nos mecanismos de seleção daí advindos que comportariam, conseqüentemente, o título escolar, a competência técnica e a meritocracia como trunfos de ascensão social.

Tendo-se, como hipótese de trabalho, a idéia da prevalência de um mecanismo de recrutamento meritocrático que imperaria com a construção das carreiras jurídicas aumentando o peso do título escolar, nossa proposta de pesquisa agrega a estes mecanismos os indicadores propriamente sociais estruturantes da "vocação para o direito". Logo, o problema consiste em explicitar a permanência da herança social e as estratégias de reprodução dos grupos e agentes, bem como, as reconversões operadas visando garantir suas posições de destaque na trajetória da elite jurídica gaúcha, que transpassa o fenômeno da inflação de diplomas, a diminuição

de seu capital simbólico e, por conseqüência, as representações da "crise do direito".

3. Alguns resultados parciais e questões metodológicas

A seguir procede-se a exposição de dados parciais da pesquisa concernentes a trajetória profissional/ocupacional do corpo docente da faculdade de Direito. Tais dados resultados da operação da pesquisa, envolvendo o corpo docente, deverão ser aprofundados tomando-se amostragens de professores para coleta de depoimentos. Procurar-se-á reconstruir a trajetória ocupacional/profissional de forma mais aprofundada, visando a comparação entre trajetórias e, conseqüentemente, a mensuração dos recursos sociais e escolares reconvertidos para a ascensão a posições de elite. Para a montagem dos dados a seguir privilegiou-se, na medida do possível, as informações concernentes aos indicadores de filiação, local de nascimento, ocupação do pai, ano de formatura, estudos escolares pré-universitários e universitários, carreira profissional, produção intelectual geral, produção intelectual técnica, participação e pertencimento a sociedades e clubes sociais/culturais e trajetória política. Tendo em vista a parcialidade dos dados produzidos, optou-se neste artigo somente por expor os dados referentes a trajetória ocupacional/profissional. Quanto a coleta de informações referentes ao corpo discente, proceder-se-á com os mesmos indicadores organizando-os por ano de forma-

ções sociais que estes mobilizavam, ao passo que no período "pós-30", a cooptação das novas categorias de intelectuais por parte do Estado passaria a incorporar ao capital de relações sociais, a mediação exercida por trunfos escolares e culturais cujo peso é tanto maior quanto mais se acentua a concorrência no interior do campo intelectual.

tura e trabalhando-se com amostragens por década a partir de 1960. A pesquisa comporta também o trabalho com fontes complementares como artigos, revistas, homenagens, discursos, atas e demais fontes presentes em múltiplos arquivos como os das associações corporativas. O detalhamento metodológico do tratamento destas fontes será omitido em função dos limites do artigo.

Analizando os resultados parciais trazidos pela operacionalização desta investigação tomando-se por base as informações coligidas no trabalho de BRAGA (1975) e fontes subsidiárias, visualiza-se a presença dos professores da Faculdade de Direito na fundação de várias instituições de natureza cultural e intelectual. Destacam-se os professores de Direito como fundadores do Instituto Histórico Geográfico do Rio Grande do Sul, da Academia Rio-Grandense de Letras, da Faculdade de Filosofia de Porto

Alegre, da Pontifícia Universidade Católica, da Escola Superior do Comércio que originou a Faculdade de Economia da UFRGS; bem como a forte presença na fundação e direção de jornais como "A Federação", "Jornal do Comércio", além de colégios tradicionais como o "Anchieta", "Sevigné", entre outros.

Confrontando-se os dados trazidos pelos estudos citados (ADORNO, LEITE e FRANCO, GRIJÓ), com indicadores de inserção social trabalhados sobre as informações disponibilizadas por BRAGA, pode-se tentar esboçar um padrão de inserção profissional/ocupacional que permita orientar uma investigação mais profunda referente a trajetória do corpo docente da Faculdade de Direito de Porto Alegre. O quadro a seguir está organizado com base no intervalo de ingresso dos agentes no corpo docente da Faculdade e as atividades exercidas simultaneamente, além da atividade docente, ao longo de sua trajetória de vida:

Atividade profissional/ocupacional	Ingresso 1901 (25)	Ingresso 1903-1926(30)	Ingresso 1933-1962(30)	Ingresso 1950-1970(27)
Detentor de mandato parlamentar ou cargo político de 1º escalão	19	23	12	8
Exercício de cargo burocrático c/pressuposto título escolar de bacharel e nomeação política sem concurso público	24	18	8	3
Exercício de cargo burocrático de confiança c/ pressuposto de título escolar e concurso público, mas com indicação política	-	-	4	13
Só Advogado	-	-	4	13
Exercício do Jornalismo	10	8	3	1

Atividade profissional/ocupacional	Ingresso 1901 (25)	Ingresso 1903-1926 (30)	Ingresso 1933/1962 (30)	Ingresso 1950-1970 (27)
Participação em sociedades culturais	3	5	5	3
Participação em Associação Corporativa	—	3	9	11
Produção intelectual geral	5	6	1	4
Produção intelectual específica jurídica	6	5	19	14

Fonte Principal: BRAGA (1975). Fontes subsidiárias: Arquivo do Rio Grande do Sul, Biblioteca Pública do Estado e NEQUETE (1974).

Obs. 1. Considera-se da população total dos intervalos apenas aqueles de que se têm informações concernentes aos indicadores tabulados.

Obs. 2. Não considerou-se para fins de tabulação a atividade predominante exercida, mas sim, tendo em vista o interesse da pesquisa, o número de posições às quais o docente teve acesso, sendo que a maioria exerceu, ao longo de sua trajetória, diversas atividades ocupacionais simultaneamente.

Num primeiro momento, este quadro confirma a invariância do padrão de inserção ocupacional do corpo docente já presente na Academia de Direito de São Paulo. Da mesma forma, porém, confirma preliminarmente a hipótese de que, já por volta das décadas de 40 e 50, ocorre na trajetória da população docente uma tendência à participação em atividades corporativas e também de aumento na produção de textos jurídicos. O decréscimo da pluralidade ocupacional aponta uma reconversão em direção às carreiras que mesclam o pressuposto do título escolar de bacharel com a indicação política. Nesta conjuntura, surgem as associações corporativas que têm, entre seus fundadores, significativa presença de professores da Faculdade. O IARGS (Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul), fundado em 1926, a AMPRGS (Associação do Ministério Público do Rio Grande do

Sul), fundada em 1940, a AJURIS (Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul), fundada em 1944, vão participar do momento de construção das profissões jurídicas e ter um papel de aglutinação na diferenciação de um espaço de concorrência propriamente jurídico com a progressiva institucionalização dos concursos públicos capazes de auferir competências técnicas e a normatização das profissões jurídicas com aumento das exigências propriamente escolares para o exercício, inclusive, da advocacia.

Esta tendência aponta para um novo padrão intimamente imbricado aos indicadores de modernização do País e especialização das funções, onde surgem na esfera do poder outras especialidades como a economia, e a sociologia. As regras desse novo "jogo" ainda permanecem nebulosas e precisam ser investigadas acuradamente. Espera-se que esta proposta de pesquisa

possa somar na elucidação dessa nova realidade que se apresenta a todos os bacharéis em direito e, principalmente, aos profissionais ligados a seu ensino.

4. Bibliografia consultada

- ADORNO, Sérgio. *Os Aprendizados do Poder: O bacharelismo liberal na Política Brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- ARRUDA JR., Edmundo L. *Advogado e Mercado de Trabalho: Um ensaio sobre a crise de identidade sócio-profissional dos bacharéis em direito no Brasil*. Campinas/São Paulo: Julex, 1988.
- BADIE, B. & HERMET, G. *Política Comparada*. México: FCE, 1993.
- BARRETO, Vicente. *O Estado de Direito e os cursos jurídicos: debate original*. In BASTOS, Aurélio Wender et al. *Os Cursos Jurídicos e as elites políticas brasileiras: ensaios sobre a criação dos cursos jurídicos*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1978.
- BENDIX, R. *Construção Nacional e Cidadania*. São Paulo: EDUSP, 1996.
- BIANCO, Feldman B. (org.). *Antropologia nas Sociedades Contemporâneas – Métodos*. São Paulo: Global, 1987.
- BODIGUEL, J-L. *Histoire sociale et science politique; Les élites contemporaines*. In CHARLE, C. (dir.). *Histoire Sociale, Histoire Globale ? Actes du Colloque des 27-28 janvier 1989*. Paris, Éd de la Maison des Sciences de l'Homme, 1993.
- BOURDIEU, P. *Espace Social et genèse des "classes"*. In *Actes du la Recherche en Sciences Sociales*, juin/1984. pp. 3-12.
- BOURDIEU, P. *La Noblesse d'état; (Grandes écoles et esprit de corps)*. Paris: Minuit, 1989.
- BOURDIEU, P. *Le Capital Social notes provisoires*. In *Actes du la Recherche en Sciences Sociales*, jun/1980.

BOURDIEU, P. *La force du Droit: Éléments pour une sociologie du champ juridique*. In *Actes du la recherche en Sciences Sociales*. n. 64, ept. 196. 1985.

BOURDIEU, P. *L'illusion Biographique*. In *Actes du la Recherche en Sciences Sociales* (62/63), 1986.

BRAGA, A. *Faculdade de Direito: Subsídios para sua história*. Porto Alegre: Fac. Direito UFRGS(mimeo), vols. 1, 2, 3.

CARVALHO, J.M.C. *A Construção da Ordem: A elite política imperial*. 2. ed. Rio de Janeiro: UFRJ/1996.

CHARLE, C. *Pour une histoire sociale des professions juridiques a l'époque contemporaine: Notes pour une recherche*. In *Actes de la Recherche en Sciences Sociales* (76/77), mars/1989.

CHARLE, C. *Les Elites de la République 1880-1900*. Paris: Fayard, 1987.

CORADINI, O L. *Grandes Famílias e Elite profissional na medicina no Brasil. Cadernos de ciência política nº 2*. Porto Alegre, 1995.

CORADINI, O L. *A Formação da Elite Médica no Brasil e seu recrutamento: confronto com o caso francês. Cadernos de ciência política nº 11*. Porto Alegre, 1998.

DEZALAY, Y., SARAT, A., e SILBEY, S. *D'une démarche contestataire à un savoir méritocratique: Esquisse d'une histoire sociale de la sociologie juridique américaine*. In *Actes du la Recherche en sciences sociales nº 78*, juin/1989.

GRIJÓ, Luiz Alberto. *Origens sociais, estratégias de ascensão e recursos dos componentes da chamada "geração de 1907"* (dissertação de mestrado). Porto Alegre: PPGCP-UFRGS, set/1998.

GRYNSZPAN, M. *Os idiomas da patronagem: Um estudo da trajetória de Tenório Cavalcanti*. In *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, nº 14, out/1990, pp. 73-90.

- LACROIX, B. *Ordre politique et ordre social: objectivisme, objectivation et analyse politique*. In GRAWITZ, M. et LECA, J. (dir). *Traité de Science Politique*, vol 1. *La science politique, science sociale, l'ordre politique*. Paris: PUF, 1985.
- LACROIX, B. *Le politiste et l'analyse des institutions: Comment parler de la présidence de la République*. In LACROIX B. & LAGROYE, J. *Le président de la République, Usages et genèses d'une institution*. Presses de la fondation nationale des Sciences politiques, 1992.
- LANDÉ, C.H. *Introduction: the dyadic politics: notes for a theory*. In SCHMIDT, S. W. et al(eds) *Friends, Followers and Factions; A reader in political clientelism*. Berkley, University of California Press, 1977.
- LEITE, D. B. C. e FRANCO, M. E. D. *Faculdade de Direito de Porto Alegre (1900-1936)*. In Grupo de Estudos sobre Universidade. *Reprodução e Recriação Social na Universidade e as ingerências do Estado: o caso da UFRGS*. Porto Alegre, jan/1992.
- MICELI, S. *Intelectuais e Classe dirigente no Brasil (1920-1945)*. São Paulo: Difel, 1979.
- NEQUETE, L. (org). *O Poder Judiciário no Rio Grande do Sul*. Livro Comemorativo do centenário do Tribunal, a Relação de Porto Alegre e Tribunal e Justiça do Estado, Ed. TJ, 1974.
- PÉCAUT, D. *Os Intelectuais a Política no Brasil, entre o povo e a nação*. São Paulo: Ática, 1990.
- SAINT MARTIN, M. *Les Reconversions: Le exemple de la noblesse*. In *Les Élités: Formation, reconversion, internationalisation: Colloque Stockolm*, sept/1993.
- SOUTO, C. & FALCÃO, J. *Sociologia e Direito*. São Paulo: Pioneira, 1980.
- VÊNANCIO FILHO, A. *Das Arcadas ao Bacharelismo (150 Anos de Ensino jurídico no Brasil)*. 2. ed., São Paulo: Perspectiva, 1982.
- VIANNA, L.W. et al. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 1997.

Como Pesquisar?

Harriet Christiane Litscher

Doutora pela Universidade de Hamburgo, Alemanha; Professora Visitante na Faculdade de Direito da UFRGS pelo programa CAPES/DAAD, março 1998 – maio 1999.

presente artigo baseia-se em uma palestra para alunos de graduação e pós-graduação, realizada no dia 22.04.1999, na Faculdade de Direito da UFRGS, denominada: "Como pesquisar e navegar na pesquisa: uma introdução ao método alemão".

Nota preliminar

Este artigo destina-se, especialmente, aos alunos que começam a desenvolver o processo de pesquisa. Mas, talvez, seja também, em parte, interessante para os colegas professores, devido à cultura jurídica diferente na qual se formou a autora, oferecendo, desse modo, possivelmente, não só um outro enfoque sobre o tema, mas também idéias complementares para as orientações dos seus jovens pesquisadores.

1. A questão da curiosidade e o tema

Toda a pesquisa tem como base um interesse de buscar – ou uma visão da realidade jurídica ou uma explicação para essa

Agradecimentos

Agradeço ao professor FRANZ GERNOT LIPPERT, que gentilmente sugeriu que eu escrevesse este artigo a ser publicado nesta revista; e ao meu caro colega, professor Dr. LUIS AFONSO HECK, pela paciência que sempre demonstrou frente ao meu português e à minha linguagem jurídica.

Eu dedico este trabalho ao grupo de pesquisa CNPq – Mercosul e Direito do Consumidor, orientado pela minha cara colega professora Dr. CLÁUDIA LIMA MARQUES, que me convidou – muito gentilmente – para fazer parte deste grupo de alunos vivos e simpáticos durante minha estadia como Professora Visitante. Foram eles que me instigaram a pensar sobre meus métodos de pesquisa e a compartilhá-los.

realidade. São as perguntas: O quê? Como? Por quê? É a curiosidade que está no fundo dessas perguntas.

Mesmo que, no início, seja uma curiosidade genérica, podendo-se, assim, interessar por qualquer tema (incluindo temas de direito tributário ou previdenciário, que normalmente não despertam o interesse do estudante de Direito), é sempre melhor desenvolver um interesse específico. Pois, dessa maneira, vai sobreviver às horas escuras que cada pesquisador, jovem ou menos jovem, tem que enfrentar até chegar ao fim do seu trabalho.

Então, o primeiro passo, no desenvolver da pesquisa,¹ é escolher um tema que desperte o seu interesse. É bem possível que o tema mude um pouco depois das primeiras leituras, ou que se chegue à conclusão de que o tema não deve ser seguido. Isso não significa nada sério, mas um processo normal do pensamento: cada desvio enriquece e deixa amadurecer o próprio pensamento. Na pesquisa, um erro, quando descoberto antes de publicar o trabalho, é sempre de valor.

2. Como começar

Dependendo dos conhecimentos individuais e do tamanho do trabalho vale a pena começar com a leitura de um livro básico, clássico sobre o tema, deixando sedimentar esta leitura na mente por um tempo. Este caminho recomenda-se se os conhecimentos ainda não são muito desen-

volvidos ou – independentemente dos conhecimentos individuais – se o trabalho tem tamanho considerável.

No caso de um trabalho menor e conhecimentos individuais sobre o tema já avançados, pode-se logo começar com as fichas de leitura.²

3. Tipos de pesquisa e métodos correspondentes

Na pesquisa jurídica pode distinguir-se um tipo “conceitual/dogmático” e um tipo “empírico”. Também há formas mistas e vale ressaltar que toda pesquisa empírica precisa de uma parte conceitual. Entretanto, uma pesquisa conceitual/dogmática é teoricamente possível sem uma parte empírica.

3.1 A pesquisa conceitual/dogmática

É o tipo mais simples para o acadêmico da cultura jurídica brasileira.

Começa-se com a busca do material. O melhor é pegar o livro-chave e olhar a bibliografia para títulos prometedores e/ou seguir as fontes indicadas nos lugares-chaves deste livro. É claro que os novos meios de comunicação, especialmente a Internet, fornecem uma abundância de informações sobre qualquer assunto, mas a existência desses meios nunca pode substituir o próprio pensamento. Entender e seguir uma obra-chave, por sua vez, abre o caminho para o pensamento próprio.

Ao ler o livro-chave e as outras fontes por ele indicadas deve-se começar com a produção das fichas de leitura. Esta não pode ser substituída por fotocópia (ou livro) riscada, porque escrever o conteúdo de um texto com suas próprias palavras já é meio caminho para uma produção própria de pensamento científico.

A ficha pode ser feita no computador ou de modo manual em cartões, mas é aconselhável, mesmo quando feito no computador, imprimir as fichas.

A ficha deve sempre conter, no mínimo: todos os dados bibliográficos,³ a área de direito geral, a área específica à qual pertence a obra analisada e a estrutura principal do seu conteúdo. Fichas bem feitas podem até substituir a obra analisada, podendo, com isso, ser utilizadas e aproveitadas por muitos anos.

Como, normalmente, uma ficha tem várias folhas, deve-se sempre anotar o número da folha e o número da ficha (que se refere ao número dentro da área específica à qual pertence a ficha). Vale a pena anotar, na primeira folha de uma ficha, o número de folhas que esta ficha tem.

Há pessoas que preferem uma ficha bibliográfica à parte para cada obra analisada, para levar à biblioteca, em cartões pequenos. Mas isso depende do gosto pessoal do pesquisador.

O uso de uma estrutura clara na ficha facilita esse processo. Eu, pessoalmente,

achei útil usar duas cores para melhor clareza. Neste caso, recomenda-se pegar cores simples (por exemplo, preto e azul) para poder seguir este padrão de trabalho em qualquer lugar.

O objetivo principal das fichas é captar, entender e anotar o conteúdo da obra analisada, todavia, não faz mal já estabelecer a crítica própria, se tiver, em cor diferente.

Ao final da produção das fichas é importante deixar sedimentar um pouco, relendo as fichas e considerar se precisa de mais fontes. Neste último caso, repetem-se os passos descritos acima, a partir do item 3.1.⁴

As fichas, no âmbito da pesquisa conceitual/dogmática, podem tratar de livros e artigos, mas, também, dependendo do caso, de sentenças ou, até, de leis. Tudo, tendo em vista um melhor aproveitamento do material para futuras pesquisas.

Vale a pena marcar qual é o objeto da ficha, por exemplo, por meio da inserção de um “L” (livro), “A” (artigo), “S” (sentença) ou “N” (norma) num dos lados superiores da ficha e marcar esta letra com uma cor específica.

3.2 A pesquisa empírica⁵

A pesquisa empírica pode ser feita com legislação, jurisprudência ou até petições iniciais e semelhantes. Porém, o tipo

3. Estes devem incluir a biblioteca onde se encontra o livro e o número do catálogo.

4. Ver acima p. 3.

5. Como exemplo, para este tipo de pesquisa, ver Cláudia Lima Marques/Harriet Christiane Zitscher (coordenadoras) e colaboradores, *Relatório da Pesquisa Brasilcon sobre Seguro Saúde no TJRS de 1991 até maio de 1998*, in: MARQUES, Cláudia Lima/LOPES, José Reinaldo de Lima/PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos, *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pp. 183-203.

1. Aqui fala-se sobre pesquisa individual. É claro que também há pesquisa para um professor que precisa de ajuda de bolsistas. Neste caso, o primeiro passo é receber o tema do professor, talvez, já com as indicações da bibliografia correspondente.

2. Ver logo a seguir.

mais difundido e promissor para resultados interessantes é a análise aprofundada de jurisprudência.

Começa-se com um livro-chave ou uma decisão sobre o assunto da pesquisa. Colhe-se, na sequência, toda a jurisprudência dentro dos limites definidos, como: assunto, tribunal, período, meio de publicação. O levantamento deve ser exaustivo: é melhor limitar o assunto do que não ter toda a jurisprudência sobre o mesmo. Até pode ser válido limitar-se só às decisões jurisprudenciais publicadas na coletânea oficial de um certo tribunal, durante um ano. Porque a publicação na coletânea oficial já indica que o próprio tribunal julgou importante estas decisões e, por isso, valem para serem analisadas com profundidade.

O tipo das decisões colhidas depende também do enfoque concreto da pesquisa seguida.

Por exemplo, se o interesse do pesquisador for mais jurídico, é melhor concentrar-se nos acórdãos do Supremo Tribunal Federal publicados oficialmente sobre o assunto pesquisado. Se o interesse recair mais na repercussão social da jurisprudência pela atitude de juízes, ou por especialidades regionais, é melhor entrar nos arquivos de um tribunal devidamente escolhido, e buscar todas as decisões dentro de um determinado período.⁶

Estes exemplos expostos mostram dois métodos extremos, até opostos, com possibilidades intermediárias para a escolha e busca de um sample de casos para a pesquisa.

Ainda, vale a pena ressaltar: deve-se definir bem os critérios para o levantamento de casos para a pesquisa e, depois, averiguar tudo exaustivamente no sentido de se preencher os critérios definidos.

Uma vez colhidos todos os acórdãos em fotocópias há duas opções: ou primeiro ler todos e deixar sedimentar antes de produzir as fichas; ou, logo começar com as fichas.

Antes de começar com as fichas deve-se, porém, pensar, também neste caso, numa estrutura para elas. No mínimo, devem conter: todos os dados técnicos, como o tribunal, a turma, a data, o número do processo, o relator, se há voto vencido, etc., a base legal, os principais fatos, as fontes indicadas, o mérito.⁷ Além disso, sempre deve haver um lugar para observações adicionais na ficha. São os casos nos quais o tribunal se viu obrigado a enfrentar questões sociais difíceis ou conflituosas e que, por isso, são interessantes do ponto de vista jurídico. Eles, freqüentemente, demonstram, por exemplo, especialidades de método⁸ que valem a pena serem anotadas.

Dependendo do assunto e do interesse que orienta a pesquisa, pode-se incluir mais critérios para a análise ou para todos

os casos levantados ou para uma escolha específica de um grupo menor.

Como esta variação de pesquisa jurisprudencial é menos difundida no Brasil seguirá um exemplo dela pela autora.⁹

Foram levantados em torno de quatrocentos acórdãos do Tribunal Federal alemão e dos seus tribunais precedentes no período de duzentos anos, que tratavam do status paternal. Todos estes acórdãos (publicados principalmente nas coletâneas oficiais) foram submetidos a uma análise simples, seguindo os pontos mencionados acima, além de citações-chave em cada caso, quando presentes.

Por meio de leitura cuidadosa de todos os acórdãos e de uma análise de legislação e de doutrina foram isolados os cem casos que marcaram o desenvolvimento do direito na área investigada e que podem ser vistos como linha de jurisprudência. Estes cem casos foram submetidos a uma análise mais profunda e detalhada. Foram consideradas as fontes de decisão (legislação, jurisprudência, doutrina), o estilo da argumentação, a "filosofia" no fundo da decisão (por exemplo, Positivismo ou Direito Natural), o padrão social desejado prevalecente (por exemplo, atitudes expostas pelos juízes sobre deveres morais) e a linguagem e coesão internas da argumentação. Todos esses pontos foram subdivididos em mais subpontos. Para dar só um exemplo: no âmbito da jurisprudência como fonte da decisão foram considerados, ainda, as referências aos fatos das decisões anteriores, ao mérito, aos argumentos, às palavras somen-

te, a grupos ou linhas de decisões anteriores ou à "opinião dominante", ao todo, configurando-se numa mescla de doutrina e jurisprudência. Além disto, foi considerada a discussão da jurisprudência antiga no sentido de aplicá-la ou não ou da não-aplicação tácita.

Na pesquisa empírica deve-se aproximar do material com mente aberta, porque os métodos de análise mais específicos só evoluem quando o pesquisador "entra" no material. Deste modo, os métodos aprofundam-se em cada passo. A pesquisa empírica sempre chega aos resultados finais, pelo menos, em parte, de maneira indutiva, do específico ao geral.¹⁰

4. O preparo da produção

Depois da busca e análise do material, seja no âmbito de uma pesquisa conceitual/dogmática, seja no de uma pesquisa empírica, prepara-se a própria produção do trabalho científico.

Deve-se pensar numa estrutura para a reprodução do pensamento próprio, que deve ser lógica. Além de preencher os pré-requisitos formais quanto ao número de partes e subdivisões, a estrutura deve ser orientada pelas exigências do conteúdo da matéria.

Quando se elabora esta estrutura vale a pena agregar as fichas de leitura na ordem desta estrutura – e pensar bem e com calma se precisa mais material. Se este for o caso, devem-se repetir os passos anteriores

6. Foi este o tipo de pesquisa empírica na obra indicada na nota anterior.

7. Para um trabalho que demonstra bem como é se basear em um sistema parecido de fichas de leitura, ver ARAÚJO, Nadja (Coord.) e colaboradores. Resumos de Jurisprudência de DIPR no STF e STJ, vol. I, Rio de Janeiro: Dep. de Direito, PUCRJ, ano II, n. 03, 1996.

8. Observação da autora em anos de pesquisa jurisprudencial.

9. ZITSCHER, Harriet Christiane. *Elterlicher Status in Richterrecht und Gesetzesrecht*, Baden-Baden: Nomos, 1996.

10. O raciocínio indutivo caracteriza-se pelo movimento do pensamento que vai de uma ou várias verdades singulares a uma verdade mais universal. (Para isso, ver JOLIVERT, Régis. *Curso de Filosofia*. Rio de Janeiro: Agir, 1987, p. 46 e seguintes)

no tocante à busca e análise do material. Se está pronto todo material, pode-se começar a escrever.

5. A escrita do trabalho

Muito importante em todo o trabalho científico é o fio condutor ou o fio vermelho (expressão traduzida do alemão *roter Faden*, que se refere ao mito de Ariadne e Teseu e o Minotauro no labirinto).

Este fio vermelho significa:

1. Sempre têm de coincidir título e conteúdo, não só em relação ao trabalho como um todo, mas também, em referência a todo subtítulo ou capítulo em si.
2. O caminho do pensamento aberto pela "Introdução" deve ser fechado pela "Conclusão".
3. Cada frase deve basear-se na frase anterior e exigir a frase posterior como consequência lógica. O que significa que não deve faltar nenhuma frase para seguir o raciocínio e não ter nenhuma frase supérflua.

Sempre ajuda a imaginar, como leitor, um leigo inteligente. Se ele não entende o trabalho de um pesquisador no início do seu caminho na pesquisa, é provável que o próprio pesquisador não entende realmente o que faz ou fez.

Invariavelmente deve-se indicar as fontes exatas: cada frase ou parágrafo que não é do próprio autor do trabalho precisa de uma fonte; cada vez que se menciona um nome no texto deve seguir uma refe-

rência a uma fonte concreta na nota de rodapé.

Deve-se evitar um excesso de texto escrito nas notas de rodapé; se tiver mais de uma nota no trabalho que precisa como espaço meia página vale a pena repensar: ou se tira o excesso de texto da nota do trabalho ou se tira este excesso da nota para integrá-lo no texto do trabalho (para cada nota deve-se buscar solução individual).

6. Revisão final

Na Alemanha é muito comum, se não a regra, entregar o trabalho já revisado pelo autor a um amigo profissional para ele dizer se entende o trabalho e, também, para ele fazer uma última revisão do conteúdo. Além disso, normalmente, um outro amigo não-jurista ou um parente que tenha tempo e disposição faz uma revisão puramente lingüística. É verdade que esta revisão adicional custa tempo e paciência e depende da criação de um certo hábito deste tipo de apoio mútuo. Porém, contribui muito na melhora do trabalho, porque quem escreve, com frequência, não tem distância suficiente para ver os próprios erros, sejam eles pequenos ou grandes.

7. No fim, duas observações gerais

Trabalho científico tem um ritmo próprio que varia de pesquisador a pesquisador, mas sempre faz parte uma alternância de fases de pensamento, busca e sedimentação. Especialmente as fases de sedimentação ajudam para a profundidade dos conhecimentos alcançada no fim do trabalho.

É importante ficar sempre aberto para discutir o que não se esperava: um pouco de preconceito pode ajudar na estrutura do tema e na orientação da pesquisa; mais do

que isso, o preconceito limita a própria pesquisa. Nessa medida, ele deve ser substituído pela pré-compreensão.

O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade

Ingo Wolfgang Sarlet

Juiz de Direito no RS. Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Professor de Direito Constitucional na Escola Superior da Magistratura do RS, na Escola Superior de Direito Municipal e na PUC/RS, onde também leciona no Mestrado em Direito.

SUMÁRIO

I. Considerações introdutórias: a crise do Estado Social de Direito e a problemática da proteção dos níveis vigentes de segurança social;

II. A garantia fundamental da propriedade e a proteção constitucional de posições jurídicas sociais prestacionais;

III. Outras possibilidades de proteção constitucional das posições jurídicas sociais de direito público: uma visão panorâmica;

IV. Considerações finais, inclusive em nível de direito comparado;

V. Referências bibliográficas.

I. Considerações introdutórias: a crise do Estado Social de Direito e a problemática da proteção dos níveis vigentes de segurança social

Hoje, mais do que nunca, constata-se que a problemática da sobrevivência do assim denominado Estado Social de Direito constitui um dos temas centrais da nossa época. A já corriqueira afirmativa de que o *Welfare State* ou Estado-Providência se encontra gravemente enfermo,¹ além de constantemente submetido à prova, não perdeu, portanto, sua atualidade. Que as discussões de longe já não se restringem mais à esfera da análise política, sócio-econômica e jurídica, mas se transformaram na preocupação de larga parcela

1. Neste sentido, entre outros, P. Rosanvallon, *A Crise do Estado-Providência*, 1997, analisando o problema especialmente com base na experiência francesa.

da humanidade pela manutenção de seu padrão de vida e até mesmo pela sua sobrevivência, verifica-se não apenas a partir da especial atenção dedicada ao tema nos meios de comunicação, mas pelo fato de que cada ser humano, em maior ou menor grau, acaba sendo atingido pela crise. Cada elevação de tributos, cada redução nos níveis prestacionais do Estado e cada perda de um emprego e local de trabalho acaba por influenciar diretamente o cotidiano da vida humana, de tal sorte que se pode partir da premissa de que a crise do Estado Social é, ao mesmo tempo, uma crise de toda a sociedade.

Oportunamente denominado de filho da moderna sociedade industrial, o Estado Social de Direito não poderá jamais permanecer imune às suas transformações e desenvolvimento.² Limitando-nos, por exemplo, a uma das manifestações da atuação do Estado Social e analisando a problemática dos sistemas de segurança social, verifica-se que é particularmente nesta esfera que o dilema representado pela simultânea necessidade de proteção e, por outro lado, de uma constante adequação dos níveis de segurança social vigentes à realidade sócio-econômica se manifesta com particular agudeza. Se, por um lado, a necessidade de uma adaptação dos sistemas de prestações sociais às exigências de um mundo em constante transformação não

pode ser desconsiderada, simultaneamente o clamor elementar da humanidade por segurança e justiça sociais continua a ser um dos principais desafios e tarefas do Estado.³

De outra parte, a crescente insegurança no âmbito da seguridade social decorre, neste contexto, de uma demanda cada vez maior por prestações sociais e de um paralelo decréscimo da capacidade prestacional do Estado e da sociedade.⁴ O quadro delineado remete-nos, por outro lado, ao angustiante questionamento de o quanto as conquistas sociais podem e devem ser preservadas. Em que pese o entendimento dominante de que uma supressão pura e simples dos sistemas de seguridade social, sem qualquer tipo de compensação, não é, em princípio, admissível e sequer tem sido seriamente defendida, a problemática relativa à proteção constitucional das posições sociais existentes permanece no centro das atenções.⁵ Em outras palavras, cuida-se de investigar se, como e em que medida os sistemas prestacionais existentes, concretizadores do princípio fundamental do Estado Social, podem ser assegurados contra uma supressão e/ou restrições.

Neste particular, é preciso ressaltar que, de acordo com a doutrina majoritária, uma proibição absoluta de retrocesso social tem sido excluída de plano, mormente em face da dinâmica do processo social e

da indispensável flexibilidade das normas vigentes, de modo especial, com vistas à manutenção da capacidade de reação às mudanças na esfera social e econômica.⁶ Por outro lado, constata-se que a Lei Fundamental da Alemanha (no que não se encontra isolada no âmbito europeu) não contém nenhum preceito que direta e expressamente ofereça qualquer tipo de proteção ao nível constitucional do sistema de segurança social e dos níveis prestacionais vigentes, advogando-se, além disso, o entendimento de que tal garantia não pode ser direta e exclusivamente deduzida do princípio geral (fundamental) do Estado Social de Direito (arts. 20, inc. I e 28, inc. I, da LF) ou mesmo das diversas normas de competência.⁷ Mesmo assim, no âmbito de uma proibição relativa de retrocesso, a doutrina e a jurisprudência alemãs, confrontadas com o problema, lograram desenvolver, a partir do direito constitucional positivo, algumas alternativas destinadas a ensejar um certo grau de proteção às prestações sociais e ao sistema global de seguridade social. Particular relevância assumiu, neste contexto, o direito e garantia fundamental da propriedade (art. 14, da LF), razão pela qual esta será priorizada neste breve estudo sobre a proibição de retrocesso social na Alemanha. As demais alternativas referidas na doutrina serão, por ora, objeto de mera apresentação, tanto pelas limitações deste artigo, quanto pelo fato de que não lograram atingir a mesma importância.

Antes de iniciarmos a análise propriamente dita da função da garantia da propriedade para a proteção do sistema de seguridade social na Alemanha, convém lembrar o leitor de que, ao mesmo tempo em que a discussão em torno da redução (e até mesmo do desmonte completo) do Estado Social de Direito apresenta proporções mundiais, não há como desconsiderar que as dimensões da crise e as respostas reclamadas em cada Estado individualmente considerado são inexoravelmente diversas, ainda que se possam constatar pontos comuns. Diferenciadas são, por outro lado, as soluções encontradas por cada ordem jurídica para enfrentar o problema, diferenças que não se limitam à esfera da natureza dos instrumentos, mas que abrangem, de modo especial, a intensidade da proteção outorgada por estes aos sistemas de seguridade social.

O estudo do modelo germânico, no âmbito do direito comparado, assume particular interesse por várias razões, destacando-se o fato de que a Alemanha foi não apenas o berço do socialismo científico de KARL MARX e FRIEDRICH ENGELS, mas também da social-democracia (com LASSALE), bem como da própria noção de um Estado Social e Democrático de Direito, bastando aqui a referência à Constituição de Weimar (1919), vertente do constitucionalismo social deste século. Por outro lado, pela posição de destaque que a Alemanha (juntamente com a França e a Itália, por exemplo) ocupa na União Euro-

2. Cf. K.H. Friauf, in *Sozialstaat – Idee und Entwicklung, Reformzwänge und Reformziele*, p. 67.

3. A este respeito v. B. Schulte, in: *ZIAS 1988*, pp. 208 e ss.

4. Cf., entre outros, B. Schulte, in B. Riedmüller/M. Rodenstein (Org.), *Wie Sicher ist die soziale Sicherheit?* (O quanto é segura a seguridade social?), pp. 323-4. Sobre as causas da crise v. também P. Rosanvallon, *A Crise do Estado-Providência*, pp. 13 e ss.

5. A este respeito v. E. Eichenhofer, in *ZIAS 1988*, pp. 239 e ss. e, mais recentemente, O. Depenheuer, in *AÖR* n° 120 (1995), pp. 417 e ss. Na literatura em língua portuguesa encontramos, posicionando-se favoravelmente a uma vedação ao menos relativa de retrocesso na esfera social, especialmente J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 320 e ss.

6. Neste sentido, a lição de R.-U. Schlenker, *Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz*, p. 239.

7. Cf. R.-U. Schlenker, *Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz*, pp. 240-1.

péia, o estudo do exemplo germânico, além de expressar de modo geral e paradigmático – ressalvadas as especificidades de cada país – a realidade do Estado Social de Direito na Europa Ocidental, serve como importante fonte de referência para uma análise comparativa.

Além disso, a peculiaridade das soluções desenvolvidas pela doutrina e jurisprudência alemã, independentemente de sua eficácia e de suas vantagens, merece alguma atenção não apenas pelas alternativas oferecidas, mas também pelo uso de certas categorias que, salvo melhor juízo, poderiam gerar certo interesse prático também entre nós, notadamente no que diz com a figura da expectativa de direitos, a proteção da confiança e o uso do princípio da proporcionalidade. Ademais, assume relevo o uso alternativo do direito e garantia fundamental da propriedade, sinalizando de forma paradigmática as diversas funções que podem ser deduzidas dos direitos fundamentais e das transformações que estes sofreram ao longo dos tempos. Assim, ainda que venhamos a concluir pela desnecessidade ou inconveniência desta solução no âmbito do direito pátrio, de modo especial em face dos mecanismos consagrados em nossa Constituição, temos a convicção de que o presente estudo não se restringe a um mero capricho pessoal, já que – salvo melhor juízo – o desmantelamento do Estado Social de Direito também entre nós se encontra na ordem do dia.

Por derradeiro, ainda no que diz com a apresentação do tema e as limitações deste estudo, cumpre ressaltar que a nossa atenção estará centrada na apresentação e breve análise do modelo germânico, de modo especial, na dimensão constitucional, isto é, jurídico-positiva, do problema da proibição de retrocesso social. Estamos cientes, todavia, de que estaremos nos ocupando apenas de um dos inúmeros aspectos da problemática global das possibilidades e limites do Estado de Direito, isto sem falar na relevância filosófica, sócio-econômica e política do tema.

II. A garantia fundamental da propriedade e a proteção constitucional de posições jurídicas sociais prestacionais

Consoante já referido, a principal solução desenvolvida na Alemanha para fundamentação de uma proteção para o sistema de prestações sociais e das respectivas posições jurídico-subjetivas encontra-se vinculada ao direito e garantia fundamental da propriedade (art. 14, da LF). A problemática da estabilidade e flexibilidade das posições jurídicas no âmbito da seguridade social acabou, por esta via, alcançando uma dimensão genuinamente constitucional⁸. Ainda que este tema continue sendo controverso, o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), após uma fase inicial caracterizada por uma

certa retração,⁹ acabou por reconhecer em diversas decisões que a garantia da propriedade alcança também a proteção de posições jurídico-subjetivas de natureza pública, de tal sorte que, atualmente, se pode falar da formação de um determinado grau de consenso nesta esfera.¹⁰

Como ponto de partida para este desenvolvimento, costuma referir-se a doutrina de MARTIN WOLFF, que, relativamente ao art. 153 da Constituição de Weimar, advogava o ponto de vista de que o conceito de propriedade abrange toda sorte de direitos subjetivos privados de natureza patrimonial, o que acabou por levar à afirmação de um conceito funcionalista de propriedade¹¹. Daí por que a garantia da propriedade não protege apenas a propriedade no âmbito dos direitos reais, mas alcança uma função conservadora de direitos, no sentido de que ela igualmente tem por escopo oferecer ao indivíduo segurança jurídica relativamente aos direitos patrimoniais reconhecidos pela ordem jurídica, além de proteger a confiança depositada no conteúdo de seus direitos.¹²

As posições jurídico-subjetivas patrimoniais de natureza pública acabaram sendo colocados sob a proteção da garantia

fundamental da propriedade, na medida em que se considerou que o princípio do Estado de Direito exige um tratamento igualitário relativamente às posições jurídico-subjetivas privadas.¹³ Para o Tribunal Federal Constitucional, o reconhecimento desta proteção outorgada às posições subjetivas de direito público por meio da garantia fundamental da propriedade encontra seu principal alicerce na estreita vinculação entre o direito de propriedade e a liberdade pessoal, no sentido de que ao indivíduo deve ser assegurado um espaço de liberdade na esfera patrimonial, de tal sorte que possa formatar de maneira autônoma sua existência.¹⁴

Ainda no que diz com a proteção de posições jurídico-subjetivas de natureza pública por meio da garantia fundamental da propriedade, o Tribunal Federal Constitucional, já em arestos anteriores, entendeu que esta proteção tem por pressuposto a circunstância de que ao titular do direito é atribuída uma posição jurídica equivalente à da propriedade privada e que, no caso de uma supressão sem qualquer compensação, ocorreria uma colisão frontal com o princípio do Estado de Direito, tal como plasmado na Lei Fundamental.¹⁵ Paradigmática é, portanto,

9. Esta a observação, entre outros, de Rittstieg, in AK I, p. 1098.

10. Cf. H.-J. Papier, in Maunz/Herzog/Dürig/Scholz, art. 14, p. 77.

11. Esta a lição de O. Depenheuer, in AÖR n° 120 (1995), p. 421.

12. Cf. a lapidar formulação de P. Badura, in HbVR, p. 347.

13. Assim também P. Badura, in HbVR, p. 349.

14. Cf. BVerfGE 53, 257 (290).

15. A este respeito e sobre as diversas etapas da evolução no âmbito da jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional, v. W. Leisner, in HbStR VI, p. 1069.

8. Cf. O. Depenheuer, in AÖR n° 120 (1995), p. 419.

a virtual equiparabilidade das posições subjetivas de direito público com a condição do proprietário.¹⁶ Com a inclusão de direitos subjetivos patrimoniais de natureza pública na esfera da seguridade social no âmbito de proteção da garantia fundamental da propriedade, verificou-se uma ampliação do conceito de propriedade vigente no direito privado, do qual o conceito constitucional de propriedade acabou por se desprender quase que completamente.¹⁷

De acordo com a melhor doutrina e jurisprudência, verifica-se, todavia, que nem todos os direitos subjetivos patrimoniais de natureza pública encontram-se abrangidos pela garantia fundamental da propriedade (art. 14, da LF), mas tão-somente os que atendem a determinados requisitos, sendo, desde logo, descartada uma extensão generalizada.¹⁸ A partir de duas decisões modelares sobre o tema, o Tribunal Federal Constitucional acabou enunciando alguns critérios essenciais para o reconhecimento da proteção de posições jurídico-subjetivas de natureza pública pela garantia da propriedade, quais sejam: a) à posição jurídica individual (isto é, ao direito subjetivo a prestação social) deve corresponder uma contraprestação pessoal de seu titular; b)

deve tratar-se de uma posição jurídica de natureza patrimonial, que possa ser tida como de fruição privada para o seu titular; c) ela deve servir à garantia da existência de seu titular.¹⁹ Sobre estes pressupostos passaremos a nos manifestar em seguida.

No que diz com o primeiro critério, é preciso que se leve em conta se o direito subjetivo público se encontra exclusivamente fundado em uma prestação estatal ou se ele pode ser tido como equivalente a uma prestação própria de seu titular.²⁰ Uma posição jurídico-subjetiva patrimonial embasada exclusivamente numa prestação unilateral do Estado tem sido rechaçada.²¹ O quanto cada titular de um direito público subjetivo deve ter contribuído a título de prestação própria ainda não foi, contudo, completamente esclarecido.²² No que tange a este aspecto, é possível partir da premissa de que uma equivalência absoluta entre a prestação estatal e a contrapartida pessoal não se revela como indispensável, bastando – de acordo com o Tribunal Federal Constitucional – uma contribuição “não irrelevante” por parte do titular do direito.²³ Significativo é que, desde sua decisão do dia 16.07.1985, o Tribunal tem sustentado o entendimento de que, para o reconheci-

to da proteção da garantia da propriedade, considera-se suficiente que a pretensão do particular não se encontre embasada única e exclusivamente numa prestação unilateral do Estado.²⁴

Para além disso, tem sido tolerado que a contraprestação provenha de terceiros, em favor do titular do direito, tal como ocorre com as contribuições sociais dos empregadores.²⁵ Importa referir, neste contexto, o fato de que é a totalidade da pretensão e não apenas as parcelas equivalentes às contrapartidas individuais dos particulares que se encontra abrangida pela proteção da garantia da propriedade.²⁶ Na base do critério da contrapartida pessoal do particular, encontra-se a concepção de que as posições jurídicas patrimoniais de natureza pública radicam no reconhecimento do esforço pessoal, isto é, do que foi alcançado pelo trabalho e formação profissional de cada indivíduo,²⁷ correspondendo, além disso, à concepção de que é o próprio indivíduo que deve, em princípio, zelar pelo seu sustento.²⁸ Ainda que o reconhecimento da proteção por meio da garantia da propriedade não esteja condicionado ao montante

da contraprestação pessoal (desde que esta exista e não seja irrelevante), este tem sido considerado decisivo quando se cuida de avaliar a relação de pertinência pessoal (*der personale Bezug*), no sentido de que quanto maior a contraprestação do particular, mais robusto o vínculo pessoal que caracteriza a proteção constitucional baseada no direito-garantia de propriedade.²⁹ Assim, chega-se à conclusão de que para o Tribunal Federal Constitucional, o montante da contribuição pessoal é decisivo para o alcance e a definição da intensidade da proteção constitucional das posições jurídico-subjetivas de natureza pública no âmbito da seguridade social.³⁰

Estreitamente vinculada ao critério da contribuição pessoal do particular, situa-se a segunda condição exigida pelo Tribunal Federal Constitucional, qual seja a de que as posições jurídicas patrimoniais de direito público protegidas constitucionalmente correspondam, de certa forma, às posições jurídico-subjetivas particulares, sintonizando, de tal sorte, com a noção de propriedade particular.³¹ De acordo com o Tribunal, esta equivalência pode ser reco-

16. Cf. Bryde, in *von Münch/Kunig*, p. 840, e, mais recentemente, R. Wendt, in M. Sachs (Org), *Grundgesetz*, p. 491.

17. Neste sentido a oportuna referência de Bryde, in *von Münch/Kunig*, p. 830.

18. Cf., dentre outros, H.-J. Papier, in *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, art. 14, p. 80.

19. Ainda que o Tribunal tenha, posteriormente, adaptado e aprimorado certos aspectos específicos, as estruturas fundamentais de sua jurisprudência nesta seara foram preservadas. A este respeito v. O. Depenheuer, in *AÖR* n° 120 (1995), p. 423.

20. Cf. BVerfGE 53, 257 (291).

21. Neste sentido, W. Boecken, *Der verfassungsrechtliche Schutz*, p. 71.

22. Cf. W. Leisner, in *HbStR* VI, p. 1069.

23. Cf. BVerfGE 69, 272 (300).

24. Cf. BVerfGE 69, 272 (301). Na doutrina, v. especialmente H.-J. Papier, in *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, art. 14, pp. 84-5, que oportunamente chama a atenção para o fato de que com esta decisão, o Tribunal acabou rechaçando a presunção de que a proteção constitucional das prestações sociais (notadamente das de cunho previdenciário) se limitaria, em verdade, a uma proteção do montante das contribuições particulares, de tal sorte que acabou por se aceitar uma proteção generalizada dos direitos previdenciários (pensões e aposentadorias).

25. Cf. BVerfGE 69, 272 (302).

26. Cf. O. Depenheuer, in *AÖR* n° 120 (1995), p. 425.

27. Esta a formulação de P. Badura, in *HbVR*, p. 350. Neste sentido v. também H.-J. Papier, in *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, art. 14, p. 81.

28. Cf. O. Depenheuer, in *AÖR* n° 120 (1995), p. 425.

29. Cf. BVerfGE 53, 257 (292) e 58, 81 (112).

30. Esta a constatação de H.-J. Papier, in *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, art. 14, p. 85.

31. Neste sentido v. BVerfGE 69, 272 (300-1).

nhecida quando o titular do direito pode partir da premissa de que se cuida de uma posição jurídica pessoal, própria e exclusiva,³² caracterizada por uma essencial disponibilidade por parte de seu titular.³³ De outra parte, esta indispensável relação de similitude com o direito de propriedade, tal como exigida pelo Tribunal Federal Constitucional, pressupõe que estejamos diante de uma posição jurídico-subjetiva pessoal consolidada, que não poderá ser simplesmente suprimida de acordo com o que deflui do princípio do Estado de Direito.³⁴

Essencial para o reconhecimento da proteção de uma posição jurídico-subjetiva na esfera da segurança social por meio da garantia da propriedade é, além disso, o fato de que deverá ser destinada à garantia da existência de seu titular.³⁵ Com este entendimento, o Tribunal Federal Constitucional acabou aderindo à posição sustentada, no âmbito de decisão anterior, pela Juíza RUPP-VON BRÜNNECK, em seu voto dissidente, de acordo com a qual quando a garantia da propriedade contém também um certo grau de proteção da liberdade, na medida em que assegura ao cidadão as condições necessárias para uma vida autônoma e responsável, assim também esta proteção deverá abranger as posições jurídico-subjetivas

de direito público, já que estas têm alcançado uma crescente importância para a pessoa no que diz com sua existência econômica.³⁶

Cumprir observar, todavia, que com este critério adicional, o pressuposto da contraprestação do particular acabou sendo relativizado,³⁷ já que com o caráter existencial da posição jurídico-subjetiva individual, o Tribunal Federal Constitucional reconheceu que a maior parte dos cidadãos alcança a sua segurança existencial econômica (*wirtschaftliche Existenzsicherung*), menos por meio de patri-mônio privado imobiliário e/ou mobiliário, do que pelo resultado de seu trabalho.³⁸ Para o Tribunal, a garantia da propriedade no Estado Social de Direito sofreria um sério déficit na sua funcionalidade, caso não abrangesse posições jurídico-subjetivas patrimoniais que cumprem a função de principal e, por vezes, até mesmo de única fonte para a existência de maior parte da população.³⁹

No âmbito destes três pressupostos e da ampliação do conteúdo social do conceito de propriedade a eles vinculada,⁴⁰ a proteção das posições jurídico-subjetivas patrimoniais de direito público pela garantia da propriedade foi sensivelmente

enrobustecida. Assim ocorre, por exemplo, com a maioria das prestações que integram o sistema público de seguridade social, de modo especial, contudo, as aposentadorias e pensões.⁴¹ Também as expectativas de direitos (*Anwartschaften*) foram abrangidas, notadamente aquelas posições jurídico-subjetivas de direito público que, mediante o implemento de outras condições (por exemplo um certo prazo de espera e/ou carência), tornam-se plenamente exigíveis.⁴² Da mesma forma ocorre com o seguro-desemprego, os direitos decorrentes do seguro de acidentes, a remuneração pelo trabalho temporário (*Kurzarbeitsgeld*), os incentivos para a infância (*Kinderzuschüsse*), bem como com o seguro-saúde dos aposentados contra doenças, apenas para citar as hipóteses mais habituais.⁴³ Não protegidas pela garantia de propriedade (art. 14, da LF), são, em contrapartida, as assim denominadas prestações reabilitatórias (*Rehabilitationsleistungen*) e secundárias (*Nebenleistungen*) sem a respectiva contraprestação⁴⁴, tal como o auxílio para as crianças (*Kindergeld*), o auxílio para a juventude (*Jugendhilfe*), a assistência social (*Sozialhilfe*), o auxílio-moradia (*Wohngeld*), os incentivos para a formação profissional (*Ausbildungsförderung*) e a indenização social (*soziale Entschädigung*).⁴⁵ Já que não se cuida, aqui, de relacionar todos os possíveis exemplos, analisando-os indi-

vidualmente, cumpre referir, neste contexto, que, para o reconhecimento da proteção constitucional ora em exame, é necessário que se trate de prestações obrigatórias (*Pflichtleistungen*), o que exclui, desde logo, prestações discricionárias, que não radicam numa posição jurídica similar à propriedade privada, ao menos, de acordo com o entendimento do Tribunal Federal Constitucional e de parte da doutrina.⁴⁶

Os critérios enunciados pelo Tribunal Federal Constitucional e, de regra, reconhecidos também pela doutrina, não ficaram, contudo, imunes à críticas. Neste sentido, costuma referir-se, a partir do paradigmático voto dissidente da JUÍZA RUPP-VON BRÜNNECK, que não se revela razoável o entendimento de que a proteção outorgada pela garantia fundamental da propriedade às posições jurídico-subjetivas patrimoniais de direito público deva, necessariamente, estar condicionada a uma contraprestação do titular do direito e, além disso, servir para garantir a sua existência. Argumenta-se, neste sentido, que estes dois requisitos não são aplicados no âmbito do direito privado, onde basta a existência de um direito subjetivo de cunho patrimonial, de tal sorte que os critérios da contraprestação e do caráter existencial – exigidos em se tratando de posições jurídico-prestacionais de natureza pública – assumiriam

32. Assim também BVerfGE 69, 272 (300-1).

33. Neste sentido, v. W. Boecken, *Der verfassungsrechtliche Schutz*, p. 73.

34. Cf. R. Wendt, in M. Sachs (Org), *Grundgesetz*, p. 491.

35. Cf. BVerfGE 69, 272 (303).

36. Cf. BVerfGE 32, 129 (142).

37. Cf. W. Leisner, in *HbStR VI*, p. 1070.

38. Cf. BVerfGE 69, 272 (303).

39. Cf. BVerfGE 53, 257 (294).

40. Cf. a oportuna referência de W. Leisner, in *HbStR VI*, p. 1070.

41. Cf. Bryde, in *von Münch/Kunig*, p. 841.

42. Neste sentido v. BVerfGE 53, 257 (289-90).

43. Cf. R. Wendt, in M. Sachs (Org) *Grundgesetz*, p. 492, Jarass/Pieroth, p. 322, Rittstieg, in *AK I*, p. 1098 e H.-J. Papier, in *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, art. 14, p. 95.

44. Cf. R. Wendt, in M. Sachs (Org) *Grundgesetz*, p. 492.

45. Cf. H.-J. Papier, in *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, art. 14, p. 94.

46. Assim também H.-J. Papier, in *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, art. 14, p. 95.

relevância apenas no que diz com a problemática dos limites à regulamentação legislativa.⁴⁷

Aderindo a estas críticas, o Prof. HANS-JÜRGEN PAPIER, da Universidade de Munique, ressalta o fato de que as posições patrimoniais jurídico-privadas alcançam sua força direta e exclusivamente a partir da norma contida no art. 14, da LF (garantia da propriedade), de tal sorte que, se as posições de direito público já obtiveram sua especial força jurídica a partir de outras normas constitucionais, a aplicação supletiva da garantia da propriedade não apenas se revela desnecessária, mas relativizante, visto que, de acordo com o art. 14, inc. III, da LF, estaria, em princípio, sujeita a ser desapropriada mediante uma indenização.

Neste contexto, há, ainda, quem advirta para os riscos de uma ruptura no clássico e unitário conceito de propriedade, no sentido de que estaria ocorrendo uma inequívoca evolução de uma propriedade assegurada sem reservas, para uma propriedade carente de justificação (*rechtfertigungsbedürftigen Eigentum*).⁴⁸ Para além disso, argumenta-se que o requisito da

garantia existencial (*Existenzsicherung*) acabaria levando a uma tendencial substituição do conteúdo liberal da garantia da propriedade.⁴⁹ No que diz com a exigência da contraprestação do titular do direito, sustenta-se a opinião de que no âmbito dos direitos patrimoniais públicos não se cuida do direito a uma parcela do patrimônio global da seguridade social equivalente à soma das contraprestações pessoais do titular, mas sim, da participação na receita futura da previdência social, de tal sorte que à pretensão do particular corresponde apenas de forma relativa e em tese uma contrapartida pessoal equivalente.⁵⁰

Por derradeiro, aponta-se oportunamente para a circunstância de que, em decorrência dessa flexibilização e ampliação da noção de propriedade e do âmbito de proteção da respectiva garantia fundamental, corre-se o risco de uma crescente relativização desta proteção, visto que em virtude das exigências da função social da propriedade, boa parte daquilo que foi concedido poderá acabar sendo retirado.⁵¹ Com efeito, no âmbito do já referido dilema representado pela necessidade constante de adaptação e simultânea proteção dos níveis prestacionais vigentes, a problemática da

cimentização das posições jurídicas sociais acaba por alcançar dimensões preocupantes, de modo especial em face da possibilidade de restrições por parte do legislador, expressamente autorizadas pelo art. 14, inc. I, da Lei Fundamental, bem como do consequente risco de uma flexibilização demasiada da proteção constitucional da propriedade, já referida. Importa consignar, neste sentido, que a proteção concreta das posições jurídicas sociais depende, em última análise, da definição do conteúdo e dos limites da garantia fundamental da propriedade por parte do legislador.⁵²

A respeito deste tema, cumpre ainda citar o entendimento do Tribunal Federal Constitucional, para o qual, “na determinação do conteúdo e dos limites de posições jurídicas previdenciárias, o legislador dispõe de uma ampla liberdade de conformação. Isto aplica-se principalmente à normas que se destinam a preservar, aperfeiçoar ou adaptar à realidade econômica em mutação, em benefício da coletividade, a funcionalidade e capacidade prestacional do sistema legal de previdência social. Neste sentido, a norma contida no art. 14, inc. I, da Lei Fundamental também abrange a possibilidade de restringir direitos e expectativas de direitos. Conquanto tal medida sirva ao interesse comunitário e corresponda ao princípio da proporcionalidade, ao legislador não estará, em princípio, vedada a re-

dução de prestações, bem como a alteração da amplitude de pretensões e expectativas, assim como a sua adequação. Todavia, sua liberdade de atuação encontra-se reduzida, na mesma proporção em que os direitos e expectativas estão impregnados pelo vínculo pessoal da contrapartida de seu titular”.⁵³

A partir destas considerações do Tribunal Federal Constitucional, constata-se que quanto maior a função social da posição jurídica prestacional protegida e existindo uma justificativa legitimadora, no caso, o interesse coletivo, tanto maior é a possibilidade de restrições por parte do legislador. Em contrapartida, o caráter existencial da posição jurídica e o montante da participação do titular traçam limites mais ou menos severos a esta atividade legislativa. De qualquer modo, é preciso considerar sempre a proporcionalidade da medida restritiva e o respeito ao princípio da proteção da confiança.⁵⁴ Uma restrição será constitucionalmente legítima – de acordo com o Tribunal Constitucional – quando a limitação, adequação ou reformulação das posições jurídicas prestacionais se revela como indispensável para a proteção da capacidade funcional e prestacional do sistema de seguridade social.⁵⁵ Além disso, deverão ser observados os pressupostos específicos do princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*), notadamente, que a medida restritiva seja necessária e adequada ao

47. Assim, aproximadamente, Rittstieg, in *AK I*, p. 1099. Neste sentido v. também a crítica de H.-J. Papier, in *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, art. 14, p. 81, que, para além da crítica já tecida, chama a atenção para o fato de que as posições jurídico-patrimoniais privadas alcançam sua força única e exclusivamente com base no art. 14 da LF, de tal sorte que se as posições de direito público já obtiveram sua especial força jurídica a partir de outras normas constitucionais, a aplicação supletiva do art. 14 da LF não se revela apenas desnecessária, mas relativizante, visto que, de acordo com o disposto no art. 14, inc. III, da LF, estaria sujeita a ser desapropriada mediante uma indenização. (*Entziehbar*).

48. Neste sentido, a pertinente preocupação de O. Depenheuer, in *AÖR* n° 120 (1995), p. 428.

49. Cf. O. Depenheuer, in *AÖR* n° 120 (1995), p. 434.

50. Cf. O. Depenheuer, in *AÖR* n° 120 (1995), pp. 429-31, o qual questiona o critério da contraprestação pessoal do particular, reconhecendo-lhe – com exceção de sua utilidade como critério de cálculo (*Berechnungsfaktor*) – apenas uma reduzida significação.

51. Neste sentido v. também O. Depenheuer, in *AÖR* n° 120 (1995), pp. 434 e ss. Assim também W. Leisner, in *HbStR* VI, p. 1071, que também fala do perigo de uma diluição do conceito de propriedade (*Verwässerung des Eigentums*).

52. Cf. W. Boecken, *Der Verfassungsrechtliche Schutz*, p. 74, em adesão à jurisprudência da Corte Federal Constitucional (BVerfGE 53, 257 [292]).

53. Cf. BVerfGE 53, 257 (293), posteriormente confirmado em BVerfGE 58, 81 (122 e ss.) e BVerfGE 69, 272 (304).

54. A este respeito v. especialmente H.-J. Papier, in *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, art. 14, p. 85, bem como W. Boecken, *Der verfassungsrechtliche Schutz*, pp. 77-8.

55. Cf. BVerfGE 53, 257 (296) e BVerfGE 58, 81 (114).

fim almejado pelo legislador, não podendo, para além disso, ser excessivamente onerosa (*Belastend*) e inexigível (*Unzumutbar*). Assim, constata-se a indispensabilidade de uma ponderação que leve em conta a relação de equilíbrio entre a intensidade da restrição para o titular do direito e os valores utilizados para legitimar a restrição.⁵⁶

Ainda no que diz com a legitimidade de eventuais medidas restritivas, há que considerar que a aferição da proporcionalidade da restrição poderá ser realizada apenas à luz do caso concreto, já que a resposta depende da comparação entre o interesse público na restrição e o interesse individual do titular do direito na sua preservação, não podendo, portanto, ser pré-estabelecida de forma genérica e abstrata.⁵⁷ Por outro lado, a restrição dependerá de especial justificação constitucional quando o legislador invadir o núcleo essencial da equivalência pessoal, já que neste caso não basta a existência de qualquer fim coletivo. A restrição deverá servir, portanto, à proteção de outros direitos fundamentais, ser indispensável à preservação de bens jurídicos superiores ou mesmo atuar como mecanismo de defesa contra graves ameaças, devidamente comprovadas ou pelo menos altamente prováveis.⁵⁸

A estes pressupostos soma-se a necessidade de se atentar para o princípio da proteção da confiança, por sua vez, diretamente vinculado ao Estado de Direito, o qual, relativamente à garantia fundamental da propriedade do art. 14 da Lei Fundamental, realiza a função de uma garantia da segurança jurídica para o cidadão.⁵⁹ Isto assume relevância especialmente nos casos em que a medida legislativa restritiva acaba atingindo direitos adquiridos. Ainda que os titulares não tenham direito a uma determinada posição legislativa (*Gesetzeslage*), vindo a ser atingidas posições jurídicas já consolidadas, o interesse individual deverá ser especialmente considerado, exigindo-se uma cuidadosa ponderação entre os objetivos do legislador e a necessidade de se proteger a confiança do particular.⁶⁰ No contexto desta averiguação da proteção da confiança, a jurisprudência constitucional previu a necessidade de o legislador estabelecer regras razoáveis de transição, já que os atingidos pelas medidas restritivas deverão contar com a possibilidade de se adaptar à sua nova situação jurídica.⁶¹

Paralelamente ao princípio da proteção da confiança também tem sido sustentada a obrigação de continuidade do legislador na esfera social, inerente ao prin-

cípio do Estado de Direito, conjugada com a função substitutiva de remuneração (*Lohnersatzfunktion*) das aposentadorias. Neste sentido, advoga-se o ponto de vista de que as prestações na seara da previdência social devem respeitar o parâmetro representado pelo nível de rendimentos dos segurados em atividade profissional, o que decorre da obrigação de continuidade do legislador, que deverá zelar por uma certa continuidade sistêmica (*Systemkontinuität*) em favor do contribuinte, garantia que não se limita ao patamar representado pelas condições materiais mínimas para uma existência digna.⁶²

Ainda no que concerne à proteção das posições jurídicas patrimoniais de direito público pela garantia da propriedade, cumpre referir o cunho participativo da norma contida no art. 14 da LF, no sentido de que as pretensões e expectativas individuais, na verdade, objetivam uma futura e relativa participação no resultado financeiro, na proporção das contribuições pessoais.⁶³ Cuida-se, portanto, de uma garantia (fundamental) da participação individual no sistema global de seguridade e previdência social na medida das anteriores contribuições pessoais, de tal sorte que o titular da

posição jurídica não dispõe de uma pretensão a um valor determinado ou determinável da prestação social que possa ser tido como equivalente às contribuições pessoais.⁶⁴

Do exposto, constata-se que a garantia fundamental da propriedade, no âmbito das prestações sociais, não assegura o nível prestacional vigente, razão pela qual o valor da prestação se encontra, relativamente às contribuições pessoais, tão-somente numa proporção relativa.⁶⁵ As contribuições do titular do direito servem, em última análise, para assegurar a posição no *ranking* da comunidade solidária dos assegurados sociais.⁶⁶ Neste contexto, a doutrina chegou a referir uma espécie de transmutação (*Wandelung*) no âmbito da garantia fundamental da propriedade, que, de acordo com este entendimento, teria transitado de um direito de defesa para a condição de um direito de participação (quota-parte), o qual, por sua vez, se caracteriza pela sua dependência da capacidade prestacional do sistema global de seguridade social, trazendo consigo, todavia, o risco de uma relativização da proteção outorgada pelo art. 14 da Lei Fundamental (direito e garantia da propriedade).⁶⁷

56. Neste sentido, v. W. Boecken, *Der verfassungsrechtliche Schutz*, pp. 77-8. Na jurisprudência, v. BVerfGE 58, 81 (114).

57. A este respeito v. D. Katzenstein, in *FS für H. Simon*, p. 860.

58. Esta a lição de H.-J. Papier, in *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, art. 14, pp. 85-6.

59. Neste sentido, v. W. Boecken, *Der verfassungsrechtliche Schutz*, pp. 78 e ss. Assim também D. Katzenstein, in *FS für H. Simon*, pp. 861 e ss. e BVerfGE 58, 81 (120-1).

60. Assim o entendimento de D. Katzenstein, in *FS für H. Simon*, p. 863 e Rittstieg, in *AK I*, p. 1118.

61. V. os votos dissidentes dos Juízes E. Benda e D. Katzenstein em BVerfGE 58, 81 (131 e ss.) e 72, 9 (23 e ss.), onde a duplicação do prazo de carência no âmbito do seguro desemprego foi tida como inexigível. Na literatura, v., entre outros, Rittstieg, in *AK I*, p. 1118.

62. Cf., de modo especial, H.-J. Papier, in *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, art. 14, pp. 88-9, que, baseado na lição de Scholz, aponta para o fato de que no âmbito desta obrigação de continuidade, não se assegura a aposentadoria calculada com base no parâmetro da remuneração bruta, assim como não se garante o nível prestacional vigente, já que, no caso de uma queda na arrecadação, também uma diminuição do valor das prestações sociais se afigura possível.

63. Neste sentido, v. O. Depenheuer, in *AÖR* n° 120 (1995), p. 442. Semelhantemente também P. Badura, in *HbVR*, p. 350, que igualmente sustenta a opinião de que as pretensões e expectativas de direitos podem ser consideradas a partir de uma dimensão participativa da noção de propriedade (*teilhaberechtlich ausgestaltetes Eigentum*).

64. Cf. O. Depenheuer, in *AÖR* n° 120 (1995), p. 442.

65. Cf. O. Depenheuer, in *AÖR* n° 120 (1995), p. 442, assim como Rittstieg, in *AK I*, p. 1099. No âmbito da jurisprudência constitucional, v. BVerfGE 58, 81 (108 e ss.).

66. Cf. O. Depenheuer, in *AÖR* n° 120 (1995), p. 442.

67. Neste sentido, principalmente, H.-J. Papier, in *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, art. 14, p. 80, secundado por O. Depenheuer, in *AÖR*

Por derradeiro, poderá concluir-se que, por meio da garantia fundamental da propriedade, as posições jurídico-prestacionais sociais acabaram recebendo uma proteção muito relativa e flexível, já que – de acordo com a precisa e oportuna formulação de Depenheuer – assegurada constitucionalmente é tão-somente a inespecífica pretensão à segurança existencial por meio de prestações sociais na esfera da seguridade e previdência social.⁶⁸ Constatata-se, portanto, que, se por um lado, a garantia de determinadas posições jurídicas sociais de direito público pode ser tida como segura, por outro, o que e o quanto é assegurado permanece inseguro.

III. Outras possibilidades de proteção constitucional das posições jurídicas sociais de direito público: uma visão panorâmica

Além da proteção por meio da garantia fundamental da propriedade, existem evidentemente outras possibilidades de assegurar constitucionalmente as posições jurídico-subjetivas prestacionais de direito público no direito alemão. Isto aplica-se principalmente às posições jurídicas que não preenchem as condições exigidas para a incidência do art. 14, inc. II, da Lei Fundamental. É de se atentar, por outro lado, que

não se trata de mecanismos assecuratórios complementares, mas de critérios autônomos constitucionalmente embasados. A doutrina, assim como a jurisprudência, costumam referir basicamente as seguintes alternativas: a) o princípio da proteção da confiança, desenvolvido a partir do postulado do Estado de Direito (art. 20, inc. III, da LF); b) o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da LF); c) o princípio do Estado Social (art. 20, inc. I, da LF); d) o princípio geral de igualdade (art. 3º, inc. I, da LF). É a respeito de tais alternativas que passaremos a tecer algumas considerações individualizadas, ainda que de cunho sumário.

A) No que diz com a importância do princípio (fundamental) da proteção da confiança, diretamente deduzido do princípio do Estado de Direito, este – de acordo com o entendimento majoritário na doutrina alemã – apenas alcança significado autônomo para a problemática da proteção das posições jurídicas sociais, na medida em que estas não se encontram abrangidas pelo âmbito de proteção da garantia da propriedade.⁶⁹ Como concretização do princípio da segurança jurídica, o princípio da proteção da confiança serve como fundamentação para a limitação de leis retroativas, que agrirem situações fáticas já consolidadas (retroatividade própria), ou que atingem situações fáticas atuais, acabando, contu-

do, por restringir posições jurídicas geradas no passado (retroatividade imprópria), já que a idéia de segurança jurídica pressupõe a confiança na estabilidade de uma situação legal atual.⁷⁰ Com base no princípio da proteção da confiança, eventual intervenção restritiva no âmbito de posições jurídicas sociais, exige uma ponderação entre a agressão (dano) provocada pela lei restritiva à confiança individual e a importância do objetivo almejado pelo legislador para o bem da coletividade.⁷¹

B) Vinculado ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, tal como plasmado no art. 1º, inc. I, da LF, também pode ser tida como limite ao retrocesso na esfera da legislação social a preservação de um mínimo indispensável para uma existência digna, no sentido de que as restrições no âmbito das prestações sociais não podem, em hipótese alguma, ficar aquém deste limite, pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Independentemente disto, há que considerar que – de acordo com a doutrina e a jurisprudência – a própria cláusula geral do Estado Social (art. 20, inc. I, da LF) já fundamenta uma obrigação do poder público no sentido de promover a assistência aos necessitados.⁷² Foi justamente neste contexto que a doutrina e jurisprudência alemãs

desenvolveram, a partir de uma exegese criativa calcada na interligação entre o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I), do direito à vida (art. 2º, inc. I) e do princípio do Estado Social (art. 20, inc. I), um direito fundamental não escrito à garantia das condições materiais mínimas para uma existência digna.⁷³

Somente isto já poderia servir de limite para uma legislação restritiva e, principalmente, demolitória do sistema de prestações sociais vigente, no sentido de que em qualquer hipótese jamais poderá o legislador agredir o núcleo essencial deste direito fundamental não escrito (ou implícito). Cumpre averbar, de outra parte, que a função social da garantia de uma existência digna já vem sendo concretizada, na Alemanha, há cerca de trinta e sete anos, no âmbito da legislação social infraconstitucional.⁷⁴ Todavia, há que levar em consideração o fato de que na doutrina – muito embora não sem divergências – sustenta-se a opinião de que a assistência social prestada para uma garantia das condições mínimas existenciais não se limita ao mínimo no sentido econômico, alcançando também um mínimo na acepção sócio-cultural, ainda que a determinação do valor da prestação assecuratória deste mínimo existencial não tenha sido consensualmente obtida,

nº 120 (1995), pp. 442-3. Averte-se, todavia, a posição crítica de G. Haverkate, in *ZRP* 1984, p. 221, que rechaça o cunho prestacional da garantia da propriedade, sob o argumento de que, em verdade, não é o Estado que fornece as prestações, mas sim, os contribuintes da seguridade social, de tal sorte que não é propriamente às prestações estatais que é outorgada a especial dignidade dos direitos fundamentais, mas sim, à comunidade dos segurados sociais.

68. Cf. O. Depenheuer, in *AÖR* nº 120 (1995), p. 444.

69. Neste sentido, entre outros, W. Boecken, *Der verfassungsrechtliche Schutz*, p. 81 e Bryde, in *von Münch/Kunig*, p. 842.

70. Cf. W. Boecken, *Der verfassungsrechtliche Schutz*, p. 80.

71. Esta a lição de D. Katzenstein, in *FS für H. Simon*, p. 862, com apoio na jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional, de modo especial, BVerfGE 64, 87 (104). Assim também W. Boecken, *Der verfassungsrechtliche Schutz*, p. 82.

Cf., entre outros, o entendimento de H.-F. Zacher, in *HbStRL*, pp. 1062 e ss.

73. A este respeito v. meu *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, pp. 283 e ss.

74. Basta, neste sentido, referir o § 9º da Parte Geral do Código da Previdência e Seguridade Social (*Sozialgesetzbuch – allgemeiner Teil*), bem como dos §§ 1º, inc. I, 4º, inc. I e 11, inc. I, da Lei Federal de Assistência Social (*Bundessozialhilfegesetz*), que, na sua formulação original, foi editada em 30.06.1961.

não se podendo falar, até o presente momento, de uma solução uniforme no que diz com este aspecto.⁷⁵

C) Também o princípio do Estado Social (art. 20, inc. I, da LF) costuma ser utilizado como fundamento para uma proteção constitucional de posições jurídicas sociais, ainda que neste contexto não lhe seja outorgada significação autônoma, já que a partir do princípio do Estado Social não se podem deduzir direitos subjetivos individuais a prestações legislativas determinadas, de tal sorte que o princípio apenas (o que não é pouco) fornece, como critério hermenêutico, diretrizes para a avaliação da constitucionalidade de restrições legislativas na esfera dos sistemas prestacionais vigentes.⁷⁶ A importância do princípio do Estado Social manifesta-se, portanto, principalmente na sua combinação com outros valores constitucionais essenciais consagrados pela Lei Fundamental, notadamente com o princípio da isonomia (art. 3º, inc. I), a garantia das condições existenciais mínimas (aqui, como já referido, em combinação com os arts. 1º, inc. I e 2º, inc. I), bem como com a concepção já referida atribuída à garantia fundamental da propriedade, impregnada do conteúdo de justiça social inerente ao princípio do Estado Social e Democrático de Direito.

D) Por derradeiro, também ao princípio geral de isonomia (art. 3º, inc. I, da LF) poderá ser atribuída uma importância relativamente limitada no que diz com a problemática da proibição de retrocesso social na Alemanha, isto pelo fato de que o princípio isonômico basicamente é utilizado como parâmetro para a aferição da constitucionalidade de medidas legislativas que dizem respeito a outro grupo de pessoas.⁷⁷ Neste sentido, é necessário que, na hipótese de uma intervenção legislativa em posições jurídicas vigentes, a restrição resultante para todos os segurados (considerados individualmente ou em grupos) seja compatível com as exigências do princípio da igualdade, de tal sorte que este, atuando como mandado de uma restrição igualitária, cumpre a função de claro limite para a arbitrária tomada de medidas restritivas ou impositivas de encargos, de modo especial por parte do legislador.⁷⁸

IV. Considerações finais, inclusive em nível de direito comparado

Os exemplos referidos, de modo especial, a proteção das posições jurídicas sociais de direito público pela garantia fundamental da propriedade, revelam que – para além de uma abolição pura e sim-

ples, sem compensação, de sistemas prestacionais legais, a qual se encontra absolutamente vedada – também medidas de cunho restritivo somente podem ser toleradas até certo ponto, pena de eventual ofensa aos postulados básicos inerentes ao princípio do Estado Social de Direito e aos direitos fundamentais. Neste sentido, constatou-se que no âmbito do direito germânico é possível sustentar a existência de uma proteção constitucional dos direitos sociais previstos na legislação infraconstitucional, proteção cujo alcance não pode ser estabelecido previamente de forma genérica e abstrata. Isto porque esta proteção depende, por um lado, de uma cautelosa e criteriosa ponderação das circunstâncias concretas, devendo, de outra parte, levar em consideração o abismo inevitável entre a realidade fática e a dimensão normativa.

Para além disso, percebe-se que os critérios e alternativas desenvolvidos no âmbito do direito constitucional germânico podem ser trasladados apenas parcialmente para o direito pátrio, carecendo, ademais, de uma adaptação às especificidades de nossa ordem jurídica. Por outro lado, existem aspectos comuns que não podem ser desconsiderados, de modo especial, o fato de que também entre nós não há como sustentar uma vedação absoluta de medidas restritivas na esfera dos direitos sociais prestacionais, já que nem mesmo os direitos fundamentais sociais expressamente consagrados na Constituição – os quais integram inequivocamente o rol das “cláusulas

das pétreas” do art. 60, § 4º, da CF de 1988 – são imunes a restrições. Com efeito, apenas a abolição efetiva ou tendencial destes direitos encontra-se vedada, uma vez que o que se pretende é a preservação de seu núcleo essencial, pena de uma indesejável galvanização das normas constitucionais, que, por seu turno, traz em seu bojo o risco de uma intolerável ruptura da ordem constitucional, em face do insuperável abismo entre a constituição formal e a realidade constitucional.⁷⁹

Sendo comum a ambas as ordens jurídicas (alemã e brasileira) uma vedação pelo menos relativa de retrocesso na esfera do sistema vigente de prestações sociais, que, em última análise, representa a concretização no plano da legislação infraconstitucional do princípio do Estado Social de Direito e/ou dos direitos fundamentais sociais consagrados na Constituição, não há como negar, de outra parte, a existência de uma série de diferenças a serem consideradas.

Sem qualquer pretensão de exaurir a problemática, em face dos estreitos limites deste estudo, cumpre lembrar, num primeiro momento, o fato de que a Lei Fundamental da Alemanha não consagrou, como regra geral, direitos fundamentais sociais em seu texto, limitando-se a agasalhar o princípio fundamental do Estado Social e Democrático de Direito, a partir do qual foi desenvolvida uma abrangente e eficiente legislação na esfera da previdência e da

75. A respeito desta problemática v., entre outros, J. van Baren, in *FS für H. Simon*, pp. 745 e ss. (de modo especial, porém, pp. 749 e ss.).

76. Cf. W. Boecken, *Der verfassungsrechtliche Schutz*, pp. 82-3.

77. Cf. W. Boecken, *Der verfassungsrechtliche Schutz*, p. 83.

78. Neste sentido v. a lição de B. Schulte, in *ZIAs 1988*, pp. 212-3, que ainda chama a atenção para o fato de que os efeitos do princípio da igualdade são, neste contexto, essencialmente de ordem negativa, no sentido de que ela veda determinadas configurações discriminatórias no âmbito da legislação social. Assim também, inobstante de forma mais tímida, E. Eichenhofer, in *ZIAs 1988*, p. 240.

79. A respeito do significado do abismo entre norma e realidade constitucional e as suas consequências no âmbito da efetividade das normas constitucionais v. especialmente K. Hesse, *A Força Normativa da Constituição*. Sobre a amplitude e alcance da proteção outorgada pelas assim denominadas “cláusulas pétreas” da Constituição v. meu *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, pp. 359 e ss.

seguridade social. Assim, os direitos a prestações sociais, ainda que indiretamente fundados na cláusula geral do Estado Social, têm embasamento legal, ressalvado o desenvolvimento jurisprudencial de direitos fundamentais sociais não escritos, como, de modo especial, a garantia das condições mínimas para uma existência digna, o direito à saúde e o direito à educação.

Justamente por este motivo, quando se fala na proibição de retrocesso social no caso da Alemanha, cuida-se principalmente da problemática da proteção das posições prestacionais consagradas em nível infraconstitucional. Para outorgar-lhes uma proteção constitucional, por estar em jogo a concretização do princípio do Estado Social, o qual também na Alemanha integra o elenco das “cláusulas pétreas”, assim como em face da inexistência de normas expressas na Lei Fundamental assegurando uma proteção constitucional direta, as posições jurídico-prestacionais sociais de direito público acabaram sendo consideradas como abrangidas pela garantia fundamental da propriedade.

No sistema pátrio, pelo contrário, no qual a Constituição de 1988 foi pródiga em direitos fundamentais sociais, a problemática alcança um significado diverso, na medida em que o próprio “status” constitucional, de modo especial a fundamentalidade material e formal que caracteriza os direitos sociais, já assegura aos mesmos um grau diferenciado e, evidentemente, mais elevado de proteção, ainda que, lamentavelmente, não falem os que impugnem não apenas a condição de “cláusula pétrea” dos direitos fundamentais sociais, mas até mesmo a sua

fundamentalidade, ao menos no aspecto material.

Além disso, a existência de dispositivos expressos na nossa Constituição consagrando, em última análise, o princípio da proteção da confiança, demonstra que a construção alemã no que diz com a utilização do direito e garantia da propriedade, é – ao menos entre nós – desnecessária. Neste sentido, basta apontar para o que dispõe o art. 5º, inc. XXXVI, da nossa Constituição, estabelecendo o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, dispositivos que se aplicam principalmente (mas não exclusivamente) às posições jurídicas infraconstitucionais. Mesmo assim, temos a convicção de que algumas lições úteis podem ser extraídas do exemplo germânico.

Dadas as especificidades do modelo pátrio, também entre nós há como sustentar a existência de uma proibição de retrocesso na esfera social, vedação que, todavia, não poderá jamais assumir feições absolutas. Esta proibição relativa de retrocesso, tendo em vista a previsão expressa de direitos sociais na nossa Constituição e a sua proteção por meio das “cláusulas pétreas” é, pelo menos do ponto de vista jurídico-normativo, mais robusta que as soluções desenvolvidas à luz da Lei Fundamental da Alemanha, carente de direitos fundamentais sociais e de norma expressa consagrando o respeito aos direitos adquiridos.

Outro aspecto que merece ser destacado é o fato de que a amplitude e intensidade da proteção outorgada pela ordem constitucional às posições jurídico-subjetivas na esfera social, tanto no plano consti-

tucional, quanto ao nível da legislação ordinária, dependem de uma análise centrada nas especificidades do caso concreto, exigindo um procedimento tópico-sistemático, já que nos parece inviável o estabelecimento de critérios abstratos e genéricos, a não ser o próprio reconhecimento de uma proibição meramente relativa de retrocesso.

A importância do princípio da proteção da confiança que, ao menos no caso da Alemanha, exerce uma função semelhante à atribuída ao direito adquirido, revela, entre outros aspectos, o grave equívoco no qual incorrem aqueles que, objetivando fundamentar o livre avanço sobre as conquistas na esfera social, reportam-se ao argumento de que na maior parte dos países desenvolvidos inexistente proteção dos direitos adquiridos. Com efeito, impende considerar que, mesmo em ordens constitucionais em que os direitos adquiridos não mereciam expressa previsão e proteção pelo Constituinte, acabaram sendo objetos de proteção constitucional por meio do princípio (implícito) da proteção da confiança. Parece-nos que só esta constatação demonstra claramente que a opção pela abordagem do problema proposto neste estudo não se restringe a um mero capricho pessoal. Pelo contrário, evidencia de forma escancarada que a figura jurídica dos direitos adquiridos, respeitadas as especificidades de cada ordem jurídica, ainda que não expressamente agasalhada na nossa Constituição, não prescin-

de de um certo grau de proteção, já que (também entre nós) pelo menos implícita e indiretamente fundada no princípio do Estado de Direito.

Também pode ser tida como paradigmática a utilização do princípio da proporcionalidade como critério aferidor da legitimidade de uma restrição na esfera de uma proibição de retrocesso social, revelando, neste contexto, que a função do referido princípio, igualmente deduzido do princípio do Estado de Direito, não se limita a servir de parâmetro para o exame da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, incluídos neste rol os assim denominados direitos sociais. Com efeito, também a ação erosiva do legislador que tenha por objetivo a implementação de ajustes e cortes no âmbito do sistema infraconstitucional de prestações sociais deve levar em conta as exigências do princípio da proporcionalidade, isto é, ser ao mesmo tempo necessária, adequada e razoável, pena de ofensa aos próprios direitos fundamentais sociais e ao princípio do Estado Social de Direito.⁸⁰ Em última análise, não se poderá abdicar jamais da tarefa de realizar uma cuidadosa ponderação de todas as circunstâncias, de modo especial entre o valor dos direitos dos particulares a determinado grau de segurança social e os reclamos do interesse da coletividade.

A sistemática adotada pela doutrina e jurisprudência constitucional alemãs,

80. Sobre o princípio da proporcionalidade, v., entre nós, especialmente P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 356 e ss., assim como as relativamente recentes obras de R. D. Stumm, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, 1995, e de S. T. Barros, *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, 1996.

notadamente no que diz com o uso do direito e garantia fundamental da propriedade, revelam, por sua vez, de forma contundente, a multifuncionalidade característica dos direitos fundamentais em geral, assim como as transformações pelas quais têm passado. Além de reforçar, ainda que em outro contexto, a sua função social, a ampliação do âmbito de proteção da garantia da propriedade, objetivando assegurar, ao menos de forma relativa, o conteúdo das posições jurídico-subjetivas sociais, especialmente de cunho prestacional, coloca em destaque a importância de uma hermenêutica constitucional criativa num mundo em constante transformação.

Pela sua estreita vinculação com a temática abordada, cumpre referir a circunstância elementar, inobstante habitualmente desconsiderada, de que o Direito não assegura, por si só, os recursos indispensáveis para a existência humana, já que meramente pode oferecer critérios para uma distribuição dos bens materiais. Neste sentido, constata-se que a proteção do conteúdo das posições jurídicas na esfera social não poderá apenas ser desenvolvida a partir da ordem jurídica, mas deverá também levar em conta as circunstâncias sócio-econômicas vigentes, dependendo, de modo especial, da receptividade política relativamente a determinadas medidas por parte do poder público e da concepção vigente de justiça social.⁸¹

Por derradeiro, mesmo atentando para as diversidades em absoluto irrelevantes entre o sistema germânico e a

nossa ordem constitucional, esperamos que tenhamos logrado demonstrar que a análise da experiência germânica já terá valido a pena caso tiver contribuído para colocar em evidência a necessidade de, também entre nós, zelarmos por uma proteção dos níveis vigentes de segurança social. Não hesitamos, portanto, em afirmar que o princípio fundamental da proibição (relativa) de retrocesso na esfera social, seja ele implementado por meio do reconhecimento de "cláusulas pétreas", seja ela desenvolvido implicitamente a partir de outros princípios constitucionais, constitui-se não apenas em salvaguarda do Estado Social de Direito ou, caso preferirmos, da justiça material, mas principalmente da própria dignidade da pessoa humana, valor-guia de toda a ordem constitucional e objetivo permanente de toda ordem jurídica que se pretenda legítima.

V. Referências bibliográficas:

- 1 – BADURA, Peter. *Eigentum*, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Org). *Handbuch des Verfassungsrechts*. 2ª ed., Berlin: Walter de Gruyter, 1994, pp. 57 e ss.
- 2 – BARGEN, Joachim von. *Restriktive Tendenzen im Sozialhilferecht - Am Beispiel des Regelsatzes*. in: W. Brandt/H. Gollwitzer/J.F. Henschel (Org). *Ein Richter, ein Bürger, ein Christ - Festschrift für Helmut Simon*. Baden-Baden: Nomos, 1987, pp. 745 e ss.
- 3 – BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 1996.

- 4 – BOECKEN, Winfried. *Der verfassungsrechtliche Schutz von Altersrentenansprüchen und Anwartschaften in Italien und in der Bundesrepublik Deutschland sowie deren Schutz im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention*. Berlin: Duncker & Humblot, 1987.
- 5 – BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- 6 – BRYDE, Brunn-Otto. *Anmerkungen zu Art. 14 GG*. in: Ingo von Münch/P. Kunig (Org). *Grundgesetz-Kommentar*. vol. I, 4ª ed., München: C.H. Beck, 1992.
- 7 – CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- 8 – DEPENHEUER, Otto. *Wie sicher ist verfassungsrechtlich die Rente? - Vom liberalen zum solidarischen Eigentumsbegriff*. in: AÖR n° 120 (1995), pp. 417 e ss.
- 9 – EICHENHOFER, Eberhard. *Der verfassungsrechtliche Schutz von sozialversicherungsrechtlichen Anrechten in der Bundesrepublik Deutschland, Italien und den USA*. in: ZIAS 1988, pp. 231 e ss.
- 10 – FRIAUF, Karl Heinrich. *Der Sozialstaat des Grundgesetzes unter den Bedingungen der Industriegesellschaft*. in: *Sozialstaat - Idee und Entwicklung, Reformzwänge und Reformziele*. Köln: Wirtschaftsverlag Bachem, 1996, pp. 63 e ss.
- 11 – HAVERKATE, Görg. *Eigentumsschutz und Weiterentwicklung im Recht der sozialen Sicherheit*. in: ZRP 1984, pp. 217 e ss.
- 12 – HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Ed. Sérgio A. Fabris, 1991.
- 13 – JARASS, Hans D. e PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. 3ª ed., München: C.H. Beck, 1995.
- 14 – KATZENSTEIN, Dietrich. *Die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht zum Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen*. in: W. Brandt/H. Gollwitzer/J.F. Henschel (Org). *Ein Richter, ein Bürger, ein Christ - Festschrift für Helmut Simon*. Baden-Baden: Nomos, 1987, pp. 847 e ss.
- 15 – LEISNER, Walter. *Eigentum*. in: J. Isensee/P. Kirchhof (Org). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. vol. VI, Heidelberg: C.F. Müller, 1992, pp. 1023 e ss.
- 16 – PAPIER, Hans-Jürgen. *Anmerkungen zu Art. 14 GG*. in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz Kommentar*. Vol. II, München: C.H. Beck, 1994.
- 17 – RIETTSTIEG, Helmut. *Anmerkungen zu Art. 14-15 GG*. in: R. Wassermann (Org). *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Alternativkommentar)*. vol. I, 2ª ed., Neuwied: Luchterhand, 1989.
- 18 – ROSANVALLON, Pierre. *A Crise do Estado-Providência*. Goiânia: Ed. UNB, 1997.
- 19 – SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1998.
- 20 – SCHLENKER, Rolf - Ulrich. *Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz*. Berlin: Duncker & Humblot, 1986.
- 21 – SCHULTE, Bernd. *Bestandschutz sozialer Rechtspositionen - Eine rechtsvergleichende Betrachtung*. in: ZIAS 1988, pp. 205 e ss.
- 22 – SCHULTE, Bernd. *Wie sicher ist die soziale Sicherung? International-vergleichende Perspektive*. in: B. Riedmüller/M. Rodenstein (Org). *Wie sicher ist die soziale Sicherung?* Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1989, pp. 321 e ss.
- 23 – STUMM, Raquel Denise. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional*

81. Esta, em suma, a lição de B. Schulte, in: ZIAS 1988, pp. 215 e ss.

- Brasileiro. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1995.
- 24 – WENDT, Rudolf. *Anmerkungen zu Art. 14 GG*. in: M. Sachs (Org), *Grundgesetz-Kommentar*. München: C.H. Beck, 1996.
- 25 – ZACHER, Hans-Friedrich. *Das soziale Staatsziel*. in: J. Isensee/P. Kirchhof (Org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Vol. I, Heidelberg: C.F. Müller, 1987, pp. 1045 e ss.

Do Positivismo Jurídico à Democracia em Kelsen

José Levi Mello do Amaral Júnior

Professor de Direito Constitucional da PUC/RS

"Uma democracia sem valores converte-se facilmente num totalitarismo aberto ou dissimulado"

João Paulo II

SUMÁRIO

1. Introdução;
2. O conceito de Direito em Kelsen;
3. O jogo democrático em Kelsen;
4. Cruzando o limiar da democracia kelseniana;
5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

ANS KELSEN, provavelmente o maior jurista do Século XX, têm recebido toda sorte de interpretações e críticas. Afinal, sua vasta e singularmente articulada obra é alvo dos mais sérios debates doutrinários das últimas décadas. Analisar o conceito de Direito em KELSEN, bem como seus reflexos na concepção de democracia proposta pelo mesmo autor, é o objeto do presente estudo.

Para isso, iniciaremos enfrentando o conceito de Direito em KELSEN; a seguir, estudaremos o modelo democrático por ele defendido; à guisa de conclusão, enfocaremos a forma pela qual a concepção de Direito exposta determina a teoria kelseniana de Estado democrático, a fim de precisar a influência daquele conceito sobre a dinâmica do jogo democrático tal qual proposto pelo jurista austríaco.

2. O conceito de Direito em Kelsen

O dissenso e o embate ideológico marcam, profundamente, a sociedade

contemporânea.¹ A conciliação das diferentes inclinações político-ideológicas da sociedade contemporânea, precisamente, é a tarefa empreendida pelo positivismo jurídico.²

O positivismo jurídico tem sua sistematização clássica na “escola alemã de direito público”, de LABAND e GERBER. Para seus adeptos, o Direito é um sistema pleno, sem lacunas e autônomo,³ dentro do qual não há espaço para juízos de valor, morais ou políticos.⁴ Enquanto o jusnaturalismo pauta o Direito pela justiça das suas normas, e o realismo define o Direito pela eficácia daquelas, o positivismo faz o Direito depender da validade dos seus comandos normativos:⁵ “norma jurídica não é a norma justa ou a norma eficaz, é a norma

válida”.⁶ Essa concepção do jurídico teve sua mais elaborada formulação na obra de Kelsen.

Em Kelsen, o Direito apresenta-se como um sistema normativo — formado por normas válidas e coercitivas —, que funciona como um “esquema de interpretação” a conferir sentido jurídico aos atos humanos.⁷ Assim, uma conduta humana é juridicamente relevante se coincide com o conteúdo de uma norma válida.⁸

A pretensão dessa concepção de Direito é descrever o Direito como ele é, não dizer como ele *deveria ser*.⁹ Para melhor compreender a construção, importa analisar algumas das categorias com que trabalha Kelsen.

1. “Com a Reforma, há uma cisão na cosmovisão ocidental. No mesmo espaço geográfico, encontram-se agora indivíduos com visões de mundo e valores diversos. Não há mais valores ‘objetivos’, que recebam a adesão generalizada. O dissenso em relação aos valores fez com que estes fossem relegados à esfera privada, tornando todo juízo avaliativo apenas a expressão de uma preferência subjetiva. A modernidade traz à luz a sociedade pluralista, aquela onde impera, para utilizar a expressão de Weber, ‘o politeísmo de valores’. Nesse contexto, o apelo à justiça, entendida como qualquer qualidade ético-política que torne uma norma merecedora de obediência, é fator de insegurança na identificação do jurídico, na medida em que os valores, formadores do âmbito moral da vida social, carecem de um conteúdo objetivo” (Barzotto, Luís Fernando. *Positivismo jurídico contemporâneo*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, pp. 13-14).
2. A sociedade medieval já era uma sociedade pluralista; ocorre que cada grupo ou estamento dessa sociedade regia-se por um estatuto jurídico próprio. É com a formação do Estado moderno que esses diferentes grupos se submetem a uma mesma ordem jurídica, uma ordem jurídica monista, uma vez que emanada de um Estado que monopoliza a produção do Direito (cf. Bobbio, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 27). “Nesse novo mundo, o direito positivo torna-se o principal meio de integração social e a única garantia do indivíduo contra o poder estatal” (Barzotto, op. cit., p. 138).
3. “...as normas positivas podem ter lacunas, porém o Direito — ou, mais exatamente, o ordenamento jurídico — não” (Araújo, José Estévez. *La crisis del estado de derecho liberal — Schmitt en Weimar*, Barcelona: Ariel, 1989, p. 74).
4. Cf. Araújo, op. cit., pp. 74-76.
5. Cf. Barzotto, op. cit., pp. 19-20. “Norma válida é aquela que pertence ao sistema por ter sido produzida de acordo com outras normas válidas do sistema” (Barzotto, op. cit., p. 139).
6. Barzotto, op. cit., p. 20.
7. Cf. Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 4.
8. Cf. Kelsen, *Teoria pura do direito*..., p. 5.
9. Cf. Kelsen, *Teoria pura do direito*..., p. 1. A esse respeito, Dworkin aduz que, em regra, os juristas sabem o que é o Direito, compreendem, com clareza, o que as normas “querem” expressar. No entanto, as controvérsias jurídicas afloram e se acirram na medida em que os intérpretes do Direito tentam fazer valer as suas concepções de como *deveria ser* o Direito, não raro atribuindo interpretações dissonantes do significado claro e literal da norma (cf. Dworkin, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 11 e ss).

Norma jurídica. A norma jurídica é um *dever-ser* e o ato humano ao qual ela atribui significado é um *ser*.¹⁰ Esse ato será conforme o Direito se coincidir, em seu conteúdo, com o conteúdo da norma. O conteúdo da norma pode ser um comandar, um permitir e um conferir competência.¹¹ Eventual divergência entre o ato e o conteúdo da norma implica em uma sanção socialmente organizada.¹²

Validade. Para incidir nos fatos da vida e atribuir-lhes efeitos jurídicos, a norma precisa ser válida. Para Kelsen, a validade é a qualidade da norma que: (1) existe juridicamente,¹³ isto é, (2) pertence a um ordenamento jurídico,¹⁴ (3) posto que criada segundo o modo prescrito por outra nor-

ma do sistema,¹⁵ (4) de forma a obrigar os homens a se comportarem segundo o conteúdo normativo.¹⁶ Portanto, uma norma existe e obriga na medida em que foi produzida conforme o prescrito em uma norma superior.¹⁷ Cria-se, assim, uma “cadeia normativa” de normas postas.¹⁸ Para que esse encadeamento não caia no infinito, Kelsen pressupõe uma norma hipotética que, pretensamente, fecha o sistema: a norma fundamental.

Norma fundamental. Para completar o projeto positivista, Kelsen não pode fechar o seu sistema normativo com um dado fático ou moral.¹⁹ O próprio Direito deve fundar o sistema normativo. Chega-se, assim, à norma fundamental, uma nor-

10. A distinção *ser* e *dever-ser*, segundo o próprio Kelsen, “é um dado imediato da nossa consciência”, não podendo ser mais aprofundada (cf. Kelsen, *Teoria pura do direito*..., p. 6).
11. Cf. Kelsen, *Teoria pura do direito*..., p. 6.
12. Cf. Kelsen, *Teoria pura do direito*..., p. 71. É esse dado — a presença de um sistema coercitivo socialmente organizado — que, para Kelsen, distingue Direito e Moral (cf. Kelsen, op. cit., p. 71).
13. Cf. Barzotto, op. cit., p. 36.
14. Cf. Barzotto, op. cit., p. 37.
15. Cf. Barzotto, op. cit., p. 37. A conformidade entre a norma inferior criada e a norma superior de criação (regularidade) é verificada por três critérios: (1) observância do procedimento de feitura (processo legislativo); (2) elaboração pela autoridade competente; e (3) compatibilidade entre o conteúdo da norma inferior ao conteúdo da norma superior — cf. Kelsen, Hans. *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)*, in *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 153. É de observar que o próprio Kelsen admite, expressamente, a verificação da compatibilidade material entre norma superior e inferior: “Se o direito positivo conhece uma específica forma constitucional, distinta da forma da lei ordinária, nada se opõe a que essa venha a ser utilizada também para a adoção de normas que não se confundem com a Constituição em sentido estrito e, antes de tudo, de normas que regulam não apenas a formação, mas o conteúdo das leis. Chega-se, assim, à noção de Constituição em sentido lato, que encontramos quando as constituições modernas contêm não apenas regras sobre órgãos e procedimentos legislativos, mas também um elenco de direitos fundamentais dos indivíduos ou liberdades individuais. Desse modo — no sentido originário — não exclusivo dessa prática — a Constituição traça princípios, diretrizes e limites ao conteúdo das leis futuras” (Kelsen, *La garanzia*..., p. 153). De qualquer forma, como se verá a seguir, Kelsen não admite questionar o acerto ou o desacerto do conteúdo material das normas; o que importa é que haja compatibilidade entre as normas do sistema.
16. Cf. Barzotto, op. cit., p. 39.
17. Cf. Barzotto, op. cit., p. 40.
18. Cf. Barzotto, op. cit., p. 40.
19. “Kelsen não pode recorrer a uma instância moral para alcançar uma fundamentação do direito positivo, uma vez que, para ele, recorrer a uma norma moral acarretaria uma ‘moralização’ do fenômeno jurídico. Ele não pode recorrer também a uma norma fundamental fática, devido à estrita separação que mantém entre as esferas do ser e do dever ser” (Barzotto, op. cit., pp. 40-41).

ma jurídica hipotética, não posta mas pressuposta, que funciona como fundamento de validade último de todo o sistema normativo kelseniano,²⁰ assim podendo ser enunciada: “devemos obedecer às ordens do autor da Constituição”,²¹ qualquer que seja o conteúdo desta Constituição.²²

Em KELSEN, não interessa ao Direito se uma norma é verdadeira ou falsa, boa ou má, mas tão-somente se ela é válida ou inválida.²³ O único juízo de valor admitido por KELSEN é a compatibilidade das condutas humanas às normas, e destas com as normas superiores.²⁴

Essa concepção de Direito é aplicada por KELSEN em sua teoria do Estado. Em verdade, para o jurista austríaco, Estado e Direito se confundem.²⁵ Essa construção terá implicações marcantes na concepção kelseniana de democracia – e de Estado democrático –, a qual também restará, pretensamente, esvaziada de juízos axiológicos.

3. O jogo democrático em Kelsen

A democracia concebida por KELSEN funda-se em “dois postulados da

nossa razão prática”:²⁶ liberdade e igualdade.²⁷

No momento em que o homem se organiza em sociedade, paulatinamente configura-se um aparato estatal que disciplinará as relações dos homens entre si e destes com o Estado. Surge, então, um poder que comandará o indivíduo e a sociedade. Ora, sendo a liberdade ínsita a cada ser humano, devemos ser comandados por nós mesmos.²⁸ Portanto, para KELSEN, o homem é livre na medida em que participa da formação da vontade do Estado.²⁹ De qualquer forma, “...mesmo que a vontade geral seja realizada diretamente pelo povo,

o indivíduo é livre só por um momento, isto é, durante a votação, mas apenas se votou com a maioria e não com a minoria vencida”.³⁰

Assim, KELSEN afirma que “o cidadão só é livre através da vontade geral e de que, por conseguinte, ao ser obrigado a obedecer ele está sendo obrigado a ser livre”.³¹ Surge, aqui, um dos dramas do modelo: a vontade geral vale objetivamente, isto é, independe da vontade daqueles que se lhe submetem.³² Esta realidade fica ainda mais evidente quando o votante muda de opinião, uma vez que tal câmbio não traz qualquer consequência jurídica.³³ Ademais, deve-se lembrar que a maioria das pessoas

20. Cf. Kelsen, *Teoria pura do direito...*, p. 224 e ss. Essa pretensão de Kelsen — fundar o Direito no próprio Direito — é o que Luís Fernando Barzotto chamou, em sua tese de doutorado, “projeto positivista” (cf. Barzotto, *op. cit.*, p. 31). Ocorre que o próprio Kelsen acaba abrindo uma “fratura sistemática” (cf. Barzotto, *op. cit.*, p. 62) em sua teoria: “Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que — como costuma dizer-se — não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente). Um mínimo de eficácia (como só dizer-se) é a condição de sua vigência” (Kelsen, *Teoria pura do direito...*, p. 12). Ora, “a relação da norma fundamental com o plano fático é incoerente. Com efeito, a norma fundamental, ao instituir a eficácia como condição suficiente da validade das normas singulares, leva ao paradoxo da perda da sua própria normatividade, uma vez que ela se limita a reproduzir a realidade de fato: ela afirma a validade de normas que já são obedecidas e retira a validade das normas que não são mais obedecidas. Assim, a formulação clássica, ‘devemos obedecer às normas emanadas do primeiro constituinte’, se tornaria mais exata se rezasse: ‘devemos obedecer às normas eficazes emanadas do constituinte’. Mas assim, ela se torna supérflua, como visto acima: por que há necessidade de uma norma que manda obedecer alguém que já é obedecido? A inclusão da eficácia na norma fundamental é, deste modo, uma solução insatisfatória para as relações entre validade e eficácia. Uma solução que está longe de salvar a coerência do sistema, pois um intruso (o fato) é sempre um intruso, ainda que ocupe o lugar de honra no sistema (a norma fundamental)” (Barzotto, *op. cit.*, p. 66).
21. Kelsen, *Teoria pura do direito...*, p. 227. Vale dizer, as ordens do constituinte autor da primeira Constituição histórica (cf. Kelsen, *Teoria pura do direito...*, p. 227).
22. “Aqui permanece fora de questão qual seja o conteúdo que tem esta Constituição e a ordem jurídica estadual erigida com base nela, se esta ordem é justa ou injusta; e também não importa a questão de saber se esta ordem jurídica efetivamente garante uma relativa situação de paz dentro da comunidade por ela constituída. Na pressuposição da norma fundamental não é afirmado qualquer valor transcendente ao Direito positivo” (Kelsen, *Teoria pura do direito...*, p. 227).
23. Cf. Kelsen, *Teoria pura do direito...*, p. 21.
24. Cf. Kelsen, *Teoria pura do direito...*, p. 19. “A resposta à questão de saber se, de acordo com o Direito vigente, um assassino deve ser punido com a pena capital, e, assim, se a pena de morte para o homicida é valiosa com esse Direito, pode e deve verificar-se sem ter em conta se aquele que deve dar a resposta aprova ou desaprova a pena de morte. Então, e somente então, é objetivo esse juízo de valor” (Kelsen, *Teoria pura do direito...*, p. 23).
25. “Do ponto de vista de um positivismo jurídico coerente, o Direito, precisamente como o Estado, não pode ser concebido senão como uma ordem coercitiva de conduta humana — com o que nada se afirma sobre o seu valor moral ou de Justiça. E, então, o Estado pode ser juridicamente apreendido como sendo o próprio Direito — nada mais, nada menos” (Kelsen, *Teoria pura do direito...*, p. 353). “O Estado não é pois, nem pessoa distinta do Direito, nem poder que está atrás do Direito garantindo-o, mas sim o Estado é o próprio Direito” (Araújo, *op. cit.*, p. 100).

26. Cf. Kelsen, Hans. *A essência e o valor da democracia*, in *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 27.
27. “É a própria natureza que, exigindo liberdade, se rebela contra a sociedade. O peso da vontade alheia, imposto pela vida em sociedade, parece tanto mais opressivo quanto mais diretamente se exprime no homem o sentimento primitivo do próprio valor. (...) Da idéia de que somos — idealmente — iguais, pode-se deduzir que ninguém deve mandar em ninguém. Mas a experiência ensina que, se quisermos ser realmente todos iguais, deveremos deixar-nos comandar. Por isso a ideologia política não renuncia a unir liberdade com igualdade. A síntese desses dois princípios é justamente a característica da democracia” (Kelsen, *op. cit.*, p. 27). “Sem a fé das massas no poder e na missão divina do ditador, nenhuma ditadura pode resistir por muito tempo ao indesejável anseio de liberdade, e esta terminará sempre por levar a melhor sobre aquela” (Kelsen, Hans. *O problema do parlamentarismo*, in *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 134).
28. Cf. Kelsen. *A essência...*, p. 28. “A liberdade natural transforma-se em liberdade social ou política. É politicamente livre aquele que está submetido, sim, mas à vontade própria e não alheia” (Kelsen. *A essência...*, p. 28). Para Kelsen, “a democracia contenta-se com uma simples aproximação do conceito originário de liberdade” (Kelsen. *O problema...*, p. 127). “A democracia, no plano da idéia, é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo” (Kelsen. *A essência...*, p. 35).
29. É de notar que Kelsen iguala um típico direito fundamental — a liberdade — com o direito político de votar. O próprio Kelsen o reconhece: “os direitos políticos — isto é, a liberdade — reduzem-se a um simples direito de voto” (Kelsen. *A essência...*, p. 43). Merece crítica tal entendimento. Os direitos fundamentais, ou liberdades públicas (poderes de agir perante o Estado e a sociedade) decorrem da dignidade da pessoa humana, independentemente de qualquer intermediação, seja do Estado, seja da sociedade; por sua vez, os direitos políticos (participação na formação da vontade geral — cf. Kelsen, *A essência...*, p. 37), dependem da inserção da pessoa humana em um Estado que a reconheça como seu nacional, isto é, os direitos políticos decorrem da nacionalidade. É de destacar que Kelsen já defendia a desvinculação entre direitos políticos e nacionalidade em face do progressivo reconhecimento da igualdade entre o elemento pátrio e o estrangeiro (Kelsen, *A essência...*, p. 38).
30. Kelsen, *A essência...*, p. 29. Vale lembrar o que é a vontade geral: “...é a razão, a voz da razão que os homens ouvem sobre o interesse geral, quando se despem do interesse privado e não estão sob a influência de associações particulares [livres, portanto, das pressões de partidos políticos e lobbies — nota nossa]” (Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 47). De qualquer forma, se em Rousseau, defensor ferrenho da democracia direta, os partidos políticos são condenados, em Kelsen, como se verá a seguir, eles passam a ser aclamados como os principais atores do jogo político (Kelsen, *A essência...*, p. 39).
31. Cf. Kelsen, *A essência...*, p. 34.
32. Cf. Kelsen, *A essência...*, p. 30.
33. Cf. Kelsen, *A essência...*, pp. 30-31.

já nasce numa ordem estatal preexistente, isto é, para cuja criação e configuração não concorreu.³⁴ Por tudo isso, a exigência de uma maioria *absoluta* para tomada de decisão representa uma aproximação maior com a idéia de liberdade.³⁵

A pretensão do sistema é que a maioria represente também a minoria, isto é, a vontade da maioria seria expressão da vontade geral. Mas isso é mera ficção.³⁶ A minoria conserva seus ideais, devendo ter à sua disposição meios de influir na vontade da maioria. Caso contrário, cedo ou tarde renunciará à participação meramente formal; em isso acontecendo, a maioria desnatura-se, uma vez que só há maioria se houver uma minoria...³⁷ E, não havendo contraposição entre maioria e minoria, não há democracia!

Ganha relevo, então, a questão da proteção da minoria. “Esta proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares”.³⁸ Em Kelsen, a proteção da minoria através da garantia das liberdades públicas, será desempenhada por uma *jurisdição constitucional*.³⁹

Os conflitos sociais, intensos no caso do Século XIX, foram conduzidos para dentro do parlamento. Supera-se a democracia liberal, onde não havia partidos políticos e o *consensus* em torno da ordem liberal vigente era mantido pelo voto censitário.⁴⁰ Até então, por força das instituições liberais, as demandas populares eram mantidas distantes do Parlamento, uma vez que esse

era composto exclusivamente por políticos fechados com a ordem liberal vigente.⁴¹

Fazendo forte crítica ao marxismo – que, em última análise, propugnava pela revolução social por meio da força –, Kelsen defenderá uma democracia com sufrágio universal⁴² e realizada por meio dos partidos políticos. Esses são aclamados como “um dos elementos mais importantes da democracia real”.⁴³ É por meio deles que os homens de mesma opinião se agrupam para influir sobre a gestão dos negócios públicos;⁴⁴ é através deles que os conflitos sociais harmonizam-se no embate *pacífico* do jogo político-partidário típico dos parlamentos modernos.⁴⁵

Ainda assim a democracia é sujeita a equívocos. Em alguns dos seus trabalhos,⁴⁶ Kelsen adverte sobre a possibilidade de equívocos ratificados pelo regime democrático; exemplifica referindo a passagem evangélica de “Cristo-Rei” (Jo. 18, 28-40):

“O capítulo XVIII do Evangelho de São João descreve o julgamento de Jesus. Esta história simples, com suas palavras singelas, é uma das composições mais sublimes da literatura mundial, e, sem pretendê-lo, transforma-se num trágico símbolo do antagonismo entre absolutismo e relativismo [segundo o próprio Kelsen, símbolo trágico, também, da democracia – nota nossa – cf. Kelsen, *A Essência...*, pág. 107].

34. Cf. Kelsen, *A essência...*, p. 31.

35. Cf. Kelsen, *A essência...*, p. 31. “...se nem todos os indivíduos são livres, pelo menos o seu maior número o é” (Kelsen, *A essência...*, p. 32).

36. Cf. Kelsen, *A essência...*, p. 69.

37. Cf. Kelsen, *A essência...*, p. 70. “Portanto, seria melhor dar a tal princípio [princípio majoritário – nota nossa] o nome de princípio majoritário-minoritário, uma vez que ele organiza o conjunto dos indivíduos em apenas dois grupos essenciais, maioria e minoria, oferecendo a possibilidade de um compromisso na formação da vontade geral, depois de ter preparado esta última integração obrigando ao compromisso acima mencionado, que é a única coisa que pode permitir a formação tanto do grupo da maioria quanto do grupo da minoria: relegar a segundo plano o que separa os elementos a serem unidos, em favor daquilo que une” (Kelsen, *A essência...*, p. 70).

38. Kelsen, *A essência...*, p. 67.

39. Kelsen, *La garanzia...*, p. 202. “Enquanto assegura a formação constitucional das leis e em particular a constitucionalidade material das mesmas, esta [a jurisdição constitucional – nota nossa] é um meio de proteção eficaz da minoria contra os abusos da maioria. O domínio desta última é suportável apenas se exercido de modo regular” (...) “A essência da democracia reside não mais na onipotência da maioria mas no constante compromisso entre os grupos que a maioria e a minoria representam no parlamento, e, portanto, na paz social, a justiça constitucional surge como instrumento apto a realizar esta idéia”. Vale lembrar a polêmica entre Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria proteger a Constituição. Para Schmitt, tal função deve tocar ao Chefe de Estado (*La defensa de la Constitución*. Barcelona: Editorial Labor, 1931); para Kelsen, como visto, a proteção da Constituição deve caber a uma jurisdição constitucional (*vide*, em especial, o trabalho *Chi dev'essere il custode della Costituzione?* in *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 229 e ss., elaborado em resposta à crítica de Carl Schmitt).

40. Voto censitário “é a restrição do direito de voto àquelas pessoas que pudessem comprovar determinadas exigências indicativas de situação de independência econômica (ou propriedade de imóveis, ou determinada renda anual, ou recolhimento de impostos, etc...)” (Souza Jr., Cezar Saldanha. *O consensus no estado democrático ocidental*, tese de doutorado. São Paulo: USP, 1984, p. 161).

41. O intuito do voto censitário era “afastar do sufrágio aquelas camadas sociais que não tendo nada a perder, pudessem, de um modo ou de outro, desviar o comportamento do Estado dos rígidos padrões do figurino liberal” (Souza Jr., *op. cit.*, p. 161).

42. Em verdade, os políticos socialistas não queriam o sufrágio universal: queriam fazer valer sua ideologia política pela revolução (cf. Ferreira Filho, *op. cit.*, p. 83). O Estado Social Contemporâneo e o voto universal (mecanismo esse que acabou de vez com o Estado Liberal – cf. Ferreira Filho, *op. cit.*, p. 84) não foram talhados por políticos socialistas, mas por políticos conservadores pragmáticos, cientes de que se não fizessem concessões seriam aliados do poder (cf. Souza Jr., *op. cit.*, p. 208 e ss.).

43. Kelsen, *A essência...*, pp. 38-39.

44. Cf. Kelsen, *A essência...*, p. 39. “Os impulsos provenientes dos partidos políticos são como numerosas fontes subterrâneas que alimentam um rio que só sai à superfície na assembléia popular ou no parlamento, para depois correr em leito único do lado de cá” (Kelsen, *A essência...*, p. 39).

45. “...a democracia é o ponto de equilíbrio para o qual sempre deverá voltar o pêndulo político, que oscila para a direita e para a esquerda. E se, como sustenta a crítica feroz que o marxismo faz à democracia burguesa, o elemento decisivo é representado pelas relações reais das forças sociais, então a forma democrática parlamentar, com seu princípio majoritário-minoritário que constitui uma divisão essencial em dois campos, será expressão ‘verdadeira’ da sociedade hoje dividida em duas classes essenciais. E, se há uma forma política que ofereça a possibilidade de resolver pacificamente esse conflito de classes, deplorável mas inegável, sem levá-lo a uma catástrofe pela via cruenta da revolução, essa forma só pode ser a da democracia parlamentar, cuja ideologia é, sim, a liberdade, não alcançável na realidade social, mas cuja realidade é a paz” (Kelsen, *A essência...*, p. 78). É de destacar, ainda, a clareza com que Kelsen percebeu um dos maiores equívocos do marxismo: a exclusão de toda e qualquer classe social que não seja a dos proletários; o exclusivismo marxista também foi enfrentado pela Doutrina Social da Igreja: “Enquanto o marxismo defendia que somente extremando as contradições sociais, através do embate violento, seria possível chegar à sua solução, as lutas que conduziram ao derrube do marxismo insistem com tenacidade em tentar todas as vias de negociação, do diálogo, do testemunho da verdade, fazendo apelo à consciência do adversário e procurando despertar nele o sentido da dignidade humana comum” (João Paulo II, Papa. *Centesimus annus*, São Paulo: Edições Paulinas, 1991, p. 45); “A Igreja está consciente hoje mais do que nunca de que a sua mensagem social encontrará credibilidade primeiro no testemunho das obras e só depois na sua coerência e lógica interna. Desta convicção provém também a sua opção preferencial pelos pobres, que nunca será exclusiva nem discriminatória relativamente aos outros grupos” (João Paulo II, *op. cit.*, p. 104). É dentro do parlamento que, permanentemente, são harmonizados os interesses conflitantes decorrentes do pluralismo das sociedades modernas (a propósito, Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional alemão*, tradução de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 29).

46. Kelsen trata do tema em, pelo menos, três trabalhos: *A essência e o valor da democracia* (in *A democracia...*, p. 107), *Fundamentos da democracia* (in *A democracia...*, pp. 203-204) e *Absolutismo e relativismo na filosofia e na política* (in *A democracia...*, pp. 356-357).

"Foi na época da Páscoa que Jesus, acusado de pretender-se Filho de Deus e Rei dos Judeus, foi levado a Pilatos, o delegado romano. E Pilatos, não vendo nele mais que um pobre diabo, perguntou ironicamente: 'Então és tu o rei dos judeus'? Mas Jesus tomou a questão com muita seriedade e, no ardor de sua missão divina, respondeu: 'Tu o dizes. Sou rei. Nasci e vim ao mundo para dar testemunho da verdade. Todo o que está do lado da verdade ouve a minha voz'. Pilatos perguntou então: 'O que é a verdade'? E porque ele, o cético relativista, não sabia o que era a verdade, a verdade absoluta na qual este homem acreditava, procedeu — com muita coerência — de forma democrática, delegando a decisão ao voto popular. Segundo o Evangelho, foi ter novamente com os judeus e disse-lhes: 'Não encontro nele crime algum. Mas é costume que eu, pela Páscoa, vos solte um prisioneiro. Quereis, pois, que eu vos solte o rei dos judeus'? Então gritaram todos novamente, dizendo-lhe: 'Não este, mas Barrabás'. Acrescenta o evangelho: 'Ora, Barrabás era um ladrão'.

"Para os que crêem que o filho de Deus e Rei dos judeus seja testemunha da verdade absoluta, este plebiscito é sem dúvida um forte argumento contra a democracia. E nós, cientistas políticos, temos de aceitar este argumento. Mas com uma condição apenas: que nós tenhamos tanta certeza de nossa verdade política, a ponto de defendê-la, se necessário, com sangue e lágrimas — que nós tenhamos tanta certeza de nossa verdade quanto tinha, de sua verdade, o filho de Deus."⁴⁷

KELSEN, um relativista declarado, não vê com bons olhos a verdade absoluta anunciada por Jesus Cristo ("Eu sou o Caminho, a Verdade e a Vida" — Jo. 14, 6). Não obstante, o próprio KELSEN defende a sua verdade como absoluta: o relativismo ("...que nós tenhamos tanta certeza de nossa verdade política a ponto de defendê-la, se necessário, com sangue e lágrimas — que nós tenhamos tanta certeza de nossa verdade quanto tinha, de sua verdade, o filho de Deus" — texto supra).

Vale mencionar o contraponto desenvolvido por GUSTAVO ZAGREBELSKY. KELSEN apresenta PILATOS como paradigma de democrata: o cético relativista que vai buscar a verdade na maioria popular.⁴⁸ ZAGREBELSKY busca demonstrar que, em verdade, o democrata é Jesus. Para isso, propõe três concepções de democracia: a dogmática, a cética e a crítica.⁴⁹ A primeira remete ao absolutismo filosófico e a segunda ao relativismo. A terceira — que o jurista italiano defende — visa uma busca orientada para o melhor, numa criteriosa reflexão acerca das diversas possibilidades políticas.⁵⁰

A multidão enfurecida, bradando "Crucifica-o!", é, justamente, o contrário do que pressupõe a democracia crítica — sem instituições ou procedimentos, totalitária, instável, emotiva, extremista e manipulável.⁵¹ Para ZAGREBELSKY, Jesus

Cristo é o verdadeiro amigo da democracia — da democracia crítica —, uma vez que, se anuncia uma verdade eterna e universal, não a impõe mas deseja que os homens, no uso livre da sua razão, a alcancem pelo diálogo, pela tolerância e pela reflexão constantes.⁵² Diga-se mais: o uso pleno e criterioso da razão humana, invariavelmente, aponta para essa "Verdade".⁵³

4. Cruzando o limiar da democracia kelseniana

Apesar da própria advertência, KELSEN mantém seu modelo democrático fundado tão-somente na liberdade e na igualdade. Segue fiel ao seu relativismo filosófico, manifestado em sua concepção de Direito — e, como visto, de Estado —, o qual é, coerentemente, mantido em sua teoria acerca da democracia. Afinal, para KELSEN, a adoção de qualquer verdade axiológica seria uma atitude autocrática.⁵⁴

É este relativismo kelseniano que não poucos criticam.⁵⁵ No entanto, ao contrário do que muitos afirmam apressadamente, este relativismo não foi o único responsável pela bancarrota do modelo democrático alemão pós-1919. O Partido Nazista possuía garantias institucionais para participar do jogo político; afinal, não existiam valores pautando a disputa eleitoral, a não ser a *liberdade*. De toda sorte, uma vez no poder, o nacional-socialismo poderia ter tido escrutinada sua constitucionalidade à luz da doutrina kelseniana, uma vez que eliminou a liberdade. E não se trata, aqui, de aferir a inconstitucionalidade recorrendo a parâmetros suprapositivos. A liberdade era, sim, *valor* inerente ao modelo democrático então imperante.⁵⁶

Não obstante, a História nos mostra que o Judiciário alemão acabou por referendar o totalitarismo de Hitler, não porque o modelo de Direito e de democracia

52. Cf. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 121. Importante registrar as palavras finais de Zagrebelsky: "A estas alturas, próximo do final, devemos restabelecer a justiça a respeito de Hans Kelsen. Sua reflexão sobre o processo de Jesus, como 'caso' da democracia e a interpretação em sentido democrático da figura de Pilatos, foram mostradas, aqui, como o produto de um profundo mal-entendido. Mas o conjunto de sua reflexão sobre os problemas da democracia não coincide, de forma alguma, com a democracia cética e instrumental, tal como aquela e esta interpretação poderiam dar a entender. Ao contrário, a democracia crítica é uma idéia que reflete perfeitamente sua concepção. Aqui apenas temos de tomar nota da existência de uma contradição e de um erro que não tiram a validade de um pensamento que constitui uma referência da teoria contemporânea da democracia" (Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 120).

53. Cf. João Paulo II, Papa. *Fides et ratio*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, p. 28 e ss.

54. "A tolerância, os direitos das minorias, a liberdade de expressão e a liberdade de pensamento, tão característicos da democracia, não têm lugar num sistema político baseado na crença em valores absolutos" (Kelsen, *Absolutismo...*, p. 355).

55. "...o liberalismo almejava um conceito autônomo de direito precisamente para subtrair o direito do arbítrio estatal. O direito é um instrumento de garantia do cidadão contra o poder. O conceito de validade garante que somente obedecendo ao direito o poder é capaz de criar direito. Mas, instado pelos fatos a tratar do conceito de eficácia, o positivismo termina por introduzir um critério de juridicidade altamente instável: toda norma eficaz é uma norma jurídica. O direito fica, assim, submetido às vicissitudes do poder. Mas se toda normatividade que se impõe for considerada jurídica, o positivismo termina por trair a missão que o liberalismo lhe confiou, de libertar o direito do domínio da força" (Barzotto, *op. cit.*, p. 143). Foi precisamente por esta falha no sistema que o nacional-socialismo penetrou e subverteu as instituições alemãs de Weimar.

56. Se era valor positivo, a liberdade poderia servir como parâmetro apto a ensejar declaração de inconstitucionalidade material (a propósito, o próprio Kelsen: *La garanzia...*, p. 188 e ss.).

47. Kelsen, *Absolutismo...*, pp. 356-357.

48. Cf. Kelsen, *Absolutismo...*, p. 356.

49. Cf. Zagrebelsky, Gustavo. *La Crucifixión y la democracia*. Barcelona: Ariel, pp. 8-9.

50. Cf. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 9.

51. Cf. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 120.

de Kelsen aclamava o Nazismo⁵⁷ – muito pelo contrário –, mas porque passava à margem do valor maior que rege as relações humanas, isto é, a dignidade da pessoa humana.

É dessa dignidade, ínsita a todo ser humano, que derivam os direitos fundamentais,⁵⁸ aí incluída a liberdade. Mas, se a liberdade ignora sua real origem – a dignidade da pessoa humana –, pode degenerar-se em uma *liberdade egoísta*,⁵⁹ apta a corromper o mais elaborado modelo democrático.⁶⁰ Apenas a liberdade que respeita os demais direitos fundamentais é capaz de realizar, em todo seu esplendor, o ser humano e permitir o convívio social harmônico.

5. Referências Bibliográficas

- ARAÚJO, José Estévez. *La crisis del estado de derecho liberal – Schmitt en Weimar*. Barcelona: Ariel, 1989.
- BARZOTTO, Luís Fernando. *Positivismo jurídico contemporâneo*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- DALPÉRE, Francis. *O direito à dignidade humana* in *Direito constitucional: estudos em*

homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Dialética, 1999.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional alemão* [tradução de Luís Afonso Heck]. Porto Alegre: Fabris, 1998.

JOÃO PAULO II, Papa. *Centesimus annus*. São Paulo: Edições Paulinas, 1991.

JOÃO PAULO II, Papa. *Fides et ratio*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

JOÃO PAULO II, Papa. *Cruzando o limiar da esperança*, 2. ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1994.

KELSEN, Hans. *A essência e o valor da democracia*, in *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. *Absolutismo e relativismo na filosofia e na política*, in *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. *Chi dev'essere il custode della costituzione?* in *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981.

KELSEN, Hans. *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)* in *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981.

57. De qualquer forma, Kelsen não nega caráter jurídico aos Estados totalitários: "Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como fora da ordem jurídica desses Estados" (Kelsen, *Teoria pura do direito...*, p. 44).

58. A propósito, Francis Delpérée. *O direito à dignidade humana* in *Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 155 e ss.

59. "Se não se aceita a perspectiva do dom de si mesmo, poderá subsistir sempre o perigo de uma liberdade egoísta. Perigo contra o qual Kant lutou; e, nessa linha, alinharam-se Max Scheler e todos aqueles que, depois dele, compartilharam a sua ética dos valores" (João Paulo II, Papa. *Cruzando o limiar da esperança*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1994, p. 188).

60. "Em nome do princípio democrático não se pode questionar a dignidade inalienável de todo ser humano" (João Paulo II, Papa. Mensagem dirigida a parlamentares brasileiros em visita à Santa Sé em 1997). "Uma democracia sem valores converte-se facilmente num totalitarismo aberto ou dissimulado, como a história demonstra" (João Paulo II, Papa. *Centesimus...*, p. 85).

KELSEN, Hans. *O problema do parlamentarismo*, in *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Barcelona: Editorial Labor, 1931.

SOUZA JR., Cezar Saldanha. *O consenso no estado democrático ocidental*, tese de doutorado. São Paulo: USP, 1984.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La crucifixión y la democracia*. Barcelona: Ariel, 1996.

Projeto de uma Nova Ação de Revisão do Julgado

José Maria Tesheiner

Livre-Docente pela Faculdade de Direito da UFRGS, Desembargador aposentado,
Professor Orientador do Curso de Mestrado da PUC/RS

Ereqüentemente explica-se a coisa julgada como "*lex specialis*", o que traduz bem a idéia de que ela é como que uma lei especial, diversa da aplicável a todos os demais, ainda que em situação idêntica. A possibilidade de quebra do princípio da isonomia decorre da própria natureza da coisa julgada.

O tratamento desigual de situações iguais aparece pouco nas sentenças relativas a relações privadas, fundadas em fatos transeuntes. Cada caso é um caso, costuma-se dizer. A quebra do princípio da isonomia torna-se aparente e chocante no Direito Público, sobretudo nas relações jurídicas continuativas.

Apontam-se, aqui, casos em que isso ocorre e soluções para diminuir o que se poderia denominar de efeitos perversos da coisa julgada. São propostas que partem de premissas profundamente divergentes sobre os fundamentos do Direito, mas que correm para o mesmo estuário: o aperfeiçoamento de nosso sistema jurídico.

Coisa julgada e isonomia

A Constituição estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito e não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXV, XXXVI).

Diz PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, cujas ponderações motivaram o presente trabalho, que a inserção da coisa julgada no texto constitucional operou, em nossa cultura jurídica, um subproduto indesejado, qual seja, a sacralização do instituto que, no seu entender, precisa ser desmistificado.¹

Apontemos desde logo as razões que o levaram a essa conclusão, chocante à primeira vista.

Em inúmeros casos, o respeito à coisa julgada fere profundamente a isonomia, que é, dos princípios constitucionais, o primeiro que ela consagra (art. 5º). Assim, por exemplo, funcionários públicos, sofrendo a

1. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. p. 83.

incidência da mesma lei, propõem ações individuais, que vão tendo cada qual a sua sorte. Em face das inevitáveis divergências jurisprudenciais sobre a exata interpretação deste ou daquele dispositivo legal, uns vencem, outros sucumbem. Trabalhando lado a lado, executando a mesma tarefa, submetidos à mesma lei, têm uns seus vencimentos majorados e outros não, situação que pode se estender por anos a fio, face à coisa julgada. O remédio da ação rescisória não cura, porque ela não cabe quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais (Súmula nº 343 do STF) ou por já haver decorrido o curto prazo de dois anos para sua propositura.

O problema surge com relação a direitos individuais homogêneos, ou seja, os decorrentes de origem comum, que podem, em algumas circunstâncias, originar ações coletivas (Código do Consumidor, art. 81, III). Direitos individuais homogêneos são direitos iguais, embora de diferentes pessoas. Como a Justiça não faz acepção de pessoas, direitos iguais não devem receber tratamento diferenciado simplesmente porque diversas as pessoas que os titulam.

A desigualdade de tratamento poderia ser evitada se, em lugar de múltiplas (às vezes milhares!) ações individuais, fosse proposta uma única ação coletiva. Todavia, nossa ideologia processual, por uma outra razão, impede que por aí se solucione o problema. Repugna à nossa consciência jurídica estender os efeitos prejudiciais da coisa julgada a interessados que não hajam participado do processo. Por isso mesmo, ao re-

gular a ação coletiva em prol de direitos individuais homogêneos, o Código do Consumidor estabelece que a improcedência do pedido não impede a propositura de ações individuais daqueles que não hajam intervindo no processo como litisconsortes (art. 103, § 2º). Dissesse a Lei o contrário, invocar-se-ia a Constituição: a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário lesão a direito individual!

Alteração da estrutura e dos limites da coisa julgada

Segundo PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, a norma constitucional que protege a coisa julgada não impede que se altere sua estrutura e limites, nem a criação de remédio processual hábil a desconstituí-la: “é perfeitamente constitucional a alteração do instituto da coisa julgada, ainda que a mudança implique restringir-lhe a aplicação, a criação de novos instrumentos de seu controle, ou até a sua supressão, em alguns ou todos os casos.”²

Temos por certo que a lei pode alterar o instituto da coisa julgada, restringindo-a em certos casos, aumentando o prazo para a propositura de ação rescisória, estabelecendo novos casos de sentenças nulas, que não transitam em julgado, e criando novos remédios processuais para desconstituí-la. Poderia, porém, eliminar o instituto da coisa julgada?

A pergunta, para ser respondida, deve ser acrescida de outra: poderia a lei eliminar o direito adquirido? A resposta é negativa. O respeito ao direito adquirido e

à coisa julgada constitui cláusula pétrea, que não pode sequer ser objeto de emenda constitucional (Constituição, art. 60, § 4º, IV). A resposta afirmativa implicaria a possibilidade de edição de leis retroativas, que iriam reger fatos passados, desconstituindo direitos subjetivos e sentenças trânsitas em julgado.

Essa mesma resposta, porém, nos dá o verdadeiro sentido da proteção ao direito adquirido e à coisa julgada: o que se veda é a lei retroativa, desconstitutiva de direitos subjetivos, de atos jurídicos perfeitos e de sentenças que transitaram em julgado. Não se veda – e esse é um dado importante – que nas relações continuativas se revise a sentença, por alteração do estado de fato ou de direito, como aliás dispõe o art. 471 do CPC: “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença”.

Procurando determinar o sentido da proteção à coisa julgada, diz PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA que:

“editada a sentença sobre determinado caso concreto, é irrelevante que a lei disciplinadora do tema seja alterada, dado que a solução prescrita pela sentença, ainda que tenha de produzir seus efeitos no futuro, é intocável, não se lhe podendo opor comando diferente, ainda que editado por lei. O bem jurídico da ‘quietude’, da ‘segurança’ e da ‘paz’ foi valorizado de tal forma

pelo legislador constituinte, que este interdito ao legislador ordinário editar normas agressoras a casos já decididos pelo Judiciário. Nova disciplina jurídica do fato somente incidirá para os casos não julgados.”³

É claro que não passou pela cabeça de PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA suscitar a inconstitucionalidade do art. 471 do CPC; logo ele, preocupado com os excessos a que a proteção da coisa julgada tem levado alguns juristas. A referência feita serve, na verdade, apenas para demonstrar como é fácil, no trato da matéria, parecer que discordam os que concordam, ou que estão de acordo os discordantes. Pedimos que tenham isso em mente os que nos lêem.

Coisa julgada *versus* princípios da isonomia e da legalidade

O princípio do respeito à coisa julgada entra, às vezes, em choque com os princípios da isonomia e da legalidade.

No que pertine à isonomia, observa PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA que nada mais magoa, do que o tratamento discriminatório. Até as crianças, nos lares e nos colégios, exigem tratamento isonômico. A própria justiça é, aliás, definida como tratamento igual dos iguais.

“Nestas circunstâncias”, diz, “o sistema jurídico não pode deixar sem remédio adequado casos de julgamentos díspares que revoltam os protagonistas, deixam perplexa a sociedade e desorganizam o meio social.

2. Contribuição à teoria da coisa julgada. p. 86

3. Contribuição à teoria da coisa julgada. p. 85.

Na questão do pretensão direito adquirido dos empregados e servidores públicos, ao índice de reajuste de 84,32%, em março de 1990, o instituto da coisa julgada garantiu que muitos servidores gozassem do reajuste, vedando igual vantagem a outros tantos. Em alguns casos, a sorte pô-los uns e outros juntos na mesma sala.

Na questão do aumento da alíquota do imposto de importação sobre carros, onde alguns julgados tomaram como data da incidência a do desembaraço da mercadoria e outros consideraram-na a da contratação da importação, o instituto da coisa julgada garantiu a uns a importação com a alíquota antiga, obrigando outros a pagarem a nova, a despeito de todos terem a mesma situação jurídica, inclusive no que pertine à data da contratação da importação e ao desembaraço das mercadorias.

O elenco de casos poderia se estender por páginas a fio, mesmo que somente se desse atenção aos numerosos e de repercussão nacional.⁴

A violação do princípio da isonomia demonstra-se com fatos; a violação do princípio da legalidade exige considerações jurídicas.

Dualidade do Direito

Observa PAULO ROBERTO OLIVEIRA LIMA que, por vezes, equívocos remotos, em que incide a ciência quando da definição de seus postulados básicos, implicam a impossibilidade de solver dificuldades particulares que se apresentam na

ponta dos derradeiros ramos da árvore lógica que representa o sistema.⁵

No caso do processo civil, esse equívoco consistiria na adoção, pelos processualistas, do princípio da dualidade do direito, em vez do princípio da unicidade, consagrado pelo Constituição. Dele é que decorreriam os efeitos indesejáveis da coisa julgada.

É princípio assente que compete ao Poder Legislativo a criação do Direito, isto é, a alteração da ordem jurídica. Ao Judiciário compete tão-só aplicar as normas estabelecidas pelo legislador. É certo que há normas que resultam do costume, da equidade e dos principais vetores do sistema, identificados a partir da análise do conjunto normativo. Contudo, ainda que explicitadas por sentença, não são por ela criadas.

A incidência da norma é prévia, automática e infalível. Ao Judiciário compete aplicar a norma que incidiu, mediante provocação do interessado, sempre que este argüir eventual desconformidade entre a incidência e a aplicação.

Malgrado tais conceitos sejam aceitos pela expressiva maioria dos juristas, ensina-se também que a sentença, aplicando a lei, tem força criativa própria, o que permite ter havido incidência sem haver aplicação, não ter havido incidência e haver aplicação e coincidirem aplicação e incidência. Afirma-se que a sentença constitui ato de vontade, tem força criativa própria, o que implica a existência de duas ordens jurídi-

cas: uma fundada na lei e outra fundada na sentença.

Segundo PAULO ROBERTO, aceitar essa dualidade implica abdicar de postulados fundamentais, quais sejam, a isonomia, a legalidade, a divisão de poderes e a democracia.⁶

A visão dual é consagrada pelo Código de Processo Civil, ao afirmar que a sentença tem força de lei (art. 468). Haveria, assim, duas ordens jurídicas, uma fundada na lei editada pelo Poder Legislativo e aplicada pelos destinatários públicos e privados; outra criada e aplicada pelo Judiciário, não servindo a primeira senão para ministrar subsídios ao julgador, no momento da edição das normas componentes da segunda ordem.

Daí o prestígio da coisa julgada.

"A adoção da tese da unicidade do Direito conduz à conclusão oposta, qual seja, a de ser a sentença ato exclusivamente intelectual, consistente na aplicação do direito objetivo, revelado pelo Poder Legislativo, ao caso concreto decidido. A sentença, aqui, é mero processo de cognição e de adequação lógica, sendo vazia do elemento 'vontade'. Ao julgar a lide, o Estado-juiz não exerce qualquer opção axiológica, nem reavalia as circunstâncias particulares do caso concreto, salvo no que for essencial para identificar qual a regra jurídica incidente sobre os fatos e quais as consequências decorrentes desta incidência."⁷

Prossegue PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, afirmando que a tese da dualidade do Direito se vincula necessariamente ao reconhecimento da natureza volitiva da sentença, e a da unicidade, ao de sua natureza meramente intelectual. Se nosso sistema jurídico se funda na lei (Constituição, art. 5º, II), não pode a sentença instituir obrigações. A dualidade, além de ser incompatível com os princípios da isonomia e da legalidade, também o é com a democracia. Se todo poder emana do povo, em cujo nome deve ser exercido, não pode o Estado-juiz, ao julgar a lide, editar outro comando que não seja o da lei.

"No Brasil, onde a Carta Política é formal e rígida, consagrando explicitamente a democracia, a isonomia e a legalidade como cânones fundamentais máximos do Estado de direito, inexiste espaço lógico e político onde possa medrar a tese da dualidade."⁸

Unicidade do Direito

Pelo contrário, prossegue PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, a tese da unicidade compatibiliza-se perfeitamente com a democracia, com os princípios constitucionais da isonomia e da legalidade, com a natureza exclusivamente intelectual da sentença e com o clássico sistema de freios e contrapesos que caracteriza a tripartição constitucional dos poderes, preconizada por MONTESQUIEU e consagrada por nossa Constituição.

6. Contribuição à teoria da coisa julgada. p. 94.

7. Contribuição à teoria da coisa julgada. p. 100.

8. Contribuição à teoria da coisa julgada. p. 105.

4. Contribuição à teoria da coisa julgada. p. 110.

5. Contribuição à teoria da coisa julgada. p. 87.

E conclui:

“a opção pela unicidade do Direito e o conseqüente reconhecimento da possibilidade da sentença errada e injusta obrigam o sistema a adotar remédio jurídico eficaz para a sua retificação. Essa é a principal repercussão da adoção da tese da unicidade sobre o instituto da coisa julgada. A unicidade do Direito reclama um enfraquecimento da imutabilidade das decisões definitivas, tornando-as modificáveis. Na quebra de braço entre a coisa julgada, de um lado, e a legalidade e a isonomia, do outro lado, a primeira cede o passo às segundas.”⁹

Um remédio mais amplo do que a rescisória

A seguir, demonstra o Autor a insuficiência da rescisória, para restabelecer a unidade do Direito, seja por haver a sentença rescindenda adotado tese “razoável”, seja porque decorrido o prazo para sua propositura.

Preconiza a criação de um remédio jurídico próprio, mais amplo que a ação rescisória e diz:

“Enquanto não vem este remédio jurídico-processual a ser disciplinado em lei ordinária, nada impede, ao contrário tudo aconselha, urgente alteração na postura do Poder Judiciário para que se avance no sentido de admitir nova propositura de idêntica ação, ainda que tal implique literal violação da lei processual instituidora da coisa julgada, sempre que a manutenção do

julgamento original implicar o sacrifício do princípio da legalidade ou da isonomia.”¹⁰

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA observou bem que o tema por ele posto põe em cheque concepções jurídicas fundamentais, que se encontram “na raiz da árvore”, com “conseqüências manifestadas nas pontas das ramas mais delgadas”.

A jurisprudência como fonte do Direito

De nossa parte, entendemos que o Direito é o que é, não algo que *deveria* ser. É com esta visão de realidade que admitimos ser a jurisprudência, também ela, fonte do Direito, ao lado da lei e do direito consuetudinário. Nem sequer estamos a nos referir à eventual sentença injusta, que nega obrigação existente ou afirma direito subjetivo inexistente. Admitimos a criação judicial do Direito, no sentido de que surgem, no sistema jurídico, normas gerais e abstratas que devem sua origem ao labor dos tribunais, e não diretamente ao legislador.

A mesma visão de realidade nos leva a afirmar o caráter volitivo do comando contido na sentença. A vontade do juiz é psicologicamente ineliminável: quando ele condena, condena porque quer, ainda que queira em obediência ao ordenamento jurídico. *Coactus voluit tamen voluit* (quis, porque coagido, mas quis). Não vinga a frágil desculpa de que foi a lei que quis. Essa é a realidade do Direito, embora não coincida com o esquema lógico dos juristas, que imaginam um sistema automático de incidên-

cia de normas jurídicas, previamente estabelecidas, sobre fatos ocorridos posteriormente. Não raras vezes, essa norma que previamente incidu apenas passou a ter existência com a prolação da sentença.

Num sistema ideal, o juiz aplicaria sempre a lei que incidu. Mas quem diz que vivemos num mundo ideal?

Quando o Código de Processo Civil enuncia que a sentença faz lei entre as partes, nada mais faz do que reconhecer uma realidade, que talvez nem sequer fosse a desejada pelo legislador.

Entendemos, pois, que são fontes do Direito: a lei, a jurisprudência e o costume.

Historicamente, o costume precedeu à jurisprudência que, por sua vez, precedeu à lei, como hoje a entendemos, isto é, como norma geral e abstrata emitida pelo Estado. Numa ordenação de importância decrescente, a lei, hoje, se superpõe à jurisprudência e esta, ao costume.

A sociedade constitui-se produzindo normas costumeiras. Daí a antigüidade do costume. Direito primitivo é Direito costumeiro. O *jus*, contemporâneo da sociedade, de que se fala na assertiva *ubi societas, ibi jus* (onde há sociedade, aí há direito), é, pois, Direito, *jus* costumeiro.

Ao organizar-se em Estado, a sociedade passa a produzir normas jurisprudenciais e legais. Pode-se, então, dizer que as normas costumeiras são produzidas pela sociedade; a jurisprudência e a lei, pelo Estado.

O costume é de produção lenta, local e de difícil constatação. Ao se organizar

em Estado, a sociedade o constitui como um sistema de produção de normas jurídicas. Produzem-se, então, normas legais e jurisprudenciais, com maior rapidez, eficiência e racionalidade, que constituem emergências do sistema.

A lei, sobretudo a lei, pode ser editada rapidamente, sua existência pode ser facilmente determinada e sua vigência pode-se estender sobre imensos territórios, regendo a conduta de indivíduos que, distantes uns dos outros, jamais poderiam gerar costumes comuns a todos.

Produção de normas jurídicas pelos três Poderes do Estado

Modernamente, o Estado apresenta-se tripartido em três Poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Este apresenta-se, assim, como subsistema do sistema de produção de normas jurídicas. A sociedade continua a produzir normas costumeiras, mas estas perdem quase toda a sua importância. O que releva, quase sempre, são as normas produzidas pelo Estado, através de seus três Poderes. Todos eles produzem normas gerais e abstratas, sobretudo o Legislativo.

Ao Executivo e ao Judiciário caberia, em princípio, a produção de normas concretas. Todavia, isso está longe de refletir a realidade. O Poder Executivo produz, em larga escala, também ele, normas gerais e abstratas. O Poder Judiciário sim produz especialmente normas concretas, mas com a virtualidade de se tornarem gerais, através do fenômeno denominado jurisprudência.

9. Contribuição à teoria da coisa julgada. p. 106.

10. Contribuição à teoria da coisa julgada. pp. 109.

De acordo com a Constituição (art. 2º), os três Poderes são independentes e harmônicos entre si.

Em nosso sistema jurídico, o Judiciário é relativamente autônomo. Apresenta-se, por um lado, como um superpoder, pois tem competência para julgar e tornar sem efeito os atos da Administração e até para julgar e declarar inconstitucionais as próprias leis que é chamado a aplicar. Apresenta-se, por outro lado, com um subpoder, pois é organizado pelo Legislativo e deve obediência à lei. É sobretudo através do poder de reformar a Constituição que se afirma a primazia do Congresso Nacional.

Subordinado à lei, exerce o Poder Judiciário uma atividade de segunda categoria, pois é a lei que fixa os fins que os juízes precisam afanosamente descobrir e buscar.

Nosso sistema, fundado em leis gerais e abstratas, é, por isso mesmo, um sistema flexível. A hermenêutica abre amplo espaço para a adequação da norma geral ao caso concreto, afastando-se injustiças decorrentes da imprevisão do legislador relativamente às peculiaridades de cada caso. Para isso, aliás, existem os juízes: para que cada um possa ter examinado o seu caso, com as suas circunstâncias próprias.

Nenhuma dúvida há de que nosso sistema jurídico se funda na supremacia da lei. Há de se afastar, contudo, o dogma da onipotência do legislador, ainda que este se apresente como constituinte. A sociedade segrega normas jurídicas, sob a forma de costumes, fonte do Direito que perdeu muito, mas não por completo, a sua importância.

Hoje, a produção de normas jurídicas, diretamente pela sociedade, independentemente e contra o aparelho estatal, apresenta-se sobretudo sob a forma de rejeição. Na verdade, as leis precisam ser aceitas pela sociedade. Não basta que as faça o legislador. Daí o interessantíssimo fenômeno, com que volta e meia se defrontam os Tribunais, das leis que não são leis, das leis que o são nos livros, mas não na vida real. O dogma da onipotência do legislador é, primeiro que tudo, falso, e serve, em segundo lugar, para justificar qualquer absurdo e toda injustiça provenientes dos detentores do poder político.

Entre o Legislativo, que produz as leis, e a sociedade, que as recebe ou rejeita, encontram-se os juízes, chamados a aplicar as leis que a sociedade aceitou e os costumes que se conformam com as leis. Os juízes são governo e são povo. São tanto mais governo quanto mais alto o degrau em que se encontram na hierarquia do Poder Judiciário. Tanto mais povo, quanto mais dele se aproximam, por suas origens, por suas idéias, por seus sentimentos e por seu comportamento. Ocupando posição intercalar, são chamados a atender e a fazer cumprir as determinações do alto, mas também a ouvir e a atender as aspirações que vêm do subsolo do corpo social.

Nessa posição ambígua de órgãos de governo e voz do povo, os juízes e o Poder Judiciário segregam a jurisprudência que, é claro, não se confunde com o mero precedente, isolado, que freqüentemente não representa senão uma deturpação jurídica, produto da má cabeça ou de um mau momento, de algum Juiz ou Tribunal.

Das leis, normas gerais e abstratas, deduzem-se as normas jurídicas concretas, que se aplicam a cada caso. Em sentido inverso, das normas concretas, produzidas pelos Tribunais, induzem-se normas gerais e abstratas e eis, então, aí, o fenômeno da jurisprudência.

De um ponto de vista sociológico, é certo que a jurisprudência é fonte do Direito. Seria fácil apontar normas gerais que dela emergiram, ainda que contra a lei. A negação, à jurisprudência, do caráter de fonte do Direito, tem evidente cunho ideológico. Nega-se a produção de Direito pelos Tribunais, a fim de que eles não sejam tentados a produzi-lo.

Cabe perguntar, então, se, de um ponto de vista estritamente jurídico, mais ideal do que real, a jurisprudência deve ou não ser havida como fonte do Direito. A pergunta pode ser posta de uma forma mais brutal, indagando-se, enfim, se juízes e tribunais podem decidir contra a lei ou, em latim, para ser menos chocante, se eles podem decidir *contra legem*. Efetivamente, não há nenhuma dificuldade teórica em se admitir a jurisprudência *secundum legem* ou *praeter legem*. Todo o problema se põe, de maneira viva e dolorida, em face da jurisprudência *contra legem*.

Primazia da lei

Não há dúvida quanto à primazia da lei em nosso sistema jurídico. Primazia sim, não monopólio. As leis emitidas no passado freqüentemente vigem no presente em descompasso com as circunstâncias em que são chamadas a atuar. Há também as hipóteses de leis monstruosas e de leis tolas, e

seria monstruoso e constituiria tolice exigir-se que os tribunais as aplicassem tal como foram editadas. Há, ainda, o caso das leis que a sociedade rejeitou e que, por isso, não podem ser aplicadas. Há, sobretudo, a lição que os séculos nos legaram, no sentido de que o Direito não se contém todo nas leis. Há, pois, que se admitir a jurisprudência como fonte do Direito. Introduz-se, assim, uma certa desordem no sistema jurídico, que deixa de ser monolítico. Ressalte-se, porém, que uma ordem perfeita e absoluta não passa de um sonho, ou melhor, de um pesadelo tecnocrático, tendo mais a ver com os delírios das idéias do que com as realidades da vida.

O Judiciário é um Poder. Exerce atividade de governo. Incumbe-lhe dizer, em cada caso, o que é direito. Cabe-lhe exercer uma atividade como que imunológica, rejeitando as leis inconstitucionais bem como declarando a rejeição social de algumas normas. Produz a jurisprudência, que, como a lei, é fonte do Direito. Tudo isso é verdade e, contudo, é preciso que se apregoe a supremacia da lei e se pregue a subordinação do Juiz à lei. Investido na sua função, na forma e em virtude da lei, deve o Juiz fidelidade ao sistema jurídico que o constituiu como órgão seu. Não se pretenda libertar o Juiz do dever de obediência à lei, ainda que em nome da Justiça, porque a liberdade do Juiz submete os jurisdicionados ao arbítrio e aos caprichos de sua autoridade.

Prendem-se as feras, para que não periclitem a vida de todos.

Pode o Juiz, em especiais circunstâncias, pôr entre parênteses alguma norma

aparentemente jurídica. Deve, porém, fidelidade ao sistema jurídico que o constituiu, sob pena de trair a missão que lhe foi confiada. Não se prega uma submissão tola, nem cega, mas uma obediência inteligente e voluntária, mais aceita como necessidade social do que imposta por coerção autoritária. Se desaparece o dever de obedecer, em consciência, tudo se reduz a um jogo de forças. Mandam os mais fortes, submetem-se os vencidos e, ao termo de tudo, não se tem nem lei, nem Direito, nem Justiça, mas violência, arbítrio e arrogância.

Como se observa, o reconhecimento da jurisprudência como fonte do Direito de forma alguma nos leva a pregar a desobediência à lei. E, muito menos, nos conduz a nos conformarmos com a quebra do princípio da isonomia decorrente de divergências jurisprudenciais. Aliás, se a divergência não se resolve nunca, o que exatamente não há é criação jurisprudencial do Direito.

Temos, pois, do Direito uma visão diferente da exposta por Paulo Roberto de Oliveira Lima. Coincidimos, porém, na necessidade de reformas no instituto da coisa julgada.

Examinaremos as suas propostas e concluiremos apresentando a nossa.

A primeira proposta de Paulo Roberto de Oliveira Lima

A primeira proposta de PAULO ROBERTO é no sentido de excluir a ofensa à coisa julgada como fundamento para a rescisão da sentença, declarando-a nula. Em embargos à execução fundada em sentença poderia o executado alegar: "nulidade da sentença, por ofensa à coisa julgada, salvo

se tal alegação já houver sido objeto de exame no processo de conhecimento".

Em outras palavras, a sentença proferida com ofensa à coisa julgada deixaria de integrar a categoria das sentenças meramente rescindíveis, para integrar a das sentenças nulas, na companhia da proferida em processo que correu à revelia de réu não citado ou nulamente citado, caso em que a nulidade pode ser decretada em embargos à execução, ou em outro processo (*querela nullitatis*).

Estamos de pleno acordo, mesmo nós que sustentamos, em face do direito posto, a prevalência da segunda decisão, pois meramente rescindível. Mais ainda deverão estar de acordo os que sustentam a prevalência da primeira, sobretudo os que até afirmam não ocorrer decadência do direito de rescindir a sentença, no caso de ofensa à coisa julgada.

A alegabilidade em embargos à execução é consequência lógica da nulidade. Aliás, bastaria a inclusão da coisa julgada como matéria de embargos para se concluir pela nulidade, como ocorre com a sentença nula por falta ou vício da citação em processo de conhecimento que correu à revelia.

No Direito português, constitui fundamento para a oposição à execução de sentença a existência de caso julgado anterior à sentença que se executa (Código de Processo Civil, art. 813, f).

A segunda proposta

Outra proposta acaba com a ação rescisória por violação de literal disposição de lei, instituindo, em seu lugar, ação revisional da coisa julgada, nos seguintes termos:

"Art. 1º A revisão da coisa julgada material, através da presente ação, poderá ser requerida pelo interessado quando a decisão atacada:

I – violar literal disposição de Lei;

II – contrariar a súmula dos tribunais superiores;

III – houver adotado no caso concreto interpretação de regra jurídica diversa da que haja sido aplicada em outra oportunidade, a questão igual.

Art. 2º A petição inicial será elaborada com a observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor:

I – cumular ao pedido de revisão o de novo julgamento da causa;

II – depositar a importância de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, revertida em proveito do réu, caso a ação seja julgada improcedente;

III – comprovar, se for o caso, a existência e a vigência da súmula contrariada, ou a divergência jurisprudencial argüida, demonstrando a identidade entre a questão a ser revista e o paradigma;

§ 1º Não se plica o disposto no inciso II à União, ao Estado, ao Município e ao Ministério Público.

§ 2º Havendo mudança do valor da causa, por determinação do juiz, seja de ofício, seja em face de incidente de impugnação intentado pelo réu, o autor será intimado para complementar o valor do depósito, em 05 (cinco) dias, sob pena de ser o feito extinto, sem julgamento do mérito.

Art. 3º Tem legitimidade para propor a ação:

I – quem foi parte no processo ou seu sucessor;

II – o terceiro juridicamente interessado;

III – o Ministério Público.

Art. 4º A ação revisional da coisa julgada deve ser proposta no primeiro grau de jurisdição, ainda que o julgado a ser revisto tenha sido prolatado em instância superior, salvo se se tratar de causa de conhecimento originário dos tribunais, caso em que também a ação revisional deve nelas ser ajuizada.

Art. 5º No julgamento do mérito da ação revisional, o juiz não fica vinculado à solução adotada no paradigma.

Art. 6º A ação revisional da coisa julgada não prescreve senão quando prescrito o direito subjetivo objeto da decisão atacada.

Art. 7º A ação revisional não suspende a execução da sentença.

Art. 8º Não enseja ação revisional da coisa julgada mero reexame da prova produzida.

Art. 9º Julgada procedente a ação revisional da coisa julgada, a sentença então prolatada substitui integralmente o julgado revisto.

Art. 10. Aplica-se à ação revisional da coisa julgada o procedimento ordinário.¹¹

11. Contribuição à teoria da coisa julgada. pp. 165-6.

O Autor justifica a sua proposta, dizendo que a inevitável opção pela tese da unicidade do Direito implica estruturar o instituto da coisa julgada com maior plasticidade, permitindo a revisão do julgado que haja declarado direito subjetivo efetivamente inexistente. A modificação do julgado já é admitida pela atual ação rescisória e, mais amplamente, pela revisão criminal, mas ainda é excessivo o nível de imutabilidade conferido à coisa julgada pela lei processual. O princípio da legalidade não pode ser sacrificado em homenagem à coisa julgada, tampouco o princípio da isonomia. No choque entre eles, a imutabilidade tem de ceder passagem àqueles princípios basilares do constitucionalismo nacional.

Impõe-se a revisão da sentença contrária à jurisprudência, inclusive em face de mudança de orientação jurisprudencial. É inadmissível a aplicação de duas regras jurídicas diferentes, extraídas da interpretação de um mesmo dispositivo legal, em frontal desrespeito aos princípios constitucionais da isonomia e da legalidade. O respeito da sociedade civil ao Direito, enquanto processo social de adaptação, o prestígio do Judiciário, enquanto instituição encarregada de realizar o bem supremo da Justiça, passa necessariamente pela urgente adoção da revisibilidade da sentença anti-isonômica. O limite temporal para o exercício da ação deve coincidir com o termo final do prazo prescricional para o exercício do próprio direito subjetivo, cuja alegação ensejou a ida ao Judiciário, para

que o processo não seja fonte de direito subjetivo, ou por outra, para que a sentença não tenha força criativa própria.¹²

“Não se trata de revisar matéria de fato, mas da adoção de teses objetivas quanto ao exato entendimento da lei. Por exemplo, se o prazo prescricional das ações que visem exigir o pagamento das contribuições previdenciárias é quinquenal ou trintenário; se é inconstitucional o ato que proíbe o uso de películas anti-reflexivas nas áreas envidraçadas dos automóveis; se a mudança do regime celetista para o estatutário enseja o saque dos depósitos vinculados ao fundo de garantia por tempo de serviço; se agride à isonomia a permissão da importação de automóveis (ou pneus) novos e a proibição de usados; se é inconstitucional a exigência de idade mínima para fazer determinado concurso; se é devido o reajuste de 147,06% aos aposentados, em setembro de 1991; se é direito do promitente comprador, que não tenha registrado o pré-contrato de compra, excluir da penhora o bem prometido em venda, quando executado o promitente vendedor; se é legal a imposição pelo Estado, aos indivíduos, do uso dos cintos de segurança.”¹³

Observamos, desde logo, que a ação pretendida não tem a natureza da ação revisional a que se refere o art. 471, I, do Código de Processo Civil (revisão de sentença relativa a relação jurídica continuativa, com fundamento em modificação no estado de fato ou de direito). Trata-se, na verdade, de ação rescisória, tal

como hoje a concebemos, embora com diferente regulamentação jurídica.

A violação de literal disposição de lei já é, hoje, fundamento para a rescisão de sentença.

A contrariedade a súmula dos tribunais superiores pode ser vista como um caso especial de violação de literal disposição de lei: violação de lei, tal como revelada pelos tribunais superiores, através de súmula. De um modo mais realista, pode-se ver, no dispositivo proposto, a consagração das súmulas dos tribunais superiores como fonte do Direito, contrariamente à tese da unicidade, tão vigorosamente sustentada pelo proponente.

O inc. III faz da divergência jurisprudencial, que já é fundamento do recurso especial, causa para a rescisão da sentença, a qualquer tempo, com resultados a nosso ver inadmissíveis. Suponha-se a hipótese de servidor público que esteja, por força de sentença, a receber vantagem negada a outros, também por sentença. Como a Administração lhe vem pagando regularmente a vantagem, não há que se falar em prescrição. Nos termos da proposta, não há outro prazo para o pedido de rescisão. Decorridos cinco, dez, quinze ou vinte anos, a Administração pede a “revisão” da sentença, obtendo êxito. O servidor teria de repetir o que recebera durante todos esses anos! O pior é que tal ação não asseguraria o desejado tratamento isonômico, porque (são coisas que ocorrem) poderia a Administração propor a ação “revisional” contra alguns, mas não contra todos os que, embora por sentença, houvessem percebido “vantagem indevida”.

A terceira proposta

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA quer transformar em afirmação a negação constante do art. 469 do CPC, para dizer que fazem coisa julgada: a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; a apreciação de todas as questões decididas, relativas ao caso concreto, que constituam premissa necessária da conclusão.

Trata-se, pois, de alterar os limites objetivos da coisa julgada, para que não se limitem ao comando contido na sentença, mas se estendam aos seus fundamentos.

Entende o Autor não ter sido feliz a opção do Código.

“Restringir a eficácia da coisa julgada ao dispositivo significa abandonar parte do resultado útil do processo, desprezar significativo trabalho produzido pelo Judiciário e multiplicar as possibilidades de decisões conflitantes, militando em desfavor da isonomia e ampliando as oportunidades de gerar perplexidades e desconfianças na atuação do Judiciário. Houvesse, em compensação destas desvantagens, alguma vantagem na restrição da abrangência dos limites objetivos da coisa julgada, e seria o caso de o jurista promover cuidadoso exame do conjunto de ganhos e perdas, com o objetivo de fazer a opção que melhor atendesse às necessidades do sistema jurídico. Ironicamente, porém, inexistente qualquer desvantagem na ampliação. Contudo, o legislador escolheu a restrição máxima. É tempo de mudar de rumo. O Judiciário atravancado de feitos, a necessidade da rápida solução dos litígios, a insuficiência dos

12. Contribuição à teoria da coisa julgada. pp. 111-24.

13. Contribuição à teoria da coisa julgada. pp. 115-6.

juízos para atender com eficiência a massa de demandas, principalmente diante da chamada litigiosidade latente e reprimida, a necessidade óbvia da uniformização das soluções, tudo aponta para a máxima ampliação dos limites da coisa julgada.¹⁴

Não parece razoável ao Autor que, no caso, por exemplo, de duas ações propostas com fundamento no mesmo acidente de trânsito, uma primeira sentença julgue improcedente a ação de A contra B, imputando toda a culpa ao próprio demandante, e uma sentença julgue improcedente também a ação de B contra A, dizendo que este não teve culpa alguma ou afirmando, quiçá, que nem sequer houve abaloamento. Nesse caso, como se sabe, há contradição lógica entre as sentenças, mas não contradição jurídica.

A proposta coerentemente acaba com a ação declaratória incidental. Segundo o proponente, a nova redação do art. 469 melhor o harmonizaria com o disposto no art. 468: "A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas."¹⁵

A nosso ver, a opção do legislador, restringindo a coisa julgada ao comando contido na sentença se ajusta melhor ao princípio da demanda, também chamado princípio da iniciativa, que constitui princípio fundamental de nosso processo (CPC, art. 2º). Se a sentença é prolatada para decidir a respeito do pedido formulado pelo demandante, não há por que estender a

coisa julgada a fundamentos de outros possíveis pedidos, não formulados.

Adotada essa proposta do Autor, teriam as partes de, mesmo em processo de mínima importância, envidar o máximo de esforços para esclarecer cada fato alegado, temerosas de consequências imprevistas que poderiam resultar da verdade dos fatos estabelecida pela sentença.

A quarta proposta

A atenção volta-se aqui para as relações jurídicas continuadas. Considerem-se as hipóteses apresentadas:¹⁶

A primeira é de uma ação de cobrança de aluguéis, em que se defenda o locatário afirmando tratar-se de comodato. Preconiza o Autor a extensão dos limites objetivos da coisa julgada, para que restem abrangidos pela coisa julgada não somente o dispositivo, condenando o réu ao pagamento das prestações vencidas, mas também a declaração da natureza locatícia da relação. O caso não suscita qualquer problema no Direito vigente. Trata-se de caso clássico de cabimento de ação declaratória incidental.

A segunda hipótese apresentada pelo Autor é a de uma ação de consignação em pagamento proposta por mutuário do Sistema Financeiro da Habitação. Queixa-se PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA de que não produzam coisa julgada os critérios estabelecidos pela sentença quanto à

interpretação das regras contratuais concernentes aos critérios de reajustamento do valor das parcelas. Segundo nos parece, este também seria um caso solucionável mediante a propositura de ação declaratória incidental.

A terceira hipótese é a de um contrato de parceria agrícola, em que o primeiro parceiro entende de deduzir como despesa do empreendimento, antes da incidência do percentual destinado ao segundo parceiro, seus gastos pessoais, porquanto reside no imóvel. Decidida a lide em favor do segundo parceiro, o mesmo litígio pode se repetir em período subsequente. Mais um caso que se resolve com a propositura de ação declaratória incidental.

A quarta hipótese diz respeito ao proprietário de um imóvel que pleiteia do vizinho permissão para ingressar no terreno deste, para reparos da parede divisória, situação que pode se repetir, dando origem a sucessivos litígios. Esse é um caso, que, a nosso ver, não se resolveria com qualquer declaração, por se tratar, na verdade, não de lide de pretensão resistida, mas de lide de pretensão insatisfeita. O que se necessita é de um mandamento judicial e este não poderia senão ser concedido caso a caso.

Como se vê, as hipóteses imaginadas não sugerem a necessidade de alteração legislativa, como aliás reconhece o próprio Autor, nem, acrescentamos, novo enfoque doutrinário.

Coisa julgada tributária

Resta examinar, como última hipótese, a da coisa julgada tributária, que é as-

sim exposta pelo Prof. HUGO DE BRITO MACHADO, em lição transcrita pelo Autor:

"A relação jurídica tributária pode ser instantânea, como acontece no caso de venda eventual de um imóvel, por exemplo, ou continuativa, como acontece com o contribuinte do ICMS, por exemplo. No primeiro caso, o fato tributável é autônomo, isto é, nele residem todos os elementos de que necessita para determinar o valor do tributo a ser pago, e o pagamento extingue não apenas o crédito tributário respectivo, mas a própria relação obrigacional fisco-contribuinte. No segundo caso, o fato tributável não é autônomo, no sentido de que, embora produza, isoladamente, o efeito de criar a obrigação tributária, ele se insere em um conjunto de outros fatos relevantes para a composição da relação jurídica fisco-contribuinte.

A relação jurídica tributária instantânea é peculiar aos tributos relacionados com ocorrências eventuais. Por isto mesmo não existe, nem se faz necessário, um cadastro de contribuintes, sujeitos passivos desta relação.

A relação jurídica tributária continuativa é peculiar aos tributos relacionados a ocorrências que se repetem, formando uma atividade mais ou menos duradoura. Por isso mesmo os contribuintes, sujeitos passivos desta relação, inscrevem-se em cadastro específico, que se faz necessário precisamente em virtude da continuidade dos acontecimentos relevantes do ponto de vista tributário. Na relação jurídica continuativa, ou continuada, muitas vezes, até a determinação do valor a ser pago

14. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. pp. 133.

15. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. pp. 133-43.

16. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. pp. 142-9.

pelo contribuinte depende não apenas de um fato tributável, mas do encadeamento dos fatos que a integram, como acontece no Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), e no Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), tributos não cumulativos.

Realmente, no IPI, como no ICMS, o valor a ser pago em cada período é apurado em função de uma conta corrente, na qual são registrados débitos relativos às saídas de mercadorias e produtos e créditos, relativos às entradas de mercadorias ou de matérias-primas e outros insumos, no período de apuração respectivo.

.....

A nosso ver, em se tratando de ação declaratória, não há dúvida de que a sentença que se reporte a relação jurídica continuativa produz efeitos para o futuro. A declaração da existência, da inexistência, ou do modo de ser de uma relação jurídica, neste caso, constitui o próprio dispositivo da sentença. E em se tratando de relação jurídica continuativa, esse dispositivo há de permanecer inalterado enquanto perdurar o estado de fato e a norma que com ele compõe a relação.¹⁷

Afirma PAULO ROBERTO que a jurisprudência praticamente unânime de nossos tribunais tem, entretanto, sufragado a tese oposta. Também a doutrina. A eventual aplicação da coisa julgada a fatos futu-

ros implicaria atribuir à sentença natureza normativa, o que é contrário à tradição de nosso direito processual e constitucional; o Judiciário não tem poder legiferante. A sentença não poderia senão resolver fatos já ocorridos quando de sua prolação.

“Trata-se de erro”, diz PAULO ROBERTO OLIVEIRA LIMA. “Aliás, a mesma ciência que afirma tão categoricamente esta regra, deixa de enxergar, mercê de severa miopia jurídica, que, em muitas circunstâncias, consagra a solução diametralmente oposta, ou seja, há neste aspecto curioso fenômeno: pratica-se determinada regra, aplicando-a tranqüilamente em múltiplas hipóteses, e se anuncia solenemente princípio com ela incompatível.¹⁸”

E com razão argumenta o Autor com a ação de alimentos que, na verdade, dispõe para o futuro, até porque *in praeteritum non vivitur* (não se vive no passado). Não valesse a sentença para o futuro, nova ação teria de ser proposta a cada mês, para determinar, por exemplo, o percentual da remuneração devido pelo alimentante.

Por que não se adota o mesmo critério relativamente às relações jurídicas tributárias de natureza continuada?

Cremos que há, realmente, identidade de situações, de que não se dão conta aqueles que negam a existência de coisa julgada em ação de alimentos.

É exato que o juiz julga fatos passados; quando muito, fatos atuais. Isso, po-

rém, não quer dizer que a sentença não disponha para o futuro. Assim como a lei, também a sentença se destina a regular a conduta humana e não se regula senão para o futuro. A sentença que condena permite que, no futuro, o vencedor promova a execução; a sentença que constitui, não raro constitui *ex nunc*, ou seja, somente para o futuro. A sentença mandamental determina que algo se faça ou não se faça no futuro. Por que não se poderia declarar para o futuro? Uma razão possível seria a vinculação, que restaria por demonstrar, entre declaração e condenação. Nada se poderia declarar com relação a prestações vincendas, porque só possível condenação com relação a prestações vencidas. Mas o que é uma sentença declaratória da paternidade senão uma declaração para ser respeitada no futuro? A declaração judicial de paternidade não constitui declaração de mero fato, ocorrido no passado, o fato biológico da concepção, mas declaração de relação jurídica, que não tem outro sentido que o de impor o respeito, no futuro, aos efeitos jurídicos decorrentes dessa declaração.

Todavia, o efeito de coisa julgada em matéria tributária, como em matéria administrativa, pode ter um efeito perverso, que explica a jurisprudência criticada por PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA.

Suponha-se que da interpretação de dispositivo legal decorra declaração judicial de que tal ou qual contribuinte tem direito à isenção ou redução de alíquota nas operações de circulação de mercadorias que realiza habitualmente. Por divergência jurisprudencial, outro contribuinte, embo-

ra em situação idêntica, obtém exatamente declaração contrária. Em face da imutabilidade da coisa julgada, perpetuar-se-ia a igualdade de tratamento, enquanto não alterada a lei interpretada?

Coisa julgada e servidores públicos

Um outro exemplo, este no âmbito do Direito Administrativo, é dado pelo mesmo PAULO ROBERTO OLIVEIRA LIMA, com relação a servidores públicos:

“Em face do momento em que foram propostas e julgadas, algumas ações terminaram com a concessão de 84,32% de reajuste, em março de 1990, aos autores, servidores públicos. Tendo o Supremo Tribunal Federal, mais tarde, cifrado o entendimento de que tal reajuste não era devido, outras tantas ações terminaram por negar aos autores, servidores públicos, igual vantagem. Ironicamente, em muitos casos, ambas as sentenças transitaram em julgado, tendo decorrido *in albis* o prazo da rescisória. Em face das regras hoje adotadas, disciplinadoras do instituto da coisa julgada, a situação será definitivamente mantida, ou seja, na mesma ‘repartição pública’ servidores exercentes de cargo igual receberão eternamente remunerações diferentes. O fato implica irretorquível agressão ao princípio constitucional da isonomia, macula os cânones máximos do Direito Administrativo (impessoalidade, indisponibilidade, legalidade fechada) e agride ao senso comum de justiça, daí porque desserve ao Direito. O respeito à coisa julgada não justifica tamanho sacrifício!!¹⁹”

17. Hugo de Brito Machado. “Mandado de segurança em matéria tributária”. *Apud* Paulo Roberto de Oliveira Lima. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. pp. 144-5.

18. Paulo Roberto de Oliveira Lima. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. p. 146.

19. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. p. 158.

O caso dos servidores públicos é mais complexo, face à irredutibilidade de vencimentos consagrada pela Constituição (art. 37, XV).

Mas para a relação jurídica tributária já temos, em nosso sistema, um princípio de solução. Encontra-se no art. 471, I, do CPC, que prevê a alteração do julgado, nas relações jurídicas continuativas, havendo alteração no estado de fato ou de direito.

Nossa proposta: uma nova hipótese de revisão de sentença

Para nós, que entendemos que a jurisprudência constitui, sim, fonte de direito, esse dispositivo contém a solução do problema. Se o contribuinte (ou o Fisco) obtém declaração, com base em determinada interpretação, mas a jurisprudência vem a se fixar em sentido oposto, há de caber a revisão do julgado, porque houve modificação do Direito.

Esta é, pois, a nossa primeira proposta: que se inclua, no art. 471, parágrafo esclarecendo que se considera modificação no estado de direito a fixação da jurisprudência em outro sentido, por súmula do tribunal competente (que seria o Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional; o Superior Tribunal de Justiça, quanto a lei federal; o Tribunal de Justiça, no que diz respeito a lei local). Observe-se que não se estaria a rescindir a sentença. A ação seria rigorosamente de revisão do julgado, com efeitos *ex nunc* ou retroagindo, no máximo, à data da propositura da ação revisional.

Como já se observou, no caso das lições de servidores públicos com a Administração, o problema se apresenta mais complexo, porque certamente se entenderia que a revisão do julgado não poderia implicar redução de vencimentos, face à irredutibilidade estabelecida pela Constituição. E a rescisão poderia encontrar obstáculo na Súmula nº 343 do STF ("Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais"), embora se tenha excetuado dessa regra as controvérsias envolvendo matéria constitucional:

"Nada importa a circunstância de ter sido controvertida pelos tribunais a compatibilidade entre a constituição e a lei: a restrição contida na Súmula nº 343 do STF incide somente, quando o acórdão enveredou pela interpretação do dispositivo legal". (Brasília, STJ, 1ª Turma, REsp 132.314/PE, Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator, 25.08.1998. DJU 28/09/1998, p. 00010). "Se a decisão judicial rescindenda aplicou lei cuja inconstitucionalidade veio a ser declarada pelo Supremo Tribunal Federal, a ação rescisória é cabível. Nada importa a circunstância de que, na época em que se formou tal decisão, era controvertida nos tribunais a compatibilidade entre a constituição e a lei: a restrição contida na Súmula nº 343, do STF, incide somente quando o dissídio pretoriano envolvia a interpretação do dispositivo legal. (Brasília, STJ, REsp 130.886/RS, Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator, 18.08.1998. DJU 13.10.1998, p. 00017). "Se o Pretório Excelso declarou inconstitucional lei que,

antes, o acórdão havia reputado válida, o julgado deste deve ser rescindido ainda que, à época, o tema fosse controvertido" STF – Súmula nº 343). Recurso especial conhecido e provido. (Brasília, STJ, REsp 163.999/RS, Ministro ARI PARGENDLER, 03.09.1998. DJU 28.09.1998, p. 00040).

A rescisão do julgado poderia, ainda, encontrar obstáculo na proposta que formulamos. Efetivamente, havida como alteração do Direito a fixação da jurisprudência em determinado sentido, por súmula do tribunal competente, não poderia ser ela invocada para rescindir sentenças a ela anteriores.

Sem negar a força do argumento, responderíamos que, embora se considere também a jurisprudência como fonte do Direito, não se nega a supremacia da Lei. A fixação da jurisprudência em determinado sentido supõe controvérsia jurisprudencial. A edição de súmula não significa inovação no Direito, igual à da lei, mas inovação apenas para que interpretavam a lei em sentido diverso. Certo, não seria de se rescindir sentença por contrariar súmula posteriormente editada; mas cabível a rescisão por violação de literal disposição de lei já vigente à data dos fatos julgados pela sentença.

Quando mais não seja, porém, a rescisão poderia encontrar obstáculo na decadência, pelo decurso do prazo bienal.

Coisa julgada e irredutibilidade de vencimentos

Consideremos as hipóteses que podem surgir, com relação aos servidores pú-

blicos, em face de texto legal de interpretação controvertida.

Se a jurisprudência vem a se fixar em sentido favorável aos servidores, os que não propuseram ação poderão, a qualquer tempo, propor a sua ação, porque, salvo negativa expressa da Administração, a prescrição só alcançará as prestações vencidas há mais de cinco anos; os que propuseram ação, mas foram vencidos, poderão ver restabelecida a isonomia, através de lei ou ato administrativo que lhes estenda o benefício negado por sentença.

Se a jurisprudência vem a se fixar em sentido favorável à Administração, esta poderá, quando muito, obter a rescisão das sentenças em que foi vencida, propondo ação rescisória, no prazo de dois anos contados do trânsito em julgado de cada decisão. Como, via de regra, a jurisprudência leva mais de dois anos, para se fixar em determinado sentido, haverá servidores que, por força de sentença errada (segundo essa mesma jurisprudência), receberão vantagem indevida, por tempo indeterminado e em flagrante quebra do princípio da isonomia. A revisão da sentença, tal como preconizamos, não será possível, face ao princípio da irredutibilidade de vencimentos.

Aliás, a proposta que formulamos, poderá até reforçar sua posição. Efetivamente, se a fixação da jurisprudência em determinado sentido constitui alteração do Direito, é claro que por ela não poderão ser prejudicados, como não poderiam sê-lo por lei nova. Assim, a regra da irredutibilidade de vencimentos poderia ser esgrimida tanto para excluir a revisão quanto a rescisão da sentença.

Parece-nos injusta a quebra do princípio da isonomia, ainda que em nome do respeito à coisa julgada. Além do prejuízo ao erário, que não deve ser desprezado, escandaliza a permanência no tempo de uma situação evidentemente contrária ao princípio fundamental da isonomia. Para o problema não vemos, todavia, outra solução do que uma reforma constitucional, que acrescente mais uma exceção à regra da irredutibilidade de vencimentos, qual seja a de que ela não impedirá a revisão do julgado, quando a jurisprudência houver se fixado em sentido diverso.

Acórdão comentado

Freqüentemente, é a jurisprudência que explica textos legais de interpretação duvidosa. Primeiro é editada a lei; sobrevêm depois acórdãos que a explicam. Por certo, não se pode invocar jurisprudência para explicar texto legal futuro.

Invertendo, todavia, essa ordem lógica, referimos e comentamos a seguir acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁰, para melhor explicar o sentido da proposta que estamos a oferecer.

Aberto concurso público para ingresso em Curso Superior de Formação de Delegado de Polícia, foram os candidatos submetidos a teste de capacitação física. Alguns dos reprovados nesse teste propuseram ação, sustentando sua ilegalidade com variada argumentação: porque único, porque eliminatório, por se tratar de exigência revogada pela Constituição do Estado, por mal conduzido, etc. Todos

obtiveram êxito, menos um, porque julgado por Câmara que adotou orientação diversa da que veio a final a prevalecer no Tribunal.

Por força de liminar, esse candidato havia feito o curso e recebido o diploma de conclusão. Embora considerado física e mentalmente apto pelo Serviço de Biometria Médica, não foi nomeado para o cargo de Delegado, porque a sentença definitiva não lhe foi favorável.

Propôs, então, nova ação, pedindo sua aprovação no referido concurso, tendo em vista a declaração, em processos similares, da nulidade do teste de aptidão física em que fora reprovado.

A sentença de 1º grau, bem como a maioria dos desembargadores que julgaram a apelação, reconheceram a existência de coisa julgada. O relator encontrou certa dificuldade no reconhecimento da identidade de causa de pedir e de pedido: quanto à causa de pedir, porque fundada a ação no princípio da isonomia; quanto ao pedido, por visar à nomeação, quando antes se buscara apenas a declaração de aprovação no teste. Entendemos que a invocação do princípio da isonomia representou apenas um argumento a mais, não uma nova causa de pedir, porque esta decorre dos fatos, conforme a teoria da substanciação, adotada por nosso Código. O pedido novo, de nomeação, não poderia ser deferido sem afastar-se o obstáculo da sentença anterior, que confirmara a decisão administrativa, declarando-o reprovado no teste de aptidão física.

Pareceu, também, ao relator, não haver identidade de fatos, entre a situação do autor, vencido, e dos vencedores dos demais processos: "O fato de alguém ter sido aprovado, em outros concursos, na mesma prova de aptidão física, não induz, como parece óbvio, à dispensa e/ou à aprovação em prova ulterior". Sem dúvida, a aptidão física constitui condição individual, que pode ser afirmada com relação a alguns e negada com relação a outros, sem quebra de qualquer princípio jurídico. No caso, porém, houve realmente tratamento diferenciado, não obstante identidade de fatos, porque os paradigmas foram dispensados da exigência de aprovação no teste de aptidão física, o que não ocorreu com o autor.

O voto vencido

Via de regra, o que importa são os votos vencedores, que são os que exprimem o pensamento do tribunal. Aqui, porém, prestamos especial atenção ao voto vencido, prolatado pelo eminente Desembargador MOACIR ADIERS, por haver preconizado a rescisão da sentença, por ação ordinária, face à circunstância de haver a jurisprudência se fixado em outro sentido. Solução, como se vê, com alguma semelhança com a que preconizamos *de jure condendo* (ou seja, a proposta para o Direito futuro).

Do ponto de vista do direito posto, o voto vencido apresenta-se como contraditório e violador da lei. Contraditório, por haver afirmado o cabimento de ação rescisória, reconhecendo, assim, a existên-

cia de coisa julgada, para negá-la, depois, "temperando-a". Violador da lei, por haver desprezado a coisa julgada, afastando o princípio da legalidade estrita, invocando a equidade, que o Código de Processo Civil somente admite nos casos previstos em lei (art. 127).

Mas não é do ponto de vista da legalidade que esse voto merece nossa atenção, o que importa assinalar é que pretendeu rescindir a sentença, por ação ordinária, sob o fundamento de haver a jurisprudência se fixado em sentido diverso. Por igual fundamento estamos a propor a revisão das sentenças.

Há, porém, uma profunda diferença entre a proposta contida no voto vencido e a nossa. É que propomos a revisão apenas com relação às relações continuativas e com efeitos *ex nunc*. Ora, a revisão de sentença incidente sobre relação jurídica continuativa não implica desrespeito à coisa julgada, como já o demonstraram, entre outros, ADROALDO FURTADO FABRÍCIO e ARAKEN DE ASSIS, ao tratar das ações de alimentos.²¹

A proposta do voto vencido foi de rescisão da sentença, desconstituindo-se seus efeitos *ex tunc*. Isso, a nosso ver, somente é admissível por ação rescisória. E não podia a Câmara julgar a apelação como ação rescisória até mesmo porque absolutamente incompetente (no Rio Grande do Sul, compete aos Grupos Cíveis processar e julgar as ações rescisórias de acórdãos de suas Câmaras).

20. Porto Alegre, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 3ª Câmara Cível, AC 595160656, Araken de Assis, Relator, 19.12.1996.

21. Araken de Assis. *Breve contribuição ao estudo da coisa julgada nas ações de Alimentos*. Porto Alegre, *Ajuris*, (46): 77-96, jul. 89. Adroaldo Furtado Fabrício. *A coisa julgada na ação de alimentos*. *Ajuris*, Porto Alegre, (52): 5-33, jul. 91.

Serve, assim, a hipótese, para melhor esclarecer os limites de nossa proposta, que diz respeito apenas às relações jurídicas continuativas.

Como já se observou, o voto vencido afastava o princípio da legalidade, para que prevalecesse a justiça.

Embora o tema da justiça fuja aos propósitos do presente trabalho, ousamos pôr em dúvida sua assertiva de que houve “flagrante injustiça”.

O que há de mais importante em um concurso é a rigorosa observância das normas que o disciplinam. De modo algum se admite a “alteração das regras do jogo”, depois de se verificar que estes ou aqueles candidatos resultaram eliminados. Os que venceram todas as provas têm direito a prosseguir no concurso já sem a concorrência dos reprovados. Se a Administração estatui que certa prova “não valeu”, para dar nova oportunidade a alguns assim favorecidos, há ilícito administrativo. Deixa de haver tratamento igual de todos os candidatos, quando se dispensam alguns da exigência de aprovação em prova exigida de todos os outros.

Do ponto de vista de justiça, a situação não muda, se a “alteração das regras do jogo” decorre de sentença.

Claro que o Judiciário pode anular ou dispensar prova, em atenção ao princípio da legalidade. Mas, sempre visualizando a situação do ponto de vista dos prejudicados pela decisão judicial: seriam prejudicados, primeiro, pela invocação do princípio da legalidade, com a reintrodução no concurso de candidatos que, observado o edital,

já estariam afastados; depois, pela desconsideração da legalidade, em especial pelo desrespeito à coisa julgada, com a reintrodução de ainda outro, agora com invocação de princípio de justiça.

“Que estranho poder tem esse candidato!”, bem poderiam exclamar, “de afastar prova de nós exigida, com invocação do princípio da legalidade, e de afastar o mesmo princípio, quando o prejudicava!”

Evidencia-se, assim, que a “flagrante injustiça”, apontada pelo vencido, somente é sentida na medida em que nos identificamos com o autor da ação; não quando consideramos os fatos do ponto de vista do todo maior dos demais concorrentes. Trata-se, pois, de uma justiça meramente subjetiva, em oposição à justiça objetiva, entendida esta como “conformidade de uma relação interpessoal com o bem comum”, tal como a definia o jusfilósofo gaúcho ARMANDO CÂMARA.

Se valessem considerações de justiça subjetiva, bem que poderíamos nos colocar no lugar daquele concorrente ausente, que deixaria de ser nomeado, porque preterido uma vez por causa da lei, e outra contra a lei.

No plano legal, a ação rescisória não se presta à correção de injustiça da sentença. Com mais forte razão, não se pode dispensar a própria ação rescisória, para corrigir injustiça de sentença anterior. Se, num caso, invocamos o princípio da isonomia, para afastar essas regras, como aplicá-las nos outros, sem quebra do mesmo princípio da isonomia? E, se as afastamos em todos os casos, deixa de haver “coisa julgada”, com todos os benefícios que dela decorrem.

Dimensões da Independência do Poder Judiciário

José Néri da Silveira
Ministro do Supremo Tribunal Federal

Aula Magna proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a 26.04.1999, em Porto Alegre, RS.

SUMÁRIO

1. *Tendências do Liberalismo nos Estados Unidos e na Europa e seu reflexo no Judiciário do século XIX.*
2. *O Judiciário brasileiro, no Império, segundo o modelo europeu. A independência da autoridade judiciária.*
3. *Com a República, em 1889, o Judiciário brasileiro passou a adotar o modelo americano, afirmando-se como Poder Político independente, ao lado do Executivo e do Legislativo.*
4. *Princípios da supremacia da Constituição e da independência do Judiciário como notas básicas do sistema americano. A revisão judicial como fórmula de garantia da ordem constitucional e sua estabilidade. Função política do Judiciário.*
5. *Atributos incidentais ou inerentes do Judiciário como poder político. Limite à atuação do juiz.*

6. *Autonomia administrativa e financeira como nova dimensão da independência do Poder Judiciário, desde a Constituição de 1988. Autonomia administrativa e unidade do Poder Judiciário. Necessidade de um Conselho Nacional de Administração da Justiça.*

7. *A legitimidade do Poder Judiciário expressa em disciplina constitucional.*

8. *A visualização teleológica do Poder Judiciário, enquanto instrumento de efetiva realização da cidadania e de real garantia dos direitos.*

9. *Universalidade do controle jurisdicional. O processo e sua instrumentalidade. O processo e a justiça social. O acesso à Justiça para todos.*

10. *Os pobres e o acesso à justiça. A essencialidade da Defensoria Pública, na administração da Justiça.*

11. *O controle dos atos do Poder Judiciário. O controle e o princípio da independência do Judiciário.*

12. *Reforma constitucional do Judiciário e a cláusula pétrea do art. 60, § 4º, III, da Constituição. Limites materiais.*

13. *A independência do Judiciário como valor indisponível.*

É possível afirmar que, desde o último quartel do século XVIII, com as Revoluções americana e francesa, na esteira do pensamento liberal que ganhou curso, a concepção de uma ordem constitucional não prescinde de dois componentes: separação de poderes e garantia de direitos. O famoso art. 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, da Revolução Francesa, assentava: "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution". Na lição de BURDEAU, a constituição foi, historicamente, no Ocidente, um instrumento de limitação do poder.

ÉDOUARD LABOULAYE, versando, em 1866, sobre o Judiciário, na Constituição americana, ponderou que foram os americanos os primeiros "a fazer do Poder Judiciário um verdadeiro poder político; os primeiros a compreender o papel da justiça num país livre; os primeiros a encontrar esta nova verdade, até aqui pouco compreendida na Europa". Observa, noutro passo: "Jamais, entre nós, a justiça foi um poder político; ela foi sempre um ramo da administração, uma dependência do Poder Executivo, uma função do governo, e uma função subalterna". Referindo-se, porém, ao caráter desse Poder, na Constituição americana, acrescenta: "Estabeleceu-se ali um Poder Judiciário independente, um Poder que, colocado entre as leis do Congresso e a Constituição, tem o direito de afirmar: 'Esta lei é contrária à Constituição, e, conseqüentemente, é nula'. (...). Não há, aí, nenhum motivo de perturbação da ordem, mas, bem pelo contrário, uma das maiores causas de paz e de quietude social" (*apud*

História dos Estados Unidos. Terceira época: A Constituição dos Estados Unidos (1866). Tradução de L. NEQUETE, inserto em O Poder Judiciário e a Constituição. AJURIS-4, 1977. pp. 13/14 e 19/20).

A concepção americana de 1787, no dizer de EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA, devia supor-se essencial em todas as Constituições escritas, segundo a qual a lei que repugna a Constituição é nula, tal como afirmara o Juiz MARSHALL, em sentença célebre da Suprema Corte. Os sucessos da era napoleônica e da Restauração, com seus reflexos políticos, concorreram para retardar, na Europa, a definitiva consagração de princípios básicos do sistema americano, quanto à supremacia da Constituição e à revisão judicial das leis. A ideologia legalista, veiculada pelo liberalismo, na Europa, confiava ao Parlamento o monopólio da tutela e interpretação da ordem jurídica, reduzindo as funções da magistratura à mera aplicação mecânica e silogística da lei. Nenhum outro órgão, que não o Parlamento, estava habilitado a dar palavra final acerca do significado da lei e da própria Constituição. Daí surgia, naturalmente, a impossibilidade do estabelecimento de qualquer procedimento de controle dos seus atos por outro órgão do Estado (*apud* NELSON SALDANHA, *Legalismo e Ciência do Direito*. p. 57; VASCONCELOS DINIZ, *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. pp. 125/126).

2. Entre nós, a influência dos dois sistemas fez-se notar. A Constituição Imperial de 1824 orientou-se no sentido do liberalismo de tendência européia, colocado o Judiciário em uma posição secundária, no confronto com o Legislativo e o Executivo.

Embora a Carta de 1824, no art. 10, afirmasse que os poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o poder legislativo, o poder moderador, o poder executivo e o poder judicial, bem assim, no art. 151, proclamasse que o poder judicial é independente, certo é que, nessa quadra de nossa história política, ele se limitava a dirimir controvérsias de direito privado e aplicar a lei penal, escapando, por inteiro, ao seu controle, os atos da administração pública e a validade das leis. Já em 1857, JOSÉ ANTÔNIO PIMENTA BUENO, Marquês de São Vicente, o mais ilustre comentarista da Constituição do Império, anotava: "O poder judicial tem por encargo o domínio, a aplicação das leis que formam o direito particular, a ordem civil, que regulam e compõem os interesses dos indivíduos entre si na qualidade de particulares (...); é o protetor dos direitos e interesses individuais, da propriedade, da liberdade, honra, vida, de tudo o que é caro aos homens como homens; seu poder em vez de ser discricionário é restritamente legal; seus agentes, os magistrados, são perpétuos e independentes; seu processo dirigido sempre pelo direito positivo, circundado de garantias certas, de debates contraditórios e de fórmulas minuciosas, completas, previdentes". E, noutro passo, observa: "Ele não é autorizado a invadir as raías do Poder Legislativo, não tem por isso mesmo direito de decretar decisões por via de disposição geral, e só sim de estabelecê-las em relação à espécie que lhe é subordinada. Não possui jurisdição para decidir questões de ordem administrativa, pois que pertencem à competência exclusiva do governo" (*apud* *Direito Público Brasileiro e Aná-*

lise da Constituição do Império. Senado Federal, 1978. pp. 34/35). O controle da constitucionalidade das leis cabia ao Poder Moderador e ao Poder Legislativo, a este último incumbindo velar na guarda da Constituição, interpretar as leis e suspendê-las (Constituição de 1824, art. 15, itens 8 e 9). A independência do Judiciário havia de ser, desse modo, entendida, apenas, numa perspectiva subjetiva, como *independência da autoridade judicial*, do magistrado, definida pelo mesmo PIMENTA BUENO, como "a faculdade que ele tem, e que necessariamente deve ter de administrar a justiça, de aplicar a lei como ele exata e conscienciosamente entender, sem outras vistas que não sejam a própria imparcial justiça, a inspiração de seu sagrado dever. Sem o desejo de agradar ou desagradar, sem esperanças, sem temor algum. (...)", acrescentando: "A independência do magistrado deve ser uma verdade, não só de direito como de fato; é a mais firme garantia dos direitos e liberdades, tanto civis como políticas dos cidadãos; é o princípio tutelar que estabelece e anima a confiança dos povos na reta administração da justiça; é preciso que o povo veja e creia que ela realmente existe" (*op. cit.*, nº 457, p. 324). TAVARES DE LYRA, em conferência pronunciada em 1926, sobre a Justiça no Império, depois de registrar a posição do Poder Moderador – "a chave de toda a organização política" – a quem se reservava, dentre outros, o poder de "suspender magistrados", acentua: "Mas, em verdade, a subalternidade do Poder Judiciário provinha menos da supremacia do Moderador do que da dependência em que estava do Legislativo e do Executivo, que, identificados por interesses políticos ocasionais, con-

jugavam quase sempre sua ação para enfraquecê-lo, delimitando-lhe a órbita de atribuições, cerceando-lhe a autonomia, desrespeitando-lhe as garantias de independência. O Executivo sobretudo. As aposentadorias forçadas e as remoções que se seguiam à ascensão dos partidos demonstram o que eram, no Império, a vitaliciedade e a inamovibilidade dos juízes, impedidos, em muitos casos, de interpretar conscienciosamente as leis, que os ministros desvirtuavam na legislação dos avisos". Noutro passo, acrescenta: "Não obstante os excessos e violência a que estava exposta, a magistratura jamais deixou de desempenhar digna e honestamente seu ofício de julgar. Para ela, as decepções não geravam desalentos. Ao contrário, eram incentivo e estímulo para que os seus representantes, quando atirados para as paragens do interior, na faina das derrubadas, contivessem, em justos limites, o poderio dos mandões políticos, tornando-se protetores dos oprimidos, os defensores naturais das liberdades civis, que é patrimônio de toda a nação e sem a qual não existe opinião pública, em última análise a força que legitima os governos nos regimes livres" (*apud Instituições Políticas do Império*. Senado Federal, 1979. pp. 173/174).

3. Com a República, estabeleceu-se um marco fundamental na história do Judiciário brasileiro, que, em sua organização e ação, passou a inspirar-se no liberalismo de vertente norte-americana, desvinculando-se do sistema de orientação continental, e alcançando, aí, em consequência, contornos institucionais e funcionais também de Poder Político independente.

CAMPOS SALES, então Ministro da Justiça do Governo Provisório, em Exposição de Motivos ao Generalíssimo DEODORO DA FONSECA, ao propor a criação e organização da Justiça Federal, o que se veio a concretizar no Decreto nº 848, de 11.10.1890, depois incorporado, em seus preceitos gerais, na Constituição de 1891, proclamava: "A função do Liberalismo do passado foi opor um limite ao poder violento dos reis; o dever do liberalismo na época atual é opor um limite ao poder ilimitado dos parlamentos. Essa missão histórica incumbe, sem dúvida, ao Poder Judiciário, tal como o arquitetam poucos povos contemporâneos e se acha consagrado no presente decreto". E adiante, anotava: "A magistratura que agora se instala, no país, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do poder legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica". Noutro passo, asseverou: "Aí está posta a profunda diversidade de índole que existe entre o poder judiciário, tal como se achava instituído no regime decaído, e aquele que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democráticos do sistema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto na elevada esfera da sua autoridade para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando, ao mesmo tempo, o livre exercício dos direitos do cidadão. É por isso que na grande União Americana com razão se considera o poder judiciário como a pedra angular do edifício

federal e o único capaz de defender com eficácia a liberdade, a autonomia individual. Ao influxo de sua real soberania desfazem-se os erros legislativos e são entregues à austeridade da lei os crimes dos depositários do Poder Executivo".

4. Pois bem, o sistema americano que nos serviu de modelo, ao implantar-se a República, faz mais de um século, assenta no *princípio da supremacia da Constituição*, — à qual se subordinam todos os Poderes — e na *independência do Judiciário*, que se manifesta, por primeiro, na prerrogativa eminente de proceder à *revisão judicial* das leis e dos atos normativos, diante da Constituição, anulando-os quando com esta incompatíveis. Os estudiosos do regime americano, de mais de dois séculos, asseveram que, na virtude que exhibe a Constituição de 1787 para dominar crises, reside a sua extraordinária contribuição ao constitucionalismo, cumprindo ver, na *judicial review*, a fórmula que acaba por garantir à ordem constitucional a estabilidade dela exigida. Ademais disso, a competência para operar, acerca da lei, a chamada *judicial review* revela manifesto "poder político", porquanto, se este existe no órgão que faz a lei, importa entender, inafastavelmente, estar presente, por igual, no órgão que dispõe de império para declarar-lhe a invalidade. No controle sobre os atos do Legislativo e do Governo evidencia-se o caráter político de que está investido o Judiciário, no desempenho da competência para proclamar a inconstitucionalidade ou invalidade de tais atos. Essa função política, que, em ditos limites, se revela, numa democracia, em que consagrado o controle judicial da constitucionalidade das leis e atos do go-

verno, pressupõe, necessariamente, ínsita a nota de *independência*.

A *função jurisdicional*, por sua natureza, não pode ser, destarte, visualizada apenas como atividade estritamente de técnica jurídica, de interpretação definitiva do direito positivo, senão que se afirma como prerrogativa eminente da soberania nacional. Por seu intermédio, não só se dirimem, de forma terminativa, os conflitos de interesses e se garantem os direitos e liberdades dos cidadãos, mas é possível, também, opor limite à ação do Governo, da Legislatura e dos próprios Tribunais, se contravier a Constituição ou as leis.

5. De outra parte, qual escreveu EDWARD S. CORWIN, acerca do sistema americano, como os poderes "legislativo" e "executivo", sob a Constituição, o poder "judiciário" também implica certos *atributos incidentais ou inerentes*. Um deles é a faculdade de interpretar o direito em vigor, seja a Constituição, quer as leis do Congresso ou os precedentes judiciais, com uma autoridade que obriga, constitucionalmente, ambos os ramos do Governo. Noutro passo, acrescenta: "Intimamente ligado a esse atributo do poder judiciário existe outro, o de proferir 'decisões finais'. Quando se confia a um tribunal dos Estados Unidos a determinação de uma questão, seja de direito ou de fato, sua decisão só pode ser revista, constitucionalmente, por um *tribunal* de instância superior, e não pelos outros dois ramos do Governo ou pelos seus órgãos" (*in A Constituição Norte-Americana e seu Significado Atual*. Tradução de LÊDA BOECHAT RODRIGUES, pp. 162/165). COOLEY, à sua vez, anotou: "Os

diversos departamentos governamentais são iguais em dignidade e em autoridade que é coordenada, não podendo nenhum deles submeter o outro a sua jurisdição, nem a privar de qualquer porção de seu poder constitucional. Mas o poder judiciário é autoridade suprema na interpretação da Constituição e na interpretação das leis e as suas interpretações devem ser aceitas e observadas pelos outros departamentos". Dessa maneira, diante da decisão judicial definitiva, não cabe opção dos que lhe são destinatários – quer se cuide de particulares, quer de detentores de poder –, no sentido do acatamento ou não do julgado. Por sua natureza, o que se contém na sentença judicial, desde que esta se torne irrecurável, no âmbito do Poder Judiciário, constitui, na ordem democrática, comando incontrastável, tornando-se, pois, fora de propósito, qualquer indagação ou perplexidade sobre se a autoridade executiva ou legislativa, ou mesmo judiciária de grau inferior, cumprirá a decisão judicial.

Subordinando-se o Judiciário, tal qual sucede com o Legislativo e o Executivo, à Constituição, que sobreleva a todos os poderes, bem de compreender é, destarte, que a prerrogativa e a ampla liberdade de interpretar definitivamente o ordenamento positivo, para aplicá-lo, em decisões definitivas, não autorizam o arbítrio dos tribunais e juízes, de molde a decidirem fora dos limites, que lhes traça a razoável compreensão da Constituição e das leis válidas.

No Brasil, a manifestação do Judiciário, como poder político, pelo controle dos atos do Legislativo e do Executivo – ou como entre os autores americanos se deno-

mina essa técnica de controle, *judicial control* (CHARLES BEARD) ou *judicial review* (EDWARD CORWIN), conforme descrita por MARSHALL, em 1803, em *MARBURY versus MADISON* –, esse aspecto essencial da independência funcional do Judiciário é, entre nós, assim, sem dúvida, obra da República. Segue-se, no particular, também, a inspiração da célebre fórmula – “*beyond all reasonable doubt*” (acima de toda a dúvida razoável), como condição para declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato executivo, com o que se opera, por igual, o indispensável convívio do princípio da *independência* com o da *harmonia* dos poderes políticos da República.

6. Além dessas duas perspectivas de visualização histórica do Judiciário, no Brasil, como poder independente: primeiro, apenas no sentido da *independência do magistrado*, no regime da Constituição de 1824 (arts. 10 e 151) e assim na fase imperial; depois, no período republicano, já com mais de um século, também, como efetivo poder político, ao deter a prerrogativa do controle judicial dos atos dos outros poderes – certo é que a Constituição de 1988 lhe conferiu, de forma expressa, em sua caracterização institucional como poder político independente, mais um traço de significação inequívoca: a *autonomia administrativa e financeira*, tal como descrita em seu art. 99 e parágrafos.

Da autonomia financeira cuidam os parágrafos do art. 99, firmando-se a competência dos tribunais para a elaboração de suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na *lei de diretrizes orçamen-*

tárias (Constituição, art. 165, II e § 2º, e 99, § 1º), indicando-se, desde logo, os Tribunais federais e estaduais a quem se confere a atribuição do encaminhamento da proposta. Exclui-se, pois, a sujeição das Cortes aos critérios e índices que entendam de arbitrar autoridades do Poder Executivo, quanto às propostas orçamentárias e aos elementos da despesa do Poder Judiciário. Nesse sentido, de resto, afirmou o Supremo Tribunal Federal, em sessão administrativa de 02.08.1989. De outra parte, o art. 168 da Lei Maior, como garantia do Poder, determina que os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, ser-lhe-ão entregues até o dia 20 de cada mês. No Mandado de Segurança nº 21.273-0/160-SP, tive oportunidade de acentuar a esse respeito: “A liberação do numerário correspondente às dotações orçamentárias do Poder Judiciário, até o dia vinte de cada mês, nos termos do art. 168, da Constituição Federal, (...) constitui garantia do Poder Judiciário, que há de ser respeitada pelo Poder Executivo, guardando-se, outrossim, o princípio da independência e harmonia dos Poderes do Estado. Não cabe, dessa sorte, ao Poder Executivo, estabelecer datas diversas ou a data que lhe aprouver, cada mês, para liberar os recursos orçamentários referentes ao Poder Judiciário.”

Assume, entretanto, especial interesse, no que concerne à indispensável *unidade do Poder Judiciário*, o ponto relativo à *autonomia administrativa*. É que, em realidade, no art. 99 aludido, afirma-se que, ao Poder Judiciário, é assegurada autonomia administrativa. Ora, compõem a estrutura do Poder Judiciário, nos dias em curso, no-

venta e seis Tribunais: 35 dos Estados e Distrito Federal e 61 da União, aqui incluídos o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores. Já tive ensejo de sinalar que a autonomia administrativa assim preceituada, amplamente, em cláusula constitucional, não se restringe, tão-só, à competência privativa dos tribunais para eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, organizar as secretarias e serviços auxiliares e os dos juízes que lhes forem vinculados, provendo, na forma prevista na Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição, ou para propor criação de novas varas judiciárias, preenchendo os cargos indispensáveis à administração da justiça, concedendo licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados, competências essas que se connumeram em outras regras específicas (art. 96, I, e alíneas, da Constituição). Em recentes decisões, o Supremo Tribunal Federal afirmou, outrossim, na linha do autogoverno do Poder Judiciário, a competência dos próprios Tribunais de Justiça dos Estados para a nomeação, não só dos juízes de instância inferior, mas de seus membros em vagas destinadas à magistratura de carreira. Por igual, reconheceu a Corte Suprema a competência dos Tribunais para disporem, em seus regimentos internos, sobre a existência do órgão especial a que se refere o art. 93, XI, da Constituição, matéria esta objeto de expressa previsão no Projeto do Estatuto da Magistratura Nacional (art. 6º, I).

Compreendo, entretanto, que essa cláusula constitucional possui abrangência maior. Cumprindo ao Judiciário, enquanto

Poder Político do Estado, com exclusividade, a execução do serviço público de administração da justiça, importa entender que a Constituição, ao lhe conferir autonomia administrativa e financeira, quis assegurar-lhe competência não só para pensar e planejar as estruturas mais convenientes, quais meios, à execução do fim, mas, também, para propor, quando a tanto necessário, aos outros Poderes, as providências que considere indispensáveis, em ordem a dar-se prestação jurisdicional, de maneira mais eficiente e pronta, assegurando o acesso de todos à Justiça. Distintos os planos da atividade jurisdicional e da atividade administrativa, no âmbito do Judiciário, é certo que a hierarquia dos graus de jurisdição “nada mais traduz do que uma competência de derrogação e nunca uma competência de mando da instância superior sobre a inferior”, na lição dos processualistas, resguardando-se, desse modo, a independência jurídica e funcional dos magistrados entre si. Não menos exato é, entretanto, que a atividade administrativa, no âmbito do Poder Judiciário, na medida em que se manifesta como atos de administração, há de conceber-se numa perspectiva diferente, tornando viável, inclusive, um amplo plano de aperfeiçoamento do Poder Judiciário brasileiro, em suas dimensões nacional e regional. É, neste ponto, que a unidade do Poder há de discutir-se, para que os mecanismos de sua atuação a revelem, de maneira afirmativa, evitando-se que a pluralidade das autonomias o torne irreconhecível, sem uma fisionomia nacional, que o revele e o projete no concerto das instituições básicas da Nação. Essa unidade pressupõe um espírito comum a informar a ação do Poder Judiciário,

modelada em valores marcantes de seu agir, que o identifiquem, perante a sociedade, em todos os recantos do imenso território nacional.

No particular, é certo que a nota de inteira independência há de marcar o exercício da função jurisdicional dos tribunais e juízes, decidindo os magistrados os litígios que lhes são submetidos, de acordo com as respectivas competências, sujeitos, tão-só, à Constituição, às leis e aos ditames de sua consciência. Não é possível compreender, entretanto, que, no desempenho de autonomia administrativa, os órgãos do Judiciário estejam autorizados a desvincular-se desses imperativos, adotando decisões a seu talante ou sob inspiração outra que não seja, ainda, a própria de sua consciência de juiz. É exato que, nessa condição de administrador, os Tribunais possuem, também, as prerrogativas inerentes à atividade administrativa, em que os juízos de conveniência e oportunidade se formulam, em plano do poder discricionário, mas, de qualquer sorte, obedientes, sempre, aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A autonomia administrativa, como dimensão da independência institucional do Poder Judiciário, não cabe, na sua prática, desfigurar a nobreza da instituição judiciária, máxime, na sua face de respeitabilidade e de pontual cumprimento dos deveres, que a tornam merecedora do acatamento da sociedade e fonte de segurança para os cidadãos, no pleito dos direitos e da liberdade. A autonomia administrativa não legitima, destarte, em nenhuma hipótese, atos do Judiciário, enquanto administrador, contrários à lei ou passíveis de censura sob o ponto de vista

ético. O autogoverno do Poder Judiciário, em se expressando por meio de atos administrativos, não pode deixar, em qualquer instante, de ser atividade, com a marca indelével do magistrado.

A independência institucional do Poder Judiciário revela-se, pois, já nas prerrogativas eminentes do amplo controle judicial dos atos de todos os outros Poderes, na sua expressão jurisdicional, em que se faz presente sinal de poder político, já na atividade administrativa, ao planejar e executar os serviços da justiça e administrar os recursos humanos e materiais disponíveis. Em ambos os planos, o juiz e a lei hão de constituir um par inseparável. Na concepção de projetos que mais convenham à administração da justiça ao povo, manifesta-se, por igual, essa autonomia, insuscetível de ser substituída por critérios ou planos outros do Poder Executivo. O que é do peculiar interesse do Poder Judiciário, di-lo-á, ele próprio, por intermédio de seus órgãos competentes, colimando a boa consecução de seus fins institucionais ou adotando as iniciativas indispensáveis junto aos outros Poderes.

Penso, entretanto, que a unidade do Poder Judiciário constitui, em nosso tempo, tema a merecer reflexão, precisamente, para que, na prática de valores fundamentais, a imagem desse Poder seja nacional. Na consecução de tal objetivo, entendo que cabe ao Supremo Tribunal Federal tarefa significativa. Se é exato que a Corte Suprema busca manter ou restabelecer o equilíbrio federativo, a independência e harmonia dos demais Poderes, numa missão autenticamente moderadora, não é menos proce-

dente que se lhe impõe, também, zelar, na intimidade do Poder Judiciário, pela própria independência deste, nas variadas dimensões, inclusive da autonomia administrativa e financeira, que, em norma expressa, a Constituição lhe assegura (CF, art. 99), ordenando, outrossim, as providências ao pontual cumprimento, pelo Judiciário, enquanto poder nacional, de sua missão maior de administrar justiça. Situado como instância de superposição, em relação a todas as jurisdições do País, em escala maior ou menor, no que concerne à atividade jurisdicional, justifica-se, também, participe, de maneira valiosa, no debate dos problemas administrativos que respeitam à realidade judiciária da Nação e empreste seu concurso no encaminhamento, perante os fóruns mais altos dos outros Poderes, das soluções devidas, como órgão de cúpula do Judiciário. Essa participação do Supremo Tribunal Federal há de fazer-se realmente efetiva, no exame conjunto com os demais órgãos do Poder Judiciário das questões que lhe forem pertinentes, no funcionamento de um *Conselho Nacional de Administração da Justiça*, cuja criação está proposta no Projeto do Estatuto da Magistratura Nacional, que, em cumprimento ao art. 93 da Constituição, faz alguns anos, o Supremo Tribunal Federal encaminhou ao Congresso Nacional, e elaborado com a contribuição dos Tribunais do País. Nesse Conselho hão de ter voz e voto representantes de todos os ramos do Poder Judiciário nacional.

Com o curso dos anos de vigência do art. 99 da Constituição de 1988, tem crescido minha convicção quanto à necessidade desse Conselho Nacional. Nele encontrará o Poder Judiciário brasileiro, por

certo, um fórum não só de debates dos altos problemas do Poder, no bom desempenho de sua autonomia administrativa, mas, também, um extraordinário instrumento de sua *unidade* e de encaminhamento de magnas soluções, presentes representantes de todos os ramos da Justiça brasileira, eliminando-se, dessa maneira, desde logo, decisões administrativas isoladas de tribunais, de natureza importante, em conflito, por vez, com a Constituição e as leis.

7. Dessa maneira, a legitimidade do Judiciário enquanto poder político independente decorre, em primeiro lugar, de sua disciplina institucional inscrita na Constituição, em que se prevêem a competência, seus órgãos, forma de investidura de seus agentes, e os princípios fundamentais do respectivo regime jurídico, à semelhança do que ocorre com os outros Poderes que têm todos, em um estado de direito, numa democracia, na Constituição definidos os limites de sua competência e a forma de sua composição. A autoridade permanente dos tribunais e juízes resulta, assim, imediatamente, da Constituição, não sendo derivada de vontade de outro Poder instituído, senão do próprio Poder Constituinte originário, emanção direta da soberania popular, expressa na Lei Fundamental da República. O exercício legítimo da função jurisdicional tem, de outra parte, na Constituição, sua sede e justificativa; daí, com inteira procedência, afirmar-se, também e por isso mesmo, que o primeiro compromisso do magistrado é respeitar a Constituição. A investidura como autoridade judiciária, na forma da Constituição, não confere, entretanto, ao juiz aptidão a decidir, discricionariamente, apenas, por invocação

de princípios ideológicos ou de convicções pessoais, deixando à margem a Constituição e a lei válida (isto é, conforme a Constituição), aplicável à espécie. De contrário, seria admitir a substituição do legislador, pelo juiz, com evidente desconsideração ao preceito básico do sistema democrático relativo à separação e harmonia dos poderes, cujo exercício há de dar-se nos limites deferidos na Constituição. Com isso, não diminui a independência do magistrado na sua legitimação para, em solvendo litígios, interpretar a lei, atento a seus fins sociais e aos imperativos do bem comum, que também lhe cumpre promover, no ato de julgar. Nesse sentido, admiravelmente, observou o saudoso Ministro JOÃO LEITÃO DE ABREU:

“Auscultando, em face da dramaticidade inerente ao caso concreto, as pulsações da vida social, o juiz, guardando as palavras da lei, porta-se com certa margem de liberdade na sua aplicação”.

Referindo-se ao fato de, em realidade, os juízes, no exercício legítimo de sua função, nunca se terem cingido, no aplicar as leis, a realizar operações de caráter simplesmente lógico-formal, escreveu o insigne jurista:

“A verdade é que, em todos os tempos, o juiz, para dar resposta às exigências da utilidade comum, sempre se deixou guiar por juízos de valor. (...) A sensibilidade apreciativa do juiz preside, comumente, por conseguinte, quer à qualificação dos fatos, que hajam de entrar no silogismo da sentença, quer à eleição do texto legal, que lhe venha servir de apoio.

A juízo de feição axiológica subordina-se, igualmente, a escolha, em cada hipótese, do método de interpretação a ser utilizado, porquanto não é possível justificar-se, por via puramente lógico-formal, o emprego, aqui, de um método e ali de método diverso para aplicação do direito”. (in *A Função Política do Judiciário*. Correio do Povo, Porto Alegre, publ. 14.09.1965. p. 4).

8. Compreendida, nessa projeção, em sua natureza, a independência do Judiciário, cumpre visualizá-la em sua perspectiva teleológica, enquanto instrumento de efetiva realização da *cidadania* e de *real garantia dos direitos*.

Em verdade, o exercício da plenitude da cidadania não se dá, se não houver procedimentos eficientes a tornarem reais os direitos e prerrogativas que lhe são ínsitos e formas eficazes para exigir essa garantia, sem as quais ela se torna vã e ilusória.

Constitui, nesse sentido, questão de primeiro plano à cidadania a oferta de justiça, pelo Estado, compatível com a procura e a necessidade decorrentes de uma convivência social, cada vez mais complexa, o que se acentua, significativamente, nos países de desequilíbrios sociais graves. A visibilidade social que os meios de comunicação de massa conferem, ademais, ao serviço público essencial de administração da justiça, em nossa época, particularmente, no revelar suas deficiências, torna, sempre mais, abertos o debate e os estudos, de diversificadas naturezas, sobre essa província da ação do Estado, sobre a estrutura e os órgãos do Poder Judiciário, sobre a formação e o recrutamento dos magistrados, sobre a opinião do povo a respeito dos ser-

viços judiciais, estendendo-se, hoje, as indagações, inclusive, a domínios, até aqui, impenetráveis, acerca das próprias motivações das sentenças, das ideologias dos juízes e dos limites da ação judicial, diante das omissões ou das deficiências do processo legislativo, e sobre o ritmo do andamento dos feitos, em suas várias fases.

O serviço público da justiça, decerto, ao lado dos demais serviços do Estado, há de concorrer, pela excelência de seu desempenho, aos fins maiores da realização do bem comum e da cidadania. Não pode, dessa maneira, a prestação jurisdicional deixar de ter presente o caráter prático dos resultados a obter, a natureza e os fins das normas válidas, que cabe aplicar, editadas, em princípio, para ordenar a convivência, com objetivo de alcançar a proteção e segurança dos direitos dos indivíduos, o equilíbrio, a paz e a harmonia social. Confiado esse serviço público a um dos Poderes do Estado, bem de entender é, destarte, que a administração da justiça não constitui, em toda sua universalidade, como antes referi, atividade estrita e exclusivamente de técnica jurídica, de ciência do direito. Se a missão de julgar deve ser cumprida, com inteira indiferença, em relação aos poderosos, jamais poderá ser, entretanto, cega aos interesses do bem comum. Por isso mesmo, o Juiz, de nossos dias, órgão de um Poder do Estado independente, há de ter presente a realidade do mundo social e econômico em que vive, ao voltar-se para a concretude do caso que lhe incumbe dirimir, atento aos fins sociais a que a lei se dirige.

9. Nessa linha, dentre os princípios fundamentais da ordem democrática, esta-

beleceu-se, entre nós, o compromisso pelo Estado do *controle jurisdicional*: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (Constituição de 1988, art. 5º, XXXV). Não há, nessa norma, simples promessa, senão que, nela, já se insere, de maneira definitiva, traço marcante da fisionomia do Estado, proveniente do pacto fundamental, que se expressa, basicamente, na garantia maior da inafastabilidade da tutela, por um Poder Judiciário independente, dos direitos e da liberdade dos cidadãos.

Em virtude de tudo isso, não é admissível pensar em uma ordem constitucional democrática sem ter presente o *processo*, na medida em que é instrumento indispensável à administração e realização da justiça, à busca da verdade nos conflitos de interesses, bem assim enquanto meio de efetiva garantia da liberdade, da defesa dos direitos violados ou ameaçados e, ainda, de ação política estatal. De igual modo, não é cabível visualizar o *processo*, senão a partir das linhas fundamentais que o ordenamento constitucional lhe confere, da conformação que o Estatuto Maior empresta a seus institutos básicos e ao respectivo funcionamento. Como anotou HABSCHEID, “os sistemas políticos se refletem na norma constitucional e têm um efeito direto sobre as bases do direito processual” (in *As Bases do Direito Processual Civil*, nº 1, esp. p. 119). Na esteira desse pensamento, escreve CÂNDIDO DINAMARCO: “O processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente entende de cultivar. Os princípios que ela inclui não podem ter no presente a mesma

extensão e significado de outros tempos e regimes políticos, apesar de eventualmente inalterada a formulação verbal. O que há de perene nos princípios é a idéia-mestra que cada um contém; e eles são sujeitos a variações histórico-culturais e políticas no tempo e no espaço, no tocante à sua extensão e à interpretação que merecem dentro de cada sistema constitucional” (apud *A Instrumentalidade do Processo*. 2ª ed., pp. 32/33).

Na atualidade, o processo, na condição também de eficaz instrumento de ação política estatal, não pode deixar de receber o influxo do universal reclamo de *justiça social*, que é a tônica de nossa época, e se põe entre os objetivos fundamentais da República, ao pretender “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, afirmando “a dignidade da pessoa humana” (Constituição, arts. 2º, III, e 3º, I). A existência de instrumentos, que tornem reais – e não meramente simbólicos – os direitos do cidadão comum, é imperativo de um Estado Democrático de Direito, tal como o concebe a Constituição de 1988. O processo, enquanto instrumento de realização da justiça, que é um valor eminentemente social, não pode ser visualizado como meio exclusivo ou predominante de utilidade privada, *modo privato*. O eminente professor gaúcho GALENO LACERDA, discorrendo sobre a “abertura para o social” como uma das marcas mais características do Direito brasileiro em nosso tempo, registrou que essa nota “supera, em definitivo, a formação individualista que sempre caracterizou a cultura jurídica da Europa continental retratada, de modo geral, em nossas instituições” (in *Eficácia da Prestação Jurisdicional*

no *Atendimento às Demandas Sociais*, apud AJURIS, vol. 59, p. 49). Certo está, de outra parte, que nem a ação nem a defesa podem ser consideradas na exclusividade de um ato. Realizar-se-á, assim, a plenitude do controle jurisdicional, de maneira justa, somente quando houver atenção ao devido processo legal, à garantia da participação real no feito de demandante e demandado, e à observância do contraditório, “mediante uma distribuição equitativa de meios e possibilidades processuais” entre as partes. Registrou, nesse sentido, com inteira propriedade, ADA PELLEGRINI GRINOVER, em *Novas Tendências do Direito Processual*. 1ª ed., 1990, p. 11: “A plenitude e a efetividade do contraditório indicam a necessidade de se utilizarem todos os meios necessários para evitar que a disparidade de posições no processo possa incidir sobre seu êxito, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças. A quem *age* ou se *defende* em juízo devem ser asseguradas as mesmas possibilidades de obter a tutela de suas razões”.

De outro lado, na pugna judiciária, não é suficiente se desenhe mera igualdade formal na relação processual, como a entendia bastante a antiga concepção privatística do processo, para propiciar uma justa solução das demandas. Distante de mais de um século está a quadra em que exacerbado individualismo reduzia a limites estreitos a área de atividade do juiz, aparecendo as demandas como de interesse exclusivo dos litigantes, intervindo o Estado, tão-só, para que as regras fossem observadas pelos contendedores e não se fizesse justiça pelas próprias mãos. Tornada pre-

dominante, porém, a concepção publicística do processo, não apenas cresceu de ponto a importância da jurisdição no quadro das funções do Estado, como a finalidade do processo deixou de ser exclusivamente a proteção dos direitos subjetivos, passando a garantir ou a atuar o direito objetivo, o que seria de interesse do Estado e não apenas dos particulares.

Nessa linha do pensamento político-filosófico, recolhido pelo constitucionalismo pátrio, foram aumentados os poderes do juiz, na cena judiciária, que deixou de ser espectador quase inerte da batalha judicial, cabendo-lhe impulsionar o andamento das causas, determinar provas, reprimir a má conduta das partes, conhecer, *ex officio*, de circunstâncias, até então dependentes de alegação do interessado. E nada parece, todavia, ter ocorrido, como antes se supunha, em prejuízo da imparcialidade do magistrado. Cumpre, nesse sentido, por primeiro, ter presente que o que bem interessa é a verdade na decisão final. O triunfo na luta judiciária não deve resultar de pequenos lapsos na atividade do adversário, nem convém à Justiça que as demandas se inutilizem por preliminares de natureza processual, mas, sim, que se decidam os conflitos no seu mérito, pela efetiva existência do direito ao lado do vencedor. Manter o juiz, em relação aos membros do Ministério Público, advogados, procuradores judiciais e defensores públicos, que se hão de ter como efetivos colaboradores na administração da Justiça (Constituição, arts. 127, 131, 132, 133 e 134), a mais ampla abertura, prestando-lhes, inclusive, se necessário, esclarecimentos, chamando a atenção dos litigantes para aspectos das causas não suficientemen-

te elucidados, alertando-os, outrossim, para circunstâncias descuidadas, por um ou outro dos demandantes, mas que podem ser conhecidas, *ex officio*, pelo magistrado, não constitui, por si só, quebraimento da imparcialidade do julgador, mas representa, isto sim, forma de favorecer o andamento das causas e a justiça das decisões. Não há, inclusive, o juiz de recear que essa atividade esclarecedora denuncie sua opinião sobre certos pontos menores ou secundários do processo, pois o derradeiro desate pende sempre da concorrência de uma pluralidade de fatores. Na condução do processo, contribui, desse modo, o magistrado para que, da atuação do direito objetivo, ocorra, quanto possível, a realização efetiva da justiça, no desate das controvérsias. Não é possível, ademais, deixar, aqui, de ter presente esta lição de ADA PELLEGRINI GRINOVER, em seu *Processo Constitucional em Marcha*, p. 8, item 2:

“Desse modo, as garantias constitucionais do devido processo legal convertem-se, de garantias exclusivas das partes em garantias da jurisdição, e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente.”

Todos esses aspectos ligados à *efetividade do processo* concernem, à evidência, também, ao tema ainda mais amplo da “efetividade da prestação jurisdicional”, certo ser o processo instrumento da jurisdição, meio de efetivação das garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos na defesa da liberdade e dos direitos, violados ou ameaçados. A jurisdição, prerrogativa eminente da soberania nacional, exercita-se, em princípio, por um dos Poderes do Estado, nos limites definidos na Constituição. Se não pode a prestação jurisdicional prescindir do processo, a este, entretanto, não se limita, nem nele se exaure sua complexa problemática.

Nessa linha de considerações, não é possível deixar de ter como básico que a plena realização de um Judiciário, institucionalmente independente, com autonomia administrativa e financeira, é condição indispensável à efetividade da prestação jurisdicional. Referindo-se às garantias do processo, MAURO CAPPELLETTI arrola “o direito a um juiz imparcial, o que comporta, entre outras coisas, a garantia da independência da magistratura em face do poder político, porque não há verdadeira função jurisdicional onde o juiz não seja *tertius super partes*” (*in Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas*), *apud* Revista de Processo, nº 65, p. 129).

Exsurge, doutra parte, como decorrência natural, que não é possível pensar em um Estado Democrático de Direito, entre cujos fundamentos se alinham a *cidadania* e a *dignidade da pessoa humana*, e sob a égide da justiça social, sem assegurar a tutela jurisdicional a todos os cidadãos, afastada

qualquer discriminação, inclusive, de fortuna. Põe-se, destarte, no plano da efetividade da prestação jurisdicional, a garantia, em concreto, do acesso efetivo à jurisdição, por todos – vale ressaltar, inclusive, pelos pobres e necessitados –, na defesa de seus direitos e da liberdade, quando violados ou ameaçados. Constitui, pois, tal ponto, postulado central dessa ordem, que aos Poderes do Estado cumpre diligenciar na plena consecução. Acerca desse tema, MAURO CAPPELLETTI anota que o *acesso à justiça* pode, hoje, ser encarado como o requisito fundamental – “o mais básico dos direitos humanos” – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos” (*in Acesso à Justiça*, 1978, MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, tradução de ELLEN GRACIE NORTHFLEET, p. 12).

Em verdade, superada está a época em que o direito ao acesso à proteção judicial significava, essencialmente, o *direito formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma demanda, não constituindo preocupação do Estado, neste plano, afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a Justiça e suas instituições. Nessa linha, observa MAURO CAPPELLETTI: “A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo, à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva” (*op. cit.*, p. 9). À medida, entretanto, que a visão indi-

vidualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, dos séculos XVIII e XIX, foi se modificando, com o movimento no sentido de se reconhecerem, também, os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos, assegurando-se, nas modernas constituições, entre outros, os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação – o direito ao acesso efetivo à justiça vem logrando particular atenção, como de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua concreta reivindicação. O Estado democrático encontra-se preso a seus jurisdicionados pelo dever de garantir-lhes o regular exercício de seus direitos conquistados, quanto de facilitar-lhes a reintegração ou a defesa de direitos violados, ou ameaçados, ou ainda a reparação de lesões oriundas de atos ilícitos, bem assim de proporcionar-lhes condições de realizar a dignidade da pessoa humana.

Nessa ordem, as preocupações com o acesso efetivo à justiça, por todos, inclusive pelos menos favorecidos da fortuna, tornaram-se, nas últimas décadas, de uma forma mais intensa, questão, ao mesmo tempo, do interesse da ciência do direito, quanto da sociologia jurídica. As relações entre o processo civil e a justiça social, entre a igualdade jurídico-formal e a desigualdade sócioeconômica, ganham, neste plano, significativas dimensões. A função do Poder Judiciário cresce, em consequência, de interesse, não só ao saber dos profissionais do direito, mas, também, relativamente ao domínio da sociologia jurídica.

10. Nessa linha, estudos de natureza sociológica, no campo da administração da justiça, evidenciam que dificuldades de todas as ordens cercam os *pobres e necessitados*, quer as econômicas, quer as condicionantes sociais e culturais, constituindo, todas elas, obstáculos reais ao acesso à Justiça. Em razão disso, lamentavelmente, são milhares (e cada vez maior se torna o número) os estados de insatisfação que se perpetuam e se convertem em decepções permanentes ou em casos de violência, ou procuram soluções aos conflitos, à margem das estruturas e dos órgãos do Poder Judiciário, porque as pessoas não se animam ou não podem litigar em juízo, nem logram meios a fazê-lo. Disso resulta, em consequência, lhes ficar distante o acesso à tutela jurisdicional, que o Estado moderno lhes promete como um dos princípios fundamentais da ordem democrática. Incompatível com a fisionomia e as metas do Estado de Direito, realmente democrático, sob a égide da justiça social, é não assegurar tutela jurisdicional a todos os cidadãos, notadamente, quando essa discriminação se dá por razões de fortuna.

Há, no concernente a esse tema, no Brasil, longa tradição constitucional – que remonta à Carta Política de 1934 (art. 113, inc. 32) –, bem assim legal e jurisprudencial, reconhecendo-se a obrigação do Estado de prestar assistência judiciária aos necessitados. Esteve o constituinte de 1988, destarte, sob a melhor inspiração de justiça social, ao emprestar acertado realce à matéria, prevendo, inclusive, no art. 134, da Lei Magna, entre as instituições essenciais à função jurisdicional do Estado, a Defensoria Pública, com a incumbência de realizar o ser-

viço público de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, defendendo-os, em todos os graus de jurisdição. Trata-se, assim, de orientar e assistir os necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV, da Constituição, em juízo ou fora dele, em que haverá, também, espaço às atividades de autêntica educação para o exercício dos direitos e prerrogativas da cidadania e para a solução extrajudicial de conflitos. Da boa organização e funcionamento dos serviços das Defensorias Públicas, da União, do Distrito Federal e, especialmente, dos Estados, resultará, de modo inequívoco, contribuição inestimável à administração e efetiva democratização da Justiça, no País. Há, é exato, milhares de conflitos não trazidos, ao exame do Poder Judiciário, particularmente, pequenas causas, insatisfações não resolvidas ou, por vezes, dúvidas acerca de direitos, que atormentam pessoas desamparadas da fortuna e sem condições de acesso a escritórios de advocacia. Quantos conflitos de vizinhança, querelas provenientes de incidentes de pequena monta, que acabam, desnecessariamente, em questões que, ou não se resolvem por simples falta de uma orientação, ou degeneram em atos de violência ou dissídios de profundidade! Organizadas as Defensorias Públicas, como ordena a Constituição, com profissionais do Direito, de alta competência, selecionados em concurso público, provendo cargos de carreira, com garantias funcionais de independência no exercício das funções, afastados de preocupações com a advocacia particular, mas remunerados condignamente, como se impõe, bem de ver é que se abrem amplas perspectivas de assistência aos necessitados, esclarecendo-lhes os direitos e as obrigações, em

consultas regulares, inclusive com escritórios localizados em bairros da periferia das grandes cidades, prevenindo-se, em consequência, também, centenas de ações desnecessárias, realizando-se conciliações, orientando-se, superiormente, soluções no âmbito da família, na proteção a menores e incapazes, na defesa dos consumidores, dentre tantas outras providências, que a boa organização das Defensorias Públicas e a experiência de seu funcionamento hão de trazer. No que concerne à defesa, em Juízo, dos direitos e liberdades dos pobres, é de esperar, com o exercício efetivo dos defensores públicos, dedicados com exclusividade a esse múnus, exista patrocínio competente, dedicado, atento, evitando-se que a desigualdade sócioeconômica, por vezes, existente entre as partes, acarrete, também, a desigualdade na sustentação das respectivas razões e defesas no processo. A Defensoria Pública, como instituição essencial à função jurisdicional, alcança, desse modo, *status* constitucional, a par de outras instituições contempladas no mesmo Capítulo da Lei Fundamental (Ministério Público, Advocacia-Geral da União e dos Estados) e dos advogados.

Com propriedade, acentua JOSÉ AFONSO DA SILVA, quanto ao novo sistema constitucional, no particular: “Os Estados não têm a faculdade de escolher se instituem e mantêm, ou não, a Defensoria Pública. Trata-se de instituição já estabelecida para eles na Constituição Federal, sujeita até mesmo a normas gerais a serem prescritas em lei complementar federal para a sua organização em cada Estado, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de pro-

vas e títulos, assegurada a seus integrantes (...) a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.” E acrescenta: “Não satisfaz aos ditames do art. 134 a simples criação ou manutenção de Procuradoria de Assistência Judiciária, subordinada à Procuradoria-Geral ou à Advocacia-Geral. A Constituição considera a Defensoria Pública uma instituição essencial à função jurisdicional, destinada à orientação jurídica e à defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, item LXXIV. Se é uma instituição e ainda sujeita a normas gerais de lei complementar federal, a toda evidência, não pode ser órgão subordinado ou parte de outra instituição, que não ao próprio Estado. (...)” (*in Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5ª ed., pp. 533/534).

11. Outro ponto que considero da maior significação, no que concerne à independência do Judiciário, como poder político, é o *sistema de controle de seus atos*. A atividade administrativa e financeira do Poder Judiciário está sujeita à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, como os demais Poderes, na forma dos arts. 70 a 75 da Constituição, pelo Tribunal de Contas competente. Tenho compreensão, todavia, no que respeita à atividade jurisdicional, de que o resguardo da independência do Judiciário, no particular, se dá, desde que se exercite, na intimidade do Poder, a disciplina desses atos, como deflui, outrossim, da parte final da letra *b* do inc. I do art. 96 da Constituição, em que se estabelece competir, privativamente, aos tribunais velar “pelo exercício da atividade correicional respec-

tiva". Em tal linha de entendimento, sempre tive, *ad exemplum*, o Conselho Nacional da Magistratura, previsto na Emenda Constitucional nº 7, de 1977, e disciplinado na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/79), composto de sete Ministros do Supremo Tribunal Federal, como órgão disciplinar compatível com a independência do Judiciário, enquanto Poder Político. Não havia, nele, como sucede nos Países, onde a independência do Judiciário não se reconhece, como Poder Político, representantes do Executivo ou do Legislativo, ou mesmo de outros órgãos ou entidades da sociedade civil. Cabia-lhe conhecer de reclamações contra membros de Tribunais, federais ou estaduais, sem prejuízo da competência censória das respectivas Cortes, podendo avocar processos disciplinares contra juízes de primeiro grau e, em qualquer caso, "determinar a disponibilidade ou a aposentadoria de uns e outros, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço" (Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 120, § 1º, na redação da Emenda Constitucional nº 7/77), disciplinando a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (arts. 50 a 60) o devido processo legal, com ampla garantia de defesa e sigilo. Os juízes, de qualquer grau, possuem deveres e proibições, ao lado de direitos e prerrogativas. A existência dos órgãos censórios e disciplinares, no âmbito dos Tribunais, atende aos aspectos da disciplina judiciária, notadamente, em primeira instância. Não mais contemplado na Constituição de 1988 o Conselho Nacional da Magistratura, não existe, assim, no regime vigente, órgão de âmbito nacional, para o exercício de atividade disciplinar, de referência aos membros

de Tribunais. Estão estes, é certo, nos crimes comuns ou de responsabilidade que pratiquem, sujeitos a processo e julgamento, perante os Tribunais a que se refere a Constituição: os membros dos Tribunais Superiores, no Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, c); os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os juízes dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, no Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, letra a); os juízes dos Tribunais de Alçada e dos Tribunais de Justiça Militar dos Estados, que os possuem, no Tribunal de Justiça do mesmo Estado. Já os Tribunais Regionais Federais são competentes para processar e julgar, originariamente, os juízes federais de primeiro grau, da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (CF, art. 108, I, a), e os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os juízes respectivos de primeira instância (CF, art. 96, III). Os Ministros do Supremo Tribunal Federal são processados e julgados, nos crimes comuns, no próprio Tribunal (CF, art. 102, I, b), e nos crimes de responsabilidade, perante o Senado Federal (CF, art. 52, II), hipótese em que funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, tal como sucede no julgamento do Presidente e Vice-Presidente da República, em crimes de responsabilidade, e dos Ministros de Estado, em delitos da mesma natureza "conexos com aqueles" (CF, art. 52, parágrafo único). Releva, ainda, notar que os magistrados, por interesse público, poderão ser removidos, postos em disponibilidade e aposentados,

por decisão do respectivo Tribunal, assegurada ampla defesa (CF, art. 93, VIII), regra que torna possível, assim, à própria Corte afastar, pelo mesmo fundamento, também, qualquer de seus membros. Certo é que, garantida aos interessados no processo, ou ao Procurador-Geral da Justiça do respectivo Estado, ou ao Procurador-Geral da República, ou ao Presidente do Conselho Federal ou de Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, a reclamação, afirmava-se, no funcionamento do Conselho Nacional da Magistratura, princípio de superior interesse na ordem democrática, em que todos os titulares de poder são igualmente responsáveis por seus atos e não almejam impunidade. Sempre entendi que o Conselho Nacional da Magistratura, pela forma sigilosa com que resguardava a dignidade do membro de Tribunal, federal ou estadual, acusado, durante a apuração dos fatos – "por manifestamente negligente no cumprimento dos deveres do cargo; de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções; ou de escassa ou insuficiente capacidade de trabalho, ou cujo proceder funcional seja incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário" (LOMAN, art. 56) – e, inclusive, porque, distante das paixões por vezes envolventes do caso, era órgão que não atentava contra a independência do Judiciário, federal ou estadual, nem contra as garantias da magistratura, as quais não conferem aos atos dos juízes inviolabilidade ou perpétua impunidade, se contrários à lei ou aos deveres do cargo. Nem isso podem desejar os magistrados, perante os princípios fundamentais da ordem democrática. De outra parte, ainda, a

autonomia dos Estados-membros não era atingida, em face da natureza e posicionamento de sua Justiça, na unidade do Poder Judiciário nacional, tal como sucede com a eventual reforma das decisões dos Tribunais estaduais, pelo Supremo Tribunal Federal, e, hoje, também, pelo Superior Tribunal de Justiça.

Cuida-se, no Projeto do Estatuto da Magistratura, a par da definição do regime disciplinar dos juízes, da criação de órgão nacional que desempenhará tarefas de significativa importância para o bom desempenho do Poder Judiciário, inclusive no que concerne à unidade de sua ação. Prevê-se, nesse sentido, como antes referido, o funcionamento do Conselho Nacional de Administração da Justiça. Somente por emenda constitucional será possível conferir a esse Conselho competência disciplinar.

Se se fazem convenientes à organização e bom desempenho da magistratura órgãos censórios e de fiscalização dos serviços de administração da justiça, da atividade jurisdicional, compostos na intimidade do Poder Judiciário e por autoridades deste, não tenho, todavia, como compatível com a independência institucional do Judiciário, como Poder Político, que esses órgãos se integrem, também, por autoridades estranhas à organização judiciária nacional, por mais elevados hierarquicamente sejam os dignitários dos outros Poderes que se designem ou os representantes de outras entidades ou segmentos da sociedade civil, inclusive de advogados ou do Ministério Público. A independência dos juízes, no exercício de sua atividade de distribuir justiça, à evidência, não os torna intocáveis;

ao contrário, órgãos de um dos Poderes do Estado, cumpre-lhes dar contas dos serviços que lhes incumbe prestar, com probidade e eficiência. Integram-se, todavia, em uma estrutura hierárquica. Seus atos estão sujeitos a recursos e reclamações previstos na Constituição e nas leis. Não é possível, no interesse dos cidadãos, cujos direitos, liberdades, garantias e prerrogativas são amparados, precisamente, pela ação independente dos magistrados e dos tribunais, que órgãos estranhos ao Poder Judiciário ou autoridades não judiciárias logrem condições de exercer qualquer forma de influência ou pressão no ânimo dos julgadores, já pela fiscalização do merecimento das decisões, já pela aferição de seu conteúdo, com base em razões de conveniência política ou, o que será ainda pior, por fundamentos ideológicos. Certo é que existem órgãos censórios, nos Tribunais, abertos a queixas das partes pelo procedimento dos magistrados. As Cortes, a seu turno, quando solicitadas, prestam à opinião pública esclarecimentos sobre seus atos e decisões. Os julgamentos são públicos e fundamentadas todas as decisões, inclusive as administrativas (Constituição, art. 93, IX e X). Não será cabível, entretanto, que se quebre tradição secular de independência do Poder Judiciário brasileiro, sujeitando-o a formas expressas ou larvadas de influência ou pressão externas, de qualquer natureza ou proveniência. Já em 1857, na obra referida, PIMENTA BUENO acentuava: "Tirai a independência ao poder judiciário, e vós lhe tirareis sua grandeza, sua força moral, sua dignidade, não tereis mais magistrados, sim comissários, instrumentos ou escravos de um outro poder. (...). Não é pois

por amor, ou no interesse dos juizes, que o princípio vital de sua independência deve ser observado como um dogma, é sim, por amor dos grandes interesses sociais" (*op. cit.*, p. 324).

12. Compreendo, na linha dessas sucintas observações, destarte, que não cabe, em reforma constitucional, em que presentes as limitações materiais do art. 60, § 4º, da Constituição, a criação, em nossa ordem jurídica, de órgão de controle do Poder Judiciário, ou criado no âmbito de qualquer dos outros Poderes, ou integrado por autoridades desses Poderes, ou de qualquer deles, ou ainda, com representantes de instituição não pertencente ao Poder Judiciário, ou de membros integrados, nesse órgão, sem a participação do Judiciário. Afetada ficará, em qualquer dessas hipóteses, a independência do Poder Judiciário e, assim, violada a cláusula pétrea da separação dos Poderes, *ut* art. 60, § 4º, III, da Lei Maior. Com esta compatível é, entretanto, a existência de órgão de controle dos atos do Judiciário, inclusive de natureza disciplinar, quer no plano da União, quer no dos Estados, ou de âmbito nacional, desde que integrado no Poder e composto exclusivamente por magistrados, ou, ao lado destes, por não-magistrados, desde que investidos, nas funções, pelo Poder Judiciário. Somente assim o funcionamento do Poder Judiciário poderá ficar imune a influências dos outros Poderes, com evidente prejuízo à boa prestação jurisdicional, que repugna quaisquer formas de coação ou ameaça aos juizes ou tribunais, expressas ou larvadas, eis que acabam por afetar, imediata e diretamente, a independência do Judiciário, nas várias

dimensões aludidas e, assim, por igual, concorrem à descaracterização da fisionomia de nosso sistema político que possui, no primado da Constituição e na independência do Judiciário, conotações essenciais. Os magistrados devem ter condições de guardar a lúcida compreensão de sua independência, não estando sujeitos, no exercício do grave múnus, senão à ordem constitucional e legal, bem assim aos ditames de sua consciência, responsáveis todos perante a Pátria, cujo cumprimento dos deveres há de se manifestar no exercício diuturno das funções, com integridade e amor à causa da Justiça, sem temor algum, nem desejo de decidir para agradar ou desagradar a quem quer que seja.

Não tenho, todavia, como contrárias à independência do Judiciário, ou atentatórias às cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, da Constituição, mudanças em dispositivos da Lei Magna, tendentes a tornar mais ágil a prestação jurisdicional pelos diversos órgãos do Poder, notadamente com a eventual redistribuição de competências entre Tribunais ou as Justças da União e dos Estados. Por igual, diante das conclusões anteriores, não vejo limitações materiais à existência de órgãos compostos na intimidade do Poder – e integrados ou só por membros da Corte Suprema, como era o antigo Conselho Nacional da Magistratura, ou também com representações de

magistrados de diversos tribunais e ramos da Justiça da União e dos Estados, ou ainda, ao lado desses, com não-magistrados, desde que investidos, no órgão, pelo Poder Judiciário –, com finalidades disciplinares ou de coordenação administrativa, na busca de sua unidade de ação, do aperfeiçoamento e modernização de seus serviços, possibilitando-se, destarte, tornar a autonomia administrativa um instrumento eficiente à melhoria dos serviços da Justiça ao povo, a serem prestados, pelos magistrados, com responsabilidade e independência.

13. São essas algumas reflexões que trago nesta Aula Magna, quanto às dimensões da independência do Judiciário como poder, sua legitimidade e controle, em face dos preceitos fundamentais da ordem jurídica vigente, definidos na Constituição de 1988. Penso, no particular, que, sendo valor essencial à ordem jurídica democrática a instituição judiciária, preservá-la é imperioso, se se pretende consolidar a democracia, como forma de convívio social e marca fundamental de nosso sistema político. E fiador constante da garantia dos direitos e da liberdade dos cidadãos, o Judiciário quer e há de aperfeiçoar-se, com as mudanças que se fazem necessárias, para servir, sempre mais, à Nação. Sua independência constitui, entretanto, bem indisponível do povo. Muito obrigado.

O Sistema na Codificação Civil Brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas

Judith Martins-Costa

Professora Adjunta na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
Doutora em Direito pela USP.

SUMÁRIO

Introdução;

I) O sistema em Leibniz;

a) O encontro das "verdades imanescentes";

b) O método;

II) O sistema em Teixeira de Freitas;

a) O encontro da "unidade superior";

b) O método;

Conclusão.

Introdução

Assentado, na história da cultura jurídica, que o fenômeno da codificação corresponde à materialização, no direito de fonte legislativa, de uma certa noção de *sistema*, será interessante averiguar, na codificação civil brasileira, quais as linhas de influência que conformam o modelo de sistema que acolhemos. Proponho, para esta leitura, um prisma específico, qual seja, a noção de sistema que, acolhida por TEIXEIRA DE FREITAS¹, acabou – apesar de certos rumos desviantes

1. Nunca será demais destacar a importância da concepção geral do direito que, marcando a formação cultural de Teixeira de Freitas, acabou por marcar a noção de sistema que pode ser deduzida do Código Civil. É que Freitas foi um fenômeno cultural de difícil explicação. Romanista, por certo, mas não só; atento cultor das fontes lusitanas, mas não só. Universalista, por certo, mas, ao mesmo tempo, um personagem vincado pela atenção ao seu lugar – o dado espacial, ou os aspectos "espaciais" do sistema o seu país, ao qual escandaliza o fato de haver, já, um Código Comercial, e inexistir um equivalente no setor da agricultura, "o mais importante dos problemas a resolver" (Veja-se, neste sentido, a análise de Pierangelo Catalano na palestra proferida

– por restar espelhada no Código Civil de 1916, vendo-se refletida em alguma medida ainda hoje, no Projeto do Código Civil, em tramitação na Câmara dos Deputados.

Sabe-se que na noção de sistema enossada por TEIXEIRA DE FREITAS foram fortíssimas as influências germânicas, notadamente a de SAVIGNY, objeto de estudos vários e proficientes que esgotam o tema². Menos versada tem sido a influência do pensamento de LEIBNIZ³ na concepção

de sistema que está na raiz da *Consolidação das Leis Cíveis* e do *Esboço*. Muito embora este tema tenha sido objeto de certas análises⁴, os valiosíssimos estudos que o versam estão centrados, contudo, na noção de sistema que resulta e advém da célebre bipartição entre os direitos pessoais e os direitos reais, refletindo-se na *estrutura* do projetado Código⁵. Em outras palavras, estes estudos têm como eixo, fundamentalmente, a noção de sistema enquanto estrutura,

na Sessão Inaugural do Congresso Internazionale del Centenario di Augusto Teixeira de Freitas, Atti, in *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano*, org. de Sandro Schipani, Pádua: Cedam, 1988, p. 13). Um homem que, por estes traços, poderia ser tido como voltado ao passado, mas que foi, primordialmente, um *personagem de antecipações*, nascendo, deste paradoxo, sua glória e sua tragédia.

2. A propósito, veja-se os estudos de José Carlos Moreira Alves, *"A formação romanística de Teixeira de Freitas e o seu espírito inovador"*, Nelson Nogueira Saldanha, *"História e Sistema em Teixeira de Freitas"*; Orlando de Carvalho, *"Teixeira de Freitas e a unificação do Direito Privado"*; e José Luis de los Mozos, *"Aproximación metodológica al sistema de Teixeira de Freitas (a través de la distinción entre obligaciones y derechos reales y a propósito de la posesión)"*, todos integrantes do volume *"Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano"*, Atas do Congresso internacional do centenario de Teixeira de Freitas, Roma 12/14 de dezembro de 1983, org. de Sandro Schipani, Pádua: Ed. Cedam, 1988, e ainda o meu estudo *"Da Boa-Fé no Direito Privado – sistema e tópica no processo obrigacional"*, Ed. Revista dos Tribunais, no prelo.
3. Leibniz não é classificável, segundo as categorias hoje dominantes, nem só como um filósofo, ou um matemático, ou um lógico, ou um jurista. Foi um *"maître penseur"*, numa época em que as fronteiras entre as ciências não eram rígidas como hoje, onde a Lógica e a Metafísica não estavam apartadas. Demais disto, nas influências culturais do seu tempo ainda se misturavam os "antigos" – a tradição escolástica – com os "modernos", Bacon e Campanella, Galileu, Kepler e Descartes e ainda Hobbes. Nestes descobre Leibniz ainda estudante em Leipzig, com pouco mais de quinze anos, *"une méditation sur l'unité et l'harmonie du monde, une Logique, une Méthode bien différente de celle d'Aristote qui avait failli le conduire au verbalisme: le souci de l'expérience"*, (Yvon Belaval, *"Leibniz – Initiation a sa philosophie"*, Paris: Lib. Philosophique J. Vrin, 1984, p. 33).
4. Assim, José Luis de los Mozos, *"Aproximación metodológica al sistema de Teixeira de Freitas (a través de la distinción entre obligaciones y derechos reales y a propósito de la posesión)"*, in *"Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano"*, cit., pp. 465 a 486, no qual, ao comparar Freitas e Velez Sarsfield, apontando às suas diferenças, dirá: *"Esta diferencia, por lo demás, en el origen de la formación jurídica, cultural y humana de nuestro autor tiene un nombre propio: G. V. Leibniz, en cuya influencia hay que encontrar un factor decisivo, constante y duradero a pesar de otras influencias posteriores"* (p. 469). Não logra o civilista espanhol, todavia, a anotar pontualmente essa influência, salvo no que concerne à construção do *Esboço* com base na distinção entre os direitos reais e pessoais. Também Orlando de Carvalho, in *"Teixeira de Freitas e a Unificação do Direito Privado"*, in *"Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano"*, pp. 101 a 153. (A referência a Leibniz encontra-se em várias notas, v.g., nota 41, p. 117, Anexo I, pp. 141 e 142 e Anexo II, p. 150), ainda José Carlos Moreira Alves, em *"A formação romanística de Teixeira de Freitas e o seu espírito inovador"*, in *"Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano"*, pp. 17 a 39, localizando-se a referência a Leibniz na p. 27, Nelson Nogueira Saldanha, em *"História e Sistema em Teixeira de Freitas"*; p. 54, Francisco dos Santos Amaral Neto, em *"A técnica jurídica na obra de Freitas. A criação da dogmática civil brasileira"*, in *"Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano"*, pp. 155 a 170, em especial p. 157, e Silvio Meira (*"Teixeira de Freitas, o jurista consulto do Império – Vida e Obra"*, Rio de Janeiro, 1979, em especial XI e XII).
5. Esta noção parece resultar do método exposto por Leibniz in *"Nova methodus docendae discendaeque jurisprudentiae"*, obra escrita em 1667, e que era do conhecimento de Teixeira de Freitas, como alude este expressamente na Introdução à *Consolidação das Leis Cíveis*, XLIX, embora pareça ser de seu conhecimento indireto, através da *Dissertatio*, de Blondeau.

entendida esta como a relação entre os elementos de um sistema⁶.

Acolhendo estas inestimáveis lições, proponho adotar outro viés de análise, qual seja, o exame da *matriz filosófica da noção de sistema*, tal como entendida na acepção que lhe foi conferida por LEIBNIZ nos seus escritos propriamente filosóficos, em especial nos *Novos ensaios sobre o entendimento humano*⁷, escritos entre 1701 e 1704.

Não obstante não me tenha sido possível detectar se TEIXEIRA DE FREITAS teve ou não conhecimento desta obra⁸ – e tendo presente a observação de NELSON NOGUEIRA SALDANHA, segundo o qual TEIXEIRA carecia de uma formação filosófica *"que fosse além da mínima"*⁹ – encontro na matriz filosófica da noção de sistema que adotou e, principalmente, nas observações que fez ao *Esboço* notáveis coincidências de pensamento, por vezes expresso por idênticas metáforas o que, por si só, justifica esta investigação, ainda primária e provisória. Assim sendo, para que este estudo comparativo tenha êxito, mister que se examine, primeiramente, a noção de sistema em LEIBNIZ (I), visualizando-se, a seguir, na obra de TEIXEIRA (II).

I. O sistema em Leibniz

Como é por todos sabido, a noção de sistema como "conexão imanente" é fruto de uma longa história cujo ápice será alcançado pelos filósofos jusracionais, resstando perfeitamente delineada, no plano intelectual, apenas com os filósofos-matemáticos da linha germânica – LEIBNIZ e WOLF, notadamente – através das suas teorias a respeito da formulação das normas jurídicas como proposições ordenadas, completas e perfeitamente coligadas entre si, hábeis a formar – como dirá TEIXEIRA DE FREITAS muito mais tarde – não um mero *"arranjo de partes reciprocamente unidas"*¹⁰.

Diferentemente de uma mera ordenação classificatória de elementos seguida pelos jusracionais de cariz francês, o sistema proposto pelos filósofos matemáticos da linha germânica se quis constituído através da precisão "científica" das suas premissas, através de formulações cada vez mais gerais, passíveis de redução a verdades intangíveis. O objetivo, por certo, não foi o de reduzir todo o conhecimento filosófico ao conhecimento matemático, mas sim de-

6. A noção de estrutura, correlata a de sistema, é posta por Mario Losano, in *"Sistema e Struttura nel Diritto"*, vol. 1, Ed. Turim: Giappichelli, 1968, p. XXIII.
7. *"Nouveaux essais sur l'entendement humain par l'Auteur du Système de l'Harmonie Préétablie"*, redigidos entre 1701 e 1704, e publicados em 1765, que li na tradução de Luiz João Baraúna, São Paulo: Nova Cultural, 1992.
8. Segundo Orlando de Carvalho a inferência que se pode fazer, na obra de Teixeira de Freitas, a um pensamento monológico *"não significa tanto que Freitas conhecesse a metafísica de Leibniz, quanto que nele se repercutem (...) os prenúncios que na obra do jurista juvenil já existem da obra ulterior do filósofo"*. (Op. cit., Anexo II, p. 150). Também Nelson Nogueira Saldanha assinala que Teixeira de Freitas, embora tenha se referido diversas vezes a Leibniz, *"chamando-o pelos mais reverentes adjetivos"*, provavelmente não o leu diretamente (Op. cit., p. 54, nota 15).
9. Op. cit., p. 59. Assim também a observação de Bevilacqua, para quem, em Teixeira de Freitas *"a filosofia não alcançou vãos mais altos"*. (*"Linhas e perfis jurídicos"*, Rio de Janeiro, 1930, p. 131, apud Orlando de Carvalho, op. cit., p. 141).
10. *"Nova Apostilla à Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projecto do Código Civil Portuguez"*, Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859, p. 52.

finir a ordem da razão – aquilo que estrutura o sistema – ao modo das ciências matemáticas: analogia *more geometrico*, portanto, a qual requer a elaboração de um sistema centralizado no qual, no dizer de MENEZES CORDEIRO, “a ordenação não se consegue com base em conexões estabelecidas entre elementos periféricos pré-sistemáticos, ela desenvolve-se, antes, unitária e metódica, de uns quantos princípios firmados com vista ao sistema¹¹”.

Por isso o sistema se fundará em “proposições primeiras” que não requerem demonstração justamente por serem “verdadeiras” ou “inatas”, assim como o são os princípios primeiros da matemática ou da geometria, de onde se seguem, *ordenadas e unitariamente encadeadas, proposições secundárias e efeitos que constituem uma totalidade*.

Analisando a noção de sistema em LEIBNIZ afirma MARIO LOSANO¹² que, em sua obra o termo adquire uma dúbia significação: uma, atécnica, referida sobretudo à exposição de uma certa matéria e outra, específica, na qual o termo sistema designa não como o mero acostamento de elementos, mas, sobretudo, o conjunto das demonstrações destes fatos, conformando ordem científica perfeita na qual os particulares elementos devem ser expostos com base na maior ou menor simplicidade da sua demonstração¹³. Nesta acepção, percebe LOSANO, “sistema se enriquece de uma ul-

terior qualificação: não é apenas um discurso dedutivo, cujas partes são logicamente conexas, mas é também um discurso que deve fundar a dedução sobre certos princípios, assim como ocorre no raciocínio matemático¹⁴” O que significa dizer que, pressuposta à noção de sistema está a existência de certos princípios, existentes de *per se* que o fundam e o conformam.

É em direção à análise destes princípios, de sua conformação e significado para a noção de sistema que devo agora prosseguir.

a) O encontro das “verdades imanentes”

Visto o sistema não mais como o simples acostamento de elementos, mas, sobretudo um “sistema interno”, racionalmente compreensível e racionalmente demonstrável, segundo categorias, conceitos e definições racionalmente apreensíveis, um problema, contudo, continuava a perturbar as análises filosóficas, qual seja, a de saber como enquadrar, nesse sistema, os “casos difíceis”, apenas solúveis mediante a casuística.

LEIBNIZ teve o mérito de, pioneiramente, buscar solver este problema, e o fez mediante o estabelecimento do elo que realiza a necessária conexão ou convergência (*sympnoia panta*¹⁵) entre os elementos componentes do todo: a harmonia ou conexão imanente derivaria da existência de “prin-

cípios primeiros”, existentes por si sós e integrantes do próprio ser das coisas.

Sua originalidade – e nisto é “stupefacentemente moderno”, como dirá GIOVANNI TARELLO¹⁶ – está no modo como capta os problemas do direito e como organiza metodologicamente os problemas de mais difícil solução, pois, ao contrário da opinião então corrente, segundo a qual as soluções das questões dúbias deveriam ser buscadas na prática, recaindo na casuística, entende haver, para cada questão dúbia uma única solução, a qual *deveria e poderia ser demonstrada*. A solução que propõe é o estabelecimento de uma proposição jurídica verdadeira que pode ser descoberta se a argumentação *partir de outras proposições jurídicas verdadeiras e já conhecidas*¹⁷.

No debate que, mediante o imaginário diálogo entre FILALETTO e TEÓFILO, trava com LOCKE, LEIBNIZ nega a existência de átomos¹⁸, rejeita a possibilidade de substâncias, ou “almas” que possam existir separadas¹⁹ e afirma a existência de “princípios inatos”, ou “verdades necessárias”. Essas “verdades inatas”, ou axiomas, estando interligadas, formam um sistema *graduado ou escalonado*, pois a natureza “nunca faz saltos²⁰”, provindo “as percepções grandes e notáveis” “por graus daquelas que são excessivamente insignificantes para serem notadas²¹”

e competindo à Razão “a qual nada escapa, compreender distintamente todo o infinito e enxergar todas as razões e todas as consequências²²”.

Nesta perspectiva, as “verdades imanentes” possibilitariam a constituição de um saber totalizante e escalonado, eis que estruturado sobre princípios internos, imanentes, que estão no interior, no próprio “ser” de cada ciência. Observe-se a seguinte passagem: “As verdades necessárias, quais as encontramos na matemática pura e sobretudo na aritmética e na geometria, devem ter princípios cuja demonstração independe dos exemplos e, conseqüentemente, também do testemunho dos sentidos(...) Também a lógica, a metafísica e a moral, *uma das quais forma a teologia e a outra a jurisprudência todas as duas naturais, estão repletas de tais verdades necessárias e, por conseguinte, a sua demonstração não pode provir senão de princípios internos que se denominam inatos*. É verdade que não se deve imaginar que possamos ler na alma estas leis eternas da razão a livro aberto, como se lê o edito do pretor no seu livro sem trabalho e sem pesquisa; basta, porém, que possamos descobri-los em nós em virtude da atenção, sendo que a ocasião é fornecida pelos sentidos, e a seqüência das experiências serve ainda como confirmação à razão, mais ou menos como as provas ser-

11. Antonio Manuel Menezes Cordeiro “Da Boa-Fé no Direito Civil”, Coimbra: Almedina, 1984, p. 219.

12. *Sistema e Struttura nel Diritto*, p. 58.

13. *Op. cit.*, p. 58.

14. *Idem*, p. 61, traduzi.

15. A expressão de Hipócrates está em “Novos Ensaios”, p. 08.

16. in “Storia della Cultura Giuridica Moderna. Bolonha: Il Mulino, 1976...”, p. 136.

17. Tarello, “Storia...”, p. 136.

18. “Novos Ensaios”, p. 07.

19. *Idem*, p. 11.

20. *Idem*, p. 10.

21. *Idem*, *ibidem*,

22. *Idem*, p. 11.

vem na aritmética para melhor evitar o erro de cálculo, quando o raciocínio é longo²³.

O que significa que existem proposições primeiras, com caráter autofundante, as “verdades necessárias” que são “inertes”, as quais, todavia, podemos descobrir “à força da atenção”. Descobertos os princípios internos ou “inatos” e as relações entre esses e os casos particulares – aqueles que provêm dos exemplos – tem-se um sistema racional e internamente articulado, a razão atuando para a formulação das conexões “pois só a razão é capaz de estabelecer regras seguras e de suprir o que falta nas regras que não são seguras, inserindo as suas exceções (e) só a razão é capaz de encontrar finalmente as conexões certas na força das conseqüências necessárias”. Se encontradas as “conexões certas na força das conseqüências necessárias” é porque encontrados estiveram os “verdadeiros princípios das coisas nas unidades de substância”²⁴.

Estas premissas, exaustivamente explicitadas nos *Novos ensaios*, re-iluminaram o exame de seu método, este sim conhecido por TEIXEIRA DE FREITAS, que expressamente alude, na Introdução à *Consolidação*, ao *Nova Methodus discendae discendaeque jurisprudentiae*²⁵, referindo-o também em várias passagens da *Nova Apostilla à Censura do Senhor ALBERTO*

DE MORAES CARVALHO sobre o *Projecto do Código Civil Português*²⁶.

b) O Método

LEIBNIZ propõe um ordenamento sistemático e pedagógico do direito construído sobre o fundamento dos métodos lógicos versados em sua época e, assim – a observação é de CESARE VASOLI – reúne o procedimento axiomático-dedutivo dos *Elementa* euclidianos com as disposições tabulárias típicas da dialética de PIERRE RAMÉE e, ainda, “os reclamos à virtude demonstrativa do silogismo aristotélico com a construção do sistema dos loci comunes e a insistente alusão às técnicas combinatórias ilustradas na *Dissertatio*” (de modo que) “tais instrumentos e o caminho lógico devam todos confluir e combinar-se na elaboração de uma nova metodologia do direito²⁷”.

A combinação entre o encontro das “verdades imanentes” ou “princípios primeiros” com os instrumentos da Lógica resulta no amoldamento do pensamento a uma estrutura interna e formal, vincada à forma descritivo-expositiva. Por isto, “o verdadeiro Método, considerado em toda a sua extensão, é uma coisa, no meu entendimento, completamente desconhecida até hoje, e é praticado somente nas matemáticas. Mesmo ele é imperfeito em relação às próprias matemáticas, como eu tive a felicidade de mostrar a al-

guns²⁸”, dirá LEIBNIZ, acentuando que, nas matemáticas, cuja excelência resulta do seu formalismo, as experiências não se realizam “sobre a coisa em si mesma considerada, mas sobre as características que nós substituímos em lugar das coisas²⁹”. Características formais, por certo, de modo que, se utilizado o método que propõe, o raciocínio, seja na Física, na Moral ou na Jurisprudência, será tão demonstrável quanto na Aritmética.

Assim sendo, propõe que, conhecidos os “princípios primeiros”, e deduzidas, por via da Razão, todas as suas conseqüências, das maiores às menores, sejam atribuídas definições certas para cada coisa, cada elemento ou fenômeno: “É manifesto que se se puder encontrar caracteres ou signos próprios para exprimir todos os nossos pensamentos, assim exatamente e claramente como a aritmética exprime os números, ou

que (a álgebra) a análise geométrica exprime as linhas, nós poderemos fazer, em todas as matérias, desde que elas sejam sujeitas ao raciocínio, tudo o que se pode fazer em Aritmética e em Geometria³⁰”.

Do que, e especificamente no que concerne à Jurisprudência, LEIBNIZ, investindo contra “a imensa multiplicidade das leis³¹” dispersas “em imensos volumes, entre os quais não existe nem ordem nem concordância³²”, contra o tipo de aplicação que daí decorre, baseada em argumentos retirados da “razão das leis, razão que é por vezes a coisa mais incerta³³”, propõe a elaboração de um código, conjunto de leis “a partir das quais cada um compreenderá facilmente seu dever em todos os negócios e onde não se poderá reclamar de não haver cumprido por ignorância ou de ter sido abusivo pela sutileza do direito³⁴” de modo a evitar os processos

28. “La vraie Méthode, prise dans toute son étendue est une chose à mon avis tout à fait inconnue jusqu’ici, et n’a été pratiquée que dans les mathématiques. Encore elle est imparfaite à l’égard des mathématiques mêmes, comme j’ai eu le bonheur de faire voir à quelques uns” (Couturat, L. “Opusculs et fragments inédits de Leibniz, 153, apud Y. Belaval, “Leibniz, Initiation à sa philosophie”, Paris: Lib. Philosophique J. Vrin, 1984. p. 124).

29. “sur la chose même, mais sur les caractères que nous avons substitués à la place de la chose” (Couturat, Opusculs..., p. 154, apud Belaval, “Leibniz...”, p. 124).

30. Couturat, Opusculs..., cit., 155, grifado no original, apud Y. Belaval, “Leibniz...”, p. 125.

31. G.W. Leibniz “De la Justice et du Nouveau Code”, 1678 (data provável) In “Trois Textes sur le droit et la codification”, transcritos por René Sève, In APD. Vol. 31, Paris, 1986. pp. 357 a 367. No original: “Nous avons décidé d’embrasser l’immense multitude des lois avec clarté dans peu de mots, afin que la mémoire des hommes ne soit pas surchargée et que le jugement ne soit pas plus longtemps fluctuant à cause de l’incertitude des opinions. Et ainsi le droit sera finalement achevé et certain (finitum certumque) (p. 360).

32. Idem, ibidem. No original: “Elles (as causas do direito incerto) sont assurément difficiles parce qu’elles sont contenues à l’état dispersé dans d’immenses volumes, parmi lesquels parfois il n’y a ni ordre ni accord. Les mêmes lois sont très souvent employées en différentes causes et de différentes manières (...). De plus, dans un même corps de lois des dispositions antérieures sont abrogées par celles que lui suivent; parfois on ne sait les distinguer.”

33. Idem, p. 361: “Or on charge d’ordinaire ces arguments dans la raison de la loi, raison qui est parfois la chose la plus incertaine: en général il ne faut pas accorder que l’autorité des interprètes est telle qu’ils peuvent étendre l’avis d’une loi (sententiam legis) des choses semblables, surtout lorsque des lois elles-mêmes semblent tantôt admettre tantôt rejeter ce mode d’argumentation et que l’estimation de la similitude est incertaine; et on a même l’habitude de tirer pour soi, à partir des lois, des axiomes ou des règles de droit, qu’ensuite on utilise pour définir des causes, mais que cependant sont affaiblis de tous côtés par des distinctions et perdent leur fonction: car les lois elles-mêmes nient que l’on doive tirer le droit à partir de règles de cette sorte.”

34. Idem, p. 358.

23. Idem, p. 05.

24. Idem, p. 24.

25. *Consolidação das Leis Cíveis*, Garnier, 3ª ed., 1896, XLIX e nota 31, doravante designada “Consolidação” e indicadas as referências à Introdução pelos números romanos.

26. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859, doravante designado por “Nova Apostilla”.

27. Cf. Cesare Vasoli, “Enciclopedia, Pansofia e Riforma Metodica del Diritto nella nova methodus di Leibniz”, in Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Vol. 2, 1973, p.41, grifos do autor.

“recobertos de trevas de tal sorte que raramente uma causa de alguma importância é tratada sem que, mesmo entre os especialistas, nasçam controvérsias extremamente embaraçantes³⁵”.

A este código – que, todavia, não chegará a ser efetivo, pois ainda seria um impossível histórico – subjaz a noção leibniziana do direito como um sistema deduzido da demonstração das verdades imanes, às quais correspondem definições certas, relativas a proposições que se articulam internamente, “ligando sujeitos (jurídicos) a predicados (jurídicos)”, proposições que “são verdadeiras” (porque demonstráveis pelo raciocínio, como nas matemáticas), “e das quais com regras de transformação das proposições que se encontram na ciência lógica, podemos assim alcançar outras proposições (jurídicas) verdadeiras e incluídas no sistema jurídico³⁶”.

Como é por todos sabido, o método de LEIBNIZ foi prosseguido pela Pandectística alemã notadamente a partir das formulações que lhe conferiu WOLF,

espelhando-se, por suas grandes linhas, no BGB. Muito antes desta corporificação legislativa, contudo, veio refletir-se, entre nós, no sistema proposto por TEIXEIRA DE FREITAS que, expressamente, buscou o seu aperfeiçoamento e desenvolvimento último.

II. O sistema em Teixeira de Freitas

Atentíssimo leitor de SAVIGNY e dos juristas germânicos tributários das concepções leibnizianas³⁷, percebe TEIXEIRA DE FREITAS que o filósofo de LEIPZIG, apesar do “poder do seu gênio³⁸”, não alcançara retirar a melhor aplicação da “verdade eterna³⁹” que havia posto, e que nem esta havia sido perfeitamente assimilada pelos que lhe haviam seguido.

Disposto a empreender esta tarefa e ir às últimas consequências das proposições de LEIBNIZ, assim organiza a *Consolidação* – estruturando-a na divisão entre uma Parte Especial, composta pela divisão fundamental dos direitos pessoais e reais⁴⁰, à qual

“antecede uma Parte Geral, que lhe serve de prolegômenos⁴¹”. Não me deterei no exame desta estrutura, já suficientemente iluminada pelos estudos existentes, apenas assinalando que, à Parte Geral, cabia tratar dos “elementos constitutivos de todas as relações jurídicas, e portanto das relações jurídicas na esfera do Direito Civil”, isto é, as pessoas e as coisas. O que quero sublinhar é que, para FREITAS, esta distinção era derivada “do producto da analyse de todos os direitos possíveis na sua extensão⁴²”, isto é, não só os elementos constitutivos do direito subjetivo, mas, sublinho, todos os direitos possíveis, e em toda a sua extensão, tarefa omnicompreensiva própria de quem perspectivava, no Direito Civil, a existência de um sistema, e de um sistema apto – ao contrário de uma mera ordenação classificatória – a promover a cobertura total da instância normativa.

Ora, o que me parece digno de nota é que uma tal estrutura só seria possível se tivesse como premissa a existência, em cada ser, em cada instituto jurídico, de um princípio primeiro, fundante e verdadeiro, princípio inato, radicado no interior do próprio ser, e do qual derivariam, como consequências necessárias, as demais regras, tal como havia proposto LEIBNIZ. Este princípio denominou TEIXEIRA DE FREITAS de “a unidade superior” através da qual podem ser deduzidas as relações que compõem os institutos e as regras da legislação.

a) O encontro da “unidade superior”

Já na *Consolidação*, que precedeu em cerca de quarenta anos a estrutura realizada no BGB⁴³ resulta, do espírito sistematizador de TEIXEIRA DE FREITAS, a capacidade de pensar conceitos e concepções dotados do mais alto grau de generalidade e abstração tal como só posteriormente ingressariam no patrimônio jurídico contemporâneo. Sabia discernir, com precisão, o código – como espelho do sistema que seria próprio e imanente ao “ser” do Direito – e aquilo que, produto de uma mera ordenação, nada mais constituiria do que “um livro com letreiro de Código Civil, à feição do nosso Código Comercial vigente⁴⁴”. O exame punctual de certas passagens de sua obra indicará até que ponto abeberou-se das concepções leibnizianas e até que ponto conferiu-lhes vida e corporificação, levando-as às últimas consequências, talvez não imaginadas pelo filósofo.

Preliminarmente ao exame de sua obra inacabada será importante fixar alguns pontos. Em primeiro lugar, os traços marcantes da noção de sistema no direito civil, que endossa uma noção vinculada fortemente pelo acento ao método, um método, contudo, que não é meramente externo, não é só clareza e uma ordenação mais ou menos arbitrária. Um método que inicia

35. Idem, p. 360, no original: “En effet, nous avons appris que, par le vice des hommes et des temps, les procès sont recouverts de ténèbres de telle sorte que rarement une cause de quelque importance n'est traitée sans que même entre les spécialistes (peritos) ne puissent naître des controverses assez embarrassantes (perplexae).

36. Assim G. Tarello no original: “(...) una concezione del diritto come sistema di proposizione; proposizioni che conettono a sogetti (giuridici) predicati (giuridici); proposizioni che sono vere, e dalle quali, con regole di trasformazione delle proposizioni che triviamo nella scienza logica, possiamo perciò pervenire ad altre proposizione (giuridiche) vere, e incluse nel sistema giuridico”. (“Storia...”, cit., pp. 133).

37. Crítica acerbamente Teixeira de Freitas os juristas filiados a Domat e Pothier, ainda presos demasiadamente ao sistema classificatório romano, privilegiando, portanto, a classificação operada na Alemanha de Savigny, “o paiz da meditação, onde a Sciencia do Direito, associando-se à história, e à philologia, tem alcançado os mais brilhantes triunfos” (*Consolidação*, cit. LII).

38. Introdução à *Consolidação*, XLIX.

39. Idem, LI.

40. Afirma o nosso jurista que, com aquela divisão, se alcançaria o desaparecimento da diferença entre os direitos reais e os direitos pessoais, “diferença tão importante que é a chave das relações civis”. E esta distinção tem o caráter de chave para a compreensão da ordem de arrumação das matérias concernentes às relações civis justamente, porque é sistemática, isto é, guarda consonância, externamente, com aquilo que é internamente dotado de uma “organização” ou sistema imanente. Ao ignorá-las, o chamado “sistema” das *Pandectas*, portanto – assim como o do *Code Civil Français* – tem muito mais de “ordenação” do que de “sistema” – no sentido que lhe será emprestado pela ciência alemã como o modelo próprio ao desenvolvimento de raciocínios sistemáticos – tais como serão entendidos no séc. XIX e em boa parte deste século.

41. “*Consolidação das Leis Civis*”, Introdução, CXII.

42. *Consolidação*, CXIII, grifos do autor.

43. Segundo Sílvio Meira (“Clóvis Bevilacqua, Sua Vida. Sua Obra”, Fortaleza: EUFC, 1990, p. 114), alguns autores europeus consideram Teixeira de Freitas, por esta concepção, influenciador do Código Civil Alemão. Assim, Raoul de la Grasserie (“*Lois Civiles du Brésil*”, Paris: Ed. Giard & Briere, s/d).

44. Apud Levi Carneiro, “*Estudo crítico-biográfico*”, p. XIV, introduzindo a edição de o *Código Civil – Esboço*, Rio de Janeiro: Ed. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, doravante denominado *Esboço*.

com a organização do imenso cipoal legislativo que havia resultado das Ordenações e das leis extravagantes, mas que segue adiante, e resulta, como havia ensinado LEIBNIZ, do “interior do ser” do direito. Será melhor permitir que TEIXEIRA DE FREITAS fale por si, explicando-nos, passo a passo, como lhe ocorreu esta noção:

“Quaes os verdadeiros limites da Legislação Civil? Quaes as disposições actualmente em vigor? Qual o teor de sua ordenação própria? Os entendedores da materia, aquellos que conhecem o estado na nossa Legislação, sua incerteza, seus elementos heterogêneos, podem bem avaliar a dificuldade destas questões. Nunca tivemos Código Civil, e se por tal reputassemos o corpo das ordenações Filippinas, ou antes o 4º livro dellas, que mais se dedicou aos contractos e sucessões estaríamos ainda assim envolvidos na immensa teia das leis extravagantes, que se tem accumulado no decurso de mais de dois seculos e meio⁴⁵”.

O que significa que, uma vez detectado o problema, é preciso:

“... examinar as leis em seus próprios textos sem influencia de alheias opiniões, comparar attentamente as leis novas com as antigas, medir com precisão o alcance e as conseqüências de umas e outras; eis o laborioso processo que empregado temos para conhecer a *substância viva* da Legisla-

ção⁴⁶,” a “substância viva” que anima as leis, que desenha a ordem que lhe é própria e desfaz a “imensa teia”, o que só é possível através da meditação solitária, dos estudos e da reflexão, único caminho para o encontro da unidade superior, como dirá em célebre passagem:

“Para achar (...) os limites do Direito Civil, e a norma de exposição das matérias, que lhe pertencem, recorremos a estudos de outra natureza, consultámos os monumentos legislativos, revimos e meditámos as tradições da Sciencia; e com livre espírito procuramos essa unidade superior, que concentra verdades isoladas, penetra as mais recônditas relações e dá esperanças de um trabalho consciencioso⁴⁷”.

Veja-se, neste trecho, o reflexo imediato das considerações leibnizianas acerca das noções ou princípios inatos, expostas no diálogo entre FILALETEO e TEÓFILO acerca do sistema que este último vem de formular: “Encontro”, diz TEÓFILO, “os verdadeiros princípios das coisas nas unidades de substância que este sistema introduz, e na sua harmonia preestabelecida pela substância primitiva⁴⁸”.

“Substância interior que penetra as mais recônditas relações”, para FREITAS, “princípios existentes nas unidades de substância” ou “substância primitiva”, para o filósofo alemão, princípios “inatos” porquanto assim entendidos os que “não temos necessidade de ir buscar fora⁴⁹” existentes que são

“no ser das coisas⁵⁰” – assim havia dito LEIBNIZ – muito embora possam carecer de demonstração, “como a verdade dos números, que estão em nós muito embora as aprendamos, seja por via demonstrativa, seja comprovando-as por exemplos⁵¹”, uma vez que a sua percepção “depende de uma atenção e de uma ordem⁵²”.

Em todo o caso, sempre “causas determinantes” – dirá FREITAS – de cuja escolha “depende a solução do problema⁵³”, causas inatas, que não devem ser arbitrariamente escolhidas fora do ser, uma vez que este não constitui “*tabula rasa*, como lousas nas quais não existe nada escrito⁵⁴” – escrevera LEIBNIZ – uma vez que “o homem é o ente inteligente e livre, e não uma *tabula rasa* em que o legislador constrói codificações arbitrárias” – assim enunciará TEIXEIRA DE FREITAS, ao comentar o art. 36 do Esboço⁵⁵, no seu sentir a “*pedra angular de todo o Direito Civil que for legislado sobre a base da natureza humana*⁵⁶”. Ilumina-se, por este viés, a sua célebre expressão contida no mesmo comentário – “as leis são feitas para o homem, e não o homem para as leis⁵⁷”. E assim é porque o princípio que as anima já

existe e não suporta intervenções arbitrárias, porque “a obra nós a temos e apenas se a modifica tanto quanto é preciso para o bem comum⁵⁸”.

Percebido o princípio, havia ensinado LEIBNIZ, “pode-se tirar dele conseqüências científicas⁵⁹”, pois “a razão das verdades mais particulares depende das mais gerais, das quais são apenas exemplos⁶⁰”. A tarefa do legislador que o percebe é alcançar estas conseqüências em toda a sua extensão e assim, distinguir, dividir, definir. “Classificar”, dirá FREITAS:

“não é simplesmente dividir, não é somente designar por uma denominação comum os indivíduos que se assemelham a certos res-
peitos. A divisão é instrumento da analyse; mas, terminada esta, e conhecidas as diferenças e semelhanças dos entes ou factos observados, a classificação, instrumento da synthese, os distribue, não em series isoladas, mas em classes superiores e inferiores, subordinadas umas às outras, e formando um verdadeiro systema, que não é um simples arranjo e superposição, mas um tecido, um aggregado de partes reciprocamente unidas⁶¹”.

50. Idem, p. 36.

51. Idem, p. 36.

52. Idem, p. 37.

53. “Esboço”, comentário ao art. 4º, p. 7.

54. “Novos ensaios”, Prefácio, p. 4.

55. Art. 36: “Sempre se entenderá que lhes são (às pessoas de existência visível) permitidos todos os atos e todos os direitos, que não lhes forem expressamente proibidos”.

56. “Esboço”, p. 39.

57. Comentário ao art. 39, “Esboço”, p. 39.

58. Idem, ibidem.

59. Leibniz, “Novos Ensaios”, p. 39.

60. “Novos ensaios”, p. 35.

61. Nova Apostilla, p. 52, grifos originais.

45. “Consolidação das Leis Civis”, XXXI e XXXII.

46. Idem, ibidem, grifei.

47. Idem, XXXIV, grifos meus.

48. “Novos ensaios”, p. 24.

49. Idem, p. 35.

Nas *Notas ao Esboço*, chegará a confessar: “Estas divisões e distinções, conheço que são mais próprias da doutrina, que da lei; mas sem elas é impossível bem compreender o pensamento da lei, e fazer de suas disposições uma idéia exata”. Todas as nossas divisões e distinções não aparecem no Projeto como simples adorno científico, do mesmo modo que as definições; “deve-se entender que são de caráter imperativo, ou concomitantes de disposições imperativas⁶²”.

A classificação, a divisão, a distinção, não sendo arbitrárias, não provindo da escolha aleatória de um número – como o que encantara o monarca das Siete Partidas – nada mais são, portanto, do que o produto de um princípio dominante⁶³, pois “se a classificação não é fundada sobre um princípio, não existe systema⁶⁴”.

Note-se que as proposições leibnizianas a respeito dos princípios inatos, da necessidade de sua demonstração e do alcance de suas consequências eram, no seu entender, também válidas para as ciências de ordem prática, chegando a afirmar que não existiriam, aliás, princípios de ordem prática que não fossem inatos⁶⁵. Havia escrito LEIBNIZ: “a ciência moral (...) é inata da mesma forma que o é a aritmética,

pois depende também das demonstrações que a luz interna fornece⁶⁶”. O que é inato, ensina TEÓFILO, “nem por isto é logo conhecido clara e distintamente: necessita-se por vezes muita atenção e ordem para percebê-lo, sendo que as pessoas de estudo nem sempre o atingem, muito menos qualquer criatura humana⁶⁷”.

“Cem vezes vacilei”, confessará TEIXEIRA DE FREITAS, na nota ao art. 276 do *Esboço*, dando conta da profundidade do seu meditar sistemático: devia ou não contemplar as sociedades anônimas como pessoas jurídicas, e a par das corporações, posto diferirem, ambas, na sua duração? Mil vezes meditou, porém, e chegou à conclusão de que a diferença não era fundamental, que havia um caráter comum às duas espécies⁶⁸. Aí percebe-se o seu imenso esforço para, à força do estudo e da meditação visualizar, no “ser” dos vários institutos que classificava e sistematizava, a sua “verdade inata”, o seu “princípio superior”, a “substância viva”, o “princípio comum” que permitiria a classificação perfeita das várias regras jurídicas, deles decorrentes⁶⁹. Daí também o seu manifesto horror ao “detestável espírito das leis francesas⁷⁰”, “pasta de confusos elementos⁷¹” que tão acerbamente critica em várias passagens das

notas ao *Esboço* e da *Nova Apostilla*. Horror à assistematização, às noções “errôneas e confusas” que adviriam de uma inexata compreensão do sistema que propunha, fundado na verdade do ser, encontrável pela atenta observação à “realidade da vida⁷²”.

Com efeito, tinha TEIXEIRA como certo que as verdades das coisas, ou princípios, ou idéias, constituíam, como havia afirmado LEIBNIZ, “a alma e a conexão” dos nossos pensamentos⁷³, sendo “ali necessários, da mesma forma que os tendões e os músculos o são para andar, embora não pensemos neles⁷⁴”. Mesmo quando da elaboração da *Consolidação* – quando o intuito ainda não era o codificatório, mas o de ordenar e, classificando, tornar clara a confusa massa legislativa existente – transparece, nítida, a preocupação de ordenar e classificar à vista das conexões imanentes dos institutos, à vista da “unidade superior” que preside a “substância viva” do direito, o que o levou, na justa observação de ORLANDO DE CARVALHO, a situar o sistema “como matriz do problema, de relevo quase ímpar entre os juristas de seu tempo⁷⁵”.

E foi ímpar porque, no *Esboço*, “ponto culminante de sua obra” e, no qual “o seu espírito criador encontra terreno propício para evidenciar-se⁷⁶”, levou às últimas consequências esta concepção, o que pode ser exemplificado com o exame de dois temas,

quais sejam, o da *unificação do direito privado* – no qual a questão da unidade sistemática da matéria privada levada às últimas consequências – e *do caráter das disposições da Parte Geral*, que virá a reformular.

É neste último ponto que desejo enfocar nossa atenção, tomando como exemplo paradigmático das concepções leibnizianas que acolheu a riquíssima nota ao art. 431, que introduz a Secção III do *Esboço*. Aí vem expresso o método que deriva da sua concepção de sistema, método que explica e justifica a estrutura do Código que propôs:

b) O método

Na nota ao art. 431 TEIXEIRA DE FREITAS justifica a reformulação do seu pensamento concernentemente à inclusão dos *atos jurídicos* na Parte Geral, revelando três traços que, por fundamentais, devem ser aqui registrados: a “aderência ao real”, que perseguia – porque a verdade das coisas está nelas, inata; o domínio extremo da dogmática, na qual foi um mestre e, por fim, o caráter sistematizador, no sentido moderno, aquele que fora posto por LEIBNIZ e que irá permitir, por força da delimitação de proposições primeiras, os “princípios mais gerais”, o *perfeito encadeamento dedutivo entre os gêneros e as espécies, bem como a sua possibilidade de articulação centralizada com*

62. “Esboço”, nota ao art. 274, p. 161, grifei.

63. *Nova Apostilla*, p. 53.

64. Idem, ibidem.

65. Leibniz, “*Novos Ensaios*”, p. 39.

66. Idem, p. 42.

67. Idem, p. 45.

68. “Esboço”, nota ao art. 276, p. 165.

69. Veja-se, como exemplo, a nota ao art. 40, do “Esboço”, justificativa da distinção e classificação entre pessoas capazes e incapazes, um dos pontos altos do seu pensamento.

70. “Esboço”, p. 8, nota ao art. 5º.

71. *Nova Apostilla*, p. 72.

72. *Esboço*, p. 19, nota 17, em crítica à divisão das pessoas procedida pela doutrina francesa: “mas como fugir à divisão do nódulo do texto? A realidade da vida aí está, basta observá-la”.

73. Leibniz, “*Novos ensaios*”, cit., p. 35.

74. Idem, ibidem. E ainda: “O espírito se apóia sobre esses princípios a todo o momento, mas não chega tão facilmente a distingui-los e representá-los distinta e separadamente, visto que isto exige uma grande atenção ao que ele faz, e a maior parte das pessoas, pouco habituadas a meditar, não têm tal atenção”.

75. Op. cit., p. 119.

76. José Carlos Moreira Alves, op. cit., p. 29.

os demais elementos que compõem o universo jurídico, conduzindo, assim, à cobertura completa do ordenamento.

Importa registrar que já na Introdução à *Consolidação* TEIXEIRA DE FREITAS havia exposto os grandes lineamentos do seu método, que é o de, conhecido o quadro da legislação civil e o quadro das suas “divisões peculiares”, fixar algumas “noções fundamentais, investigando a teoria dos direitos reais e a dos direitos pessoais e indicando, por último, a aplicação que se pode fazer dos princípios”⁷⁷. A classificação que propõe, contudo, não nasce da tradição – muito embora fosse notável romanista – mas da substância viva do direito, porque, “não pode haver verdadeira classificação do Direito sem que se derive das diferenças e conformidades que constituem a natureza das coisas”⁷⁸.

Assim explica a razão pela qual, modificando o critério exposto na *Consolidação*, veio a incluir, no *Esboço*, os fatos jurídicos na Parte Geral. Ouça-se o que tem a dizer:

“Esta Secção 3ª, que trata dos fatos, um dos elementos dos direitos regulados no Código Civil não estava em meu primitivo plano (...). Ali disse eu: alguns Escritores adicionam este terceiro elemento sob a denominação de fatos, fatos jurídicos, atos jurídicos, de que também tratam na parte geral das matérias do Direito Civil. Não nos conformamos com este método.

Hoje, ao contrário, estou convencido de que sem este método será impossível expor com verdade a síntese das relações do Direito Privado, e fugir a um defeito gravíssimo de que se ressentem todos os Códigos, com exceção unicamente do da Prússia. Eles têm legislado sobre matérias de aplicação geral a quase todos os assuntos do Código Civil, do Código de Comércio e do Código do Processo, como se fossem exclusivamente aplicáveis só aos contratos e testamentos; e com este sistema embarçam o exato conhecimento do Direito Privado, isolando fenômenos que são efeitos da mesma causa, e contribuindo destarte para que muitas espécies escapem à influência de seus princípios diretores”⁷⁹.

O encontro da “unidade superior” que permite não se isolem fenômenos que derivam das mesmas causas justifica, pois, a reformulação operada. Expostas as razões pelas quais considerou incluir os fatos jurídicos, elabora uma teoria dos fatos jurídicos, entendendo que os erros em que incorriam os códigos de particularizar disposições dotadas de “caráter próprio de omnicompreensão”⁸⁰ aos contratos e testamentos foi superado “ao dar conta fiel”, a Parte Geral, de “todos os elementos dos direitos”, e justificando o seu raciocínio em passagem que só será igualada em rigor científico, na civilística brasileira, por PONTES DE MIRANDA, escreverá:

“... assim como subi dos contratos e testamentos para os atos jurídicos, foi necessário remontar depois dos atos jurídicos

para os atos lícitos em geral, dos atos lícitos para os atos voluntários, achando aí os atos ilícitos; e finalmente dos atos voluntários para os fatos em geral”⁸¹.

O relevo que atribui à idéia de fato jurídico como elemento que está no topo de uma escala – pois bem discerne entre os fatos como *causa* e como *objeto* do direito – é revelador do escalonamento ou *estrutura graduada* que o anima, tal qual havia sido impulsionada pelo filósofo alemão. Bem assim, a importância conferida à idéia de ato jurídico como dado potencialmente gerador e articulador de toda a instância normativa:

“Entram na ordem dos fatos de que trata esta Secção: estas palavras em nosso texto advertem que não se trata dos fatos como objeto de direitos, senão unicamente dos fatos como causa produtora de direitos. (...) Os fatos, objeto de direitos, e dos atos jurídicos, são sempre atos humanos positivos ou negativos, ações ou omissões. Os fatos, causa produtora de direitos, podem ser atos humanos, e podem também ser fatos exteriores em que a vontade não tem parte”.

“Sem fatos que engendrem direitos, eis o pensamento fundamental do nosso artigo e da presente Secção, não pode existir direito algum no sentido em que o Projeto vai regular direitos na Parte Especial”⁸².

Em carta a MARTIN FRANCISCO, então Ministro da Justiça, datada de 20 de setembro de 1867, retoma este ponto:

“Na escala dos actos jurídicos entram as leis (...) As leis em grupo, e em outro grupo o resto dos actos jurídicos, são, em última análise, as únicas potências, a que se reduzem todas as causas jurídicas”. (...) Actos em geral, actos voluntários, involuntários, jurídicos, probatórios, legislativos, governamentais, administrativos, judiciais, civis, comerciais, ilícitos, tal é a escala que percorremos, e bem se vê que as leis são atos legislativos, e que acima destes estão os actos jurídicos”⁸³.

O que aqui percebo é a realização da proposição leibniziana da “verdade imanente” que, descoberta, põe a nu o mais profundo ser das regras jurídicas e permite o desdobrar encadeado de outras proposições. “Verdade imanente”, contudo, que, em FREITAS, está fundamentalmente atada à “realidade da vida” – e por isto superadora do simples geometrismo – vinculada que é ao que se passa, concretamente, na realidade:

“Eis a parte mais delicada dos meus trabalhos. Quem quiser meditá-la, conhecerá perfeitamente o jogo das relações humanas em todo o campo do Direito Privado, e nas suas duas divisões de Direito Civil e de Direito Criminal; saberá precisamente quais sejam seus elementos comuns, qual a linha que as separa. E, na órbita do Direito Civil, ficará na posse de um instrumento seguro para conhecer o mundo dos fatos, para resolver com exatidão todas as espécies, não se iludindo com a reprodução delas em sua variedade infinita”⁸⁴.

77. “Consolidação”, XII e XIII.

78. Idem, XLIX.

79. “Esboço”, p. 229, nota ao art. 431.

80. Idem, ibidem.

81. Idem, ibidem, grifos originais.

82. Idem, ibidem, grifos do autor e meus.

83. Apud Orlando de Carvalho, op. cit., Anexo I, p. 142, grifos meus.

84. “Esboço”, grifos meus.

Conclusão

Detectadas, assim, as semelhanças entre as matrizes do pensamento de TEIXEIRA DE FREITAS e de W. G. LEIBNIZ, seria o caso de, à guisa de conclusão, perguntar se o nosso jurista logrou realizar – como havia proposto, na Introdução à Consolidação – a superação do pensamento do filósofo de LEIPZIG, retirando a melhor aplicação da “verdade eterna” que aquele havia posto. O perfeito geometrismo teria sido superado no confronto com a realidade da vida?

O fato de sua obra não ter podido validar-se no plano da efetiva *praxis*, a superação, em nossos dias, da noção iluminista de sistema⁸⁵, o *essor* da era decodificatória⁸⁶, não permitem resposta conclusiva. Índícios, contudo, podem ser visualizados nas observações que, certamente, registram que, em TEIXEIRA DE FREITAS, a preocupação com o *concreto do Direito*⁸⁷, com os seus *aspectos sociais* – preocupação percucientemente atribuída por MIGUEL

REALE à influência que recebeu de AHRENS e do krausismo⁸⁸ – foi também uma constante, tão forte quanto a preocupação lógico-sistemática. Só por este dado, portanto, seria possível afirmar que não perdeu-se, o nosso civilista, no puro geometrismo abstratizante. Pelo contrário, o que no vigente Código Civil “*morde (digamos) a realidade vem de TEIXEIRA DE FREITAS, ou de COELHO RODRIGUES*”, afirma incisivamente PONTES DE MIRANDA⁸⁹, referindo-se ao *Esboço* e ao Projeto de COELHO RODRIGUES. E a unificação, no Projeto do Código Civil, hoje em tramitação, das obrigações civis e comerciais – unificação que resulta da “*idêntica substância*” (como se diria em linguagem oitocentista) destas atividades, centradas que estão na categoria geral do negócio jurídico⁹⁰ – constitui eloquente traço do legado sistemático que nos transmitiu.

Campo Verde, agosto de 1999.

José Luiz de Almeida Martins Costa – 100 anos de uma vida dedicada ao Direito¹

Judith Martins-Costa

Professora Adjunta na Faculdade de Direito da UFRGS. Doutora em Direito pela USP.

A missão da qual fui incumbida – falar sobre meu avô paterno, JOSÉ LUIZ DE ALMEIDA MARTINS COSTA² – é, paradoxalmente, uma grata e uma ingrata tarefa. Grata é, sem dúvida, e basta a figura do homenageado, para mim, o “vovô Zeca”, para que a missão seja, por si só, gratificante. Mas é também ingrata, difícil, porque é quase impossível separar a *neta* da *analista*. Neta primogênita, que tive a insuperável ousadia – diria até, a temeridade – de prestar concurso nesta Faculdade para lecionar a disciplina de meu avô (e também de meu pai) e que hoje tentarei, num imenso esforço de objetividade,

afastar as subjetividades do afeto, da emoção, do amor, das lembranças infantis, e vir aqui falar não só, ou não apenas do avô, mas do *Professor*.

Uma outra dificuldade se agrega ao meu esforço para ser objetiva. Não fui, ao menos do ponto de vista formal, sua aluna. Fui aluna de meu pai, professor ANTÔNIO DE ALMEIDA MARTINS COSTA³. Através deste, contudo, recebi o seu amor ao estudo do Direito Civil. E, por meio da curiosidade de jovem estudante desta Faculdade, que fascinada, espiava a biblioteca de meu avô, lia os memoriais, as razões de re-

85. Acerca deste tema escrevi em “*A Boa-fé no Direito Privado*”, capítulos 4º e 5º.

86. “*Essor*” relativo, é bem verdade, que atingiu o seu auge nos anos 80, com a extraordinária repercussão da obra de Natalino Irti, “*L’Età della decodificazione*” (1978). Hoje já se fala, contudo, na “era recodificatória”, seja pela simples observação do fenômeno da codificação, é certo que sob novas bases, já não mais centrado na preocupação omnicomprensiva e totalizante que caracterizou a codificação oitocentista, sendo exemplos, nos últimos 30 anos, os Códigos Civis de Portugal, Argentina, Grécia, Chile, Venezuela, Equador, Perú e, mais recentemente, Holanda, seja porque os próprios fautores da idéia descodificatória parecem ter voltado atrás em suas proposições (nesse sentido, Natalino Irti, “*I cinquant anni del Codice Civile*”, Rivista di Diritto Civile, 1992, Parte Prima, p. 227).

87. Assim, Nelson Nogueira Saldanha, *op. cit.*, p. 65.

88. “*Humanismo e realismo jurídicos de Teixeira de Freitas*”, in “Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano”, pp. 41 a 48, assinalando: “*A referência a Ahrens me parece essencial, pois o conhecido Cours de Droit Naturel deste filósofo teuto constituiu uma das vias de penetração das idéias de Krause no Brasil*”. (p. 42).

89. “*Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*”, Ed. Forense, 1981. p. 87

90. Nesse sentido, Miguel Reale: “*Toda a vez que o negócio jurídico, disciplinado na parte do Direito das Obrigações, adquire uma estrutura própria adequada à realização do fato econômico, surge a empresa*”. (In “*O Projeto do Código Civil - Situação atual e seus problemas fundamentais*”, Ed. Saraiva, 1986, p. 48).

1. Palestra pronunciada no Painel realizado em 8 de junho de 1999 na Faculdade de Direito da UFRGS, em sessão comemorativa do aniversário de 100 anos do Professor José Luiz de Almeida Martins Costa.

2. José Luiz de Almeida Martins Costa nasceu em Petrópolis, no Rio de Janeiro, em 16 de abril de 1899, durante viagem realizada por seus pais, José de Almeida Martins Costa Júnior, então secretário da Fazenda do Governo do Estado, e Maria do Carmo de Carvalho Martins Costa. Com menos de dois meses de idade, no entanto, veio para Porto Alegre, dizendo-se, por isto, integralmente gaúcho. Formado na então Faculdade Livre de Direito de Porto Alegre na Turma de 1922, exerceu o magistério entre 1938 e 1969, quando atingiu 70 anos de idade. Advogou ativamente desde 1922 até os 94 anos. Merecedor do título de “Jurista Eminente” pelo Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, quando completou 50 anos de advocacia, foi também Conselheiro da OAB/RS e Juiz Eleitoral quando da redemocratização, em 1946.

3. Advogado, foi Conselheiro da OAB/RS e Juiz Eleitoral e professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFRGS entre 1959 e 1992.

curso e escutava os vibrantes relatos dos seus casos, em infindáveis tardes passadas no escritório da Rua da Praia, aprendi, creio eu, a maior de suas lições – a *dimensão ética do Direito Civil*, da sua aderência substancial com a realidade, a sua ligação umbilical com a vida e com os valores da sociedade civil.

2) Esta é a lição que desejo agora relatar por intermédio de uma perspectiva específica: a das *fontes teóricas* de meu avô, as suas raízes doutrinárias, dos livros que se encontram em sua biblioteca, dos autores que lia na preparação das aulas, e que leu, incansável e permanentemente por mais de 70 anos. Os autores, em suma, que o alimentaram e que dimensionaram, em larga medida, a compreensão do Direito Civil que teve e que, passando aos seus alunos pelos trinta anos em que aqui lecionou, contribuíram decisivamente para a formação de uma específica *cultura do direito civil* nesta Casa.

Uma descoberta recente talvez auxilie a compreender esta dimensão: há poucos dias, remexendo em sua biblioteca, encontrei a edição do *Cours de Droit Civil Positif Français*, de JOSSERAND, comprado por meu avô em julho de 1939, menos de um ano após seu ingresso, como docente de Direito Civil, nesta Faculdade⁴. A

página 03 encontra-se quase que completamente grifada e anotada em sua letra miúda: é o capítulo acerca da vinculação entre o Direito e a Moral. Afirma JOSSERAND, em passagem inteiramente sublinhada por meu avô, que “o Direito não é outra coisa que a Moral revestida de um caráter obrigatório”, razão pela qual “entre o Direito e a Ética as afinidades são certas e a interpenetração é permanente e profunda”. Destinando-se a normatizar as relações sociais, as relações entre as pessoas enquanto membros de uma comunidade, e não como indivíduos isolados, o Direito é, nesta medida, “o perfil social da ética”.

Esta página de JOSSERAND estava assinalada por um marca-páginas específico: um recorte de jornal de dezembro de 1992 contendo artigo de um dos seus amigos e vizinhos, o advogado JOSÉ JAPPUR, justamente centrado na “crise da moral e da ética”. E, nesse artigo, sublinhada, a mesma observação: “a ética individual é a moral, a ética social é o direito”.

Isto significa que, de 1938 a 1992, pelo menos, – por 54 anos, portanto – a questão, essencial para a compreensão do Direito Civil como o direito fundamental da *cive*, da liberdade, da luta contra o arbítrio, político ou econômico, direito dos cidadãos em suas relações cotidianas –

relações econômicas, por certo, mas, fundamentalmente, relações que devem ser pautadas pela ética e pela consideração do que chamou “*função dinâmica social*”⁵ – foi objeto da preocupação, e do estudo constante, minucioso, de JOSÉ LUIZ DE ALMEIDA MARTINS COSTA.

Um estudo e uma preocupação que, no entanto, jamais foram burocráticos. Meu avô, sendo seríssimo na sua dedicação ao estudo, não era dotado do que os franceses chamam de “*esprit du sérieux*”, aquele espírito aborrecido e triste que tantos intelectuais vestem como um dever. Se não tive a felicidade de ser sua aluna nesta Faculdade, recebi, mesmo assim, várias lições de Direito, quando estudante e advogada iniciante. E nestas lições (lembro-me de uma, em particular, sobre o fideicomisso) pude compreender que ensinava o Direito com a mesma alegria com a qual dançava – até os 90 anos foi o melhor dançarino que já conheci, disputadíssimo pelas filhas e netas nas festas de casamento – a mesma alegria com a qual, os olhos brilhantes e ri-

sonhos, quase sempre irônicos, declamava as poesias que compunha para cada novo neto e bisneto, que ia se juntando à sua descendência, que hoje alcança quase 150 pessoas, vinte e oito dedicadas às profissões jurídicas e oito das quais são ou foram professores de Direito⁶.

Por isto, se quisesse definir o meu avô em duas palavras, seja na sua vida privada, familiar, seja na sua vida pública, profissional, diria: ZECA MARTINS COSTA é *alegria e entusiasmo*, o termo “entusiasmo” devendo ser compreendido etimologicamente em suas raízes gregas – como o “*ter um deus interno que dá alegria*”, e, por isto é “*arrebamento divino*”, “*trasbordamento interior*”, que anima e que vive.

3) À dimensão ética e ao entusiasmo pelo Direito Civil junta-se, em sua compreensão deste e da Justiça, a dimensão daquilo que MIGUEL REALE denominou de “concretitude” isto é, a sua *aderência ao real* – não fosse o meu avô o advogado que foi. As normas jurídicas servem para reali-

5. Na já aludida carta a Fernando Trindade, na qual relembra os seus tempos de estudante de Direito, anotou: “Nosso Código Civil recém fora editado: vigorava há um ano, apenas, ou seja, desde 1º de janeiro de 1917. Posto já representasse obra altamente meritória, por sua avançada sistemática, pela moderação com que tocara o direito pré-codificado e sobretudo pela ductilidade e limpidez vernacular de seus textos, contudo, nascera marcado, em parte, pelo espírito individualista herdado do desmedido liberalismo da Revolução Francesa. No atinente ao direito de propriedade – só para exemplificar com o direito das coisas – limitara-se o legislador a defini-lo analiticamente, como o direito que atribui ao titular o uso, gozo e disposição de seus bens, e lhe assegura o poder de reavê-los de quem quer que injustamente os possua. Continuava, assim, a conceituar o domínio como *plena in re potestas*, sem qualquer conotação com a função social dinâmica da propriedade, isento, pois, o *dominus*, no exercício de seu direito, de outras injunções senão as que, a *fortiori*, impõem as relações de vizinhança, ressalva feita, é claro, da extinção do próprio direito mediante a desapropriação”. Entre estes destaco, de modo muito especial, meu pai, Antônio de Almeida Martins Costa Neto, que por mais de 30 anos prosseguiu, nesta Faculdade, a obra de meu avô, ensinando e dignificando o Direito Civil, e meu tio, Celso Martins Costa brilhantíssimo professor de Direito Civil na PUC e, por poucas semanas que antecederam a sua morte, tão precoce, em 14 de abril de 1977, também professor de Direito Civil nesta Casa, confirmando, assim, um traço de caráter que deve estar no mapa genético da família. Também professores de Direito Civil na PUC foram meus tios Mário de Almeida Martins Costa e Maria Theresa Martins Costa Kessler. Atualmente, lecionam, além da signatária, professora de Direito Civil na UFRGS, Maria do Carmo Martins Costa Kessler (Direito Civil, PUC), Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa (Direito do Trabalho, Faculdade de Direito Ritter dos Reis) e Theresa Martins Costa Kessler da Silveira (Direito Civil, Faculdade de Direito Ritter dos Reis), netos de José Luiz.

6. Discurso aos formandos de 1959, Turma da qual foi paraninfo.

4. Em carta dirigida ao sociólogo Fernando Trindade, datada de 25 de abril de 1981, relembra a Faculdade de Direito, que cursou entre 1918 e 1922, escrevendo: “Pequena era a nossa turma; integravam-na Athos de Moraes Fortes; Carlos Itiberê de Moura; João Amorim de Albuquerque; José Corrêa da Silva; Raul Bopp; Walter Carlos Eustáquio Becker; Tyrdeu Vianna e eu. Mais tarde, por transferência, juntaram-se a nós Guilherme Tell Francisconi e Pedro Paradedda. Formavam o corpo docente mestres consumados: Manoel André da Rocha; Melchisedec M. Cardoso; Ribeiro Dantas; Valentim do Monte; Plínio de Castro Casado; Francisco Rodolfo Simch; Normélio Rosa; Alcebiades Campos; Jayme Macedônia Franco e outros. Contudo, a Escola era, então, ‘risonha e franca’, no sentido de que até nós não chegara ainda o aceso confronto entre as correntes ideológicas que no Velho Mundo há muito se digladiavam, diante de tremendas tensões de ordem social e política, sobremodo agravadas após a conflagração de 1914”.

zar a justiça concreta. O estudo do Direito Civil, afirmou de uma feita, “*postula, ao vivo, a delicada interdependência entre a liberdade do homem e a organização civil da sociedade*”⁷. Relaciona-se, por isto – também afirmou – não apenas com a Ética, mas, igualmente, com a Economia, com a Política, com a Sociologia, com a Filosofia.

Deste modo, na sua concepção, a elaboradíssima técnica do Direito Civil, os seus conceitos, institutos e instituições, objeto de uma construção teórica duas vezes milenar, têm uma perspectiva absolutamente *finalística* e *instrumental*: servem à vida, às relações sociais concretas e às finalidades da existência humana. Escreveu meu avô no discurso em que agradeceu a escolha para paraninfo da turma de 1959:

“Existe, pela própria virtude da natureza humana, uma ordem ou uma disposição que a razão pode revelar e segundo a qual deve a vontade agir, para pôr-se em consonância com os fins essenciais e necessários do ser humano”.

“Mas a razão humana”, afirmou também, “*não descobre o que é o justo, vale dizer, o que é adequado aos fins naturais do homem, por via de um processo abstrato e teórico, Não: tal conhecimento os homens o adquirem segundo as circunstâncias históricas, com maior ou menor dificuldade*”⁸.

Por esta passagem observa-se que nosso homenageado professa, e professava em seu magistério, o que hoje chamar-se-ia de um *direito natural concreto*: o justo jamais

é uma abstração, o justo é o “*adequado aos fins naturais do homem*”, fins estes que são sempre historicamente determinados e determináveis. A técnica do Direito Civil, a sua elaboração dogmática está atada, instrumental e finalisticamente, à realização da justiça no caso concreto. Foi o que escreveu no discurso no qual agradeceu a Comenda de “Jurista Eminente”, recebida do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, em 1972:

“Norma de conduta humana, a regra jurídica não pode e não deve ser o resultado de uma ordenação espontânea da vida dos homens em sociedade, máxime se provocada pela só invenção e funcionamento das máquinas.

Admiti-lo seria consagrar a lei do mais forte, no lato sentido da expressão, o que de antemão excluiria as mais nobres e alcançadoras das reivindicações que repousam, precisamente, na inabalável idéia da justiça social.

Descreve-nos a sociologia, simplesmente o que é, ou seja, a ordenação espontânea das sociedades – *Konkrete Ordnungs* – como se expressa KARL LARENZ.

O jurista, porém, não há de ficar sujeito à servidão dessa realidade puramente material, pois se é certo que deve considerá-la e sopesá-la, não pode esquecer, de outra parte, a existência de uma ordem superior à da natureza bruta; ordem, não do que é, mas do que deve ser, à luz da noção do justo, vale dizer, da idéia de equilíbrio e segurança entre interesses em conflito”⁹.

Assim, presente esta perspectiva perante o fenômeno jurídico, no seu magistério do Direito Civil, o preparo técnico, no qual foi um mestre, as categorias lógicas, que dominou como poucos, jamais foram consideradas um fim em si mesmas. E é por isto que, na sua visão, o jurista jamais poderia ser tido – como, infelizmente, ainda o crêem muitos desavisados – um “operador” neutro de normas positivadas, o mero *espectador* de uma peça que se desenrola externamente, nem mesmo um simples *ator* de um espetáculo escrito por outros – talvez um legislador demiurgo? Ao contrário, todos os que escolheram, por profissão, *realizar o Direito*, como advogados, magistrados ou funcionários, e mesmo os membros da comunidade juridicamente organizada, ainda que não juristas, *constituem autores do fenômeno jurídico*. Foi o que afirmou no memorável discurso que dirigiu, em 1959, aos seus paraninfados. Eu o cito literalmente:

“Distingue a psicologia o ‘*homo spectans*’ do ‘*homo participes*’. O primeiro assiste, impassível, ao drama da vida; assiste-o mascando chiclete – se me permitis o simbolismo; o segundo, porém, participa do espetáculo, vive a grande cena, ainda quando o faça em posição de receptividade com relação ao lance”.

O espetáculo, afirmou, citando GABRIEL MARCEL, não está apenas “*devant moi*”, ele é mais que espetáculo, e ele “*est en moi*”¹⁰.

4) Sua biblioteca não é vasta – é cuidadosamente selecionada. CERVAN-

TES e SCHILLER estão lá, e também FLAUBERT, BAUDELAIRE, EÇA, MACHADO e EUCLIDES DA CUNHA – cujos *Sertões* os filhos deveriam ler com lápis na mão, todas as noites, numa época pré-televisiva –, ROUSSEAU, KANT e JACQUES MARITAIN, os *Sermões* de VIEIRA, GUERRA JUNQUEIRO e a gauchesca de SIMÕES LOPES NETO, SERAFIM GARCIA, e o *Martin Fierro*, de JOSÉ HERNANDEZ, que sabe de cor e até a pouco tempo, declamava aos netos com alegria e entusiasmo, nos passeios à sombra das figueiras da velha Chácara da Cascata, ou na beira do mar, em Imbé, ou nas cavalgadas em sua fazenda, em Mostardas, cantando velhas canções portuguesas que lhe vieram de seus antepassados maranhenses, ou lembrando a lírica de CATULO DA PAIXÃO CEARENSE.

Mas é às obras jurídicas que desejo aludir, porque elas fornecerão o guia para que possamos compreender o modelo de ensino que praticou.

5) Dotado de uma solidíssima cultura clássica que apreendeu em família e no velho Colégio Anchieta¹¹, domina o grego e o latim e, sendo filho de um professor de Direito Comparado – meu bisavô, JOSÉ DE ALMEIDA MARTINS COSTA JÚNIOR, um dos fundadores desta Faculdade e o primeiro titular de “Legislação Comparada no Direito Privado” – também o francês, o inglês, o italiano e, obviamente, o espanhol.

A civilística francesa é predominante em suas estantes. Além de JOSSERAND,

10. Acerca da importância do Colégio Anchieta à sua formação escreveu, na carta dirigida ao sociólogo Fernando Trindade, que à orientação clássica ali recebida e aos diretores espirituais do educandário devia as lições acerca da “congenita dignidade do homem” e de sua liberdade.

7. Idem.

8. Grifos originais.

9. Discurso à Turma de Formandos de 1959.

encontram-se, finamente anotadas, as obras dos irmãos MAZEAUD, DE SALEILLES, DE HUC, DE BAUDRY-LACANTINIÈRE, AUBRY ET RAU, LAURENT, GÉNY, ROUBIER, LALOU, LYON-CAEN E PLANIOL ET RIPERT, entre outros. Para compreender a importância destas fontes, verdadeiramente renovadoras do Direito Civil neste século, basta lembrar que até então o estudo do Direito Civil atinha-se aos manuais de exegese, como o de FRÉDÉRIC MOURLON, expressões do Direito Civil individualista do séc. XIX. Os autores nos quais se abeberou, ao contrário, redirecionaram o direito privado para a sua dimensão social e ética e, sendo este o seu alimento foi também a cultura na qual formou os seus incontáveis alunos.

A par dos autores franceses estão os italianos: CHIRONE E MESSINEO, GABBA E BIONDO BIONDI, BARBERO, CICÙ E FERRARA. E também os alemães, notadamente no Direito das Obrigações, de todos os campos do direito civil o que mais apreciava lecionar: ENNECERUS, LARENZ, KIPP-WOLFF. E os autores clássicos do direito privado brasileiro: TEIXEIRA DE FREITAS, o maior de todos, RIBAS, LAFFAYETTE, CARVALHO DE MENDONÇA, PONTES DE MIRANDA, BEVILÁQUA, VICENTE RAO E SANTHAGO DANTAS, de quem se tornou amigo. E os grandes magistrados: LESSA, HANNEMAN GUIMARÃES, OROZIMBO NONATO.

O estudo destes autores, aliado à sua experiência profissional – ficou conhecido não só pela competência e altivez, pelo

“esprit de finesse”, em suma, que o caracterizou como advogado, mas igualmente em razão da combatividade que o marcou até o dia em que deixou de atuar no foro – o transformaram no mais marcante professor de Direito Civil desta Casa, só superado, creio eu, e para uma geração mais recente, por CLÓVIS DO COUTO E SILVA. E é justamente pela relação entre estes dois grandes, imensos civilistas, que desejo concluir estas palavras.

Em comovente discurso pronunciado na solenidade de abertura da Semana do Advogado da Ordem dos Advogados do Brasil do ano de 1992 – denominada de *“Semana do Advogado CLÓVIS VERÍSSIMO DO COUTO E SILVA”* – o professor ALMIRO DO COUTO E SILVA prestou depoimento que, ainda no esforço para ser uma analista objetiva, embora não menos emocionada, utilizo como conclusão destas palavras. Disse o professor ALMIRO, ao traçar as influências que, nesta Faculdade, recebeu meu mestre CLÓVIS DO COUTO E SILVA:

“A cadeira de Direito civil era ministrada do 2º ao 5º ano do curso. Na década de 50 introduziu-se o costume de o professor acompanhar a turma. A do CLÓVIS teve a sorte de tocar ao prof. JOSÉ LUIZ DE ALMEIDA MARTINS COSTA, uma das glórias da advocacia riograndense, e exemplo vivo, nos seus lúcidos e vigorosos 93 anos, de amor e dedicação ao Direito. O Professor JOSÉ LUIZ, ou Professor ZECA MARTINS COSTA, como é carinhosamente conhecido e chamado em todo o Rio Grande do Sul, timbrava pela clareza e objetividade de suas aulas, em que se vislumbrava, atrás do mestre o advogado experiente. (...) Acho que não me

engano ao supor que a predileção do CLÓVIS pelo Direito Civil vinha dessa aulas e das leituras que a elas estão ligadas”.

Mais não seria preciso dizer, para revelar a importância que, para a cultura jurídica gaúcha, teve a figura do meu avô, o

professor ZECA MARTINS COSTA. E se estas linhas afetivas e culturais o ligam a CLÓVIS DO COUTO E SILVA, para mim resta a incomensurável responsabilidade de dignificar a lição destes mestres.

Campo Verde, junho de 1999.

La «société sportive» dans quelques ordres juridiques étrangers

Michael R. Will

Professor da Universidade de Genebra – Suíça

SUMÁRIO:

I. Les cas de figure;

A. Les pays dits du Nord: 'Etat s'abstient;

B. Les pays dits du Sud : l'Etat intervient;

II. Problèmes actuels;

A. La distribution de dividendes;

B. L'interdiction de la «multipropriété».

Quand ma collègue MARGARETA BADDELEY m'a si aimablement invité à parler devant vous ce matin de la «société sportive» dans quelques ordres juridiques étrangers –qu'elle a, connaissant bien l'ampleur du sujet¹, judicieusement limité par ce petit adjectif «quelques» – la presse allemande venait de publier et de commenter largement la décision révolutionnaire de la Fédération Allemande de Football (DFB) de sortir du monde d'hier, à savoir le monde des associations sans but lucratif, et de s'ouvrir à la bourse². Depuis lors, les 44 clubs des deux ligues fédérales sont libres de s'organiser en sociétés de capital.

En France, par contre, c'est l'Assemblée Nationale qui, à l'initiative de la Ministre de la Jeunesse et des Sports, aura prochainement à débattre de la création, par voie législative et pour tout le sport pro-

* Je tiens à remercier chaleureusement mon assistant JOHANNES KOEPP ainsi que Monsieur TILMAN WALK du DFB (Frankfurt/M) pour l'aide précieuse qu'ils m'ont apportée dans la préparation de cette contribution.

1. M. BADDELEY, *L'association sportive face au droit* (Thèse Genève 1993), Bâle 1994, p. 62-72.

2. *Revolution in der Bundesliga*, in: *Der Spiegel* (Hamburg) 1998 Nr.43, p. 294-296. Pour le changement des statuts et autres décisions prises le 24 octobre 1998, cf. *Deutscher Fußballbund, Amtliche Mitteilungen* (Frankfurt/M) 1998 Nr.11, p. 3 ss.

fessionnel, d'un type nouveau de société anonyme, appelé «Société sportive professionnelle» (SSP), dont la cotation en bourse sera interdite³.

Voilà donc deux réactions – l'une côté sport, l'autre côté Etat – aux dérapages en chaîne des dernières années, dérapages qui ne sont d'ailleurs nullement un privilège des seuls Allemands ou Français. Ces réactions montrent, s'il en est besoin, combien le sujet est d'actualité et que le sport professionnel est de plus en plus déchiré entre les intérêts sportifs et les intérêts économiques. Déchiré ? N'est-ce pas plutôt, comme le disait LA ROCHEFOUCAULT, que *les vertus se perdent dans l'intérêt comme les fleuves se perdent dans la mer* ?

Je vous proposerai donc de parler, dans une première partie, de quelques cas de figure et ceci en suivant les traces qui commencent, partout et toujours, dans cet univers d'hier: l'univers des simples associations; ces traces qui, dans les pays dits du Nord où l'Etat préfère s'abstenir, mènent au droit commun de la société commerciale, cotée ou non en bourse, et qui, dans les pays dits du Sud où l'Etat a l'habitude d'intervenir, mènent à des sociétés de capital à régime légal particulier variant de pays en pays. Pour ne pas rester dans un tableau purement descriptif, je tenterai ensuite, dans la deuxième partie, d'aborder quelques problèmes parmi les plus discutés à l'heure actuelle, à savoir l'opportunité d'admettre ou non la distribution de dividendes et la multipropriété.

3. F. POTET, Marie-George Buffet veut ouvrir la voie à l'exception sportive en Europe, in: *Le Monde* (Paris) N 16.827 du 3 mars 1999, p. 23; L'Assemblée nationale va discuter le passage des clubs professionnels en sociétés anonymes, in: *Le Monde* (Paris) N 16.891 du 18 mai 1999, p. 26.

I. Les cas de figure

Je viens de mentionner que l'histoire des institutions sportives commence partout et toujours par la forme de l'*association sans but lucratif*. Il ne faut pas sous-estimer cette forme. Les associations sportives représenteraient entre 15 et 25% du nombre impressionnant d'associations de tout genre en Europe et seraient ainsi plus d'un million. Cela va de l'amicale du village jusqu'au *Bayern München* avec son chiffre d'affaires, à l'heure actuelle, d'environ 100 millions d'euros. Or, plus l'activité sportive évolue vers un niveau élevé avec des enjeux financiers toujours croissants, plus ce cadre juridique de l'association fait figure de carcan. A partir d'une certaine activité commerciale, il faudra, pour éviter toute dérive, des structures transparentes, une gestion professionnelle et des contrôles de gestion réguliers et sérieux. Encore faut-il savoir si l'intérêt public exige la tutelle de l'Etat ou si l'on peut laisser aux seules fédérations sportives le soin de régler leurs problèmes et mieux encore, de les prévenir. Les réponses données seront évidemment variées. C'est pourquoi il convient ici de faire la distinction entre les pays d'Europe du Nord où l'Etat préfère s'abstenir et les pays d'Europe du Sud où l'Etat a plutôt tendance à intervenir.

A. Les pays dits du Nord: 'Etat s'abstient

Pour les pays dits du Nord, je prendrai comme exemples l'Angleterre et l'Allemagne.

1. L'ANGLETERRE, berceau même du «club» sportif – *jockey club, cricket club, rugby club, soccer club* – ne connaît à ce jour ni loi sur le sport ni Ministre des Sports. Ses «clubs» ne sont que des *private social clubs* que, faute de personnalité juridique reconnue, la *Common Law* ignore⁴. Les directeurs du *Blackburn Rovers Football Club* en ont fait l'expérience douloureuse quand un beau jour la grande tribune s'est écroulée et que, par la suite, le juge les a déclarés tous responsables individuellement. C'était en 1896⁵. Un an plus tard, le même club a adopté la forme de *limited liability company* dont la House of Lords venait juste de confirmer la personnalité juridique⁶. Depuis, les clubs des Ligues de football ont l'un après l'autre pris le même chemin pour que leurs membres échappent à l'épée de Damoclès. Le dernier, le nonante-deuxième (*Nottingham Forest FC*), s'est incliné en 1982⁷.

La loi anglaise sur les sociétés offre le choix entre la forme «privée», moins

contraignante, et la forme «publique», condition à l'entrée en bourse. Ceux parmi les clubs qui font appel à l'épargne publique doivent en plus se soumettre aux exigences du London Stock Exchange ainsi qu'au contrôle de leur comptabilité par la Fédération du Football et la Première Ligue. Il est bien connu qu'aujourd'hui une bonne vingtaine d'entre eux est cotée en bourse, mais que seul le club de *Manchester United* affiche régulièrement des résultats positifs⁸. C'est pourquoi ce club a attiré la convoitise de BSkyB, une société anglaise de télévision appartenant à l'empire médiatique de *Rupert Murdoch* qui a offert, en septembre dernier, un milliard d'euros pour une participation de 44,6%. L'avis de la Commission des monopoles et des fusions vient d'être transmis au gouvernement britannique qui doit trancher dans les jours qui viennent⁹. Sur le plan européen le point délicat est que cette société détient déjà la majorité du capital actions de cinq autres clubs: *AEK Athènes* (78,4 %), *Vicenza Calcio* (75,1 %), *Slavia Prague* (73,7 %), *FC Basel* (50 %) et *Glasgow Rangers Football Club* (25,1%)¹⁰. Ce cumul impressionnant a immédiatement provoqué des craintes exis-

4. G.M. KELLY, *Sport and the Law*, North Ryde, N.S.W. 1987, p. 31 ss; E. GRAYSON, *Sport and the Law*, London 1988, p. 286.

5. *Brown v Lewis* (1896) 12 TLR 455.

6. *Salomon v Salomon* [1897] AC 22.

7. A. MALATOS, *Berufsfußball im europäischen Rechtsvergleich* (Thèse Saarbrücken 1987), Kehl-Straßburg 1988, p. 68.

8. Analyse profonde par DELOITTE & TOUCHE, *Annual Review of Football Finance* (Manchester), 7e éd. 1998, 64 p. Plus récent encore DELOITTE & TOUCHE, *England's Premier Clubs – A review of 1998 results*, Manchester 1999, 24 p. Résumé chez CARSTEN KNOP, *Manchester United ist der umsatzstärkste Fußballklub der Welt*, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (Frankfurt/M) du 4 février 1999, p. 28.

9. P. OBERLI, *ManU-BSkyB: le verdict est imminent*, in: *Le Temps* (Genève) du 13 mars 1999, p. 41. Entretemps la transaction, déjà approuvée par les dirigeants du club, s'est heurtée à une interdiction gouvernementale, cf. *Manchester United läuft ins Abseits*, in: *Süddeutsche Zeitung* (München) N 83 du 12 avril 1999, p. 24.

10. *Angst vor der Finanzmacht der Investoren*, in: *Handelsblatt* (Düsseldorf) N 165 du 28/29 août 1998, p. 43.

tentielles chez l'UEFA dont je reparlerai plus tard.

2. En ALLEMAGNE, la situation n'est pas fondamentalement différente. Depuis toujours, les clubs sportifs revêtent la forme d'associations inscrites au registre des associations, qui sont des personnes morales (*eingetragener Verein*), mais qui ne peuvent exercer d'activités commerciales que de manière marginale (*Nebenzweckprivileg*). Dès que l'activité commerciale prend le dessus, l'Etat peut priver l'association de sa personnalité juridique (§§ 21, 43 II BGB)¹¹. Il est clair que depuis longtemps, les autorités compétentes auraient dû agir de la sorte à l'encontre des nombreuses associations qui sont devenues de grandes entreprises commerciales. Mais l'Administration ferme les yeux pour des raisons politiques, et rien n'indique le moindre changement¹².

L'entente entre l'Etat et le sport s'est manifestée jusque dans les statuts des fédérations qui, pour leur accorder la licence, exigeaient des clubs le maintien de la forme associative. Les pressions venaient plutôt

de la base, à savoir des clubs en difficulté, désespérément à la recherche de bailleurs de fonds ou électrisés par l'idée d'entrer en bourse. La première fédération à céder fut la Fédération Allemande de Hockey sur glace qui en 1994, pour assainir ses Ligues Fédérales, a cherché son salut dans une construction bizarre de sociétés à responsabilité limitée (GmbH) ce qui devait la mener à un double échec: à une ligue «sauvage» et à un désastre économique. Aussi a-t-il fallu changer les statuts de la Fédération, afin que des clubs sous forme de société de capital puissent être admis comme membres extraordinaires; ainsi fut fait en 1996¹³.

Deux ans après le hockey sur glace, c'est le football qui dut céder aux aspirations des grands clubs et à leur désir de renouveler l'exploit en bourse mirifique de *Manchester United*. La décision prise le 24 octobre 1998 par la Fédération Allemande de Football, que l'on peut qualifier d'historique, permettra aux clubs allemands de séparer leur entreprise professionnelle de l'activité idéale traditionnelle et de conférer à la première toutes les formes légales de sociétés commerciales, c'est-à-dire celle de société par actions, de société à responsabilité limitée, ou de société en comman-

dite par actions. Mais curieusement, un grand silence à succédé aux grands gestes: *Bayern München*, *Werder Bremen*, *Schalke 04*, *VfB Stuttgart* ne se précipitent ni à la bourse ni même à la transformation en société par actions. Est-ce la difficulté pour l'association-mère de libérer les 51% du capital social – exigence de la FIFA de même que de l'Association Allemande de Football? Ou serait-ce tout simplement la transparence que l'on craint?

Il n'y a en ce moment que trois clubs qui cherchent à bénéficier de la nouvelle situation, mais chacun à sa façon: *Borussia Mönchengladbach*, dernier du tableau, a été le premier à constituer, peu avant Noël, une société par actions – principalement pour profiter de certains avantages fiscaux arrivant à leur terme l'année dernière¹⁴. Toute autre est la situation de *Bayer Leverkusen* qui a créé une société à responsabilité limitée, fille à 100% de l'association-mère, et qui devait vendre la totalité des parts sociales à la *Bayer AG*. C'est la seule excep-

tion au principe des 51% que la Fédération Allemande de Football a admise en tenant compte d'une tradition locale centenaire qui n'a rien à voir avec une acquisition hostile tant redoutée¹⁵. *Borussia Dortmund* donne sa préférence à la commandite par actions¹⁶ où l'exigence des 51% ne joue pas et où l'associé indéfiniment responsable n'est pas obligatoirement – comme en Suisse – une personne physique mais peut être, selon la jurisprudence récente de la Cour Suprême Fédérale¹⁷, une société à responsabilité limitée au capital minimum de 25.000 euros!¹⁸

Le dernier cri, pour ainsi dire, sont les statuts que vient de se donner le *1. FC Kaiserslautern*, qui prévoient l'arsenal des organes d'une société anonyme, avec assemblée générale (*Mitgliederversammlung*), conseil d'administration (*Vorstand*), conseil de surveillance (*Aufsichtsrat*), réunis sous le drapeau d'une association inscrite. C'est une solution originale qui mérite d'être étudiée de près¹⁹.

11. Un exemple récent: OLG Düsseldorf 10.12.1997, NJW-RR 1998, 683.

12. K. J. HOPF, *Aktiengesellschaft im Profifußball?*, in: *Württembergischer Fußballverband* (Ed.), *Wirtschaftliche und rechtliche Aspekte zu Problemen des Berufsfußballs*, Stuttgart 1991, p. 101-119 [105], et, sous le titre de *Aktiengesellschaft im Berufsfußball*, in: *BB – Betriebsberater* (Heidelberg) 1991, p. 778-785 [780 col.2]; F. KEBEKUS, *Alternativen zur Rechtsform des Idealvereins im bundesdeutschen Lizenzfußball* (Thèse Berlin 1991), Frankfurt/M 1991, p. 52-53; U. SEGNA, *Bundesligavereine und Börse*, in: *ZIP – Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (Köln) 18 (1997) 1901 [1904]; A. V. STEINBECK, *Die Aktiengesellschaft im Profifußball*, in: *SpuRt – Zeitschrift für Sport und Recht* (München) 5 (1998) 226 [227¹⁸]; T. MENKE, *Die wirtschaftliche Betätigung nichtwirtschaftlicher Vereine* (Thèse Mainz), Berlin 1998, 223 p.

13. B. SCHÄFER, *Sportkapitalgesellschaften – Bericht über die Erfahrungen mit der rechtlichen Struktur der Deutschen Eishockey Liga (DEL)*, in: Urs Scherrer (Ed.), *Sportkapitalgesellschaften*, Stuttgart 1998, p. 17-43.

14. *Mönchengladbach erste AG*, in: *Süddeutsche Zeitung* (München) N 296 du 23 décembre 1998, p. 35.

15. *Schon 1999 spielt die Bayer 04 Fußball GmbH. Der Stammverein bleibt die Nachwuchsschule*, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (Frankfurt/M) N 275 du 26 novembre 1998, p. 41; *Bayer wird GmbH*, in: *Süddeutsche Zeitung* (München) N 21 du 27 janvier 1999, p. 33.

Cette exception a entretemps incité le *VfL Wolfsburg* à en demander également une pour pouvoir se vendre à la *Volkswagen AG*, voir S. GARTUNG, *VW betreibt die freundliche Übernahme des VfL*, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (Frankfurt/M) N 116 du 21 mai 1999, p. 38; M. WULZINGER, *Kicker und Käfer*, in: *Der Spiegel* (Hamburg) 1999 Nr.20, p. 256-257.

16. J. WERTENBRUCH, *Dortmunder Modell Maßstab für Bundesliga-Börsianer*, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (Frankfurt/M) N 250 du 28 octobre 1999, p. 40.

17. BGH 24.2.1997, NJW 1997, 1027 = ZIP 1997, 1027 = WM 1997, 1098.

18. La doctrine est assez partagée sur l'utilité de cette forme pour le sport professionnel: En faveur, M. DOBERENZ, *Betriebswirtschaftliche Grundlagen zur Rechtsformgestaltung professioneller Fußballklubs in der Bundesrepublik Deutschland* (Thèse Hamburg 1979), Thun 1980, p. 127 ss. [135], et M. SIEBOLD / J. WICHERT, *Die KGaA als Rechtsform für die Profiabteilungen der Vereine der Fußball-Bundesligen*, in: *SpuRt* (München) 5 (1998) 138-142; nettement défavorable, A. RAUPACH, «Structure follows Strategy» – Grundfragen der Organisation, des Zivil- und Steuerrechts im Sport, dargestellt am Thema «Profisgesellschaften», in: *SpuRt* (München) 3 (1996) 2 [4 col.2].

19. Ces statuts ont été adoptés par l'assemblée générale du 7 décembre 1998 (voir l'annexe).

Les sociétés sportives allemandes vivent donc actuellement une phase expérimentale où aucune forme légale ne semble exclue, même pas la coopérative inscrite (*eingetragene Genossenschaft*)²⁰.

Si en Allemagne comme en Angleterre, les sociétés sportives peuvent se servir librement de toutes les formes juridiques offertes par le droit commun et ne rencontrent des limitations que si les instances sportives les leur imposent, la situation se présente de manière assez différente dans les pays de l'Europe du Sud où il existe une belle tradition d'intervention de l'Etat dans la vie sociale.

B. Les pays dits du Sud : l'Etat intervient

Je commencerai par l'Italie et la Grèce:

1. L'ITALIE est allée loin dans la fusion des ordres sportif et étatique. L'Etat, pour ainsi dire, s'est laissé embrasser par le sport. Cette étreinte a commencé en 1942 et a été saluée par la doctrine de l'après-guerre²¹. En ce qui concerne la transformation des associations sportives devenues de grandes industries, rien ne s'opposait à ce que celles-ci choisissent

la forme juridique d'une société commerciale. C'est ainsi que Torino devint une société par actions en 1959 déjà, suivi par Modena en 1962 et Napoli en 1964²². Deux ans plus tard la *Federazione Italiana Gioco Calcio* a imposé une telle transformation à tous les clubs professionnels de football par sa Directive du 16 décembre 1966. Il y a eu quelques remous, et la Cour de Cassation a constaté une violation de la liberté d'association. Mais le législateur a vite pris les choses en main et a obligé, par la loi du 23 mars 1981, tout club professionnel à choisir entre *società per azioni* ou *società a responsabilità limitata*.

Mais il ne s'agit pas là de sociétés commerciales comme les autres. Car sur les règles du *codice civile* se greffent des règles spéciales, même contradictoires. Ainsi la répartition des bénéfices est interdite. Ce qui, selon le droit commun italien, est une condition essentielle pour la naissance d'une société, devient ici une condition de sa mort. Par ailleurs, la société sportive doit obligatoirement être membre de la fédération nationale, de la discipline concernée et l'admission ou le refus de la qualité de membre restent entièrement dans les mains de cette fédération. Ces deux éléments suffi-

20. U. RETTBERG, Der Fan ist auch als Genosse gefragt, in: Handelsblatt (Düsseldorf) Nr.180 du 18/19 septembre 1998, p. 43. A voir aussi la thèse toute récente de C. FUHRMANN, Ausgliederung der Berufsfußballabteilungen auf eine AG, GmbH oder eG ? (Thèse Marburg 1999), Frankfurt/M 1999, 226 p.

21. M. R. WILL, Rechtsgrundlagen der Bindung nationaler Verbände an internationale Sportverbandsregeln, in: Dieter Reuter (Ed.), Einbindung des nationalen Sportrechts in internationale Bezüge, Heidelberg 1987, p. 29 ss. [38-41]; M. DE CRISTOFARO, L'attività sportiva in Italia, in: Michael R. Will (Ed.), Auf dem Wege zu einem europäischen Sportrecht ?, Saarbrücken 1989, p. 59 ss.

22. D'après M. T. CIRENEI, Società di calcio e fallimento, in: Rivista di diritto commerciale (Milano) 1973, II, 273 [294³¹].

sent à eux seuls à démontrer que l'on se trouve dans un autre monde. Ajoutons que les fédérations sportives ont le pouvoir exclusif de contracter avec les joueurs professionnels (pouvoir accordé à aucune autre forme de société) et exercent tous les contrôles supplémentaires. Il est évident que ces sociétés à capital méritent le qualificatif «sui generis»²³.

La même observation vaut d'ailleurs pour la GRECE qui avait devancé l'Italie de deux ans avec sa loi de 1979 sur la transformation obligatoire des clubs professionnels. Certes, il y a maintes différences dans les détails, et la tutelle sur des clubs grecs paraît, somme toute, un peu moins stricte que celle des italiens. Il n'en reste pas moins que les deux systèmes appartiennent à la même famille²⁴, méditerranéenne en quelque sorte, à laquelle se rattachent également la France et l'Espagne.

2. La FRANCE – qui pourrait le nier – est méditerranéenne et cartésienne à la fois; son goût de la dialectique et du dialogue se reflète dans un va-et-vient des cas de figure.

Les débuts rappellent la discussion en Allemagne sur le *Nebenzweckprivileg*, ici pla-

cée sous l'étiquette de la «*théorie de l'accessoire*». Est-ce que les activités professionnelles pourraient, à raison de leur importance et de leur fréquence, être considérées comme un simple accessoire des activités sportives? Tant qu'on voyait les recettes réinvesties dans le développement du secteur amateur, la tendance était de ne pas percer le voile de l'association; mais quand les bénéfices étaient manifestement utilisés «à finalité égoïste et intéressée», la qualité d'une «société de fait» était acquise²⁵. Cette discussion, quelque peu opaque, il est vrai, fut coupée court par le législateur.

Une première loi, timide, de 1975 prévoyait que les groupements sportifs employant des professionnels pouvaient être autorisés par le ministre chargé des sports à prendre la forme d'une société d'économie mixte locale (SEM), conformément à un statut type défini par décret au Conseil d'Etat²⁶. Le succès a été dérisoire, deux clubs seulement (*Lille* et *Mulhouse*) ont saisi cette possibilité²⁷.

Une deuxième loi, plus déterminée, de 1984²⁸ a obligé les clubs professionnels à se transformer en leur offrant une option: soit le régime de la société d'économie mixte

23. Toutes les références chez Malatos (n.7), p. 69-74; A. GALLI, Rechtsformgestaltung und Lizenzierungspraxis im Berufsfußball: Die Situation in England, Italien und Spanien vor dem Hintergrund der Regelungen in Deutschland, in: SpuRt (München) 5 (1998) 18 ss. [21-22].

24. Malatos (n.7), p. 74-75.

25. Pour de plus amples références de jurisprudence cf. MALATOS (n.7), p. 75-76. Pour une petite chronique d'histoire cf. P. ARNAUD, La loi du 1er juillet 1901. Son influence sur le développement des associations sportives, in: RJES – Revue juridique et économique du sport (Paris) n 40, 1996, p. 101-112.

26. Loi n 75-988 du 29 octobre 1975, J.O. du 30 octobre 1975, p. 11180 [Loi «Mazeaud»], Art. 9(4).

27. CH. GERSCHEL, Le statut juridique des sociétés sportives, in: Revue des sociétés (Paris) 1994, p. 667-688 [668].

28. Loi n 84-610 du 16 juillet 1984, J.O. du 17 juillet 1984, p. 2288 [Loi «Avice»], nettement inspirée du système italien.

sportive locale (SEMS), soit celui d'une société à objet sportif (SOS).

Une loi supplémentaire, de 1987²⁹, a réagi à l'opposition des clubs sportifs, en ajoutant au menu, comme troisième option, l'association «à obligations renforcées». Cette voie a rencontré un succès spectaculaire. En 1992, sur les 87 clubs professionnels de football et de basket 54 avaient opté pour le statut associatif³⁰.

Or, une quatrième loi de 1992³¹, que l'on peut qualifier de vénéneuse, s'est justement attaquée à ce statut associatif en prévoyant que la constatation de deux exercices consécutifs déficitaires devait entraîner obligatoirement l'adoption d'une des deux autres formes de société sportive (SOS ou SEMS)³².

Dans la pratique, les statuts peuvent évoluer dans le temps. *L'Olympique de Marseille* était au départ une simple association. Il s'est transformé en société anonyme à objet sportif du temps de *Bernard Tapie*. A la suite de sa mise en redressement judiciaire, c'est une société anonyme d'économie mixte qui a pris le relais, les collectivités locales ayant dû renflouer la caisse. En 1997,

on en est revenu à la formule de la société anonyme à objet sportif, *Adidas* possédant 51 % du capital et l'association-support 33 %³³.

A l'heure actuelle, une cinquième loi s'annonce, qui introduit encore une nouvelle forme de société: la Société sportive professionnelle (SSP)³⁴. Il faut, dit-on, faire disparaître les aberrations juridiques que représentent les SOS (sociétés anonymes à objet sportif) et SEMS (sociétés d'économie mixte sportive locale), qui interdisent toute distribution de dividendes et dont les actions nominatives ne peuvent être cédées qu'avec autorisation préfectorale³⁵.

L'ESPAGNE, où le droit du sport et des sociétés sportives suscite l'enthousiasme des jeunes juristes comme des vieux, n'a jamais produit le spectacle d'une pareille valse de formes de société. En effet, la première loi sur les sports de 1980 en est restée à un contrôle renforcé des clubs professionnels organisés sous forme d'association. Dix ans plus tard, la deuxième loi sur les sports de 1990 leur a imposé l'obligation de se transformer en société par actions sportive (SAD = Sociedad Anónima Deportiva)³⁶, ce que

les mauvaises langues ont pu qualifier de «body without identifiable shareholders or owners»³⁷. Les seuls à échapper à cette forme étaient les quatre grands Riches: *Real Madrid*, *FC Barcelona*, *Atletico de Bilbao* et *Osasuna Pamplona*.

Enfin, la POLOGNE postsocialiste – qui n'est pas précisément un Etat du Sud! – prescrit aux clubs professionnels dans sa nouvelle loi de 1996 sur la culture du corps humain, la forme unique d'une «société à capital sportive», société dont les 70% au moins des actions doivent rester aux mains polonaises³⁸.

Si j'étais obligé de conclure cette première partie, je le ferais en vous citant un résumé que seuls nos amis d'Outre-Atlantique ont le génie de présenter ainsi: *In Western Europe, the majority of sports teams and clubs, even in top leagues, are either in the amorphous, unwieldy form of an «unincorporated association»; or in a form difficult to describe as a recognized legal structure*³⁹.

II. Problèmes actuels

Il ne me reste plus beaucoup de temps pour développer ma deuxième partie, à savoir les problèmes d'actualité. J'en ai choisi deux qui seront prochainement discutés à Paris, à l'Assemblée Nationale: Faut-il ou

non admettre la distribution de dividendes? Faut-il ou non admettre la «multipropriété»?

A. La distribution de dividendes

A ce propos, on peut rappeler qu'en France, la société anonyme sportive s'éloigne du modèle de la société anonyme du droit commun non seulement par le bénévolat de ses dirigeants mais encore par l'interdiction tout court, comme en Italie, de distribuer des dividendes à ses actionnaires; les éventuels bénéfices doivent être affectés à la réserve. Une variante se trouve dans la législation espagnole qui admet quant à elle une répartition du bénéfice, mais uniquement à partir du moment où la réserve légale a atteint un volume correspondant à la moyenne des dépenses des trois derniers exercices – solution reprise par la nouvelle loi polonaise mais réduisant la réserve à la moyenne des dépenses des deux derniers exercices.

Cependant quel que soit le type de restriction, seriez-vous tenté (ou auriez-vous le courage) d'investir le patrimoine laissé par vos parents dans de telles actions?

B. L'interdiction de la «multipropriété»

Le problème brûlant de la multipropriété tient à la crainte assez ré-

détails chez R. GOMEZ-FERRER SAPIÑA, *Societas Anonimas Deportivas*, Granada 1991, M. FUERTES LÓPEZ, *Asociaciones y sociedades deportivas*, Madrid 1992, 155 p. et L. M. SELVA SÁNCHEZ, *Sociedades anónimas deportivas*, Madrid 1992, 252 p. (préfacé par M. OLIVENCIA p. 13-21). Analyse plus récente et assez critique par I. GARCIA CAMPOS, *Sociedades anónimas deportivas*?, in: *Cuadernos Jurídicos* (Barcelona) 3 (1995) N 33, p. 22-35.

37. A. N. WISE / B. S. MEYER, *International Sports Law and Business*, The Hague 1997, Vol. I, p. 681.

38. A. J. SZWARC, *Rechtlicher Status polnischer Sportvereine und -verbände*, in: Scherrer (Ed.), *Sportkapitalgesellschaften* (1998) (n.13), p. 91-95.

39. WISE / MEYER (1997) (n.37) loc.cit.

29. Loi n 87-979 du 7 décembre 1987, J.O. du 8 décembre 1987, p. 14262.

30. GERSCHÉL (n.27), p. 669.

31. Loi n 92-652 du 13 juillet 1992, J.O. du 16 juillet 1992, p. 9515.

32. Une enquête menée en 1996 a pourtant montré que malgré l'interdiction de constituer de nouvelles «associations à obligations renforcées», cette forme juridique était encore très présente dans les championnats de France, cf. A. DAGORNE, *Clubs professionnels de football de division 1 et 2*, in: RJES (Paris) n 40, 1996, p. 21-27.

33. M. COZIAN / A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, Paris, 10^e éd. 1997, p. 15.

34. Voir POTET (n.2). Cf. également E. BOURNAZEL / J. KARAKILLO, *L'avant-projet de loi sur le sport*, in: RJES (Paris) n 41, 1996 (numéro spécial), p. 5-76.

35. J.-P. L. MINQUET, *Sport, Finances et Droit. L'investissement dans le secteur du sport*, in: *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation* (Paris) 1998, p. 709-725 [725].

36. Ley del Deporte n 10/1990 du 15 octobre 1990, B.O.E. N 249 du 17 octobre 1990, p. 5675. Cf. GALLI (n.23), p. 22-24. Plus de

pandue que quelqu'un puisse prendre le contrôle de plusieurs clubs en compétition dans un même championnat et qu'il soit alors peut-être tenté de fausser les résultats sportifs. Sur le plan national, la France a déjà réagi, dans la loi de 1992, par l'interdiction pure et simple d'être «simultanément actionnaire de plus d'une société dans la même discipline sportive». La Pologne, elle, dans la loi de 1996, se contente de défendre à une personne qui détient plus de 1% du capital d'une société sportive quelconque d'en prendre plus de 1% dans une autre. Par contre, la Fédération Allemande de Football, dans sa décision d'ouverture du mois d'octobre dernier, oblige les associations-mères à garder 51% des droits de vote et ainsi le contrôle de leurs «filiales». Elle a cependant vite compris que cela n'empêchait nullement des entreprises médiatiques ou autres de sponsoriser et ainsi exercer de l'influence sur toute une gamme de clubs simultanément⁴⁰; et par conséquent, elle a rajouté, au mois d'avril 1999, l'interdiction formelle pour un sponsor de siéger dans les organes de plusieurs de ses clubs⁴¹. Plus récemment encore, à la mi-juillet 1999, l'Espagne vient de décréter qu'une même personne physique ne pourra détenir, à la fois, plus de 5 % dans deux clubs sportifs

différents, et qu'une société sportive ne pourra jamais prendre une participation dans une autre appartenant à la même compétition⁴².

Mais quid sur le plan européen, voire international? J'ai déjà mentionné la réaction violente de l'UEFA au mois de mai 1998, lorsqu'une société médiatique anglaise du nom d'ENIC a pris le contrôle de plusieurs clubs, et que deux d'entre eux se sont qualifiés pour la coupe de l'UEFA. Pour sauvegarder l'intégrité de ses compétitions – fondamentale pour leur succès sportif et économique, voire leur survie – l'UEFA n'y voulait admettre qu'un seul club sous l'influence du même propriétaire ou sponsor. Or, AEK Athènes et Slavia Prague ont aussitôt demandé au Tribunal Arbitral du Sport (TAS) à Lausanne et ont obtenu une suspension provisoire de ce nouveau règlement pour la saison 1998/99⁴³. C'est avec le plus vif intérêt que l'on attendra la décision finale prévue pour la fin juillet.

Ou prenons le Servette de Genève dans lequel le Paris-Saint-Germain a une participation majoritaire...

C'est en effet la politique européenne de la concurrence qui pourrait s'opposer à une interdiction de la multipropriété à la française⁴⁴, à moins que les ministres euro-

peens du sport qui se rencontreront fin mai ne se mettent d'accord sur une « exception sportive » à l'image de l'«exception culturelle».

* * *

Permettez-moi de conclure rapidement sur une perspective de convergence en Europe.

Ce faisant, je vous rappelle une thèse parisienne relativement récente⁴⁵. Son auteur conclut que si l'association correspond au «rôle d'utilité sociale» des clubs, elle ne s'adapte à leur activité commerciale qu'au prix d'une dénaturation de sa vocation d'origine. Quant à la société, elle a pour but principal de permettre à ses membres le partage d'un bénéfice; le «rôle d'utilité sociale» n'est pas de son ressort. Pour résoudre les problèmes juridiques liés à la

coexistence entre activités économiques et non commerciales au sein d'une même entité juridique, l'auteur de la thèse propose de créer une nouvelle personne morale de droit privé: le *groupement d'utilité sociale*. Cette figure intéressante a certes l'inconvénient d'avoir été développée sur le seul fond du droit national français – par conviction d'ailleurs de «l'inutilité du droit comparé»!⁴⁶

Mais alors, pourquoi ne pas la tester dans le cadre des autres systèmes de pays dits du Sud et du Nord? Et pour en finir une fois pour toutes avec cette mosaïque juridique qui rend si inégales les conditions de la concurrence économique et financière en Europe, pourquoi ne pas réfléchir sérieusement à la création au sein de l'Union Européenne d'une SSE – *societas sportiva europea*?

40. J. WERTENBRUCH, Die Möglichkeit der Einflußnahme stört den ganzen Spielbetrieb, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung (Frankfurt/M) N 91 du 20 avril 1999, p. 48; Exemple: Un distributeur de films avait donné des millions d'euros à cinq clubs déjà, cf. K. RUDOLPH, Die Patienten des Dr. Kölmel. Chef der Kinowelt AG investiert in marode Fußball-Vereine – und hat Erfolg, in: Die Welt (Hamburg) N 118 du 25 mai 1999, p. 28.

41. DFB Amtliche Mitteilungen (Frankfurt/M) 1999 Nr.4, p. 1 – DFB-Lizenzspielerstatut [Statut des Joueurs Professionnels] § 7 Nr.1 lit.f, Nr.2 lit.c (Résolution du 17 avril 1999).

42. Real Decreto N 1251/1999 du 16 juillet 1999, B.O.E. N 170 du 17 juillet 1999, p. 27070.

43. Union des associations européennes de football (UEFA), Nyon, Communiqué de presse N°82 du 17 juillet 1998.

44. Cf. Question Ecrite E-3980/97 posée par K. KLIRONOMOS (PSE) à la Commission (14 janvier 1998) et la réponse donnée par le

Commissaire K. VAN MIERT (6 mars 1998), in: Journal Officiel des Communautés européennes (Bruxelles) C 310 du 9 octobre 1998, p. 6-7.

45. CH. GERSCHEL, Les groupements sportifs professionnels: aspects juridiques. Contribution à une nouvelle personne morale intermédiaire entre la société et l'association (Thèse Paris 1994), Paris 1994, 373 p.

46. GERSCHEL (n.45), p. 249-250.

A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais – Direito Brasileiro e Países do Mercosul: Considerações sobre a Necessidade de Alterações no Direito Internacional Privado Obrigacional do Bloco

Nadia de Araujo

Doutora em Direito Internacional, Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Comparado, George Washington University. Professora de Direito Internacional Privado e Direito do Comércio Internacional, PUC/RJ e Professora Visitante do Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica da UERJ.

– Palestra proferida no Curso de Especialização “O Novo Direito Internacional” promovido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, no dia 16 de julho de 1999 –

SUMÁRIO

- I. Introdução;
- II. O método do DIPr e a autonomia da vontade;
- III. Breve descrição do princípio da autonomia da vontade no Brasil e no Mercosul;
- IV. Conclusão.

I. Introdução

autonomia da vontade nos contratos internacionais é tema que sempre exerceu grande fascínio nos juristas ligados ao Direito Internacional Privado – DIPr, desde o século passado. Em 1927, NIBOYET já considerava sem exagero dizer que a teoria da autonomia da vontade era o tema mais difícil de todo o Direito Internacional Privado.¹ Na atuali-

1. Nyboyet, in *Recueil de Cours*, 1927.

dade, OLE LANDO,² esclarece que o direito das partes em escolher a lei que governará um contrato internacional é tão amplamente aceito nos países do mundo que se constitui em um desses princípios comuns ao âmago de todos os sistemas legais.³

Esse interesse não tem apenas cunho acadêmico. A questão tem sido objeto da preocupação dos advogados militantes na área internacional, especialmente no momento da proposição e conclusão dos contratos internacionais. Assim, pode-se dizer que são características do tópico ser muito estudado, falado e discutido em negociações contratuais, justamente para que possíveis litígios futuros sejam evitados, ou sua decisão fique à mercê da interpretação dos tribunais, que poderiam fazê-lo em sentido oposto àquele desejado pelas partes. Esta é a razão também porque a discussão acerca da cláusula aparece muito pouco na jurisprudência pátria.

Neste estudo, discutiremos sobre o método do Direito Internacional Privado e a autonomia da vontade. Após, delinearemos a questão do *dépeçage* e a situação da autonomia da vontade no Brasil, com algumas conclusões finais.

II. O método do DIPr e a autonomia da vontade

Desde logo é preciso destacar que “autonomia da vontade no DIPr, utilizada nos Contratos Internacionais” nada tem a ver com o que os civilistas agora gostam de chamar de “autonomia privada” e que diz respeito a “faculdade” das partes em contratar.

Para o DIPr, “autonomia da vontade” significa permitir que partes escolham a lei aplicável ao contrato internacional. Essa possibilidade só existe no contrato internacional, pois nos contratos internos não é possível determinar qual o sistema jurídico que vai resolver suas questões. Aliás, essa é uma importante diferença entre contratos internos e os internacionais.

No contrato internacional, devido a sua característica de estar ligado a mais de um sistema jurídico, é preciso saber de qual desses sistemas será a lei aplicável. E hoje a faculdade das partes em determinar esta escolha é pacífica em vários países, seja por força de legislação interna, ou ainda de normas provenientes de tratados e convenções internacionais que abraçaram o princípio.

A crescente preocupação da comunidade internacional com a harmonização

e uniformização dos conflitos de lei na área dos contratos internacionais justifica-se por ser esta uma área do direito de vital interesse no incremento do comércio mundial e na tendência de formação de blocos econômicos, que juridicamente se traduzem em processos integracionistas, como a União Européia, o Mercosul e o Nafta.

No que diz respeito aos contratos internacionais, veja-se, por exemplo, a iniciativa européia que através da Convenção de Roma para determinação da lei aplicável aos contratos internacionais, já em vigor desde 1988, uniformizou o direito conflitual sobre o tema nos países do bloco. Isso se deu a partir da percepção de que o maior fluxo comercial intracomunitário também causou o aumento do volume de contratos internacionais e, conseqüentemente, os problemas decorrentes da lei a eles aplicada em caso de litígio.

No âmbito da América Latina, a codificação uniforme do Direito Internacional Privado é considerada como sendo um dos fatores imprescindíveis para se atingir a integração econômica do continente, e também aumentar a inserção desses países no contexto mundial. Sem uma uniformização jurídica não se pode fazer a integração econômica ou política, pois é preciso garantir aos atores desse processo uma base normativa com regras comuns, especialmente as regras conflituais de Direito Internacional Privado, de forma a garantir às

partes privadas certeza e previsibilidade com relação às normas regentes de seus negócios.

Entre nós, esse movimento está em estágio adiantado, pois datam do século passado iniciativas dessa natureza. Como resultado, tivemos o Tratado de Lima, de 1878, os Tratados de Montevideu (1898/99 e 1940), e o Código Bustamante, de 1928. A partir dos anos setenta, a atividade codificadora foi assumida pela OEA, que promoveu até a presente data cinco conferências interamericanas especializadas sobre a matéria (CIDIPs), resultando em 22 convenções.⁴

Evidentemente, muitos acharam, especialmente no passado, que dar às partes a faculdade de escolher a lei aplicável, era dar-lhes um poder quase legiferante, que só caberia aos Estados. Mas esta posição restou isolada com o passar dos anos, pois hoje se entende que a autonomia de contratar se estende até esse ponto nos contratos internacionais justamente por causa de suas características especiais.

E o que vem a ser escolher a lei aplicável? Significa, concretamente, inserir em um contrato internacional uma cláusula que estipule a lei à qual o contrato estará submetido. Esta poderá ser feita de forma expressa, o que certamente é mais seguro, ou ser inferida de forma tácita a partir da aná-

2. Atribui-se a Charles Dumoulin, jurista francês do século XVI, o desenvolvimento do princípio da autonomia da vontade no Direito Internacional Privado. São do início do século os primeiros acordãos franceses que tratam da questão, culminando com o acordão-marco *American Trading Co.* Para texto integral, ver ANCEL, Bertrand e LEQUETTE, Yves. *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. Paris: Ed. Sirey, 1987, pp. 66/73.

LANDO, Ole. *Contracts in International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. III, capítulo 24, Tübingen, Haia, Mohr/Mouton, 1976 e *The Conflict of Laws of Contract. General Principles, Recueil des Cours*. Tomo 189, 1985.

No Brasil, veja-se, além de outros, STRENGER, Ireneu. *Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado*. São Paulo: RT, 1968, p. 214, tese apresentada na USP para sua livre docência.

3. LANDO, *International Encyclopedia...* cap. 24, p. 3.

4. O Brasil sempre esteve presente às Conferências, tendo assinado a maioria das Convenções. Nos últimos dois anos, a maioria delas entrou em vigor no Brasil, pelo que estamos, afinal, alinhados com o restante da América Latina. Para maiores informações sobre o tema, veja-se: CASELLA, Paulo Borba e ARAUJO, Nadia de. *Integração Jurídica Interamericana*. São Paulo: LTr, 1998. Este livro congrega os estudos de vários juristas, analisando, separadamente cada uma das convenções interamericanas e o seu impacto no direito brasileiro. Conta, ainda, com um anexo com o texto das convenções e um quadro com informação sobre sua vigência no Brasil.

lise da vontade das partes, situação que deixa margem a incertezas.⁵

De plano é preciso dizer que a cláusula não é uma panacéia nem abrange todas as questões atinentes ao contrato. Como bem se vê dos estudos do método do Direito Internacional Privado, há regras de conexão para cada uma das situações que se apresentam. E antes de iniciar esse processo de aplicação das regras determinadas é preciso classificar a situação jurídica dentro de um rol de qualificações, para em seguida, aplicar a regra pertinente, chegando-se afinal ao Direito vigente à situação concreta.

O contrato internacional traduz uma situação jurídica complexa, pois envolve diversos aspectos da relação jurídica, e nem todos poderão ser tratados conjuntamente. Assim, a cláusula que determina a lei aplicável ao contrato cuidará apenas daquelas questões que dizem respeito à substância e aos efeitos do contrato. No entanto, outras questões correlatas se colocam e que não serão reguladas por aquela lei assim determinada.

A realidade descrita acima chama-se *dépeçage* ou fracionamento. É um mecanismo pelo qual um contrato é dividido em diferentes partes, que serão, cada uma delas, submetidas a leis diferentes. Pode ocorrer em dois níveis. No primeiro, pelo próprio sistema de DIPr, pois a substância pode ser regida por uma lei, enquanto, p.e, a capacidade das partes, a forma e a execução, po-

derá ser regida por outra. No segundo, o *dépeçage* decorre da própria autonomia das partes que têm a faculdade de determinar mais de uma lei aplicável ao contrato. Nesse nível, temos um desdobramento da noção de autonomia da vontade, pois além de escolher a lei para o contrato, poderão, ainda, fazer "mais de uma escolha" em vista da complexidade de um determinado contrato multiconectado.

Historicamente o sistema de *splitting* do contrato originou-se na Alemanha, com os ensinamentos de SAVIGNY, que reputava aplicável a lei do local da execução para as obrigações contratuais, o que podia ter como conseqüência a aplicação de mais de uma lei ao mesmo contrato, se a execução se desse em mais de um país. SAVIGNY, um dos primeiros universalistas dos tempos modernos, argumentava que cada relação jurídica possuía uma sede. E ante a existência de mais de uma sede na relação jurídica contratual, a lei do local de sua execução, poderia levar a aplicação de mais de uma lei, quando cada parte tivesse de executar sua obrigação em países diferentes. Para ele a obrigação e não o contrato, era a relação jurídica, razão porque era natural localizar cada uma delas em um país.

Atualmente, os contratos internacionais são operações que por sua complexidade podem estar ligados a mais de um ordenamento jurídico ao mesmo tempo, sendo, portanto, necessária a utilização de mais de uma regra de conexão para resol-

ver cada um de seus aspectos. A ocorrência desse fenômeno implica na utilização do *dépeçage*.⁶

Dar-se-á o *dépeçage* quando em uma dada situação jurídica multiconectada for possível a incidência de normas de diferentes ordens jurídicas relativamente a diferentes aspectos do contrato. Considerando que há limitações à autonomia da vontade dos contratantes, e sua vontade não pode reger todos os aspectos do contrato, é preciso decompor o contrato em seus vários elementos, para aplicar a cada uma de suas partes a lei pertinente. Por exemplo, pode ocorrer em um contrato que a capacidade das partes seja regida pela lei pessoal, as obrigações das partes pela lei escolhida através da autonomia da vontade, a forma do contrato à lei da celebração, e se a transação implicar em transferência do domínio de um bem imóvel, à lei de sua situação jurídica.

JOÃO GRANDINO RODAS,⁷ alude que não só é problema ínsito a todo contrato internacional a questão do direito aplicável, como também é preciso ser realista e aceitar ser impossível manter uma posição unitarista, porquanto aquela situação poderá vir a ser regida por mais de um sistema jurídico, aplicando-se o *morcellement*, acrescentando:

"A verdade é que, mesmo os unitaristas, como exemplificativamente NIBOYET, viram-se forçados a reduzir a

unificação ao fundo do contrato, deixando eventualmente para outros direitos a regência da capacidade e da forma. Os partidários da pluralidade regencial aceitam ademais a *dépeçage* ou *morcellement*, da substância ou fundo contratual com a conseqüente aplicação de vários direitos.

Divide, ainda, os elementos de conexão do DIPr relativos às obrigações em quatro pontos: os relativos à capacidade da pessoa física; à capacidade da pessoa jurídica; aos aspectos extrínsecos ou formais e aos aspectos intrínsecos ou de fundo.

Como se não bastassem os problemas atinentes a determinação da lei aplicável, ocasionando a utilização de mais de uma lei, temos ainda dois outros fatores complicadores a serem levados em conta: o primeiro diz respeito ao foro eleito, e o segundo à ordem pública.

No primeiro caso, é preciso deixar bem claro que as cláusulas de eleição de foro e de lei aplicável não se confundem. Pode-se escolher um determinado foro para discutir os litígios advindos da relação contratual e naquele local utilizar-se a lei de um terceiro país no que diz respeito às regras materiais concernentes ao contrato em questão. No entanto, a redação e escolha dessas cláusulas devem ser feitas em conjunto pois embora autônomas, poderão ser interpretadas em conjunto, de modo que se o foro escolhido proibir a autonomia da

5. O direito anglo-saxão, através da regra da *proper law of the contract*, na ausência de cláusula expressa, procura determinar qual teria sido a vontade das partes, por entender que a lei deste país é que deveria ser aquela aplicável ao contrato. Deduz suas conclusões de diversos fatores, como lugar de assinatura, execução, e outros, o que depende da avaliação do juiz no caso concreto.

6. Veja a tradução do termo por Maria Helena Diniz, como sendo despedaçamento. Significa utilizar, ainda segundo a autora, um método analítico mais profundo de todos os elementos de conexão existentes no contrato internacional, qualificando-o mais perfeitamente. DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 473 e seguintes.

7. RODAS, João Grandino. *Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro, relativamente a obrigações contratuais, in Contratos Internacionais*. São Paulo: RT, 1995.

vontade, a cláusula de lei aplicável poderá ser invalidada pelo juiz que estiver decidindo a questão em face de uma proibição da lei local. Desta forma, estão interligadas e as consequências de uma determinada escolha influem na outra cláusula.

O segundo problema diz respeito à ordem pública. O exercício da liberdade de escolher a lei pelas partes pode levar a uma lei que contenha dispositivos que não serão aceitos pelos critérios de ordem pública do foro, ou ainda, poderiam ser em contrárias às disposições de caráter imperativo do local em que o litígio está sendo decidido.

Do exposto se conclui que apesar da existência da liberdade das partes em determinar a lei aplicável a um contrato internacional, esta escolha possui limites que não podem ser ignorados, devendo obedecer, no caso concreto, a uma gama de fatores maior do que sua aparente amplitude à primeira vista. Apenas para lembrar o relatado acima, a autonomia da vontade sofre limites quando a situação requer a utilização do *dépeçage* e das regras, sejam elas imperativas ou parte da ordem pública, existentes no foro utilizado para dirimir a controvérsia contratual.

III. Breve descrição do princípio da autonomia da vontade no Brasil e no Mercosul

No Brasil, a autonomia da vontade foi considerada pela doutrina como sendo permitida a par da interpretação dada ao art. 13 da Introdução ao Código Civil, de 1916, por causa da expressão ali existente "salvo estipulação em contrário".⁸

BEVILAQUA, autor do dispositivo, mostrou-se, em seus escritos, favorável ao princípio e expressamente declinou tê-lo adotado. Entendeu que as partes têm autonomia para escolher a lei a que se subordinavam as obrigações, livremente contraídas, conquanto respeitados os seus naturais limites e na forma da lei.⁹ Continuava, esclarecendo que, como consequência do *dépeçage*, a vontade das partes quanto à lei aplicável somente podia ser exercida com relação à substância e aos efeitos do ato. Já com relação à capacidade e à execução, poderia haver a incidência de uma lei diferente daquela aplicável ao contrato internacional. Assim, para determinar qual a lei regente da capacidade de cada uma das partes, era preciso determinar seu estatuto

pessoal e, para a execução, a lei do lugar onde se efetua-la.

Enunciou a *lex contractus* como sendo a do local da celebração, salvo quando tivesse havido estipulação em contrário, ou ainda, quando ofensiva ao direito nacional dos contratantes ou à ordem pública.¹⁰ Da leitura do art. 13 e seu parágrafo único, não fica claro se a regra do *caput* é utilizada em conjunto com o parágrafo único ou se quando a execução fosse no Brasil, aplicar-se-ia a lei brasileira não só às questões da execução ou a estas questões e àquelas relativas à substância e efeito. No entanto, da jurisprudência da época verifica-se que a tendência era a aplicação da lei brasileira para todos os aspectos dos contratos internacionais cuja execução se desse no território nacional (ou seja para as questões relativas à substância e à execução), o que nos aproximava bastante das regras seguidas pelos países do Prata – Argentina, Paraguai e Uruguai –, estabelecidas pelos Tratados de Montevideu. De notar, ainda, que da jurisprudência estudada no período não houve ocorrências de discussões acerca da questão da autonomia da vontade.¹¹

Todavia, apesar da opinião favorável de BEVILAQUA, muitos autores do período se posicionavam contrariamente ao

princípio, como EDUARDO ESPÍNOLA¹², ÁLVARO DA COSTA MACHADO VILLELA¹³ e PONTES DE MIRANDA.¹⁴

Entrementes, nos demais países do Mercosul, vigia àquela época as regras dos Tratados de Montevideu, claramente contrárias à autonomia da vontade. Na jurisprudência daqueles países a questão se colocara, ainda que indiretamente, em discussão acerca de contratos de transporte, nos quais havia cláusulas incompatíveis com normas da lei argentina de navegação, tendo entendido a justiça argentina que havia óbice à aplicação do direito estrangeiro, por força da ordem pública. Os Tratados de Montevideu sofreram reformas em 1039/40, mas a questão da autonomia da vontade permaneceu inalterada, sendo mesmo piorada, na medida em que um protocolo adicional proibindo-a foi adotado pela Argentina, Paraguai e Uruguai.¹⁵

Com a nova Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, nasceu uma nova discussão na doutrina, sobre a exclusão ou não do princípio, em face da supressão da expressão "salvo estipulação em contrário", que antes a permitia. A polêmica perdurou, pois enquanto muitos acharam que isso significava a vontade do legislador em eliminá-la, outros, por sua vez, entenderam que a

8. Introdução ao Código Civil:

"Art. 13. Regulará, salvo estipulação em contrário, quando à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde forem contraídas.

Parágrafo único. Mas sempre se regerão pela lei brasileira: I – Os contratos exequíveis no Brasil; II – As obrigações contraídas entre brasileiros em país estrangeiro; III – Os atos relativos a imóveis situados no Brasil; IV – Os atos relativos ao regime hipotecário brasileiro."

Lei de Introdução ao Código Civil:

"Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente."

9. BEVILAQUA. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. 4. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944, p. 358.

10. BEVILAQUA, *op. cit.*, p. 359.

11. Para maiores detalhes sobre a jurisprudência brasileira, veja-se: ARAUJO, Nadia de. *Contratos Internacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp. 108 e seguintes.

12. ESPÍNOLA, Eduardo. *Elementos de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1925, pp. 655/57.

13. MACHADO VILLELA, Álvaro da Costa. *O Direito Internacional Privado no Código Civil Brasileiro*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1921.

14. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Internacional Privado*. Tomo I, Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1935.

15. O tema da autonomia foi objeto de intensos debates em ambas as reuniões que resultaram nos Tratados, mas foi excluído na legislação final. Para maiores detalhes, veja-se: ARAUJO, Nadia de, *op. cit.*, pp. 142 e seguintes.

simples supressão da expressão não poderia ter o condão de eliminar um princípio jurídico anteriormente aceito.

OSCAR TENÓRIO,¹⁶ ao comentar o art. 9º, entendeu que a exclusão da teoria da autonomia da vontade na lei que substituiu a introdução deveu-se às severas críticas que aquela teoria havia recebido anteriormente. Entretanto, ao não estabelecer expressamente a teoria da autonomia da vontade, entende o autor que o art. 9º também não a proibiu, deixando sua permissão à lei do contrato, ou seja, a sua aplicação de forma indireta, sempre que a lei da celebração o permitisse.

MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES¹⁷ ressaltou que na introdução de 1917, embora permitida, a autonomia da vontade não podia ser exercida senão no terreno supletivo.¹⁸ Já com relação à Lei de Introdução, de 1942, entendia que a omissão sobre a autonomia permitia-a apenas de forma indireta, ou seja, quando indicada pela lei do local da celebração, e ainda assim, apenas com relação a matéria supletiva. Pareceu-me posicionar-se contrariamente à autonomia, quando a lei aplicável fosse a lei brasileira, já que, a mudança na redação dera-se em razão da forte pressão exercida pela corrente doutrinária contrária a essa faculdade.¹⁹

E SERPA LOPES ainda criticava a posição de OSCAR TENÓRIO, pois sua formulação implicava, na verdade, em uma forma de reenvio, proibido pela lei, opinião compartilhada modernamente por FRANCESCHINI, que, em face da proibição expressa para a remissão, entendeu que a autonomia da vontade ali não está contemplada.²⁰

Modernamente, a Lei de Introdução não tem atraído comentaristas, havendo poucos estudos recentes. Entre eles, o de MARIA HELENA DINIZ,²¹ que ao tratar do art. 9º, entende não ter o citado artigo contemplado a autonomia da vontade como elemento de conexão, pois trata-se de norma cogente e que não pode ser alterado pelas partes.

Assim, no que tange à prática diuturna, é preciso ser cauteloso, quando da redação de uma cláusula deste tipo em um contrato internacional, pois os tribunais brasileiros não enfrentaram a questão diretamente, nem parecem ter abraçado as teses pró-autonomia defendida por alguns doutrinadores.

Na nossa opinião, somente com a revisão da LICC, e adoção dos princípios consagrados na Convenção sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais,

realizada pela CIDP V, México, 1994, poder-se-á modificar a situação atual e assim, permitir de forma segura a utilização do princípio da autonomia da vontade pelas partes privadas em seus contratos internacionais.

No estágio atual da legislação brasileira, a escolha da lei aplicável a um contrato internacional, nos moldes reconhecidos atualmente na comunidade internacional, não encontra amparo seguro na legislação vigente, pois ali não estão expressamente contemplados.

Terminando os comentários sobre a legislação brasileira, é preciso falar da situação do Mercosul, pois não há uma posição uniforme até o momento, adotada por todos os seus integrantes, no que diz respeito à determinação da lei aplicável aos contratos internacionais, em face das normas encontradas nos quatro países, que além de contrárias à autonomia, adotam o critério da lei do lugar da execução para estabelecer a lei vigente ao contrato.

Desta forma, os contratos internacionais firmados no âmbito do Mercosul poderão ser regidos por normas diversas, a partir das regras de conexão de cada um dos países membros. Por isso, quando da elaboração de um contrato internacional em um desses países, há que se ter em mente as consequências quanto à lei aplicável do local da celebração e do local da execução, já que as normas em vigor não permitem que as partes escolham livremente a lei aplicável em nenhum dos países membros.

A situação atual é insatisfatória, podendo-se dizer que há uma verdadeira

barreira jurídica a impedir a uniformização do DIPr dos contratos no Mercosul. É preciso modificar as normas hoje vigentes para o bom funcionamento dos negócios no Mercosul. A inércia dos países membros com relação a esse tema pode ter consequências desastrosas, a longo prazo, nas relações comerciais do mercado comum, por contribuir para a instabilidade das relações jurídicas.

Nesse sentido, a adoção do princípio da autonomia da vontade acabaria não só com as divergências existentes, como permitiria às partes optar pela lei que lhes fosse mais conveniente. Foram essas as idéias norteadoras da CIDIP V, que teve como resultado a aprovação da Convenção Interamericana sobre o Direito aplicável aos Contratos Internacionais, com intensa participação dos países membros do Mercosul.

Aguarda-se agora sua entrada em vigor para que se concretize a uniformização do direito internacional privado obrigacional do Mercosul, alinhando-o aos demais blocos integracionistas, como a Europa. Isso contribuiria para que o comércio no interior do mercado comum contasse com normas uniformes no que diz respeito à lei aplicável aos contratos internacionais, aumentando a segurança e a certeza jurídica necessárias ao incremento do comércio intra-regional.

IV. Conclusão

Na Europa e em vários outros países, como os Estados Unidos, a autonomia da vontade é permitida, de forma expressa, em diversas leis.

16. TENÓRIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 2. ed., Rio de Janeiro: Ed. Borsai, 1955.

17. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Comentários Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil*. Vol. II, Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1944.

18. Id., ib., p. 315.

19. Id., ib., p. 317.

20. FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais*, in *Contratos Internacionais*. São Paulo: RT, 1995, p. 103 e seguintes.

21. DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 246 e seguintes.

O mais interessante é o fato de que essa incorporação do princípio da autonomia se deu de fora para dentro, ou seja, a partir da codificação internacional o princípio entrou no ordenamento jurídico interno de diversos países.

Assim, o princípio da autonomia da vontade como norma de conexão aplicável aos contratos internacionais é considerado nos dias de hoje como regra universal. Adotado em alguns países através de complexas construções doutrinárias e jurisprudenciais, o princípio foi ganhando força em foros internacionais e nos últimos anos foi incorporado ao sistema jurídico de vários países, como norma cogente, através de convenções internacionais.

No Brasil a situação ainda não evoluiu, na esteira do desenvolvimento do princípio no plano internacional. A LICC, no seu art. 9º, não menciona o princípio. Embora muitos juristas sejam a favor, entendemos que, em verdade, o princípio aqui está proibido. Esta afirmação decorre da leitura do art. 9º que não pode ser comparado com outras normas sobre o tema que o permitem expressamente, como por exemplo na Convenção sobre lei aplicável aos contratos internacionais, *verbis*:

“Determinação do direito aplicável

Art. 7º

O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma eviden-

te da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo.

A eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável.”

E a jurisprudência tampouco esclareceu a matéria, como se vê da análise dos poucos casos existentes. Nos casos pesquisados, notamos que os juízes usaram o método conflitual para determinar a lei aplicável, sempre encontrando como resultado a lei brasileira ou a lei estrangeira, a partir de uma interpretação literal do art. 9º, *caput*.

Por isso, apesar de sermos favoráveis à autonomia, especialmente em face do aumento dos contratos internacionais decorrentes do incremento comercial em razão dos processos de globalização e integração regional, concluímos que a legislação vigente não contém nenhuma norma indicativa da sua aceitação.

Assim, somente através da substituição do art. 9º da LICC por normas que expressamente permitam a autonomia da vontade teremos uma modificação da situação atual. Finalizando, sugerimos que o Brasil adote a Convenção Interamericana sobre o direito aplicável aos contratos internacionais, não só para regular os contratos internacionais entre os parceiros latino-americanos mas também como regra conflitual à todas as relações contratuais internacionais, substituindo, afinal o inadequado art. 9º da LICC.

Mercosur - Una Introduction

Ricardo Luis Lorenzetti

Professor de la Universidad de Buenos Aires

I. Descripción Del Sistema Jurídico Del Mercosur

1. Introducción: los vicios del jurista

a actitud de los juristas frente al Mercosur es un verdadero desafío, y encierra algunos vicios.

Por un lado, están quienes aceptan la marginación, ya que es un tema de los economistas, quienes se ocupan de las cosas verdaderamente importantes. Ello es hoy insostenible, ya que ha quedado demostrado que la apertura indiscriminada de campos desregulados provoca efectos distorsivos que afectan la eficiencia económica y desertifican la sociedad humana.

Una vez decididos a participar, los juristas solemos ser perezosos: todo lo que hace falta es imitar lo que se ha hecho en Europa. De este modo, el Mercosur sería una suerte de “unión europea en desarrollo”, con lo cual no se hace más que reeditar los vicios imitativos y la cultura de la traducción, que tanto daño hicieron en los ámbitos nacionales.

La cultura jurídica occidental suele ser dividida en anglosajona y continental europea, y pareciera que las discusiones no tienen cabida. Sin desconocer las virtudes, olvidamos los desastres producidos por ambas culturas jurídicas que han dibujado un final de siglo del cual no pueden enorgullecerse demasiado. Imitar lo bueno, pero ensayar una cultura jurídica latinoamericana, o mercosuriana es una buena tarea: la protección ambiental, del consumidor, la igualdad, el pluralismo, el eclecticismo, son características que debemos recuperar para el diseño de una sociedad jurídicamente organizada.

En el plano formal se ha utilizado la palabra “Código” para mencionar el sistema jurídico del Mercosur. Evidentemente, si se identifica al Código con una regla estatal ordenada racionalmente que establece la existencia de axiomas que son aplicables al caso concreto mediante un juicio deductivo, no puede decirse que esa sea la situación en el Mercosur.

Ello no significa inhibir su utilización para expresar otros sentidos. En un primer

aspecto, refiriéndose al origen, la idea de Código ha sido identificada como norma sistemática emanada del Estado; en el futuro puede serlo de la Comunidad.- En otro aspecto, metodológico, el Código es un sistema cerrado, que difícilmente pueda ser usado en una comunidad de Estados e individuos interactuando dinámicamente.- También puede aludirse al Código como un subsistema, como ocurre con la expresión "Código de los Contratos", o "Código del consumidor", refiriéndose a un sistema de normas axiomáticamente cerrado aplicable a un sector específico de las relaciones jurídicas.-

En otro sentido, puede pensarse en la noción de Código como elaboración dogmática de la doctrina que va identificando los axiomas fundantes de un sistema abierto con pluralidad de fuentes y de normas.-

Esta es la única tarea posible, y la más fértil, que puede realizar la doctrina jurídica al examinar un cuerpo jurídico como el emergente del Mercosur.-

La tarea del jurista es bucear en las fuentes jurídicas del derecho del Mercosur: el tratado de Asunción, los subsiguientes, las Constituciones de los Estados Partes, los otros Tratados que no se refieren a la integración que los vinculan, la Costumbre y todo el derecho derivado, para encontrar allí las normas jurídicas vinculantes.-

Enseña Cueto Rua¹ que "las fuentes del derecho son los criterios de objetividad

a los que acuden los órganos comunitarios para la decisión de los conflictos o los integrantes del grupo social en la elección de cursos de conducta que por su objetividad faciliten el entendimiento colectivo".- Las fuentes son criterios a los que se recurre en el proceso de creación normativa en búsqueda de objetividad.-

Por ello, y para ayudar al operador jurídico, la doctrina debe trabajar identificando las normas generales y las reglas aplicables a casos concretos; hay que realizar una dogmática sistemática.-

2. Normas originarias, fundamentales y derivadas:

Examinadas las fuentes y constatada la ausencia de un derecho típicamente comunitario, verificamos distintos tipos de normas.- En cuanto al origen, se distingue entre el derecho originario y el derivado, conforme ya lo explicamos.- En el ámbito del Mercosur, este último está constituido por decisiones, resoluciones, directivas, que veremos más adelante.-

En cuando al orden jerárquico corresponde discernir entre aquellas normas fundamentales y las derivadas.- Las primeras son las que por recepción en una fuente originaria y por el carácter de principios fundantes, no pueden ser alteradas y condicionan a las normas de carácter inferior².- Se les adjudica un carácter fundante de la actividad legislativa puesto que son una suerte de pensamientos directores de

una regulación posible³.- También controlan el excesivo activismo judicial, confiriéndole un contexto normativo de actuación⁴.-

Constituyen un tipo de normas fereas, inderogables, un cerco limitativo para la actividad legisferante, judicial, y para la circulación de bienes y servicios en el ámbito de la integración.-

En las fuentes del Mercosur encontramos una pletora de objetivos, principios, valores, que cumplen esta función.- Consecuentemente distinguiremos entre normas fundamentales y las derivadas.- Entre las primeras se encuentran los principios, reglas y valores que apreciaremos seguidamente.-

3. Principios y reglas

Es importante aclarar que tanto los principios como las reglas se refieren al ámbito del deber ser, y por lo tanto son normas; son enunciados deontológicos.- Se trata entonces de distinguir entre dos tipos de normas, siendo los criterios más aceptados los siguientes:

El primero es el de la generalidad: los principios tienen una generalidad mayor que las reglas.- Una ley, es general respecto de los supuestos de hecho que contempla, puesto que no puede referirse a un sólo caso.- Los principios, en cambio, son generales también respecto de las reglas.-

Desde este punto de vista, la diferencia entre uno y otro es de grados y no esencial.-

El segundo es el origen: las reglas son creadas, los principios desarrollados.- Estos últimos no se basan en la decisión de ningún legislador o tribunal, sino en un sentido de conveniencia u oportunidad que se desarrolla históricamente.- Tampoco tiene sentido el rechazo o la derogación de un principio, ya que ellos permanecen y se actualizan constantemente.- La tarea del jurista es de descubrimiento.-

El tercero es la referencia a la idea de derecho: presente y explícita en los principios; presente e implícita en las reglas.-

Este es un elemento importante puesto que el principio, al referirse explícitamente a la "idea" de derecho, ordena algo para ser realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes; son mandatos de optimización⁵.-

Las reglas, en cambio, pueden ser cumplidas o no; si es válida debe cumplírsela.-

Por ello, la colisión entre normas produce el efecto de excluir una, porque el resultado de aplicar las dos es incompatible.- La colisión de reglas se desenvuelve en el plano de la validez.-

En cambio, en los principios, hay una cuestión de precedencia y no de desplazamiento.- Se dice que tienen diferente peso en el caso concreto; la aplicación de uno no invalida al otro.-

1. CUETO RUA, Julio, "Fuentes del derecho", Abeledo Perrot, Bs.As, reimpr.1982, pág.24

2. para ampliar nos remitimos a nro libro "Las normas fundamentales de Derecho Privado", Ed. Rubinzal y Culzoni, 1995

3. LARENZ, Karl, "Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica", Civitas, 1985, pág. 32.-

4. LASARTE, Carlos, "Principios de derecho civil", Trivium, Madrid, 1992, T.1, 79 y 80.-

5. ALEX, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1993, pág. 86.-

Con referencia a este último aspecto, decía Betti⁶ que los principios tienen una excedencia de contenido deontológico en relación a las normas; siempre se refieren a un "óptimo".-

4. Valores y principios:

Los valores son por sí mismos distintos, porque son conceptos axiológicos, no contienen un mandato o una prohibición, sino una valoración.-

La valoración puede ser de tipo comparativo cuando de dos objetos se dice que uno tiene mayor valor que otro, expresándose juicios de preferencia o equivalencia.- En otros casos pueden ser clasificatorios, que sirven para la categorización de objetos, y métricos, cuando a lo que hay que valorar se le atribuye una medida, como ocurre en las obligaciones de valor.-

En nuestro caso hablamos de valoraciones comparativas.- El modo de interpretar el valor es entonces mediante un juicio comparativo, que denominaremos juicio de ponderación, ya que se trata de establecer una medida, un equilibrio.-

Los valores que motivan nuestro interés son los "intrasistemáticos", es decir, aquellos que tienen existencia dentro del ordenamiento mediante una regla de reconocimiento.- Son también normas, y al igual que los principios, se refieren explícitamente a la idea de derecho.-

5. La función normativa de los principios y valores en el derecho de la integración

No hay tratado que no incluya un catálogo de principios y valores; se tiende a legislar por principios y no por supuestos de hecho⁷.- ¿Por qué razón?, ¿cual es su utilidad?.-

La explicación de su surgimiento es sencilla.- Ante el evidente desprestigio de la ley producido por la superproducción legislativa, ante el peso abrumador que tienen los digestos y las oscilaciones de la jurisprudencia, ante la multiplicidad de ordenamientos que conviven en el contexto de la globalización del mundo, se postula cada vez más una tarea de simplificación en base a principios.-

En su larga historia, estos han mostrado dos virtudes que les han dado fortaleza.- La primera es su simplicidad, o por lo menos la aspiración de tener un conjunto de ideas que guían el cálculo jurídico.- La segunda es su jerarquía superior puesto que cualquiera sea la concepción que se desarrolle acerca de ellos, siempre se los ha ubicado bien alto: para algunos integran el derecho natural, para otros tienen una raíz histórica; para otra opinión son interiores al ordenamiento, pero se obtienen por generalización de normas y son superiores a ellas.- Esta altura, esta superioridad es la que permite conferirles una función de control, de límite, de guía de la actividad infraprincipial.-

Con estos caracteres de simplicidad y de alta jerarquía, los principios constituyen una "armazón", una "arquitectura" del ordenamiento jurídico.- Este fenómeno ha hecho que se aluda a una concepción "principal" del derecho⁸, y que se hable indiferenciadamente de principios, valores y derechos fundamentales.-

Con excepción de lo expuesto en los puntos anteriores, excede nuestros propósitos el distinguir exhaustivamente entre todos estos tipos de normas.- Solo nos interesa rescatarlos del olvido en que han quedado.-

A) Las normas "prima facie"

La doctrina actual es coincidente en que los principios son normas⁹.-

Los principios, como su propio nombre lo indica, se oponen a algo acabado, terminado, son ideas germinales¹⁰.-

Son normas "prima facie" sin una terminación acabada, y por lo tanto flexibles, susceptibles de ser completados.- Para Alexy¹¹ los principios son mandatos de optimización, puesto que ordenan que se realice algo en la mejor medida posible, pueden ser cumplidos en diversos grados.-

Es decir que los principios son normas, pero de un tipo especial.- Tienen una estructura deontológica puesto que señalan un deber ser, pero son distintos que

las reglas porque éstas pueden ser cumplidas o incumplidas de un modo claro.- El principio en cambio, ordena que algo sea cumplido en la mejor medida posible; es una búsqueda de lo óptimo.-

Los principios son normas que receptan valores y como tales no pueden ser sino aspiraciones cuyo grado de concreción varía según los sistemas jurídicos, los períodos históricos, y la relación con las reglas.-

B) La relación jerárquica y el juicio de ponderación

Este contenido inacabado y su estructura deontológica definida como mandato de optimización lleva a la necesaria consecuencia de que necesitan de otros elementos para tener una idea concreta y terminada de lo que en definitiva significa un principio en un sistema jurídico concreto y en un caso.-

Este no puede ser aplicado directamente como una regla jurídica.- El principio no expresa una idea objetiva, certera, que impulse al juez a un juicio silogístico; no se lo puede considerar como una premisa mayor y subsumir en él a un caso.-

En este sentido, el principio es excesivo, expresa demasiado porque es una aspiración; como dice Betti¹², son criterios

6. BETTI, Emilio, "Interpretación de la ley y de los actos jurídicos", Edersa, Madrid, 1975, pág. 287

7. RODOTA, Stefano, "Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile", Riv dir commerciale, 1967, I, pág. 86)

8. DE LOS MOZOS, Jose Luis, "Metodología y ciencia en el derecho privado moderno", Edersa, 1977, pág. 104

9. BOBBIO, Norberto, "Teoría general del derecho", Temis, Bogotá 1987, pág. 239; VIGO, "Los principios generales del Derecho", JA.1986-III-860

10. BETTI, Emilio, "Interpretación de la ley y de los actos jurídicos", Rev. Der. Privado, Edersa, Madrid, 1975, pág. 283

11. ALEXY, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", Doxa, Año 1988, Num. 5 pág. 143

12. op cit, pág. 287)

de valoración que se caracterizan por una excedencia de contenido deontológico; por ello hay que medirlo, establecer su relación con otros principios y reglas para llegar a un contenido.-

Este contenido se establece mediante un juicio de ponderación con otros principios.- Ponderar es establecer comparaciones, establecer el peso de cada uno y aplicar el mayor en el caso concreto.- Por eso, el grado de generalidad no es decisivo para el principio jurídico; lo importante es su aptitud como causa de justificación¹³.- Por ello es necesario identificar principios que son contradictorios, complementarios y otros competitivos entre sí.-

C) La función integrativa, interpretativa, finalística y delimitativa:

Hay una larga tradición jurídica afirmada en la irrelevancia normativa de los principios y valores.- Su abstracción impediría asignarles toda función puesto que su diseño deontológico no lo permite.- Esta tesis ha llevado a que el legislador, sobre todo el de los tratados internacionales haya utilizado indiscriminadamente los valores y principios, con la tranquilidad de que los firmantes no resultan obligados por ellos.- Surge así un derecho cuya liviandad es insostenible frente a un ciudadano expectante.-

Por ello la doctrina postula algunos cambios¹⁴.- Algunos autores afirman que ya

es una tendencia consolidada en Europa y Estados Unidos la que considera que las disposiciones existentes en los preámbulos o los valores y objetivos, son vinculantes en punto a obligar al Estado a no transgredirlos o a implementarlos¹⁵.-

Desde nuestro punto de vista, es posible adjudicarles las siguientes funciones:

- **función integrativa:** es un instrumento técnico para colmar una laguna del ordenamiento.-

- **función interpretativa:** es un modo de subsumir el caso en un enunciado amplio.- Ayuda al interprete a orientarse en la interpretación correcta, adecuándola a los valores fundamentales.-

- **función finalística:** permite orientar la interpretación hacia fines más amplios, de política legislativa.-

- **función delimitativa:** pone un límite al actuar de la competencia legislativa, judicial y negocial.- Sin que se ahogue la tarea creativa y dinámica del derecho, los principios jurídicos constituyen lineamientos básicos que permiten establecer un límite, al igual que los valores, a las bruscas oscilaciones de las reglas.-

- **función fundante:** ofrece un valor para fundar internamente al ordenamiento, y dar lugar a creaciones pretorianas.-

Además se ha señalado que existen pretensiones de operatividad, tema cuya complejidad excede nuestra labor en este texto.-

6. Su existencia en el Derecho del Mercosur

Se ha objetado que ni el Tratado de Asunción, ni los Protocolos de Brasilia y Ouro Preto, refieren de manera expresa a los principios generales como fuente del Derecho comunitario, lo que sumado a la ausencia de un Tribunal Supranacional, puede conducir a equívocos a la hora de destacar su trascendencia.

El primer aserto no nos parece correcto.- La noción de principio esta referida en el capítulo I del tratado de Asunción, cuando se habla de "objetivos, funciones y principios".- Si se parte del supuesto metodológico de que su ubicación tuvo algún propósito; si se constata su estructura normativa, y si se verifica su conformación como juicios deontológicos prima facie, es evidente que hay principios.-

El artículo 3 del Tratado dice que los principios se tendrán en cuenta "en la aplicación ..." y "en la evolución hacia un objetivo final".- Es decir que tanto en el derecho originario como en el derivado deben tenerse en cuenta estos principios, con las funciones que les hemos asignado.-

En cuanto al órgano de aplicación es claro que si hubiera un tribunal comunitario habría un mejor desarrollo y una estructura mas clara; objetivo este que depende de la conformación que tenga ese tribunal.- No obstante, estas normas fundantes están dirigidas al legislador, al juez, a los Estados partes y a los particulares.- En cualquier conflicto que se produzca y que deba ser resuelto, aun por los tribunales nacionales, esos principios pueden ser invocados.-

Seguidamente haremos una descripción no exhaustiva de estas normas.-

II. Principios Jurídicos en el Derecho del Mercosur

Siguiendo las pautas antes fijadas, estudiaremos algunas de las principales normas recibidas en el derecho del Mercosur.-

1. Principios estructurales:

Estos principios son mencionados como presupuestos esenciales para el proceso de integración.- Se trata de los pilares básicos sin los cuales el proceso no tendría las características axiológicas que el ordenamiento pretende.- Es muy evidente que un vínculo de cooperación puede tener varios rostros, distintos balances entre valores diversos y disímil será la vida de los individuos según la elección que se haga.- Estos principios suponen que la elección se ha hecho y definen una vínculo con determinadas características.-

Son estructurales en el sentido de que conforman la integración, forman parte de ella, son sus pilares.- No tienen un destinatario específico, sino indeterminado, de modo tal que todos los sujetos resultan obligados.-

Mediante estos principios la integración tiene fisonomía axiológica.-

De ahí su carácter profundamente delimitativo de la actividad legisferante, judicial, y de la actuación privada.-

En una primera impresión, parece excesivo disponer unos principios que son

13. Larenz, pág. 36)

14. hemos insistido en ello en nuestro libro "Las normas fundamentales de Derecho Privado"

15. conf CAPPELLETI, Mauro, "Is the European Court of Justice running wild?", ELR, vol 12, num 1, febrero de 1987, pags 8.9)

anteriores a la integración misma.- Sin embargo, la historia justifica estas prevenciones, de manera que los Estados partes han resuelto "atarse" de manera tal que no pueda pensarse el futuro sin estos principios.- Lo contrario importara el aislamiento y el ostracismo de la comunidad jurídica continental.- Se trata sin duda de una atadura similar a la que utilizara Ulises para frenar sus tentaciones frente a las sirenas, lo que constituye, al decir de Elster¹⁶, una forma de actuación racional imperfecta para superar la propia debilidad.- Seguidamente mencionaremos los mas importantes.-

A) Respeto del Orden Democrático

En el Acuerdo Mercosur-Unión Europea se incluye como fundamento de la cooperación, el respeto de los principios democráticos, calificándose como esencial (Art 1 Acuerdo Marco de cooperación del 15-12-95).-

En el derecho constitucional debemos considerar que este principio esta reconocido como presupuesto para la integración en la Constitución Argentina (art. 75, inc. 24 Const. Argentina).- En las demás constituciones no se lo menciona como presupuesto de la integración, pero es la forma de gobierno adoptada por el Estado.-

De tal manera, la democracia como forma de gobierno surge como un principio estructural, se modo que su violación resulta impositiva y aun excluyente de un Estado-

Parte que suprima esta forma de gobierno.- Es una importante decisión del legislador mercosuriano, que frente a una historia de convulsiones y golpes militares en la zona, ha resuelto vincular la integración con la democracia, como una manera de desalentar el regreso al pasado.-

No hay integración sin democracia en los Estados Miembros.-

B) Respeto de los derechos humanos

El Acuerdo Mercosur-Unión Europea se (Acuerdo Marco de cooperación del 15-12-95), menciona en los considerandos su plena adhesión a los propósitos y principios establecidos en la Carta de la Naciones Unidas, a los valores democráticos, al estado de derecho, al respecto y promoción de los derechos humanos.- En el artículo 1 se refiere que el respeto de los derechos humanos fundamentales, tal y como se enuncian en la Declaración Universal de Derechos Humanos, inspira las políticas internas e internacionales de las Partes y constituye un elemento esencial del Acuerdo.-

En el derecho constitucional de los Estados, el tema de lo incluye de maneras distintas.- El artículo 75 de la Constitución Argentina señala que los tratados de integración deben respetar los derechos humanos.- En Paraguay, el artículo 145 de la Constitución de 1992 adopta como principio de la integración "la protección internacional de los derechos humanos ...".- En las demás constituciones se lo menciona

como presupuesto de la forma de gobierno adoptada por el Estado.-

Dentro de la protección de los derechos humanos y, dado el estado actual del desarrollo del Mercosur, estimamos que resulta de primordial relevancia :

n un estatuto de los derechos del consumidor : en razón de que es necesario una base de derechos mínimos a fin de posibilitar una competencia institucionalmente organizada.- Lo contrario es la desregulación salvaje, que se transforma no sólo en desprotección humana, sino en ineficiencia económica.- En el mediano plazo la desregulación produce efectos devastadores, que no parecen advertir algunos de los "ingenieros" del mercosur.-

n . un estatuto antidiscriminatorio : para las personas que circulan en el ámbito regional, de un país a otro, y aún dentro de regiones, es primordial la igualdad de oportunidades.- Todas las constituciones nacionales del area y los tratados incorporados permiten la adopción de una regla antidiscriminatoria.-

C) Desarrollo económico con justicia social

El Tratado de Asunción preconiza que el objetivo es el desarrollo económico con justicia social (Preámbulo).-

En el Acuerdo Mercosur-Unión Europea se (Acuerdo Marco de cooperación del 15-12-95), se dice que la Comunidad

concederá una importancia especial y prioritaria a la lucha contra la pobreza y la exclusión social. En este ámbito, los retos son: contribuir a garantizar la participación de las poblaciones marginadas en la economía de mercado, así como un reparto mas equitativo de los ingresos, con el fin de garantizar un desarrollo sostenible, puesto que se trataría de vincular el desarrollo económico al progreso social¹⁷.- En el texto del acuerdo (art. 10 inc. 7) se establece que "el desarrollo social, y en particular la promoción de los derechos sociales fundamentales, inspira las acciones y medidas promovidas por las Partes en este ámbito".-

D) Protección ambiental

El Tratado de Asunción preconiza que el desarrollo económico debe hacerse con la preservación del medio ambiente (art. 1 Trat, y art. 2 decreto 3.91).- Los acuerdos sectoriales deben contemplar la preservación y el mejoramiento del medio ambiente (art. 8, Consejo, Decisión 03/91)

En el Acuerdo Mercosur-Unión Europea (Acuerdo Marco de cooperación del 15-12-95) se afirma la importancia que ambas partes atribuyen a los principios y valores recogidos en la Declaración Final de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en Río de Janeiro en junio de 1992, así como la Declaración Final de la Cumbre Social celebrada en la ciudad de Copenhague en marzo de 1995 (considerandos), y se declara

16. ELSTER, Jon, "Ulises y las sirenas- Estudios sobre racionalidad e irracionalidad", Fondo de cultura Económica, 1995.-

17. Conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo de Madrid, 15/16 de diciembre de 1995; conf en DROMI, Roberto-MOLINA DEL POZO, Carlos, "Acuerdo Mercosur Unión Europea", Ed. Ciudad Argentina, 1996)

(art. 10 inc.6) que "la conservación del medio ambiente y de los equilibrios ecológicos sera tenida en cuenta por las Partes en las acciones de cooperación que emprendan".- En el artículo 17

se regula la cooperación en materia de protección del medio ambiente diciendose que:

1.- Las Partes, con arreglo al objetivo de desarrollo sustentable, promoverán que la protección del medio ambiente y la utilización racional de los recursos naturales sean tenidas en cuenta en los distintos ámbitos de la cooperación interregional.

2.- Las Partes convienen prestar especial atención a las medidas que se refieren a la dimensión mundial de los problemas medioambientales.

3.- Esta cooperación podra incluir, de manera particular, las siguientes acciones:

a) intercambio de información y de experiencias, incluyendo las reglamentaciones y normas;

b) capacitación y educación medioambiental;

c) asistencia técnica, ejecución de proyectos conjuntos de investigación y, cuando proceda, asistencia institucional."

La protección del medio ambiente está reconocida en las constituciones de los países miembros.- Así en Argentina, el artículo 41 y 42, reconocen el derecho a un ambiente sano y facilitan instrumentos para la protección.- En la Brasileña se establece que la economía se debe ajustar, entre otros principios, a la defensa el medio ambiente (art. 170, inc. VI), y en el artículo 225

establece una exhaustiva disciplina ambiental.- Se reconoce el derecho a un ambiente sano, se imponen deberes al Poder Publico, se dispone el estudio de impacto ambiental previo a la instalación de una empresa potencialmente peligrosa, y otros aspectos que hacen a la protección ambiental.- La Constitución del Paraguay también tiene dispositivos ambientales similares en los artículos 7 y 8, que reconocen el derecho a un ambiente sano, prohibición de ingreso de residuos tóxicos, regulación de actividades potencialmente lesivas.-

E) Transparencia en el Mercado

El Tratado de Asunción preconiza que el objetivo es "asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes" (art 1), y se ha dicho que el objetivo de los acuerdos sectoriales es "preservar la transparencia de las reglas del mercado, respetar las prácticas leales de comercio y no perjudicar la oferta en términos de cantidad, calidad y precios, en relación a los usuarios y consumidores" (Consejo Mercado Común, 3-91 ; consid 8).-

El Tratado de Montevideo de 1980 declara que "los acuerdos de complementación económica tienen como objetivos, entre otros, promover el máximo aprovechamiento de los factores de la producción, estimular la complementación económica, asegurar condiciones equitativas de competencia, facilitar la concurrencia de los productos al mercado internacional e impulsar el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros" (art.11, Tratado de Montevideo de 1980).-

En el Acuerdo Mercosur-Unión Europea (Acuerdo Marco de cooperación del 15-12-95, art. 4, punto 3) se afirma que la cooperación abarcará principalmente los siguientes ámbitos: el acceso al mercado, la liberalización comercial (barreras arancelarias y no arancelarias), practicas restrictivas de la competencia.-

2. Principios procedimentales

Estos principios se refiere al procedimiento de la integración, estableciendo de qué manera se avanza.- Obligan a los Estados Partes.-

A) Gradualidad:

El preámbulo del Tratado de Asunción establece que la complementación debe tener su base "en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio".-

La integración es un proceso y como tal se hace por etapas.-

Definido el objetivo final, cual es el mercado común o la comunidad, se puede arribar a ella de distintas maneras, y más o menos rápido.- El legislador establece faros, limites, que guían este proceso mediante los principios referidos.-

De ello deducimos que no puede haber saltos abruptos que produzcan desequilibrios en las economías de los Estados Partes y que toda medida debe perseguir el objetivo final, pero sin provocar las crisis de los grandes cambios.-

Paso por paso y manteniendo el equilibrio.-

B) Reciprocidad: supresión del principio protectorio de países de menor desarrollo.-

El artículo 2 del Tratado de Asunción señala que el Mercado Común esta fundado en la reciprocidad de derechos y obligaciones.

En Paraguay, el artículo 145 de la Constitución de 1992 señala que "la República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, acepta el derecho internacional"

La reciprocidad importa la interdependencia de las obligaciones internacionales en un plano de igualdad.- Esta es concebida prioritariamente como "igualdad ante la ley", y resulta una consecuencia ineludible de la soberanía nacional implicada en la celebración de los tratados, que impide aceptar un principio contrario.-

Sin embargo, pueden postularse excepciones en el plano de la igualdad material.-

El proceso integrativo se enfrenta con Estados de distinto desarrollo relativo, y consecuentemente con una desigualdad real.- Para equilibrarlo se han ensayado variados instrumentos.- Uno de ellos, utilizado en la Comunidad Europea, es basado en "distintas velocidades" en la implementación de los requisitos necesarios para alcanzar el estatus comunitario.-

Otro de los instrumentos es el que podemos denominar "principio protectorio de países de menor desarrollo relativo", que se ha aplicado en nuestro ámbito.-

En el Acuerdo de Cartagena (cap. XIII, arts. 91 a 108) y luego en el tratado de Montevideo de 1980, se estableció el trato especial y diferenciado para socios de menor desarrollo económico relativo (cap. III).- En el preámbulo del Tratado de Montevideo de 1980 se señala que son concientes de que es necesario asegurar un tratamiento especial para los países de menor desarrollo económico relativo.- Luego, en el artículo 3, inciso d)- se habla de tratamientos diferenciales para tres categorías de países según su desarrollo, manteniendo un tratamiento mas favorable para los países de menor desarrollo económico relativo.- Finalmente, se le dedica el capítulo III al sistema de apoyo de países que se encuentran en esa situación.-

La aplicación de este principio consiste en el otorgamiento de condiciones mas favorables, "basandose en los principios de la no reciprocidad y de la cooperación comunitaria".-

El Tratado de Asunción no adopta este criterio y se inserta en la nueva tendencia internacional de remarcar los derechos y obligaciones de los Estados-parte de cualquier convenio en un plano de igualdad.-

C) Solidaridad:

En el ámbito de la Comunidad Europea se ha desarrollado el principio de la solidaridad, principalmente a través de aplicaciones efectuadas por el Tribunal de Justicia.- Así sucedió cuando un Estado se niega a cumplir con sus obligaciones hacia el resto o bien cuando adopta decisiones

individuales que se contraponen al interés común.- En ausencia de otras normas obligatorias, este principio es una válvula de cierre del sistema comunitario, en la medida en que del mismo se desprende una obligación de obrar teniendo en cuenta el interés comunitario.-

En la sentencia del 7 de febrero de 1973 (Asunto 39/72 Comisión Italia, Rec. 1973, p. 115 y ss.) el Tribunal afirma que el tratado de integración comunitario otorga ventajas e impone obligaciones, y que cuando un Estado antepone su interés nacional, el equilibrio se rompe.- Agrega luego que ello es una falta a los deberes de solidaridad aceptados por los Estados miembros por el hecho mismo de su adhesión a la Comunidad y afecta a las bases esenciales del ordenamiento jurídico comunitario

Por derivación de este principio, el Tribunal ha censurado la posibilidad de que un Estado miembro celebre acuerdos individuales con otros Estados no miembros.- También ha indicado que los Estados son "como gestores del interés común" en los sectores que son de competencia comunitaria.-

En el ámbito del Mercosur no hay una recepción expresa de este principio.- No obstante se lo ha invocado por parte de la doctrina para plantear la situación de Bolivia.- En efecto, este país pertenece al Pacto Andino y busca integrarse en el Mercosur, lo que plantearía una presunta incompatibilidad al pertenecer a dos sistemas competitivos entre sí¹⁸.-

3. Principios relativos a la persona:

A) Carta de derechos fundamentales: las fuentes en el ámbito del Mercosur.-

No hay actualmente, en el ámbito del Mercosur, una carta de derechos fundamentales con fuente en el Tratado y el derecho derivado, de la que pueda deducirse la existencia de derechos subjetivos para el ciudadano.- Esta es una idea que se ha desarrollado con fuerza en el ámbito de la Comunidad Europea, incluyéndose en el proyecto de Constitución de la Unión Europea, una enumeración de derechos fundamentales compatible con los demás instrumentos internacionales aplicables y los que se derivan de las disposiciones constitucionales nacionales.-

Sin perjuicio de su inexistencia como derecho de la integración o comunitario, existen en cambio, la Convención Americana de Derechos Humanos, los principios jurídicos que se derivan de ella y de los derechos nacionales, y una cantidad importantes de tratados sobre derechos humanos, que son aplicables a los Estados Partes.-

De ese plexo normativo es posible deducir un catalogo de derechos fundamentales, la mayoría de los cuales se encuentran reconocidos en los derechos nacionales-

B) Principales derechos reconocidos

Los derechos reconocidos en estos tratados son numerosos.- Algunos

conceden prestaciones negativas, como la libertad, la igualdad ante la ley, otros otorgan prestaciones positivas, como el derecho a al trabajo.- En todos estos casos, resultan legitimados pasivos el Estado Nacional, o el ciudadano o grupos que lesionan estos derechos.-

La temática es muy variada.- Haremos seguidamente una enunciación general, para luego referir mas específicamente a los que tienen alguna característica especial en el derecho de la integración:

- La igualdad ante la ley y prohibición del trato discriminatorio basado en distinciones de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.-

- Derecho a la vida, a la integridad física, a la seguridad, la libertad de investigación, a la protección de la honra y la vida privada, derecho al nombre.- Libertad de expresión, libertad de conciencia, derecho de rectificación y respuesta.-

- Derecho a la protección de la familia, de la maternidad, de la infancia, los derechos del niño.-

- Derecho al debido proceso, a la protección contra la detención arbitraria, al asilo.-

- Derecho de residencia y de transito, a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia,

- Derecho a la educación, a la cultura, al trabajo en condiciones dignas, al descanso, a la seguridad social,

18. Sobre este tema ampliar en DROMI-EKMEDJIAN- RIVERA, "Derecho Comunitario", Ed. Ciudad Argentina, pág 233 y ss.- ORTUZAR ANDECHAGA, Luis, "Aplicación judicial del derecho comunitario", Madrid, Trivium, 1992.-

- Derecho de propiedad, derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, de justicia, de asociación,

- Derecho a la nacionalidad

- Derecho a reunirse, a participar en el gobierno

Asimismo, hay derechos con titulares especiales.- Los mas importantes son las convenciones referidas a la mujer y al niño, de amplia ratificación en el ámbito latinoamericano.-

La "Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer" compromete a los Estados a eliminar la discriminación contra la mujer, asegurar el principio de igualdad entre el hombre y la mujer y garantizar la aplicación tal principio, eliminando la idea de inferioridad o superioridad de los distintos sexos y la discriminación contra la mujer en lo relativo al matrimonio y a las relaciones familiares.- Dispone asimismo los mismos derechos a los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes (art. 16, inc. 1, h); el derecho a elegir apellido (art. 16, inc. 1, g); la carencia de todo efecto jurídico de los esponsales (art. 16, inc. 2); los mismos derechos para ambos padres respecto de sus hijos (art. 16, inc. 1, d),

La Convención de los derechos del niño declara el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7º), a no ser separado de sus padres y mantener contacto con ellos cuando deba estarlo (art. 9º), la responsabilidad de los padres respecto de la crianza y el desarrollo del niño

teniendo en cuenta el interés de este (art. 18).-

Excede los limites de este trabajo la realización de una enumeración exhaustiva de los derechos, por lo que nos concentraremos en algunos de ellos que tienen mayor aplicación en la etapa actual del Mercosur.-

4. La libertad de circulación

A) General y especial

Para tratar este tema debe distinguirse entre la libertad como postulado que se predica respecto del individuo, y el ejercicio de la misma.- El primer aspecto es, según muchos autores, prejurídico, en el sentido de que la norma no podría anularlo, ni siquiera limitarlo.- Sin introducimos en ese debate, es necesario aclarar que las normas que trataremos se refieren en realidad al ejercicio de la libertad.-

No obstante, aún el ejercicio de la libertad es un termino que, para el Derecho, tiene muchos significados diferentes.- Tomando como ejemplo el derecho argentino, vemos que la Constitución Nacional se propone "asegurar los beneficios de la libertad" (Preámbulo) y señala (art. 19) que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.- Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".- Asimismo dispone (art. 42) que los consumidores y usuarios tienen derecho

en la relación de consumo a "la libertad de elección", y (art. 32) que no se dictarán leyes que "restringan la libertad de imprenta".- El Código Civil dispone (art. 53) con referencia a las personas de existencia visible, que: "Les son permitidos todos los actos que no les fueren expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política".-

En virtud de ello se ha distinguido entre una libertad general y libertades especiales.- Estas ultimas son las que se analizan en relación a determinados bienes y derechos: libertad de prensa, de circulación, de expresión.- A su vez, hay libertades que están vinculadas a la esfera íntima del sujeto y otras a la esfera privada¹⁹.-

En nuestro caso analizaremos el ejercicio de algunas de las libertades especiales que tienen relación directa con la etapa actual de la integración en el Mercosur.-

B) La libertad de circulación

El Tratado de Asunción establece en su artículo 1 que el Mercado común implica la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos.-

De tal manera, el principio general de la libertad aplicado a la circulación interestatal, tiene importantísimas consecuencias en planos muy diversos:

- Significa una erosión de las barreras fronterizas, las que tienden a decaer

progresivamente, desmontándose los obstáculos legales que impiden, limitan o restringen el ejercicio de la libertad.-

- Acarrea una redefinición progresiva del término "extranjero" y todo el andamiaje jurídico construido alrededor del mismo.- Una verdadera libertad de circulación requiere un trato similar al nacional, y un debilitamiento de la "extranjería".-

- Se produce una inversión del sistema tradicional que limita la entrada a un país.- La regla comienza a ser la libertad de circulación, mientras que toda excepción debe justificarse razonablemente, so pretexto de ser considerada arbitraria.-

En este aspecto, la libertad se vincula con la circulación de los trabajadores, de la empresas, de los profesionales autónomos, y de los bienes, algunas de las cuales veremos más detenidamente en la parte especial.-

C) El domicilio y la libertad de circulación

En un mercado común que se propone incrementar la circulación de las personas, tiene una gran trascendencia la cuestión del domicilio, sobre todo relacionado con las limitaciones fundadas o arbitrarias, que un sujeto puede sufrir en función del mismo.-

En el Derecho Privado se afirma que el domicilio es uno de los atributos de la personalidad.- Como consecuencia de ello deviene una facultad que es la libertad de elección del mismo por parte del sujeto titular.-

19. conf "Las normas fundamentales de Derecho Privado".-

Esta regla se enlaza con otros aspectos que la limitan atendiendo a otras razones.- En el ámbito internacional, hay que considerar que el domicilio es tomado en cuenta como un punto de conexión para la determinación de la competencia judicial.- Puede haber diferencias en la definición del domicilio que resulten restrictivas de la libertad de circulación.-

Uno de los aspectos que mas conflictividad genera es la constitución de domicilios en países distintos al de nacimiento.- El derecho a hacerlo se inscribe dentro de la libertad de circulación.- En el ámbito de la Union Europea se dictó la directiva 68/360 que dispuso que los Estados miembros suprimieran las restricciones al desplazamiento y a la residencia para sus nacionales y los miembros de su familia.-

En el acuerdo para facilitación empresarial celebrado entre Argentina y Brasil, se ha hecho un avance importante en este sentido y nos referiremos al mismo al tratar las sociedades.-

5. La igualdad ante la ley vigente en los Estados Partes

A) La igualdad ante la ley:

Los derechos nacionales prevén la igualdad con rango constitucional.- El artículo 1 de la Constitución Brasileña establece que "todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país, el derecho a la vida, a la libertad a igualdad, a la

seguridad y a la propiedad..." La Constitución argentina asegura que todos los hombres son iguales ante la ley y no hay prerrogativas de sangre, ni de nacimiento (art. 16 CN), que en la relación de consumo hay un derecho a un trato equitativo (art. 42) y que el Congreso debe dictar leyes que "garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato" (art. 75 inc. 23).- La Constitución del Paraguay prevee la igualdad de los habitantes en dignidad y derechos, indicando que no se admiten discriminaciones (art.46).-

De estas normas se desprende la igualdad ante la ley.-

El ejercicio de la libertad de circulación admitida en los mercados comunes, plantea el problema de si los ciudadanos de un país, al ir a otro Estado-Parte, son iguales que los nacionales ante la ley vigente.- En este ultimo caso, qué tipo de igualdad es admisible y cuál es su contenido.-

B) La igualdad de derechos fundamentales básicos:

Esta igualdad ante la ley, reconocida en los derechos nacionales de los Estados Partes, debe relacionarse con el respeto de los derechos humanos que es admitido como principio jurídico estructural de la integración.-

De este relacionamiento puede deducirse, sin esfuerzo, que hay una igualdad en los derechos fundamentales, que tienen carácter transnacional y que no permiten discriminación en virtud de las nacionalidades.- El respeto a la vida o a la dignidad, no tiene nacionalidades.-

Ello significa que, en supuestos de incompatibilidad de la legislación comunitaria o nacional, con los derechos fundamentales básicos, éstos últimos tienen primacía.-

En el ámbito de la Union Europea, el Tribunal de Justicia, en la causa Nold del 14/5/74 afirmo que "los derechos fundamentales son parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto asegura; que el asegurar la protección de estos derechos, el Tribunal debe inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, y no puede, por ello, admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de esos Estados; que los instrumentos internacionales, relativos a la protección de los derechos del hombre en que han cooperado los Estados miembros o a los que se han adherido, pueden, asimismo, proporcionar indicaciones que conviene tener en cuenta en el derecho comunitario".-

En Argentina se ha dado un paso importante en este sentido, con la reforma constitucional de 1994.- El texto aprobado de la Carta Constitucional señala que tienen jerarquía constitucional los tratados sobre derechos humanos.- Si bien no integran la Constitución, tienen el mismo valor que sus normas, pero "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (art. 75, inc. 22).- Este aspecto, indudablemente oscuro, ha sido interpretado como una suerte de primacía

de ese núcleo de garantías de la primera parte de la Constitución Nacional, en caso de incompatibilidad con algún tratado.-

C) El problema del contenido de la igualdad de los derechos fundamentales:

¿Que significa la igualdad ante la ley referida a los derechos fundamentales?.- La respuesta involucra dos problemas distintos:

- uno de ellos que todos los ciudadanos pertenecientes a los Estados-Partes tienen la misma posición jurídica respecto de los derechos fundamentales reconocidos en uno de los Estados.-

- el otro aspecto, se relaciona con el grado de satisfacción que un ordenamiento jurídico nacional da a un derecho, y si ése nivel es similar o no al que se obtiene en otro Estado parte.-

El primer aspecto nos introduce, a su vez, en dos cuestiones.- La primera sobre la discriminación entre nacionales y extranjeros como contracara del derecho a la igualdad en materia de derechos fundamentales y en otros aspectos, que veremos en el punto siguiente.-

El segundo tema, que vamos a tratar aquí, es cómo se receptan en los tratados internacionales de derechos humanos y la normativa comunitaria sobre este tema.- No nos podemos extender sobre este arduo problema, pero haremos algunas distinciones, tomando como base la legislación argentina.-

Los tratados sobre derechos humanos, así como el régimen constitucional nacional y la legislación del

derecho de la integración, en cuanto refieren a este tema, tienen los siguientes efectos:

- **Efecto derogatorio:** El tratado internacional sobre derechos humanos no puede tener efectos derogatorios de los derechos y garantías de la primera parte de la Carta Magna.- Ello significa que no puede, directa o indirectamente, suprimirse ninguno de ellos.-

- **Efecto aditivo:** los tratados pueden adicionar derechos al texto constitucional.-

- **Conformidad con el derecho público:**

Este efecto tiene un límite, y está dado por la circunstancia de que esos nuevos derechos deben estar de conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución (art. 27 CN).-

- **Relación de complementariedad:**

En cambio, no se requiere una conformidad con la primera parte de derechos y garantías, sino una relación de complementariedad (art. 75 inc. 22).- Este vínculo significa en el plano interpretativo que debe buscarse una "armonización", de modo que uno no derogue al otro, ya que este es un efecto prohibido.-

La noción de complementariedad no excluye que un derecho pueda obrar de modo reglamentario respecto de otro.- Tal es lo que ocurre con el derecho de réplica en relación con la garantía de libertad de prensa, puesto que no la deroga, sino que le establece límites.-

Conclusión:

En base a ello podemos afirmar:

- hay un plexo de derechos fundamentales de los ciudadanos del Mercosur que se basa en los tratados internacionales y su recepción interna.-

- todos los ciudadanos de los estados partes son iguales ante la ley en esta materia, y no pueden ser discriminados por razón de su nacionalidad.-

- las variaciones admisibles son aquellas que importan una adecuación de los derechos individuales al orden público nacional, en la medida en que sea una restricción razonable y no se produzca una desnaturalización del derecho.-

Con referencia al segundo problema apuntado, nos plantea cuestiones referidas a los derechos fundamentales tienen un contenido mínimo esencial y si ese mínimo social puede ser comunitario.- Es decir, si puede hablarse de una base de satisfacciones mínimas para todos los ciudadanos del Mercosur.- Indirectamente, es un tema que se relaciona con la armonización legislativa, puesto que al efectuarse este proceso, hay que comparar, necesariamente, cómo se atienden las demandas sociales de los distintos países en materia de derechos básicos, y el costo nacional diferenciado que ello representa en la competencia empresarial transnacional.-

Es claro que no hablamos aquí del contenido mínimo de los derechos, de una igualdad de recursos, tema que escapa tanto a esta investigación, como al grado de desarrollo de la normativa del Mercosur²⁰.-

D) La igualdad entre nacionales y extranjeros: inversión de la carga argumentativa en el derecho de la integración.-

Conforme con la argumentación precedente, se debe admitir que las personas, en cuanto tales, tienen derechos fundamentales básicos transnacionales.- Mas allá de este piso mínimo hay desigualdades basadas en determinadas calidades de las personas que son consideradas lícitas, como el talento, y otras ilícitas, como la raza o la religión.-

En el derecho de la integración, se pone en cuestión el distingo basado en la calidad de "nacional" o "extranjero perteneciente a un Estado-Miembro", que puede presentar una persona física o jurídica.-

En problema es muy importante y hace a la esencia misma de la libertad de circulación y de la constitución de un mercado común.- En la constitución de sociedades, en los subsidios, en las licitaciones públicas, en el acceso a determinados cargos, en el trabajo dependiente o autónomo, hay prioridades para los nacionales de cada país, que se han visto como normales desde la perspectiva del derecho estatal.- Sin embargo, el derecho de la integración ha planteado una reformulación de estos temas, que puede ser examinada como derecho a la igualdad y como derecho antidiscriminatorio, refiriéndose en ambos casos tanto a las personas físicas como jurídicas.-

La primera pregunta es entonces sobre la fundamentación de este distingo.-

Al respecto las normas nacionales son claras.-

La Constitución Argentina establece la igualdad entre nacionales y extranjeros en su artículo 20 al equipararlos en el ejercicio de su industria, comercio y profesión.- No se detiene allí, sino que fomenta la inmigración: el artículo 25, establece que "el gobierno federal fomentará la inmigración europea, y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada al territorio de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes".- La idea inspiradora de estos textos es que Argentina necesita población.-

Siguiendo esta línea, la legislación infraconstitucional ha sido permisiva en el ingreso de extranjeros, sean personas físicas o jurídicas, y actualmente se mantiene una igualdad genérica ante la ley.-

La Corte Suprema de Justicia ha reafirmado esta línea de pensamiento.- En un caso en que una persona pretende que se declare inconstitucional un reglamento educativo que exigía la ciudadanía argentina para el desempeño del cargo de docente, la Corte dijo: "no hay, pues ninguna duda de que, en cuanto al ejercicio de los derechos civiles y, especialmente al desempeño de sus profesiones, dentro de la República, los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos por expresa prescripción constitucional, de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquellos y estos en tales aspectos, estaría en pugna con la antes transcrita prescripción constitucional".- La Corte

20. sobre el contenido de los derechos, ampliamos en "Las normas fundamentales de Derecho Privado", Ed. Rubinzal y Culzoni, 1995)

considera discriminatorias estas desigualdades²¹.

La Constitución de Brasil tiene una regla normativa sobre derechos fundamentales básicos, en el artículo cinco, que garantiza a los brasileños y extranjeros residentes, la inviolabilidad del derecho a la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad.- La legislación sobre la situación jurídica del extranjero, ya tenía este principio en las leyes 6815/80 y 6964/81.-

Examinando estas normas puede afirmarse que:

- los nacionales y los extranjeros pertenecientes a los Estados-Miembros son sujetos de derecho con una calidad jurídica distinta, puesto que no se ha suprimido el distingo ni se ha desarrollado la noción jurídica de ciudadanía comunitaria.-

No obstante ello hay un cambio trascendente.- Entre países no integrados las calidades referidas hacen que el trato es, como regla general, diferenciado, salvo excepciones que el Estado nacional debe fundar.- En el derecho de la integración, en cambio, cambia la regla argumentativa: el Estado nacional debe fundar toda regla que disponga un trato distinto.-

Ello es así, porque a pesar de subsistir la calidad de nacional y de extranjero, los Estados se obligan a la eliminación de las restricciones arancelarias y no arancelarias para la libre circulación de personas (art. 1 Tratado de Asunción).- Siendo la regla normativa la eliminación de barreras, todas

las que subsistan, deben ser fundadas especialmente.-

El trato diferente para un extranjero perteneciente a un Estado miembro es una barrera para la circulación, y su mantenimiento debe ser razonablemente fundado.- Una fundamentación es irrazonable si sólo se sostiene solo en la calidad de extranjero, miembro de un Estado-Parte.-

Asimismo, los derechos de los extranjeros pertenecientes a un Estado Miembro tienen una calidad específica: debe ser tratados de un modo igual al nacional.-

De ello surge claramente la contracara: toda distinción basada en la pertenencia a un Estado-miembro, es arbitraria o ilegítima.-

6) El principio antidiscriminatorio:

A) Concepto legal:

Tanto la libertad como la igualdad, como principios han dado lugar a planteos relativos al derecho a no ser discriminado.-

La discriminación tiene varias definiciones legales.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece (art. 1) que el ejercicio de los derechos debe ser garantizada "sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económi-

ca, nacimiento o cualquier otra condición social".-

En Argentina, los arts 16 y 20 prohíben las distinciones basadas en la sangre, nacimiento, nobleza y nacionalidad.- El artículo 1 de la ley 23592 dispone que "quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado a pedido del damnificado a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados".-

En Brasil, la Constitución establece la prohibición de distingos basados en la nacionalidad (art 5), sexo (art. 5,I), raza (art.5, XLII), diferencias admisión en el empleo basadas en sexo, edad, o estado civil (art 7, XXX)

Desde el punto de vista legal hay bastante coincidencia en la

definición del principio antidiscriminatorio.-

B) La discriminación como problema en el derecho de la integración:

En el ámbito de la integración, es sin duda la nacionalidad la que puede motivar mayores conflictos en materia de trato discriminatorio.-

En los derechos nacionales, la idea de discriminación encuentra su campo más fértil cuando las personas físicas son tratadas desigualmente con un fundamento

irrazonable, como el sexo, la religión o las ideas políticas.-

En el derecho de la integración, en cambio, la circulación de personas entre países distintos, pero integrados, pone en primer plano el trato desigual fundado en la nacionalidad.- Además, en el derecho de la integración, la discriminación se puede aplicar también a las personas jurídicas, y principalmente a la actividad empresarial que se desarrolla en uno y otro país, siendo tratada inequitativamente.-

De manera que el principio antidiscriminatorio es un instrumento muy idóneo para instar a la igualdad entre personas físicas o jurídicas de los Estados Miembros.- Su mayor relevancia radica en que la discriminación es un aspecto que generalmente lo visualiza el afectado, y es él quien lo plantea, de modo tal que actúa como un modo de control sobre la noción de igualdad que se sostiene de los ámbitos públicos.-

Este aspecto de la cuestión ha motivado una gran actividad judicial, principalmente en el ámbito de la Comunidad Europea, por lo que mencionaremos brevemente esta experiencia, para luego examinar los conceptos jurídicos aplicables.-

C) La discriminación en el mercado común: la experiencia de la unión europea.

En el ámbito de la Unión Europea, el tema de la discriminación ha sido tratado con amplitud, aun en el período de transición inicial, como el que vive ahora

21. "Repetto c. Pcia de Bs.As."- Ver comentario a este fallo en Miller- Gelli-Cayuso", Constitución y Derechos Humanos", Astrea, Bs As, 1991, t.2)

el Mercosur.- Mediante normas referidas a la etapa liberalización progresiva, en el art. 7º del Tratado de Roma se prohíbe "toda discriminación por razón de la nacionalidad" como regla general.-

Esta regla general tiene aplicaciones muy específicas en el comercio.- Por ejemplo, se ha establecido:

- que la política agrícola común, debe lograrse excluyendo "toda discriminación entre productores y consumidores de la Comunidad" (arts 39/40).-

- que la liberalización progresiva de las barreras para la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, deben hacerse sin distinción de nacionalidad o residencia (art. 65).-

- que los Estados deben garantizar la igualdad de remuneración, sin distinción por razones de sexo (art. 119).-

- que la "la libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo" (art. 48 inc.2).-

El principio antidiscriminatorio se aplicó también para desechar criterios aparentemente objetivos que de hecho conducen a una forma disimulada de discriminación. Tal es el caso de la sentencia del 16-2-1978, as. 61/77 y 88/77 en relación a las medidas tomadas por la República de Irlanda, prohibiendo el acceso de su zona de pesca a los barcos de un tamaño o potencia superior a ciertos límites, que de

hecho excluía una buena parte de la flota de pesca de otros Estados miembros, pero no la flota irlandesa. -

A modo de criterio de juzgamiento genérico, en una sentencia del 4-2-1982 se afirma que la discriminación consiste en tratar de idéntica manera situaciones que son diferentes, o de modo diferente situaciones que son idénticas. Por tanto, no hay discriminación cuando el legislador trata de forma no idéntica a funcionarios jubilados y en activo, ya que ambas situaciones difieren sensiblemente.-

D) El principio antidiscriminatorio en el mercado:

El principio antidiscriminatorio está también vinculado con el derecho de acceso a actividades económicas por parte de personas físicas y jurídicas de origen extranjero.- Establecido que en un mercado integrado hay libertad de circulación, se produce una tendencia al trato igualitario entre las sociedades y personas físicas de los países miembros.- Este trato suele ser expresado mediante un derecho de trato igualitario como nacional.- El reverso de este derecho se da cuando un país trata a una sociedad de otro país, de un modo distinto a sus nacionales, basándose solo en razones de nacionalidad.-

El contenido de la discriminación en este aspecto se vincula con:

- la imposición a los extranjeros, de restricciones de acceso al mercado nacional distintas de las que deben cumplir los súbditos.-

- la existencia de un tratamiento jurídico para nacionales y otro distinto para extranjeros en cuanto al disfrute de los derechos vinculados al acceso.-

Dentro de estos parámetros, en el ámbito de la Unión Europea se han considerado discriminatorias²² las prohibiciones de acceso para extranjeros a un mercado nacional determinado, la exigencia de condiciones adicionales respecto de los nacionales, el requerimiento de una estancia previa en el país para gozar de igualdad, la imposición de cargas fiscales especiales, o la constitución de una fianza, o cargas que hacen más oneroso el aprovisionamiento o las posibilidades de venta.- También lo son aquellas disposiciones que subordinan a condiciones particulares para extranjeros la presentación de ofertas, licitaciones, la adquisición de bienes muebles o inmuebles, o el acceso al crédito.-

E) Su aplicación en materia societaria:

En materia de sociedades, el principio antidiscriminatorio es particularmente útil.-

El otorgamiento de la calidad de persona a una sociedad es un acto estatal; el reconocimiento de dicho acto en un Estado Extranjero, es un acto de soberanía estatal por parte de este último.- De modo que es perfectamente legítimo que un Estado establezca condiciones para decidir si admite, y con qué requerimientos, un acto normativo estatal extranjero referido a la

creación jurídica de personalidad societaria.-

En principio la sociedad debe haber sido creada con arreglo a las normas del Estado de origen.- Este requisito, que ha sido denominado "necesidad de un vínculo jurídico entre la sociedad y el Estado extranjero", significa que debe respetar los procesos sustantivos y formales de constitución y el orden público nacional de origen.-

Para el juzgamiento de este tema, se ha efectuado una cierta analogía entre la nacionalidad de las personas físicas y las de las sociedades²³, de allí que debe dar todos los pasos para ser considerada "sociedad nacional".- Esta caracterización referida a la nacionalidad, ha dado lugar a muchos debates en materia societaria, pero en a los efectos del principio discriminatorio, no es necesario establecer una "nacionalidad" societaria, sino simplemente, establecer si los criterios aplicables al trato discriminatorio entre personas físicas nacionales y extranjeras, es aplicable por analogía a las personas jurídicas.-

En este campo, no puede haber duda alguna de las analogías y de la aplicación del principio referido.-

Naturalmente, con esta afirmación no se solucionan los problemas, sino que comienzan, puesto que hay que hacer muchas distinciones a fin de apreciar adecuadamente los intereses societarios en la competencia igualitaria y los de los Estados Nacionales.-

22. conf GOLDMANN, Berthold, LYON CAEN, Antoine, "Derecho comercial europeo", pág. 214)

23. GOLDMANN- LYON CAEN, op cit, pág 110.-

Generalmente, estos matices comienzan por el reconocimiento de las sociedades extranjeras.- El reconocimiento tiene por efecto admitir la capacidad jurídica de la sociedad.- Esta capacidad puede ser admitida de un modo igual que la de las nacionales o bien incorporarse algunos requisitos especiales, por el hecho de tratarse de una sociedad extranjera.- Ello nos lleva a la necesidad de evaluar cuales son admisibles y cuales lesionan el principio antidiscriminatorio.

F) Discriminación de hecho:

Este concepto surge a partir de situaciones legales de igualdad, pero que consagran impedimentos fácticos insalvables, cuyo resultado lleva a una desigualdad real.-

Ello sucede cuando un Estado establece la igualdad de acceso al mercado por parte de nacionales y extranjero, pero requiere a estos últimos, por ejemplo, la presentación de títulos universitarios expedidos por universidades nacionales²⁴.- De esta manera un profesional extranjero debería hacer nuevamente su carrera o bien rendir equivalencias, lo que constituye un obstáculo muy fuerte a la entrada al mercado, basado en la extranjería.-

La solución no discriminatoria es exigir títulos expedidos por el Estado extranjero de similar valía, o bien homologados, o bien controlados de alguna manera por el Estado Nacional.-

G) Discriminación positiva:

Este procedimiento ha sido llamado de diversas maneras: acción afirmativa,

discriminación inversa, rebasamiento del tratamiento nacional.- Se refiere a que, en muchos casos, el Derecho trata mejor al extranjero que al nacional para superar obstáculos de hecho.-

Esta acción resulta legítima siempre que arribe a una igualdad fáctica final, y no a una discriminación en perjuicio de los nacionales.-

H) Restricciones no discriminatorias:

Es legítimo que una sociedad extranjera deba cumplir requerimientos especiales o incluso modificar aspectos societarios si ellos son requeridos también para las nacionales.- Por ejemplo, en materia de participación en actividades financieras, asegurativas, de salud, y muchas otras, las sociedades nacionales deben tener un determinado tipo societario, cumplir requerimientos de solvencia, y muchos otros que responden al orden público o a la protección de los consumidores y que pueden ser exigidos por igual a nacionales y extranjeros.-

La razón de la exigencia no es la nacionalidad, sino el orden público, y éste se exige por igual a nacionales y extranjero, sin ser usado como un modo de discriminar.-

I) Discriminación contra las sociedades nacionales:

La adopción de regulaciones societarias no debe generar una discriminación inversa, que ponga en peor situación a los nacionales respecto de los

extranjeros.- Es claro que los Estados deben ir derogando las trabas nacionales respecto de la libre circulación, pero estas libertades de origen nacional o comunitario, también pueden ser invocadas por las empresas nacionales.-

De manera que una sociedad nacional puede invocar esta discriminación contra nacionales en ciertas medidas que la posicionen desventajosamente en el mercado.-

J) Sujetos con poder discriminatorio

El acto discriminatorio puede ser llevado a cabo por los Estados a través de sus políticas públicas.- Sin embargo, siendo lo más frecuente, no es el único caso.- Los actos que llevan a cabo entidades no gubernamentales que ejercen funciones delegadas, pueden ser discriminatorios.-

En este sentido se expidió el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuanto tuvo que censurar una decisión emanada de los reglamentos de actividades deportivas de un Estado miembro que excluyen a los súbditos de otro Estado miembro estableciendo la siguiente doctrina: "la abolición entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de personas ...se vería comprometida si la abolición de las barreras de origen estatal pudiese ser neutralizada por asociaciones u organismos no dependientes del derecho público mediante obstáculos derivados del ejercicio de su autonomía²⁵.-

K) El principio no discriminatorio en materia fiscal

La no discriminación en la circulación de bienes y servicios implica que se deben adoptar normas que impidan la distorsión de la competencia, tanto en el nivel nacional como en el comunitario, comprometiéndose los Estados Miembros a su cumplimiento (art. 5, TR).-

Un aspecto relevante de este tema es la perspectiva que tiene para los consumidores.- En este sentido se ha señalado²⁶ que "debe darse cumplimiento al principio de la no discriminación enunciando en el artículo 7 del Tratado, en cuanto que a los adquirientes les debe resultar indiferente desde el punto de vista fiscal comprar un bien nacional o importado de otro país miembro. Se trata de prohibir cualquier clase de proteccionismo mediante la aplicación de impuestos interiores; es decir, de aquellos que discriminen los bienes locales de los importadores, en cualquier fase de fabricación o circulación".-

L) Nombre y trato discriminatorio

Tradicionalmente el nombre fue concebido como un elemento para la identificación del potencial humano nacional.- Sin embargo, desde hace un siglo la doctrina y la legislación ha postulado que es un atributo de la personalidad²⁷.-

De tal modo, es un derecho a la identidad personal estática.- Se diferencia

24. sobre este caso ver GOLDMANN- LYON-CAEN, pág. 139

25. CJCE.12.12.74, citada por Goldmann, pág. 218

26. AMERISO, Claudia Cristina, "Coordinación de políticas tributarias para la constitución del mercado ampliado", público en "mercursosur", dir por Ciufo Caldani, Ed. Ciudad Argentina, pág. 87.-

27. Sobre este tema ampliar en: RIVERA, Julio, Instituciones de Derecho Civil", Abeledo Perrot, Bs.As., 1994; PLINER, Adolfo, "El nombre de las personas", Abeledo Perrot, Bs.As. 1989.-

de la identidad dinámica en que esta no alude al nombre, sino al modo en que un individuo es conocido por otros en virtud de sus actuaciones en la vida social.-

El nombre es entonces un derecho a la identidad, desde el punto de vista privado y un deber identificación, desde la perspectiva pública²⁸.-

El nombre se relaciona con el principio antidiscriminatorio y el derecho de la integración, cuando es utilizado como impedimento para la libre circulación o la igualdad de oportunidades.-

En la Union Europea, el Tribunal de Justicia ha resuelto que constituye una discriminación fundada sobre la nacionalidad y una traba al derecho de libre establecimiento, la inscripción en el Registro del estado civil de un Estado miembro de un ciudadano de otro Estado miembro, con un grafismo tal que la pronunciación del nombre se encuentra modificada y deformada, y que esa deformación que resulta lo expone al riesgo de una confusión de personas con relación a su clientela.-

7) Principios de derecho privado común latinoamericano

Conforme ya lo hemos expuesto, el Tratado de Asunción demanda la armonización de las legislaciones.- Este es un proceso lento y complejo.- Una parte fundamental del mismo consiste en

identificar principios jurídicos comunes a los derechos nacionales.-

En el ámbito del derecho privado se han identificado los siguientes: la fuerza vinculante de los contratos (art. 1197 Cód. Civ. Argentino; art. 1291 Cód. Civ. Uruguayo y art. 715 Cód. Civ. Paraguayo), buena fe (art. 1198 Cód. Civ. Argentino; art. 131 Cód. Com. y Cód. del Consumidor Brasileño; art. 1291 Cód. Civ. Uruguayo; arts. 372, 689 y 715 Cód. Civ. Paraguayo), abuso del derecho (art. 1071 Cód. Civ. Argentino; art. 372 Cód. Civ. Paraguayo), enriquecimiento sin causa (art. 1038 Cód. Civ. Uruguayo y art. 1817 Cód. Civ. Paraguayo) y reparación integral (arts. 1109 y 1113 Cód. Civ. Argentino; art. 150 Cód. Civ. Brasileño; art. 1319 Cód. Civ. Uruguayo y arts. 421, 450/53 Cód. Civ. Paraguayo), adecuación del contrato (art. 1198, 2º párrafo, Cód. Civ. Argentino, art. 1291, 2º párrafo, Cód. Civ. Uruguayo y arts. 671/672 Cód. Civ. Paraguayo) y protección del débil jurídico (art. 954 Cód. Civ. Argentino y art. 3 ley 24.240 argentina; Cód. del Consumidor Brasileño; arts. 671 y 691 Cód. Civ. Paraguayo)²⁹.-

III. El Derecho Derivado

En el ámbito del derecho derivado podemos indicar las siguientes tipologías normativas que son establecidas en el Tratado de Asunción y en el Protocolo de Ouro Preto.-

A) Decisiones:

Las decisiones son actos normativos emitidos por el Consejo del Mercado Común para la conducción política del Mercosur, de alcance obligatorio para los Estados Partes.-

Son actos normativos en el sentido de que contienen mandatos, prohibiciones y permisiones.-

Están previstas en el art. 16 del Tratado de Asunción que refiere a las "decisiones" del Consejo de Mercado Común y del Grupo Mercado Común.- El Protocolo de Brasilia para la solución de controversias se refiere a "las decisiones del Consejo del Mercado Común" (art. 1). El Protocolo de Ouro Preto establece que "el Concejo del Mercado Común pronunciara mediante Decisiones..." (arts. 9º y 41).

De acuerdo con estos documentos, las decisiones son actos adoptados por el Concejo del Mercado Común para el cumplimiento de las funciones que le otorgan los arts. 10 del Tratado de Asunción y 3º y 8º del Protocolo de Ouro Preto; es decir, la conducción política del proceso de integración.-

En cuanto a sus efectos, (Art 9º del Protocolo de Ouro Preto) las decisiones "serán obligatorias para los Estados partes".

B) Resoluciones:

Las resoluciones son actos normativos emitidos por el Grupo Mercado Común para la ejecución de medidas tomadas para el desarrollo del Mercosur, de alcance obligatorio para los Estados miembros.-

El grupo Mercado Común es el órgano ejecutivo del Mercosur (art. 10 Ouro Preto), y debe elaborar y proponer medidas para el desarrollo del Mercosur.-

Las resoluciones del Grupo Mercado Común serán obligatorias para los Estados partes (art. 15 del Protocolo de Ouro Preto).-

C) Directivas:

La Comisión de Comercio se pronunciará mediante directivas (art. 20 Ouro Preto).- Se trata de actos normativos de obligatoriedad para los Estados Partes, referidas al control del cumplimiento de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados para el funcionamiento de la Unión Aduanera (art. 16 Ouro Preto).-

D) Propuestas:

El Protocolo se refiere a las propuestas de la Comisión de Comercio (art. 20) y del Foro Consultivo Económico Social (art. 29).- Las propuestas valen como consejo o expresión de la opinión del organismo que la efectúa.-

IV. Colision de Normas Y Principios

En sistemas normativos abiertos reviste fundamental importancia la solución de antinomias y colisiones de normas.- En el ámbito del Mercosur existen los Tratados, el derecho derivado, los derechos nacionales, y los tratados internacionales que han firmado los países integrantes, que proveen un cúmulo de normas y principios que, a la hora de su aplicación e

28. Sobre esta concepción ampliamos en: "Constitucionalización del derecho civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema", LL. 10.8.93.-

29. HIGHTON, Elena - LAMBOIS, Susana, Unificación y efectividad del derecho en los países del Mercosur, en "Rev. de Derecho Privado y Comunitario", nº 6, p. 448; FRESNEDA SAIEG, Mónica, FRUSTAGLI, Sandra, ESBORRAZ, David, HERNANDEZ, Carlos, "Hacia la unificación del derecho de las obligaciones y de los contratos en el Mercosur".-

interpretación, pueden suministrar soluciones contradictorias en diversa gradación.-

Por ello es necesario que tanto el interprete como quien aplica el derecho de la integración, aprenda a "moverse dentro del sistema", aprehendiendo algunos principios básicos para la resolución de conflictos.-

1. Reglas de razonamiento aplicables

Puede haber una colisión entre principios jurídicos.- De hecho son muy frecuentes y mas aun en un sistema en vías de integración.-

En primer lugar corresponde distinguir entre conflicto de reglas y de principios.-

La colisión entre reglas produce el efecto de excluir una, porque el resultado de aplicar las dos es incompatible.- Se desvuelve en el plano de la validez, al que se aplican los criterios tradicionales como precedencia temporal, jerarquía, etc.- En estos casos, la actividad de intérprete consiste en una opción: o una o la otra.-

Cuando se trata de principios y valores, no hay opción, sino ponderación³⁰, y funcionan criterios argumentativos.- La aplicación de un principio no desplaza al otro, sino que lo precede en el caso concreto.- Se dice que los principios tienen diferente peso en el caso concreto, pero no son inválidos.- No se trata entonces de una antinomia en el sentido tradicional, sino de un campo de tensión.-

El conflicto entre principios se soluciona mediante un juicio de ponderación de intereses opuestos.- Se trata de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, tiene mayor peso en el caso concreto.- Esta concepción implica admitir que no hay principios absolutos.- Así lo dispone claramente la Convención Americana sobre derechos humanos al señalar en su artículo 32 que los derechos de cada uno están limitados por los derechos de los demás, y que hay deberes para con la familia, y la comunidad.-

Dar a cada uno lo suyo respetando los derechos ajenos exige dar a unos y sacar a otros, buscando un punto de equilibrio.- No se trata de una optimización, sino de un punto de equilibrio óptimo, buscando la eficiencia.-

La colisión no produce una exclusión, sino una restricción.-

El juicio de ponderación expresa que la medida permitida de no satisfacción de un principio, depende del grado de importancia de satisfacción del otro.- La ponderación establece una relación, que puede ser expresada en curvas de indiferencia que representen la relación de sustitución de bienes.-

Las curvas de indiferencia muestran esa relación: si disminuye la libertad de prensa porque se considera que debe ceder frente a la seguridad externa, es necesario verificar cada vez más aumentos de seguridad para compensar la disminución de libertad.- En el punto en que el cambio es indiferente se produce el equilibrio.-

De este modo estamos en condiciones de disponer de una racionalidad mínima para examinar los puntos de equilibrio en la satisfacción de intereses y de normas, sin que por ello se llegue a extremos deformantes.-

Finalmente, hay que distinguir entre principios de distinto rango, principalmente entre los que tienen contenido patrimonial y extrapatrimonial.- La solución de la competencia mediante la búsqueda de un punto óptimo de eficiencia exige que se trate de normas de rango equivalente.-

Según nuestro juicio podrían sentarse las siguientes reglas:

- Concurrencia de bienes extrapatrimoniales y patrimoniales: habría preeminencia de los primeros.-

- Concurrencia de bienes patrimoniales la solución es cuantitativa.- Ello exige un juicio de optimización en la asignación de recursos.-

- Concurrencia entre bienes extrapatrimoniales: en estos casos habrá un juicio de ponderación entre ellos.-

2. La interpretación en favor de la integración:

En el capítulo anterior hemos señalado que, de la normativa del Mercosur, puede desprenderse un principio de primacía atenuada, que a su vez permite sustentar una interpretación en favor de la integración.-

Esta afirmación tiene una gran relevancia.- Cuando un Estado firma un tratado internacional cede parte de su soberanía, y por ello su interpretación ha

sido siempre restrictiva, puesto que lo que no ha sido expresamente cedido, permanece dentro de la soberanía estatal.-

En los tratados de integración, el principio se invierte.- Los Estados manifiestan su deseo de avanzar en un proceso de integración, con los perfiles que ellos establecen.- Esta tendencia configura una ruta normativa que todo interprete debe seguir a la hora de decidir conflictos que involucren de alguna manera este proyecto.-

Este es uno de los valores que cabe adjudicar a los objetivos en las normas jurídicas: constituyen una guía para el interprete.-

En el Tratado de Asunción y en muchos actos normativos posteriores, se ha puesto en claro que este es un objetivo normativamente asumido por los Estados.-

3. El problema de las barreras no arancelarias y los derechos humanos

El problema que se plantea bajo este tópico ocurre cuando un país tiene una legislación de protección del consumidor, o del medio ambiente, o similar que impide o restringe la entrada de empresas de otros países.-

Así se configura una colisión entre el principio de la libertad de circulación y las denominadas barreras no arancelarias.-

El Tratado de Asunción, en su artículo 1 dispone que el Mercado Común implica la "eliminación" de "restricciones no arancelarias".- En el anexo I del Tratado, referido al programa de liberación

30. Conf. ALEXY, "Teoría...", cit)

comercial, se define (art 2, b) como "restricción" a "cualquier medida de carácter administrativo, financiero, cambiario o de cualquier naturaleza, mediante el cual el Estado Parte impida o dificulte por decisión unilateral, el comercio recíproco.- No quedan comprendidos en dicho concepto las medidas adoptadas en virtud de las situaciones previstas en el artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980".-

El artículo 50 del Tratado de Montevideo de 1980 dice: "Ninguna disposición del presente tratado será interpretada como impedimento para la adopción y el cumplimiento de medidas destinadas a la:

- a)- protección de la moralidad pública,
- b)- aplicación de leyes y reglamentos de seguridad,
- c)- regulación de las importaciones de armas,
- d)- protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales,
- e)- importación o exportación de oro y plata metálicos
- f)- protección del patrimonio nacional del valor artístico, histórico o arqueológico,
- g)- exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radiactivos o cualquier otro material utilizable en el

desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear.

Esta claramente establecida una regla y sus excepciones.-

Para interpretar adecuadamente la misma, conviene tomar en cuenta la experiencia ajena.- En el ámbito de la Unión Europea, el Tratado de Roma hace referencia a la supresión de restricciones "cuantitativas" y "medidas de efecto equivalente" (art 30).- En el artículo 36 establece que la eliminación de las restricciones no impide que se establezcan aquellas fundadas en el orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial".-A renglón seguido, se indica que estas excepciones no pueden ser usadas como discriminación arbitraria o encubierta (art. 36).-

De ello se desprende que debe distinguirse adecuadamente aquellas disposiciones que protegen el orden público patrimoniales o extrapatrimoniales cuantitativos y cualitativos.- Este distingo es similar al que se ha establecido entre bienes monetizables o no en cuanto a su reparabilidad³¹.-

4. El orden público como barrera no arancelaria referida a aspectos patrimoniales

Puede suceder que un Estado considere que, no obstante existir una

cuestión patrimonial, ella es de tal importancia que interesa al país y de esta manera necesite establecer barreras.-

En la sentencia "Campus Oil" del 10/7/84 el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, dijo que "... es cierto que el art. 36 persigue salvaguardar intereses de naturaleza no económica.- En efecto, un Estado miembro no está autorizado para sustraerse a los efectos de las medidas previstas por el Tratado escudándose en las dificultades económicas ocasionadas por la eliminación de las trabas del comercio intracomunitario...".- El Tribunal pone de resalto la importancia crucial que el abastecimiento de productos petrolíferos tiene para la existencia de un país por su fuente de energía y materia prima por excelencia, por lo que llega a considerar que el interés constituido para la salvaguardia de ese abastecimiento "rebase" la naturaleza puramente económica y salvaguarda la existencia del Estado mismo, sus intereses fundamentales, el mantenimiento de sus instituciones, sus servicios públicos esenciales, la salud y la vida de sus habitantes."

El Tribunal de Justicia ha dicho que "la noción de orden público en el contexto comunitario y, en particular, como justificación de una excepción al principio fundamental de la libre circulación de los trabajadores, debe interpretarse restrictivamente de forma que su alcance no pueda determinarse unilateralmente por cada uno de los Estados miembros sin control de las instituciones de la Comunidad..."³²

El alcance del concepto de "orden público" no puede ser determinado unilateralmente por cada Estado. Aunque se aprecia de acuerdo con una "escala de valores nacional", esa valoración debe situarse en una perspectiva comunitaria. Es decir, que es necesario conciliar los intereses nacionales con los intereses comunitarios conforme lo expusiéramos al fundar el principio interpretativo en favor de la integración.-

5. El orden público estatal como límite frente al derecho de la integración

El orden público de un determinado país puede impedir la aplicación de una ley extranjera.- En Argentina el art. 14 del Código Civil veda la aplicación de la ley extranjera: 1º)- "Cuando su aplicación se oponga al Derecho público o criminal de la República, a la religión del Estado, a la tolerancia de cultos o a la moral y buenas costumbres. 2º) Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este Código. 3º) Cuando fueren de mero privilegio. 4º) Cuando las leyes de este Código en colisión con las leyes extranjeras fuesen mas favorables a la validez de los actos."

Entre los críticos a estas soluciones Goldschmidt entendió que el orden público como valla para la aplicación del derecho privado extranjero está en relación inversa con el auténtico espíritu del derecho internacional privado y constituye un termómetro de chauvinismo jurídico³³.-

31. Ampliamos en: "Las nuevas fronteras de la responsabilidad por daños", LL. 9.5.96.-

32. Considerandos 33 a 35 de la Sentencia "Bouchereau" del 27/10/77.-

33. GOLDSCHMIT, Werner, "Derecho internacional privado", p. 317 y ss.

Comprendemos la postura del maestro Golsdchmidt, en el sentido de la internacionalización y la convivencia entre las naciones.-

Sin embargo, este proceso de globalización tiene, o debiera tener, límites.- La necesidad de un "Espacio" en un mundo globalizado es algo que ha sido advertido frecuentemente en la etnología y en la antropología contemporánea³⁴; el hombre necesita un lugar, y lo diseña como modo de protección.- De allí el paradójico surgimiento de los nacionalismos, regionalismos, en el contexto de una tendencia global.-

No todo es materia de integración y ni siquiera de armonización.- Cada comunidad tiene su fisonomía propia, sus costumbres, cultura, proyectos de vida, que desea preservar frente a la integración.-

Es razonable que esto sea mantenido respetando la voluntad de los pueblos en este sentido, lo que justifica el mantenimiento del orden público interno en aspectos como los referidos.-

6. La idea del ejercicio abusivo del orden público

En estos cambios paradigmáticos que describimos, es interesante examinar la idea del uso abusivo del orden público.-

Si el objetivo es la integración y ello constituye una obligación jurídica de los Estados-Partes, es claro que el orden público estatal debe ser usado para la protección de valores que esa comunidad tiene y que no desea compartir.-

Estos son los fines que se le reconocen al orden público: protección de la moral, buenas costumbres, validez de los actos, espíritu de las leyes, todo lo cual puede ser resumido en una cultura propia, nacional o regional.- Este concepto se desnaturaliza cuando, con el pretexto de conservarlo se lesionan los derechos individuales, de un modo tal que no sólo se los restringe, sino que se los ahoga, postulando la existencia de un orden público sin individuos.-

De la misma manera, puede ser usado contra los fines que la ley tuvo en miras al reconocerlo, cuando se transforma en un instrumento para restringir indebidamente el acceso al mercado de una empresa que goza derecho de trato nacional.-

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en la causa "Rutili", estableció que para que el orden público pueda limitar la libre circulación debe ser usado frente a una "amenaza real y suficientemente grave que afecta a un interés fundamental de la sociedad".-

34. AUGÉ. Marc, "Los no lugares- Espacios del anonimato. Una antropología de la sobremodernidad", Barcelona, Gedisa, 1995.

Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*

Robert Alexy

Professor de La Universidad Christian - Albrecht de Kiel

Tradutor: Dr. Luís Afonso Heck, Prof. na UFRGS e ULBRA

RESUMO

O artigo trata, primeiro, do fenômeno da colisão de direitos fundamentais; depois, dedica-se à análise da solução do problema da colisão.

SUMÁRIO

I. O Fenômeno da Colisão de Direitos Fundamentais;

1. Colisões de direitos fundamentais em sentido estrito; a) Colisões de direitos fundamentais idênticos; b) Colisão de direitos fundamentais diferentes; 2. Colisões de direitos fundamentais em sentido amplo;

II. A Solução do Problema da Colisão;

1. A força vinculativa dos direitos fundamentais; 2. Regras e princípios; a) A distinção; b) As opções da teoria das regras; c) O caminho da teoria dos princípios; d) Vinculação e flexibilidade.

direitos fundamentais são, por um lado, elementos essenciais da ordem jurídica nacional respectiva. Por outro, porém, eles indicam além do sistema nacional. Nessa passagem do nacional deixam-se distinguir dois aspectos: um substancial e um sistemático. Os direitos fundamentais rompem, por razões substanciais, o quadro nacional, porque eles, se querem satisfazer os requisitos que lhes podem ser postos, devem incluir os direitos do homem. Os direitos do homem têm, porém, independentemente de sua positivação, validade universal.¹ Eles põem, por conseguinte, exigências a cada ordem jurídica. Uma contribuição importante para a sua concretização internacional forneceu e fornece a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948. Os direitos do homem tornaram-se

* Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 07 de dezembro de 1998.

1. Comparar R. Alexy, Diskurstheorie und Menschenrechte, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt a.M. 1995, S. 144 f.

vinculativos jurídico-positivamente no plano internacional pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 19 de dezembro de 1966. Uma peça paralela a ele é o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do mesmo dia, que, naturalmente, está dotado com muito menor força de concretização. Ao lado deles e de outros pactos delineados internacionalmente colocam-se convenções regionais. Tudo isso cria comunidades substanciais.

Às comunidades substanciais correspondem as sistemáticas. Em toda a parte onde direitos fundamentais existirem, colocam-se os mesmos ou semelhantes problemas. Apenas para mencionar alguns: que diferenças estruturais existem entre direitos de defesa liberais, direitos à proteção, direitos fundamentais sociais e direitos de cooperação política? Quem é o destinatário, quem o titular de direitos fundamentais? Sob quais pressupostos formais e materiais direitos fundamentais podem ser limitados? Com que intensidade pode um tribunal constitucional controlar o legislador sem que sejam violados o princípio democrático e o princípio da separação de poderes? A comunidade de semelhantes questões sobre a estrutura de direitos fundamentais e jurisdição constitucional abre, diante do fundo das comunidades substanciais, a possibilidade de uma ciência dos direitos fundamentais transcendente às ordens jurídicas particulares, a qual é muito mais que uma mera comparação de direito.² É a ciência dos direitos fundamentais

ampla. O objetivo da ciência dos direitos fundamentais ampla não é, de nenhum modo, a nivelção das ordens dos direitos fundamentais. Ao contrário, as diferenças lhe dão estímulos e tarefas. Seu intento vale, antes, à revelação das estruturas dogmáticas e ao destacamento dos princípios e valores que estão atrás das codificações e da jurisprudência. O intrincado e complicado pode, assim, converter-se em uma multiplicidade sistematicamente preenchida e, com isso, entendida no melhor sentido que, dessa forma, compreende-se, simultaneamente, como unidade.

I. O Fenômeno da Colisão de Direitos Fundamentais

A maioria das constituições contém hoje catálogo de direitos fundamentais escritos. A primeira tarefa da ciência dos direitos fundamentais, como uma disciplina jurídica, é a interpretação desses catálogos. Nisso, valem as regras tradicionais da interpretação jurídica. Estas, todavia, na interpretação dos direitos fundamentais, chocam-se logo com limites. Uma razão essencial para isso é a colisão de direitos fundamentais.

O conceito de colisão de direitos fundamentais pode ser compreendido estrita ou amplamente. Se ele é compreendido estritamente, então são exclusivamente colisões nas quais direitos fundamentais tomam parte colisão de direitos fundamentais. Pode-se falar aqui de colisões de direitos fundamentais em sentido estrito. Em uma compreensão ampla são, pelo contrário,

também colisões de direitos fundamentais com quaisquer normas ou princípios, que têm como objeto bens coletivos, colisões de direitos fundamentais. Isso é o conceito de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo. Ambos os tipos de colisão são temas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sua análise conduz a quase todos os problemas dessa disciplina. Todavia, antes de iniciar essa análise, deve, primeiro, o fenômeno a ser analisado ser considerado mais de perto.

Não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais e também um tal não pode existir. Isso vale tanto para colisões de direitos fundamentais em sentido estrito como também para tais em sentido amplo.

1. Colisões de direitos fundamentais em sentido estrito

Colisões de direitos fundamentais em sentido estrito nascem sempre, então, quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem consequências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais. Nos direitos fundamentais colidentes pode tratar-se ou dos mesmos ou de direitos fundamentais diversos.

a) Colisões de direitos fundamentais idênticos

Deixam-se distinguir quatro tipos de colisões de direitos fundamentais idênticos.

No primeiro tipo está, em ambos os lados, afetado o mesmo direito fundamental como direito de defesa liberal. Uma tal colisão existe, por exemplo, então, quando dois grupos políticos hostis, por um motivo atual, querem demonstrar-se, ao mesmo tempo, no centro de uma cidade e há o perigo de choques. No segundo tipo trata-se do mesmo direito fundamental, uma vez como direito de defesa liberal de um e, outra, como direito de proteção do outro. Um tal caso existe, por exemplo, quando é atirado em um detentor de refém para salvar a vida de seu refém. Nisto, contudo, deve ser acentuado que com a colisão entre o direito à vida, de um lado, do detentor do refém, e, de outro, do refém, somente é compreendida uma parte do problema total. É frequentemente possível salvar a vida do refém pelo fato de simplesmente atender às exigências do detentor do refém. Vem, então, como terceiro elemento da colisão total uma "obrigação de proteção (...) diante da totalidade dos cidadãos"³ em jogo, que pede do Estado não fazer nada que possa dar estímulo a outras tomadas de reféns. O objeto imediato desse dever de proteção é um bem coletivo: a segurança pública. Isso torna claro que muitas colisões são complexas. Exatamente para compreender adequadamente colisões complexas, porém, é necessário identificar claramente os elementos fundamentais dos quais elas são compostas. O terceiro tipo de colisão de direitos fundamentais iguais resulta disto, que muitos direitos fundamentais têm um lado negativo e um positivo. Isso é especialmente claro na liberdade de crença. Ela compre-

2. Comparar P. Häberle, *Verfassungsentwicklung in Osteuropa - aus der Sicht der Rechtsphilosophie und der Verfassungslehre*, in: AÖR 117 (1992), S. 170 ff.

3. BVerfGE 46, 160 (165).

ende tanto o direito de ter e de praticar uma crença, como também o direito de não ter uma crença e de ser poupado da prática de uma crença. Quais problemas podem resultar disso mostra a resolução-crucifixo, uma das decisões mais discutidas do Tribunal Constitucional Federal alemão,⁴ com toda a clareza. Nesta decisão trata-se da questão se o Estado pode ordenar que nas salas de aula de escolas públicas deve ser colocada uma cruz. Aqui colide a liberdade de crença negativa dos não-cristãos que, assim o Tribunal Constitucional Federal, “em classe, por ordem do Estado e sem possibilidade de evitar, são confrontados com esse símbolo e são obrigados a aprender ‘sob a cruz’”,⁵ com a liberdade de crença positiva dos cristãos, “de praticarem sua convicção de crença no quadro das instituições estatais”.⁶ O tribunal dissolve essa “relação de tensão entre liberdade religiosa negativa e positiva”⁷ ao proibir a colocação de cruzes ou crucifixos em espaços escolares públicos, em que, para a fundamentação, outros pontos de vista são aduzidos, especialmente aquele da neutralidade religioso-política.⁸ A quarta variante de colisões dos mesmos direitos fundamentais de titulares diferentes resulta quando se acrescenta ao lado jurídico de um direito fundamental um fático. Como exemplo, seja considerada a jurisprudência do Tribunal Constitucional

Federal alemão sobre auxílio de custas processuais. Se se parte da igualdade jurídica, então pobres e ricos são tratados igualmente quando nenhum deles recebe apoio estatal para o financiamento de custas judiciais e honorários de advogado. Sob o ponto de vista da igualdade fática, porém, isso é um tratamento desigual, porque do pobre, com isso, as oportunidades de concretizar seu direito são tomadas ou estreitadas.⁹ Se se fomenta, porém, o pobre, então tratam-se os ricos juridicamente de outra forma, portanto, desigualmente, porque: “Fomentar determinados grupos significa já tratar outros desigualmente.”¹⁰ Se se estende o princípio da igualdade tanto à igualdade jurídica como à fática, então topa-se forçosamente com esse paradoxo da igualdade. O paradoxo da igualdade é uma colisão que se apresenta tanto mais intensamente quanto mais é realizado em Estado social. Não é, portanto, acaso que o Tribunal Constitucional Federal alemão enlaça a idéia da igualdade fática com o princípio do Estado social.¹¹

b) Colisão de direitos fundamentais diferentes

Sob as colisões entre direitos fundamentais diferentes de titulares de direitos fundamentais diferentes, a colisão da liberdade de manifestação de opinião com direi-

tos fundamentais do afetado negativamente pela manifestação de opinião toma uma posição especial. É essa a problemática que, em 1958, deu motivo ao Tribunal Constitucional Federal com sua sentença-Lüth,¹² uma das sentenças mais significativas da jurisdição constitucional alemã, de colocar os trilhos básicos para a sua jurisprudência da ordem de valores que conduz a duas consequências fundamentais para os direitos fundamentais: primeiro, à irradiação dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico total e, segundo, à onipresença da ponderação. Um efeito tardio dessa sentença é a resolução soldados-são-assassinos, na qual a condenação de pacifistas, que qualificaram soldados de assassinos, por ofensa foi classificada como inconstitucional. Aqui colide a liberdade de manifestação de opinião (art. 5º, alínea 1, frase 1, da Lei Fundamental) dos pacifistas com o direito de personalidade geral (art. 2º, alínea 1, em união com o art. 1º, alínea 1, da Lei Fundamental) dos soldados, que inclui a proteção da honra.¹³ O debate exacerbado, que essa sentença promoveu, mostra que material explosivo colisões de direitos fundamentais podem ocultar.

Na resolução soldados-são-assassinos trata-se de uma colisão de direitos de liberdade diferentes de titulares de direitos fundamentais diferentes. Colisões de direitos fundamentais diferentes de titulares de direitos fundamentais diferentes existem não só no âmbito dos direitos de liberdade. Elas são possíveis entre direitos fundamentais de

qualquer tipo. Especialmente importante é aquela entre direitos de liberdade e igualdade. Se se aplica a proibição de discriminação à ordem jurídica total, portanto, também ao direito privado, então colisões entre a autonomia privada do empregador e o direito ao tratamento igual do empregado são inevitáveis.

2. Colisões de direitos fundamentais em sentido amplo

Até agora tratou-se de colisões de direitos fundamentais em sentido estrito, portanto, de colisões entre direitos fundamentais iguais e diferentes de titulares de direitos fundamentais diferentes. Não menos significativas são as colisões de direitos fundamentais em sentido amplo, portanto, as colisões de direitos fundamentais com bens coletivos. Um exemplo para isso oferece a resolução da dragagem do Tribunal Constitucional Federal alemão. Nela tratou-se da questão de em qual proporção e como o legislador pode proibir ao proprietário aproveitamentos de seu terreno que prejudicam a água subterrânea.¹⁴ A qualidade da água é um bem coletivo clássico. A visão, que se torna sempre mais penetrante, sobre problemas ecológicos, eleva sempre mais colisões desta natureza de bens coletivos ecológicos com o direito fundamental à propriedade à luz.

Bens coletivos não são só, naturalmente, adversários de direitos individuais. Eles também podem ser pressuposto ou meio

4. Comparar, para isso, Winfried Brugger/Stefan Huster (Hg.), *Der Streit um das Kreuz in der Schule*, Baden-Baden 1998.

5. BVerfGE 93, 1 (18).

6. BVerfGE 93, 1 (24).

7. BVerfGE 93, 1 (22).

8. Ebd.

9. BVerfGE 56, 139 (144).

10. BVerfGE 12, 354 (367).

11. BVerfGE 12, 354 (367); 56, 139 (143).

12. BVerfGE 7, 198.

13. BVerfGE 93, 266 (290).

14. BVerfGE 58, 300 (318 ff.).

de seu cumprimento ou fomento.¹⁵ Assim, o dever legal da indústria de tabacos de colocar advertências sobre prejuízos à saúde em seus produtos é uma intervenção na liberdade de exercício profissional dos produtores de tabaco, portanto, em um direito fundamental. A justificação direta dessa intervenção reside na “proteção da população diante de riscos à saúde”,¹⁶ portanto, em um bem coletivo. Indiretamente, trata-se, nisso, de algo que também por direitos individuais é protegido, ou seja, da vida e da saúde do particular. O mais claro é o caráter ambivalente no bem coletivo clássico da segurança interna ou pública. O dever do Estado de proteger os direitos de seus cidadãos obriga-o a produzir uma medida tão ampla quanto possível deste bem. Isso, porém, não é possível sem intervir na liberdade daqueles que prejudicam ou ameaçam a segurança pública.

A segurança interna é um bem coletivo central do Estado de direito liberal. A proteção do meio ambiente define sua variante mais nova: o Estado de direito ecológico. Visto historicamente, entre ambos está o Estado de direito social. O cumprimento dos postulados do Estado de direito social apresenta poucos problemas quando um equilíbrio econômico cuida disto, que todos os cidadãos mesmos ou por sua família estejam dotados suficientemente. Quanto menos isso é o caso, tanto mais os direitos fundamentais sociais pedem redistribuição. Disto existem duas formas básicas. A pri-

meira ocorre quando o Estado, por impostos ou outras contribuições, consegue o dinheiro que é necessário para atender ao mínimo existencial dos pobres. O dever de pagar impostos, porém, intervém em direitos fundamentais. Duvidoso é somente quais são eles: o direito de propriedade ou a liberdade de ação geral.¹⁷ Como o Estado nunca cobra impostos somente para a finalidade do cumprimento de postulados estatal-sociais, não é conveniente aduzir diretamente os direitos fundamentais sociais para a justificação dessa intervenção. Antes, a cobrança de impostos serve diretamente só à produção da capacidade de ação financeira do Estado. A capacidade de ação financeira do Estado é, em termos genéricos, um pressuposto de sua capacidade de ação. O Estado social pede que ela seja consideravelmente ampliada.

A segunda forma da redistribuição estatal-social não sucede pelo erário público, que é enchido de antemão por impostos ou outras contribuições, senão diretamente de um para outro cidadão. Assim, trata-se de uma redistribuição direta de um cidadão para outro cidadão quando o legislador, para a proteção do locatário, promulga prescrições que dificultam o aviso de saída ou limitam as possibilidades do aumento de aluguel.¹⁸ O art. 7º da Constituição brasileira de 05 de outubro de 1988 utiliza intensamente uma redistribuição direta desta natureza ao, por exemplo, o inc. I prescrever uma proteção contra despedi-

15. Comparar, para isso, R. Alexy, *Individuelle Rechte und kollektive Güter*, in *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a.M. 1995, S. 243 ff.

16. BVerfGE 95, 173 (185).

17. BVerfGE 93, 121 (137 f.).

18. Comparar BVerfGE 68, 361 (367); 89, 1 (5 ff.).

da, o inc. IV um salário mínimo, o inc. XIII um horário de trabalho máximo e o inc. XVII férias anuais remuneradas. O problema de tais direitos fundamentais sociais à custa de terceiros, ou seja, do empregador, é que, no fundo, o mercado decide sobre isto, se eles são efetivos. Para aquele que não encontra emprego esses direitos correm no vazio. Aqui deve interessar somente que nesses direitos se trata de uma situação de colisão complexa. Do lado do empregador o assunto ainda é simples. Sua liberdade empresarial é limitada. Um direito não está diretamente diante daquele do lado do empregado, mas somente um direito a isto, que ele então, quando achar um empregador que o empregue, obtenha um salário mínimo. Isso é um direito social condicional. Diretamente pelo art. 7º somente é criado um bem coletivo, ou seja, um estado da economia no qual – se essa prescrição for observada – existem somente empregos com salário mínimo, em que a questão sobre sua distribuição ainda permanece totalmente aberta.

II. A Solução do Problema da Colisão

O olhar sobre o fenômeno da colisão de direitos fundamentais deu à luz constelações altamente diferentes que, porém, têm algo em comum: todas as colisões podem somente então ser solucionadas se, ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos. A questão é como isso deve ocorrer. Na resposta a esta questão devem ser tomadas decisões fundamentais sobre a estrutura fundamental da dogmática dos direitos fundamentais.

1. A força vinculativa dos direitos fundamentais

A questão mais importante para cada catálogo de direitos fundamentais é se nos direitos fundamentais se trata de normas juridicamente vinculativas ou não. O conceito da vinculação jurídica é determinado diferentemente na teoria geral do direito. Em um sistema jurídico que conhece a separação dos poderes e, com isso, o poder judicial como terceiro poder, tudo fala a favor disto, de qualificar como “juridicamente vinculativas” somente aquelas normas de direitos fundamentais cuja violação, seja em que procedimento for, possa ser verificada por um tribunal, que são, portanto, *justiciáveis*. É ideal, quando esta verificação, em última instância, é deixada a cargo de um tribunal constitucional, porém, também possível que ela caiba somente na competência dos tribunais profissionais. Normas de direitos fundamentais, cuja violação não pode ser verificada por nenhum tribunal, têm, pelo contrário, um caráter não-justiciável e são, nisso, vinculativas não juridicamente, senão, talvez, moral ou politicamente. Elas são meras normas programáticas ou, se se quer formular polemicamente, mera lírica constitucional.

O problema da colisão iria, como problema jurídico, desaparecer já totalmente se se declara todas as normas de direitos fundamentais como não-vinculativas. As colisões seriam, então, problemas políticos ou morais e não caberiam, como tais, na competência dos tribunais. Na Alemanha, essa solução é excluída pelo art. 1º, alínea 3, da Lei Fundamental, que vincula todos os três poderes aos direitos fundamentais como direito diretamente vigente. Também

no Brasil o caminho de uma declaração de não-vinculação de todos os direitos fundamentais deveria ser intransitável, porque o art. 5º, alínea 1, declara, pelo menos, as prescrições de direitos fundamentais desse art. como diretamente aplicáveis. Mas também independente de ordens de vinculação jurídico-positivas desta natureza a justiciabilidade dos direitos fundamentais deve ser exigida. Direitos fundamentais são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo.¹⁹ Direitos do homem insistem em sua institucionalização. Assim, existe não somente um direito do homem à vida, senão também um direito do homem a isto: que exista um Estado que concretize tais direitos.²⁰ A institucionalização inclui necessariamente justicialização.

Poder-se-ia achar agora que a justiciabilidade não precisa ser total ou ampla. Assim, por exemplo, a cláusula de vinculação do art. 5º, § 1º, da Constituição brasileira, está nos direitos de defesa clássicos e não nos direitos fundamentais sociais. Tal poderia ser entendido como convite a isto, declarar os direitos fundamentais sociais como não-justiciáveis. A não-justiciabilidade, nisso, poderia estender-se a todos os direitos fundamentais sociais ou a alguns da respectiva constituição. O problema da colisão, com isso, sem dúvida, não estaria totalmente solucionado, porque há, como mostrado, numerosas colisões entre direitos fundamentais de tradição liberal, mas ele seria desagravado consideravelmen-

te. Colisões estatal-sociais restam possíveis, sem dúvida, conforme o objeto se maioria parlamentar por si, portanto, sem estar obrigado a isso pela constituição, fica ativa no campo da redistribuição estatal-social. O social, porém, teria diante do liberal pouca força, porque ele não poderia apoiar-se em princípios jurídicos. Ademais, colisões estatal-sociais não teriam lugar totalmente se o legislador renunciasse completamente a atividades sociais. Onde não existe dever jurídico nada pode colidir juridicamente. Análogo vale para o lado ecológico da constituição.

A todas as tentativas de desagravar o problema da colisão pela eliminação da justiciabilidade deve opor-se com energia. Elas não são outra coisa senão a solução de problemas jurídico-constitucionais pela abolição de direito constitucional. Se algumas normas da constituição não são levadas a sério é difícil fundamentar por que outras normas também então devem ser levadas a sério se isso uma vez causa dificuldades. Ameaça a dissolução da constituição. A primeira decisão fundamental para os direitos fundamentais é, por conseguinte, aquela para a sua força vinculativa jurídica ampla em forma de justiciabilidade.

2. Regras e princípios

A segunda decisão fundamental é se direitos fundamentais têm o caráter de regras ou o de princípios. Na primeira decisão fundamental tratava-se disto: se direitos fundamentais são direitos; objeto da segunda é o que eles são como direito. Não só a

solução do problema da colisão senão também as respostas a quase todas as questões da dogmática dos direitos fundamentais geral dependem desta decisão fundamental. Isso esclarece a intensidade e a amplitude da discussão. Aqui devem bastar algumas observações à tese de que a teoria dos princípios dos direitos fundamentais oferece a melhor solução do problema da colisão.

a) A distinção

Segundo a definição *standard* da teoria dos princípios,²¹ princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, portanto, *mandamentos de otimização*.²² Como tais, eles podem ser preenchidos em graus distintos. A medida ordenada do cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, senão também das jurídicas. Estas são determinadas, ao lado, por regras, essencialmente por princípios opostos. As colisões de direitos fundamentais supra delineadas devem, segundo a teoria dos princípios, ser qualificadas de colisões de princípios. O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios

deve chegar a ponderações. A discussão sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, uma discussão sobre a ponderação.

Bem diferente estão as coisas nas regras. Regras são normas que, sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer exatamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, determinações no quadro do fático e juridicamente possível. Elas são, portanto, *mandamentos definitivos*. A forma de aplicação de regras não é a ponderação, senão a subsunção.

A teoria dos princípios não diz que catálogos de direitos fundamentais não contêm absolutamente regras, portanto, absolutamente determinações. Ela acentua não só que catálogos de direitos fundamentais, na medida em que efetuam determinações definitivas, têm uma estrutura de regras, senão salienta também que o plano das regras precede *prima facie* o plano dos princípios.²³ Seu ponto decisivo é que atrás e ao lado das regras estão princípios. A parte correspondente de uma teoria dos princípios é, por conseguinte, não uma teoria que aceita que catálogos de direitos fundamentais *também* contêm regras, senão uma teoria que afirma que catálogos de direitos fundamentais *somente* consistem de regras. Exclusivamente tais teorias devem aqui ser qualificadas de "teoria das regras".

19. R. Alexy, in: Lexikon der Philosophie, hg. v. Hans Jörg Sandkühler, Hamburg 1999 (im Druck).

20. Ders., Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: Stefan Gosepath/Georg Lohmann (Hg.), Philosophie der Menschenrechte, Frankfurt a.M. 1998, S. 254 ff.

21. R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1996, S. 75 f.

22. Um aperfeiçoamento que replica a crítica dessa definição encontra-se em R. Alexy, Zur Struktur der Rechtsprinzipien, conferência no simpósio sobre regras, princípios e elementos no sistema do direito, Graz 1997 (no prelo).

23. R. Alexy, Theorie der Grundrechte (nota 21), S. 121 f.

b) As opções da teoria das regras

À teoria das regras dos direitos fundamentais estão abertos três caminhos para a solução de colisão de direitos fundamentais: primeiro, a declaração, pelo menos, de uma das normas colidentes como inválida ou juridicamente não-vinculativa; segundo, a declaração, pelo menos, de uma das normas como não-aplicável ou correspondente; e terceiro, a inserção livre de ponderação de uma exceção em uma de ambas as normas.

O primeiro caminho já foi declarado como não-transitável, visto que se trata, nas normas de direitos fundamentais, de normas com hierarquia constitucional e constituições devem ser levadas a sério. Poder-se-ia, talvez, pensar nisto, de renunciar a conteúdos jurídico-fundamentais que foram ganhos por interpretação. Assim, poder-se-ia eliminar, por exemplo, a colisão no caso jurídico dos pobres mencionado pelo fato de se interpretar excluindo cada elemento da igualdade fática do princípio da igualdade. Contra isso falam, todavia, razões fortes. De resto, o problema da colisão não estaria solucionado com isso, porque existem colisões suficientes que não podem ser eliminadas desta forma.

O segundo caminho é seguido quando se reconhece a norma de direito fundamental, também aquela ganha por interpretação, como tal, interpretando esta, então, porém, estritamente. Assim, poder-se-ia no caso soldados-são-assassinos pensar nisto, de negar à afirmação de que

soldados são assassinos, o caráter de uma manifestação de opinião. A manifestação dos pacifistas então não mais caberia no âmbito de proteção da liberdade de manifestação de opinião. A colisão desapareceria. Porém, como se deveria fundamentar que a manifestação duvidosa não é uma manifestação de opinião? O texto e o sentido e finalidade da liberdade de manifestação de opinião falam a favor de uma qualificação como manifestação de opinião. O pacifista efetua uma tomada de posição avaliadora para com a profissão de soldado e todos – sobretudo os soldados – percebem isso assim. Poder-se-ia dizer, no máximo, que uma manifestação de opinião protegida jurídico-fundamentalmente não existe, porque a manifestação é uma ofensa. Porém, com isso, a colisão entra novamente em jogo. A proteção da honra é aduzida como fundamento a isto, que não é concedida nenhuma proteção jurídico-fundamental definitiva. Isso, porém, deveria ser construído sobre uma ponderação aberta e não por uma compreensão estrita do âmbito de proteção. Isso vale para todas as tentativas de contornar colisões por construções de âmbitos de proteção estrita.²⁴

A terceira opção da teoria das regras dos direitos fundamentais consiste na inserção livre de ponderação de uma exceção no direito fundamental. Tome-se, por exemplo, o caso supramencionado das advertências sobre prejuízos à saúde nas embalagens de mercadorias de tabaco. Poderia ser dito que a melhor solução reside nisto, de prover a liberdade do exercício da profissão com

uma exceção, o que, aproximadamente, deixa-se formular como segue: cada um tem o direito de determinar livremente a maneira de seu exercício da profissão, a não ser que se trate de advertências sobre prejuízos à saúde nas embalagens de mercadorias de tabaco. Isso é uma concepção algo bizarra de uma exceção, porque se se qualifica tal como exceção, cada direito fundamental é cercado de uma série quase infinita de exceções. A isso serve mal o conceito de exceção. Aqui, isso, porém, não deve importar. A questão é, pelo contrário, se a “exceção” mencionada antes pode ser fundamentada livre de ponderação. O texto da parte da formulação do direito fundamental que concede ao cidadão a liberdade do exercício da profissão para isso nada dá. Isso vale tanto para o art. 12, alínea 1, frase 2, da Lei Fundamental, como também para o art. 5º, inc. XIII, da Constituição brasileira. Poder-se-ia, porém, achar que o caso se deixa subsumir livre de ponderação sob a cláusula de limitação. Aqui é considerado somente o art. 12, alínea 1, frase 2, da Lei Fundamental. Lá diz que o exercício da profissão pode “ser regulado por lei ou com base em uma lei”. Se se subsume sob esta formulação, então pode-se, de fato, rapidamente e sem qualquer problema, verificar livre de ponderação que o dever de colocação de advertências em produtos de tabaco é uma regulação com base em uma lei.²⁵ Com isso o problema da colisão está solucionado? A teoria das regras venceu?

Deve-se olhar somente sobre as consequências de um tal procedimento para reconhecer que isso não é o caso. Doces,

cucas e tortas são, segundo convicção propagada, menos saudáveis para os dentes do que pão. Suponha-se que um partido de fanáticos de saúde ganha a maioria no parlamento. Ele proíbe aos padeiros e todos os outros a produção de doces, cucas e tortas. Mais tarde, também é proibido o pão branco e somente ainda admitido pão preto. Isso é, sem dúvida, uma intervenção na liberdade do exercício da profissão dos padeiros. É, porém, também, sem dúvida, uma intervenção que sucede “por lei”. Se isso devesse bastar para a justificação da intervenção, o direito fundamental perderia, diante do legislador, toda força. O direito fundamental correria, nisso, no vazio. O dever do pão preto seria constitucional.

c) O caminho da teoria dos princípios

É a grande vantagem da teoria dos princípios que ela pode evitar um tal correr no vazio dos direitos fundamentais sem conduzir ao entorpecimento. Segundo ela, a questão de que uma intervenção em direitos fundamentais esteja justificada deve ser respondida por uma ponderação. O mandamento da ponderação corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade do direito constitucional alemão. O primeiro é o princípio da idoneidade do meio empregado para o alcance do resultado com ele pretendido; o segundo, o da necessidade desse meio. Um meio não é necessário se existe um meio mais ameno, menos interventor.

É um dos argumentos mais fortes tanto para a força teórica como também para a

24. Comparar, para isso, R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (nota 21), S. 278 ff.

25. Comparar BVerfGE 95, 173 (174).

prática da teoria dos princípios que todos os três princípios parciais do princípio da proporcionalidade resultam logicamente da estrutura de princípios das normas dos direitos fundamentais e essas, novamente, do princípio da proporcionalidade.²⁶ Isso, todavia, não pode aqui ser seguido. Deve ser lançado somente um olhar sobre o terceiro princípio parcial, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou da proporcionalidade, porque ele é o meio para a solução das colisões de direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito deixa-se formular como uma lei de ponderação, cuja forma mais simples relacionada a direitos fundamentais²⁷ soa:

“Quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam.”

Segundo a lei da ponderação, a ponderação deve suceder em três fases. Na primeira fase deve ser determinada a intensidade da intervenção. Na segunda fase se trata, então, da importância das razões que justificam a intervenção. Somente na terceira fase sucede, então, a ponderação no sentido estrito e próprio.

Muitos acham que a ponderação não é um procedimento racional. A possibilidade do exame de três fases mostra que o ceticismo acerca da ponderação é injustificado. Seja, para isso, lançado mais uma vez um olhar sobre o caso-tabaco e o caso-padeiro.

No caso-tabaco, a intervenção na liberdade de profissão tem somente uma intensidade muito pequena. A indústria de tabacos pode ainda ser ativa, também por propaganda. Ao fumante é tornado, como o tribunal muito bem diz, “consciente somente um fundamento de consideração que deveria, segundo o nível de conhecimento médico atual, ser universalmente consciente”.²⁸ As razões que justificam a intervenção, a contenção dos prejuízos relativos à saúde causados pelo fumo que, muitas vezes, têm como consequência a morte, pelo contrário, são mais graves. A ponderação conduz, portanto, quase obrigatoriamente à solução da colisão: a intervenção na liberdade da profissão é constitucional. No caso-padeiro as coisas estão ao contrário. A proibição de produzir doces,ucas e tortas intervém muito intensivamente na liberdade de profissão do padeiro. Isso ainda é reforçado quando acresce a proibição do pão branco. A saúde é, como mostra o caso-tabaco, sem dúvida, um bem de alta hierarquia, mas deve ser diferenciado. Aqui, trata-se, sobretudo, de adoecimentos dos dentes pelo consumo de comidas doces e macias. Impedir isso não é insignificante, contudo, talvez, de peso mediano. Com isso, também no caso-padeiro o resultado está fixado: a regulação que está em questão seria inconstitucional. Pois bem, ambos os casos são muito simples. Existem numerosas colisões cuja solução não é tão simples, senão prepara grandes dificuldades. Casos dessa natureza existem, por exemplo, então, quan-

do tanto a intervenção é muito intensiva como também as razões que a justificam são muito graves. O caso tomadas-de-refém supramencionado é desse tipo. Tornam-se então necessários outros argumentos e é bem possível que não se possa acordar sobre a solução. Isso, todavia, não é uma objeção contra a ponderação, senão uma qualidade universal de problemas práticos ou normativos.

d) Vinculação e flexibilidade

A teoria dos princípios é capaz não só de estruturar racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais. Ela tem ainda uma outra qualidade que, para os problemas teórico-constitucionais que devem aqui ser considerados, é de grande significado. Ela possibilita um meio-termo entre vinculação e flexibilidade. A teoria das regras conhece somente a alternativa: validade

ou não-validade. Em uma constituição como a brasileira, que conhece numerosos direitos fundamentais sociais generosamente formulados, nasce sobre esta base uma forte pressão de declarar todas as normas que não se deixam cumprir completamente simplesmente como não-vinculativas, portanto, como meros princípios programáticos. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, são dependentes de uma “reserva do possível no sentido daquilo que o particular pode exigir razoavelmente da sociedade”.²⁹ Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, senão também uma do problema da vinculação.

26. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (nota 21), S. 100 ff.

27. Para uma formulação geral relacionada a princípios, comparar R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (nota 21), S. 146.

28. BVerfGE 95, 173 (187).

29. BVerfGE 33, 303 (333).