



Revista **Acadêmica**

Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região
ISSN 2176-8935

Ano II
1º Semestre de 2010

nº 2



JUSTITIA

NESTA EDIÇÃO

Celso Lafer
Newton De Lucca
Alexandre de Moraes
Fábio Konder Comparato
Hilário de Oliveira e Andréa L. de Oliveira

Leonardo Estevam de Assis Zanini
Márcia Hoffmann do Amaral e Silva Turri
Maristela Basso
Teresa Arruda Alvim Wambier







ESCOLA DE
MAGISTRADOS
DA JUSTIÇA
FEDERAL DA
3ª REGIÃO

REVISTA ACADÊMICA DA ESCOLA DE MAGISTRADOS DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO **- EMAG -**

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Número 2 - janeiro - junho de 2010





REVISTA ACADÊMICA

ANO I, Nº 2, JANEIRO - JUNHO DE 2010

CONSELHO EDITORIAL

Desembargador Federal Newton De Lucca
Diretor da Escola de Magistrados

Desembargador Federal Cotrim Guimarães
Vice-Diretor da Escola de Magistrados

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida
Diretora Acadêmica da Escola de Magistrados

Desembargadora Federal Marisa Santos
Diretora-Suplente da Escola de Magistrados

EQUIPE DE EDITORAÇÃO

Ricardo Ângelo Canale
Assessor

Nelson Cristini Júnior
Diretor de Subsecretaria da Escola de Magistrados

Júlia Aneiros Gené
Diretora da Divisão de Relações Públicas e Publicações Acadêmicas

Clarice Michielan
Jornalista Responsável - MTb 23710

João Rodrigues de Jesus
Nilton Tadeu Alonso
Revisão

Maria José Lopes Leite
Wladimir Wagner Rodrigues
Arte e diagramação

As opiniões expressas pelos autores não refletem, necessariamente, o pensamento da Escola de Magistrados da Justiça Federal - 3ª Região

www.trf3.jus.br/emag

E-mail: emag@trf3.jus.br

Telefones: (011) 3012-2050 e 3012-2051 - Fax: (011) 3012-2050

Esta revista não é comercializada.

Avenida Paulista, 1912 - 3º andar
Edifício Funcef Center
01310-924 - São Paulo - SP

APOIO CULTURAL

Faculdades COC - Ribeirão Preto/SP





EMAG
ESCOLA DE MAGISTRADOS
DA JUSTIÇA FEDERAL
3ª REGIÃO

**DIREÇÃO DA ESCOLA DE MAGISTRADOS DA
JUSTIÇA FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO**

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA
DIRETOR

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES
VICE-DIRETOR

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA
DIRETORA ACADÊMICA

Desembargadora Federal MARISA SANTOS
DIRETORA SUPLENTE







TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

MARLI MARQUES FERREIRA
Presidente

SUZANA DE CAMARGO GOMES
Vice-Presidente

ANDRÉ NABARRETE NETO
Corregedor Regional

DESEMBARGADORES FEDERAIS

MÁRCIO JOSÉ DE MORAES
ANNA MARIA PIMENTEL
DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI
PAULO OCTÁVIO BAPTISTA PEREIRA
ROBERTO LUIZ RIBEIRO HADDAD
RAMZA TARTUCE GOMES DA SILVA
MARIA SALETTE CAMARGO NASCIMENTO
NEWTON DE LUCCA
OTÁVIO PEIXOTO JÚNIOR
FÁBIO PRIETO DE SOUZA
CECÍLIA MARIA PIEDRA MARCONDES
THEREZINHA ASTOLPHI CAZERTA
MAIRAN GONÇALVES MAIA JÚNIOR
NERY DA COSTA JÚNIOR
ALDA MARIA BASTO CAMINHA ANSALDI
LUIS CARLOS HIROKI MUTA
CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA
MARISA FERREIRA DOS SANTOS
LUÍS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO
PEDRO PAULO LAZARANO NETO
NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS
SÉRGIO DO NASCIMENTO
LEIDE POLO CARDOSO TRIVELATO
EVA REGINA TURANO DUARTE DA CONCEIÇÃO
VERA LUCIA ROCHA SOUZA JUCOVSKY
REGINA HELENA COSTA
ANDRÉ CUSTÓDIO NEKATSCHALOW
NELSON BERNARDES DE SOUZA
WALTER DO AMARAL
LUIZ DE LIMA STEFANINI
LUÍS PAULO COTRIM GUIMARÃES
MARIA CECILIA PEREIRA DE MELLO
MARIANINA GALANTE
VESNA KOLMAR
ANTONIO CARLOS CEDENHO
HENRIQUE GEAQUINTO HERKENHOFF







EMAG

REVISTA ACADÊMICA

ESCOLA DE MAGISTRADOS
DA JUSTIÇA FEDERAL - 3ª REGIÃO

SUMÁRIO

- 11** NOTAS PARA SAUDAÇÃO AO NOVO PROFESSOR
TITULAR DO DEPARTAMENTO DE DIREITO
COMERCIAL DA FACULDADE DE DIREITO DA USP
NEWTON DE LUCCA
CELSO LAFER
- 17** DISCURSO DE POSSE NA CADEIRA DE DIREITO
COMERCIAL NA FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
NEWTON DE LUCCA
- 29** FEDERAÇÃO BRASILEIRA – NECESSIDADE
DE FORTALECIMENTO DAS COMPETÊNCIAS DOS
ESTADOS-MEMBROS
ALEXANDRE DE MORAES
- 53** DISCURSO DE RECEPÇÃO DO TÍTULO DE
PROFESSOR EMÉRITO DA FACULDADE DE
DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FÁBIO KONDER COMPARATO
- 65** NOTAS SOBRE OS TÍTULOS CAUSAIS E
SUA FUNÇÃO SOCIAL
**HILÁRIO DE OLIVEIRA E
ANDRÉA LUÍSA DE OLIVEIRA**
- 109** A PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA PELO DIREITO
CIVIL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA
LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI
- 139** *ETHOS* OU A MORADA DO HOMEM
MÁRCIA HOFFMANN DO AMARAL E SILVA TURRI
- 155** APLICABILIDADE DO ART. 40, PARÁGRAFO ÚNICO
DA LEI Nº 9279/96 SEM A RESSALVA: REFLEXÕES
SOBRE OS PEDIDOS DE PATENTES FEITOS NA
VIGÊNCIA DA LEI 5.772/71, CONCEDIDOS E
RETIFICADOS PELO INPI NA VIGÊNCIA DA NOVA LPI
MARISTELA BASSO
- 177** EXCESSO DE “LIBERDADE” DE DECISÃO:
O “TIRO QUE SAIU PELA CULATRA”
TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

NÚMERO
2







Notas para saudação ao novo professor titular do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP Newton De Lucca

CELSO LAFER

Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Presidente da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo FAPESP – membro da Academia Brasileira de Letras - Doutor Honoris Causa, pela Universidade de Buenos Aires e Universidad Nacional de Cordoba (2002)

(I) Satisfação de fazer esta saudação.

É uma oportunidade para fazer um reconhecimento público a um professor de qualidade que vem se dedicando à Faculdade desde 1974 e que percorreu todas as etapas da carreira universitária – de docente voluntário que então existia, a professor auxiliar, professor assistente-doutor, livre-docente, professor adjunto e agora professor titular.



Acompanhei a carreira de V.Ex^a., prof. Newton De Lucca, desde o início e participei de uma das suas etapas importantes – a da Banca de Doutorado em 1981.

Na análise da sua tese – *A Cambial – Extrato* e na discussão que então tivemos sobre o tratamento dos assuntos nela versados impressionaram-me – e muito positivamente – os problemas da Teoria Geral do Direito e de Metodologia nela abordados.

Destaco a pioneira abordagem sobre cibernética e direito e o trato dado à função dos títulos de créditos, levando em conta os novos instrumentos da informática bancária e a concepção tradicional dos títulos de crédito.

(II) Seguramente, o que justifica a minha participação hoje, nesta saudação, é não apenas o apreço pelo Direito Comercial e a minha admiração por Ascarelli, mas é a perspectiva organizadora que norteia o trato de V. Ex^a. dos temas e da disciplina (E aqui me permito realçar a importância que Bobbio atribuiu ao pensamento de Ascarelli. Refiro-me não só ao grande ensaio, incluído em Da Estrutura à Função que é de 1969, mas também ao primeiro capítulo de Giusnaturalismo e positivismo giuridico (1^a ed., 1965 – Situazione e orientamento), no qual realça (pp.30-31) a renovação dos métodos de interpretação iniciada por Ascarelli e a ele aplica a distinção de Roscoe Pound: law in the books e law in action. Faço o registro, pois vejo nos seus temas recorrentes o empenho em tratar, na linha de Ascarelli, “a law in action”.

(Cf. Natalino Irti, Norberto Bobbio e la Filosofia dei giuristi italiani, in Norberto Bobbio, Atti dei Convegni Lincei, 2006)

É um trato que resulta da sua experiência de advogado e de magistrado. Experiência – de *experiri*, ensaiar, testar, pôr à prova, como lembra o prof. Miguel Reale, é um ingrediente indispensável do conhecimento jurídico. É o que leva a um “parar para pensar”, para recorrer à Hannah Arendt, dos problemas da vida jurídica a eles procurando dar soluções e encaminhamentos. É o que enseja o que Bobbio qualifica como a Filosofia do Direito dos juristas, voltada para enfrentar os problemas mais amplos que vão além da dogmática jurídica.

(III) Na trajetória intelectual e acadêmica, este é um ingre-



diente identificador das preocupações de V. Ex^a., aberta aos temas de ponta do Direito Comercial.

(a) É o caso do seu Direito do Consumidor (2^a ed., 2008), pois o Código de Defesa do Consumidor de 1990 alterou as bases do Direito das Obrigações, vai além do Direito Privado, pois a sua tutela não deixa de ser uma expressão deontica, *ex parte populi*, articulada no campo dos Direitos Humanos.

(b) É o caso da sua dedicação à renovação, no direito brasileiro, da sistemática jurídica da insolvência do empresário comercial, que era voltada para uma finalidade liquidatório-solutória e o seu empenho na análise e na exegese da Lei 11.101/2005, cujo foco é a recuperação empresarial, que busca preservar, tanto quanto possível, a empresa – enquanto instituição de relevante interesse público e social.

(cf. Newton De Lucca e Adalberto Simão Filho – coord., Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências (2005); Direito Recuperacional – Aspectos, Teorias e Práticas, Newton De Lucca e Alessandra Domingues (2009).

(c) É o caso dos comentários, com Ricardo Fiúza, do livro II da Parte Especial do Código Civil de 2002, que trata do Direito da Empresa e que é inovação na tradição do direito privado brasileiro.

(d) É, igualmente, o caso dos aspectos jurídicos relevantes provenientes do advento da Internet, vale dizer, do impacto do mundo jurídico do advento da informática e da nova realidade digital dentro da qual estamos inseridos (Newton De Lucca e Adalberto Simão Filho, Direito e Internet – aspectos jurídicos relevantes I, 2000 e II, 2008) - assunto com o qual me preocupei e me ocupei



quando o Embaixador na OMC, na discussão do comércio eletrônico e do seu impacto na regulamentação do comércio internacional.

(e) É claro que, como professor de Filosofia do Direito, não posso deixar de aplaudir as inquietações que o levaram a refletir sobre Ética Geral como o horizonte a partir do qual trabalhou a Ética Profissional, com foco no Direito, mas abrangendo, igualmente, mídia e política para enfim chegar à ética empresarial (Da Ética Geral à ética empresarial, 2009)

(IV) A nossa Casa, prof. Newton, é uma casa do Direito desde a sua fundação, mas é também, desde a sua fundação, uma casa da poesia, aberta aos estímulos da criação literária.

É por isso que o nosso diálogo tem sido permeado, no correr dos anos, não só pelos temas que, a título exemplificativo elenquei, como também pela arte poética.

Entre os assuntos sobre os quais conversamos, avulta o da comum admiração por Octavio Paz – de quem tive o privilégio de ser aluno em Cornell – e a quem V. Ex^a. dedicou A Drenagem da Escuridão.

V. Ex^a. mereceu dois belos prefácios do nosso grande crítico de poesia, Alfredo Bosi – o prefácio a Odes e Pagodes (2006) e o prefácio a Pintando o Sete (2006).

Alfredo realça que V. Ex^a. é “um poeta armado de dupla visão - a satírica e humorística - com que desconstrói a vida contemporânea, que é a sua e também a nossa” (prefácio a Pintando o Sete, p.9), fundindo “espírito lúdico e advertência moral” (idem, p.10).

Ode ao Consumidor (in No âmago do íntimo, p.45) é, assim, um Contraponto ao Direito do Consumidor, assim como Modernidade (Pintando o Sete, p.86) – “a modernidade cruel do computador, onde os arquivos (deletados) estarão sempre vazios de mistério e segredos” (Bosi, p.9) é um contraponto a Direito e Internet.

Concluo, esperando que esta titularidade que V. Ex^a. hoje assume oficialmente seja um estímulo para o sonhar.



“último verbo
com algum sabor
de festa...
(pelo menos capaz
de preservar
o mínimo de liberdade
que nos resta...)”

(Odes e Pagode, p.104)







Discurso de Posse na Cadeira de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

na vaga aberta em razão da
Aposentadoria do E. Professor
Fábio Konder Comparato, em Sessão Solene
realizada no Salão Nobre no dia
17 de novembro de 2009

NEWTON DE LUCCA

*Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da
3ª Região – Diretor da Escola de Magistrados da Justiça
Federal da 3ª Região*

Exmo. Sr. Prof. Dr. João Grandino Rodas, D. Diretor desta Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Magnífico Reitor eleito pela comunidade acadêmica de nossa Universidade, já nomeado pelo Senhor Governador do Estado;

Exmo. Sr. Prof. Dr. Antonio Magalhães Gomes; Filho M. D. Vice-Diretor;



Exmos. Srs. Professores desta querida Casa de Ensino;
Eminentes Desembargadores Federais do TRF da 3a. Região;

Demais Autoridades presentes;

Estimados alunos desta Faculdade, tanto os da graduação quanto os da pós-graduação;

Colegas, amigos e amigas;

Queridos familiares,

Minhas Senhoras e Meus Senhores,

Sejam minhas palavras iniciais destinadas a alertar a todos os que, por gentileza, estima, consideração – ou até mesmo amor –, são obrigados a me ouvir neste momento... Não disponho de nenhum outro remédio senão invocar aquele inolvidável verso de Dante, constante no pórtico do inferno, para ilustrar a situação presente: *“Lasciate ogne speranza, voi ch'intrate”*.

Seja minha manifestação seguinte inteiramente dedicada a agradecer as obsequiosas e amáveis palavras com que me saudou o Eminentíssimo Professor Celso Lafer, excessivamente generosas, por certo, para uma alma tão singela quanto a minha, mas muito gostoso ouvi-las, como diria nosso grande escritor potiguar Câmara Cascudo...

Faço-o – talvez fosse escusado dizê-lo – não como quem cumpre mero protocolo de demonstrar educação esmerada ou algo de semelhante jaez. Claro que seria indispensável fazê-lo, até mesmo por questão de recato intelectual, mas este agradecimento que ora tento expressar ao estimado professor de nossas Arcadas e reconhecido intelectual, tanto nacional quanto internacionalmente, é muito mais profundo e, positivamente, de outro calibre... Trata-se, antes de tudo, de fundá-lo axiologicamente na indispensável distinção que sempre adotei entre os conceitos de *agradecimento* e *gratidão*.

Com efeito, o primeiro não passa de ato corriqueiro que todos nós praticamos por sê-lo de bom tom. A boa educação e a conduta esmerada recomendam que se agradeça a quem, de algum modo, tenha nos prestado uma gentileza ou favor. Já a gratidão constitui gesto de natureza mais profunda, oriundo do reconhecimento íntimo que só se manifesta em situações verdadeiramente especiais, nas quais o destinatário desse nosso sentimento terá agido com gran-



deza deveras singular, capaz de nos comover até os mais profundos recônditos da alma... *“É tão grande o prazer que se sente ao encontrar um homem agradecido”* – dizia Sêneca, em suas Epístolas – *“que vale a pena correr-se o risco de fazer algum ingrato.”*

Assim, minhas palavras ao Prof. Celso Lafer não exteriorizam apenas mero ato de agradecimento, mas antes, a manifestação mais profunda do sentimento de gratidão absolutamente sincero, além de, por certo, imorredouro...

Caberia perguntar, talvez, desde quando teria começado esta minha gratidão pelo Prof. Celso Lafer? Por incrível que possa parecer, quando ainda eram fortíssimos os resquícios do estilo coimbrão que, durante muito tempo, caracterizara os concursos desta nossa faculdade, dava o referido professor prova de seu valor intelectual verdadeiramente invulgar, inteiramente desprendido dos infundáveis laivos da vaidade humana, tão pródiga nessas ocasiões em que o píncaro das cátedras mais parece transformado num jardim multicolorido de pavões esvoaçantes, num quase dantesco espetáculo circense...

O Eminente Prof. Celso Lafer – quiçá o mais brilhante e talentoso de todos os que, naquela oportunidade, compuseram a banca examinadora de meu concurso de doutoramento, na já longínqua década de setenta da centúria passada – fizera sua rica, percuente e difícilíssima arguição, com a sobriedade própria de um templo grego. Nada a ver com as frívolas momices que tanto grassam nesses tristes momentos em que é exposta, com crueza desconcertante, toda a miséria da condição humana... Mesmo diante da fraqueza intelectual deste então candidato – excessivamente nervoso para responder às questões que superiormente lhe eram colocadas, numa arena situada muito acima de seus parcos conhecimentos filosóficos – nem por isso deixou o grande professor de arguir-lhe com cativante lhaneza, perdoando-lhe generosamente os deslizes e outorgando-lhe a nota mais alta de todas as que lhe foram atribuídas pelos outros examinadores...

Mas, muito mais do que conhecer um professor brilhante e lhano, ao mesmo tempo, fiquei fascinado pela conduta paradigmática daquele que me ensinava a trabalhar discretamente apenas no prosclênio e não sobre o palco, à luz dos refletores, lição esta que



me foi inequivocamente ratificada pela figura igualmente exponencial do Eminentíssimo Professor Fábio Konder Comparato, meu orientador no mestrado e no doutorado, cuja vaga tenho a inenarrável honra de ocupar, a partir deste ano, memorável, por certo, na história de minha vida...

Faço minhas, aliás, as palavras dele, quando ao assumir o cargo de Professor Titular nesta Casa, neste mesmo auditório, assim proclamava:

“Impõe a tradição desta Casa, amante de tradições, que, ao atingir o grau máximo da carreira docente, o professor seja recebido, em sessão solene, com saudação e resposta públicas.

Sempre interpretei este ato tradicional, não como homenagem à personalidade do recipiendário, a qual, no meu caso, sem falsa modéstia, não apresenta nenhuma virtude mais assinalada que a distinga da mediocridade ordinária, mas como uma declaração de princípios, uma promessa solene, em uma palavra, um juramento. Do bacharel em Direito exige-se que preste um juramento por ocasião da colação de grau. Por que se haveria de isentar dessa promessa solene o professor de Direito, quando toma assento, definitivamente, junto a seus pares?”

O juramento feito pelo Professor Comparato, em pleno período sombrio da ditadura militar – de causar arrepios na medula naqueles que, como eu, se recusavam a colocar-se a serviço do terror e do arbítrio – era contundente e corajoso... Era muito mais fácil, à época, considerar tudo o que acontecia absolutamente normal... Quase todos compactuavam com as violações cometidas contra a ordem jurídica e contra os direitos humanos, a ponto de, como disse o retro citado professor, em recente discurso proferido neste mesmo Salão Nobre, o odioso e infame Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, ter sido redigido por ninguém menos que um Professor Catedrático e ex-Diretor desta Suprema Casa de Ensino, chamada de o *Templo do Direito*, pelo grande Rui Barbosa...

Cumpra-me, agora, guardadas as devidas proporções e as diferenças de época e de problemas que nos afligem, fazer juramento de igual envergadura, embora pouco tempo me reste de assento junto a meus pares, já que, só um tanto quanto serodidamente, logrei dar meu derradeiro passo na carreira acadêmica...



Seja-me permitido, então, iniciar meu juramento solene, na qualidade de Professor Titular, tomando os presentes por testemunhas.

Em primeiro lugar, cabe-me jurar, utilizando-me de Norberto Bobbio, que não havei jamais de cometer a cinca, como parece ser tão comum hoje em dia, de encarapitar-me no alto ilusório e enganador da cátedra. Disse o grande jurista peninsular, já de saudosa memória¹ – de quem me aproximei, aliás, graças ao estimado Professor Celso Lafer – de forma comovente:

“Nunca me levei muito a sério sobretudo porque sempre conservei na memória, como já disse outras vezes, as lições dos clássicos. Confrontar-me com os clássicos serviu-me para não me encarapitar na cátedra, não me colocar num pedestal, não cair no vício da vaidade, que percebo ser muito difundido entre as pessoas de minha idade”.

Se é verdade que o vício da vaidade já era muito difundido entre as pessoas da idade de Bobbio, que se poderia dizer, então, da que inflou a alma dos muito mais jovens e para os quais a sorte veio a lhes sorrir mais cedo, especialmente no Brasil, onde, como todos sabem, a vaidade humana parece não ter limites de nenhuma espécie? Decorre ela, ao que parece, da ignorância crassa daquilo que nossos mais renomados autores escreveram sobre si mesmos...

Veja-se, por exemplo, o caso paradigmático de Rui Barbosa. Não obstante designado, mercê de seu talento deveras invulgar, com o cognome *Águia de Haia*, a seu respeito ele singelamente escreveu:² “Estudante sou. Nada mais. Mau sabedor, fraco jurista, mesquinho advogado, pouco mais sei do que saber estudar, saber como se estuda, e saber que tenho estudado. Nem isso mesmo sei se saberei bem. Mas, do que tenho logrado saber, o melhor devo às manhãs e madrugadas. Muitas lendas se têm inventado, por aí, sobre excessos da minha vida laboriosa. Deram, nos meus progressos intelectuais, larga parte ao uso em abuso do café e ao estímulo habitual dos pés mergulhados n’água fria. Contos de imaginadores. Refratário

1 Cf. De senectute e altri scritti autobiografici, Einaudi, Turim, 1996, p. 17.

2 Cf. Oração aos Moços, in Escritos e Discursos Seletos, Seleção, organização e notas de Virgínia Côrtes de Lacerda, Rio de Janeiro: Companhia Aguilar Editora, 1966, pp. 669/670.



sou ao café. Nunca recorri a ele como a estimulante cerebral. Nem uma só vez na minha vida busquei num pedilúvio o espantinho do sono.”³

Tamanha demonstração de grandeza de atitude de um dos nossos maiores escritores de todos os tempos, que deveria servir de modelo para professores que se engalanam com sua áurea mediocridade e também para os magistrados de todas as instâncias do País – juízes, desembargadores e ministros das Cortes Superiores –, infelizmente, parece passar ao largo do imenso estuário das vaidades pessoais tão sensíveis aos holofotes sedutores da mídia...

Do livro do *Eclesiastes*, há uma curiosa passagem – *Vanitas vanitatum, et omnia vanitas* – a merecer a nossa máxima reflexão. Podemos verificar, por ela, quão difícil é o seu verdadeiro significado e alcance, dado o caráter compósito desse livro. Com efeito, enquanto no *Cântico dos Cânticos* celebra-se, com grande entusiasmo, as pompas do Rei Salomão, os seus excessos e os seus amores, o *Eclesiastes* conclui pela inutilidade dos esforços dos seres humanos, mesmo daqueles mais aquinhoados, para tentar escapar da miséria de sua própria condição. O que resta, após o gozo, é o gosto de cinzas na boca. *Vaidade das vaidades, tudo é vaidade...*⁴

“Sendo o termo da vida limitado” – discorreu nosso paulista Matias Aires, em suas apaixonantes *Reflexões sobre a Vaidade dos Homens* –,⁵ “não tem limite a nossa vaidade; porque dura mais do que nós mesmos, e se introduz nos aparatos últimos da morte. Que maior prova do que a fábrica de um elevado mausoléu? No silêncio de uma urna depositam os homens as suas memórias, para com a fé nos mármore, fazerem seus nomes imortais: querem que a suntuosidade do túmulo sirva de inspirar veneração, como se fossem relíquias as suas cinzas, e que corra por conta dos jaspes a continuação do

3 Num poema intitulado “Evolução às avessas”, tentando exprimir idêntica espécie de sentimento, escrevi certa vez: “Sócrates, ao menos, sabia de uma coisa/de que nada mesmo ele sabia.../Já Spinoza queixou-se ainda mais/pois nem esse saber talvez tivesse... e eu/que nem lamentar/sei?”

4 Pode ser lido, na tradução ecumênica da Bíblia (Edições Loyola, São Paulo, 1994, p. 1.310) o seguinte trecho explicativo desse livro: “O *Eclesiastes* denuncia de modo geral as posições extremadas que, paradoxalmente, se equivalem na ineficácia. Nem pessimista, nem otimista, nem oportunista, ele prima pelo realismo e pela lucidez. Vive a paixão da verdade e da autenticidade. Para ele, viver é bom. É dádiva divina a ser acolhida com alegria, sem ares de anjo nem de animal. O *Eclesiastes* multiplica os paradoxos em função de implacável dialética, voltada, à primeira vista, a desembocar apenas em oposições irreduzíveis. Não admira que ele não tenha feito escola.”

5 Rio de Janeiro: José Olympio, 1953, p. 23.



respeito. Que frívolo cuidado! Esse triste resto daquilo que foi o homem já parece um ídolo colocado em breve mas soberbo domicílio, que a vaidade edificou para habitação de uma cinza fria, e desta declara a inscrição o nome e a grandeza. A vaidade até se estende a enriquecer de adornos o mesmo pobre horror da sepultura.”

Outros trechos há, nesse admirável livro, que mostram bem essa fraqueza humana avassalando os espíritos, *in verbis*:

“De todas as paixões, a que mais se esconde é a vaidade: e se esconde de tal forma, que a si mesma se oculta e ignora: ainda as ações mais pias nascem muitas vezes de uma vaidade mística, que quem a tem não a conhece nem distingue: a satisfação própria, que a alma recebe, é como um espelho em que nos vemos superiores aos mais homens pelo bem que obramos, e nisso consiste a vaidade de obrar o bem.”

“Trazem os homens entre si uma contínua guerra de vaidade; e conhecendo todos a vaidade alheia, nenhum conhece a sua: a vaidade é um instrumento que tira dos nossos olhos os defeitos próprios, e faz com que apenas os vejamos em uma distância imensa, ao mesmo tempo em que expõe à nossa vista os defeitos dos outros ainda mais perto e maiores do que são. A nossa vaidade é a que nos faz ser insuportável a vaidade dos mais; por isso, quem não tivesse vaidade não lhe importaria nunca que os outros a tivessem.”⁶

Mesmo se levando em conta a sábia ponderação de Leibnitz, para quem *a experiência do mundo não consiste no número de coisas que se tenham visto e sim no número de coisas sobre as quais se haja refletido com proveito*, a minha falta de inclinação para as virtudes oratórias é mais do que transparente. Na verdade, não só não as tenho – e o digo sem nenhuma falsa modéstia – como sempre combati o discursivismo fácil, estéril e alienante, que lamentavelmente sempre grassou com êxito neste país, como se a manipulação ha-

6 Seriam incontáveis – e algumas delas quase inacreditáveis – as demonstrações da vaidade humana registradas na literatura, bastando lembrar certas passagens de Oscar Wilde, Talleyrand, Jean Moréas, Gabriel D'Annunzio e tantos outros. São exemplos que estarrecem... Em contrapartida, há os que nos encantam. Conta-se que Pascal, por exemplo, nunca entrava em seu laboratório de experiências físicas, sem fazer a seguinte oração: “Perdoai-me, Senhor, se simples verme da terra, ousou levantar a ponta do véu que envolve os vossos mistérios.” Entre nós, como foi visto, o Prof. Fábio Comparato, no inolvidável discurso proferido no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, dizia nele não reconhecer nenhuma virtude mais assinalada que o distinguisse da mediocridade ordinária, frase que me acompanhou durante a vida toda vez que algum elogio imoderado ou imerecido fosse tecido a meu respeito.



bilidosa das palavras pudesse constituir-se em sucedâneo adequado, fosse das indispensáveis ações de ordem prática, fosse das indeclináveis obrigações de cunho moral...

Como diria Vargas Vila, nada mais apto para fazer-se ilusão de talento do que a mediocridade, e sempre insisti, com a necessária humildade, secundando meu grande mestre, nada existir em mim que me subtraísse da mediocridade ordinária..

Prometo não me encarapitar na cátedra, cultivando sempre a virtude da humildade. Faço-o com a sinceridade própria das pessoas autênticas e dignas, atento àquele pensamento de Lacordaire, para quem *“a humildade é uma aceitação voluntária do lugar que nos foi designado na hierarquia dos seres, uma posse de si mesmo, com moderação igual ao que se vale e que nos leva a descer para aquilo que não nos vale”*.

Ou então:

“A humildade não consiste em ocultar o seu talento e suas virtudes e se crer pior e mais medíocre que se é; mas em reconhecer claramente tudo o que não se tem e a não se elevar por meio daquilo que não se tem.”

Passo, então, ao segundo ponto de meu juramento. Fica ele por conta do meu “bom combate” às graves ilegalidades de que padece a ordenação jurídica brasileira, ainda que se trate, no presente, de uma ilegalidade de outro calibre em relação àquela que foi denunciada pelo Prof. Fábio Comparato em seu discurso de posse. Naquela época de barbaridades, como tortura, assassinios, decretos secretos, atos institucionais e quejandos – tudo feito à revelia do povo, mas sempre em nome dele – não era nada fácil a alguém dizer publicamente as coisas que foram ditas pelo Prof. Fábio.

Nossa época, ao contrário, é feita de barbaridades muito mais bem disfarçadas, quando quase todos parecem estar de acordo que vivamos, efetivamente, num Estado Democrático de Direito, como apregoa o art. 1º da nossa Constituição Republicana. Muito estamos longe dele, porém, para quem o enxerga com olhos menos festivos e menos inebriados pelo simples fim da ditadura militar. O embuste e a hipocrisia de nossos dias assume, necessariamente, outras feições... Estamos repletos, na verdade, de muitas outras formas de ditadura...



As contradições existentes em nossa ordenação jurídica, por exemplo, encerram o caráter verdadeiramente surrealista de nossa República. Ainda que não seja próprio, num discurso de tal natureza, incursionar por esse tipo de consideração, não resisto à tentação de mencionar, de forma superficial, alguns singelos exemplos...

No que toca à Previdência Social, não deixa de ser curioso o tratamento que se dispensou ao segurado desempregado e ao segurado retido ou recluso, nos incisos II e IV, do art. 15 da Lei nº 8.213/91, conhecida como “Lei de Benefícios”. No caso do segurado desempregado, perderá ele a qualidade de segurado após um período de doze meses, após a cessação das contribuições devidas; já no caso do segurado recluso, ele poderá ficar preso durante muitos anos por algum crime hediondo que tenha cometido, mas somente doze meses após seu livramento é que ocorrerá a perda da qualidade de segurado... Caberia perguntar, então, se esse critério axiológico do legislador pátrio de proteger um segurado recluso não deveria ser estendido a um simples desempregado... Nossa legislação infraconstitucional, com efeito, dá muitos exemplos – alguns caricatos e burlescos – do que se poderia chamar de isonomia à brasileira...

Contradições de igual jaez pululam em nossa ordenação jurídica sem que ninguém se incomode com elas... Veja-se em matéria penal, por exemplo, a penalidade prevista para a lesão corporal. Na lesão corporal culposa, praticada por alguém na condução de veículo automotor, a pena de detenção, prevista no Código de Trânsito Brasileiro, é de seis meses a dois anos... Já no art. 129 do Código Penal, a pena de detenção por ofensa à integridade corporal ou à saúde de outrem é de três meses a um ano, vale dizer, a metade... Tal situação leva ao absurdo de alguém preferir optar por dizer – ainda que mentira – que quis efetivamente atropelar a vítima, pois o dolo, no caso, irá lhe favorecer com a metade da pena... É razoável?...

Os exemplos poderiam ser multiplicados indefinidamente, nos mais diversos ramos do Direito, mas não irei estragar esta noite com o espantoso elenco dos descabros existentes na ordem jurídica brasileira. Quando já estiver recolhido, na solidão benfazeja da montanha, onde espero passar os últimos momentos de minha velhice, não me esquecerei dessa promessa de denunciar tudo o que estiver conspirando contra uma ordem jurídica justa... Continuarei a



judgar, como já o fiz num caso real lá no Tribunal, que quem mata um tatu-peba ou tatu-bola para saciar a própria fome não podia ser condenado de maneira mais grave do que se matasse um guarda florestal... Continuo a entender que quem retira indevidamente a grama de um quintal ou simplesmente colhe uma rosa num jardim florido, ainda que esteja infringindo normas ambientais, também não deve ser equiparado a quem comete genocídio, pratica tortura ou promove tráfico de entorpecentes, como chegam a sustentar algumas privilegiadas cabeças deste País...

Estou absolutamente consciente, também, de que necessito aceitar, sem lamentações, a circunstância de que deverei “remar contra a corrente”, conforme se costuma dizer popularmente, ainda que me queime a fronte um sol de escorpiões, como diria superiormente Garcia Lorca... Entre tantas provas que eu poderia oferecer desta estranha e espinhosa circunstância de minha vida, relembro breve passagem de meu discurso de saudação aos juízes federais, quando fui Presidente da Comissão do XIII Concurso de Ingresso à Magistratura Federal da 3a. Região...

A certa altura, recomendei aos novos juízes, a quem tanto prezo, que não se deixassem levar pela sedução numerológica que está a avassalar irremediavelmente os espíritos de nossa época, mesmo os mais bem informados e mais bem intencionados... Em nome de uma necessária e indubitável resposta a ser dada aos jurisdicionados do país, a partir da Emenda Constitucional nº 45, acerca do que deva ser considerado o conceito de “razoável duração do processo”, fixam-se metas impossíveis de serem atingidas, sob pena de jogar-se por terra aquele mínimo de cuidado e de reflexão que toda decisão judicial exige... Mais uma vez em nosso país, infelizmente, o espetáculo parece falar mais alto do que o bom senso...

Não há de ser, com efeito, a produção de um exuberante número de sentenças, por parte dos magistrados, assim como um grande nº de aulas dadas por um professor, por si só, que terão o condão de torná-los efetivamente respeitáveis...

Mais do que nunca, faz-se necessário, acima de tudo, o exercício de uma judicatura e de uma jurisdocência rigorosamente éticas, sem nenhum tipo de concessão a quem quer que seja: Ministros de Estado, Presidentes da República ou Conselheiros que



se colocam, sem nenhuma cerimônia, acima dos três Poderes e da própria Constituição da República... Parafraseando meu estimado e ilustre colega Walter do Amaral, em sua obra que acaba de vir a lume, “A Justiça Encurralada – a quem interessa a intimidação e a submissão dos juízes?”⁷, é preciso que a Justiça no Brasil cesse de ser amordaçada por interesses que não se compadecem com o Estado Democrático de Direito, idealizado pelo nosso Poder Constituinte, no distante e saudoso ano de 1988.

Ser um professor digno é a grande diretriz a ser rigorosamente seguida e perseguida, sem perder-se na brenha de acrasia ética em que está lamentavelmente condenado o Estado brasileiro...

E para que não haja nenhum perigo de extravio do verdadeiro conceito de dignidade, será indispensável ter presente aquela lição de Kant, em sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, segundo a qual “*dignidade é tudo aquilo que não tem preço*”. Como já se disse algures, o século XXI há de ser o “Século da Ética”, ou será, possivelmente, o último da história da humanidade...

Fica o terceiro e derradeiro item de meu juramento feito por conta exclusiva do amor. Em recentíssimo pronunciamento feito nesta Casa, por ocasião do recebimento do Título de Professor Emérito, assim expressou-se o Prof. Fábio Comparato:

“Ao iniciar sua marcha pelos caminhos da História, o povo brasileiro caiu nas mãos de assaltantes, que o maltrataram, deixando-o inconsciente à beira da estrada. Por ali passaram, no correr dos séculos, altas personalidades, inclusive Professores de Direito. Eles viram o estado lastimável da vítima, mas não se detiveram para socorrê-la.

Minha ardente esperança é não deixar esta vida, antes de ver a nossa juventude, em especial a valorosa mocidade das Arca-das, tal como o bom samaritano da parábola evangélica, vir em so-corro do povo brasileiro. Que ela o ajude a pôr-se de pé, a fim de que possa, juntamente com os demais povos irmãos, construir um mundo novo, fundado na Verdade, na Justiça e no Amor.”

Escusava dizer que já não posso fazer parte da “nossa ju-ventude”, a que fez referência o Prof. Fábio. Bem ao contrário, já no



entardecer da vida, só me cabe repetir aquela bela passagem de Bobbio:

“La vecchiaia è un tema non accademico. Sono un vecchio professore. Permettetemi di parlare, questa volta, non da professore ma da vecchio. Come professore ho parlato tante volte da correre il rischio di ripetermi, rischio tanto più grave perché, come è noto, i vecchi professori sono tanto innamorati delle proprie idee da essere tentati di tornarci su con insistenza. Mi sto accorgendo io stesso che molte cose che scrivo in questi ultimi anni sono spesso variazioni sullo stesso tema.”

Em vernáculo, se se quiser: “A velhice é um tema não acadêmico. Sou um velho professor. Permitam-me que lhes fale, desta feita, não como professor, mas como velho. Como professor tenho falado tantas vezes correndo o risco de repetir-me, risco tanto mais grave porque, como é sabido, os velhos professores enamoram-se tanto de suas próprias ideias que são tentados a elas retornar com insistência. Eu mesmo tenho constatado que muitas coisas por mim escritas nestes últimos anos não passam de variações frequentes sobre o mesmo tema.”

Se tal fenômeno ocorria com um cérebro especialmente privilegiado como foi o de Bobbio, que continuava a produzir admiravelmente bem mesmo após os mais de noventa anos de existência, que se poderá dizer deste pobre, triste e inacabado escriba?...

Mesmo assim, gostaria de dizer que ainda posso lutar, pois trata-se de uma luta na qual se prescinde da força bruta... Muito ao contrário, cuida-se de uma peleja feita com a força do amor... Posso entregar-me ao labor intelectual de formar consciências e isso prometo fazer até o fim do período que antecede a minha aposentadoria compulsória...

Dividir-me-ei, enfim, em duas metades para cumprir o que acabo de prometer. E para explicar essas duas metades que compõem meu ser, nada melhor do que tomar de empréstimo aquele poema de Ferreira Gullar com o qual encerro estas minhas singelas palavras:



Metade

Que a força do medo que eu tenho,
não me impeça de ver o que anseio.

Que a morte de tudo o que acredito
não me tape os ouvidos e a boca.

Porque metade de mim é o que eu grito,
mas a outra metade é silêncio...

Que a música que eu ouço ao longe,
seja linda, ainda que triste...

Que a mulher que eu amo
seja para sempre amada
mesmo que distante.

Porque metade de mim é partida,
mas a outra metade é saudade.

Que as palavras que eu falo
não sejam ouvidas como prece
e nem repetidas com fervor,
apenas respeitadas,
como a única coisa que resta
a um homem inundado de sentimentos.

Porque metade de mim é o que ouço,
mas a outra metade é o que calo.



Que essa minha vontade de ir embora
se transforme na calma e na paz
que eu mereço.
E que essa tensão
que me corrói por dentro
Seja um dia recompensada.

Porque metade de mim é o que eu penso,
mas a outra metade é um vulcão.

Que o medo da solidão se afaste
e que o convívio comigo mesmo
se torne ao menos suportável.

Que o espelho reflita em meu rosto,
um doce sorriso,
que me lembro ter dado na infância.

Porque metade de mim
é a lembrança do que fui,
a outra metade eu não sei.

Que não seja preciso
mais do que uma simples alegria
para me fazer aquietar o espírito.

E que o teu silêncio
me fale cada vez mais.



Porque metade de mim
é abrigo, mas a outra metade é cansaço.

Que a arte nos aponte uma resposta,
mesmo que ela não saiba.
E que ninguém a tente complicar
porque é preciso simplicidade
para fazê-la florescer.

Porque metade de mim é plateia
e a outra metade é canção.

E que a minha loucura seja perdoada.
Porque metade de mim é amor,
e a outra metade...
também

Muito obrigado a todos...





Federação Brasileira – Necessidade de Fortalecimento das Competências dos Estados-Membros

Alexandre de Moraes

Professor Doutor e Livre-docente na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Professor Titular da Faculdade Presbiteriana Mackenzie. Foi Promotor de Justiça em São Paulo (1991-2002), Secretário de Estado da Justiça e Defesa da Cidadania (2002-2005) e membro da 1ª composição do Conselho Nacional de Justiça (biênio 2005-2007). Desde 2007, exerce o cargo de Secretário Municipal de Transportes, além das Presidências da CET (Companhia de Engenharia de Tráfego) e SPTrans (São Paulo Transportes – Companhia de Gerenciamento e Fiscalização do Transporte Público na Capital). Atualmente, acumula a Secretaria Municipal de Serviços.

SUMÁRIO: 1 introdução; 2 histórico e desenvolvimento do federalismo; 3 histórico e desenvolvimento do federalismo no Brasil; 4 repartições de competências e princípio da predominância do interesse; 5 problemas no exercício da distribuição constitucional de competências da constituição brasileira; 6 conclusões.



1. INTRODUÇÃO

A manutenção do equilíbrio democrático depende do bom entendimento, definição, fixação de funções, deveres e responsabilidades entre os três Poderes, bem como **a fiel observância da distribuição de competências, caracterizado do pacto federativo**, consagrado constitucionalmente no Brasil, desde nossa 1ª Constituição Republicana, em 1891.

A luta pela concretização democrática na América Latina, e, especialmente no Brasil, que seguiu os modelos federalista e presidencialista norte-americanos, tem gerado grandes debates sobre as difíceis escolhas sobre os modelos institucionais a serem implantados, os poderes e funções presidenciais, os controles e a fiscalização; bem como **a divisão de competências entre União, Estados e Municípios**.

No processo dinâmico da História, o Estado Federal e presidencialista apresentam mudanças, inicialmente caracterizadas por um modelo idealizado fraco (*Rei sem Coroa*), que nunca chegou a existir ou ser aplicado na prática, logo se tornando, por um processo político autoritário e centralizador, em torno da figura da União e do presidente; e **mais modernamente, em uma tentativa de ampliação dos poderes de controles parlamentares e judiciais em relação ao Executivo e à divisão constitucional de competências, para garantia de maior estabilidade democrática e força aos Estados-membros**.

Para tanto, é necessária a plasticidade indispensável ao mecanismo governamental que acabou por gerar, em todas as organizações políticas modernas, regras de centralização de competências na União e que tornaram forte o Presidente da República e o Congresso Nacional, ao mesmo tempo que se tentou prever controles que não o fizessem absorvente, mas uma força motriz do Estado que não degenerasse para uma verdadeira tirania, resguardando-se, dessa forma, o ideal democrático, a separação de poderes e a **autonomia dos Estados-membros** (conferir a esse respeito: MARCH, James G., OLSEN, Johan p. O novo institucionalismo: fatores organizacionais na vida política. *Revisão de Ciência política Americana* nº 78, set. 1984 – p. 738; RAE, Douglas. *A consequência política de leis eleitorais*. New Heaven: Imprensa da Universidade de Yale, 1967.



p. 30 ss; SHUGART, Mathew Soberg, CAREY, John. *Presidentes e Assembleias*. Cambridge: Imprensa da Universidade de Cambridge, 1992, p. 11 ss; MCCUB- BIN, Mathew, SULLIVAN, Terry. *Congresso: estrutura e política*. Cambridge: Imprensa da Universidade de Cambridge, 1987. p. 13 ss).

2. HISTÓRICO E DESENVOLVIMENTO DO FEDERALISMO

A história do federalismo inicia-se com a Constituição norte-americana de 1787; a análise de suas características, bem como do desenvolvimento de seus institutos vem sendo realizada desde os escritos de Jay, Madison e Hamilton, nos artigos federalistas, publicados sob o codinome *Publius*, durante os anos de 1787-1788, até os dias de hoje, e mostra que se trata de **um sistema baseado principalmente na manutenção de autonomia dos Estados-membros, com a consagração de divisão constitucional de competências** (COOLEY, Thomas McIntyre. *The general principles of constitutional law in the United States of America*. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1898. p. 52; ROBISON, Donald L. *To the best of my ability: the presidency the constitution*. New York: W. W. Norton & Company, 1987. p. 18-19).

Em 1887, em seu centenário, o estadista inglês William Gladstone afirmou que a Constituição dos Estados Unidos “era a mais maravilhosa obra jamais concebida num momento dado pelo cérebro e o propósito do homem”.

É importante salientar, dentro dessa perspectiva da “*mais maravilhosa obra jamais concebida*”, que as questões do federalismo e do regime presidencialista foram duas das mais discutidas durante a Convenção norte-americana.

A Constituição dos Estados Unidos da América foi aprovada por estreita margem de convencionais. Nas convenções de ratificação nos Estados, poucos votos separaram as forças pró-Constituição (os federalistas, como eram chamados) e os opositores derrotados da Constituição (conhecidos como antifederalistas).

Luca Levi lembra que, “a federação constitui, portanto, a realização mais alta dos princípios do constitucionalismo. Com efeito, a ideia do Estado de direito, o Estado que submete todos os poderes



à lei constitucional, parece que pode encontrar sua plena realização somente quando, **na fase de uma distribuição substancial das competências**, o executivo e o judiciário assumem as características e as funções que têm no Estado Federal” (BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco (Coord.) *Dicionário de política*. v. I, p. 482. Conferir, ainda: DUVERGER, Maurice. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 1955. p. 265).

A Federação americana, portanto, nasceu adotando a necessidade de um poder central com competências suficientes para manter a união e coesão das antigas colônias, garantindo-lhes, como afirmado por Hamilton, a oportunidade máxima para a consecução da paz e liberdade contra o facciosismo e a insurreição (*The Federalist papers*, nº IX) e permitindo à **União realizar seu papel aglutinador dos diversos Estados-membros e de equilíbrio no exercício das diversas funções constitucionais delegadas aos três poderes de Estado**.

Como bem descreve Malbin, “a intenção dos elaboradores da Carta Constitucional Americana foi justamente **estimular e incentivar a diversidade**, transcendendo as facções e trabalhando pelo bem comum” (MALBIN, J. Michel. *A ordem constitucional americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 144).

A Carta norte-americana consagrou, ainda, **a pluralidade de centros locais de poder, com autonomia de autogoverno e autoadministração, coordenado pelo poder central**, cujas competências seriam indicadas expressamente pela Constituição Federal. A ideia de **preservação da liberdade na elaboração do federalismo** não deixou de ser salientada por Alexis de Tocqueville, ao comentar a formação da nação americana (TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracia na América: leis e costumes*. São Paulo : Martins Fontes, 1988. p. 37 ss).

O regime presidencialista e o federalismo dualista nasceram em um mesmo momento, sob o prisma da necessidade de, ao mesmo tempo, **garantir as autonomias locais e preservar a união e a coesão de todas as antigas colônias**.

Carl Friedrich salienta com enorme clareza a ligação do Estado Federal com o presidencialismo, ao colocar como um dos três



elementos básicos do federalismo a existência de um órgão executivo que possa aplicar as leis aprovadas pelo Legislativo (FRIEDRICH, Carl J. *Gobierno constitucional y democracia*. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1975. p. 405).

Note-se, porém, que a evolução do federalismo dual, para um modelo de federalismo centrípeto e cooperativo, possibilitou maior centralização de poderes na União, seja no Presidente da República, seja no Congresso Nacional.

A característica básica do federalismo dualista, presente nos Estados Unidos nos séculos XVIII, XIX e início do XX, era a existência de duas esferas de poderes estanques, em que a divisão de poder entre a União e os governos estaduais era prevista diretamente no texto constitucional; **baseava-se na ideia de dois campos de poder mutuamente exclusivos e reciprocamente limitadores, pelo qual os Estados e a União teriam suas áreas exclusivas de autoridade** (SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984. p. 26-27. Conferir ainda: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso...Op. cit.* p. 52).

Após esse primeiro momento do federalismo, as condições da conjuntura política e econômica, principalmente depois da Crise da Bolsa americana e a partir das medidas adotadas no *New Deal*, trouxeram grandes alterações ao federalismo norte-americano e acabaram por gerar um novo modelo federal americano (conferir, nesse sentido, diversas decisões da Corte Suprema Norte-Americana: *Shechter, Sunshine v. Adkins*, *Junta Nacional de Relações trabalhistas v. Jones & Laughlin Steel Corp*, ambas de 1940, *Kirschbaum v. Walling* (1946), *Martino v. Michigan Window Cleaning Co.* (1946), *Mabee v. White Plains Pub. Co.* (1946), entre outros), mais centrípeto e cooperativo, e caracterizado, principalmente, como salientado por Karl Loewestein, pelo aumento do poder político do Presidente da República, aumentando sua característica centralizadora e de personificação dos interesses do país (LOEWESTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1962. p. 362).

O federalismo clássico, como concebido inicialmente pelos fundadores norte-americanos, **foi muito abalado**, principalmente, pelas questões econômicas, que exigiram do Poder Central maior unidade decisória e comando; conseqüentemente, gerou **aumento**



gradativo de poder político ao Congresso Nacional, em detrimento das Assembleias locais (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 317).

Dessa forma, à evolução centralizadora do federalismo correspondeu um maior fortalecimento do regime presidencialista de governo e do Legislativo Nacional.

A evolução do federalismo e o fortalecimento do presidencialismo, portanto, caminharam conjuntamente, como concorda Bernard Schwartz, ao analisar o fortalecimento do Governo Nacional, ensinando ser o atual federalismo americano caracterizado pelo **predomínio da autoridade federal**, para concluir que “o sistema social e econômico americano tem estado sujeito cada vez mais à regulamentação e ao controle por Washington. O poder do Governo Nacional sobre o comércio é interpretado de modo a sujeitar até mesmo empreendimentos com somente efeito remoto sobre a economia nacional a minuciosas normas federais. E, à medida que a autoridade da Nação a este respeito cresceu, a dos estados sofreu correspondente decréscimo, pois a ação estadual, no sistema americano, **é barrada quando é validamente exercido o poder federal incompatível com ela**” (SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984. p. 74).

Prevaleceu, portanto, no federalismo norte-americano, a ideia de fortalecimento do Congresso Nacional e **hipertrofia na criação do presidencialismo e da figura central do Presidente da República**, tendo salientado Isaac Kramnic, que “há poucos símbolos mais importantes da Revolução de 1787 que o espantoso poder que a Constituição deu ao novo primeiro-magistrado, encarnação do ideal de autoridade, governo e poder. O presidente dos Estados Unidos era um legislador que com uma penada estava autorizado a vetar leis congressuais, só podendo ser vencido nesses casos por dois terços do Congresso. Era um líder militar no comando total das forças armadas. Era o supremo magistrado que podia perdoar crimes contra a nação, podia nomear todos os juízes federais, podia fazer todos os tratados, com o conselho e a aprovação do Senado. Se reeleito, podia governar sem limites: a exigida rotatividade no cargo seria apenas uma das vítimas de 1787. Para Edmund Randolph,



isso era demais: ali estava o *feto da monarquia*. Na *grande discussão nacional* que se seguiu, os antifederalistas proclamavam que o executivo delineado no artigo 2 da Constituição era presidente-general, ou, mais propriamente, nosso rei, que tinha poderes que excediam os dos mais despóticos monarcas de que temos notícia nos tempos modernos (comentários de Isaac Kramnic, na apresentação da obra. MADISON, James, HAMILTON, Alexander, JAY, John. *The Federalist papers 1787 – 1788*. Edição integral. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 27).

Obviamente, essa evolução **gerou reflexos importantíssimos na distribuição de competências administrativas e legislativas entre a União e os Estados Membros** em todos os países que seguiram o modelo norte-americano, inclusive, no Brasil.

No Brasil, apesar dos diversos constituintes, desde 1891 até 1988, terem criado e mantido o modelo de Estado Federal, com união indissolúvel dos entes, que possuem autoorganização, autogoverno e autoadministração, no modelo proposto pelos norte-americanos, não resta dúvidas de que houve gradual redução nas competências legislativas dos Estados-membros.

A Constituição Republicana de 1891 previu importante sistema de repartição de competências, com matérias taxativas e não tão abrangentes à União e conferindo aos Estados-membros “*em geral, todo e qualquer outro poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição*” (art. 65, §2º). Tal texto bastou para que alguns Estados se declarassem *soberanos* (Bahia, Goiás, Mato Grosso e Piauí), outros *autônomos e soberanos* (Paraná) e, ainda, *independente e soberano* (Rio de Janeiro).

A idéia de **ampla autonomia dos Estados-membros na Federação** foi detalhada por João Barbalho, ao afirmar que “isto indica que as Constituições dos Estados não estão obrigadas a segui-la (Constituição Federal) inteiramente à risca, a modelarem-se completamente por ela, sem divergir em alguns pontos, contanto que não sejam fundamentais. E bem o compreenderem eles no organizarem seus governos apartando-se em alguma cousa do modelo federal” (BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira (1891)*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal: Conselho Editorial, 2002. p. 267).



Igual ideia de **autonomia federativa** teve seus reflexos políticos no Brasil, com o fortalecimento das estruturas políticas oligárquicas, que contribuíram para a Reforma Constitucional de 1926, com **claro fortalecimento e centralização na União**.

A Constituição de 1934 tentou reequilibrar o sistema, trazendo – pela primeira vez no direito constitucional brasileiro – o modelo da Constituição alemã de 1919, das competências concorrentes. Na Constituição de 1937, houve referência à delegação da União aos Estados-membros da faculdade de legislar.

A ruptura democrática e institucional até 1945, fez com que o modelo federativo da Constituição de 1946 se situasse como tema central, principalmente a **autonomia dos Estados-membros**, porém não houve acentuação da centralização de competências legislativas na União; o mesmo ocorrendo com a Constituição de 1967.

A tradição de centralização das competências legislativas na União corrobora as críticas feitas por Castro Nunes ao analisar as competências legislativas do Estado-membro, caracterizando-o como “**mutilado em suas atribuições, sem atenção ao regimen de poderes separados que é da essência das instituições democrático-republicanas**” (NUNES, José de Castro. *As constituições estaduais no Brasil*. Rio de Janeiro: Edit. Leite Ribeiro, 1922, t. 1, p. 68).

3. FEDERALISMO BRASILEIRO E DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

A Constituição de 1988 manteve a tradição republicana, adotando o *federalismo*, forma de Estado que **gravita em torno do princípio da autonomia e da participação política** e pressupõe a consagração de certas regras constitucionais, tendentes não somente à sua configuração, mas também à sua manutenção e indissolubilidade.

Como ressaltado por Geraldo Ataliba, “exsurge a Federação como a associação de Estados (*foedus, foederis*) para formação de novo Estado (o federal) com repartição rígida de atributos da soberania entre eles. Informa-se seu relacionamento pela ‘autonomia recíproca da União e dos Estados, sob a égide da Constituição Federal’ (Sampaio Dória), caracterizadora dessa igualdade jurídica (Ruy Barbosa), dado que ambos extraem suas competências da mesma



norma (Kelsen). Daí cada qual ser supremo em sua esfera, tal como disposto no Pacto Federal (Victor Nunes)” (ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 10).

O mínimo necessário para a caracterização da organização constitucional federalista exige, inicialmente, a decisão do legislador constituinte, por meio da edição de uma constituição, em criar o Estado Federal e suas partes indissociáveis, a Federação ou União, e os Estados-membros, pois a criação de um governo geral supõe a renúncia e o abandono de certas porções de competências administrativas, legislativas e tributárias por parte dos governos locais (BADIA, Juan Fernando. *El estado unitário: El federal y El estado reginal*. Madri: Tecnos, 1978, p. 77). **Essa decisão está consubstanciada nos arts. 1º e 18 da Constituição de 1988** (conferir, a respeito: (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Estado federal brasileiro na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, nº 179, p. 1; HORTA, Raul Machado. Tendências atuais da federação brasileira. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, nº 16, p. 17; e, do mesmo autor: Estruturação da federação. *Revista de Direito Público*, nº 81, p. 53; VELLOSO, Caio Mário. Estado federal e estados federados na Constituição brasileira de 1988: do equilíbrio federativo. *Revista de Direito Administrativo*, nº 187, p. 1; MARINHO, Josaphat. Rui Barbosa e a federação. *Revista de Informação Legislativa*, nº 130, p. 40; FAGUNDES, Seabra. Novas perspectivas do federalismo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, nº 99, p. 1).

Além disso, a Constituição deve estabelecer os seguintes princípios: os cidadãos dos diversos Estados-membros aderentes à Federação devem possuir a nacionalidade única dessa; repartição constitucional de competências entre a União, Estados-membros, Distrito Federal e município; necessidade de que cada ente federativo possua uma esfera de competência tributária que lhe garanta renda própria; poder de auto-organização dos Estados-membros, Distrito Federal e municípios, atribuindo-lhes autonomia constitucional; possibilidade constitucional excepcional e taxativa de intervenção federal, para manutenção do equilíbrio federativo; participação dos Estados no Poder Legislativo Federal, de forma a permitir-se a ingerência de sua vontade na formação da legislação federal; possibilidade de criação de novo Estado ou modificação territorial de Estado existente dependendo da aquiescência da população do Estado



afetado; a existência de um órgão de cúpula do Poder Judiciário para interpretação e proteção da Constituição Federal.

Note-se que, expressamente, o legislador constituinte determinou a impossibilidade de qualquer proposta de emenda constitucional tendente a abolir a Federação (CF, art. 60, § 4º, I).

A autonomia dos Estados-membros caracteriza-se pela denominada ***tríplice capacidade de auto-organização e normatização própria, autogoverno e autoadministração***.

Os Estados-membros se *auto-organizam* por meio do exercício de seu poder constituinte derivado-decorrente, consubsanciando-se na edição das respectivas Constituições Estaduais e, posteriormente, através de sua própria legislação (CF, art. 25, *caput*), sempre, porém, respeitando os princípios constitucionais *sensíveis*, princípios federais *extensíveis* e princípios constitucionais *estabelecidos* (SILVA, José Afonso. *O Estado-membro na Constituição Federal*. RDP 16/15).

Como já decidiu o **Supremo Tribunal Federal**, “se é certo que a nova Carta Política contempla um elenco **menos abrangente** de *princípios constitucionais sensíveis*, a denotar, com isso, **a expansão de poderes jurídicos na esfera das coletividades autônomas locais**, o mesmo não se pode afirmar quanto aos *princípios federais extensíveis* e aos *princípios constitucionais estabelecidos*, os quais, embora disseminados pelo texto constitucional, posto que não é tópica a sua localização, configuram acervo expressivo de limitações dessa autonomia local, cuja identificação – até mesmo pelos efeitos restritivos que deles decorrem – impõe-se realizar” (STF, Pleno, ADI 216/PB, Rel. Min. Celso de Mello; RTJ 146/388).

Os *princípios constitucionais sensíveis* são assim denominados, pois a sua **inobservância pelos Estados-membros no exercício de suas competências legislativas, administrativas ou tributárias, pode acarretar a sanção politicamente mais grave existente em um Estado Federal, a intervenção na autonomia política**. Estão previstos no art. 34, VII, da Constituição Federal: forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, direta e indireta; aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a prove-



niente de transferências, na manutenção e no desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Os princípios federais extensíveis são as normas centrais comuns à União, Estados, Distrito Federal e municípios, portanto, de observância obrigatória no poder de organização do Estado. Poder-se-iam colocar nessa classificação os chamados por Raul Machado Horta de “Princípios desta Constituição” (por exemplo, arts. 1º, I a V; 3º, I a IV; 4º, I a X; 2º, 5º, I, II, III, VI, VIII, IX, XI, XII, XX, XXII, XXIII, XXXVI, LIV e LVII; 6º a 11; 93, I a XI; 95, I, II e III. In: MACHADO, Horta. *Estudos de direito constitucional*. p. 391-392).

Por fim, os *princípios constitucionais estabelecidos* consistem em **determinadas normas que se encontram espalhadas pelo texto da Constituição, e, além de organizarem a própria federação, estabelecem preceitos centrais de observância obrigatória aos Estados-membros em sua auto-organização.** Subdividem-se em *normas de competência* (por exemplo: arts. 23; 24; 25, 27, § 3º; 75; 96, I, a-f; 96, II, a-d, III; 98, I e II; 125, § 4º; 144, § 4º, 5º e 6º; 145, I, II e III; 155, I, a, b, c, II. In: MACHADO, Horta. Op. cit., p. 392-393) e *normas de preordenação* (por exemplo: arts. 27; 28; 37, I a XXI, §§ 1º a 6º; 39 a 41; 42, §§ 1º a 11; 75; 95, I, II e III; 95, parágrafo; 235, I a XI. In: MACHADO, Horta. Op. cit. p. 393).

A autonomia estadual também se caracteriza pelo *autogoverno*, uma vez que é o próprio povo do Estado quem escolhe diretamente seus representantes nos Poderes Legislativo e Executivo locais, sem que haja qualquer vínculo de subordinação ou tutela por parte da União. A Constituição Federal prevê expressamente a existência dos Poderes Legislativo (CF, art. 27), Executivo (CF, art. 28) e Judiciário (CF, art. 125) estaduais (conferir: (CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 62-63; SILVA, José Afonso. O estado-membro na constituição federal; *RDP*, 16/15. Na vigência da Constituição anterior, Paulo Lopo Saraiva, analisando a correlação entre autonomia dos Estados-membros e Federação, advertia que “a indicação dos governadores dos Estados, a nomeação de um Senador – CF, art. 41, § 2º, alterado pela EC nº 15, de 19-11-1980–, e a designação dos prefeitos das Capitais e de outras cidades brasileiras atestam a falência do nosso Federalismo e a ascensão de um Unitarismo, despido de qualquer formulação



jurídica”, in *Federalismo regional*. Op. cit. p. 55).

A própria Constituição Federal (art. 27) estabelece regras na composição do Poder Legislativo Estadual, determinando sua unicameralidade, sua denominação – Assembleia Legislativa –, a duração do mandato dos deputados (quatro anos – STF, Pleno, ADI 3825, Rel. Min. Carmen Lúcia) as regras sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades (STF, Pleno, RE 456679/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence), remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas; as regras sobre remuneração e previsão sobre iniciativa popular de lei; bem como duas regras para fixação do número de deputados estaduais.

Em relação ao Poder Executivo estadual, o art. 28 da Constituição Federal com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 4-6-1997, estabelece que a eleição do Governador e do Vice-governador de Estado, para mandato de quatro anos, permitindo-se a reeleição para um único período subsequente, realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá em primeiro de janeiro do ano subsequente. Além disso, expressamente, determina a aplicação das regras previstas para a eleição e posse do Presidente da República (CF, art. 77).

Determina, também, que perderá o mandato o governador que assumir outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta, ressalvada a posse em virtude de concurso público e observado o disposto no art. 38, I, IV e V da própria Constituição Federal. Além disso, a Constituição Federal prevê que os subsídios do Governador, do Vice-governador e dos Secretários de Estado serão fixados por lei de iniciativa da Assembleia Legislativa, observando o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Por fim, completando a tríple capacidade garantidora da autonomia dos entes federados, **os Estados-membros se autoadministram no exercício de suas competências administrativas, legislativas e tributárias definidas constitucionalmente. Saliente-se que, está implícita, no exercício da competência tributária, a existência de um mínimo de recursos financeiros, obtidos diretamente através de sua própria competência tributária.**



4. REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS E PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE

A autonomia das entidades federativas **pressupõe repartição de competências legislativas, administrativas e tributárias**, sendo, pois, um dos pontos caracterizadores e asseguradores do convívio no Estado Federal.

A própria Constituição Federal estabelecerá as matérias próprias de cada um dos entes federativos, União, Estados-membros, Distrito Federal e municípios, e a partir disso poderá acentuar a centralização de poder, ora na própria Federação, ora nos Estados-membros.

O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal é o da ***predominância do interesse***.

Assim, pelo princípio da *predominância do interesse*, à União caberá aquelas matérias e questões de *predominância do interesse geral*, ao passo que aos Estados referem-se as matérias de *predominante interesse regional* e aos municípios concernem os *assuntos de interesse local*. Em relação ao Distrito Federal, por expressa disposição constitucional (CF, art. 32, § 1º), acumulam-se, em regra, as competências estaduais e municipais, com a exceção prevista no art. 22, XVII, da Constituição.

O legislador constituinte, adotando o referido princípio, estabeleceu **quatro pontos básicos no regramento constitucional para a divisão de competências administrativas e legislativas**:

(1) Reserva de campos específicos de competência administrativa e legislativa (União – Poderes enumerados, CF, arts. 21 e 22; Estados – Poderes remanescentes, CF, art. 25, § 1º Município – Poderes enumerados, CF, art. 30; Distrito Federal – Estados + Municípios, CF, art. 32, § 1º);

(2) **Possibilidade de delegação** (CF, art. 22, parágrafo único; Lei complementar federal poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias de competência privativa da União);

(3) **Áreas comuns de atuação administrativa paralela** (CF, art. 23);



(4) **Áreas de atuação legislativa concorrente** (CF, art. 24)

À União, a Constituição Federal enumerou competências administrativas e legislativas.

Aos Estados-membros são reservadas as competências administrativas que não lhes sejam vedadas pela Constituição, ou seja, cabem na área administrativa privativamente ao Estado todas as competências que não forem da União (CF, art. 21), dos municípios (CF, art. 30) e comuns (CF, art. 23).

É a chamada *competência remanescente* dos Estados-membros, técnica clássica adotada originariamente pela Constituição norte-americana e por todas as Constituições brasileiras, desde a República, e que **presumia o benefício e a preservação de autonomia destes em relação à União**, uma vez que a regra é o governo dos Estados, a exceção o Governo Federal, pois o poder reservado ao governo local é mais extenso, por ser indefinido e decorrer da soberania do povo, enquanto o poder geral é limitado e se compõe de certo modo de exceções taxativas. Em seu art. 30, o texto constitucional determina competir aos municípios os assuntos de *interesse local*.

Não poucas vezes, a aplicação do **princípio da predominância do interesse** é esquecida no Brasil, em detrimento dos Estados-membros e, em benefício da centralização na União.

5. PROBLEMAS NO EXERCÍCIO DA DISTRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Se teoricamente, a Constituição Republicana de 1988 **adotou a clássica repartição de competências federativas**, prevendo um rol taxativo de competências legislativas para a União e, dessa forma, mantendo os **poderes remanescentes dos Estados-membros**; na prática não se verifica tal equilíbrio, exatamente, pelas matérias descritas no artigo 22 do texto constitucional e pela interpretação política e jurídica que, tradicionalmente, se dá ao seu artigo 24.

Ao verificarmos as matérias do **extenso rol de 29 incisos e um parágrafo do artigo 22 da CF/88**, é facilmente perceptível o desequilíbrio federativo no tocante à competência legislativa entre União e Estados-membros, uma vez que, há a previsão de quase



a totalidade das matérias legislativas de maior importância para a União (**direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho, desapropriação, águas, energia, informática, telecomunicações, radiodifusão, serviço postal, comércio exterior e interestadual, diretrizes da política nacional de transportes, regime de portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial, trânsito e transporte, diretrizes e bases da educação nacional, registros públicos, etc**).

Além disso, a **tradicional interpretação política e jurídica** que vem sendo dada ao artigo 24 do texto constitucional, no sentido de que nas **diversas matérias de competência concorrente entre União e Estados, a União pode discipliná-las quase integralmente**, temos o resultado da diminuta competência legislativa dos Estados-membros; **gerando a excessiva centralização nos poderes legislativos na União**, o que caracteriza um **grave desequilíbrio federativo**.

O reequilíbrio na distribuição das competências federativas pode ser realizado em cinco campos: (1) Alterações constitucionais; (2) Real exercício das competências delegadas (parágrafo único, do art. 22 da CF) (3) Efetivo exercício das competências concorrentes (artigo 24 da CF) entre União e Estados-membros; (4) Maior atuação perante o Supremo Tribunal Federal no sentido de evolução jurisprudencial que valorize os poderes remanescentes dos Estados-membros e reequilibre os entes federativos e (5) Adoção do princípio da subsidiariedade, em prática na União Europeia.

No tocante às (1) ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS, há a possibilidade, dentro de um grande acordo político que preserve a autonomia dos entes federativos, da edição de emenda constitucional com a migração de algumas competências definidas atualmente como privativas da União para o rol de competências remanescentes dos Estados-membros e outras para as competências concorrentes entre União e Estados-membros, para que nesses assuntos, as peculiaridades regionais sejam consideradas. Essa alteração constitucional não estaria a ferir a cláusula pétrea prevista no inciso I, do artigo 60, do texto magno (*“Não será objeto de deliberação a proposta*



de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado”), uma vez que essa proposta estaria plenamente de acordo com os **objetivos fundamentais da República**, entre eles, o de **reduzir as desigualdades sociais e regionais** (CF, art. 3º, III).

Sem qualquer necessidade de alteração constitucional, o (2) **REAL EXERCÍCIO DAS COMPETÊNCIAS DELEGADAS (PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 22 DA CF)** poderia encontrar um ponto de equilíbrio federativo entre UNIÃO e ESTADOS.

Em seu parágrafo único, o artigo 22 do texto constitucional prevê que lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Dessa forma, todas as importantes matérias de competência da União descritas no artigo 22 do texto constitucional podem ser delegadas aos Estados-membros, desde que: (a) seja aprovada lei complementar pelo Congresso Nacional; (b) sejam indicados os pontos delegados; (c) a delegação não gere discriminação entre os Estados-membros.

Esse **instrumento seria importantíssimo**, por exemplo, para que cada Estado-membro, atento às suas peculiaridades, pudesse disciplinar **pontos específicos das diversas matérias** (conferir a respeito: ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988I*. São Paulo: Atlas, 1991), como por exemplo, **relações comerciais**, ou ainda, **do direito agrário** – cuja realidade é diferente no Estado do Amazonas e em São Paulo –, no **direito trabalhista**, igualmente de realidades diversas; e, mesmo, no tocante **ao direito processual civil e penal**.

Como exemplo do exercício dessa delegação específica, o Estado de São Paulo editou as leis ordinárias nºs 12.640/07 e 12.967/08 (instituição de pisos salariais para os trabalhadores que especificou), nos termos da delegação contida na Lei complementar nº 103, de 14 de julho de 2000.

Apesar do **tímido exercício desse mecanismo**, tramitam no Congresso Nacional projetos de lei complementar visando à concessão de delegações (PLP n. 272/90; PLP 33/03; PLP 47/03; PLP 136/07 – na Câmara dos Deputados, que autorizam os Estados a legislar sobre a mobilidade urbana, a partir das diretrizes nacional que estabelece; e PLS n. 21/2005; PLS 52/2007 – no Senado Federal,



que autorizam os Estados a legislar sobre direito penal em questões específicas que define).

O (3) **efetivo exercício das competências concorrentes (artigo 24 da CF) entre União e Estados-membros** acarretaria substancial recuperação de parcela legislativa dos Estados-membros em importantes matérias.

O art. 24 da Constituição Federal prevê as regras de competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, estabelecendo quais as matérias que deverão ser regulamentadas de forma geral por aquela e específica por esses.

No âmbito da legislação concorrente, a Constituição brasileira estabeleceu a **legislação concorrente não cumulativa**, ou seja, a chamada **repartição vertical**, pois, dentro de um mesmo campo material (concorrência material de competência), reserva-se um nível superior ao ente federativo União, que deve **somente fixar os princípios e normas gerais**, deixando-se ao Estado-membro a complementação, **com a edição de regras complementares e específicas**.

Como apontou Raul Machado Horta, “a legislação federal é reveladora das linhas essenciais, enquanto a legislação local buscará preencher o claro que lhe ficou, afeiçoando a matéria revelada na legislação de normas gerais às peculiaridades e às exigências estaduais. A Lei Fundamental ou de princípios servirá de molde à legislação local. É a *Rahmengesetz*, dos alemães; a *Legge-cornice*, dos italianos; a *Loi de cadre*, dos franceses; são as *normas gerais* do Direito Constitucional Brasileiro”(MACHADO HORTA, Raul. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 366).

Assim, ao adotar a *competência concorrente não-cumulativa* ou *vertical*, de forma que a competência da União está adstrita ao estabelecimento de normas gerais, devendo os Estados e o Distrito Federal especificá-las, através de suas respectivas leis, o texto constitucional seguiu orientação da Constituição de Weimar (art. 10), consiste em permitir ao governo federal a fixação das normas gerais, sem descer a pormenores, cabendo aos Estados-membros a adequação da legislação às peculiaridades locais.

Para exemplificar a importância desse mecanismo, é importante lembrar que o Supremo Tribunal Federal entendeu, no tocante à



acessibilidade de pessoas portadoras de necessidades especiais no transporte coletivo intermunicipal, existir competência concorrente, cabendo aos Estados-membros a **competência legislativa plena para normas específicas, como por exemplo, exigência de adaptação de veículos** (STF, Pleno, ADI 903/6, Rel. Min. Celso de Mello).

Ocorre, entretanto, que os Estados-membros são extremamente tímidos na edição da legislação complementar, aceitando sem qualquer contestação a legislação federal que – em matéria concorrente – acaba por disciplinar tanto os princípios e regras gerais, quanto as normas específicas.

Medida de reflexos imediatos, a **(4) MAIOR ATUAÇÃO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO SENTIDO DE EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL QUE VALORIZE OS PODERES REMANESCENTES DOS ESTADOS-MEMBROS** poderia, em pouco tempo, **garantir um maior equilíbrio entre os entes-federativos**.

A doutrina aponta a tendência do Supremo Tribunal Federal, principalmente na esfera das competências concorrentes, em dirimir eventuais dúvidas a favor da União (cf. a respeito: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Temas de Direito Constitucional Estadual e questões sobre o pacto federativo*. São Paulo: Assembleia Legislativa de São Paulo, 2004. p. 160; TAVARES, André Ramos. *Temas de Direito Constitucional estadual e questões sobre o Pacto Federativo*. São Paulo: Assembléia Legislativa de São Paulo, 2004, p. 166), porém, **é perceptível que a atual composição do Supremo Tribunal Federal vem repensando esse modelo centralizador fixado pela pré-constituição de 1988**, o que demonstra a necessidade de um trabalho de conscientização dos Ministros da Corte Suprema nos julgamentos mais importantes.

A título de exemplo, demonstrando a flexibilização de posicionamento até então arraigado no STF, sobre a necessidade dos Estados-membros observarem rigorosamente princípios estruturais institucionais da União, decidiu a Corte, em relação à investidura ao cargo de Procurador-Geral do Estado de São Paulo, a possibilidade de a Constituição Estadual prever a obrigatoriedade de a escolha ser realizada entre integrantes da carreira, mesmo sendo diferente do modelo federal de escolha do Advogado-Geral da União (STF, Pleno, ADI 2581/SP, Rel. Min. Maurício Correa).



Por fim, o texto constitucional oferece mecanismos para que, com a edição de leis complementares em importantes matérias, passe a ser adotado no Brasil, **com as devidas adaptações**, o **princípio da subsidiariedade**, já em prática na União Europeia, por meio de protocolo datado de outubro de 1992.

Nessa data, o Conselho Europeu de Birmingham reafirmou que as decisões da União Europeia deveriam ser tomadas o mais próximo possível do cidadão. Sob essa ótica, o Conselho Europeu de Edimburgo, em Dezembro de 1992, definiu uma abordagem global para a aplicação do princípio da subsidiariedade, prevendo princípios fundamentais, diretrizes e procedimentos; sempre com a finalidade de prestigiar as comunidades regionais.

Dessa forma, as propostas legislativas da União Europeia devem analisar se os objetivos da ação proposta podem ser suficientemente realizados pelos Estados-membros, bem como quais serão seus reflexos e efeitos.

A ideia aplicada à **federação brasileira** – principalmente, no exercício das competências legislativas concorrentes e nas competências administrativas comuns – é prestigiar a atuação preponderante do ente federativo em sua esfera de poder na proporção de sua maior capacidade para solucionar a matéria de interesse do cidadão.

Exemplificativamente, há no Congresso Nacional, o PLP 388/07, de iniciativa presidencial (MSC 37/2007), que prevê a edição de lei complementar que fixará, nos termos do parágrafo único do artigo 23 da CF, normas para a cooperação entre União, Estados-membros e Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum.

6. CONCLUSÕES

O texto pretendeu demonstrar a inexistência de dúvidas sobre a intensa ligação entre separação de poderes, autonomias, liberdades e federalismo, principalmente, levando-se em conta que **a maior autonomia local para legislar, em importantes matérias, significa um maior controle sobre o centralismo e arbítrio estatal** (em relação a esse tema, consultar importante artigo que analisa detalhadamente a posição dos Juizes da Suprema Corte norte-americana O'Connor e Scalia, em defesa da maior autonomia local –



GELFAND, M. David, WERHAN, Keith. Federalism and separation of powers on a 'conservation' Court: currents and cross-currents from justices O'Connor and Scalia. *Tulane Law Review*. New Orleans, ano 2, v. 64, jun. 1990, p. 1443).

Um dos principais pilares de sustentação do Estado Federal é o exercício autônomo, pelos entes federativos, das competências legislativas e administrativas constitucionalmente distribuídas.

Para atingir essa finalidade, imprescindível a recuperação do exercício de competências legislativas pelos Estados-membros em matérias importantes e adequadas às peculiaridades locais.

Logicamente, muitos mecanismos políticos, sociais e jurídicos podem ser apontados para a obtenção desses resultados; porém, no breve espaço desse estudo, foram destacadas as seguintes possibilidades:

- (1) Alterações constitucionais;**
- (2) Real exercício das competências delegadas (parágrafo único, do art. 22 da CF);**
- (3) Efetivo exercício das competências concorrentes (artigo 24 da CF) entre União e Estados-membros;**
- (4) Maior atuação perante o Supremo Tribunal Federal no sentido de evolução jurisprudencial que valorize os poderes remanescentes dos Estados-membros e reequilibre os entes federativos;**
- (5) Utilização do princípio da subsidiariedade.**



Discurso de Recepção do Título de Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Fábio Konder Comparato

Professor-titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Doutor Honoris Causa da Universidade de Coimbra e Doutor em Direito pela Universidade de Paris

Sejam minhas primeiras palavras destinadas a reverenciar a memória do Professor Goffredo da Silva Telles Jr, que nos deixou recentemente. Ele marcou gerações de estudantes, inclusive a minha, com o selo da bondade. Legou a todos nós, entre outras preciosas lições, a de que o Amor está sempre acima da Justiça.

Ao receber o honroso título que a Congregação generosamente me outorgou, devo reconhecer com humildade que, nas quatro décadas por mim dedicadas à docência nesta Faculdade, mais aprendi do que ensinei.

Parece-me, portanto, justo expor agora, nesta sessão cuja solenidade não elimina o seu caráter afetivo, um pouco do que me foi dado aprender sobre a vida jurídica e a função do ensino superior neste País.

No conto *O Espelho*, de Machado de Assis, o narrador assevera a seus ouvintes espantados que cada um de nós possui duas



almas. Uma exterior, que exibimos aos outros, e com qual nos julgamos a nós mesmos de fora para dentro. Outra interior, raramente exposta aos olhares externos, com a qual julgamos o mundo e a nós mesmos, de dentro para fora.

Penso que algo de semelhante ocorre em matéria de ordenações jurídicas nacionais. Em cada país, há um direito oficial publicado, isto é, exposto ao público, e há também um direito não oficial, encoberto aos olhares externos, e que regula os fatos atinentes à vida por assim dizer íntima da nação.

Não é difícil perceber o caráter essencialmente dúplice do direito brasileiro, nos dois sentidos da palavra: dobrado e dissimulado.

As Constituições aqui promulgadas apresentam-se, invariavelmente, sob a aparência de indumentárias de gala, exibidas com orgulho aos estrangeiros como prova de nosso caráter civilizado. São vestes litúrgicas, envergadas por doutores e magistrados nas cerimônias do culto oficial. Para o dia a dia doméstico, contudo, preferimos, como é natural, usar trajes menos vistosos e de feitio mais adaptado às linhas do nosso corpo.

A duplicidade do direito brasileiro transparece também quando o acompanhamos em sua evolução histórica. Na sucessão dos diferentes regimes políticos por nós adotados, temos assistido ao amálgama do novo com o velho, do direito revogado com o direito revogador. O antigo protagonista, embora retirado do proscênio, não desaparece do teatro jurídico: é simplesmente relegado aos bastidores, para ressurgir em cena no momento oportuno.

Separamo-nos de Portugal, mas fizemos do Príncipe herdeiro português nosso primeiro imperador, o qual voltou à terra natal poucos anos após para retomar a coroa do velho reino.

Do modelo republicano, só adotamos, em 1889, os aspectos exteriores: a abolição da monarquia e dos privilégios nobiliárquicos. Mantivemos em pleno vigor o velho costume denunciado por Frei Vicente do Salvador, já no início do século XVII: “Nem um homem nesta terra é repúblico, nem zela e trata do bem comum, senão cada um do bem particular”.

A Revolução de 1930, desencadeada com o objetivo declarado de pôr cobro às fraudes eleitorais, desembocou alguns anos



após em um regime sem eleições, uma ditadura que manteve o velho coronelismo no campo e contou com o apoio das novas massas de trabalhadores nos centros urbanos.

Ao término de dois regimes autocráticos – o Estado Novo getulista e o regime militar instaurado com o golpe de 1964 – promulgamos uma lei de anistia para os crimes políticos. Por trás desse direito oficial, no entanto, havia o direito não declarado, mas subentendido, segundo o qual anistiados também estavam os agentes públicos e seus cúmplices na sociedade civil, responsáveis pelo cometimento de várias atrocidades contra opositores ao regime.

Creio não haver melhor simbologia para o caráter dual do nosso ordenamento jurídico, do que a figura de Janus bifronte, o deus romano da passagem. Quando o direito oficial não se opõe aos poderosos, ele é tido e proclamado como o único legítimo e em vigor. Basta, no entanto, surgir um mínimo conflito entre os interesses particulares dos que mandam e as normas contidas na Constituição e nas leis, para que se abram automaticamente as portas de comunicação com o outro ordenamento não declarado, que consagra o *status domini* tradicional.

Foi por essa razão, aliás, que o sistema capitalista fixou, tão rapidamente, fundas raízes entre nós. Graças à sua natureza camaleônica, ele logra sempre revestir de cores claras a mais sombria realidade. Sob o rebuço da autoridade pública, os agentes estatais não hesitam em atuar no interesse privado. A resplandecência de Mercado, deus da liberdade empresarial, ofusca nossa visão, impedindo-nos de ver com nitidez o sacrifício cotidiano, em seu altar, da liberdade de trabalhadores e consumidores. De acordo com informe oficial das Nações Unidas, somos o segundo país de maior desigualdade social no mundo. Pouco nos importa, contudo, essa trágica realidade, pois o princípio da isonomia abre, solenemente, nossa declaração constitucional de direitos fundamentais.

Dois exemplos históricos ilustram à perfeição a duplicidade por assim dizer orgânica de nosso sistema jurídico: a escravidão negra e a adoção do regime democrático.

A Constituição de 1824 declarou textualmente “desde já abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis” (art. 179, XIX).



Em 1830, porém, o Código Criminal previu, em seu art. 44, a pena de galés, que sujeitava os réus “a andarem com calceta no pé e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregarem-se nos trabalhos públicos da província, onde tiver sido cometido o delito, à disposição do Governo”. Escusa dizer, embora o Código não o declarasse, que essa penalidade patentemente cruel só se aplicava aos escravos.

E havia mais. Apesar da expressa proibição constitucional, os cativos foram, até a lei de 1886, ou seja, até as vésperas da abolição, marcados com ferro em brasa, e regularmente sujeitos à pena de açoite. O mesmo Código Criminal de 1830, em seu art. 60, fixava para os escravos o máximo de 50 (cinquenta) açoites por dia. Mas a disposição legal nunca foi respeitada. Era comum o infeliz sofrer até duzentas ou trezentas chibatadas diárias e morrer em consequência; como sucedeu com dois escravos condenados pelo tribunal do júri de Paraíba do Sul, em 1886, o que levou à rápida aprovação da lei a que acabo de me referir. Tudo isso, para não falar dos castigos mutilantes sistematicamente aplicados aos cativos, como todos os dentes quebrados, dedos decepados ou seios furados.

Na realidade, embora mantido em segundo plano, o direito não oficial da escravidão jamais deixou de existir. Um bom exemplo a esse respeito foi a permanência do tráfico negreiro por longos anos, em situação de gritante ilegalidade.

Em 1831, após dois tratados celebrados com a Inglaterra e não cumpridos, os quais equipararam o comércio infame à pirataria, a Regência promulgou a Lei de 7 de novembro, declarando livres de pleno direito todos os africanos desembarcados no Brasil após a sua entrada em vigor.

Até a promulgação da Lei Euzébio de Queiroz, em 1850, contudo, esse aparato jurídico oficial só existiu literalmente “para inglês ver”. Como assinalou o grande rábula negro Luiz Gama – cuja entrada nesta Faculdade foi impedida pelo racismo de alguns estudantes, mas que acabou por partilhar o escritório de advocacia de dois de nossos antigos catedráticos, os Doutores Januário Pinto Ferraz e Dino Bueno – na prática tudo transcorria como se o tráfico fosse perfeitamente legal:



“Os carregamentos eram desembarcados publicamente, em pontos escolhidos das costas do Brasil, diante das fortalezas, à vista da polícia, sem recato nem mistério. Eram os africanos, sem embaraço algum, levados pelas estradas, vendidos nas povoações, nas fazendas, e batizados como escravos pelos reverendos, pelos escrupulosos párocos!...”¹

Se considerarmos agora a questão do entendimento dado entre nós à ideia de democracia, encontraremos idêntica anfibia, a mesma exibição de vistosa fachada para ocultar o interior sórdido do prédio.

Em maio de 1811, nas páginas do *Correio Braziliense*, editado em Londres, Hipólito José da Costa fez questão de lançar severa advertência contra a adoção entre nós do regime de soberania popular:

“Ninguém deseja mais do que nós as reformas úteis; mas ninguém aborrece mais do que nós, que essas reformas sejam feitas pelo povo; pois conhecemos as más consequências desse modo de reformar; desejamos as reformas, mas feitas pelo governo; e urgimos que o governo as deve fazer enquanto é tempo, para que se evite serem feitas pelo povo.”²

Na Fala do Trono dirigida aos constituintes de 1823, nosso primeiro imperador declarou esperar que a Constituição a ser elaborada pusesse “barreiras inacessíveis ao despotismo, quer real, quer democrático”.³

Foi somente a partir do término da Guerra do Paraguai, que a ideia de democracia, expurgada de suas conotações subversivas, começou a ser favoravelmente invocada. No Manifesto Republicano de 1870, o vocábulo e várias expressões cognatas – *solidariedade*

1 Citado por Sud Menucci, *O Precursor do Abolicionismo no Brasil* (Luiz Gama), Companhia Editora Nacional, coleção Brasileira, vol. 119, p. 171.

2 Cf. Barbosa Lima Sobrinho, *Antologia do Correio Braziliense*, Editora Cátedra – MEC, 1977, pp. 79/80.

3 Ibidem, p. 16.



democrática, liberdade democrática, princípios democráticos ou garantias democráticas – aparecem nada menos do que 28 vezes. Um dos seus tópicos é intitulado *a verdade democrática*. Mas nem uma palavra é dita sobre a escravidão. É sabido, aliás, que os líderes do partido republicano opuseram-se à Lei do Ventre Livre, e só aceitaram a emancipação dos cativos em 1887, ou seja, quando ela já era um fato quase consumado.

Ao final da década de 70, iniciou-se o movimento pela reforma do sistema eleitoral, com a abolição das eleições indiretas. O gabinete Sinimbu tentou aprovar uma emenda constitucional nesse sentido e, para tranquilizar a classe dominante dos grandes proprietários rurais, propôs a eliminação do voto dos analfabetos e a elevação do censo, isto é, da renda mínima anual exigida para a inscrição nas listas eleitorais.

Foi então que se levantou o Deputado José Bonifácio, o Moço, Professor ilustre desta Faculdade e, seguramente, o maior tribuno parlamentar que este país jamais conheceu. Quando subiu à tribuna da Câmara, na tarde do dia 28 de abril de 1879, a Casa estava à cunha e a sessão teve que ser interrompida várias vezes, diante das pressões do público, que pretendia ingressar no recinto e era barrado pelo serviço de ordem.

“Os sustentadores do projeto”, disse ele sob intenso aplauso, “depois de meio século de governo constitucional, repudiam os que nos mandaram a esta câmara, aqueles que são os verdadeiros criadores da representação nacional. Por que? Porque não sabem ler, porque são analfabetos! Realmente a descoberta é de pasmar! Esta soberania de gramáticos é um erro de sintaxe política (*prorrompem aplausos e risos no plenário*). Quem é o sujeito da oração? (*Hilaridade prolongada*). Não é o povo? Quem é o verbo? Quem é o paciente? Ah! Descobriram uma nova regra: é não empregar o sujeito. Dividem o povo, fazem-se eleger por uma pequena minoria, e depois bradam com entusiasmo: Eis aqui a representação nacional!”⁴

4 Apud Sérgio Buarque de Holanda, *História Geral da Civilização Brasileira*, tomo II, 5º volume, São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1972, pág. 206.



Diante do malogro do Gabinete Sinimbu em conseguir ver aprovada a mudança constitucional, o Imperador designou como Primeiro-Ministro o Conselheiro José Antonio Saraiva, dito o Messias de Ipojuca. Este não teve dúvidas: concentrou seus esforços retóricos na demonstração de que o regime do povo soberano, até então tido como fator de convulsão social, já se havia aclimatado a estes trópicos. Em sessão da Assembleia, na legislatura de 1880, declarou:

“Gozamos de plena democracia no Brasil. [...] Convivemos com qualquer pessoa; pomos os libertos à nossa mesa e confiamos mais nos libertos dignos de confiança do que em muitos cidadãos brasileiros.”⁵

Faltou apenas dizer que, uma vez abolida a escravidão, criaríamos aqui uma sociedade perfeitamente igualitária. O que não demorou muito a ser oficialmente proclamado. Em Mensagem ao Congresso Legislativo de São Paulo no quadriênio 1912 – 1916, Francisco de Paula Rodrigues Alves, que havia sido Presidente da República de 1902 a 1906, pôde declarar *en passant*, como se se tratasse de verdade evidente por si mesma: “Entre nós, em um regimen de franca democracia e completa ausência de classes sociais...”⁶

Púnhamos então na sombra o fato incômodo de que à época em que foram ditas tais palavras, o eleitorado nacional não ultrapassava 1,5% da população total do país. Mas afinal, tínhamos eleições. Logo, tínhamos democracia. “Uma democracia à brasileira”, como disse o General que mandou prender o grande advogado Sobral Pinto em 1968. Ao que este retrucou: “General, eu só conheço peru à brasileira”.

Efetivamente, ao procurarem justificar o golpe de Estado de 1964, os chefes militares não hesitaram, no chamado ato institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, em se declararem representantes do povo brasileiro, para exercer em seu nome o poder constituinte. Seis meses depois, no ato institucional nº 2, o Marechal Castello Branco e seus ministros fizeram questão de dizer que a “ordem revolucioná-

5 Apud Richard Graham, op. cit., p. 32. Observe-se que os libertos da escravidão não gozavam de plena cidadania.

6 Cf. Galeria dos Presidentes de São Paulo – Período Republicano 1889 – 1920, organização de Eugenio Egas, S. Paulo, Publicação Oficial do Estado de S. Paulo, 1927.



ria [...] procura colocar o povo na prática e na disciplina do exercício democrático”.

A invocação retórica da democracia para encobrir todos os crimes do regime autoritário atingiu seu ponto culminante com o infame ato institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, redigido por ninguém menos que um Professor Catedrático e ex-Diretor desta Casa. O formidável ucasse abriu as portas ao terrorismo de Estado, a fim de assegurar *ipsis verbis* “autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana”.

Se voltarmos agora os olhos para a realidade atual, é doloroso reconhecer que a democracia permanece um “lamentável mal-entendido”, como assinalou Sérgio Buarque de Holanda.

A Constituição Federal de 1988 abre-se com a declaração solene de que “a República Federativa do Brasil [...] é um Estado democrático de Direito”, no qual “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (art. 1º).

Acontece que essa Constituição, como todas as que a precederam, não foi aprovada pelo povo. Pior: os que se intitulavam representantes populares, ao redigirem a Constituição – tal como sucedeu invariavelmente no passado – arrogaram-se o poder exclusivo de modificá-la, sem consulta ao representado. Até a data de hoje, o texto de 1988 foi emendado (ou melhor, remendado) sessenta e três vezes; o que perfaz a apreciável média de mais de 3 emendas por ano. Nada menos do que 17 dessas mudanças textuais atingiu o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; evidenciando que, até hoje, a Constituição de 1988 ainda não entrou definitivamente em vigor. Ora, em nenhuma dessas ocasiões, o povo soberano foi consultado.

Na verdade, ao lograrem – sem o menor protesto de quem quer que seja – essa autoatribuição exclusiva do poder de mudança constitucional, os parlamentares tornaram-se, escusa frisá-lo, os verdadeiros titulares da soberania. Constitucionalizamos, por essa forma, um duplo regime político: o efetivo, de natureza tradicionalmente oligárquica, e o simbólico, de expressão democrática.

Uma análise ainda que superficial de outras disposições da Constituição de 1988 confirma a existência dessa duplicidade inerente ao regime político adotado e a toda a nossa tradição jurídica.



O art. 14 declara que a soberania popular será exercida não só pelo sufrágio eleitoral, mas também mediante plebiscitos e referendos, e ainda pela iniciativa popular – entenda-se, meramente legislativa. No art. 49, inciso XV, porém, a Constituição inclui na competência exclusiva do Congresso Nacional “autorizar referendo e convocar plebiscito”. De acordo com o entendimento prevalecente, tais atos de autorização e convocação são condições indispensáveis para que o povo tenha o direito de manifestar sua vontade política. Ou seja, o mandante está proibido de tomar decisões, a não ser com a prévia licença do mandatário; o que representa, sem dúvida, original criação do espírito jurídico brasileiro!

Objetar-se-á, provavelmente, que essa visão severa de nossa vida pública não considera o avanço realizado quanto à proteção dos direitos humanos com a Constituição de 1988.

Indubitavelmente, seria injusto negar esse progresso ético no nível do direito escrito. Mas teria ele, porventura, eliminado nessa matéria a vigência de outro direito, não formalizado na Constituição?

Consideremos um exemplo recente. De um lado, o esbulho possessório de terras públicas na Amazônia Legal é legitimado por meio de medida provisória, depois convertida em lei. De outro lado, a ocupação pacífica de latifúndios improdutivos por agricultores sem terra, ou a instalação de famílias sem teto em grandes áreas urbanas não edificadas, é sistematicamente reprimida com violência pela Polícia e denunciada como grave perturbação da ordem pública nos meios de comunicação de massa. É que de um lado temos a propriedade pública, propriedade do povo, e de outro, a propriedade privada; sendo óbvio, mas nunca explicitado, que a última é mais importante que a primeira.

Burla análoga verificamos em matéria de liberdade de expressão. No passado, jornais e demais periódicos impressos constituíam um instrumento indispensável de contrapoder diante do arbítrio estatal. No mundo contemporâneo, porém, os meios de comunicação de massa, com raras exceções, tornaram-se objeto de oligopólio de grandes grupos empresariais, e atuam como centros de manipulação da opinião pública e de pressão sobre os órgãos do Estado, visando ao atendimento das reivindicações das classes dominantes.

É lamentável que as instituições universitárias, de modo ge-



ral, tenham permanecido indiferentes a todos esses males, como se eles não lhes dissessem respeito.

Três funções são oficialmente reconhecidas às Universidades: o ensino, a pesquisa e a prestação de serviços à comunidade.

Quanto ao ensino, constitui um escárnio verificar que as instituições universitárias, sobretudo as financiadas com recursos públicos, como a nossa, tendem a formar mais profissionais técnicos para o mundo empresarial, do que defensores dos direitos dos pobres e abandonados. Importa lembrar que as Universidades públicas do Estado de São Paulo têm seu financiamento atrelado à arrecadação do ICMS, que é um imposto indireto, cujo peso econômico recai proporcionalmente muito mais sobre os contribuintes pobres. É, portanto, da mais estrita justiça que retribuamos a eles, em educação, que deles recebemos em recursos financeiros.

No tocante à pesquisa, o dever máximo de uma Universidade hoje, não só no Brasil, mas no mundo todo, é o de conceber soluções alternativas para o sistema capitalista oligárquico, que representa o grande flagelo social do mundo contemporâneo.

Finalmente, em matéria de prestação de serviços à comunidade, às Faculdades de Direito incumbe a urgente tarefa de complementar o ensino teórico com o cuidado constante em aproximar os estudantes da massa imensa de pobres e miseráveis. Nossos alunos deveriam ser treinados para revelar, a todos eles, os direitos humanos que a Constituição lhes reconhece, e a habilitá-los a exigir o seu cumprimento.

Mas não é só essa a grande carência funcional das Universidades no momento presente.

Vivemos, neste início do vigésimo primeiro século da era cristã, uma etapa decisiva na História. Trata-se de saber se, ao cabo de um movimento multimilenar de reunião da espécie humana no espaço limitado e convergente do planeta, seremos enfim capazes de reunir os povos do mundo num convívio harmônico e solidário, fundado no respeito à dignidade eminente do ser humano; ou se iremos todos sucumbir, miseravelmente, à dominação destruidora da minoria rica, poderosa e irresponsável.

O principal objetivo da educação superior, no mundo atual, consiste, pois, em formar profissionais aptos a enfrentar esse magno



desafio, e a escolher o bom lado: a construção daquela *communis humani generis societas* (a sociedade universal do gênero humano), de que falou Cícero há mais de vinte séculos; uma sociedade centrada em torno da Vida, no sentido bíblico da palavra, isto é, da plenitude do ser.

Ao iniciar sua marcha pelos caminhos da História, o povo brasileiro caiu nas mãos de assaltantes, que o maltrataram, deixando-o inconsciente à beira da estrada. Por ali passaram, no correr dos séculos, altas personalidades, inclusive Professores de Direito. Eles viram o estado lastimável da vítima, mas não se detiveram para socorrê-la.

Minha ardente esperança é não deixar esta vida, antes de ver a nossa juventude, em especial a valorosa mocidade das Arcadas, tal como o bom samaritano da parábola evangélica, vir em socorro do povo brasileiro. Que ela o ajude a pôr-se de pé, a fim de que possa, juntamente com os demais povos irmãos, construir um mundo novo, fundado na Verdade, na Justiça e no Amor.

Arcadas, 23 de setembro de 2009.





Notas sobre os títulos causais e sua função social

Hilário de Oliveira e Andréa Luísa de Oliveira

*Professor da Universidade Federal de Uberlândia,
Doutor em Direito das Relações Econômicas
Internacionais, pela PUC-SP,
Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.*

*Professora Especialista da Esamc - Escola Superior de
Administração, Marketing e Comunicação.*

Resumo:

*Esta pesquisa foi extraída de atividades acadêmicas, desenvolvidas nos anos de 2008 e 2009, na Universidade Federal de Uberlândia e Esamc. Sob o enfoque de títulos de crédito causais, além dos elementos essenciais, [atribuídos a Cesare Vivante]: da literalidade, cartularidade e autonomia e dos não essenciais: do aceite, aval e endosso, agora ditos como **interna corporis**, não mais que de pano de fundo, neste trabalho, como marco temporal de sua exigibilidade, fala-se dos elementos essenciais, **externa corporis** [atribuídos a Francesco Carnelutti]: da liquidez, certeza e exigibilidade, e de igual modo, são também identificados os elementos não essenciais, **externa corporis** [as garantias sobrejacentes]. Por este novo critério, os*



títulos de créditos causais são constituídos de corpus et animus. Na cártula encontramos o corpus; o animus somente é concebido nos seus elementos externos, que introjetam efeitos incidentes ditados pela sua causalidade. Desse modo, os títulos de crédito sem animus equiparam-se a um corpo sem alma [sem sustentação financeira]. Quanto às garantias sobrejacentes, externa corporis, inseridas no descritor como novas vestimentas do crédito, são especificadas as garantias reais e as garantias pessoais. Dentre as garantias reais, são lembrados: o penhor e a hipoteca [bens oferecidos pelo devedor] e a penhora [salvaguarda provocada pelo credor]. Em novo passo, no grupo de garantias pessoais, do antecedente lógico, são mencionadas as garantias quirografárias [bens caucionados de propriedade do devedor] e as garantias fidejussórias [vinculadas à propriedade de terceiros].

Palavras-chave: títulos de crédito; títulos causais; comércio internacional.

Abstract

*This research comes from academic activities, done these years of 2008 and 2009, at the Federal University of Uberlândia and Esamc. With the connotation of causal security bonds, besides the essential elements, {attributed to Cesare Vivante}: meaning literally, a negotiable instrument and autonomy, and the non essential ones: acceptance, collateral signature and endorsement, now said as **interna corporis**, trivial to this work, as a temporal boundary towards its liability, we are now talking about the essential elements named **externa corporis** {attributed to Francesco Carnelutti}: liquidity, certainty and liability, and same way the **externa corporis**, the non essential elements are also identified (**collateral guaranty**). Through this new approach, the causal security bonds are made of corpus and animus. The corpus is the negotiable instrument but the animus is only conceived through its external elements which introduce eventual effects from causality. Therefore security bonds without animus are equivalent to a human being without soul (without financial support). The **externa corporis**, collateral guaranty, described as new vestments of the credit both are specified, one as real security and the other as personal security. It should be remembered that among real security we have the pawn and mortgage (estate the debtor offers) and*



*attachment (the right the creditor has against the debtor in a legal action). In a new situation, regarding the logical premises of personal securities it should be mention the **guaranty without preferences** (debtor ownership estate) and the personal security (linked to third party ownership).*

Keywords: *letter of credit, security bond, causal security, international commerce.*

O Sopro Deontico da Exigibilidade e os Elementos “*interna corporis e externa corporis*” dos Títulos Causais

1. O Fato Gerador e a Expectativa de Recebimento dos Títulos Causais

Títulos de créditos causais são os instrumentos creditícios “*pro solvendo*”, que têm a sua origem declarada em fato gerador e causa anteriores ao ato de criação da própria cártula. A preexistência de contratos fundamenta a emissão desses papéis e o direito deles resultante é questionado da própria negociação explicitada no seu contexto descritivo. E mais, esses títulos causais são facilmente reconhecidos, nas exportações e importações, pois estão acompanhados por documentos comerciais e fazendários.¹

Não de outro modo, *estes incidentes de crédito, [demarcados pela causalidade jurídica]*, são vestimentas de conteúdo contratual e cartulário que operam, no campo da lógica deontica (*do dever-ser*), como expedientes redutores dos critérios de *antecedente lógico e consequente prescritivo*. O seu antecedente [*o descritor*] é

1 Para Waldirio Bulgarelli, in *Títulos de crédito*, p. 70-71: “*nos títulos abstratos, como afirma curiosamente Vivante, a causa dorme, enquanto os títulos circulam, ficando fora da obrigação, para torná-la mais segura e ágil.*”

“Essa falta de conexão entre o título abstrato e o negócio fundamental não raro tem gerado problemas na prática. Por isso a *abstração vem sendo minada na sua pureza*, impossível de se aceitar em termos práticos esse excessivo formalismo (*baseado na aparência jurídica*) que, se de um lado dá um grau quase absoluto de segurança ao título, por outro lado pode ensejar negócios imorais acobertados pela impossibilidade da indagação da causa do título. Por isso a jurisprudência, coagida pela necessidade de fazer justiça, afasta muitas vezes a abstração para olhar além dela, a causa determinante do título, e o próprio legislador vai reduzindo ao mínimo os títulos abstratos.”

“Por seu turno, os *títulos causais*, que chegaram a ter negado seu caráter de títulos de crédito, correspondem a um negócio determinado. Assim, na declaração cartular haverá referência ao negócio fundamental que lhe deu a causa, e as exceções decorrentes passam a ser cartulares.”



representado por um conjunto de direitos e condutas intersubjetivas de comportamento, suscetíveis de avaliação econômica, de que o policitante é titular; enquanto o seu consequente [o *prescritor*] é revelado na apresentação do título causal sucedâneo, em que o sujeito passivo descrito pelo critério material do antecedente suporte fático, [*reconhecido pela incidência da norma e compostura do liame obrigacional*], obriga-se a entregar todo o valor contido na cártula, ao seu legítimo proprietário [o *beneficiário do crédito*].²

O *fato gerador* é o *sopro deôntico da exigibilidade*, pautado no dever-ser social, *que imprime o caráter potestativo*, dá vida e sustentação ao crédito [animus] e, *de igual modo, na literalidade proporcional nova imputação jurídica ao título de crédito [corpus]*.³

Instantâneo, gerado pela força-motriz da causalidade incidente e tecido pela sinergia do comprometimento das partes, *por subsunção este mesmo fato metafísico* provoca o encontro do côncavo com o convexo, *de antecedente lógico e consequente prescritivo*, [*neste momento deôntico, as fases fundamentais, descritora e negocial, integram-se aos contextos cartulário e secundário da fase postrema do título*].⁴

2 Para Paulo de Barros Carvalho, in *Curso de Direito Tributário*, p. 260: "a hipótese alude a um fato e a consequência prescreve os efeitos jurídicos que o acontecimento irá propagar, razão pela qual se fala em *descriitor e prescriitor*, o primeiro para designar o antecedente normativo e o segundo para indicar seu consequente."

3 Para Paulo de Barros Carvalho, in *Curso de Direito Tributário*, p. 260: "a norma tributária em sentido estrito, reiteramos, é a que define a incidência fiscal. Sua construção é obra do cientista do Direito e se apresenta, de final, com a compostura própria dos juízos hipotético-condicionais. Haverá uma hipótese, suposto ou antecedente, a que se conjuga um mandamento, uma consequência ou estatuição. A forma associativa é a *cópula deôntica*, o dever-ser que caracteriza a imputação jurídico-normativa. Assim, para obter-se o vulto abstrato da regra-matriz é mister isolar as proposições em si, como formas de estrutura sintática; suspender o vector semântico da norma para as situações objetivas (*tecidas por fatos e por comportamentos do mundo*); ao mesmo tempo em que se desconsidera os atos psicológicos de querer e de pensar a norma".

4 Para Cândido Paz-Arez, in *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, p.11: "Cuando *Primus* y *Secundus* cele-bran un contrato de compra-venta asistimos a la realización de un "negocio primario" (o negocio fundamental) que tiene plena autonomía en el plano económico o sustancial. Los negocios fundamentales se caracterizan precisamente por eso, porque se justifican en si mismos (*sunt causa sui ipsius, decia ya Baldo*). Por el contrario, cuando *Primus* acepta la letra de cambio librada a su cargo por *Secundus*, nos encontramos ante un "negocio secundario" (o *negocio de ejecución*) que diferencia del anterior carece de autonomía en el orden sustancial (nadie que esté en sus cabales firma una letra sin más, del mismo modo que no reconoce una deuda que no tiene o promete una prestación que no debe). Los negocios cambiarios – como todos los negocios ejecutivos – tienen, pues, su razón de ser fuera de si mismos (*sunt aliunde tamen causandus*); y concretamente – como negocios secundarios que son – presuponen necesariamente un negocio inicial o fundamental, que por esa razón suele denominarse "*negocio causal*". Esto explica por qué en la letra se entremezclan dos tipos de relaciones que conviene mantener separadas: las relaciones cartulares o estrictamente cambiarias y las relaciones fundamentales o causales que en sí mismas son extracambiarias. Las relaciones cambiarias son aquellas que cobran vida con la redacción, suscripción y entrega del título. Relaciones cambiarias son, pues, en nuestro ejemplo aquellas que genera la firma y entrega de la letra por *Primus* a *Secundus* y la transmisión de la misma, en su caso, por *Secundus* a *Tertius*."



Na sua criação, o homem teve o seu corpo materializado “do pó da terra” e, *pelo sopro do Espírito Santo, foi-lhe introjetada a sua alma, intangível e eterna, que lhe deu luz e vida eliana*, imputação e personalidade jurídicas, [este novo ser, (*antropocêntrico e autônomo*), unívoco, desde então passou a ser constituído de “*corpus et animus*”].⁵

Sob esse singelo enunciado laico, non plus ultra, na ocorrência do fato jurisdicionado pela interação comunicativa da venda sobre documentos, [*por idêntico sopro deôntico de causalidade incidente, que possa dar nova sustentação ao crédito securitizado pela exigibilidade*], aquela norma antecedente, [*geral e arbitrária*], pelo seu objeto dinâmico transmuda-se para individual e concreta, [*agora prescritiva e de conteúdo cartulário*].⁶

Neste instante abrasivo, [*de expectativa pelo recebimento dos recursos*], fortalecido pelo *sopro deôntico da exigibilidade negocial, o mesmo título causal, silente, no regime de competência, ao ser confirmado, adquire plenitude cartulária e novel eficácia territorial*, gerando efeitos creditícios e novos matizes vetoriais [*de aplicabilidade e determinabilidade da norma*], impregnados e robustecidos pelos limites cambiários e pelos sensores erga omnes da responsabilidade social (art. 421 do Código Civil).⁷

A confirmação do crédito é tida como nova promessa de pagamento em relação ao comprometimento originário e não como mera repetição negocial. O banco, na confirmação on line, assume o compromisso atuarial de pagar o valor do crédito, ou de negociar no todo ou em parte os saques apresentados ao seu amparo. Dessa forma, se satisfeitas as exigências apontadas na carta de crédito [*pelo exame dos documentos comerciais*], ainda que inexistam recursos no banco designado para reembolso, ocorre a liberação das divisas

5 Para a Bíblia Sagrada, in *Genesis II*, 7: “e formou o Senhor Deus o homem do pó da terra, e *soprou em suas narinas o fôlego da vida*; e o homem foi feito alma vivente”.

6 Para Tullio Ascarelli, in *Teoria geral dos títulos de crédito*, p. 167: “os direitos cartulares causais são oriundos de um negócio declaratório. Com efeito, eles contêm a referência à causa da relação fundamental, por tal forma que as obrigações declaradas são baseadas sobre uma causa determinada e, portanto, subordinadas à existência desta e às normas que dela derivam.”

7 Em nosso entendimento, in *Títulos de crédito*, p. 166: “*pelo regime de competência* este novel titular dos recursos (*o banco negociador*), por ordem de saque, qual seja mediante débito ordenado ao sacador (*o banco emissor*) legiferante exige, por *swift*, o crédito das divisas existentes no banco sacado (*o banco reembolsador*), que é o depositário da moeda transcrita no instrumento cartulário, emitido ao amparo das vendas sobre documentos (*a carta de crédito*).”



garantidas pelo banco confirmador.

Neste contexto, *o fato gerador é identificado em operações comerciais, de câmbio sacado, confirmadas e conduzidas por negociações sem discrepância, [qual seja, a liberação das divisas está assegurada, ao serem atendidas pelo exportador, com extremado rigor, todas as exigências documentárias apostas na carta de crédito comercial]*.⁸

Diante disso, nas operações conduzidas por cartas de crédito, *se os papéis comerciais encaminhados, pelo banco negociador, são apresentados em ordem ao banco instituidor do crédito [negociação sem discrepância]*, não pode o importador escusar-se do pagamento, a pretexto de defeito de qualidade ou do estado da coisa vendida, exceto se esses incidentes reversos *[não toleráveis]* venham a ser comprovados no desembaraço alfandegário da mercadoria, *[art. 529, § único do Código Civil]*.⁹

Por outro lado, *a inexistência do fato gerador, [nos acidentes de percurso, provocados por negociações documentárias com discrepância]*, pode acarretar sérios prejuízos ao fornecedor recalcitrante. Sem outra escolha, *nesse momento atípico*, ele perde o poder de fogo negocial e, *[motivado pela eficácia social]*, passa a dispor de apenas *três opções, não honrosas*, para saneamento definitivo da pendência comercial: a) *na concessão de um desconto negociado*, para que o importador seja estimulado pela manutenção da mercadoria consigo, na forma como se encontra; b) *na renegociação da mercadoria* com outro importador, ainda que de país diverso; ou até c) *autorizar o retorno do produto exportado*, para que este seja comercializado no país de origem, mediante escrituração e registro das divisas no Banco Central, com a incidência não desejável da tribu-

8 Em nosso entendimento, in *Direito e negócios internacionais*, p. 180: "as operações de câmbio sacado são classificadas em: a) *operações comerciais*: são as negociações do comércio exterior que envolvem as exportações e as importações de mercadorias, as quais são conduzidas mediante pagamento à vista ou a curto prazo; b) *operações financeiras*: são as demais operações de natureza pecuniária que dizem respeito a remessas pessoais de recursos, estando incluídas nessa rubrica a prestação de serviços e as transações correntes, como também as importações de bens acobertadas por financiamentos de longo prazo."

9 Para Cesar Massimo Bianca, in *Realtà sociale ed effettività della norma – obbligazioni e contratti*, p. 323: "se i documenti sono regolari il compratore non può rifiutare il pagamento del prezzo adducendo eccezioni relative alla qualità e allo stato delle cose, a meno che tali eccezioni risultino già dimostrate (art. 1.528, 1° comma, c.c.)".



tação e exigibilidade: de todos os impostos, dos gastos fiscais, da bonificação *[pelo não ingresso das divisas]* e despesas alfandegárias decorrentes. *[Veja-se o art. 894, do CC].*¹⁰

2. Os Elementos “*interna corporis*” dos Títulos Causais

A letra de câmbio teve a sua origem na Península Itálica. Esta “*littera cambi*”, surgida no século XIII, *[ainda que não fossem vislumbradas, no seu contexto, as características da atual cambial]*, introduziu histórica relevância aos primeiros registros contábeis palacianos, pela vassalagem. Já naquela época feudal, *[transcrita pela fase renascentista do baixo-latim]*, a letra de câmbio era vista como eficaz instrumento de pagamento, mesmo sem a aparência formal dos títulos de crédito, hoje convalidados *pelos seus elementos essenciais*, *[atribuídos a Cesare Vivante]*: de cartularidade, literalidade e autonomia; e *pelos seus elementos não essenciais*: de aceite, aval e endosso.

Pois bem. O título de crédito é o documento necessário para exercer o direito literal e autônomo nele descrito. Diz-se que o direito mencionado no título é *literal*, porquanto ele existe segundo o teor do documento. Diz-se que o direito é *autônomo*, porque a posse de boa-fé enseja um direito pró-

10 Para Paulo de Barros Carvalho, in *Curso de direito tributário*, p. 83: “já a eficácia pode ser estudada sob três ângulos, que denominamos *eficácia jurídica*, *eficácia técnica* e *eficácia social*.”

“*Eficácia jurídica* é a propriedade de que está investido o fato jurídico de provocar a irradiação dos efeitos que lhe são próprios, ou seja, a relação de *causalidade jurídica*, no estilo de Lourival Vilanova. Não seria, portanto, atributo da norma, mas sim do fato nela previsto.”

“Sob a rubrica de *eficácia técnica* vemos a condição que a regra de direito ostenta, no sentido de descrever acontecimentos que, uma vez ocorridos no plano do real-social, tenham o condão de irradiar efeitos jurídicos, já removidos os obstáculos de ordem material que impediam tal propagação. Diremos ausente a eficácia técnica de uma norma (*ineficácia técnico-sintática*) quando o preceito normativo não puder juridicizar o evento, inibindo-se o desencadeamento de seus efeitos. Já a *ineficácia técnica será de caráter semântico* quando dificuldades de ordem material impeçam, iterativamente, a configuração em linguagem competente assim do evento previsto, quanto dos efeitos para ela estipulados. Em ambos os casos, *ineficácia técnico-sintática* ou *técnico-semântica*, as normas jurídicas são vigentes.”

“A *eficácia social* ou *efetividade*, por sua vez, diz respeito aos padrões de acatamento com que a comunidade responde aos mandamentos de uma ordem jurídica historicamente dada. Indicaremos como eficaz aquela norma cuja disciplina foi concretamente seguida pelos destinatários, satisfazendo os anseios e as expectativas do legislador, da mesma forma que inculcaremos de ineficaz aquela outra cujos preceitos não foram cumpridos pelos sujeitos envolvidos na situação tipificada. Toda vez que a conduta estipulada pela norma for reiteradamente descumprida, frustrar-se-ão as expectativas, inexistindo eficácia social.”



prio, que não pode ser limitado ou destruído pelas relações existentes entre os precedentes possuidores e o devedor. Diz-se que o título é o *documento necessário para exercitar o direito*, porque enquanto o título existe, o credor deve exibi-lo para exercitar todos os direitos, seja principal seja acessório, que ele porta consigo e não se pode fazer qualquer mudança na posse do título sem anotá-la sobre o mesmo. Este é o conceito jurídico, preciso e limitado, que deve substituir-se à frase vulgar pela qual se consigna *que o direito está incorporado no título*.¹¹

Por esta análise complexiva, *[lecionada por Cesare Vivante]*, o direito cartulário é literal na medida exata do que está escrito no próprio documento apresentado, *[que estabelece, nos seus contornos gráficos, os limites contextuais da obrigação pecuniária assumida pelo devedor]*. Este instrumento é também cartular, pois o direito materializado *[pela vontade predicativa dos seus possuidores]* repousa inteiramente no próprio título, pela chancela do endosso. E, de outro lado, cada proprietário do crédito, transcrito no documento, passa a ser um novo titular de iguais direitos autônomos em relação aos demais, pois o objeto inerente da sua transferência é exteriorizado no próprio título e não apenas pelo direito incidente que nele se incorpora.

Nos limites declarados da intenção objetivada pelos seus proprietários, ao serem exigidas as divisas pelo banco negociador, *[mediante saques eletrônicos (swift) impulsionados no interbancário]*, as cartas de crédito prescindem da causa para que a obrigação nelas contidas seja revestida de exigibilidade. Na feliz comparação, de

11 Para Cesare Vivante, in *Trattato di diritto commerciale*, vol III, p. 123: "il titolo di credito è un documento necessario per esercitare il diritto letterale ed autonomo che vi è menzionato. Si dice che il diritto menzionato nel titolo è letterale, perchè esso esiste secondo il tenore del documento. Si dice che il diritto è autonomo, perchè il possessore di buona fede esercita un diritto proprio, che non può essere ristretto o distrutto dai rapporti corsi fra il precedenti possessori e il debitore. Si dice che il titolo è il documento necessario per esercitare il diritto, perchè fino a quando il titolo esiste, il creditore deve exhibirlo per esercitare ogni diritto, sia principale sia accessorio, che esso porta con sè e non si può fare alcun mutamento nella portata del titolo senza annotarlo sovra di esso. Questo è il concetto giuridico, preciso e limitato, che deve sostituirsi alla frase volgare, per cui s'insegna che il diritto è incorporato nel titolo."



Cesare Vivante, “é como se a causa formal adormecesse enquanto estes títulos circulam”.¹²

Com acerto, a obrigação assumida pelo banco negociador [na exigibilidade das divisas, pelo exame dos documentos da carta de crédito irrevogável]: i) é de norma autônoma, enquanto independente dos ajustes comerciais feitos entre o vendedor e o comprador; ii) é *abstrata*, enquanto distinta da anterior provisão de recursos em moeda nacional, ou outra garantia já constituída na abertura do crédito, pelo seu tomador [o importador]; iii) é *cartular*, enquanto imprescindível à chancela do endosso do novo proprietário do crédito cambiário [o próprio banco negociador]; iv) é *literal*, enquanto disciplinada unicamente pela “*lettera di credito commerciale*”, exsurgente do suporte fático da venda sobre documentos [veja-se o art. 529 do Código Civil].

Mutatis mutandis, com a sua presença assentada nos três elementos essenciais *interna corporis* da vontade cambiária [a *cartularidade*, a *literalidade* e a *autonomia*], sem ofuscar a sua formalidade e sem causar prejuízos a terceiros, pelo seu caráter potestativo, os créditos *stand-by*, originários das remessas financeiras internacionais, são os créditos garantidos pelo nexo da causalidade obrigacional [material e jurídica].

Assim, como as cartas de crédito [condicionadas ao exame de documentos], estes novos papéis são títulos representativos de pagamento pelos quais o banco, [atendidas as exigências impostas pelo seu tomador], assume o compromisso de pagar o contravalor caucionado das divisas ou negociar no mercado de derivados, no todo ou em parte, os saques e as permutas financeiras (*swap*) porventura realizadas ao seu amparo.¹³

12 Para Cesare Vivante, in Tratado de derecho mercantil, vol. III, p 138: “los títulos de crédito pueden circular como documentos de derechos abstractos, esto es, aislados de la causa a que debieron su origen o por virtud de la cual se negocian. En tales casos, también, la emisión o la negociación tiene lugar por una causa concreta, por ejemplo, una remesa de mercancías o de dinero, puesto que nadie quiere obligarse sin motivo: pero esta causa queda fuera de la obligación, no circula con ella, como ocurre en las letras de cambio o en los billetes de Banco. Esta voluntaria separación del título de crédito de la causa que lo origina, protege al acreedor contra las excepciones, a menudo complicadas y desconocidas, que podría derivar de aquella, convirtiéndose, por consiguiente, en un instrumento seguro de crédito, casi un sustitutivo del dinero”... “Los títulos de crédito, y, por lo tanto, las obligaciones derivadas de los mismos, están ligados a la causa que determino su emisión, por lo cual se hallen sujetos a la disciplina del negocio jurídico del que nacieron.”

13 Em nosso entendimento, in Títulos de crédito, p. 170: os *swaps*, como permutas financeiras, oferecem aos bancos uma eficaz gestão de riscos da moeda negociada, uma otimização dos seus rendimentos não alcançada por outros mecanismos de crédito, uma redução dos seus custos financeiros e, sobretudo, imprimem segurança jurídica convergente e proporcionam vantagens contábeis comparativas que excluem, de vez, as futuras perdas de alto valor agregado ditadas pelas oscilações do mercado globalizado.



Em mergulho mais profundo, sem qualquer desvio da trajetória de percurso dos três elementos essenciais dos títulos de crédito, ora descritos neste trabalho como cartulários, literais e autônomos [*de pronto, demarcados tão só para a exigibilidade das cambiais*], pelo princípio da plenitude da relação cambiária, em conclave finalmente ficam postadas as seguintes assertivas: tudo o que se refere ao título necessariamente deve estar transcrito na própria cártula, sob pena de não existir aquela obrigação para o mundo jurídico [*quod non est in littera, non est in mundo*].¹⁴

Por outro lado, agora inteiramente afastada a rigidez formal que deságua na autonomia cartulária, com mais fôlego pelo caminho do consenso supervisionado [*eis que a proposta de venda, transcrita na fatura pro forma, tenha sido formalizada, na convergência da vontade dos seus negociadores*]: o mesmo princípio basilar, da plenitude da relação cambiária prescritiva, não é encontrado no contrato de abertura ou nas possíveis alterações feitas pelo banco, na fase antecedente da cártula, pois estes primeiros acidentes de percurso, *do descritor*, podem ser modificados, aditivados, acrescentados e até excluídos por novas avenças dos seus tomadores, inclusive com a exigência de garantias sobrejacentes e de novos documentos, negociados em peças apartadas.¹⁵

Por igual vertente, *o aceite, o aval e o endosso* autografados na cártula, como *elementos interna corporis não essenciais*, são declarações autônomas de terceiros, que podem compor, ou não, o registro contábil dos usuais títulos de créditos causais.

A omissão destes instrumentais, *de autodefesa*, não implica a invalidade do negócio jurídico que lhes deu origem. De igual modo, a ausência destas assinaturas predicativas: *i)* não retira a legitimida-

14 Para Pontes de Miranda, in *Tratado de direito cambiário*, vol. 1, p. 45-46: "o título cambiário é título formal, porque a lei, acentuando a literalidade exigida, só admite vontade cambiária que se expresse e se declare no título, de modo que obrigações e direitos resultem imediatamente do texto cambiário [...]: *princípio de plenitude da relação cambiária*. Tudo o que há de cambiário está no título, se bem que tudo que pode estar no título não seja cambiário. A lei intervém para dizer qual a forma que ela reputa segura para a expressão da vontade cambiária, sem tornar cego esse formalismo, porque foi feito para servir à circulação, aos possuídos de boa-fé, e não para lhes causar prejuízos."

15 Para Rafael Beses Miguel, in *Transporte, compraventa y responsabilidades*, p. 345: "si el objeto principal de la utilización del crédito documentario es dar garantía a las partes para el cumplimiento de sus obligaciones en el contrato sub-yacente, esto no se consigue por el hecho aislado de que intervenga un banco para realizar el pago y recibir los documentos como puede ser una comisión de cobro. Lo queda efectiva garantía al vendedor (*beneficiario*) de que cobrará su precio es que sea el banco quien se obligue directamente frente a él."



de da obrigação antecedente acobertada pelo título, [*sequer exclui do descritor o raio de incidência dos seus efeitos cambiários*], ii) apenas, e tão só, restringe a sua circulação e a aceitabilidade do crédito, que nele se incorpora.

Pelo endosso da carta de crédito negociada, acompanhado de documentos que não discrepem, ocorre a liberação das divisas com a manutenção dos recursos no país detentor da moeda [art. 894 do C.C.]. Desse modo, por ter sido mantida a moeda no banco de cobertura [*o depositário das divisas*], o exportador desvincula-se do cumprimento das obrigações pecuniárias nela transcritas [*pelo contrato antecedente*] e permanece na trincheira da relação cambiária, apenas, como co-obrigado das exigências documentárias, já sinalizadas pelo importador no advento da abertura do crédito.¹⁶

O *aval*, no entanto, nasce da simples inserção da assinatura que venha a ser identificada no título cambiário, estando adstrito ao valor da cártula e somente exequível, enquanto vigor a exigibilidade do saque. Pela grade do aval, os *avalistas, embora distintos, equiparam-se ao avalizado*; neste sentido os bancos são mais que garantidores, são titulares autônomos, não solidários e isoladamente responsáveis pelo pagamento, no seu respectivo vencimento, da obrigação literal contida na cártula [art. 899 do C.C.].¹⁷

Postado em mesa, *por força da abstração da causa e autonomia cambiária subjacentes*, o *aval* não se presta como segurança da exclusão de todos os débitos obrigacionais concorrentes, assumidos pelo avalizado; pelo seu pagamento, o avalista simplesmente garante a extinção do crédito contido na cártula [art. 897 do Código

16 O Código Civil estabelece, no seu art. 914: “ressalvada cláusula expressa em contrário, constante do endosso, não responde o endossante pelo cumprimento da prestação constante do título.”

17 Para Fábio Ulhoa Coelho, in *Curso de Direito Comercial*, v. 1, 1998, p. 403: “o aval representa garantia dada em favor de devedor da letra de câmbio. Ele é autônomo e equivalente à obrigação do avalizado.”

“Da autonomia do aval seguem-se importantes consequências. Em primeiro lugar, a sua existência, validade e eficácia não estão condicionadas à da obrigação avalizada. Desse modo, se o credor não puder exercer, por qualquer razão, o direito contra o avalizado, isto não compromete a obrigação do avalista. Por exemplo, se o devedor em favor de quem o aval é prestado era incapaz (e não foi devidamente representado ou assistido no momento da assunção da obrigação cambial), ou se a assinatura dele no título foi falsificada, esses fatos não desconstituem nem alteram a extensão da obrigação do avalista. Por outro lado, eventuais direitos que beneficiam o avalizado não se estendem ao avalista. Se o primeiro impetra concordata preventiva, e obtém o direito de postergar o pagamento da letra de câmbio, o seu avalista não pode se furtrar ao cumprimento da obrigação, no vencimento constante do título. Também, em decorrência da autonomia do aval, não pode o avalista, quando executado em virtude do título de crédito, valer-se das exceções pessoais do avalizado, mas apenas as suas próprias exceções (por exemplo, pagamento parcial da letra, falta de requisito essencial etc.).”



Civil]. Em sentido contrário, *agora como interveniente-garante do afiançado*, o *fidejussor* responde com o seu patrimônio pela totalidade da dívida, albergada no contrato antecedente.¹⁸

No entanto, inexistindo a obrigação originária, a *fiança* não resiste à mão visível da eficácia e nulidade do comprometido pelo próprio afiançado, na fase contratual. De outro modo, *no prescritor*, o *aval cartulário subsiste [ainda que nula a obrigação por ele garantida]*; por estar revestido da autonomia não solidária, imposta pelo rigor cambiário, o *aval* é sempre convalidado, exceto se a nulidade assim recepcionada resultar de vício de forma [*querela nulitatis*]. Isto porque a *fiança* é acessória e instrumental [*como garantia sobrejacente*], enquanto o *aval* integra a própria obrigação cambiária recepcionada pelo título [art. 824 do CC, art. 31 da Lei 7357/85 e § 2º do art. 899 do CC].¹⁹

3. Os Elementos “*externa corporis*” dos Títulos Causais

No antecedente lógico, [*com a descrição da hipótese fá-tica*], estão os contratos e as tratativas negociais, de consenso; e no consequente, [*ao disciplinar e prescrever as regras de validade e comportamento*] estão os títulos causais com poder de saque e somente exigíveis, em suas apresentações pelos beneficiários do

18 Para Roberto de Ruggiero, in *Instituições de direito civil*, vol. 1, § 29, p. 360, § 29: “causa é, pois, o fim econômico e social reconhecido e garantido pelo direito; é a própria função do negócio objetivamente considerado, a condição que justifica a aquisição excluindo o fato de ser lesiva do direito alheio e que, de certo modo, representa a vontade da lei face à vontade privada. Do que se diz resulta claramente que (*exceto os negócios abstratos, que por si não exprimam uma causa e por isso podem acolher várias e diversas*) todo o tipo de negócio tem uma causa própria, correspondente à sua função específica, uma causa que lhe dá feição e caráter e justifica o seu reconhecimento.”

19 Para Fábio Ulhoa Coelho, in *Curso de direito comercial*, vol. 1, p. 379: “define-se a solidariedade passiva pela existência de mais de um devedor obrigado pela dívida toda (CC/2002, art. 264). Se duas ou mais pessoas são obrigadas perante um sujeito, haverá solidariedade entre elas se o credor puder exigir a totalidade da obrigação de qualquer uma. Por esse conceito, é correto afirmar-se a existência da solidariedade entre os devedores do título de crédito, porque realmente o credor cambiário pode, atendidos determinados pressupostos, exigir de qualquer um deles o pagamento do valor total da obrigação. Mas a semelhança entre a situação dos devedores cambiários e os solidários cessa nesse ponto; quer dizer, de comum entre o regime cambial e a disciplina civil da solidariedade existe apenas o fato de o credor poder exercer seu direito, pelo valor total, contra qualquer um dos devedores. Quando se trata de discutir a composição, em regresso, dos interesses desses devedores, a regra aplicável do direito cambial é diferente da pertinente à solidariedade passiva.”



crédito [os títulos cambiários são títulos de apresentação – Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Cambiário*, vol. 1, p. 49].²⁰

Nesta diferença de grandezas, com menos linguagem, *cár-tula* é todo documento financeiro representativo da negociação que possibilita o saque e autônomo impõe a exigibilidade da prestação de serviços, ou o pagamento dos recursos nela contido, ainda que decorrente de negócios cambiários subjacentes, levados ao prescri-tor pela abstração substancial, [no dia a dia, entendida por abstração absoluta e abstração relativa].²¹

De outro modo, a *abstração designa em geral a desvincula-ção do negócio ao requisito da causa*. No seu significado mais rigo-roso a abstração é entendida, precisamente, como abstração subs-tancial, isto é, como irrelevância da causa aos fins da validade do negócio. O *negócio abstrato*, pois, é propriamente o negócio que se aperfeiçoa prescindindo da causa. *Este negócio se contrapõe ao ne-gócio causal*, ou seja, o negócio que tem a causa como seu elemento essencial.²²

A *abstração substancial se distingue em absoluta e relativa*, segundo a falta da causa lhe seja de tudo irrelevante ou dê lugar a uma ação destinada a remover a consequência danosa do negócio.²³

Em mergulho menos profundo, *abstratos* são os negócios, desvinculados do requisito da causa material, que são executados com a prevalência da voluntariedade e liberdade negocial dos seus destinatários; [de igual sorte, na validade e invalidade do negócio ju-

20 Para Newton de Lucca, in *Aspectos da teoria geral dos títulos de crédito*, p.116: "títulos causais e abstratos – essa classificação diz respeito à origem do negócio subjacente, isto é, ao liame existente entre os títulos e a causa que lhes deu nascimento."

"Não se trata de constatar, apenas, a existência de determinado tipo de classificação dos títulos de crédito ou de uma espécie de certo gênero. Trata-se, isto sim, do fenômeno de duas pessoas que não con-trataram entre si acharem-se uma em frente a outra em virtude do próprio título de crédito, fato que para o Prof Rubens Requião "constitui o âmago da teoria de Vivante".

21 Para Waldirio Bulgarelli, ob. cit., p. 73: "não seria demasia insistir que a causa do título causal só poderá ser oposta aos que foram parte na relação fundamental, e ao terceiro cliente do vício do negócio funda-mental. Assim, obviamente, protege-se a circulação do título, até porque, também, a causa da cessão do título a terceiro é diferente da causa que motivou a emissão do título."

22 Para Cesar Massimo Bianca, in *Diritto Civile – il contratto*, p. 468: "l'astrattezza designa in generale lo svincolamento del negozio dal requisito della causa. Nel suo significato più rigoroso l'astrattezza è intesa, precisamente, come astrattezza sostanziale, e cioè quale irrilevanza della causa ai fini della validità del negozio. In base a tale nozione il negozio astratto è propriamente il negozio che si perfeziona a prescindere dalla causa. Questo negozio si contrappone al negozio causale quale negozio che ha la causa come suo elemento essenziale."

23 Para Cesar Massimo Bianca, in *Diritto Civile – il contratto*, p. 468: "l'astrattezza sostanziale si distin-ge in assoluta e relativa secondo che la mancanza della causa sia del tutto irrilevante o dia luogo ad una azione diretta a rimuovere le conseguenze dannose del negozio."



rídico originário, que sejam vistos os art. 888, 166 e 185, todos do C.C. e, com minudência, os conceitos normativos provocados pela sua eficácia territorial ou técnica].

Desse modo, *na abstração absoluta* não são questionados a intencionalidade das partes, a *causa debendi*, os seus efeitos danosos nem a finalidade e a função social do negócio jurídico. De outro lado, *na abstração relativa* há o entendimento voltado à competência do poder monetário e à responsabilidade de sua construção social, tendo como pressupostos irradiados: *a interação do ajuste*, convalidado pela avença e o *harmônico equilíbrio da abstração*, demonstrada pela própria causalidade ali incidente.²⁴

Pois bem, conduzida esta operação por cobrança documentária, nas vendas sobre documentos (*art. 529 a 532 do CC*) o empresário brasileiro negocia a moeda (*contrata o câmbio*), apresenta toda a documentação pertinente [*a letra de câmbio e a fatura comercial (elaborados pelo proprietário dos recursos: o exportador) e o conhecimento de embarque (emitido pela empresa transportadora)*], para que estes papéis sejam liberados ao seu destinatário no exterior, pelo simples aceite da letra, acompanhado de garantias consistentes que ofereçam tranquilidade cartesiana à compra de divisas e o seu posterior crédito no banco de cobertura, do país depositário da moeda.

Contudo, por terem sido obstadas, em riscos supervenientes e pelo não desejado excesso de formalidade negocial, com frequência estas cobranças documentárias e os créditos documentados são substituídos por *cartas de crédito stand-by* ou por *saques eletrônicos stand-by* [*programados para créditos futuros, on line, protegidos por travas e senhas*], com a prevalência de *sucessivas remessas* feitas, pelos usuários dos cartões de crédito internacional, na antecipação, no pagamento e trazida de bens do exterior.

Nas cartas de crédito stand-by, de igual forma que nos créditos documentários, o *banco emissor* se

24 Para Cesar Massimo Bianca, in *Diritto Civile – il contratto*, p. 469: "la presunzione di causa non comporta che il contratto sia astratto. Se si dimostra che la causa è inesistente o illecita il contratto è senz'altro invalido. Così, ad es., le parti possono cedere il contratto senza bisogno di indicare la ragione della cessione. Ma ciò non perché la cessione del contratto sia un negozio astratto ma perché la causa si presume. Se per altro la causa non sussiste o è illecita ne consegue la nullità del contratto."



obriga a pagar a importância da carta ao beneficiário sempre que este apresente os documentos nela exigidos, no prazo de sua validade; sem ter o banco de averiguar se o ordenante cumpriu ou não os compromissos assumidos com o beneficiário, ou se os documentos descrevem fielmente os acontecimentos ocorridos; é suficiente verificar se a documentação apresentada condiz aparentemente com as condições estabelecidas no crédito contingente.²⁵

Estes instrumentos *de crédito stand-by*, [pela simplicidade interativa] proporcionam a certeza da pronta liberação das divisas de empresas interligadas e, sobretudo [na interface da garantia bancária] oferecem segurança econômica e jurídica, para serem utilizados nos constantes pedidos feitos pela *internet* de uso pessoal e nas usuais encomendas de bens isentos de licença de importação [destinados à saúde, ou de cunho científico e cultural]; tais como livros, periódicos, medicamentos, materiais escolares etc.²⁶

Nestas circunstâncias autorizativas, são reconhecidos os elementos constitutivos da venda sobre documentos, pelos seus agentes pessoais ou subjetivos e pelos seus agentes materiais ou objetivos, integrantes da negociação. [Desse modo, identificados como *sândalos da juridicidade*, estes agentes: a) fazem tornar integral todo o sistema negocial; b) direcionam a exigibilidade dos recursos, pela regra-matriz cambiária].

25 Para Francisco José Pardo Lidón, in *Medios de cobro y pago en el comercio internacional*, p. 310: "en las cartas de crédito stand-by, también de igual forma que en los créditos documentarios, o banco emisor se obliga a pagar el importe de la carta al beneficiario siempre que éste presente en su plazo de validez los documentos en ella exigidos, sin tener que entrar el banco a averiguar se el ordenante ha cumplido o no los compromisos adquiridos con el beneficiario o si los documentos describen fielmente los acontecimientos ocurridos; es suficiente con verificar que la documentación presentada concuerda aparentemente con las condiciones establecidas por el crédito contingente."

26 Para Edwige Verde, in *I contratti bancari*, p. 244: "occorre premettere che la espressione carta di credito è correntemente riferita a quelle che invece dovrebbero, con minore approssimazione, definirsi carte di credito trilaterali in quanto caratterizzate da un complesso accordo che richiede la partecipazione, come vedremo, di tre soggetti (*emittente della carta; titolare della carta; esercente convenzionato*); sono infatti strutturalmente diverse, e conseguentemente anche nell'uso comune diversamente definite, altre carte, caratterizzate per contro dalla stipulazione dell'accordo fra due soli soggetti (*l'emittente ed il titolare della carta*). Prescindendo dalla carta Bancomat che, pur nella mera bilateralità del rapporto, viene esclusa da un (*generico*) richiamo al credito in quanto utilizzabile o per prelievi dal conto corrente del titolare o per pagamenti a terzi che però avvengono elettronicamente e dunque, come si dice, in tempo reale, la più nota delle carte bilaterali è la *carta assegni*, definibile come quella che legittima il titolare a cambiare i propri assegni bancari presso qualsiasi sportello della banca emittente e dei suoi corrispondenti ovvero la legittima ad emettere e negoziare assegni per un importo massimo determinato che la Banca trattaria si impegna ad onorare."



Os agentes pessoais ou subjetivos, em razão da autotutela e da heteronomia, estão localizados nos limites da autonomia privada e da função social do contrato: i) pelos indicadores da vontade negocial, tais como: as causas eficientes provenientes de obrigações pecuniárias, os ajustes, os acordos entabulados e os resultados patrimoniais perseguidos pelas partes; ii) e pelas técnicas pré-contratuais que fixam e irradiam novos vetores territoriais, direcionados à efetiva celebração do contrato principal: as cartas de intenção, as cartas de conforto, os acordos de segredo, as avenças conduzidas com cartões de crédito corporativos (tarjeta de credito), os contratos-tipo, os contratos preliminares e as garantias contratuais solicitadas, primariamente pelos negociadores.

Por seu turno, *os agentes materiais ou objetivos* tornam realidade as obrigações internacionais com a integração de terceiros na relação negocial; dentre eles: i) os negociadores [o exportador, o importador e os representantes comerciais]; ii) os bancos interventores [o banco emissor, o banco avisador, o banco cobrador, o banco confirmador, o banco financiador, o banco negociador e o banco reembolsador]; iii) as autoridades governamentais [aduaneiras, fazendárias, fiscais, sanitárias e outras representativas das unidades de origem e destino, inclusive os bancos centrais], que ingressam no sistema para o controle da moeda e fiscalização do produto negociado; iv) as empresas transportadoras e as instituições securitárias; v) os documentos comerciais [a fatura comercial, o conhecimento de embarque, a apólice de seguro, as licenças de exportação e os certificados], os títulos e cartões personalizados acompanhados dos respectivos saques eletrônicos [a letra de câmbio, o cheque, a carta de crédito e os cartões de crédito].

Postos em mesa, os cartões de crédito (plastic money)²⁷ têm a sua natureza jurídica triádica bem distante do critério cartulário “ad causam”, referendado nesta pesquisa às cartas de crédito confirmadas e créditos stand-by: i) pela ausência do ordenamento de saque integrando terceiros à relação negocial faturizada; ii) pela não severidade autorizativa do valor de face que neles se contém [nas

27 Para Adolfo Tencati, in *Il pagamento attraverso assegni e carte di credito*, p. 952: “moneta di plastica è documento che legittima il possessore – previa semplice apposizione di una firma sulla fattura o su moduli contabili similari – ad acquistare a credito dagli esercenti associati merci e servizi, per il pagamento dei quali resta obbligato (primariamente) l'emittente della carta.”



liberações dos recursos, a administradora deduz a sua comissão]; iii) e, precipuamente, pela inexistência nos seus contextos dos pressupostos, logicamente válidos, *[da literalidade, autonomia e cartularidade]* que identificam, *na norma primária*, os títulos causais pela sua juridicidade, a ser revelada nos modais ontológicos: *do permitido (P), proibido (V) e obrigatório (O)*.²⁸

Neste sentido, *os cartões de crédito bancários e não bancários, nacionais e internacionais*, são identificados no meio empresarial pela sua natureza essencialmente contratual. Nada em contrário a esta assertiva, pois a trilateralidade de sua aparência contratual pode ser justificada por três momentos extremamente consensuais *[todos vinculados ao ato concessório, ao negócio jurídico integrado e ao uso deste instrumento de crédito]*: a) na abertura do crédito, postulada pelo titular do cartão *[cujo teto liberatório é dependente dos limites fixados pela instituição financeira interventora]*; b) nos contratos de prestação de serviços, de um lado, executados pela administradora e o usuário do cartão e, de outro lado, pela concedente do crédito e os fornecedores; c) nos contratos de venda de bens e serviços entre as firmas conveniadas e o titular do cartão.

A empresa comitente só recebe os recursos da administradora 30 dias após a venda de balcão, *pelo valor deduzido de face do faturamento*. Em consequência da composição do débito negociado, nestas operações é lícita a prática de preços diferenciados: i) um específico para o pagamento à vista, feito por saque eletrônico ou dinheiro; ii) e outro, para os cartões de crédito, no registro de vendas negociadas na opção de crédito.

De outro modo, *“mutatis mutandis”*, o saque de numerário provocado pelo usuário do cartão *[no terminal de atendimento bancário]*, como a antecipação solicitada pelo empresário, correspondem

28 Para Edvige Verde, in *I contratti bancari*, p. 245: “ci occuperemo dunque, ed esclusivamente, dei profili di maggior interesse delle carte di credito c.d. trilaterali.”

All'esito delle distinzioni che abbiamo testé sintetizzato, e se si pone mente a quanto dovremo necessariamente precisare più avanti a proposito delle caratteristiche della convenzione emittente-titolare della carta e di quella emittente-imprenditore convenzionato, si sorge come più che inutile possa rivelarsi impropria una definizione di carta di credito, che è semplicemente una res – e segnatamente un banalissimo pezzo di plastica, su cui sono impressi alcuni dati – il cui possesso e la cui esibizione sono necessari al fine di consentire ad un terzo (*l'esercente convenzionato*) la identificazione di un soggetto legittimato ad ottenere (non tanto una dilazione del pagamento, per la quale l'uno e l'altro soggetto potrebbero avvalersi di altri strumenti, quanto) un regolamento delegatorio del pagamento del prezzo delle merci acquistate o dei servizi ricevuti dallo stesso esercente (*l'emittente della carta*), il pagamento delle une o degli altri.”



a financiamentos de curto prazo “*hot money*” que são concedidos aos seus beneficiários com registro contábil de taxas de juros, nada atrativas.

Não são apenas os princípios acima enunciados [*da cartularidade, literalidade e autonomia*] que caracterizam os títulos de crédito. Indispensável se torna que o documento se revista de certas exigências impostas pela lei para que tenha a natureza de título de crédito e assegure ao portador os direitos incorporados no mesmo (Fran Martins, *in títulos de crédito*, p.12).

É, assim, o formalismo o fator preponderante para a existência do título e sem ele não terão eficácia os demais princípios próprios dos títulos de crédito. Tanto a autonomia das obrigações como a literalidade e a abstração só poderão ser invocadas se o título estiver legalmente formalizado, donde dizerem as leis que não terão o valor de título de crédito os documentos que não se revestirem das formalidades exigidas por ditas leis (Fran Martins, *in títulos de crédito*, p.12).

Nos termos do art. 566 do CPC, os títulos de crédito causais, [*anunciados como extrajudiciais, pelo art.585 do CPC*], na sua constituição já dependem da tipicidade e formalismo, para que sejam capazes de sustentar um processo executivo, em suas apresentações. Desse modo, a *cédula de crédito de exportação* [*assim constituída com esta denominação*] encontra a sua previsibilidade legal como título executivo. Já, de outro modo, o *acordo preliminar para reestruturação de dívida* [*genérico, sem constar a denominação de confissão de dívida, de seu contexto, é tido como simples acordo*] e como tal, está despidido de tipicidade, o que lhe retira a eficácia jurídica pelo rito executório [*falta-lhe o animus*].

Por tudo isto, sem prejuízo dos requisitos essenciais da tipicidade, formalidade e responsabilidade social dos títulos de crédito, *lecionados por Cesare Vivante e somente agora introduzidos no Código Civil brasileiro, [ainda que referendados pela perda da cartularidade (provocada pelos saques eletrônicos) e pelos riscos opera-*



cionais, da venda sobre documentos, que obscurecem a abstração destes instrumentos financeiros], os usuais títulos causais do comércio internacional, por este contexto social, com minudência, são sobrepesados na sua nova identificação pelos seus elementos essenciais, externa corporis, [atribuídos a Francesco Carnelutti]: da liquidez, certeza e exigibilidade.²⁹

Destes três ícones essenciais, pela sua relevância, a *liquidez* é o único elemento transcendente das transações correntes que *imprime, no tempo econômico do capital financeiro, o grau de negociabilidade dos títulos cambiários*, pela aferição do coeficiente de conforto expectado dos recursos, quantificados na própria cártula.

O percentual da proporcionalidade, deste indicativo de espera pelo crédito, é gizado nos atrativos dos ativos e passivos circulantes, assim vislumbrados no giro e rotativo dos bens e serviços produzidos pelo devedor, ao serem neutralizadas as obrigações deste titular com terceiros [*a liquidez corrente = ativo circulante / passivo circulante*], ou seja, [*a liquidez = capital financeiro disponível / obrigações com terceiros*].

Desse modo, *pela análise da liquidez do título de crédito*, são atribuídos ao credor, como gestor da obrigação financeira, o comedimento e temperança para a consecução de informações fidedignas, *da pontualidade do devedor*, que lhe são transmitidas pelo mercado, [*liquidez + certeza (material e histórica) + tempo econômico = exigibilidade*].

Com efeito, *todos estes títulos [maculados pela causalidade]*, do mesmo modo, *são reconhecidos pelos seus elementos não essenciais, externa corporis: as garantias sobrejacentes que, i) inseridas no descritor, [pelo condão irradiado da eficácia territorial], albergam toda a operação financeira, por elas assistida e, ii) com nova tessitura [tingida pela eficácia social], robustecem e dão sustentação ao crédito*, no prescritor. Integrantes do contrato antecedente,

29 Pelo viés da efetividade nominado neste trabalho, como *interna corporis* e *externa corporis*, são aplicadas as teorias matriciais, relacionadas a este novo discurso prescritivo, [*extraído da vontade cambiária aceita no descritor pelo beneficiário e contida no próprio título, assim negociado*]. Neste hiato, em poucas linhas, já no plano pragmático, fica demonstrado que a responsabilidade social dos seus titulares e a exigibilidade negocial, das vendas sobre documentos, não podem ser demarcadas pelos limites da precisão e pureza da antecedente contextura contratual solidária, sem a inferência do pressuposto material, ou ontológico, da causalidade do seu referente e o nexa cartulário, em seu diálogo postremo e derradeiro.



[*na qualidade de nova vestimenta do crédito*], estes guarda-sóis protetores, sob o novo enfoque da teoria tridimensional de Miguel Reale, [*do fato, valor e norma*], *pela heteronomia*, agora são vistos como instrumentos de controle, e “*poste in luce*”, como *garantias reais e garantias pessoais*.

Não bastassem as balizas introduzidas pelos art. 529 e seguintes do C.C., *no contexto dos elementos não essenciais, externa corporis, pela vertente das garantias reais* são revistos: o penhor e a hipoteca [*bens oferecidos pelo devedor*] e a penhora de bens, [*salvaguarda de proteção suscitada, como medida postrema, pelo credor*]. E, em passo seguinte, [*demarcados por novos incidentes de percurso*], estes *elementos externos, não essenciais, são identificados pelas garantias pessoais*: nas garantias quirografárias [*bens caucionados de propriedade do devedor, v.g. depósitos e aplicações financeiras*] e nas garantias fidejussórias [*vinculadas à propriedade de terceiros, v.g. fiança e carta fiança*].

Os princípios basilares da cartularidade [*o instrumento de crédito em si*], literalidade [*a transcrição robustecida pelos elementos externa corporis: da liquidez, certeza e exigibilidade*] e autonomia [*por endosso, direcionado ao pagamento*] estão presentes nas cartas de crédito comerciais e stand-by. Como consequência, deste *enunciado predicante*, os direitos de propriedade do beneficiário do crédito (*o exportador*), transmitidos no tempo econômico pelo endosso cambiário, não são afetados pela execução ou inexecução, das *obrigações positivas e negativas* do seu tomador, originárias do contrato sobrejacente [*veja-se o art. 914 do Código Civil*].³⁰

O banco emissor [*o banco eleito pelo tomador do crédito*], o banco reembolsador [*o banco sacado, depositário das divisas negociadas*] e o seu beneficiário [*o exportador*] são os três primeiros personagens lineares *do tráfego cambiário* que figuram, no cenário jurídico da venda sobre documentos, demarcados pelas cartas de crédito.

30 Para Waldemar Martins Ferreira, in *Tratado de direito comercial*, vol. 8, p. 90: “tem a literalidade por força emprestar ao título liquidez, certeza e segurança. Liquidez, de seu montante; certeza, do direito nele expresso e segurança de sua efetividade”.



4. Os Títulos Causais no Direito Brasileiro

Nas obrigações cambiais, *ungidas pela abstração*, a causa que lhes deu origem não constitui meio de defesa. Da autonomia e independência destes papéis emana a regra de que os títulos de crédito, *assim constituídos*, não se vinculam ao negócio jurídico que lhes deu origem. [*Habeo dicendum: factum specie, bona fides silentii ratio est, qual seja, tenho a dizer: neste caso específico, a boa-fé é a razão do silêncio*].

Neste ponto se diferenciam os títulos de crédito abstratos dos causais. *Nos títulos causais, objeto desta pesquisa*, a sua exigibilidade está comprometida pela causalidade incidente e pela eficácia técnica do contrato antecedente, [*assim recepcionado, pelo beneficiário do crédito contingente*], razão pela qual, a causa que lhes deu origem constitui sim motivo determinante e meio de defesa contundente, [*como razão comunicativa da memória, veja-se o art. 166, III do C.C.*]. De outro modo, *nos títulos abstratos*, estes pedágios autorizativos e acidentes de percurso, [*de eficácia e causalidade*], *identificados pela boa-fé*, não impedem que a obrigação cartular no silêncio produza os seus efeitos.

Com acerto, ao se admitir a legitimidade do crédito [*contra entrega futura dos documentos, condicionados a registro no descritor*] e ao antecipar ao exportador [*com recursos próprios*] o pagamento das divisas constantes da *carta de crédito comercial*, de forma inequívoca o banco negociador, [*como endossatário*], *pela permissão cambiária* transmite ao banco sacado a declaração unilateral de sua vontade prediativa [*exigível para o reconhecimento dos títulos causais, no prescriptor*] – veja-se o art. 926 do C.C.³¹

31 Para Franco Carresi, in *La transazione*, p. 117-118: "il diritto cartolare, che deriva dal titolo di credito, coesiste infatti, di regola, con altro diritto, di identico contenuto economico, nascente da un diverso rapporto che preesiste fra le parti. Spesso anzi il titolo di credito si riferisce, direttamente, ai soli obblighi di una parte e quindi il concorso delle nuove pretese con quelle originarie risulta addirittura necessario. Come è stato acutamente rilevato, si ha nel negozio cambiario una semplificazione della fattispecie nel senso che il titolo di credito si riferisce non a tutte obbligazioni nascenti dal rapporto originario, ma soltanto ad alcune obbligazioni facenti capo ad una sola delle parti. Queste obbligazioni coesistono con quelle originarie ed in virtù appunto di tale coesistenza, mentre per un verso resta esclusa la duplicità dell'adempimento, per l'altro viene rafforzata la posizione del creditore cui sono concesse più azioni, con facoltà pertanto di servirsi dell'una a preferenza dell'altra e anche di servirsi dell'una quando non sai più possibile invocare l'altra."



Deste modo, nem as dificuldades na execução do contrato mercantil subjacente, nem a afirmação do ordenante no sentido de ter dado exato cumprimento a suas obrigações, nem suas possíveis reclamações acerca da má execução de suas obrigações transmitidas pelo beneficiário ou, inclusive, uma demanda apresentada perante um tribunal para pôr fim a possíveis litígios contratuais; nada disto pode justificar a negativa de pagamento por parte do banco.³²

Na “*regra-matriz de incidência cambiária*” não há um antecedente geral e abstrato e, adicionalmente, um consequente individual e concreto. A norma, toda ela, [*o descritor e o prescritor*], é geral e abstrata, considerada assim, num primeiro momento, com aquela posta no sistema. Na ocorrência do fato jurídico (*fato gerador*), a mesma norma geral e abstrata transmuda-se para individual e concreta. Nesse segundo momento adquire plenitude, eficácia e vida própria, gerando efeitos e novos matizes no universo jurídico, com a sua imediata conversão em metalinguagem, [*em linguagem competente e posposta*], por estar revestida de todos os seus critérios de antecedente e consequente. Eis aqui a *tutela molecularizada a que estão assistidos os títulos causais*.

Por este organismo vivo, mutável e cedular, exposto como ente molecularizado, [o fato gerador e a expectativa de recebimento dos recursos], fica evidenciada a presença predicante da boa-fé, da razão e dos elementos, externa corporis, que robustecem a negociação albergada no contrato antecedente, [pelos agasalhos da garantia atuária e segurança jurídica do objeto imediato, introduzidos no descritor] e, de pronto, integram o conteúdo cartulário do título causal,

32 Para Javier San Juan Crucelaegui, in *Garantías a primera demanda: contratación internacional e interna*, p. 177: “de este modo, ni las dificultades en la ejecución del contrato mercantil subyacente, ni la afirmación del ordenante en el sentido de haber dado exacto cumplimiento a sus obligaciones, ni sus posibles recriminaciones acerca de una mala ejecución de sus obligaciones por parte del beneficiario o, incluso, una demanda presentada ante un tribunal para poner fin a posibles litígios contractuales; nada de ello puede justificar la negativa al pago por parte del banco.”



como *crédito contingente*, [descortinado pelo *iter negotialis*, de sua exigibilidade no prescritor, carnelutiano, este crédito pode, ou não, suceder].³³

A *boa-fé objetiva* é a regra de comportamento social, [pautada nos intervenientes da heteronomia e da autotutela legal], que imprime nas negociações o caráter e o exercício da superação dos entreveros, pelos suportes fáticos do comprometimento, cumplicidade, lealdade, lisura e probidade dos seus agentes, [veja-se o art. 422 do C.C.].

Neste contexto dúctil, os *títulos de créditos nascidos na distrofia cartulária de ajustes inacabados*, isto é, fora do regime das leis especiais, [v.g. os *cheques pós-datados*] são *títulos causais* que encontram, no registro do contrato antecedente, a ponte com a tessitura intangível do seu suporte fático, [carregado de *histórico quântico e, sobretudo, identificado como objeto dinâmico do seu negócio principal*] e, no conseqüente prescritivo, a *cédula constituída de um crédito contingente* [vejam-se os art. 903 e 926, do C.C.].

De outro lado, [agora em novo cenário, de vontade intercorrente], os *títulos abstratos* trazem consigo a resposta da exigibilidade dos recursos, sem os respingos da causalidade negocial que lhes deu origem. O *cheque e a nota promissória* são os *únicos títulos cambiários, gizados por esta abstração, que silentes produzem os seus efeitos*. Diante disso, a inexecutividade destes papéis só pode ser invocada, in extremis, por vício de forma [qual seja, por *querela nulitatis, denunciada na quebra da formalidade*].

Os demais títulos, no entanto, inclusive o *cheque pós-datado*, a *nota promissória com pacto adjeto*, a *letra de câmbio*, a *duplicata mercantil*, o *boleto de cobrança*, o *contrato de câmbio*, todas as *cédulas de crédito* [rural, comercial, industrial, pignoratícia, imobiliá-

33 Para Cesare Vivante, in *Trattato di Diritto Commerciale – le cose - merci e titoli di credito*, vol. III, p. 156: “i titoli di credito possono circolare come portatori di diritti astratti, cioè isolati dal rapporto fondamentale donde obbero origine, per la volontà stessa di colui che li ha emessi. Anche in tali casi l'immissione ha luogo in esecuzione di un affare, p. es., una rimessa di merci o di denaro, poichè nessuno vuole obbligarsi senza ragione; ma quest'arrare resta fuori dell'obbligazione, non circola con essa, dorme durante la circolazione per renderla più sicura e spedita, come avviene nelle cambiali o nei biglietti di banca a corso libero. Questo voluto distacco del titolo di credito dall'affare che lo mise alla luce protegge il creditore contro le eccezioni spesso complicate ed ignote che potrebbero derivarne e per conseguenza ne fa uno strumento sicuro di credito, quase un surrogato del denaro.”

Para Maria Helena Diniz, in *Dicionário jurídico*, vol. 1, p. 1011: “*contingente*, na linguagem jurídica em geral, designa: o eventual, o incerto ou duvidoso; b) aquilo que pode ou não ocorrer...”



ria, hipotecária, de exportação etc.], as cartas de créditos comerciais, os swaps, os créditos stand-by, os saques eletrônicos provocados por escrow account e até os instrumentos de créditos contingentes, noticiados no art. 585 do CPC, estes sim são identificados pela causalidade incidente e eficácia da negociação antecedente. E, desse modo, estampados *na razão da inteligência pelos fundamentos da realidade social, [de caritas in veritate]*, todos estes instrumentos de crédito são reconhecidos como títulos causais.

4.1 O cheque pós-datado é um título causal, assistido pelo Código Civil

No Brasil, o cheque pós-datado é um título não cambiário que faz às vezes de uma promessa de pagamento. *[Essa prática de negociação, orientada pela fidúcia, decorrente da inserção de data futura, no rodapé, não é reconhecida no comércio internacional].*

Os cheques são ordens de pagamento à vista e, como tais, são regidos pela Lei 7.357/85. De outro modo, *os cheques pós-datados são títulos causais*, que têm a sua aplicabilidade direcionada aos art. 887 a 926 do Código Civil. Sob este novo enfoque, *estes títulos sujeitam-se à ressalva de responsabilidade por endosso [art. 914 do C.C.]*.

Tingidos pelo elastério negociado, [tais como: *o prazo, a entrega da mercadoria etc.*], bastante distintos os *cheques pós-datados* são promessas de pagamento que estampam, de um lado, a obrigação de fazer *[originária de negociação pendente, v.g., a entrega do produto]* e de outro lado, a obrigação de não fazer *[mensurada pelo tempo econômico, transcrito, para a apresentação da cártula ao banco sacado]*.

Sob este caminho estreito, os cheques pós-datados sujeitam-se à ressalva de responsabilidade pelo endosso, a ser aposto em cláusula expressa *(art. 914 do C.C.)*; enquanto autônomos os endossantes dos cheques cambiários, diversamente, pelo simples endosso já garantem o pagamento do título *[art. 21 da Lei 7357/85]*.

Processual Civil. Comercial. Recurso especial. Execução. Cheques pós-datados. Repasse à empresa de factoring. Negócio subjacente. Discussão. Possibilidade, em hipóteses excepcionais.



- A emissão de cheque pós-datado, popularmente conhecido como cheque pré-datado, não o des-natura como título de crédito, e traz como única consequência a ampliação do prazo de apresentação.

- Da autonomia e da independência emana a regra de que o cheque não se vincula ao negócio jurídico que lhe deu origem, pois o possuidor de boa-fé não pode ser restringido em virtude das relações entre anteriores possuidores e o emitente.

- Comprovada, todavia, a ciência, pelo terceiro adquirente, sobre a mácula no negócio jurídico que deu origem à emissão do cheque, as exceções pessoais do devedor passam a ser oponíveis ao portador, ainda que se trate de empresa de factoring.

- Nessa hipótese, os prejuízos decorrentes da impossibilidade de cobrança do crédito, pela faturizadora, do emitente do cheque, devem ser discutidos em ação própria, a ser proposta em face do faturizado.

[REsp 612423/DF. Recurso Especial 2003/0212425-9, tendo como relatora a Ministra Nancy Andrighi – da 3ª Turma do STJ, data julgamento: 01/06/2006 e data da publicação: DJ 26.06.2006, p.132].

Na quebra da fidúcia, *[pela apresentação a destempo, do título ao sacado]*, com o levantamento dos recursos prometidos, *[antes da data fixada no rodapé]*, cabem perdas e danos. O *afidamento negociado*, com estes papéis financeiros, é matéria de conteúdo contratual.

4.2 Os swaps cambiários são identificados pelos benefícios sociais

Os *swaps* são permutas do capital financeiro, reveladas no mercado de derivados e provocadas, preferencialmente no tempo econômico, pelo atrativo dos benefícios fiscais da nova operação,



que passa a ser assistida pelo saque pronto das disponibilidades, outrora aplicadas em moeda escritural. O *swap* permite o desvio de percurso, motivado por benefícios sociais; v.g.: o seu descritor é a própria aplicação financeira, *[a previdência privada, assim constituída como rendimentos não tributáveis]*; e o seu prescriptor é o saque pronto, da totalidade destes recursos, *[aos 70 anos]*, alcançada a imunidade tributária.

Os “*swaps*” oferecem aos bancos uma eficaz gestão de riscos da moeda negociada,³⁴ uma otimização dos seus rendimentos não alcançada por outros mecanismos de crédito, uma redução dos seus custos financeiros e, sobretudo, imprimem segurança jurídica e proporcionam vantagens contábeis comparativas que excluem, de vez, as futuras perdas de alto valor agregado ditadas pelas oscilações do mercado globalizado.

Sem o “*swap*” com exceção dos pagamentos em moeda em espécie, a exportação de bens só permite o ingresso das divisas pelo mercado a termo; v.g., nas operações à vista, por ser futura a liquidação do seu contrato de câmbio, o ingresso dos recursos, no exterior, é dependente do somatório algébrico dos dias reservados para o desembarço aduaneiro, preparo dos documentos comerciais e dos posteriores ao embarque da mercadoria. Em sentido contrário, assim sopesado para a regência inversa da matéria, na importação o câmbio é sempre pronto para o empresário e as divisas vendidas devem pré-existir, nos dois dias úteis seguintes à operação proposta para desembolso cambial.

Pelo descompasso, provocado pela ausência ou escassez de disponibilidade de recursos, assistido por compras a termo e vendas à vista, ou por recebimento a prazo e pagamento pronto, fica evidente que os bancos contratantes, para o equilíbrio e ajuste de suas posições de câmbio,³⁵ estão cada vez mais dependentes e

34 Para José Antonio Vega Vega, *ob. cit.*, p. 41: “esbozar un concepto de permuta financiera presenta, *“in limine”*, ciertas dificultades, habida cuenta que con el término *swap* se viene aludiendo en el mundo financiero a operaciones que presentan estructuras jurídicas muy diferentes, dado el carácter amplio que la voz tiene en lengua inglesa, que puede referirse tanto al mercado del cambio (en el que se incluirían la venta de divisas a plazo), como a las operaciones basadas en el mercado de intereses y divisas, con la asunción recíprocas de obligaciones de hacerse pago recíprocos en virtud de módulos establecidos. Queda claro que la traducción española de permuta financiera y, por ende, el contrato que nosotros estamos estudiando, se refiere a esta última concepción.”

35 Para Fernando G.M. Cavalcanti, in *Contrato de câmbio de exportação em juízo*, p. 13: “na contabilidade bancária, a posição de câmbio resulta da soma algébrica da posição atual (liquidad) com a posição futura (por liquidar), ou seja, soma algébrica das disponibilidades no exterior (*saldo na conta junto aos banqueiros*) com os direitos e obrigações futuras (*compras e vendas de moeda estrangeira para entrega futura*).”



vulneráveis ao exercício do “swap”, que ora é especificado, para fins didáticos, em três fases bastante distintas:

1ª fase: A escassez e ausência dos recursos nos momentos de crise de confiança.

Nos dias úteis não atípicos, “*ratione*” de estabilidade econômica ou baixa flutuação da moeda, o banco concede ao exportador o *adiantamento de contrato de câmbio*³⁶ com imediata permuta, no interbancário, desses expressivos recursos comprados a termo. Nessas antecipações, de moeda nacional, proporcionadas por ACC e ACE, é cobrado do empresário o deságio,³⁷ pelos dias de espera até o efetivo ingresso das divisas.

Contudo, *nas crises de confiança*³⁸ fundadas, no mercado financeiro, pelo tremor reverencial ou temor de descumprimento dos contratos firmados, a presença dos bancos estrangeiros, no país, passa a ser reprimida no pregão de ofertas, de “*swaps*”.³⁹ Pela falta de poder de execução, na ausência ou omissão desses titulares, os contratos de câmbio são retirados das mesas de operações ou ficam na prateleira de cima, expostos ao crivo da excelência de qualidade, para serem selecionados pelo comedimento.

Nessas ocasiões de bruscas oscilações da moeda, motivadas por conflito de critérios, a cautela é a palavra de ordem. Todos os bancos concentram-se exclusivamente em operações casadas, compram e vendem moeda estrangeira pelos seus equivalentes de

36 Em nosso entendimento, ob. cit., p. 195: o adiantamento de contrato de câmbio é o instrumento contratual representativo de uma antecipação, total ou parcial, do preço da moeda estrangeira, adquirida a termo pelo banco e contra a entrega de seu valor equivalente em moeda nacional ao exportador.

37 Em nosso entendimento, ob. cit., p. 217: *deságio* é o juro cobrado do exportador em razão de antecipação de recurso em moeda nacional, por conta de moeda estrangeira consignada no contrato de câmbio.

38 Para Ricardo Luis Lorenzetti, in *La emergencia económica y los contratos*, p.13-14: “la desconianza, socialmente difundida, acarrea altos costos de transacción. La confianza de los acreedores en el cumplimiento de los compromisos asumidos por el deudor tiene un impacto directo en el costo de las contrataciones, puesto que los sujetos adoptarán mayores medidas de prevención si toman como premisa el incumplimiento de la otra parte, o las dificultades de hacer cumplir el compromiso.”

“Un ejemplo de ello ocurre en las relaciones internacionales, en las que los países que no generan “*confianza en los inversores*”, deben pagar una mayor tasa de interés en los préstamos que solicitan. Otro ejemplo es la interpretación judicial de las garantías hipotecarias, que a medida que disminuyen su eficacia, contribuyen a su utilización restrictiva y más costosa.”

39 Para Walter Douglas Stuber e Adriana Godel Stuber, in *Novas regras para as operações de “swap”*, p. 291: “em sessão realizada em 26.07.2001, o conselho Monetário Nacional resolveu emitir novas regras dispondo sobre a realização de operações de swap, a termo e com opções no mercado de balcão, bem como sobre contratos negociados em bolsas de mercadorias e de futuros e entidades autorizadas pelo Banco Central do Brasil (Bacen) ou pela comissão de Valores Mobiliários (CVM). Essas novas regras foram divulgadas pela Resolução 2.873 do Bacen, da mesma data.”



igual valor e, tão só, dentro dos limites, do mínimo e máximo, fixados pelo Bacen.

Nos momentos de nervosismo e tensão social, de quase inércia e frenagem do mercado cambial, as operações são postergadas, há uma diminuição do fluxo de recursos conduzidos por “swaps”. Nessas turbulências, como é esperado, o dinheiro em moeda forte fica mais escasso, em consequência mais caro; por esse redutor nevrálgico, os adiantamentos de câmbio desaparecem, os deságios ofertados desestimulam ou simplesmente dão margem a novas operações de risco zero, de curto prazo e baixo valor.

2ª fase: O convite ao controle eficaz da posição vendida e comprada, *[pelo consenso articulado]*, sem a inferência dos excessos especulativos ditados pelo mercado.

Os bancos, no dia a dia, não podem ter as suas posições cambiais descasadas dos encaixes fixados pelo *Banco Central*. Transcendentes do ordenamento econômico, que é de controle abstrato, estes regramentos normativos estabelecem o divisor plausível dos negócios externos conduzidos pelos bancos e com severidade quantificam o mínimo e o máximo do teto das operações de câmbio, para cada instituição credenciada.

Os encaixes, nos seus registros, são verdadeiros termômetros financeiros que inibem os excedentes da posição de câmbio, futura e pronta, impedem a agressividade sem limites das vendas sobre as compras e vice-versa. Em qualquer fase, o descontrole ou a imprecisão desses instrumentais provocam mediata ressonância na balança de serviços, o que desastrosamente compromete a capacidade de pagamento do país.⁴⁰

Os créditos financeiros e as exportações alimentam a posição comprada, pelos seus excedentes; enquanto os pagamentos, os saques de serviços e as importações são indutores perversos da posição vendida *[vendas em valor superior ao das compras]*.

Sem embargo, quando os seus recursos já estão em ex-

40 Para Fernando G.M. Cavalcanti, ob. cit., p. 15: “não se deve confundir, porém, posição de câmbio com disponibilidade cambial. Pode-se estar com a posição nivelada (*ter comprado e vendido a mesma quantidade*) e, mesmo assim, no fim de um período ter “disponibilidades” no exterior. Por outro lado, a posição pode ser vendida e igualmente haver “disponibilidade”, enquanto pode-se ter uma posição comprada e não se contar com “disponibilidades”. Tudo depende dos prazos de liquidação das operações e, também, decorre de uma posição de câmbio feita em várias moedas não arbitráveis.”



cesso na posição vendida, ou estão na falta de posição comprada, os bancos se socorrem do interbancário e, para tanto, sem crise de pânico realizam sucessivas permutas financeiras, os "swaps".⁴¹

Diariamente, antes do encerramento da mesa, estando o banco com a sua posição comprada acima do teto fixado, há de repassar todo o excedente. De outro lado, estando na posição com excedentes vendidos, já de olho no pregão, por falta de opção de novos negócios, realiza novas operações de *swaps reversos*⁴² de capital financeiro no interbancário, onde encontra taxas mais atrativas que as praticadas pelo Banco Central.

3ª fase: A permuta dos recursos pós-datados, registrados na posição de câmbio.

Nada obsta, por fim, que os bancos negociem as suas posições futuras, permutando-as por outras prontas e vice-versa, com variantes específicas ou combinadas. Essas operações de permutas de posições futuras por pronta, *protegidas pelo hedge cambial, oferecem na ausência do tempo um ganho nada desprezível*, aos que se socorrem do swap. Os bancos, que estão com a sua posição a descoberto em moeda escritural, *[vendas sobrepondo as compras], na antecipação e no saque dos recursos permutados* deixam de realizar o redesconto no Bacen, cujas taxas são bem mais elevadas.

De um lado, as negociações da espécie, com a renúncia ou assunção recíproca das obrigações originárias do swap, são confortavelmente realizadas no balcão de ofertas, tendo como desembolso um vantajoso ganho financeiro ao banco contratante, que se apresenta, no pregão, com pronta disponibilidade de recursos em moeda forte.

41 Para José Antonio Vega Vega, ob. cit., p. 62-63: "en el contrato de permuta financiera no se trata de una compra de divisas, sino que – como hemos dicho – representa la asunción del compromiso de cumplir obligaciones dinerarias. Y en puridad, en la permuta financiera no podemos hablar de cambios de divisas, dado que el objeto del swap es una medida de valor y no una cosa, aunque sea dinero. En los contratos de permuta financiera mixtos o combinados, sería más difícil establecer correlación entre ambos; pero en todo caso, debe quedar claro que el objeto es distinto, habida cuenta que en la permuta financiera no se cambian cosas o bienes, se permutan económicamente los medios de pagos y no los pagos en sí, siendo también diferente la causa, tal como hemos expuesto anteriormente."

42 Para José Maria Whitaker, in *Letra de câmbio*, p. 15: "é curioso que o mútuo disfarçado em operação cambiária seja ainda hoje comum na prática bancária. Com frequência fazem os bancos "swaps", isto é, compram e vendem câmbio, revendendo-o ou recomprando-o, simultaneamente, para um prazo futuro e com uma pequena diferença de taxa. Esta diferença é o único preço pago pelo uso do dinheiro, assim posto à disposição de uma das partes, durante o prazo convencionado (apud Bonelli, M.J., n. 1, *Commentario al Codice di Commercio*. Giuffrè, Milano)."



4.3 O contrato de câmbio é um título extrajudicial [Lei 4728/65, art. 75]

Nos contratos de câmbio encontram-se envolvidos necessariamente dois elementos: o comprador e o vendedor. Estes agentes, sempre, são o banco e a empresa/pessoa física e, de igual modo, podem ser vendedores ou compradores da moeda escritural, dependendo da modalidade negocial a que se submetem na operação.

Além do mais, na exportação é permitida a contratação da moeda negociada, *[o fechamento do câmbio]*, com antecedência de até 180 dias da data do embarque e/ou até 180 dias após o desembarque aduaneiro e embarque da mercadoria.

Nada obstante, *com menos linguagem*, será prévio o câmbio nas exportações: a) de café, sujeitas à cota de contribuição *[pelo confisco cambial]*; b) em operações propostas sob pagamento antecipado, *[sujeitas à imediata liquidação]*, c) finalmente, quando efetivadas por empresas proibidas pelo Bacen, de utilizar a faculdade estabelecida no Comunicado Decam n. 270, para renegociações *a posteriori* dos seus recursos.

Com acerto, nas importações conduzidas por cobrança documentária, o fechamento do câmbio é de até dois dias úteis, antes do vencimento do saque e a sua liquidação será pronta, ou seja, até dois dias úteis após a data da negociação das divisas.

Na importação é vedada a antecipação do pagamento, por mais de dois dias úteis, para que a saída das divisas seja alcançada pelo vencimento do saque. As operações à vista de cobranças documentárias, mantidas em carteira, *[impagas e vencidas há mais de 180 dias, da data da nacionalização da mercadoria]*, dependem de prévia autorização do Bacen, para que o seu pagamento seja formalizado por contrato de câmbio.

Nos contratos de compra de moeda, originários de exportações, são pactuados prazos bastante distintos, *[para a entrega de documentos e para o vencimento do saque]*, como também são permitidas novas periodicidades, *[de até 30 dias adicionais]*, para que ocorra a liquidação do câmbio *[pelo crédito das divisas, no banco de cobertura]*.⁴³

43 Fernando G.M. Cavalcanti, em *O contrato de câmbio de exportação em juízo*, Rio de Janeiro, Renovar, p.41, edição de 1989, define a natureza jurídica do contrato de câmbio como compra, em regra celebrada a termo, em que uma instituição financeira adquire as divisas de um exportador, acentuando, assim, a diferença com os contratos nos quais o falido ou o concordatário se coloque na posição de comprador de mercadorias, o que não ocorre no contrato de câmbio.



De fato, as antecipações de moeda nacional, *[pelo correspondente das divisas, compradas pelo exportador]*, estão condicionadas à entrega futura de documentos comerciais e ao montante de moeda escritural, *[previamente compromissado pelo importador]*. Estas operações de venda e compra de moeda, no entanto, dependem da mediata existência de distintos tetos operacionais, fixados pelos bancos e países intervenientes.⁴⁴

Não afastada a forma de pagamento *[se à vista ou a prazo]*, o contrato de câmbio vinculado à exportação é sempre de gestão autônoma e de câmbio futuro. Neste sentido, todas as operações conduzidas por carta de crédito ou cobrança documentária *[mesmo para os negócios à vista]*, a empresa exportadora, sem o adiantamento de câmbio, somente recebe o pagamento final, em moeda nacional, por *delegatio solvendi*, qual seja, por ocasião do efetivo e fragilizado ingresso das divisas *[contabilizadas, pelo banco reembolsador, após o embarque e desembaraço aduaneiro da mercadoria]*.⁴⁵

Pois sim. No período de véspera do embarque, não necessitando a empresa da antecipação em moeda nacional dos recursos contratados, pode o exportador, no fechamento de câmbio, optar pela trava cambial, com a aplicação financeira destas divisas. Por este mecanismo, *sob o regime de taxa fixa*, o banco negociador reconhece o favorecimento compensatório de uma previsível flutuação da própria moeda, disponibilizada pela compra; enquanto o empresário, *[pelos recursos albergados na concretude da exportação futura]*, é levado pelo atrativo da rentabilidade ora estabelecida pela trava.

A *trava de câmbio* consiste na contratação de compra de exportação, sem a antecipação dos recursos nas modalidades de ACC e ACE, em que o empresário pactua com o banco, pelo período de espera, o recebimento de uma atrativa remuneração financeira

44 Para Luigi Farenga, in *La moneta bancaria*, p.199: "così come il termine moneta scritturale indica quella particolare forma di rappresentazione della moneta che se concretizza in una realtà puramente contabile, con il termine *moneta elettronica* si vuole indicare una generazione ancora più evoluta, ed ancora più smaterializzata, di rappresentazione della moneta, intesa come *unità ideale monetaria*, la cui quantificazione è rinvenibile nella memoria di un sistema informatico.

45 Para Aramy Dornelles da Luz, in *Negócios jurídicos bancários*, p. 172: "a obrigação principal do vendedor das divisas é entregar no seu devido tempo a documentação relativa ao faturamento e embarque, juntamente com as cambiais respectivas giradas contra o importador, ou só as últimas quando as primeiras tiverem sido remetidas diretamente ao comprador, uma vez prevista contratualmente esta hipótese. Isto porque a obrigação de entregar a moeda ou responder pela não entrega só será sua se o obrigado principal, o importador, inadimplir. É uma *delegatio solvendi*".



*[que será adicionada ao contravalor em moeda nacional, tão somente na negociação documentária e consequente escrituração das divisas contratadas].*⁴⁶

Desse modo, *na balança comercial todo contrato de compra*, vinculado à exportação de bens, *é de câmbio futuro*; v.g. mesmo nas negociações conduzidas por carta de crédito à vista, sem o adiantamento de câmbio, a empresa exportadora só recebe os recursos, após o embarque da mercadoria, por ocasião do efetivo ingresso das divisas. Já, *com mais conforto*, os contratos de assistência técnica, bem como os da propriedade industrial e os acréscimos patrimoniais das empresas brasileiras, *[originários da exportação de capital]*, são registrados na balança de serviços e, dessa forma, reconhecidos como papéis financeiros de câmbio pronto, *[papéis estes, havidos como títulos causais]*.

Em novo giro, não menos profundo que os já sinalizados, nos IC financiados *[de créditos irrevogáveis]* fecha-se o câmbio antes da abertura do crédito, concedendo, na oportunidade, de 30 a 60 dias para o embarque da mercadoria a ser importada, mais o prazo do financiamento obtido no exterior *[máximo de 180 dias]*. Findo este período de espera, concretizado o negócio, promove-se a liquidação da operação.

Indo mais longe, *nos ajustes*, o vencimento do contrato de câmbio, *[para liquidação pronta]*, é designado com a palavra “*pronto*”; enquanto o vencimento dos contratos a termo é expresso com a indicação precisa da data, mês e ano de sua liquidação. Sob mesma vertente, formalizada a operação *[de venda e compra de moeda escritural]*, procura-se fixar o tempo econômico nos próprios contratos de câmbio, *especificando desde logo os limites, [pronto ou em dias], para sua liquidação*, pela periodicidade do vencimento das obrigações cambiárias a que estes instrumentos estão vinculados.

46 Para José Augusto de Castro, in *Financiamentos à exportação e seguro de crédito*, p. 97: “a trava de câmbio consiste no fechamento do câmbio de exportação para futuro embarque e pagamento, efetuado num banco de livre escolha do exportador, mas sem a antecipação da receita de exportação via ACC ou ACE.”

“Nesta operação, ao invés de o exportador recorrer ao ACC ou ACE para receber antecipadamente o contravalor em moeda nacional do contrato de câmbio de exportação, ele empresta essa importância ao próprio banco, recebendo como remuneração financeira juros aplicáveis sobre o valor em real do contrato de câmbio.”

“Nesse sendo, a *trava de câmbio* representa numa operação totalmente inversa ao ACC ou ACE, pois é o exportador quem recebe juros sobre os recursos gerados numa exportação que ainda não se realizou, e muito menos foi paga pelo importador.”



4.4. O ACC-Indireto e as cédulas de crédito de exportação

No Brasil, *por ação social*, os produtores rurais e os fabricantes de matérias-primas e embalagens dispõem de uma importante linha de crédito, conhecida por ACC indireto, que é de custo reduzido quando destinada à aquisição de produtos intermediários *[considerados insumos ao processo produtivo de mercadorias a serem exportadas]*.

Esta liberalidade creditícia, lastreada por duplicatas mercantis emitidas pelo fornecedor de insumos, é direcionada às empresas que venham participar indiretamente da cadeia produtiva desses bens *[por período não superior a 180 dias]*. Nesta fase, delegatória de obrigação antecedente, *o exportador [como interveniente-garante]: com menos encargos* embarca o produto industrializado, contrata o câmbio e finalmente, *com as divisas recebidas do importador, paga os insumos adquiridos sob esse vínculo creditício*.

A seguir, *neste território abrasivo revelado pela ação social, é nominado o adiantamento de contrato de câmbio indireto*. Por certo, o ACC-Indireto é reconhecido pelos empresários como um financiamento originário de negociação cedular, de curto prazo, concedido aos fabricantes de matérias-primas, de produtos intermediários e materiais de embalagem *[considerados insumos ao processo produtivo]*, que venham a ser negociados no exterior após a sua efetiva industrialização, pelo fabricante final *[o exportador, que figura nessa operação como cessionário, interveniente-garante]*.

Pois bem. Levados pelo atrativo cambiário, da assistência cedular e das vantagens econômicas sinalizadas pelos juros internacionais, *são beneficiários desse crédito: os produtores rurais, os fabricantes de matérias-primas e embalagens* que predisponham fornecer, parte ou o todo de sua produção, diretamente ao exportador para que este, *em parceria*, seja o responsável pela liberação e repasse desses recursos, *[disponibilizados pelo Governo Federal, pelo BNDES, BIRD e por outros bancos estrangeiros]*.

Entretanto, não são contempladas pelo ACC-I as empresas que, nesse ciclo industrial, estejam em posição inferior na cadeia produtiva. Essa modalidade creditícia tão somente é concedida aos produtores de insumo que, na assinatura da *cédula de crédito de exportação*, façam entrega, ao seu banco, de duplicatas representati-



vas de vendas a termo, contendo o endosso da empresa exportadora *[a corresponsável interveniente]*.

Nos termos da *Resolução Bacen* nº. 2.441, de 12/11/97, as duplicatas originárias dessa negociação, *[emitidas em dólares ou em moeda nacional]*, são apresentadas ao banco cessionário do crédito, contendo o endosso do exportador. Nesta fase, *[pela gestão e cessão fiduciária]*, o fabricante recebe todo o débito cedular ao dar conhecimento da seguinte lavra: “declaramos que os insumos recebidos, representados por esta duplicata, serão utilizados no processo... *[indicar se produtivo, de montagem ou de embalagem]* de mercadorias destinadas a embarques no exterior”.

Construídas com recursos de terceiros, *as cédulas de crédito são títulos causais* que encontram, no registro do contrato antecedente, a garantia do banco, pela produção financiada de bens e serviços a serem elaborados pelo exequente, *[como ponte do seu suporte fático]* e, no seu consequente, a promessa de pagamento que é gizada por estes co-obrigados, sob o manto de atrativas taxas de juros e de inequívocos benefícios sociais.

Do exposto, *as cédulas de crédito à exportação e as notas de crédito à exportação* correspondem a verdadeiras promessas de pagamento, *[de dívidas domésticas, revestidas com qualidade cartulária]*, que instrumentalizadas pelo exportador passam a ter vida própria e na literalidade: *todos são títulos causais*, autônomos e executáveis. Enquanto aqueles papéis, *[as cédulas]*, têm o seu regramento disciplinado pela *Lei* nº 6.313, de 16/12/1975 e pela *Circular do Bacen* nº 7.586, de 25/10/1977, com menos rigor, as notas de crédito têm a sua circulação condicionada apenas aos avales prestados pelos dirigentes, da empresa exportadora, *[acompanhados de outorga uxória]*.⁴⁷

Ademais, sob o enfoque da alternância, *[da regência normativa e cambiária]*, são partes integrantes da cédula de crédito de

47 Para Arnaldo Rizzardo, in *Contratos de crédito bancário*, p. 312-313: “a palavra cédula não pressupõe necessariamente um financiamento, ou a concessão de um mútuo para custear uma atividade ou aquisição de bens”. [...] “O sentido literal do termo equivale a um documento particular, circulável, de crédito, com as garantias da sua executividade”.

“O significado de cédula é bem mais amplo daquele que algumas leis anteriormente continham. Na verdade, abrange qualquer documento que envolve uma obrigação de dívida, ou representativo de um valor, o qual deverá ser pago na data prevista, e cuja emissão cabe à pessoa obrigada. É emitida a favor do credor, ao qual se permite transferi-la por cessão, o que revela instituir um título circulável”.



exportação: o banco *[o gestor dos recursos]* e, no polo passivo, *[além do penhor subjacente]*, o fornecedor dos insumos e o próprio produtor rural. Estes últimos titulares, do agronegócio, para levantarem o numerário financiado, *[como garantia de exigibilidade da exportação futura, vinculada à cédula]*, silentes oferecem uma duplicata mercantil, em dólares ou em reais, contendo o aceite da exportadora que, nesta operação, é tida como terceira empresa *[a interveniente-garante]*.

De outro modo, essas duplicatas mercantis vinculadas às cédulas de crédito de exportação podem proporcionar todo o elastério creditício, anterior ao ciclo produtivo faturizado, que venha a ser concedido para o efetivo desembaraço aduaneiro da mercadoria negociada; *[nada em contrário, desde que seja respeitada a baliza dos 180 dias para o ingresso das divisas, fixados pela Resolução nº. 2.441/97 do Banco Central do Brasil]*.

Nesse sentido, um mesmo título cambiário não resiste ao teste da proporcionalidade e pode ser oferecido mais de uma vez, e até sucessivas vezes, como lastro fiduciário de financiamentos da espécie *[a serem formalizados, pelos fornecedores de insumos ou pelo mesmo produtor rural]*, desde que: a) a liberação dos recursos do crédito anterior tenha sido feita, por prazo inferior ao fixado pelo *Bacen*, e o montante levantado já esteja quitado no exterior; b) a nova assistência esteja limitada ao prazo intercorrente que restar para completar os dias excedentes, *[constantes da própria cártula]*; c) os signatários dessa nova cédula de crédito sejam os mesmos titulares da cédula antecedente.

No cálculo dos financiamentos indiretos da espécie, se garantidos por duplicatas mercantis emitidas em reais, tem-se como remuneração dos bancos apenas o custo das divisas captadas no exterior, acrescido do *spread de risco* operacional e do *hedge esperado* para o período creditício *[mensurado na variação cambial da moeda brasileira]*.

Para os financiamentos lastreados por duplicatas mercantis, emitidas em dólares pelo beneficiário do crédito, os mesmos bancos, *[tendo por referência a taxa de venda do dia do pagamento]*, fixam como sua remuneratória os custos da captação de divisas no exterior, que vêm acompanhados tão só do *spread de risco* *[produto, moeda e país]*.



No mais das vezes, dependendo do lastro cambiário apresentado pelo produtor dos insumos, *na emissão das cédulas de crédito de exportação*, como regra fundamentada, *os bancos intervenientes têm-se valido de taxas remuneratórias variáveis*, que distinguem uma operação de outra *pelos lindes dos seus riscos marginais*.⁴⁸

O fornecedor dos insumos e o produtor rural, para disporem dos recursos do ACC-I, simplesmente assinam a cédula de exportação. Ainda que não participem do contrato de câmbio [*pois este somente será exigido do exportador final*], de pronto oferecem as garantias sobrejacentes [*tais como aplicações financeiras contingentes, carta de fiança, caução de duplicatas mercantis da empresa ou fiança bancária etc.*], caso estas intimidades financeiras sejam postuladas pelo banco cedente do crédito.

Por seu turno, agora com mais fôlego, no ingresso efetivo das divisas provocado pela venda externa do produto e em data precedente ao vencimento da duplicata mercantil [sem uso do seu teto operacional], o exportador final fecha o câmbio pela totalidade embarcada. Nesta nova fase, como interveniente-garante da posição líquida comprada, o mesmo empresário quita o débito originário do ACC-Indireto e, [sem divergência intestina], fica com o excedente dos recursos dessa sua atividade produtiva.

4.5. Os saques eletrônicos provocados por escrow account

Escrow account é o contrato de abertura de crédito garantido por conta vinculada, no qual o credor da negociação principal, [*o fornecedor e beneficiário do crédito, como pessoa física ou jurídica*], obtém tranquilidade de gestão e execução a termo de data, em decorrência do novo comprometimento [*de depósito*] firmado pelo próprio devedor, com o banco depositário. De mesma face, *o escrow*

48 Para Klaus Günter, in *Teoria da argumentação no direito e na moral*, p. 342: "uma regra será fundamentada desde que contenha sinais característicos como os que ocorrem na descrição da realidade factual, se válida e generalizável segundo diversas formas de justificação externa. Entretanto, a fundamentação já não poderá tematizar a decisão selecionadora, pressuposta como efetivada, uma vez que se trata tão somente de estabelecer, de modo independente da situação, um significado. Nisso, porém, não se distingue a tarefa de justificar a adequação situacional de uma fixação de significado em relação a outras variantes de significado de tarefa de justificar a adequação situacional de uma norma em relação a outras normas aplicáveis. Os participantes apenas poderão decidir se aquilo que (*Prop*) havia dito (*a Smith*) fora uma palavra de confirmação ou apenas o arranjo de um encontro casual, se alegarem mais sinais característicos que descrevam a ocorrência, e relacionarem os sinais característicos introduzidos adicionalmente na argumentação com a intenção diferenciada do termo promessa"



é recepcionado na segurança do crédito financeiro e na eficácia da liberação destes recursos, que passam a figurar, em conta bancária, como valores disponibilizados, *[para o exercício do direito de saque, a ser praticado na fase postrema, pelo seu beneficiário]*. – veja o art. 627 e os seguintes do C.C.

Ademais, *com mais linguagem de conteúdo bancário, com novo rosto e flagrância social*: nas vendas sobre documentos realizadas a prazo, nos ordenamentos de créditos *on line* e nas transferências de capital financeiro, o *escrow account [conta garantida por caução]* é identificado por crédito programado – vejam-se os art. 529 a 532 do C.C.

Não de outro modo, *programados de conta vinculada e personalizados com os sinais exteriores da boa-fé objetiva, estes saques eletrônicos* resultam de um programa de débito contábil, onde o gerente do banco fiduciário insere, *em conta corrente*, a transferência e o registro da moeda, na conta do seu beneficiário, *[ou o crédito negociado destes recursos]*, tendo-se de pronto, como firme e inconteste, a garantia de pagamento do negócio jurídico subjacente, *[pela liquidez corrente, certeza e exigibilidade do saque dos valores compromissados, pelo depositante e depositário]* – veja-se o art. 926 do C.C.⁴⁹

Gizada, sob o efeito da moeda escritural, pelo *escrow account* há uma norma de conduta prescritiva, *[a ser obedecida na estreita rotatividade do capital financeiro]*, que tem no seu suporte fático, *[o objeto dinâmico]*, um contrato ponte, antecedente à liberação dos próprios recursos, que serão operacionalizados no descritor sob garantia de registro em conta vinculada, pelo banco interveniente. Neste contrato de depósito, *[instituído por iniciativa do devedor]*, *as garantias sobrejacentes do crédito programado, que viabilizam o saque provocado no prescritor, são vistas como títulos causais*.

Para o entendimento deste tema, veja-se o seguinte exem-

49 Para João Tiago Morais Antunes, in *Do Contrato de depósito escrow*, p. 165: relativamente às partes do depósito escrow, anote-se que estamos perante um contrato trilateral, subscrito entre duas partes, contratantes num negócio jurídico coligado ao depósito (*o negócio jurídico principal*), e uma terceira entidade fiduciária, a quem aqueles confiam o acompanhamento e execução desse negócio subjacente. Cada uma destas pessoas (*depositante, beneficiário eventual dos bens depositados em garantia e depositário escrow*) participa no contrato representando um conjunto de interesses económicos próprios que esperam ver realizado através do depósito, formando, assim, três partes formal e materialmente distintas.



plo. Em certo dia, *[talvez por acaso, talvez não]*, enquanto portava o nome do beneficiário e sua conta bancária, determinado indivíduo, *[pela garantia de negociação de bens e serviços]*, dirige-se ao banco depositário para propor um crédito pessoal pelo valor da avença, com vencimento a termo. Para tanto, *em defesa do crédito a ser assistido pela literalidade*, assina o contrato de depósito, com parcelas vincendas, a partir da data da liberação dos recursos, que serão *exigíveis na falta de saldo*, em conta corrente, tão somente na data da programação do débito, assentado em registro contábil de conta vinculada, *[pacto de gestão autorizada]*. Ato contínuo, no entanto, nada impede que o depositário escrow também viabilize o saque, com a antecipação dos recursos futuros, mediante nova operação financeira com o seu beneficiário.

Pelo escrow, o depositante restitui ao depositário o montante liberado, *[capital e rentabilidade]*, em parcelas mensais; enquanto o beneficiário no acolhimento do crédito, apenas recepciona os recursos provisionados pelo banco *[capital]* ou, *como realidade incoativa da renegociação*, simplesmente perde os juros, pela sua antecipação.⁵⁰

Os parcelamentos negociados de lançamentos fiscais, previdenciários ou tributários, pontuados em conta vinculada com a interveniência de cobrança bancária, *[sob o corretivo mensal da taxa selic]*, de igual modo são vistos como créditos programados.

Em breve síntese, no acolhimento e mediação do banco pelas obrigações de contribuintes, sobrestadas pelo parcelamento do débito, perante o fisco e de igual face no assentimento destas propo-

50 Para João Tiago Morais Antunes, in *Do Contrato de depósito escrow*, p. 164: podemos retirar as primeiras conclusões práticas sobre o contrato de depósito escrow:

A primeira conclusão é a de que estamos perante um contrato de depósito fiduciário, isto é, um negócio que assenta necessariamente na fidúcia que as partes depositam nas características pessoais (*subjetivas*) ou organizacionais (*objetivas*) de um terceiro, a quem entregam – com o carácter secreto – bens móveis, tais como dinheiro ou documentos.

A segunda conclusão é a de que este depósito fiduciário tem como função económica garantir o cumprimento de uma ou várias obrigações, mais concretamente assegurar ao beneficiário do depósito que, uma vez demonstrada a sua qualidade de credor do depositante, poderá realizar facilmente o seu crédito sobre o seu devedor (*garantia*).

A terceira conclusão é a de que o depósito escrow está necessariamente ligado a outro(s) contrato(s), sem prejuízo de sua individualidade própria que subsiste, traduzindo-se esta ligação na circunstância de serem as vicissitudes próprias da relação jurídica emergente daquele(s) contrato(s) que determinará (ão) o destino dos bens detidos *in escrow*.



sições, sob salvaguarda do comprometimento, *estes signatários e o depositário deixam veiculado, em sede de conta garantida, o registro do direito tutelado do crédito pela responsabilidade subsidiária do banco interveniente.*

No campo do direito do consumidor, Ruben S. Stiglitz, *sintetizando a ausência do dever de informação como modalidade de desequilíbrio significativo*, preleciona dizendo, ainda mais, que: *“el desequilíbrio significativo o manifesto se explica en los hechos en el abuso del poder de negociación que ostenta el profesional sustentado en su poder técnico, en la información y en el conocimiento de que dispone sobre el alcance, en ocasiones enigmático, del contenido contractual propuesto o, en la mayor parte de las ocasiones, predispuesto al consumidor. En suma, el profesional que es quien porta información, aptitudes técnicas y conocimiento del contenido del contrato que, predominantemente, ha creado de forma unilateral, concentra en sí propio y frente al cocontratante, un margen de autoridad o superioridad del que se halla sustraído el consumidor y que lo posiciona en el contrato en situación de predominio. Con ese poder de negociación supone hablarse habilitado para consolidar su posición dominante y lo estimula a incluir cláusulas que, al cabo, provocan un desequilíbrio significativo entre los derechos y las obligaciones que derivan del contrato, en perjuicio del consumidor”*⁵¹.

Assim, na fidúcia e na segurança jurídica, o escrow account está bem próximo dos *créditos stand-by*. Nada obstante, *em polos bastante distintos*, o primeiro é tido como *contrato de gestão de depósito garantido por conta vinculada [o escrow está no descriptor]*, enquanto o segundo é um título causal *[transcrito pelo saque no prescriptor]*.

Nos créditos stand-by o ordenante e o beneficiário não esperam a interveniência do banco negociador para instrumentar o pagamento e a liberação das divisas, pelo exame dos documentos; ao contrário, sequer é provocada esta intervenção, para que a obrigação financeira seja cumprida pelos tomadores do crédito. No entanto, *na ausência do depósito*, esses papéis comerciais são apresentados pelo beneficiário ao banco negociador *[para conferência]* e, de pron-

51 *Contrato de consumo y cláusulas abusivas*. In: Estudos de direito do consumidor. vol. 1. Coimbra: Centro de direito de consumo. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999, p. 321.



to, os recursos são exigíveis do banco garantidor.

E mais, *por câmbio pronto*, em moeda escritural é selecionado o momento da celebração do contrato de câmbio pelos tomadores do *crédito stand-by*: i) não na abertura do crédito, mas sim na exigibilidade das divisas, questionada pelos documentos apresentados ao seu amparo; ii) essa contratação somente é exigível na hipótese de a moeda negociada ser diferente daquela praticada, pelo importador no país de destino ou pelo exportador no país de origem; iii) e, na ausência de recursos em moeda nacional, sem descontinuidade dos pagamento, *em sede própria*, são excutidos os bens oferecidos pelo importador na abertura do crédito.

Desse modo, é de grande valia o estudo das *técnicas de alquimia*, [no *Kairós*], para o exegeta definir o limite destas escolhas, pela literalidade, [no *Chrónos*]. Além do mais, *com a saga nas mãos* exige-se determinação de nova narrativa, motivada por aqueles incidentes econômicos e sociais que possam, *na razão da inteligência*, desvendar a descoberta das semelhanças e diferenças destes documentos de crédito, o que será feito, sem o afogadilho do tempo, [in *vespera*, *alchemia hoc mihi laudi est*, ou seja, *nas tardes*, *a alquimia para mim é motivo de satisfação*].

No *Kairós* há um tempo que não passa e os momentos se eternizam, sem o descompasso das horas e sem a perda de sentido do registro da realidade social, v.g., o professor na execução de suas pesquisas acadêmicas. E, de outro lado, no *Chrónos* o tempo é que passa sob efeito de realidades econômicas distintas, [a *pensada*, a *falada* e a *escrita*], e, na diacronia do tempo, estes momentos emergentes são escriturados com a perda de sentido, v.g., o cliente do banco na condução de suas aplicações financeiras, originárias de vendas sobre documentos.

Agora, porém, *com a mão visível da contradição da perda de sentido*, de outra face, *na boa-fé e na razão comunicativa da memória*, o presente momento de autonomia é tocado na afirmação do proponente [e *pode ser tocado*] pela fragilidade e realidade futura anunciadas do seu reconhecimento. *Nesta vertente*, *sem a garantia do crédito estão os débitos programados*, feitos *on line* pela clientela dos bancos, no uso dos caixas eletrônicos e nos ordenamentos dos débitos de boletos autorizados [um que outro se escapam,



identificados como dbas]. Demais disso, sem sobressaltos, com a gestão orientada dos depósitos não caucionados pelo banco, *estas provisões contábeis* de pagamentos eletrônicos, de fato, dependem da existência de suficientes recursos, em conta corrente, na época assinalada pelo comando do débito da moeda escritural, sob pena de não serem efetivados estes lançamentos.

Bibliografia Consultada

ALMEIDA, Amador Paes de. *Títulos de crédito*. São Paulo: Saraiva, 28ª ed., 2009.

ANTUNES, João Tiago Morais, *Do contrato de depósito escrow*. Coimbra: Almedina, 2007.

ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Campinas: Red Livros, 1999.

BESES MIGUEL, Rafael y BESES MIGUEL, María Dolores, *in Transporte, compraventa y responsabilidades*. Madrid: Edisofer, 2005.

BULGARELLI, Waldirio. *Títulos de crédito*. São Paulo: Atlas, 17ª ed., 2001.

BIANCA, Cesar Massimo. *Realtà sociale ed effettività della norma – obbligazioni e contratti - responsabilità tomo I, II*, Milano:Giuffrè, 2002.

_____. *Diritto Civile – il contratto, tomo 3*, Milano: Giuffrè, 2000.

CAPITANT, Henri. *De la Causa de las Obligaciones*. Pamplona, Spain: Analecta, 1922

_____. Henri y COLIN, Ambrosio. *Curso Elementar de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Reus, 1925.

CARRESI, Franco. *Trattato di Diritto Civile Italiano - la transazione*, vol. 9º, Torino: UTET, 1966.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva 2007.

_____. *Direito Tributário – linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008.

_____. *Direito Tributário – fundamentos jurídicos da incidência*.



São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignácio. *Doutrina e Prática das Obrigações*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2 volumes, 1938

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso do Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 24ª ed., 2009.

_____. *Código Civil Anotado – títulos de crédito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1962.

FLUME, Werner. *El Negocio Jurídico*. Madrid: Fundación Cultural Del Notariado, 1998.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Derecho Privado, 1958.

LAURINI, Giancarlo. *Tituli di crédito*. Milano: Giuffrè, II ed., 2009.

LUCCA, Newton de. *Aspectos da teoria geral dos títulos de crédito*. São Paulo: Pioneira, 1979.

MAMEDE, Gladston. *Títulos de crédito*. São Paulo: Atlas, 4ª ed., 2009.

MARTINS, Fran. *Títulos de crédito*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MEDICUS, Dieter. *Tratado de las Relaciones Obligatorias*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1995.

MISES, Ludwic Von. *La teoria del dinero y del crédito*. Madrid: Unión Editorial, 1997.

NEGRÃO, Theotonio e F. GOUVÊA, José Roberto. *Código Civil e legislação civil em vigor – títulos de crédito*. São Paulo: Saraiva, 28ª ed., 2009.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado – venda sobre documentos e títulos de crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7ª ed., 2009.

PARDO LIDÓN, Francisco José. *Medios de cobro y pago en el co-*



mercio internacional. San Juan de Alicante: Universidad de Alicante, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Cambiário*, Campinas: Bookseller, 4 vol., 2000.

OLIVEIRA, Hilário de. *Títulos de crédito – os usuais instrumentos de crédito do comércio internacional*. São Paulo: Pillares, 2006.

_____ *Direito e Negócios Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PAZ-ARES, Cándido. *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*. Madrid: Fundacion Beneficentia et Peritia Juris, 2005.

RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil*. Campinas: Bookseller, 3 vol., 1999.

SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier. *Garantias a primeira demanda: contratación internacional e interna*. Madrid: Civitas, 2004.

TENCATI, Adolfo. *Il pagamento attraverso assegni e carte di credito*. Milano: Giuffrè, 2004.

VERDE, Edwige, *I contratti bancari*. Milano: Giuffrè, 2004.

VIVANTE, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale*. Milano: Dottor Francesco Vallardi, Casa Editrice, 4 vol., 1928.





A Proteção da Pessoa Humana pelo Direito Civil: Evolução Histórica

Leonardo Estevam de Assis Zanini

Juiz Federal Substituto em São Paulo.

Mestre em direito civil pela PUC/SP.

Bacharel em direito pela USP.

PALAVRAS-CHAVE:

História do direito; direito civil constitucional; direitos da personalidade; proteção da pessoa humana.

1. Introdução

As origens da proteção à pessoa humana¹ pelo direito civil já podem ser encontradas nas civilizações da Antiguidade, entre as quais vale mencionar a Índia, a Mesopotâmia, o Egito, a Grécia e, obviamente, Roma. De fato, não se pode conceber, mesmo na Antiguidade, uma civilização que nenhum valor outorgasse à figura humana, pois isso significaria seu próprio extermínio.

1

A expressão "pessoa humana" não se constitui um pleonismo, visto que ela se opõe à "pessoa jurídica".



Todavia, como em qualquer evolução, nas civilizações antigas a proteção à pessoa humana veio sempre acompanhada de avanços e retrocessos, em especial devido à existência de profundas diferenças jurídicas entre as pessoas, com a manutenção de estatutos jurídicos discriminatórios (v.g. a admissão da escravidão), bem como a condição de inferioridade de determinados membros da família, como a mulher.

A despeito de termos mencionado várias civilizações antigas, vamos aqui fazer inicialmente uma abordagem apenas em relação às mais importantes para o ocidente, ou seja, Grécia e Roma, visto que nelas podemos mais facilmente visualizar as mais remotas categorias jurídicas destinadas a tutelar a pessoa humana.

Em seguida, passaremos a analisar os direitos da pessoa humana no âmbito do direito civil desde a Idade Média até a atualidade, dando especial destaque, a partir do século XIX, ao desenvolvimento e consolidação dos direitos da personalidade, categoria que hodiernamente tutela a pessoa humana no âmbito do direito civil e que, após o movimento de constitucionalização do direito civil, pode ser considerada a espinha dorsal desse ramo jurídico.

2. A tutela da pessoa humana na Antiguidade

2.1. A contribuição grega à tutela da pessoa humana

A história da Grécia Antiga é dividida em quatro períodos: 1) período micênico ou homérico, do século XV ao século VIII, a.C., com predomínio dos cretenses e aqueus; 2) período pré-clássico ou arcaico, do século VIII ao século VI, a.C.; 3) período clássico, do século VI ao século IV a.C, quando preponderou a *polis* e; 4) período pós-clássico ou helênico, do século IV ao século I, a.C., que abrangeu o império de Alexandre e culminou com a dominação romana².

Tal divisão histórica é relevante para a compreensão do direito grego, visto que nos dois primeiros períodos o direito consuetudinário imperava, não obstante o surgimento das primeiras normas escritas no período arcaico. Aliás, conforme informa Capelo de Sousa, a noção abstrata e geral de lei (*nomos*) já aparece em Hesíodo (século VIII a.C.)³.

2 SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 23-24.

3 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 41.



Como não poderia deixar de ser, o direito vigente na civilização grega mudou muito no decorrer de sua história, o que também se sentiu no que toca ao estatuto das pessoas, valendo aqui lembrar, apenas a título ilustrativo, que as mulheres mantinham no período mi-cênico uma posição de igualdade em relação aos homens, situação essa que foi drasticamente modificada no período clássico, quando houve redução de sua capacidade⁴.

Outro fator de dificuldade para uma visão global do direito grego era a existência de normas diversas em cada pólis, cada cidade tinha seu próprio direito, tanto público como privado, uma vez que, com exceção do curto governo de Alexandre o Grande, não houve unidade política e jurídica na Grécia Antiga⁵.

Dentre as cidades-estado gregas, o direito privado mais conhecido é o de Atenas, cujas normas inclusive serviram de inspiração para a Lei das Doze Tábuas. Porém, a maior parte das fontes do direito grego acabou por se perder, chegando até nós apenas fragmentos esparsos ou fontes mediatas desse direito⁶.

Apesar de tudo, grande foi a contribuição dada pelos gregos à atual categoria dos direitos da personalidade, haja vista o pensamento filosófico que passou a ver o homem, tanto no âmbito estadual quanto no universal, como a origem e a finalidade do direito, ganhando “novo sentido os problemas da personalidade e da capacidade jurídica de todo e cada homem e dos seus inerentes direitos de personalidade”⁷.

Ainda, o pensamento grego, especialmente por influência de Aristóteles, passou a conceber a existência de igualdade entre as pessoas, bem como buscou a regulamentação das relações humanas em sociedade pela lei⁸ (*nomos*), que, de acordo com os autores gregos citados por Gilissen, seria uma “disposição geral, uniforme e igual para todos”, limitadora do poder da autoridade⁹.

4 SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 24.

5 GILISSEN, John, Introdução Histórica ao Direito, p. 73.

6 AZEVEDO, Luiz Carlos de. O direito grego antigo. Disponível em: <http://helciomadeira.sites.uol.com.br/historia_arquivos/Texto002.htm>. Acesso em: 27 mar. 2009.

7 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 47.

8 SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 25.

9 GILISSEN, John, Introdução Histórica ao Direito, p. 75-76.



Não obstante a pretensa igualdade entre as pessoas e a submissão a uma lei geral, uniforme e igual para todos, a escravidão era instituto presente na Grécia, mas o escravo não era considerado simplesmente uma coisa, pois eram reprovados os maus-tratos aos escravos e punida sua morte, mesmo aquela provocada por seu senhor, bem como era permitido seu casamento e o exercício de atividade comercial¹⁰.

A igualdade, da mesma forma, não existia no campo político, visto que eram considerados cidadãos apenas os nascidos em Atenas, do sexo masculino e maiores de vinte anos, ficando excluídos do processo decisório as mulheres, os estrangeiros (metecos) e os escravos¹¹.

A ideia de direito natural é outro importante legado grego, o qual era entendido como um corpo de normas ideais não escritas, opostas aos estatutos reais, que refletiam a imperfeição da vida cotidiana¹². Essa ideia grega de direito natural pode ser nitidamente visualizada na obra de Sófocles, particularmente quando Antígona reclama, com fundamento no seu dever familiar imposto pelos deuses, o enterro de seu irmão como cidadão, em contradição ao que dispunha a legislação da pólis, que vedava o enterro daquele que combatera contra a cidade¹³.

Esse conceito será, posteriormente, de fundamental importância para o desenvolvimento dos direitos da personalidade, já que o pensamento grego é retomado, mais tarde, no movimento jusnaturalista, que serviu de base para as declarações de direitos.

Acrescente-se, ademais, que na Grécia Antiga ocorreu a laicização do direito, de maneira que as leis podiam ser revogadas pelos mesmos homens que as fizeram¹⁴, não tinham nada de religioso, de divino, o que foi um grande progresso para a civilização ocidental.

Outrossim, os gregos institucionalizaram o princípio da personalidade do direito e configuraram autênticas normas de direito

10 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 43.

11 AGUIAR, Renan, História do direito, p. 59.

12 CAENEGEM, R. C. van, Uma introdução histórica ao direito privado, p. 119.

13 SOFOCLES, A trilogia tebana: Édipo Rei, Édipo em Colono e Antígona, passim.

14 AGUIAR, Renan, História do direito, p. 60.



internacional, “impostas pela consciência e que já traduzem um respeito universal pelo homem”¹⁵.

Já no campo dos institutos jurídicos, podemos destacar a tutela da pessoa em Atenas por meio de ação fundada na ideia de *hybris*. Essa ação tinha inicialmente caráter penal e objetivava a punição de ultrajes ou sevícias sobre uma pessoa. Com o passar do tempo houve o seu aprimoramento, o que permitiu, mediante ações públicas ou privadas, a tutela de outros ilícitos, como as ofensas corporais, a difamação, a violação de mulheres e o uso proibido da força sobre coisa alheia¹⁶.

A palavra *hybris*, de acordo com Douglas Maurice MacDowell, é de definição e tradução difícil, sendo normalmente utilizada por escritores modernos com o significado de “arrogância”¹⁷, o que não representa adequadamente o alcance da palavra grega¹⁸. Seja como for, é por meio da *hybris* que os gregos expressavam seu repúdio ao excesso, à injustiça, ao desequilíbrio, à insolência e à soberba¹⁹, valendo ainda destacar que essa ação também protegia os escravos, uma vez que punia diretamente atos contra qualquer criança, mulher ou homem, porém não punia um ato de *hybris* contra um deus²⁰.

Por conseguinte, é possível atribuir aos gregos boa parte da base filosófica que deu sustentáculo à moderna teoria dos direitos da personalidade, não se podendo esquecer, por outro lado, da importância da *hybris*.

2.2. A contribuição romana à tutela da pessoa humana

Ao longo da história do direito romano, tal qual ocorreu no direito grego, o acesso e a perda de estatutos jurídicos foi uma constante, o que decorreu de alterações sociais, econômicas, políticas etc. Daí que é interessante uma análise dos institutos jurídicos ligados à pessoa de acordo com os períodos em que é dividida a história

15 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 42.

16 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 44.

17 Conforme Capelo de Sousa, a noção comum de *hybris* traduzia as ideias de: excesso, injustiça, insolência, desequilíbrio e de soberba (CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 44).

18 MACDOWELL, Douglas Maurice, The law in classical Athens, p. 129.

19 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 44.

20 MACDOWELL, Douglas Maurice, The law in classical Athens, p. 130.



do direito romano, ou seja: 1) direito antigo ou pré-clássico, que vai das origens de Roma à *Lex Aebutia*, compreendida aproximadamente entre 149 e 126 a.C.; 2) direito clássico, que tem término em 305 d.C., com o fim do reinado de Diocleciano; 3) período pós-clássico ou romano-helênico, que se encerra com a morte de Justiniano, em 565 d.C.²¹.

A despeito da mencionada diversidade dos estatutos jurídicos no decorrer da evolução do direito romano, o que vai ser a seguir mais bem explanado, não podemos deixar de observar que tradicionalmente os autores apontam a necessidade do preenchimento de três *status* (estados) para a aquisição, em Roma, da capacidade jurídica plena, que eram: *status libertatis* (a condição de homem livre), *status civitatis* (a cidadania romana, que era negada aos escravos e estrangeiros) e *status familiae* (a condição de *pater familias*, ou seja, o homem não subordinado a um ascendente masculino)²².

2.2.1. Época pré-clássica

O direito romano do período pré-clássico traduz-se no *ius civile* e na aplicação a ele dada pelos jurisconsultos. Nessa época, as instituições jurídicas vigentes eram bastante primitivas, caracterizadas pelo formalismo e pela rigidez, já que voltadas para uma sociedade rural, fundada na solidariedade clânica.

Em vista disso, o sancionamento das ofensas aos bens da personalidade se dava precipuamente por meio da vingança privada. As penas para as lesões pessoais eram fulcradas no Talião e apenas nos casos de lesões pessoais leves cominava-se uma indenização²³.

Nesse estágio primitivo do direito romano até mesmo o devedor, que era visto como uma coisa do credor, podia ser massacrado, encarcerado em prisão doméstica e transformado em escravo²⁴, o que demonstrava justamente o livre-arbítrio, o exercício da vingança, bem como a dissonância com os padrões de proteção da pessoa da civilização atual.

Em um momento posterior, passou-se da vingança privada

21 ALVES, José Carlos Moreira, *Direito Romano*, v. 1, p. 02.

22 ALVES, José Carlos Moreira, *Direito Romano*, v. 1, p. 97-110.

23 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, *O direito geral de personalidade*, p. 49.

24 GARCEZ NETO, Martinho, *Responsabilidade civil no direito comparado*, p. 25.



para a pena privada de composições, primeiro voluntária e depois obrigatória, já se podendo encontrar na Lei das Doze Tábuas, elaborada no ano 305 a.C., sinais da transição da composição voluntária para a composição legal, porém, não estava compelida a vítima a aceitar a composição fixada²⁵.

Com o desenvolvimento do direito, a *iniuria*, que na Lei das Doze Tábuas traduzia apenas ofensas corporais ligeiras, passa a encontrar proteção mais ampla na Lex Aquilia (entre 289 e 286 a.C.), equivalendo à ideia de injustiça ou de ilicitude²⁶.

A condição dos escravos também muda sensivelmente através das várias épocas do direito romano. No direito pré-clássico o escravo estava sujeito a uma série de arbitrariedades de seu dono, mas mesmo assim podia participar de cultos domésticos e públicos, bem como ser membro e até ocupar, com o consentimento do dono, cargos de direção de corporações religiosas²⁷.

Aliás, é na época mais antiga, no estágio inicial de desenvolvimento, que os escravos menos sentiram o peso de sua condição, já que eram considerados quase como companheiros de trabalho do *dominus*, além de serem por ele conhecidos, bem como tratados com benevolência. Por sua vez, os escravos nutriam sentimentos de devoção, reconhecimento e disciplina²⁸.

Esse quadro, no entanto, vai mudando com o passar do tempo, conforme Roma vai se desenvolvendo e obtendo vitórias militares, o que faz com que o número de escravos aumente bastante, bem como que sua situação se torne assaz miserável²⁹.

Outro dado interessante em relação à escravidão nesse período é que os escravos eram geralmente povos da própria Itália, já que as guerras ainda estavam limitadas àquela região, o que garantia a esses povos certos laços de “parentesco” com os romanos³⁰.

Logo, vê-se que no período pré-clássico a tutela da pessoa

25 ALSINA, Jorge Bustamante, Teoría General de la Responsabilidad Civil, p. 31.

26 CORDEIRO, António Menezes, Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, t. III, p. 31-32.

27 ALVES, José Carlos Moreira, Direito Romano, v. 1, p. 100.

28 SANFILIPPO, Cesare, Istituzioni di diritto romano, p. 137-138.

29 MAYER-MALY, Theo, Römisches Recht, p. 37.

30 KASER, Max; OTTO, Walter; BENGTON, Hermann, Das römische Privatrecht: Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, p. 112.



em Roma era demasiadamente distinta daquela que conhecemos hodiernamente, especialmente pelo fato de que as ofensas aos bens da personalidade (v.g., em caso de morte, ofensas corporais, rapto etc.) eram reprimidas pela vingança privada, a qual foi cedendo lentamente lugar à pena privada de composições, primeiro voluntária e depois obrigatória. No entanto, a vingança privada não desapareceu, pois durante o período monárquico o papel do monarca, na maior parte dos casos, limitava-se a autorizar e controlar a vingança privada, estabelecendo as formas que ela deveria revestir, bem como impedindo ou reprimindo o seu excesso³¹.

2.2.2. Época clássica

O direito da época clássica é caracterizado essencialmente por seu individualismo, por sua laicização e pela separação entre o direito público e o direito privado. A visão do direito da época clássica não partia mais da família, mas sim do indivíduo, o que, segundo Kaser, Otto e Bengtson, é claramente demonstrado pela estrutura do primeiro livro das Instituições de Gaio, cuja parte principal trata das pessoas³².

O papel fundamental na administração da justiça era desempenhado pelo pretor urbano, que apesar de não poder atribuir direitos a ninguém, concedia ou negava ações, o que, na prática, equivalia à criação de direitos³³. Assim, os magistrados encarregados da jurisdição, normalmente no início de seu mandato, mandavam afixar os editos, que eram proclamações que outorgavam ações judiciais em determinadas circunstâncias, o que aproximava o direito da realidade, permitindo sua adaptação a vastos domínios e às mutações sociais³⁴.

É justamente a partir desse direito pretoriano que vão ser ultrapassadas as carências do *ius civile* em matéria de proteção da pessoa, pois quando o pretor concedia ação para tutelar situações não previstas no *ius civile*, na verdade ele supria as lacunas dessa ordem jurídica. Assim, ao *ius honorarium*, criado pelos magistrados

31 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 48.

32 KASER, Max; OTTO, Walter; BENGTON, Hermann, Das römische Privatrecht: Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, p. 278.

33 ALVES, José Carlos Moreira, Direito Romano, v. 1, p. 70.

34 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 52.



romanos em razão de seu poder jurisdicional, contrapunha-se o *ius civile*. No entanto, ambos não se diferenciavam pela área de validade, mas sim pelo seu fundamento de validade³⁵.

Posteriormente, no principado, ao *ius civile* e ao *ius honorarium* (ou *praetorium*) vai se sobrepondo o *ius extraordinarium*, integrado por constituições imperiais³⁶, tornando-se progressivamente o imperador o único órgão legislativo³⁷.

Não havia, entretanto, uma proteção sistemática da pessoa, sendo certo que a tutela se fazia por meio de manifestações isoladas, entre as quais podemos citar as disposições da *Lex Aquilia*, que outorgava ação destinada a tutelar a integridade física das pessoas, da *Lex Cornelia* (81 a.C.), que protegia o domicílio contra a sua violação, e da *Lex Fabia*, que estabelecia meios processuais para a defesa de direitos inerentes à personalidade³⁸.

Em caso de iniúria havia a proteção da *actio iniuriarum*, uma *actio ex delicto* baseada na *Lex Aquilia*³⁹. Essa ação, de matriz pretoriana, alterou a forma de reparação do dano, afastando o critério tarifado existente na Lei das Doze Tábuas.

Realmente, a *actio iniuriarum*, no período clássico, outorgava ao ofendido o direito de exigir o pagamento de uma multa, que era arbitrada pelo magistrado e tinha a função punitiva e satisfativa, vindo daí a essência da atual indenização por dano moral decorrente da lesão aos direitos da personalidade⁴⁰.

Ainda, deve-se destacar que a *actio iniuriarum* tutelou aspectos essenciais da personalidade humana e alguns dos direitos a ela relacionados, avançando além do aspecto puramente material⁴¹, o que tem levado muitos autores, como Capelo de Sousa, a apontá-la como o embrião de um direito geral de personalidade.

35 KASER, Max; OTTO, Walter; BENGTON, Hermann, Das römische Privatrecht: Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, p. 201.

36 ALVES, José Carlos Moreira, Direito Romano, v. 1, p. 70-71.

37 GILISSEN, John, Introdução Histórica ao Direito, p. 89.

38 SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 32.

39 CORDEIRO, António Menezes, Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, t. III, p. 33.

40 BALTHASAR, Stephan, Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrecht: eine historisch-vergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und englischen Recht vom ius commune bis heute, p. 15.

41 GARCIA, Enéas Costa, Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro, p. 10-13.



Outrossim, é nesse período que também passaram a vigorar leis que estenderam a cidadania romana aos habitantes do *Latium* (*Lex Iulia*, 90 a.C.), aos aliados de Roma (*Lex Plautia Papiria*, 89 a.C) e aos habitantes da Gália Transpadana (*Lex Roscia*, 49 a.C)⁴².

Além disso, no direito clássico a situação dos escravos, que tinha se tornado insuportável, o que explica o surgimento de várias revoltas, é atenuada. Esse movimento se inicia na época do principado, sob influência da doutrina Estoica, podendo-se citar como exemplo o edito do imperador Cláudio que atribuía liberdade ao escravo abandonado enfermo pelo *dominus*, a constituição que vedou o homicídio do servo sem motivo válido⁴³, bem como a admissão da capacidade processual do escravo no processo extraordinário, que surge justamente no início do principado, permitindo a utilização do escravo pelo proprietário para, em nome deste, contrair obrigações ou adquirir direitos, sendo que nos contratos celebrados em seu próprio nome, resultavam obrigações naturais⁴⁴.

Por derradeiro, ainda no que toca à luta contra a escravidão, merece menção o posicionamento de Ulpiano, que entendia que o direito natural determinava que todas as pessoas nascem livres (*iure naturali omnes liberi nascerentur*)⁴⁵.

2.2.3. Época pós-clássica

O direito romano pós-clássico se caracterizou pela circunstância de passar a ser elaborado quase que exclusivamente pelo Estado, por meio de constituições imperiais, de forma bastante semelhante ao que ocorre no mundo moderno, deixando de existir a distinção entre o *ius civile*, o *ius honorarium* e o *ius extraordinarium*⁴⁶.

Não há dúvida que nesse período o direito romano sofreu influência do cristianismo⁴⁷, no entanto, como adverte Capelo de Sou-

42 ALVES, José Carlos Moreira, *Direito Romano*, v. 1, p. 105.

43 SANFILIPPO, Cesare, *Istituzioni di diritto romano*, p. 138.

44 ALVES, José Carlos Moreira, *Direito Romano*, v. 1, p. 100.

45 MAYER-MALY, Theo, *Römisches Recht*, p. 35.

46 ALVES, José Carlos Moreira, *Direito Romano*, v. 1, p. 71.

47 Não se pode deixar de mencionar que também exerceram influência no direito romano pós-clássico os seguintes fatores: "a nova constituição política, social e econômica do Império, que passa a ter, depois de Constantino, seu centro de gravidade no Oriente; os direitos provinciais; o empirismo que resulta de toda época de decadência; e o espírito e a preparação doutrinária dos jurisconsultos do Oriente grego" (ALVES, José Carlos Moreira, *Direito Romano*, v. 1, p. 73).



sa, “a aliança entre o Império e a Igreja teve como contraprestação da hierarquia eclesiástica o reconhecimento da ordem sócio-econômica-política estabelecida, nomeadamente dos poderes do Imperador como supremo garante da ordem estabelecida”, incluindo aí a manutenção do sistema produtivo escravocrata e da situação de desigualdade da maioria da população⁴⁸.

De fato, a moral cristã, não obstante ter exercido influência em Roma, não chegou a provocar grandes reformas na estrutura estatal, provocando mudanças apenas em zonas periféricas do direito, como, por exemplo, na atenuação da escravatura, na condenação dos jogos de gladiadores (325 d.C.), na repressão da prostituição (343 d.C.), na limitação da usura, na supressão do suplício da cruz e na abolição do cárcere privado⁴⁹.

Por isso, afirma Max Kaser que a era cristã conhece a proteção da personalidade e da liberdade individual somente em estritos limites⁵⁰.

Em contrapartida, com o cristianismo a tolerância religiosa, que era até então razoavelmente ampla, começou a ceder espaço à perseguição dos pagãos.

No que toca especificamente à situação do escravo⁵¹, no período pós-clássico intensificaram-se as disposições, emanadas dos imperadores, de proteção ao escravo contra o rigor das punições de seus donos. Entre os imperadores podemos destacar Justiniano,

48 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 56.

49 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 57.

50 KASER, Max, Das römische Privatrecht: Zweiter Abschnitt. Die nachklassischen Entwicklungen, p. 114.

51 Afirma-se, tradicionalmente que os escravos não possuíam personalidade, eram coisas, de propriedade de seu senhor. Todavia, aponta Elimar Szaniawski que alguns estudiosos, entre eles Cossio e Robleda, vêm revisando o conceito tradicional, já que a escravidão seria apenas uma limitação da liberdade pessoal e não a negação da personalidade. Aponta o autor que vários atos praticados por escravos produziam efeitos no mundo jurídico, o que leva à conclusão de que os escravos não poderiam ser considerados como objeto, e sim como sujeito de direito com capacidade extremamente limitada (SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 28). José Carlos Moreira Alves defende, entretanto, a doutrina tradicional, entendendo que o escravo podia praticar determinados atos, porém, isso ocorria porque servia como instrumento de ação jurídica de seu dono (como seu braço prolongado) e não porque tinha capacidade (ALVES, José Carlos Moreira, Direito Romano, v. 1, p. 98). Kaser, Otto e Bengtson, tratando do direito romano clássico, afirmam que os escravos eram simultaneamente personae e res. Como res corporales e mancipi são tratados conforme o direito das coisas, sendo propriedade de um senhor. Contudo, como seres humanos são personae, e na verdade, como as crianças da casa, estavam sobre potestas, desenhando-se, assim, as características dos escravos como seres humanos. Além disso, também fora do direito privado, conforme os autores alemães, os escravos eram tratados como seres humanos (KASER, Max; OTTO, Walter; BENGTSON, Hermann, Das römische Privatrecht: Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, p. 285).



que influenciado pela ética cristã, apesar de não poder abolir a escravidão, esforçou-se para aliviar ainda mais a situação dos escravos, bem como reconheceu inúmeros casos de libertação⁵². A despeito disso, tais atenuações não chegaram a modificar a sua condição jurídica, ou seja, também no direito pós-clássico continuou o escravo a ser considerado como coisa⁵³.

Fica claro, portanto, que a Igreja não se opôs à existência da escravidão, porém, procurou suavizar o seu rigor, particularmente pelo cultivo da *caritas*⁵⁴.

Quanto à cidadania romana, desde os fins da República a tendência era a sua extensão a todos os súditos, havendo, com isso, um forte retrocesso no que toca à distinção entre cidadão e não cidadão⁵⁵.

Nessa linha, o imperador Caracala, em 212 d.C, por meio da *Constitutio Antoniniana*, outorgou o *status civitatis* a quase todos os habitantes do Império (*in orbe romano qui sunt*), já que aos peregrinos deditícios, que tinham sido vencidos em guerra, foi recusada a cidadania. As exceções que subsistiram desapareceram no oriente com Justiniano⁵⁶, quando apenas se opunha o cidadão ao estrangeiro⁵⁷, não sendo mais feita a distinção entre os cidadãos romanos, os latinos e os deditícios. No ocidente, porém, as fontes jurídicas mais tardias ainda conheciam essa distinção⁵⁸.

Assim, com a atribuição cada vez maior de direitos aos estrangeiros, a qualidade de cidadão romano passou a ter influência apenas na maior ou menor amplitude da capacidade jurídica, deixando de ser requisito para a aquisição de personalidade jurídica⁵⁹.

A tutela judicial da personalidade humana continuou a ser

52 SANFILIPPO, Cesare, *Istituzioni di diritto romano*, p. 138 e 145.

53 ALVES, José Carlos Moreira, *Direito Romano*, v. 1, p. 100-101.

54 KASER, Max, *Das römische Privatrecht: Zweiter Abschnitt. Die nachklassischen Entwicklungen*, p. 125.

55 KASER, Max, *Das römische Privatrecht: Zweiter Abschnitt. Die nachklassischen Entwicklungen*, p. 113.

56 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, *O direito geral de personalidade*, p. 55.

57 SANFILIPPO, Cesare, *Istituzioni di diritto romano*, p. 151.

58 KASER, Max, *Das römische Privatrecht: Zweiter Abschnitt. Die nachklassischen Entwicklungen*, p. 120-121.

59 ALVES, José Carlos Moreira, *Direito Romano*, v. 1, p. 98.



implementada pelos tribunais civis, por meio da *actio iniuriarum*, não obstante a presença do cristianismo no âmbito da tutela da personalidade moral e dos bens imateriais da pessoa⁶⁰.

Por derradeiro, é de se destacar que no século VI, na obra de Justiniano, encontramos uma ideia mais lata e mais precisa de *iniuria*, apresentada, em geral, como tudo o que não seja juridicamente regular (*quod non iure fit*). Assim, a *iniuria* explicitaria a afronta injuriosa a uma pessoa, o desprezo, a culpa, a iniquidade e a injustiça⁶¹.

Portanto, vê-se que na Antiguidade greco-romana a proteção da pessoa não se dava nos moldes atuais, já que a organização socioeconômica e política era outra, bastante diversa, bem como não houve o enfrentamento pelas civilizações clássicas dos problemas hodiernamente trazidos pelo desenvolvimento tecnológico. Entrementes, podemos encontrar naquelas civilizações o embrião dos direitos da personalidade, tanto no que toca à sua base filosófica, como jurídica, valendo aqui, mais uma vez, lembrar os institutos da *hybris* grega e da *iniuria* romana.

3. A tutela da pessoa humana na Idade Média

A Idade Média é tradicionalmente delimitada com base em eventos políticos, iniciando-se com a desintegração do Império Romano do Ocidente, no século V (476 d.C.), e terminada com a queda de Constantinopla e o conseqüente fim do Império Romano do Oriente, no século XV (1453 d.C.).

3.1 A Alta Idade Média

Nesse período a sociedade e a economia da Europa Ocidental são profundamente alteradas. As invasões bárbaras provocam o surgimento de muitos reinos politicamente independentes, onde as leis bárbaras, próprias das tribos germânicas, passam a vigorar ao lado do direito romano vulgar.

A influência de cada um desses direitos dependia da quantidade de invasores bárbaros, ou seja, quanto maior o número de invasores, mais fragilizadas ficavam as regras do direito romano,

60 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 57.

61 CORDEIRO, António Menezes, Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, t. III, p. 32.



predominando o direito costumeiro bárbaro. Essa situação pode ser muito bem visualizada no território da atual França, pois no Sul a germanização foi superficial (*Herrensiedlung*) e os princípios essenciais do direito romano foram conservados. Já no Norte, houve uma maciça ocupação das tribos germânicas (*Bauernsiedlung*), perdendo-se o direito romano⁶².

E com o passar do tempo o direito barbárico, absolutamente inferior, acabou recepcionando algumas categorias do direito romano vulgar, porém, onde houve forte ocupação dos povos bárbaros, os costumes dos germanos continuaram sendo a principal fonte do direito.

Com isso, a literatura jurídica do período era repleta de concepções errôneas, de falta de originalidade e de análise doutrinária, bem como favorecia a barbarização de institutos, misturando elementos de origem germânica com aqueles romanos⁶³.

Ademais, como era tradição o rei dividir as terras entre seus filhos, isso acabou levando à fragmentação e à decadência do poder real, merecendo destaque no período apenas o reino Franco, que legislou por meio das capitulares, as quais, ao lado do direito da Igreja Romana, constituíram o único ordenamento supranacional da época⁶⁴.

Dessa maneira, durante os primeiros séculos da Idade Média a legislação teve uma importância apenas secundária, predominando um direito oral, que variava inicialmente de tribo para tribo e, posteriormente, de região para região. A principal fonte do direito era o costume, não havendo qualquer sinal de tratados de direito ou de ensino profissional do direito⁶⁵.

Também não se pode esquecer a influência do direito canônico, considerado na época como fonte de direito vigente⁶⁶, já que no final do século VII grande parte dos reinos bárbaros já tinha sido convertida ao catolicismo. O direito da Igreja Católica era essencialmente

62 CAENEGEM, R. C. van, Uma introdução histórica ao direito privado, p. 29.

63 WOLFF, Hans Julius, Roman law: an historical introduction, p. 185.

64 CAENEGEM, R. C. van, Uma introdução histórica ao direito privado, p. 26.

65 CAENEGEM, R. C. van, Uma introdução histórica ao direito privado, p. 25.

66 SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 34.



romano e seguia os modelos do antigo direito romano, considerando parte de suas instituições, bem como os procedimentos em juízo⁶⁷.

Outrossim, é interessante notar que o declínio da legislação, conforme Caenegem, não se explica apenas pela queda do Império Romano, ligando-se igualmente “às concepções dos povos germânicos acerca da realeza e do direito. Em sua visão, o direito não era uma técnica social que podia ser manipulada e adaptada quando as autoridades centrais desejassem, mas uma realidade eterna, um princípio fixo e intemporal de orientação, que devia ser elucidado e interpretado, mas jamais alterado fundamentalmente”⁶⁸.

Por conseguinte, a Alta Idade Média não é o campo fecundo para o estudo da proteção da pessoa humana, bem como para a doutrina dos direitos da personalidade. As condições eram incompatíveis com o fundamento ideológico necessário para tanto, ou seja, faltava a noção de individualidade⁶⁹, ofuscada, sobretudo, pelo direito bárbarico. A despeito disso, no decorrer da Idade Média temos o importante reconhecimento, pelos filósofos cristãos, “da dignidade de cada homem concreto como filho de Deus, da unidade do gênero humano e da autonomia do espiritual perante o temporal”⁷⁰.

3.2. A Baixa Idade Média

A Baixa Idade Média é caracterizada pela crise da estrutura feudal e das relações econômicas, sociais e culturais a ela relacionadas. Há o surgimento da burguesia e do capitalismo, bem como o fortalecimento das cidades e do poder real, tornando-se o estado nacional soberano a forma dominante de organização política, cujo símbolo era o monarca absoluto.

É nesse período que o Ocidente redescobriu, no século XI, com a Escola dos Glosadores de Bolonha, o direito romano justinianeu, que influenciou profundamente a evolução do direito em praticamente toda a Europa. Esse movimento se inicia na Itália e se espalha pela Espanha, França e Alemanha, influenciando também a Inglaterra e outros países, inclusive do norte e do leste europeu⁷¹.

67 WOLFF, Hans Julius, Roman law: an historical introduction, p. 188.

68 CAENEGEM, R. C. van, Uma introdução histórica ao direito privado, p. 22.

69 GARCIA, Enéas Costa, Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro, p. 13.

70 MIRANDA, Jorge, Manual de direito constitucional: direitos fundamentais, t. IV, p. 17.

71 WOLFF, Hans Julius, Roman law: an historical introduction, p. 183.



Essa redescoberta não significou apenas que o texto integral da compilação foi encontrado, mas sim que a nova escola passaria a estudá-lo e ensiná-lo nas universidades, o que, com o tempo, levou à produção de glosas e comentários às antigas compilações oficiais, bem como à construção gradual de um direito neo-romano ou um direito romano medieval, o qual, junto com o direito canônico, criou um direito erudito comum para todo o Ocidente, que ficou conhecido como *ius commune*⁷².

Entretanto, para os glosadores não havia como se questionar a doutrina do *Corpus Iuris Civilis*, já que ela expressava a razão escrita, um modelo universal e eterno de revelação⁷³. Aliás, os glosadores chegavam a considerar os textos de Justiniano como sagrados, atribuindo a eles autoridade quase bíblica⁷⁴.

Dessa maneira, não há que se falar em inovações produzidas pela Escola dos Glosadores, em especial no que toca à proteção da pessoa humana e aos direitos da personalidade, já que na glosa se manteve o âmbito e as características da *actio iniuriarum*, mas agora com desvantagem na sua aplicação prática, ante a ausência do conhecimento jurídico e da sensibilidade do pretor romano⁷⁵.

Com a perda da posição dominante da Escola dos Glosadores surgiu a Escola dos Comentadores ou Conciliadores, que tinha a cidade de Perugia como o seu mais renomado centro de atividades e como expoentes Bartolus de Saxoferrato e Baldus de Ubaldis⁷⁶. Essa nova escola é que alcançou uma jurisprudência mais adulta e consciente das suas tarefas quotidianas, tornando as fontes romanas diretamente úteis para a satisfação das necessidades sociais⁷⁷.

De fato, conforme ensina Franz Wieacker, os conciliadores “exploraram pela primeira vez instituições ou disciplinas a que faltava no direito romano qualquer fundamento ou que aí apenas eram tratadas sob a forma de sugestões de carácter casuístico”⁷⁸.

72 CAENEGEM, R. C. van, Uma introdução histórica ao direito privado, p. 49.

73 CAENEGEM, R. C. van, Uma introdução histórica ao direito privado, p. 53.

74 STEIN, Peter, Roman law in European history, p. 46.

75 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 59.

76 WOLFF, Hans Julius, Roman law: an historical introduction, p. 189.

77 WIEACKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, p. 84.

78 WIEACKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, p. 82.



Seus representantes acabaram, assim, por ter um importante papel em direção à combinação do direito romano com os estatutos das cidades italianas, bem como com o direito canônico⁷⁹.

Logo, vê-se que os conciliadores interpretaram as fontes do direito de forma mais livre, o que inclusive favorecia a criação de novas figuras jurídicas, atualizando o antigo direito às necessidades da sociedade da época. Por isso, a obra dos conciliadores ultrapassou a dos glosadores, colocando-os como precursores da moderna dogmática do direito privado.

A despeito disso, esclarece Capelo de Sousa que o estado das questões da tutela da pessoa humana até o século XIV não foi alterado pela Escola dos Comentadores⁸⁰, visto que os esquemas da *actio iniuriarum* e da *Lex Aquilia* foram mantidos, podendo-se concluir que na Baixa Idade Média não houve desenvolvimento no que toca ao nosso tema de estudo, mas tão somente o renascimento do direito romano justinianeu.

4. A tutela da pessoa humana do século XV ao XVIII

O período aqui analisado praticamente coincide com a Idade Moderna, a qual vai do século XV ao XVIII, tendo como marco inicial a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos (1453) e como término a Revolução Francesa (1789). É um período de transição, cuja base consiste na substituição do modo de produção feudal pelo sistema capitalista, bem como pelo surgimento das Grandes Navegações, da Reforma Protestante, da Contra-Reforma e do Renascimento.

O Renascimento dos séculos XV e XVI alterou substancialmente a concepção medieval, colocando o homem no centro de tudo (antropocentrismo) e dando importância primordial ao racionalismo⁸¹. O mundo aparece como cenário das ações humanas, e não como expressão da vontade divina.

Ao Renascimento está associado o Humanismo, movimento que fez reviver estudos da Antiguidade clássica e que celebrava

79 WOLFF, Hans Julius, *Roman law: an historical introduction*, p. 189.

80 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, *O direito geral de personalidade*, p. 59.

81 GARCIA, Enéas Costa, *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*, p. 14.



uma série de valores e ideias relacionados ao ser humano. Com o Humanismo o homem acaba se tornando responsável por si mesmo e não mais subordinado à vontade divina, ou seja, abre-se o mundo à intervenção do homem, que passa a ter como princípios fundamentais a tolerância, a não violência e a liberdade de consciência.

Destarte, a potencialização das ideias humanistas pelo Renascimento faz com que o homem assuma sua condição e questione seu próprio destino, coexistindo, no entanto, a ideia e a imperiosidade da ordenação divina. Isso leva, conforme ensina Capelo de Sousa, à “continuação da reflexão antropocêntrica das relações entre o indivíduo e a sociedade, particularmente entre governantes e governados dentro do Estado, e a progressão do *ius*, cada vez mais ligado à vontade humana e à ideia de Justiça”⁸².

No campo do direito, a Escola do Direito Natural desenvolveu amplamente as ideias humanistas de fundo individualista e voluntarista, bem como a doutrina dos direitos subjetivos. Essa escola defendia a primazia do direito natural sobre o direito positivo e fundava o direito natural “nos direitos ‘inatos’, ‘originários’ e irrenunciáveis do homem (...)”⁸³. Aliás, daí se vê que na era moderna formou-se uma nova concepção do direito natural, o qual é entendido como um corpo de princípios básicos dos quais o direito positivo deveria diretamente derivar.

Dessa maneira, os integrantes dessa escola, a partir de princípios evidentes e de axiomas, realizavam uma dedução *more geometrico*, com a imutabilidade própria das deduções matemáticas, o que nos leva a crer, com fulcro nas lições de Caenegem, que seria mais adequado o nome “direito da razão” (*Vernunftrecht*)⁸⁴, ao invés de “direito natural”⁸⁵.

Esse também é o posicionamento de Celso Lafer, o qual destaca que o modelo jusnaturalista moderno “tem como nota unifi-

82 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 63.

83 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 65.

84 CAENEGEM, R. C. van, Uma introdução histórica ao direito privado, p. 129.

85 Igualmente, adverte Franz Wieacker que o “jusracionalismo europeu constituiu, na verdade, uma revolução cultural, mas traçada passo a passo por uma tradição coesa que, através das teorias sociais da Idade Média, remonta à filosofia greco-helenístico-romana. A unidade desta tradição é garantida não apenas pela continuidade histórica, mas também pela unidade dos problemas; já a execução deste projecto se processou por formas muitíssimo diversas” (WIEACKER, Franz, História do Direito Privado Moderno, p. 290).



cadora não um conteúdo em comum, mas sim um método compartilhado. Este método é o método racional. Dele resulta o empenho de enquadrar o Direito, a Moral e a Política no âmbito de uma ciência demonstrativa”⁸⁶.

Ainda, em decorrência da manifestação de diversos direitos inerentes à pessoa, fundados no *ius in se ipsum*, ocorreu a evolução da *hybris* e da *actio iniuriarum*, sendo certo que nos séculos XV e XVI já havia, em estado embrionário, um conceito de *ius imaginis* e a absorção da máxima *dominus membrorum suorum nemo videtur*, ou seja, o direito ao corpo como direito de propriedade⁸⁷.

Aliás, entre os autores da humanística tardia francesa, destaca Menezes Cordeiro a obra de Hugo Donellus, cujos textos fundamentais (*Commentarium de iure civile*, de 1590) “marcam a certidão de nascimento dos modernos direitos fundamentais”⁸⁸. Na sua obra, Donellus aceita uma propriedade dupla, é dizer: “in persona cuiusque” e “in rebus externis”. A primeira propriedade vai, posteriormente, no século XIX, ser objeto de discussão, uma vez que compreenderia a vida, a integridade corporal, a liberdade e a reputação⁸⁹.

Superado o momento inicial dos séculos XV e XVI, no decorrer da Idade Moderna a nova classe social dos burgueses foi ficando mais forte, o que levou à redução da influência de instituições hierárquicas como a Nobreza e a Igreja. O Iluminismo, já no campo cultural, vai criticar, no século XVIII, a política e a sociedade então existentes, surgindo, devido a todas essas mudanças, a chamada Crise do Antigo Regime⁹⁰.

De fato, o Iluminismo forneceu boa parte do fermento intelectual de eventos políticos que se revelariam de extrema importância para a constituição do mundo moderno, visto que os ilustrados defendiam o respeito aos direitos naturais, à diversidade de ideias, à justiça, bem como tinham a razão como o grande instrumento de reflexão capaz de melhorar o mundo.

86 LAFER, Celso, A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, p. 277.

87 SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 38.

88 CORDEIRO, António Menezes, Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, t. III, p. 34.

89 WEICK, Günter, Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer. In: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, p. 171.

90 GARCIA, Enéas Costa, Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro, p. 14.



A crítica dos ilustrados concentrou-se especialmente na desigualdade diante da lei, que era mantida pelo sistema político dos “estados”, nas limitações às pessoas e à propriedade, nas intervenções arbitrárias e imprevisíveis da Coroa, na exclusão da participação popular, na predominância da Igreja e na intolerância religiosa⁹¹.

Ademais, os iluministas fizeram prevalecer a noção por meio da qual o ser humano isolado era não somente parte do coletivo, mas dispunha de um singular plano interior, que deveria ser desenvolvido. Com isso, em correspondência com essa noção, colocava-se para o ordenamento jurídico a tarefa de reconhecer as peculiaridades individuais de cada ser humano, protegê-las e desenvolvê-las⁹².

Essas ideias iluministas acabam por culminar em novas concepções democráticas e liberais, na Independência dos Estados Unidos (1776) e na Revolução Francesa (1789), gerando liberalismo político, econômico e jurídico. Por isso, assevera Capelo de Sousa que:

“...foi preciso esperar pelo liberalismo, não apenas econômico mas também sócio-político, dos finais do séc. XVIII e do séc. XIX, para que se acentuas-se a tendência – cara à escola de direito natural, aos filósofos franceses precursores da Revolução e a Kant – para a subjetivação dos direitos e para o reforço dos direitos individuais face ao Estado, pelo menos ao nível do discurso jurídico”⁹³.

Juntamente com os movimentos revolucionários surgiram as Declarações de Direitos⁹⁴, que enunciavam os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, os quais apenas eram declarados pelo Estado, já que eram preexistentes a ele e decorreriam da própria natureza humana⁹⁵.

91 CAENEGEM, R. C. van, Uma introdução histórica ao direito privado, p. 117-118.

92 LOCHER, René, Persönlichkeitsschutz und Adoptionsgeheimnis, p. 17.

93 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 69.

94 As Declarações de Direitos, de acordo com Massimo Dogliotti, são um momento fundamental para a definição unitária da pessoa, bem como para a passagem de definições filosóficas para o plano jurídico. Transcrevemos o original em italiano: “Momento fondamentale per la definizione unitaria della persona (e per il trapasso di tale definizione del piano filosofico a quello più strettamente giuridico) costituirono le <Dichiarazioni dei diritti> delle colonie americane e soprattutto la <Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino> della Francia rivoluzionaria...” (DOGLIOTTI, Massimo, Le persone fisiche. In: RESCIGNO, Pietro. Trattato di Diritto Privato, v. 2, p. 7).

95 GARCIA, Enéas Costa, Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro, p. 14.



A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Assembléia Nacional da França, em 26 de agosto de 1789, foi o grande monumento legislativo do período, tornando-se modelo para todo o constitucionalismo liberal⁹⁶. A sua importância consiste no fato de ela se endereçar ao homem, e não apenas ao cidadão francês, ou seja, o seu mérito está na sua universalidade⁹⁷.

Também deve ser atribuída grande importância, no que toca à evolução dos direitos humanos e, por conseguinte, dos direitos da personalidade, às declarações americanas: Declaração de Direitos de Virgínia, de 16 de junho de 1776; Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4 de julho de 1776; e a Constituição dos Estados Unidos da América, de 17 de setembro de 1787⁹⁸. Todavia, como ressalta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, tais declarações, diferentemente da francesa, “aproximaram-se do modelo inglês, preocupando-se menos com o Homem e seus direitos do que com os direitos tradicionais do cidadão inglês”⁹⁹.

É justamente nesse contexto que se inserem os movimentos e as medidas legais embrionárias de abolição da escravatura e da pena de morte, de reforma dos castigos corporais, de equiparação do homem e da mulher, de aproximação dos filhos e demais parentes nascidos dentro e fora do casamento e de atenuação de discriminações raciais ou motivadas pela nacionalidade¹⁰⁰. Contudo, adverte Capelo de Sousa que:

“Os estatutos jurídicos das pessoas conheceram, é certo, um nivelamento em termos de capacidade jurídica, mas não se assistiu concomitantemente com a gestação de direitos subjectivos à fruição efectiva de bens sociais, que, significativamente, visassem à consecução dos objetivos igualitaristas das revoluções liberais. E os próprios direitos

96 GARCIA, Enéas Costa, *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*, p. 14.

97 Segundo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos” (art. 1º), sendo declarado que “o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”, que são “a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão” (art. 2º).

98 MORAES, Alexandre de, *Direitos humanos fundamentais*, p. 27.

99 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Direitos humanos fundamentais*, p. 20.

100 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, *O direito geral da personalidade*, p. 66.



fundamentais, embora calorosamente apregoados, eram as mais das vezes deixados no remanso das declarações constitucionais ou dos discursos políticos da época, sem uma adequada tutela a nível do direito civil¹⁰¹.

Da mesma forma, destaca Antonino Scalisi que a falta de tutela do homem, enquanto ser humano, tornou desprovida de real consistência a proclamação inicial de liberdade e igualdade. É que não obstante a liberdade e igualdade diante da lei, na realidade os seres humanos não eram livres e nem iguais¹⁰².

Portanto, vê-se nesse período o surgimento do Estado moderno, como conhecemos atualmente, cuja lei maior é a Constituição, a qual assimilou todo o desenvolvimento filosófico-jurídico de mais de dois milênios, reconhecendo o valor fundamental da figura humana, bem como positivando a doutrina dos direitos fundamentais, que defende o cidadão dos abusos do Estado. A despeito disso, não se assistiu simultaneamente ao seu reconhecimento a sua fruição pelos cidadãos, dada a falta de efetividade da tutela então existente.

5. A construção dos direitos da personalidade no século XIX

O século XIX absorveu a doutrina revolucionária francesa, desenvolvendo um direito de fundo jusracionalista e iluminista. Viu-se grande evolução no que toca ao que se denominou de direitos públicos da personalidade, o que se deu graças à promulgação de resoluções das diversas declarações e conferências internacionais, bem como ao trabalho dos constituintes, que reconheceram a tutela da pessoa humana por meio dos direitos fundamentais¹⁰³.

No âmbito do direito civil, o século XIX é marcado pelo movimento de sistematização e codificação, já que o povo estava a exigir um sistema legal único, que fosse obrigatório para todos, não estabelecendo distinções odiosas entre os cidadãos, ou seja, uma legislação que garantisse a liberdade do cidadão e a igualdade entre

101 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 70.

102 SCALISI, Antonino, Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità, p. 5.

103 SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 49.



os mesmos. Tal movimento deve sua existência e conteúdo em parte à influência do direito natural, surgindo daí os códigos da Prússia (1794), da Áustria (1811) e, o mais importante de todos, o Francês (1804)¹⁰⁴.

Entretanto, o Código Napoleônico, que influenciou a maioria dos códigos civis do século XIX¹⁰⁵, era um código do patrimônio e não um código dos direitos da pessoa, o que não ofereceu apoio para uma sistematização da categoria dos direitos da pessoa. As normas de proteção da personalidade humana no Código Civil francês eram escassas e fragmentárias, não existindo, nesse aspecto, um sistema¹⁰⁶.

A despeito da ideia da necessária positivação dos multifacetados direitos da personalidade, bem como dos desencontros da doutrina do período, a categoria dos direitos da personalidade é apontada como criação do século XIX¹⁰⁷, devendo seus avanços particularmente ao trabalho dos tribunais, que contribuíram decisivamente para a sua construção¹⁰⁸.

No campo dos direitos da personalidade, o maior embate doutrinário do período se deu entre a Escola Histórica do Direito e o Positivismo Jurídico. Tais escolas acabaram alterando fundamentalmente a tutela da pessoa humana, a qual ainda era protegida pela *actio iniuriarum*, particularmente na Alemanha, não obstante o desenvolvimento ocorrido nos séculos XVII e XVIII¹⁰⁹.

Segundo Savigny¹¹⁰ e a maior parte da Escola Histórica, a

104 WOLFF, Hans Julius, Roman law: an historical introduction, p. 216.

105 Diferentemente do Código Civil francês, uma primeira referência à pessoa e à capacidade se encontra no Código Civil austríaco de 1811 (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - ABGB), que estabelece no seu § 16: "Todo homem tem direitos inatos que se conhecem somente com a razão: por isso ele deve ser considerado pessoa" (DOGLIOTTI, Massimo, Le persone fisiche. In: RESCIGNO, Pietro, Trattato di Diritto Privato, v. 2, p. 08).

106 Transcrevemos o original em italiano: "Si deve peraltro ribadire che la <Dichiarazione dei diritti> si riferiva principalmente agli aspetti pubblicistici e al rapporto individuo-Stato e, del resto, il Code civil appariva, com'è stato variamente evidenziato, più propriamente <Codice del patrimonio> che <Codice dei diritti della persona> e, in tal senso, non offriva alcun appiglio neppure indiretto per una accettabile sistemazione della categoria dei diritti della personalità (e a tale logica doveva ispirarsi la maggior parte dei codici europei dell'800, e lo stesso codice italiano del 1865)" (DOGLIOTTI, Massimo, Le persone fisiche. In: RESCIGNO, Pietro, Trattato di Diritto Privato, v. 2, p. 49).

107 GARCIA, Enéas Costa, Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro, p. 07.

108 SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 49.

109 SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 42.

110 No entender de Menezes Cordeiro, Savigny não foi bem compreendido. É que para o autor português, Savigny não era contrário à tutela da pessoa, mas tão somente duvidava da viabilidade dogmática dos direitos da personalidade, eis que uma construção de "direitos sobre si próprio" só viria obscurecer a sua tutela (CORDEIRO, António Menezes, Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, t. III, p. 36-37).



admissão de um direito subjetivo da personalidade levaria ao reconhecimento de um direito que teria como objeto a própria pessoa, fundado no *ius in se ipsum*, o que autorizaria a disposição sobre si mesmo, bem como o suicídio¹¹¹. Por isso, tal escola negava a existência dos direitos da personalidade, não reconhecendo aos eventuais atributos, arrolados na lei, a natureza de direitos subjetivos¹¹².

Ainda, os adeptos dessa escola desconstruíram a crença na possibilidade de descoberta de um sistema absoluto de direito, baseado na pura razão, bem como se opuseram ao direito natural. Segundo eles, não havia um direito eterno e universal, baseado na natureza abstrata do homem, uma vez que o direito, como a linguagem e os outros elementos da cultura, é uma forma de expressão da individualidade de um povo¹¹³.

Já para o positivismo jurídico, os diversos direitos que derivam da pessoa humana apenas poderiam ser reconhecidos como direitos da personalidade se estivessem expressamente tipificados no ordenamento jurídico, o que garantia a tutela do Estado, já que se tratavam de direitos subjetivos¹¹⁴.

Ao lado dessa visão dos direitos da personalidade como “direito à própria pessoa”, surgiu, no decorrer da segunda metade do século XIX, um outro ponto de vista, o qual viu nos direitos da personalidade o direito ao respeito da própria individualidade. Tal teoria foi fortemente influenciada pelo desenvolvimento dos direitos autorais, tendo sido fundada por Gareis e aperfeiçoada por Kohler¹¹⁵.

Seja como for, em razão do tumultuoso desenvolvimento industrial, bem evidente, sobretudo a partir da segunda metade do século XIX, necessitava-se de uma incisiva e adequada tutela da personalidade humana, já que as agressões ao indivíduo eram gravíssimas, o que acabou por afastar as teorias negativas¹¹⁶, que “enxerga-

111 VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, p. 57-58.

112 SZANIAWSKI, Elimar, *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 42.

113 WOLFF, Hans Julius, *Roman law: an historical introduction*, p. 217.

114 SZANIAWSKI, Elimar, *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 43.

115 WEICK, Günter. *Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer*. In: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, p. 171-172.

116 DOGLIOTTI, Massimo, *Le persone fisiche*. In: RESCIGNO, Pietro, *Trattato di Diritto Privato*, v. 2, p. 49-50.



vam uma contradição lógica na possibilidade de que a personalidade, identificando-se com a titularidade de direitos, pudesse ser também objeto deles”¹¹⁷.

E em grande parte dos países da Europa prevaleceu a ideia de que os direitos da personalidade necessitavam de fundamentação normativa, o que estava em consonância com o positivismo jurídico prevalente na época. Entrementes, ante a ausência de normatização na órbita civil¹¹⁸, foi por meio de sanções penais que os elementos constitutivos e as manifestações da personalidade humana começaram a ser tutelados, sendo certo que atualmente a tipologia penal ainda está entre as formas de defesa de determinados direitos da personalidade, justamente aqueles socialmente mais significativos¹¹⁹.

Ainda, por influência do positivismo jurídico e da teoria dos direitos inatos, passou-se a conceber a tutela do homem e de sua personalidade em dois grandes ramos, ou seja, os direitos públicos da personalidade e os direitos privados da personalidade, sendo certo que os primeiros estariam previstos nas declarações de direitos e nas constituições, garantindo a defesa da pessoa contra atentados do próprio Estado; já os do segundo grupo eram aplicados nas relações entre particulares, nos casos de atentados por um sujeito privado contra algum atributo da personalidade de outro¹²⁰.

É interessante notar que no século XIX, enquanto muitos países europeus começaram a reconhecer os direitos da personalidade em diversas tipificações, o direito alemão, o austríaco e o suíço desenvolveram a tutela da personalidade a partir da existência de um único e genérico direito da personalidade, conforme doutrinavam Otto von Gierke, Kohler e Huber¹²¹.

A situação se modificou na Alemanha após a entrada em vigor do Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB), quando o

117 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina, Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, p. 31-32.

118 A falta de disciplina legal dos direitos da personalidade também se sentiu na Itália, uma vez que o Código Civil de 1865, analogamente ao Código napoleônico, não apresentou uma sistematização orgânica da disciplina atinente aos sujeitos, visto que no livro das “pessoas”, onde estavam reunidas normas relativas ao direito das pessoas e da família, não foi introduzida uma regulamentação completa, apesar de conter disposições variadas (DOGLIOTTI, Massimo, Le persone fisiche. In: RESCIGNO, Pietro, Trattato di Diritto Privato, v. 2, p. 10).

119 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 92.

120 SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 44.

121 SZANIAWSKI, Elimar, Direitos de personalidade e sua tutela, p. 45-47.



Reichsgericht passou a decidir que o reconhecimento de um direito subjetivo geral da personalidade não encontrava lugar dentro do sistema positivo alemão¹²², sendo que essa posição foi confirmada em várias decisões, particularmente em uma ação onde se discutia a publicação de cartas íntimas de Nietzsche¹²³.

O retrocesso alemão, de acordo com Rixecker, deu-se pelo fato de que, não obstante o conhecimento dos redatores do BGB acerca da discussão sobre o reconhecimento dos direitos da personalidade, eles entenderam que a categoria estava incompleta e era pouco operacional para um processo legislativo¹²⁴, de forma que foram reconhecidos apenas alguns direitos da personalidade, deixando-se de lado o direito geral da personalidade. Seguiu-se assim a corrente dominante da época, ficando a proteção da personalidade como tarefa do direito penal¹²⁵.

Com isso, conforme noticia Stephan Balthasar, em razão da negação do direito geral de personalidade pelo *Reichsgericht*, antes de 1945 há na Alemanha apenas uma decisão judicial, proferida pelo Tribunal de Apelação de Kiel (*Oberlandesgericht*), reconhecendo um direito da personalidade não expressamente previsto pela legislação¹²⁶.

No Brasil, a disciplina dos direitos da personalidade não constou do Código Civil de 1916, o que se deve, segundo Renan Lotufo, ao fato de que na época em que o código estava sendo elaborado, ainda se discutia acerca da existência de direitos da personalidade, não se podendo ignorar a força da corrente doutrinária que considerava “não ser possível que o titular do direito subjetivo fosse ao mesmo tempo objeto desse direito”¹²⁷.

Por derradeiro, não podemos deixar de reconhecer o mérito

122 BALTHASAR, Stephan, *Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrecht: eine historisch-vergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und englischen Recht vom ius commune bis heute*, p. 106.

123 KAYSER, Pierre, *Les droits de la personnalité – aspects théoriques et pratiques*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t. 69, n. 3, p. 486, 1971.

124 RIXECKER, Ronald, *Allgemeines Persönlichkeitsrecht*. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, p. 268.

125 HELLE, Jürgen, *Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht: das Recht am eigenen Bild, das Recht am gesprochenen Wort und der Schutz des geschriebenen Wortes*, p. 03-04.

126 BALTHASAR, Stephan, *Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrecht: eine historisch-vergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und englischen Recht vom ius commune bis heute*, p. 106-107.

127 LOTUFO, Renan, *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 232), v. 1, p. 47.



do Código Civil português de 1867, o Código de Seabra (Visconde de Seabra), que cuidou dos “direitos originários” (arts. 359 a 368), sendo, por isso, o código que no século XIX, nas palavras de António Menezes Cordeiro, maior relevo deu aos hoje consagrados direitos da personalidade¹²⁸.

Destarte, no século XIX os direitos da personalidade não estavam suficientemente desenvolvidos para que pudessem ser amplamente acolhidos pelo direito privado, ainda mais se considerarmos que muitos juristas do período chegavam até mesmo a negar a existência da categoria. Apesar disso, é inegável a contribuição dada pelos tribunais e pela doutrina francesa e alemã para a formação e evolução dos direitos da personalidade. Merecem também destaque os mencionados “direitos originários”, previstos no Código Civil português de 1867.

6. A consolidação dos direitos da personalidade no século XX

No final do século XIX, com a Revolução Industrial, o mundo passou novamente por mudanças, que tiveram reflexo na sociedade, na economia e na política do início do século XX. Assim, formou-se uma nova classe social (a classe operária), a população concentrou-se nas grandes cidades, a estrutura familiar se modificou com a contínua emancipação da mulher, as ideias socialistas avançaram, houve a afirmação da doutrina social da Igreja, a produção se massificou e as empresas concentraram grandes capitais, o governo central reuniu maior soma de poderes por causa da necessidade de maior segurança, a intervenção do Estado no domínio econômico tornou-se crescente e institui-se o sufrágio universal¹²⁹.

Com isso, os diplomas constitucionais do início do século XX passaram a apresentar forte preocupação social, o que pode ser facilmente observado na Constituição mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919¹³⁰, bem como nas que nelas se inspiraram, que acabaram consolidando os direitos de segunda geração, ou seja, os direitos econômicos, sociais e culturais.

128 CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, Parte Geral, t. III, p. 51-53.

129 BITTAR, Carlos Alberto, *Direitos da personalidade*, p. 21.

130 MORAES, Alexandre de, *Direitos humanos fundamentais*, p. 29.



No âmbito do direito civil o desenvolvimento foi mais modesto, visto que as codificações do início do século XX ainda tinham inspiração liberal. A despeito disso, é relevante lembrar que o Código Civil alemão de 1896 (BGB) já reconhecia alguns dos direitos da personalidade, a exemplo do direito à vida, à saúde, ao corpo, à liberdade (§ 823), à honra e ao nome (§ 12)¹³¹.

Na mesma linha, o Código Civil suíço de 1907 (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch* - ZGB) também contemplou o direito ao nome (arts. 29 e 30), conceituou como irrenunciável a liberdade, impedindo a sujeição, no uso da mesma, a uma limitação incompatível com o direito e a moral (art. 28) e fixou a obrigação de indenização no atentado contra a pessoa (art. 27)¹³².

Em 1942, durante a 2ª Guerra Mundial, foi promulgado o Código Civil italiano, o qual inovou no que toca aos direitos da personalidade (arts. 5º a 10), trazendo uma disciplina parcial da matéria¹³³, que serviu de modelo para os novos códigos que foram surgindo, entre eles o Código Civil português de 1966 (arts. 70 a 81) e o Código Civil brasileiro de 2002 (arts. 11 a 21).

Não obstante o reconhecimento dos direitos de segunda geração pelo direito constitucional e o desenvolvimento dos direitos da personalidade pelo direito civil, as ditaduras existentes no período calaram o que havia sido desenvolvido no que toca à proteção da personalidade humana e, ainda, muitas vezes fizeram uso do direito positivo para justificar as atrocidades praticadas. Por isso, o período do século XX que vai até a Segunda Guerra Mundial pode ser descrito, de uma maneira genérica, como uma época de grandes massacres e desrespeito aos direitos fundamentais e da personalidade.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial a sociedade internacional passou a ter consciência dos riscos da subalternização do ser humano face aos desígnios da estrutura detentora do poder do aparelho do Estado¹³⁴, vindo a lume, já em 1945, a Carta de São Francisco (Carta das Nações Unidas), que reafirmou “a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano”

131 GOMES, José Jairo, Responsabilidade Civil e Eticidade, p. 247.

132 BITTAR, Carlos Alberto, Direitos da personalidade, p. 32.

133 DOGLIOTTI, Massimo, Le persone fisiche. In: RESCIGNO, Pietro, Trattato di Diritto Privato, v. 2, p. 50.

134 CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo, O direito geral de personalidade, p. 84.



(Preâmbulo), bem como promoveu e estimulou o “respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (art. 1º, 3)¹³⁵.

Também de segura relevância para a teoria dos direitos da personalidade foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembléia Geral da ONU¹³⁶, a qual serviu, posteriormente, de modelo para outras declarações regionais, entre as quais podemos citar a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969.

Dessa maneira, vê-se que o total desrespeito pela vida e liberdade do homem, que predominou na Europa ao tempo dos regimes totalitários da primeira metade do século XX, deu lugar a uma nova realidade, onde o valor fundamental passou a ser a dignidade da pessoa humana, expressamente protegida pelos documentos internacionais que surgiram no pós-guerra, bem como pelas constituições a partir daí promulgadas¹³⁷.

Ora, como não se podia mais permitir que o holocausto da Segunda Guerra Mundial voltasse a ocorrer, as constituições, fundadas, como mencionamos, na dignidade da pessoa humana, assumiram a posição de ponto nuclear da ordem jurídica dos povos, lugar antes ocupado pelo direito civil clássico.

Ainda, pelo fato de as instituições jurídicas fundamentais terem presença garantida nas constituições do pós-guerra, o novo direito civil deveria ser lido sob a ótica dos grandes princípios constitucionais, o que levou ao abandono dos valores do liberalismo, que não respondiam mais aos anseios sociais e às necessidades do homem, “estendendo [o direito civil] seu poder de atuação no sentido de realizar a efetivação de valores existenciais e de justiça social”¹³⁸.

135 GOMES, José Jairo, *Responsabilidade Civil e Eticidade*, p. 247.

136 DOGLIOTTI, Massimo, *Le persone fisiche*. In: RESCIGNO, Pietro, *Trattato di Diritto Privato*, v. 2, p. 52.

137 A Lei Fundamental de Bonn está entre as Constituições do pós-guerra que protegeram a dignidade da pessoa humana, o que vem expresso já em seu artigo 1º, 1: “Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt”. Tradução livre: A dignidade do homem é intangível. Todos os poderes públicos têm a obrigação de respeitá-la e de protegê-la. Conforme Gerhard Robbers, a Lei Fundamental de Bonn colocou os direitos fundamentais justamente em seu início para acentuar o consciente abandono da tradição jurídica prevalente, bem como reação contra o desrespeito dos direitos dos indivíduos pelo nacional-socialismo (ROBBERS, Gerhard, *Einführung in das deutsche Recht*, p. 47).

138 SZANIAWSKI, Elimar, *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 56.



Essa mudança de visão do direito civil, que deixou de ser centralizado no Código Civil, dando margem a uma leitura à luz dos preceitos constitucionais, entre eles a dignidade da pessoa humana, acabou por dar um grande impulso, na segunda metade do século XX, aos direitos da personalidade, que foram amplamente acolhidos pelos países de sistema romano-germânico, permanecendo, no entanto, a discussão acerca da técnica de inserção de tais direitos no ordenamento jurídico¹³⁹.

Além disso, a aceleração do desenvolvimento científico e tecnológico provocou diversas interferências na vida privada dos cidadãos, como, por exemplo, o recolhimento e utilização de dados pessoais, inclusive genéticos, por empresas, a permanente vigilância das pessoas por aparelhos de captação de imagem e som, o surgimento de técnicas que permitem a “mudança” de sexo, as novas técnicas de reprodução humana, a clonagem, bem como as pesquisas em células-tronco. Ora, os abusos daí decorrentes devem ser prevenidos e reprimidos pelo Estado, surgindo com isso um novo campo, bastante fecundo, para a evolução dos direitos da personalidade¹⁴⁰.

7. Considerações finais

Portanto, constata-se que o direito civil, interpretado à luz dos ditames constitucionais, caminha para uma melhor colocação do ser humano na sociedade, o qual passa a ser a sua grande preocupação da ordem jurídica, deixando-se o patrimônio, tão festejado pelo direito civil do século XIX, em segundo plano. O “ter” foi colocado a serviço de uma plena realização do “ser”¹⁴¹. Essa mudança já se vê no direito legislado, no entanto, mais uma vez, caberá aos tribunais e à doutrina a escolha dos caminhos a serem seguidos pelos direitos da personalidade no século XXI.

139 DONEDA, Danilo, Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.), A parte geral do novo Código Civil, p. 42.

140 BITTAR, Carlos Alberto, Direitos da personalidade, p. 35.

141 SCALISI, Antonino, Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità, p. 6.



Ethos ou **a morada do homem**

Márcia Hoffmann do Amaral e Silva Turri

*Juíza Federal e Mestranda em Ética e Filosofia Política
pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas
da Universidade de São Paulo.*

*“O estrangeiro que habita convosco será para vós como
um compatriota, e tu o amarás como a ti mesmo, pois
fostes estrangeiros na terra do Egito”.*

(Levítico 19, 34).

Crentes ou não, vários filósofos já se inspiraram na Bíblia, sem que isso subvertesse, necessariamente, a racionalidade herdada dos gregos. Difícil ignorar, com efeito, se não seu valor cognitivo, ao menos a força estética dos livros sagrados das tradições judaica e cristã. Trata-se, afinal, de uma narrativa extraordinária, no mínimo, acerca do que é humano. É por acreditar que a razão pode se deixar inspirar pelos escritos sapienciais que inicio este texto com uma citação bíblica.

“Onde está teu irmão Abel?”, perguntou lahweh a Caim, o qual, por sua vez, respondeu: “Não sei. Acaso sou guarda do meu irmão?” A fala de Caim ecoa até hoje. Porventura seria eu responsável pelo outro? Mesmo morto, Abel continua a ser irmão. O outro é sempre irmão. O fratricídio, aqui, funda a violência, a tragédia do excesso do poder, o ódio ao outro.



O versículo primeiro do capítulo quarto do Gênesis parece autorizar atribuir, ao nome Caim, o significado de “conquistado com o poder de Deus”. O irmão é simplesmente Abel, sopro, vazio e, por extensão, efêmero, frágil. Iahweh prefere a oferta do frágil à do poderoso, ainda que o poder de Caim tenha origem divina. Deus tem preferência por aquilo que menos indica Seu poder: as vítimas, os fracos. E Caim, o poderoso, se irrita e, irritado, perde seu olhar, o olhar de sua humanidade que poderia olhar pelo irmão.

A vertigem de poder de Caim revela-se na sua incapacidade de governar a si mesmo, não obstante ser portador do poder divino. Em que consistiria fazer o bem, no caso? Sabemos pelo texto: ser o guardião, a força do mais frágil. Caim, no entanto, decide eliminar o mais frágil, cometendo o pecado que vai dar origem à violência entre os seres humanos. Caim tornou-se guardião não de seu irmão, mas de si próprio, contra o assombro do frágil Abel que, como toda vítima, clama por toda parte.

Nos dias de hoje, o que o mito pode nos dizer? É inevitável restringir o âmbito das opções interpretativas possíveis, e o faço, aqui, ao escolher, como ponto de partida, a percepção de Hannah Arendt de que a experiência do totalitarismo mostrou que os seres humanos são supérfluos e descartáveis, em contraposição violenta ao reconhecimento do valor da pessoa humana. O esfacelamento dos padrões da tradição ocidental permitiu o surgimento de regimes totalitários como o nazista e o stalinista, fazendo-se indagar, por vezes, se não seríamos testemunhas, quiçá, do crepúsculo da ética. Somos Abel. Somos Caim. E, pelo jeito, Deus deixou de intervir...

Ainda que não estejamos diante de seu fim, não se pode negar que a perplexidade ronda a ética do nosso tempo. Se, por um lado, a velocidade das transformações históricas dissolveu o peso da tradição, a razão moderna parece ter perdido, por outro, a inventividade que seria necessária para dar conta das implicações éticas de uma civilização complexa. Daí a perplexidade que se manifesta na proliferação das discussões éticas no mundo contemporâneo, as quais, entretanto, não parecem investidas de vigor suficiente para desbravar novos caminhos.

Nesse contexto, a reflexão de Henrique Cláudio de Lima Vaz se mostra relevante. Seu pensamento sobre o agir humano como



agir ético é sofisticado, retomando autores importantes como Platão, Aristóteles, Kant e Hegel. Esse último, aliás, ainda se apresenta, para o filósofo brasileiro, como um interlocutor válido para pensarmos a ética no mundo contemporâneo.

Pretendo expor minhas próprias perplexidades, tentando estabelecer um breve diálogo com alguns textos de Lima Vaz, notadamente os que dizem respeito à formação da ética como ciência do ethos. Para tanto, valho-me, num primeiro momento, da dicotomia *phýsis* / *nómos*.

O uso de dicotomias encerra, decerto, o risco da simplificação, podendo ser o ponto de partida, entretanto, para análises frutíferas. Como lembra Celso Lafer, citando Norberto Bobbio, a utilização de dicotomias cujos termos sejam concebidos como um contínuo pode iluminar uma realidade, que, não obstante, é ontologicamente percebida como complexa e que, por isso, nunca se reduz a esquemas conceituais simplificadores.¹

Começo com *phýsis*. O termo poderia ser traduzido, grosso modo, por “natureza”. Não é, contudo, uma tradução isenta de problemas. É que, na ideia de *phýsis*, no significado originário da palavra grega, estavam envolvidas tanto as características essenciais de todos os seres quanto a força originária que os criou e é responsável por sua transformação e perecimento. Em linguagem corrente, diria que as especulações em torno da *phýsis* pertencem ao que hoje denominamos metafísica.

Em oposição a *phýsis*, vem o *nómos*, que poderia ser traduzido, também grosso modo, por “lei”, “regra”, “norma”. Em apertada síntese, o *nómos* é o que é por convenção, por acordo e decisão dos humanos, enquanto *phýsis* é o que é por natureza, independentemente da decisão ou vontade dos homens.

A relevância desse primeiro duo para a reflexão sobre a ética no mundo atual reside na constatação de que, em suas origens gregas, a formação de uma ciência do ethos, de uma ética, enfim, buscou sua fundamentação conceitual nas ideias de *phýsis* e de *nómos*.

Nos primórdios, os gregos postulavam a existência de uma ordem cósmica, do *kósmos* divino, regida por leis universais, imutá-

1 Cf. LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 13.



veis e não escritas. É o que nos diz a Antígona da peça de Sófocles, por exemplo, quando, diante da acusação de Creonte de que o sepultamento de seu irmão Polinices violava a lei da cidade, invoca as leis divinas, que “(...) não são de hoje nem de ontem, mas são eternas, vigoram em todos os tempos e ninguém sabe quando nasceram”.²

Lima Vaz articula dialeticamente esse par, de tal modo que a ordem universal torna-se termo de uma relação propriamente jurídica quando se manifesta como lei (nómos). Cabe destacar que não se trata, aqui, apenas de uma instância apartada do mundo dos homens, sem regras, sem preceitos, pelo contrário: a originalidade dos gregos foi, justamente, a de atribuir o caráter formal da lei normativa das ações à ordem divina do mundo transcrita na ideia de phýsis. O logos, destarte, está inscrito na ordem da phýsis.

Lima Vaz denomina universalidade nomotética o horizonte que se desenha a partir do conceito de uma ordem universal à qual se confere o caráter prescritivo da lei. Ordem divina oposta, portanto, ao caos.

É essa ordem do universo como ordem regida pela lei que se encontra subjacente ao pensamento político-jurídico clássico. Somente o desaparecimento do kósmos antigo, substituído pela imagem do mundo suscitada pela revolução científica moderna, é que irá retirar, da universalidade nomotética, seu fundamento ontológico.

A idéia de correspondência entre a ordem cósmica e a ordem da cidade sob a égide de uma mesma lei universal vai inspirar as tentativas da definição de uma esfera do direito e da justiça à qual o homem deve elevar-se para se libertar do mundo da violência e do caos. Dito de outra forma, a lei humana deverá conformar-se a essa ordem divina transcendente ou à ordem do kósmos divino.

Abro parêntese, aqui, para voltar a me valer de mitos, narrativas simbólicas que “dão o que pensar”, como diria Paul Ricoeur, sem esgotar as múltiplas possibilidades de interpretação. Nesse passo, talvez não seja demais lembrar, então, de duas deusas gregas que podem ilustrar essa relação entre phýsis e nómos: Thêmis e Diké. Thêmis é filha de Ouranós (Céu) e de Gaia(Terra), e segunda mulher de Zeus. Foi criada juntamente com Nêmesis, a deusa da



retribuição. Thêmis é a deusa das leis eternas, da justiça divina, da ordem eterna. De sua união com Zeus (o poder), nasceram Eumônia (a disciplina), Diké (a justiça), e Eiriné (a paz).

Sem esquecer Tercio Sampaio Ferraz Junior, que, lembrando Del Vecchio, assinala que a distinção entre as duas deusas não parece corresponder, originariamente, a uma igual diferença entre uma justiça divina e outra humana,³ penso ter inegável valor heurístico a elaboração posterior no sentido de que, se Thêmis é a figura mitológica associada às leis eternas, Diké, filha da justiça dos deuses, é a justiça dos homens, baseada em leis escritas.

Como mãe e filha, Thêmis e Diké são muito semelhantes, estando ambas associadas à justiça. Thêmis empunha a balança e, por vezes, também uma cornucópia, mas não é representada segurando uma espada. Diké, de olhos abertos, segura uma espada (afinal, também é filha de Zeus, do poder, quicá soberano) e uma balança. Nos dois casos, contudo, sem o fiel da balança no meio, que só aparecerá com a deusa romana Justitia. Thêmis pertence à geração dos Titãs, vale dizer, à primeira geração divina. Diké, por sua vez, é deusa da última geração divina, ou geração olímpica, tendo convivido com os homens já na Idade do Ouro.

Como em todo relacionamento entre mãe e filha, por vezes há embates entre Thêmis e Diké. Quando se confrontam a lei dos deuses e a lei dos homens? Quando não há uma consonância entre ambas. Dito de outra forma, isso ocorre quando, na terra, não é como no céu. O ideal, contudo, é que ambas convivam em harmonia. Lima Vaz associa Thêmis precipuamente com a ordem e Diké, com a justiça, assinalando que, nas figuras divinas de Thêmis e Diké, se personificam as intuições da ordem universal e do entrelaçamento de todos os seres nas malhas dessa ordem (Thêmis), bem como de seu caráter iluminador e prescritivo (Diké). Fecho parêntese.

Paralelamente à edificação de uma ciência da phýsis, sobreveio a edificação da ciência do ethos. Difícil traduzir ethos, até porque, em Grego, a palavra pode ser grafada com eta (ἠθιχη) ou com épsilon (ἐθιχη). Quando escrito com eta, ethos designa a mo-

3 Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito e Justiça. In: _____. Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 149.



rada (do homem e dos animais em geral). Ethos, nessa acepção, é, portanto, a morada do homem. O homem habita sobre a terra, acolhendo-se no abrigo seguro do ethos. A ética, nessa linha, poderia ser entendida, portanto, como modo de ser no mundo, ou como habitar. Daí, talvez por extensão, ethos passa a denotar os costumes ou, ainda além, normas que regem a conduta do ser humano.

Quando escrito com épsilon, ethos significa caráter, índole, temperamento, conjunto das disposições físicas e psíquicas de uma pessoa. Nessa segunda acepção, ethos diz respeito às ações e paixões humanas segundo o caráter ou a índole da pessoa. Refere-se, de um modo geral, ao senso moral e à consciência ética individuais. Ou, dito de outra forma, concentra-se no caráter, cuja formação nada mais é do que a internalização da morada no costume. Essa dimensão interna, especificamente, poderia corresponder, talvez, ao que Freud denomina superego.

Enfim, são duas palavras que, embora escritas com iniciais diferentes e envolvendo conotações distintas, apontam para um universo semântico ao final, no meu entender, correlacionado. Lima Vaz, de fato, acaba por lidar hegelianamente, digamos, com o par ($\eta\theta\iota\chi\eta$) / ($\epsilon\theta\iota\chi\eta$), de modo que, em seu percurso, os termos se reencontram.

É que, se o ethos (com épsilon inicial) designa o processo genético do hábito ou da disposição habitual para agir de uma certa maneira, o termo final desse processo, sua forma acabada, é designado pelo termo hexis, que significa hábito, próximo do agir humano que exprime a autarkeia, o domínio do homem sobre si mesmo.

A estrutura da ética de Lima Vaz percorre um círculo: começando pelo ethos, passa pela práxis em direção à hexis e retorna, novamente por meio da práxis, ao ethos. A compreensão do raciocínio passa pela polissemia dos termos, principalmente do “termo médio” práxis, cujos significados são, respectivamente, ação de um indivíduo e, transformado pela hexis, ação ética do mesmo indivíduo. Enquanto ethos e hexis são entidades abstratas e reflexivas, a práxis é o local onde transcorre a ação (a pólis ou a oikos). O que diferencia um significado do outro é sua relação com a héxis, ou seja, com o caráter. Na formação do caráter é que se dá a autonomia ética do indivíduo: nela, o indivíduo associa o logos ao ethos.

O homem habita o símbolo e é exatamente como métron,



como medida, que o símbolo é ethos, é morada do homem. Em todos os grandes domínios das formas simbólicas, cuja articulação constitui o mundo da cultura (linguagem, mito, arte, saber etc.), o ethos encontrará expressões de sua normatividade que se apresentam como transcendentais à ação efêmera do indivíduo. A cultura, assim, é inseparável do ethos ou toda cultura é constitutivamente ética.

Penso ser legítimo concluir, a partir do exposto, que a ética, ciência do ethos, também tem a ver, por conseguinte, com habitar o mundo, entendido mundo, aqui, como o próprio modo de ser do homem e não como algo separado dele. Luís Cláudio Figueiredo, por sinal, faz um registro interessante da ética como morada do homem: “(...) considerar o ethos como casa, instalação, é ver nele – nos valores, nas posturas, nos costumes e hábitos – algo equivalente à moradia de onde podemos contemplar a uma certa distância as coisas ‘lá fora’ (...)”.⁴

O aparecimento da ideia de sociedade política guarda estreita relação com a ciência do ethos: de um lado, a explicitação da racionalidade do ethos assume a forma de uma doutrina da virtude (areté); de outro, a razão do ethos se apresenta como doutrina da lei justa (politeia), que é, na comunidade, o análogo da virtude no indivíduo. A política é, assim, a outra face da ética. O direito, enquanto razão do livre consenso que se explicita em leis, está, para a comunidade, como a razão reta (orthòs lógos) está para o indivíduo.

Tal como o indivíduo, a sociedade também tem seu excesso, sua hybris, cujo oposto é a lei e, portanto, a razão explicitada da liberdade consensual. Assim como, no indivíduo, o movimento do desejo tende ao excesso e deve ser regido pelo métron da virtude, também a dinâmica do poder é habitada pela hybris da violência e deve ser regulada pelo logos presente na lei. O poder deve encontrar sua legitimação na ordenação da razão, que é a lei. Há de ser, em suma, um poder legítimo, ou seja, um poder no qual o exercício da força é regido pela justiça e no qual a hybris da violência se retira diante da equidade de Díke.

Em suas origens gregas, a formação de uma ciência do ethos buscou sua fundamentação conceitual nas ideias de phýsis e

4 FIGUEIREDO, Luís Cláudio M. Revisitando as psicologias: da epistemologia à ética das práticas e discursos psicológicos. 3ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004, p. 70.



nómos. A unidade da ética e do direito fundou-se no caráter normativo da phýsis. Ligada à noção de phýsis, a idéia do nómos orientou o desenvolvimento da razão tanto no pensamento científico quanto do pensamento social e político.

O mundo do ethos, da ética, começa a surgir, no mundo antigo, segundo o modelo do kósmos divino ou da ordem da natureza. Essa ética inicial, concebida no modelo cósmico, presidiu os primeiros ensaios de uma ciência do ethos. Ao que consta, Heráclito foi o primeiro a associar a unidade do logos à ordem do mundo e à conduta da vida humana. O ethos deixa de ser a expressão do consenso e passa a exprimir, destarte, o que está de acordo com a razão. O ethos se dá, por consequência, como logos.

É a submissão do mundo do homem à ordem cósmica regida pela justiça que torna possível a abertura de um horizonte de universalidade ao qual irá referir-se o pensamento político-jurídico clássico. A ideia de ordem universal, fundada na phýsis, guiará o desenho do modelo da cidade justa. É o que dizia Aristóteles, por exemplo, ao fazer a distinção entre lei particular e lei comum: a primeira é aquela que cada povo dá a si mesmo; a segunda é aquela em conformidade com a natureza, sendo essa última a que nos fornece o critério de justiça.

O direito fundado na própria ordem cósmica, assim, transcenderia a lei particular de determinada comunidade, dizendo serem justas ou injustas as convenções firmadas pelos homens.

Também a Idade Média cuidou de um direito que serviria como o ponto de apoio de Arquimedes na avaliação da lei humana. Nas palavras de Santo Tomás de Aquino: “A vontade humana pode, em virtude de uma convenção comum, fazer com que seja justa uma coisa dentre aquelas que não implicam nenhuma repugnância à justiça natural”⁵. Diversamente da concepção cosmológica, no entanto, a teológica pretende deduzir o direito não do universo, mas da lei de Deus, que nos seria revelada.

No início da Idade Moderna, houve um profundo movimento de transformação do mundo ocidental, caracterizado, dentre outras coisas, pelo advento de uma nova forma de razão e a edificação de

5

Apud LEBRUN, Gérard. O que é poder. 6ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 29. (Primeiros Passos).



uma nova imagem do homem, que se inscrevem nesse terreno fundamental que é o conceito de natureza e que significa o abandono das propriedades que caracterizavam a antiga *phýsis*. Essa época se viu diante da corrosão da unidade espiritual da *Respublica Christiana* medieval, como salienta Lafer, e o consequente surgimento de outro tipo de paradigma, baseado na razão humana.⁶

Desapareceu o *kósmos* antigo, substituído pela imagem do mundo trazida pela revolução científica moderna. O mundo, aqui, agora se apresenta como campo dos fenômenos que se oferece à atividade da razão e à atividade transformadora da técnica. Na modernidade, a relação técnica com a natureza assume uma importância cada vez maior, acabando por determinar a formação de um conjunto de valores voltados para o problema da satisfação das necessidades, que se torna a questão fundamental da organização sociopolítica.

O pensamento moderno assume, como tarefa primordial, assegurar a satisfação das necessidades vitais dos indivíduos. Nesse contexto, a universalidade é dotada das características epistemológicas de um modelo capaz de explicar a passagem do estado de natureza ao estado de sociedade. A tarefa a que se propõe a reflexão jurídica moderna será a de assegurar, ao indivíduo, que, em sua passagem ao estado de sociedade, os direitos que se radicam em seu hipotético estado de natureza.

O pano de fundo, aqui, não será mais a *phýsis*, mas sim um modelo hipotético de um estado de natureza, que vai de Hobbes a Fichte. A universalidade dos direitos, nesse contexto, é fundada no postulado da igualdade dos indivíduos enquanto unidades isoladas, numericamente distintas, no estado de natureza. É o que o Lima Vaz chama de universalidade hipotética.

Para Lima Vaz, o advento da sociedade civil como lugar histórico da realização da liberdade e, portanto, da vigência da lei e do direito, está na origem da cisão moderna entre *ethos* e *nómos* que se exprime tanto no positivismo jurídico como na separação entre ética e política. A irrupção do sistema das necessidades do domínio do *ethos* rompe a homologia entre *phýsis* e *nómos* que era o fundamento do direito natural antigo. A busca de um novo fundamento universal para



o direito passa a ser, então, o desafio maior da reflexão moderna. Para Lima Vaz, Hegel foi o último que tentou articular dialeticamente a ética e o direito, não vislumbrando, no pensamento ético-político pós-hegeliano, a capacidade de fixar um horizonte comum.

Lima Vaz não deixa de constatar, com efeito, as perplexidades de uma civilização que fez da razão seu emblema maior e que se depara, não obstante, com o desconcerto e com a suspeita que invadem o universo dos valores e dos fins e que se exprimem de forma radical no niilismo ético.

A política moderna formula-se cada vez mais como problema de técnica do exercício do poder e, cada vez menos, como discernimento do mais justo. A fragmentação da imagem do homem na pluralidade dos universos culturais torna problemática a adequação das convicções do indivíduo e de sua liberdade a ideais e valores universalmente reconhecidos e legitimados num sistema de normas e fins aceito pela sociedade, como, a seu modo, reconhece Zygmunt Bauman.

A relação entre a universalidade do direito e as liberdades singulares permanece abstrata e, nessa abstração, desencadeiam-se formas muito reais de violência que acabam por consumir a cisão entre ética e direito no mundo contemporâneo. A relação da sociedade com o indivíduo, nesse contexto, passa a ser técnica, da qual fica excluída a dimensão ética, enquanto a relação dos indivíduos com a sociedade e com o Estado torna-se a relação da parte que se submete ou resiste à sua integração num todo considerado estranho e freqüentemente hostil.

Inevitável lembrar, a propósito, de Hannah Arendt, que identificou, na experiência totalitária do nazismo, a inauguração do tudo é possível, mostrando como uma moderna forma de organização social assumiu, em contraposição aos valores invocados pela própria modernidade, que os seres humanos são supérfluos e descartáveis.

O pensamento antigo tentou realizar uma síntese entre a ordem da liberdade e a ordem da *phýsis* celebrada como ordem eterna e divina. A modernidade assistiu ao desmoronamento da antiga *phýsis*. Em nosso tempo, o niilismo ético ocupa a cena intelectual.

Se essa ordem não traduz mais na *phýsis*, e se não conseguimos mais descobrir seu desenrolar na história, talvez seja ne-



cessário retomar, segundo Lima Vaz, o pensamento de uma ordem própria da liberdade como *ordo amoris*, ou seja, como ordem na qual a primazia absoluta e o princípio ordenador são atribuídos ao livre reconhecimento do outro, ao consenso em torno do melhor ou do mais justo, à virtude, enfim, como télos da liberdade.

As sociedades políticas contemporâneas encontram, no âmago de sua crise, a questão mais decisiva: a da relação entre ética e direito. De sua resposta vai depender o destino dessas sociedades como sociedades políticas no sentido de sociedades justas. A alternativa, funesta, é de sociedades voltadas para a satisfação mecânica das necessidades cada vez maiores de indivíduos, já então despojados de sua razão de ser como homens ou portadores do *ethos*.

Particularmente, vejo dificuldades imensas nesse contexto que Lafer bem ilustra com a imagem impressionante de “(...) becos sem saída no labirinto da convivência coletiva contemporânea”.⁷ Se o *ethos* é a morada do homem, como sobreviver, contudo, como um estranho em sua própria casa? O indivíduo tem inúmeras razões, atualmente, para não se sentir em casa no mundo. O ser humano não pode se sentir à vontade, de fato, num mundo em que não há garantias de que ele não venha a se tornar supérfluo e descartável, ou, para usar a expressão de Agamben, a ser reduzido à condição de *homo sacer*.

Hegel se esforça para restaurar, na imanência histórica, uma forma de universalidade nomotética como universalidade do Espírito que se objetiva e tem, na história, a sua teodiceia. Registre-se que o termo teodiceia provém do grego θεός (*theós*, Deus) e δίκη (*diké*, justiça), cunhado, no século XVIII, por Leibniz.

Parece-me que temos um problema, contudo, nesse passo. Conhecemos a máxima nietzscheana: “Deus está morto”. Se Deus, de fato, retirou-se desde sempre e para sempre da história, então quer dizer que, desde o início, Ele aceitou ser impotente em relação ao tempo, como chegou a dizer Hans Jonas, confiando tudo ao agir e ao sofrer do homem.

7 LAFER, Celso. A importância do valor justiça na reflexão de Miguel Reale. In: LAFER, Celso; FERAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (Coord). *Direito Política Filosofia Poesia: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, em seu octogésimo aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 235.



Todavia, depois de milhões de pessoas massacradas pelos regimes totalitários, vítimas do ódio de outros homens, entra em crise não só a figura de Deus, dando fim à teodiceia tradicional, como também a figura do homem, cuja ética não resistiu aos golpes da história. Eis por que, na esteira de Emmanuel Lévinas, não se deverá perguntar apenas “Onde estava Deus?” quando a noite caía sobre a terra, mas, se não desapareceu a sensibilidade moral, deve-se perguntar também e, sobretudo, “Onde estava o homem?”. Diante da crueldade avistada nos acontecimentos do século XX, da dor inútil, é de se indagar, com efeito, se ainda persistiria, depois do fim da teodiceia, não só a religiosidade, como também a ética.

O que nos sobra, no final das contas? O outro. Parece-me relevante, nesse ponto, a reflexão de Lévinas, que propõe uma ética da alteridade radical, que precede a própria ontologia e na qual o outro ocupa o lugar fundamental. O outro aqui é o outro da alteridade, do estranho. Lévinas alerta que não somos donos de nossa própria casa e de que temos, para com o outro, uma dívida irresgatável.

O outro, o estrangeiro, sempre será estranho, mesmo aquele que habita dentro de nós. Ser sujeito, portanto, é já ser subjugado ao outro. Jugo do outro que me intima e me exige. Essa abertura ao outro significa uma responsabilidade radical para com o próximo, que não é resultado de uma intencionalidade, mas de uma sensibilidade em que o eu se deixa impactar pela alteridade e se torna refém do outro.

O sentido do humano estaria na responsabilidade irrecusável para com o outro. Como ensina Ferraz Junior, “(...) nenhum homem pode sobreviver numa situação em que a justiça, enquanto sentido unificador do seu universo moral, foi destruída, pois a carência de sentido torna a vida insuportável”.⁸

Sentido, no dicionário, é alvo, fim, propósito. Mas também é direção, orientação, rumo. Com Lévinas, antes de me preocupar com o propósito da minha própria vida, me direciono para a vida do outro. Perante o outro, posso responder ou não, me comprometer ou me abster do compromisso, mas, nessa escolha, jogo minha própria

8 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 352.



liberdade, o sentido ou o não sentido. Porque, afinal, para Lévinas, o eu constitui-se como resposta ao outro. A relação com o outro se apresenta como exigência de toda a humanidade: “Nos olhos que me olham, há toda a humanidade”.

Embora oriundos de tradições religiosas e filosóficas distintas, Lévinas e Lima Vaz acabam se orientando, em última análise, pelo transcendente. Não pretendo, dados os limites deste trabalho, discutir os diferentes sentidos de transcendência nos textos de Lévinas e Lima Vaz. Parece-me, contudo, que a abertura para a transcendência talvez seja uma chave para um diálogo entre tais filósofos.

Para Lima Vaz, a partir da dialética hegeliana e da inspiração de Santo Agostinho, a categoria “pessoa” acaba por resumir os vários momentos da investigação filosófica num totum único, caracterizado pelo ser-para-a-transcendência. A ideia, basicamente, é a seguinte: (...) Persona significat id quod est perfectissimum in tota natura. A designação de pessoa convém ao absoluto, a Deus, e é por causa dessa referência analógica na própria ordem de perfeição do ser que a pessoa finita deve ser entendida como ser-para-a-transcendência. Desse modo, a pessoa pode ser apresentada como “síntese metafísica” e a pessoa concreta, como “resumo de toda ordem metafísica.”

No meu ponto de vista, o homem apenas chega a ser completo, nessa linha de raciocínio, quando se abre para o transcendente, traduzindo, aí, a essência divina na existência humana. Lévinas talvez gostasse de dialogar com Lima Vaz sobre isso. Não obstante o contexto diverso, com efeito, a abertura para a transcendência aparece nos dois filósofos. Lévinas, por certo, não é hegeliano nem cristão. Para ambos, todavia, os gregos são fonte de referência. Nem Lima Vaz nem Lévinas, por outro lado, pactuam com o niilismo ético.

Apesar da Shoah, ou talvez justamente por causa da memória dos seis milhões de judeus assassinados pelo regime nazista, sem contar os horrores do stalinismo, Hiroshima e Cambodja, para citar apenas alguns exemplos, Lévinas insiste na santidade de toda a vida, na necessidade de não ceder ao desumano e, sobretudo, de não justificar o sofrimento do outro pelas urgências da história ou por razões de Estado. Sua obra, de modo geral, é dedicada ao transcendente e à alteridade irreduzível do outro, sobretudo num século que



parecia findar (e que talvez tenha findando, de fato) com o pesadelo do risco do retorno de tudo o que esses nomes significam, na exasperação da razão tornada política e desligada de toda a ética.

Para Lévinas, Deus nos vem à ideia, cabendo anotar que, para o filósofo lituano, a palavra “Deus” é um significante independentemente do problema de Sua existência. A ideia de Deus nos chega como “ideia de infinito em nós”, que nada tem de teológica: diz respeito à ideia de infinito, em sua anterioridade em relação à ideia de finito (como não lembrar, aqui, de Descartes?), mas também, e além, à explosão desse continente finito que somos nós.

Em Lévinas, Deus é “outro que outrem”, uma alteridade prévia à alteridade de outrem, a verdadeira transcendência. Há certa simultaneidade no encontro com o outro: para Lévinas, com efeito, já no rosto comparece o terceiro, o outro do outro, mas, igualmente, toda a dimensão infinita que a figura de Deus insinua. Não que o Deus de que fala Lévinas pertença ao registro ontológico. Nem mesmo o outro se situa nesse campo. O encontro e a simultaneidade são relevantes, aqui, porquanto presentes na análise da justiça e da ética, tal como Derrida se refere em seu adeus a Lévinas.

No encontro face a face, comparece a exigência da justiça para salvaguardar todo prejuízo, todo esquecimento da humanidade, dos outros, que essa relação dual acarreta. Basta lembrar Freud, aliás, quando ele pensava no casal de amantes como aquela dupla narcísica que dá as costas ao resto do mundo. É interessante observar que essa relação a Deus (se é que posso falar assim) também comportará toda dose de traumatismo que o encontro com a alteridade traz. Suportar esse traumatismo também é problemático, mas essa é outra história... O que importa ressaltar, aqui, é que, quando frente a frente com o outro, resta-me apenas dizer: “Eis-me aqui”. Não se trata de um diálogo, mas de um anúncio de paz e de responsabilidade absoluta.

O sentido do humano, além de responsabilidade para com o outro, também residiria, por conseguinte, nesse amor pelo outro que é, no limiar, Deus que vem à ideia. Não que isso tenha a ver com uma “nova prova da existência de Deus”, não estamos nesse campo, mas sim no terreno da significância que a palavra Deus tem para o homem. Encontramo-nos na seara da ética, onde as noções de infi-



nito, de absoluto e de transcendência fazem sentido.

Poderia Lévinas oferecer uma resposta, de fato, para a já propalada crise ética que assola o mundo contemporâneo? Sinceramente, não sei. É uma pergunta para a qual deixei de acreditar que tinha respostas, oferecendo, aqui, apenas uma justificativa meio maitreira: a filosofia, afinal, não é necessariamente marcada pela dúvida e pela incerteza?...

Bibliografia

AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. (Estado de Sítio).

_____. Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

Arendt, Hannah. As origens do totalitarismo. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Documentário, 1979. 3 v: Totalitarismo, o paroxismo do poder.

ARISTÓTELES. Arte retórica e arte poética. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d.

Bauman, Zygmunt. Globalização: as conseqüências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

_____. Modernidade e Ambivalência. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BRANDÃO, Juanito de Souza. Mitologia grega. Vol. 1. 20ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

CHALIER, Catherine. Lévinas – a utopia do humano. Lisboa, Instituto Piaget, 1993.

CHAUÍ, Marilena. Introdução à história da filosófica: dos pré-socráticos a Aristóteles. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

DERRIDA, Jacques. Adeus a Emmanuel Lévinas. São Paulo: Perspectiva, 2004. (Debates).

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.



_____. O problema das lacunas e a filosofia jurídica de Miguel Reale. In: LAFER, Celso; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (Coord). *Direito Política Filosofia Poesia: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, em seu octogésimo aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 271-279.

FIGUEIREDO, Luís Cláudio M. *Revisitando as psicologias: da epistemologia à ética das práticas e discursos psicológicos*. 3ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004.

JAEGER, Werner Wilhelm. *Paidéia: a formação do homem grego*. Trad. Arthur M. Pereira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

Lafer, Celso. A importância do valor justiça na reflexão de Miguel Reale. In: LAFER, Celso; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (Coord). *Direito Política Filosofia Poesia: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, em seu octogésimo aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 229-240.

_____. A mentira: um capítulo das relações entre a ética e a política. In: NOVAES, Adauto (Org). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura, 1992, p. 225-237.

_____. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEBRUN, Gérard. *O que é poder*. 6ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1984. (Primeiros Passos).

LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Trad. Pergentino Stefano Pivatto (Coord.), Evaldo Antônio Kuiava, José Nedel, Luiz Pedro Wagner e Marcelo Luiz Pelizolli. 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

_____. *Totalidade e infinito*. Trad. José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1988. (Biblioteca de Filosofia Contemporânea).

RICOEUR, Paul. *Teoria da interpretação*. Lisboa: Edições 70, 2000. (Biblioteca de Filosofia Contemporânea).

SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. Domingos Paschoal Cegalla. 2ª ed. Rio de Janeiro: Difel, 2006.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *Ética e Direito*. São Paulo: Loyola, 2002.

VERNANT, Jean-Pierre. *O universo, os deuses, os homens*. Trad. Rosa Freire d'Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.



Aplicabilidade do art. 40, parágrafo único da Lei nº 9279/96 sem a ressalva: Reflexões sobre os pedidos de patentes feitos na vigência da Lei 5.772/71, concedidos e retificados pelo INPI na vigência da nova LPI

Maristela Basso

*Professora de Direito Internacional da Propriedade
Intelectual Faculdade de Direito da USP
(Largo São Francisco)*

- Ainda que a Lei nº 9279/96 dê prerrogativas à administração de tudo fazer e tudo decidir “de ofício”, ao INPI cabe somente a conferência do direito e o controle de sua manutenção, nunca a retirada ou a provocação “de ofício” objetivando a remoção de direitos.



1. Considerações iniciais: A motivação deste estudo

Este estudo representa uma tentativa de contribuição com as discussões hoje instauradas no Poder Judiciário, e em nível administrativo, sobre a situação jurídica de pedidos de patentes depositados no INPI ainda na vigência da Lei nº 5772/71 (antigo Código da Propriedade Industrial - CPI), e arquivados pela autarquia com base no art. 9º, letra “d” do CPI, que disciplinava as invenções não privilegiáveis¹. Contra os atos de arquivamento foram interpostos recursos administrativos perante o INPI, com base no artigo 19, parágrafo 7º ² do mesmo diploma legal e, concomitantemente, interpostas ações declaratórias no Poder Judiciário objetivando afastar judicialmente o óbice apontado pela autarquia à concessão da patente, ao que o INPI considerou prejudicados os recursos administrativos, tendo em vista o ajuizamento das ações - o que, segundo o órgão, o impediria de proceder ao exame de mérito das patentes. As ações declaratórias, por sua vez, foram julgadas procedentes e transitaram em julgado³.

Em vista disso, o INPI deferiu as patentes, fixando os prazos de gozo dos direitos patentários em 10 anos - nos termos do parágrafo único do artigo 40 da Lei nº 9279/96 (Lei da Propriedade Industrial), a contar da concessão, haja vista a revogação do antigo Código de Propriedade Industrial. Todavia, pouco tempo depois, a autarquia fez retificações alterando o prazo das patentes para 20 anos a contar da data dos depósitos (quando ainda vigorava o antigo Código de Propriedade Industrial), daí que as patentes há muito já estariam extintas – antes mesmo do trânsito em julgado das ações declaratórias e dos subsequentes atos originários de concessão pelo próprio órgão.

1 “Art. 9º Não são privilegiáveis:...(d) As misturas e ligas metálicas em geral, ressalvando-se, porém, as que, não compreendidas na alínea anterior, apresentarem qualidades intrínsecas específicas, precisamente caracterizadas pela sua composição qualitativa, definida quantitativamente, ou por tratamento especial a que tenham sido submetidas”.

2 “Art. 19. Publicado o pedido de exame, correrá o prazo de noventa dias para apresentação de eventuais oposições, dando-se ciência ao depositante.

§ 7º Salvo o disposto no § 5º deste artigo, do despacho que conceder, denegar ou arquivar o pedido de privilégio caberá recurso, no prazo de sessenta dias”.

3 Este estudo tem por base, principalmente, o histórico, nos níveis administrativo e judicial, dos pedidos de patentes nºs PI 7900361-3, PI 7908936-4 e PI 8103484-9 da FMC Corporation e o de nº 8001061-0 da Nissan Chemical Ltda.



O problema suscitado, portanto, diz respeito à correção e legalidade, sob o ponto de vista jurídico, dos atos de retificação do INPI (após a concessão) que alterou o prazo das patentes de 10 anos da data da concessão para 20 anos da data do depósito.

Daí que a análise aqui empreendida leva em consideração três perspectivas fundamentais: (i) o direito intertemporal, haja vista o evidente conflito de leis no tempo entre as Leis nº 5772/71 e a 9279/96; (ii) a adequada e correta interpretação do parágrafo único do art. 40 da Lei nº 9279/96, especialmente em sua parte final, isto é, se o INPI estava ou não impedido de proceder ao exame do mérito do pedido, por pendência judicial comprovada, e por fim, (iii) as consequências da concessão de patentes pelo prazo de dez anos (à luz do parágrafo único do art. 40), no direito da concorrência e no interesse público.

Princípios e fundamentos do direito intertemporal: O “*tempus regit actum*”

Lei nº 5772/71 x Lei nº 9279/96

Não há dúvidas de que as leis devem dispor para o futuro, dirigindo-se a fatos ocorridos após a sua entrada em vigor. Tampouco se discute que os fatos consumados durante a vigência da lei anterior não devam ser afetados pela lei posterior. O problema e, portanto, a importância do direito intertemporal, se apresenta quando da determinação de quais as situações não devem ficar sujeitas à nova lei, ou seja, quando enfrentamos a questão da retroatividade ou irretroatividade da lei. Isso ocorre porque o direito positivo não é estático e está em contínua evolução. Por conta disso, o conflito intertemporal envolve a determinação de qual lei deve reger as consequências de fatos ocorridos antes da entrada em vigor da lei nova. E é da multiplicidade temporal de leis autônomas e divergentes que nascem, desenvolvem-se e extinguem-se os fatos objeto das normas jurídicas.

A lei nova traz consigo a presunção de que é melhor que a antiga, e os princípios da segurança e da estabilidade social, observados pelo legislador e aplicador do direito, asseguram as relações



jurídicas validamente criadas⁴. Daí por que o direito intertemporal aponta critérios que podem ser de dois tipos: o das disposições transitórias que são elaboradas pelo próprio legislador para conciliar a nova norma com os fatos e relações já reguladas pela lei anterior, e o dos princípios da retroatividade e irretroatividade das normas que são construções doutrinárias segundo as quais a lei retroage quando atinge os efeitos de atos jurídicos praticados durante a vigência da lei revogada, e não retroage, a contrário senso, quando não se aplica a qualquer situação jurídica constituída anteriormente⁵.

No Direito Brasileiro, consagrou-se no artigo 5º inciso XXXVI da Constituição da República, a irretroatividade como um princípio constitucional, que por ser uma norma de caráter fundamental é superior hierarquicamente a todas as demais leis, de forma que é inconstitucional qualquer lei que fira ou fragilize o princípio da irretroatividade. Em consonância com a supracitada disposição constitucional, o artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, com redação dada pela Lei nº 3.238, de 1.8.1957, estabelece que a lei em vigor terá eficácia imediata e geral aplicando-se aos fatos ocorridos sob sua égide, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Por efeito imediato (ou eficácia imediata) entende-se que a nova lei incide sobre os efeitos futuros de situações jurídicas constituídas na vigência da lei antiga.

Em síntese, a lei só poderá retroagir se respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, e se, além disso, prever expressamente a retroatividade.

Por *direito adquirido* (artigo 6º, § 2º da LICC) entende-se o direito que já se incorporou ao patrimônio do seu titular, podendo ser exercido sem entraves ou condições. *Coisa julgada* (artigo 6º, § 3º da LICC), por sua vez, é a decisão judicial de que já não caiba recurso, tampouco ação rescisória, havendo por isso a imutabilidade dos seus efeitos. Por fim, por *ato jurídico perfeito* (artigo 6º, § 1º da LICC) entende-se o já consumado, segundo a norma vigente ao tempo em que se efetuou, produzindo seus efeitos jurídicos, uma vez que o direito foi exercido. Implica o ato que já se tornou apto a produzir

4 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol I. Rio de Janeiro: Vozes. 2004, pp 138

5 DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. 1994, pp. 175



os seus efeitos, e a proteção é concedida ao seu elemento gerador⁶.

Os pedidos de patentes feitos na vigência da Lei nº 5.772/71 e concedidos (e retificados) sob a égide da Lei nº 9.279/96:

2.1 Sob a incidência de qual lei deu-se o fato gerador do direito?

Os pedidos de depósitos feitos sob a vigência da Lei nº 5772/71 apenas ingressaram no plano da existência jurídica. Não se cogita de validade, invalidade ou eficácia do fato jurídico - importa, tão somente, a realidade da existência. Tudo aqui fica circunscrito a saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência da norma⁷. Incidência esta que o INPI reconheceu no suporte fático contido na norma do art. 9º, letra “d” da Lei 5772/71, que retirava expressamente o ato (pedido de patente) do mundo jurídico – excluindo-o, trazendo-o de volta ao mundo fático. Não há dúvida: ao recusar os pedidos de patentes, sob a égide da Lei nº 5772/71, considerando-os não privilegiáveis, os pedidos saíram do mundo jurídico, daí por que não há que se falar de fato jurídico⁸ nesta época.

Os recursos administrativos interpostos contra o indeferimento dos pedidos de patentes pelo INPI representaram a tentativa de reintroduzi-los no mundo jurídico, no plano da existência, afastando a incidência do art. 9º, “d”, da Lei 5772/71, com o fundamento de que faltava no suporte fático o elemento nuclear para que ela incidisse sobre os pedidos e os excluísse do mundo jurídico.

O INPI não aceitou os recursos e manteve os pedidos fora do mundo jurídico.

As ações declaratórias buscaram, justamente, que o Poder Judiciário declarasse a não incidência do obstáculo ínsito no art. 9º, “d” da Lei 5772/71 (a não incidência do suporte fático), e transportasse os pedidos do mundo fático para o mundo jurídico (para o plano da existência). Razão pela qual não se trataram de ações para determinar ao INPI que outorgasse as patentes, haja vista que o deferimento de patente é ato complexo, que não pode ser praticado ou suprimido

6 DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. 1994, pp. 180

7 MELLO, Marcos Bernardes de. “Teoria do fato jurídico – Plano da existência”. 15ª. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 102.

8 MIRANDA, Pontes de. “Tratado de direito privado”. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1983, tomo I. 25-26.



por decisão judicial.

O trânsito em julgado das ações declaratórias ocorreu já sob a vigência da nova Lei nº 9279/96. Portanto, a reintrodução dos pedidos de patentes no mundo jurídico ocorreu quando a nova Lei já se encontrava em vigor. Os pedidos não guardam nenhuma relação (ou contaminação) com a Lei antiga. Não há que se falar de fato jurídico no ínterim do indeferimento dos pedidos de patentes pelo INPI (feito com base no antigo CPI) e o trânsito em julgado das ações declaratórias (ocorrido na vigência da nova LPI), porque foram as decisões dessas ações que transportaram os fatos do mundo fático para o mundo jurídico, e os coloriram em pedidos de patentes/em fatos jurídicos – devolvendo-os à mesa de análise do INPI – que poderia, então, deferi-los ou não.

Uma vez deferidos os pedidos pelo INPI, as patentes entraram para o plano da validade jurídica e passaram a irradiar, instantaneamente, sua eficácia – não podendo estar sujeitas a termos, condições ou quaisquer outras determinações (ou retificações) que atuem na sua eficácia⁹.

2.2 Inexistência de direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito sob o abrigo da Lei 5772/71

É irrelevante neste estudo a discussão sobre qual a lei aplicável ao fato já existente ao tempo da lei antiga, mas que produziu todos os seus efeitos quando do advento da lei nova.

Não há dúvida de que os pedidos ingressaram e foram retirados do mundo jurídico sob o abrigo da Lei antiga. Como os pedidos sequer ingressaram, por ato de recusa do INPI, no plano da existência jurídica, não se pode falar de “fato jurídico”, ou de qualquer efeito no mundo jurídico. Eles voltaram a ser fatos do mundo fático. Não entraram no plano da existência (porque foram retidos na triagem do INPI), logo não passaram para o plano da validade e muito menos para o da eficácia.

O artigo 24 da Lei 5772/71 estabelecia que o privilégio de invenção vigoraria pelo prazo de quinze anos, caindo após esse prazo em domínio público. Por outro lado, o artigo 23 da mesma Lei estabelecia que a exploração da invenção por terceiro não autorizado,

9

Neste mesmo sentido, Marcos Bernardes de Mello, ob.cit, p. 105.



entre a data do depósito e a da concessão do privilégio, permitiria ao titular obter, após a expedição da respectiva patente, a indenização que fosse fixada judicialmente. As patentes em pauta, apesar de depositadas sob a vigência da Lei 5772/71, só foram concedidas na vigência da Lei 9279/96 que entrou em vigor em 1997, após a *vacatios legis* de um ano prevista no seu artigo 243.

Do ponto de vista do direito intertemporal, os pedidos de patente depositados na vigência da Lei 5772/71 não produziram (quaisquer) efeitos; não houve a incorporação de um direito ao patrimônio do titular, tampouco a caracterização de um ato jurídico perfeito, pois não houve direito exercido.

Da mesma forma, não há que se cogitar de coisa julgada, pois as ações declaratórias visavam somente afastar judicialmente o óbice apontado pela autarquia à concessão da patente e, de qualquer modo, o trânsito em julgado apenas ocorreu após a vigência da nova Lei. Deste modo, a Lei 9279/96, que entrou em vigor em 1997 revogando a Lei 5772/71, teve aplicação imediata atingindo os pedidos, sem desrespeito às determinações do artigo 5º inciso XXXIV da Constituição da República e do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil. Ademais, a própria Lei 9279/96 determinou no artigo 229 a sua aplicação aos pedidos em andamento.

Assim, as patentes, embora tenham sido depositadas na vigência da Lei 5772/71, que previa no seu artigo 24 caput o prazo de 15 anos para o gozo dos direitos de exclusividade, depois disso caindo em domínio público (parágrafo único), foram retiradas do mundo jurídico e não foram concedidas pelo INPI durante a vigência dessa Lei. A concessão pelo INPI só ocorreu na vigência da Lei 9279/96, após o trânsito em julgado das ações declaratórias que se limitaram a declarar a não incidência do óbice alegado, ou seja, reconheceram a inexistência de relação jurídica entre a proibição na alínea “d”, do artigo 9º do antigo Código da Propriedade Industrial e os pedidos de patente em questão aqui. Como não foi por meio das ações que se concederam as patentes, não há coisa julgada, direito adquirido, tampouco ato jurídico perfeito, não restando dúvida de que a concessão foi feita durante a vigência da nova Lei.

Uma vez esclarecido que a Lei aplicável ao caso é a Lei de Propriedade Industrial em vigor, Lei nº 9279/96, é necessário analisar



especificamente a disposição do artigo 40 § único do mencionado diploma legal.

3. Aplicabilidade do artigo 40 § único da Lei 9279/96

Enquanto o artigo 24 da Lei 5772/71 estabelecia o prazo de 15 anos para o privilégio de invenção e 10 anos para o modelo de utilidade a contar da data do depósito, o artigo 40 da Lei atual da Propriedade Industrial, nº 9279/96, aumentou o prazo da patente de invenção para 20 anos e o de modelo de utilidade para 15 anos, também contados do depósito.

A tradição no Brasil sempre foi a de adotar como termo inicial para o prazo de vigência da patente a data da concessão da carta-patente¹⁰. A Lei 5772/71, por sua vez, adotou, seguindo a tendência do direito comparado, a data do depósito do pedido como termo inicial. No entanto, ao contrário das legislações estrangeiras, não previu um prazo mínimo de proteção contado da data de expedição da carta-patente, de modo que essa omissão somente foi corrigida na atual lei de propriedade industrial.

3.1 O INPI não estava impedido de proceder ao exame dos pedidos de patentes feitos sob a vigência do antigo CPI

A maior inovação da Lei 9279/96 se deu com o parágrafo único do mencionado artigo 40 que estabeleceu um prazo mínimo de vigência para as patentes a fim de que o titular não seja prejudicado por um atraso excessivo no processamento do seu pedido de patente no INPI. Assim, o prazo de vigência da patente não será inferior a 10 anos para a patente de invenção e a 7 anos para o modelo de utilidade, contados da data da concessão. Contudo, há uma ressalva neste mesmo parágrafo, na hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior. A finalidade dessa ressalva é excluir os casos sobre os quais pende demanda judicial daqueles em que a demora na concessão da patente pudesse ser atribuída exclusivamente ao órgão de registro patentário.

Nos casos que servem de inspiração a este estudo, a res-

10 Neste sentido, LOUREIRO, Luiz Guilherme de A.V. A lei de propriedade industrial comentada (lei n. 9279, de 14 de maio de 1996. São Paulo: LEJUS, 1999, pp 99-100



salva não se aplica, pois a interposição das ações declaratórias não impedia o exame definitivo pelo INPI do mérito dos pedidos de patentes, na medida em que as ações visavam somente obter o reconhecimento de que inexistia o óbice indicado pelo INPI a que se concedesse a patente, no caso a letra “d” do artigo 9º da Lei 5772/71. As ações declaratórias não tinham conteúdo condenatório que justificasse a inércia do INPI, assim como não houve ordem judicial determinando a sustação do procedimento administrativo.

Portanto, o INPI não estava impedido de fazer o julgamento de mérito em razão de pendência judicial, pois não basta existir ação em curso, é necessário que esta impeça o exame de mérito pela autarquia, o que não ocorreu.

Nesse sentido é a posição de nossos tribunais, conforme se vê de decisão recente julgada pelo Tribunal Federal da Segunda Região em caso no qual também se discutia o art. 9º da Lei 5.772/71:

“O deferimento de patente é ato complexo, que não pode ser praticado ou suprimido por decisão judicial, devendo ser apenas reconhecido o direito de ver declarada a não incidência, com efeitos pretéritos, da proibição referida nos dispositivos em relação ao requerimento em análise”.

DJU – Data 19/9/2008 – Des.Federal André Fontes

Documento TRF 200192020

Classe AGV – Agravo - 163220

3.2 Inexistência da prática de “atentado”

Não se sustenta tampouco a alegação de que haveria prática de atentado nos termos do artigo 879, III CPC, se o INPI continuasse com o exame dos pedidos de patentes. Isto porque nenhum prejuízo ou inconveniente decorreria da atuação da administração se ela desse prosseguimento à análise dos pedidos.

Atentado é a ilícita criação de situação nova, ou mudança de *status quo*, na pendência da lide. A prestação jurisdicional contra o atentado somente é devida na medida em que o contexto fático-jurídico da causa deve permanecer estável para que se possa prestar



tutela ao direito. Comete atentado, sob a perspectiva do inciso III do art. 879 do CPC, quem inova ilegalmente o estado da lide.

Com o prosseguimento da análise pelo INPI, não haveria alteração da situação de fato sobre o objeto do litígio. E, se houvesse, o artigo 462 do Código de Processo Civil dispõe que o juiz deve levar em consideração o fato superveniente.

Para que se configure o atentado é necessário o preenchimento dos requisitos necessários, quais sejam, de existência de uma lide pendente, inovação no estado da lide, inovação ilegal, e que da inovação resulte lesão ao direito da outra parte. Nos casos analisados não houve inovação no estado da lide e, mesmo se ocorresse, não causaria lesão ao direito da outra parte, pelo contrário. O que se buscava era justamente que os pedidos de patentes fossem examinados.

Em relação aos recursos administrativos interpostos, sabe-se que estes ocorreram durante a vigência da Lei 5772/71 que nada dispunha a respeito dos efeitos do recurso, ao contrário do que ocorre hoje sob a vigência da Lei 9279/96, cujo artigo 212 § 1º estabelece que o recurso tem efeitos suspensivo e devolutivo. Assim, a regra é que, salvo disposição em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo, devendo a exceção ser expressa, tal como dispõe o artigo 61 da Lei 9784/99 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

No caso, como não havia previsão de efeito suspensivo na Lei 5772/71, os recursos interpostos contra a decisão de arquivamento não impediam o INPI de decidir o mérito da questão.

Também não se justifica o procedimento do INPI paralisando o exame dos recursos e tendo-os prejudicado por conta da interposição das ações declaratórias proposta em juízo, pois se aplicam à concessão de patentes as regras do processo administrativo federal tal como consta na Lei 9784/99 cujo artigo 2º, inciso II, determina que ao processo se aplica o critério da impulsão, de ofício.

Nesse sentido, pode-se citar decisão do STF, bastante oportuna aqui:



“Carece de razoabilidade a tese segundo a qual...o chefe superior da administração pública estaria compelido a aguardar o trânsito em julgado da ulterior decisão denegatória... para que pudesse penalizar o servidor, o que, na prática, equivaleria a impedi-lo de desempenhar suas atribuições legais e constitucionais”.

Dj 16-02-1990 Processo 29987

Decisão Unânime.

Diante do exposto, conclui-se que a aplicação nos casos analisados do parágrafo único do artigo 40 da Lei nº 9279/96 deve ser feita sem a ressalva, tendo em vista que a demora na apreciação dos pedidos das patentes deu-se por culpa exclusiva do INPI, uma vez que as ações declaratórias visavam tão somente afastar o óbice apresentado à concessão das patentes, não impedindo a apreciação do mérito pela autarquia. Assim, deve-se assegurar o prazo mínimo de 10 anos de duração das patentes em questão a contar de sua concessão.

4. Da impossibilidade de retificação dos atos de concessão do INPI

Conforme acima exposto, por conta da demora excessiva na apreciação dos pedidos de patente, o prazo de proteção deveria seguir a regra do art. 40 § único da Lei nº 9279/96. Isto de fato aconteceu quando a autarquia concedeu as patentes, já sob a vigência da nova LPI, observando o prazo de 10 anos a contar da concessão. Consequentemente, os atos administrativos de concessão das patentes aperfeiçoaram-se com a publicação. A partir deste momento constitui-se o direito dos titulares, incorporando-se as patentes (o direito de exclusiva) ao seu patrimônio jurídico, passando a gozar de direito adquirido.

Esse é o entendimento da jurisprudência, como se vê no julgamento do TRF 2, na apelação em Mandado de Segurança (n.36313), da Quarta Turma:



“Ato de concessão de patente caracteriza-se como ato jurídico perfeito que assegura ao inventor o direito exclusivo de propriedade da invenção e à sua proteção contra terceiros, em caráter temporário”.

Processo: 2000.02.0105414-6

Data Decisão: 25/09/2002 DJU 06/12/2002
pág.303

Ocorre que o INPI, sem nenhum embasamento jurídico (ou fático), alguns meses após a concessão, retificou os atos administrativos de concessão, sem respeitar as vias dispostas nos artigos 51 e 56 da Lei nº9279/96, que tratam da declaração de nulidade da patente administrativamente e da ação de nulidade em juízo, e sem dar oportunidade de defesa aos seus titulares. Vejamos o disposto nesses artigos:

*“art. 51 – Do **Processo Administrativo** de Nulidade*

O processo de nulidade poderá ser instaurado de ofício ou mediante requerimento de qualquer pessoa com legítimo interesse, no prazo de 6 (seis) meses contados da concessão da patente.

Parágrafo único – O processo de nulidade prosseguirá ainda que extinta a patente”.

*“Art. 56 – Da **Ação de Nulidade***

A ação de nulidade poderá ser proposta a qualquer tempo da vigência da patente, pelo INPI ou por qualquer pessoa com legítimo interesse.”

O INPI já havia expedido cartas-patentes com os prazos de 10 anos a contar da concessão. Para o fim de revogar esses certificados o órgão teria que se valer de um processo administrativo de nulidade (ou ingressar em juízo com a ação pertinente) e não de um mero despacho revogatório. Violaram-se assim os princípios do contraditório e da ampla defesa, que são garantias constitucionais constantes no artigo 5º, LV da Constituição da República. Isto porque houve a desconstituição do direito dos titulares dos inventos de gozar



da proteção até as datas inicialmente reconhecidas.

Ademais, a ação do INPI não está de acordo com a Súmula 473 do STF, que trata da revisão de ato administrativo segundo os princípios da autoexecutoriedade e da autotutela da Administração Pública, pois não havia vício que tornasse o ato ilegal e que justificasse a anulação do ato. Por outro lado, a revogação somente seria admitida por motivos de conveniência e oportunidade, mas sempre respeitados os direitos adquiridos. Nos casos em estudo aqui, há justamente a configuração de direito adquirido por parte dos titulares quando da concessão (originária) das patentes.

Ainda que a Lei de Propriedade Industrial (Lei 9279/96) dê a prerrogativa à administração de tudo fazer e tudo decidir “de ofício”, ao INPI cabe somente a conferência do direito e o controle de sua manutenção, nunca a retirada ou a provocação “de ofício” objetivando a remoção desses direitos¹¹.

Conclui-se que a retificação da concessão das patentes com prazo de 20 anos a contar da data do depósito foi arbitrária e ilegal ao não respeitar as garantias do contraditório, da ampla defesa e o direito adquirido, e não seguir as vias previstas na LPI.

5. O prazo correto de duração das patentes: Necessidade de observância dos princípios da razoabilidade e da interpretação consistente

Por fim, cumpre analisar a alegação do INPI de que “se houver a concessão das patentes, de acordo com o parágrafo único do artigo 40 da LPI, os titulares gozarão das patentes por mais de 30 anos”.

Para analisar propriamente esta questão é imperioso considerar primeiramente a natureza das patentes e os direitos que elas outorgam aos seus titulares.

Primeiramente, é necessário ter presente que as patentes de invenção têm por objetivo estimular a criação científica assegurando aos criadores o retorno do investimento acrescido de algum lucro obtido por meio da exploração exclusiva concedida temporariamente.

¹¹ Neste sentido, também SOARES, José Carlos Tinoco. Lei de patentes, marcas e direitos conexos: Lei 9279 - 14.05.1996. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pp 133.



Concedida a patente, portanto, o seu titular tem o direito de fazer uso do objeto de sua invenção de forma monopolística, podendo impedir que qualquer outra pessoa faça esse mesmo uso¹². Entretanto, a proteção patentária além de ser limitada no tempo e no espaço (territorialmente) somente merece a proteção do ordenamento jurídico na medida em que cumprir com os objetivos de atender ao interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país, de acordo com o artigo 5º, XXIX da Constituição Federal.

Assim, a mesma Constituição Federal que veda o monopólio, consagrando o princípio da livre concorrência no artigo 170, IV, procura estimular a criação científica, de modo que a única interpretação capaz de conferir unidade ao sistema é aquela que atribui ao inventor o direito de explorar por certo período de tempo as inovações por ele trazidas. Essas inovações enquanto elementos novos não retiram do público qualquer liberdade anteriormente existente, e constituem monopólio aceitável. Esta exclusividade de exploração, por outro lado, não restringe a livre concorrência, por isso é temporária e, uma vez transcorrido o prazo, cai em domínio público tornando-se livre e acessível a todos a sua exploração e utilização.

Uma vez concedida a patente, o seu titular tem o direito, nos termos do artigo 42 da LPI, *de impedir que terceiro, sem o seu consentimento, produza, use, coloque à venda, venda ou importe com estes propósitos o produto objeto da patente*, devendo-se, contudo, salientar que o artigo 42 é meramente enunciativo para não restringir o significado de exploração ilícita de invenção, tendo em vista a complexidade das relações industriais e comerciais modernas¹³.

Também é assegurado ao titular da patente o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os referidos atos. Por fim, é assegurado o direito à indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente. Assim, verifica-se que a proteção advinda do título patentário, uma vez concedida, retroage à data do seu requerimento/pedido, pois a nossa legislação confere efeitos retroativos à data do depósito da patente.

12 Loureiro, Luiz Guilherme de A.V. A lei de propriedade industrial comentada (lei n. 9279, de 14 de maio de 1996. São Paulo: LEJUS, 1999).

13 Loureiro, Luiz Guilherme de A.V. A lei de propriedade industrial comentada (lei n. 9279, de 14 de maio de 1996. São Paulo: LEJUS, 1999, pp 105).



No caso em tela, o prazo das patentes não seria superior a 30 anos como se alega, mas seria de apenas 10 anos a contar da concessão por conta da incidência do parágrafo único do artigo 40 da Lei 9279/96, sem a ressalva. Deste modo há a conjugação dos interesses do inventor com os interesses da sociedade e não se viola a proibição de exclusividade prevista na Constituição Federal.

Assim, por mais que a Lei 9279/96 no seu artigo 44 assegure ao titular da patente o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida no período anterior à concessão da patente, desde a data da publicação do pedido, a possibilidade de impedir terceiro de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar o produto objeto da patente, nos termos do artigo 42 da Lei 9279/96 que trata dos direitos conferidos pela proteção patentária, só existe a partir de sua concessão.

Portanto, parece haver, no raciocínio da autoridade registrante, clara confusão entre direito à indenização pela exploração indevida do objeto levado a registro, com o direito de impedir terceiro de produzir, usar, colocar à venda ou importar objeto protegido por patente concedida.

Dessa maneira, não pode prevalecer a tese do INPI de que não se aplica o disposto no parágrafo único do artigo 40 da supramencionada Lei, sem a ressalva. Se esta tese prevalecer as patentes já estariam extintas, do que se conclui que o direito, decorrente da proteção patentária, previsto no artigo 42 da Lei da Propriedade Industrial, que efetivamente assegura a exclusividade, não poderia ter sido exercido em momento algum pelos titulares das patentes, que estariam restritos a ações de indenização, sujeitas à alegação de prescrição, cujo prazo é quinquenal de acordo com o artigo 225 da LPI¹⁴.

É por isso que a concessão das patentes, conforme a retificação arbitrária do INPI, a partir da data do depósito, gera um direito natimorto ou “quase-direito”, que não pode ser exercido nunca na sua inteireza pelos titulares. Não há dúvida de que a alteração introduzida pelo INPI feriu gravemente o direito que já estava incorporado ao patrimônio dos titulares das patentes.

14 “Art. 225 Prescreve em 5 (cinco) anos a ação para reparação de dano causado ao direito de propriedade industrial”.



5.1 Adensamento da análise do “direito de monopólio” sobre as patentes à luz dos princípios constitucionais e da lógica do interesse público

A Constituição Federal sedimenta a ordem econômica do país na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e um de seus princípios é o da livre concorrência (art. 170, IV¹⁵). A exploração direta da atividade econômica pelo Estado será permitida quando necessária à segurança nacional ou no caso de relevante interesse coletivo. O Estado pode fiscalizar, incentivar e planejar a atividade econômica. E o mercado interno será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país (art. 219¹⁶).

Ao mesmo tempo em que estabelece a livre concorrência, a Constituição Federal admite monopólios de uso exclusivo de direitos (no próprio texto constitucional como também admite em sede de lei ordinária) ao assegurar aos proprietários de marcas e aos autores de inventos industriais o privilégio temporário da exclusividade na sua utilização e exploração econômica. Desta forma, à luz dos princípios constitucionais, os instrumentos da propriedade industrial agem como mecanismos de controle do mercado interno, uma vez que impedem que outros concorrentes explorem a mesma marca, invenção ou tecnologia. Todavia, esses “monopólios de gozo de direitos exclusivos e temporários” também estão sujeitos à interferência estatal do art. 173, quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, em caso de o privilégio temporário implicar exercício abusivo de direitos, abuso de poder econômico, dominação de mercado, eliminação da concorrência e aumento demasiado dos lucros.

Como se vê, os direitos declarados na Constituição não estão em conflito nem mesmo geram tensão quando analisados conjuntamente no caso concreto. Não foi esta a intenção do legislador. Seu objetivo foi o de criar um sistema de pesos e contrapesos - no

15 Art. 170 da CF: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ...IV. livre concorrência.”

16 Art. 219 da CF: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”.



qual a inclusão da propriedade industrial (das patentes) no elenco dos direitos e garantias fundamentais e a permissão do gozo de direitos exclusivos e temporários ao seu titular, paralelamente ao estabelecimento do princípio da livre concorrência, busca recompensar o esforço do inventor. Esforço esse que exerce papel fundamental no desenvolvimento tecnológico e científico do país (arts. 5, XXIX, 170 e 219 da CF).

5.2 A Constituição Federal e a observância dos “Princípios da Razoabilidade e da Interpretação Consistente”

A relação entre os direitos previstos na Constituição Federal, e que se consagram em disciplinas jurídicas diversas, dentre eles: (a) o direito à propriedade das patentes (art.5º, XXIX); (b) o direito à livre iniciativa e à livre concorrência (art. 170, IV), e (c) o direito ao desenvolvimento cultural e socioeconômico, ao bem-estar da população e à autonomia tecnológica do país (art.219), quando reunidos em um caso concreto não geram conflito no qual o intérprete deve salvar um em detrimento de outro ou outros. Não se trata de uma batalha para se apurar qual dos direitos deve prevalecer (propriedade industrial ou livre concorrência). O *princípio da razoabilidade* e o *princípio da interpretação consistente* orientam o intérprete no sentido de enfatizar a complementaridade entre direitos oriundos de disciplinas diversas, assim como promovem a interface desses direitos na busca do equilíbrio ou do reequilíbrio quando no mercado houver práticas competitivas desleais.

Os *princípios da razoabilidade e da interpretação consistente* substituem o “conflito *figurado* entre as fontes”, na medida em que a proteção à propriedade das patentes e o privilégio do gozo exclusivo dos direitos temporários estão condicionados ao cumprimento da sua finalidade constitucional: o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. Em outras palavras, o “monopólio temporário de direitos” não será concedido se as condições específicas de finalidades sociais, previstas na parte final do inciso XXIX, do art.5º, não forem atendidas. E, se forem atendidas, o titular da patente exerce seus direitos proprietários exclusivos de exploração temporária sem que isto macule a teoria econômica e a base do direito antitruste.



5.3 Teses que priorizam o direito antitruste e a livre iniciativa sobre os direitos patentários (e os demais direitos intelectuais) repousam, via de regra, sobre pressupostos econômicos equivocados e em análises político-sociais errôneas

Em largos traços, entende-se por *poder de monopólio* a capacidade de controlar o preço dentro de um mercado razoável, e por *poder de mercado* a capacidade de elevar o preço de um produto ou serviço sem gerar perda de vendas. Ambos os conceitos conferem a um ator de mercado a capacidade/aptidão de controlar ou aumentar o preço de um produto ou excluir um concorrente do mercado.

Quanto a isto parece não haver dúvidas.

Também, da mesma forma, com base no mesmo raciocínio, não pode subsistir dúvida de que *nenhum monopólio é conferido* aos detentores de direitos de propriedade intelectual – **sob a perspectiva econômica de mercado**. E isto desde o momento do depósito do pedido de patente.

Estudos de direito, jurisprudência e práticas comparadas revelam que tribunais e agências administrativas partem de inúmeros pressupostos econômicos errôneos quando aplicam princípios do direito antitruste na tentativa de fazê-los prevalecer sobre os direitos de propriedade intelectual/industrial. O equívoco econômico mais doloroso é o que parte da premissa de que ao conferirem direitos de propriedade intelectual (por exemplo, sobre as patentes), concede-se ao titular do direito um “monopólio”. A lei faz esta “presunção” apenas ao igualar a unicidade requerida para justificar o direito de propriedade intelectual conferido na criação à “unicidade suficiente para obter poder de exclusividade de gozo de direitos (direito de exclusiva)” em um dado mercado. Não existe, portanto, qualquer relação econômica entre o direito da propriedade intelectual (direito de exclusiva sobre as patentes concedidas pelo INPI) com “monopólio” e “poder de mercado” na perspectiva econômica.

Ademais, a definição alternativa de *poder de monopólio*, isto é, o direito de excluir um concorrente de um mercado, também não é satisfeita uma vez que os direitos de propriedade intelectual não concedem este direito (poder). Melhor ainda: os direitos de propriedade intelectual concedem o “direito” limitado de excluir outros apenas de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar o pro-



duto que é objeto de patente, ou seja, excluem outros de tomarem certas atitudes em um determinado mercado, mas não concede o direito/poder de excluir um concorrente de um mercado se este não estiver infringindo direitos de propriedade intelectual – e tiver seu próprio produto registrado (ou depositado) corretamente.

Em outras palavras, concorrentes estão livres para entrar e permanecer no mercado, desde que não usurpem direitos de propriedade intelectual protegidos.

Desta forma, presumir que um direito de propriedade intelectual (como por exemplos as patentes) resulta em um monopólio é incorreto por razão de definição, além de outras realidades econômicas.

Conclusões

Uma vez deferidos os pedidos pelo INPI, as patentes entraram para o plano da validade jurídica e passaram a irradiar, instantaneamente, sua eficácia – não podendo estar sujeitas a termos, condições ou quaisquer outras determinações (ou retificações) que atuem na sua eficácia¹⁷.

Do ponto de vista do direito intertemporal, os pedidos de patente depositados na vigência da Lei 5772/71 não produziram (quaisquer) efeitos; não houve a incorporação de um direito ao patrimônio do titular, tampouco a caracterização de um ato jurídico perfeito, pois não houve direito exercido.

Da mesma forma, não há que se cogitar de coisa julgada, pois as ações declaratórias nos casos estudados visavam somente afastar judicialmente o óbice apontado pela autarquia à concessão da patente e, de qualquer modo, o trânsito em julgado apenas ocorreu após a vigência da nova Lei. Deste modo, a Lei 9279/96, que entrou em vigor em 1997 revogando a Lei 5772/71, teve aplicação imediata atingindo os pedidos, sem desrespeito às determinações do artigo 5º inciso XXXIV da Constituição da República e do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil. Ademais, a própria Lei 9279/96 determinou no artigo 229 a sua aplicação aos pedidos em andamento, o que ocorre no caso em tela, no qual as concessões só se deram na vigência da nova LPI.

17

Neste mesmo sentido, Marcos Bernardes de Mello, ob.cit, p. 105.



Assim, as patentes embora tenham sido depositadas na vigência da Lei 5772/71, que previa no seu artigo 24 caput o prazo de 15 anos para a patente a contar do depósito, depois disso caindo em domínio público (parágrafo único), foram retiradas do mundo jurídico e não foram concedidas pelo INPI durante a vigência dessa Lei. A concessão pelo INPI só ocorreu na vigência da Lei 9279/96, após o trânsito em julgado das ações declaratórias interpostas pelos titulares; ações que se limitaram a declarar a não incidência do óbice alegado, ou seja, a reconhecer a inexistência de relação jurídica entre a proibição da alínea “d”, do artigo 9º do antigo Código da Propriedade Industrial e os pedidos de patentes em questão. Como não foi por meio das ações que se concederam as patentes, não há coisa julgada, direito adquirido, tampouco ato jurídico perfeito, não restando dúvida de que a concessão foi feita durante a vigência da nova Lei.

A maior inovação da Lei 9279/96 deu-se com o parágrafo único do artigo 40 que estabeleceu um prazo mínimo de vigência para as patentes a fim de que o titular não seja prejudicado por um atraso excessivo no processamento do seu pedido de patente no INPI. Assim, o prazo de vigência da patente não será inferior a 10 anos para a patente de invenção e a 7 anos para o modelo de utilidade, contados da data da concessão. Contudo, há uma ressalva neste mesmo parágrafo, na hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior. A finalidade dessa ressalva é excluir os casos sobre os quais pende demanda judicial daqueles em que a demora na concessão da patente pudesse ser atribuída exclusivamente ao órgão de registro patentário.

Nos pedidos de patentes que serviram de inspiração a este estudo, a ressalva não se aplica, pois a interposição das ações declaratórias não impedia o exame definitivo pelo INPI do mérito dos pedidos de patentes, na medida em que as ações visavam somente obter o reconhecimento de que inexistia o óbice indicado pelo INPI a que se concedessem as patentes, no caso a letra “d” do artigo 9º da Lei 5772/71. As ações declaratórias não tinham conteúdo condenatório que justificasse a inércia do INPI, assim como não houve ordem judicial determinando a sustação do procedimento administrativo.

Portanto, o INPI não estava impedido de fazer o julgamento de mérito em razão de pendência judicial, pois não basta existir ação



em curso, é necessário que esta impeça o exame de mérito pela autarquia, o que não ocorreu.

Com o prosseguimento da análise pelo INPI, não haveria alteração da situação de fato sobre o objeto do litígio. E, se houvesse, o artigo 462 do Código de Processo Civil dispõe que o juiz deve levar em consideração o fato superveniente.

Em relação aos recursos administrativos interpostos pelos titulares, estes ocorreram durante a vigência da Lei 5772/71 que nada dispunha a respeito dos efeitos do recurso, ao contrário do que ocorre hoje sob a vigência da Lei 9279/96, cujo artigo 212 § 1º estabelece que o recurso tem efeitos suspensivo e devolutivo. Assim, a regra é que salvo disposição em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo, devendo a exceção ser expressa, tal como dispõe o artigo 61 da Lei 9784/99 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

No caso, como não havia previsão de efeito suspensivo na Lei 5772/71, o fato de os titulares terem recorrido da decisão de arquivamento não impedia o INPI de decidir o mérito da questão.

Diante do exposto, conclui-se que a aplicação nos casos aqui estudados do parágrafo único do artigo 40 da Lei nº 9279/96 deve ser feita sem a ressalva, tendo em vista que a demora na apreciação dos pedidos das patentes deu-se por culpa exclusiva do INPI, uma vez que as ações declaratórias visavam tão somente afastar o óbice apresentado à concessão das patentes, não impedindo a apreciação do mérito pela autarquia. Assim, deve-se assegurar aos titulares o prazo mínimo de 10 anos de duração das patentes a contar de sua concessão.

A retificação da concessão das patentes com prazo de 20 anos a contar da data do depósito foi arbitrária e ilegal ao não respeitar as garantias do contraditório, da ampla defesa e o direito adquirido, e não seguir as vias previstas na LPI.





Excesso de “Liberdade” de Decisão: o “tiro que saiu pela culatra”

Teresa Arruda Alvim Wambier

Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP.

Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Professora no curso de mestrado da UNIPAR. Membro do IBDP, da International Association of Procedural Law, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, da Academia de Letras Jurídicas do Paraná e São Paulo, do IAPR e do IASP, da AASP, do IBDFAM, do Instituto Panamericano de Derecho Procesal e da International Bar Association. Advogada.

Sumário: 1. Anotações introdutórias – 2. A história explica algumas diferenças entre o civil Law e o common Law – 3. A vinculatividade dos precedentes no sistema de common Law – 4. A vinculatividade da lei nos sistemas de civil Law – 5. Quando pode o juiz criar direito, nos sistemas de civil law? – 6. Necessidade de respeito à jurisprudência “firmada” – necessidade de que a jurisprudência seja “estável” – 7. Técnicas introduzidas recentemente no ordenamento processual civil brasileiro – 8. O problema gerado pela possibilidade de haver controle difuso da constitucionalidade das leis – a solução – 9. Anotações de caráter conclusivo



1. Anotações introdutórias

Essas nossas breves considerações partem da nossa firme convicção no sentido de que a função do direito é, em primeiro lugar a de gerar estabilidade, proporcionando tranquilidade no jurisdicionado, na medida em que esse possa moldar sua conduta contando com certa dose considerável de previsibilidade. O direito, todavia, tem, também, em nosso sentir, de ser adaptável, já que serve à sociedade e esta sofre alterações ao longo do tempo.

As situações corriqueiras da vida de cada um de nós às vezes nos fazem entender certos fenômenos do direito com mais intensidade e profundidade do que se ler um livro inteiro de alta filosofia jurídica. Permito-me, por isso, citar alguns exemplos da vida cotidiana, para mostrar como há situações que nos incomodam.

Os assuntos são três: limite de tamanho e peso da bagagem que pode ser levada dentro do avião conosco, necessidade de preenchimento do verso do cartão de embarque e de se mostrar documento de identidade no momento de embarcar.

Quantas e quantas vezes viajamos com uma mala, numa terça feira, que se permite seja levada conosco. E com a mesma mala, na quinta feira seguinte, que se diz dever ser despachada. Quantas e quantas vezes despachamos a mala, por exigência da moça que fez o *check in* e, já sentados no avião, nos surpreendemos com alguém que entra com um volume que é o triplo do tamanho do nosso e que mal se acomoda no compartimento acima das poltronas?

São frequentes as filas e o tumulto no saguão de embarque de pessoas procurando canetas nos bolsos ou mesmo saindo da fila para procurar uma “mesinha” (no aeroporto?) para preencher o verso do cartão de embarque. Quanto à exigência de se exibir a identidade no momento do embarque, esta se faz, via de regra, quando algum terrorista faz explodir uma bomba em Londres ou em Madri. E também as pessoas param para procurar os documentos que acabaram de guardar, ou nos bolsos, ou nas bolsas.

A ausência de regras claras não agrada ninguém. E se pode pensar: mas nós conhecemos as regras! São 5kgs, etc. Mas as regras SÃO AQUELAS QUE ORIENTAM DE FATO A CONDUTA DOS FUNCIONÁRIOS. As regras são as que estão sendo efetivamente



APLICADAS. Há, portanto, uma regra diferente a cada dia!

Esta situação compromete a tranquilidade, a previsibilidade, ofende a isonomia e inviabiliza a efetividade.

Tranquilidade, previsibilidade, isonomia, efetividade: tudo isto o direito deve atingir e deve preservar.

Quando o direito não atinge estes fins, o jurisdicionado fica atordoado, não consegue planejar sua vida e se sente tremendamente injustiçado.

A partir de uma visão comparada,¹ pretendemos demonstrar que tanto nos sistemas de *civil law*, quanto nos de *common law*, o direito nasceu e existe com o objetivo predominante de criar estabilidade e previsibilidade. O mais curioso é que os sistemas de *civil law* são uma criação pretensamente racional que teve como objetivo específico, e praticamente declarado, o de alcançar exatamente aquelas finalidades que, como se sabe, no Brasil, nem sempre são alcançadas.

2. A história explica algumas diferenças entre o *civil law* e o *common law*

Quando se pensa em como o sistema de *common law* nasceu, é-se inclinado a responder que eles sempre foram como são hoje. É o que J. H. Baker constata quando relata que “em 1470, um *sergeant-at-law* sustentou que o *common law* existe desde a criação do mundo” (...) “não é improvável que ele acreditasse literalmente no que dizia”. Aliás, “isso não consiste num total absurdo, pois o sistema inglês representa um ininterrupto desenvolvimento desde os tempos pré-históricos: não houve nenhum ato consciente de criação ou adaptação”.²

De fato, a natureza contínua do desenvolvimento do direito

1 A comparação é feita quase que exclusivamente com o sistema inglês, pois estivemos durante o ano de 2008 pesquisando na Squire Law Library, da Universidade de Cambridge, a convite de Neil Andrews, como Visiting Professor e lá foi feita parte da pesquisa. Todas as versões dos textos citados, que estão entre aspas e em português, foram feitas por nós e o original consta da nota de rodapé.

2 “In 1470, an English sergeant - at - law maintained that the common law had been in existence since the creation of the world” (...) “it was not improbable that he believed it literally”. Moreover: “It was not a wholly absurd notion, inasmuch as the English system represented an unbroken development from prehistoric times: there had been no conscious act of creation or moment of adaptation”. An Introduction to English Legal History, 4 ed., Butterworths, Lexis Nexis, p. 1, citando Wallyng v. Meger (1470) (47ss 38), per Catesby sjt.



inglês pode dar a impressão de que este sempre tenha sido como é hoje.

R. C. Van Caenegem afirma que a história do direito inglês é um *continuum*. Nunca houve o desprezo do que se entendia como correto antes, ou uma divisão do direito entre duas eras, uma pré e uma pós-revolucionária.³

Está claro que os sistemas de *common law* não foram sempre como são hoje, embora, a sua principal característica parece sempre ter estado presente: casos concretos são considerados fonte do direito. O direito inglês, berço de todos os sistemas de *common law* que hoje existem no mundo, nasceu e se desenvolveu de um modo que nos parece poder ser qualificado como “natural”: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando, depois, surgiam casos iguais ou semelhantes, aquela decisão tomada anteriormente era repetida para aquele novo caso. Mais ou menos como acontecia no direito romano.

Até hoje a ideia de que casos iguais devem ser decididos da mesma forma, é idéia fundamental em toda a sistemática dos países de *common law*, e assim pretende-se que seja preservada a igualdade. Sendo a jurisprudência uniforme, estável, consistente haverá ademais condições para que se crie previsibilidade, de molde a que o cidadão possa planejar sua via sem levar sustos. Garante-se, assim, a harmonia.

Claro que houve mudanças no direito inglês desde o seu início até hoje. Durante muito tempo, não houve diferença substancial entre os atos de julgar, de administrar e de legislar.⁴

O *common law* era composto de costumes “geralmente observados pelos ingleses”. Esta é a origem do nome *common*, ou seja, as decisões dos conflitos eram baseadas nos costumes, enquanto que hoje, as decisões são baseadas nelas mesmas (precedentes). Hoje, os costumes só têm valor jurídico, se encampados por um precedente.⁵

3 R. C. Van Caenegem, Judges, Legislators & Professors, Goodhart lectures, 1984 – 1985, Chapters in European Legal History, Cambridge University Press, 2006, p. 8.

4 J. H. Baker, An Introduction to English Legal History, 4 ed., Londres, Butterworths, 2002, p. 1.

5 “Generally observed among Englishmen”. Rupert Cross e J. W. Harris, Precedent in English Law, Clarendon Law Series, Clarendon Press, Oxford, 4 ed., 1991, p. 165.



A história dos sistemas de *civil law* é diferente. O que é interessante observar é que, ao que parece, tudo o que aconteceu no passado teve como objetivo a criação de um sistema apto a conter abusos e a preservar a igualdade. Quis-se criar um sistema harmônico e coerente, de uma forma racional.

Sucintamente, pode-se dizer que os costumes germânicos prevaleceram durante o 5.º e 6.º século, época em que os povos germânicos dominavam a Europa central e ocidental. Num certo momento, o direito romano praticamente desapareceu.

Muitos textos romanos foram, no entanto, redescobertos no fim do século XI, e se tornaram objeto de imensa atenção de estudiosos do norte da Itália, principalmente de Bologna. A *jurisprudência*, como ramo do conhecimento que estuda o direito, considera-se ter nascido exatamente nesse momento.

Sem que tivesse sido integralmente abandonado o pensamento jurídico romano, uma característica diferente foi acrescentada: o dogmatismo. Os textos eram estudados e analisados profundamente, por meio de diferentes métodos: gramatical, retórico e dialético. Eram harmonizados por meio de um complexo processo de exegese, pois os textos nem sempre eram coerentes. Usando a linguagem dos nossos dias, poderíamos dizer que os estudiosos impuseram ao material encontrado uma forma “sistemática”.

É relevantíssima a informação no sentido de que o *Corpus Juris Civilis*, volumosa coletânea de textos romanos escritos na época de Justiniano e que, sob o seu comando, foram publicados no século VI e exerciam a função de direito em relação a uma parte considerável do império romano, não era um código. Dentre os textos, alguns eram muito antigos, outros recentes; alguns eram atos legislativos e outros consistiam em doutrina.⁶ Não raramente, os estudiosos se defrontavam com textos contraditórios e tinham de se utilizar de complexos processos para compatibilizá-los. Daí nasceram regras como por exemplo, *o legislador disse mais do que queria*, ou *menos do que queria* ou *a regra especial prevalece sobre a geral* etc...

Assim, o direito passou a ser inteiramente absorvido pelas

6 R. C. Van Caenegem, cit., p. 41. Também na Alemanha o *Corpus Juris Civilis* foi “recebido” e a sua recepção gerou um corpo de normas estudado por profissionais (*Juristenrecht*). O direito romano foi a base teórica do desenvolvimento do direito que culminou no trabalho dos juristas do Século XIX.



universidades, onde estudiosos se ocupavam de analisar técnicas jurídicas que acabavam também por servir a propósitos políticos.

Entende-se, portanto, a importância que tem a *doutrina* para os sistemas de *civil law*.

Dando um salto histórico, vamos para um segundo momento relevante para fixar as características dos sistemas de *civil law*: a revolução francesa. É o momento em que se transfere centro do poder do monarca para a Nação, que gerou o ambiente no qual nasceu a base do *estilo* de raciocínio jurídico dos sistemas de *civil law*.

De fato, desde o século XVII, o raciocínio abstrato vinha caracterizando a maneira de os franceses verem o direito e a vida em geral. A teoria de Montesquieu, no sentido de que não deveria haver superconcentração de poderes na mão de um só indivíduo, foi combinada com a visão de Rousseau, no sentido de que a lei escrita deveria ser a expressão da vontade da Nação francesa.⁷

A ideia de que o poder central era justificado ou legitimado pela vontade do povo, foi uma das principais concepções que inspirou a Revolução Francesa. Consequentemente, os juízes tinham que *obedecer à lei*, tinham que decidir os casos precisamente de acordo com a lei, sendo suas decisões sempre fundamentadas, devendo ser feita expressa referência à lei. Juízes eram vistos como seres inanimados, agindo como se fossem “a boca da lei”. As teorias dedutivas eram capazes de explicar as decisões judiciais como se elas fossem o resultado de um raciocínio absolutamente lógico: Lei + fatos = decisão.

Essa concepção rígida era parcialmente decorrente de uma profunda desconfiança nutrida pela burguesia em relação aos juízes.

Havia uma crença profunda no sentido de que a vontade do povo estava efetivamente refletida na lei e, consequentemente, entendia-se que esta deveria ser respeitada literalmente. Se as decisões judiciais fossem baseadas na lei, garantir-se-ia que a vontade do povo estava sendo cumprida.

Percebe-se, portanto, que, através de um *ato racional*,

7 Zenon Bankowski, Neil MacCormick, Lech Morawski, Alfonso Ruiz Miguel, Rationales for Precedent, in Interpreting Precedents, A Comparative Study, organizado por Neil MacCormick e Robert S. Summers, Dartmouth Publishing Company Ltd, Ashgate Publishing limited, Gover House, Croft Road, Aldershot, Hants, GU113H3, Inglaterra, p. 482.



ocorrido num certo momento histórico, relevantíssimo para os rumos que acabou tomando o direito nos sistemas de *civil law*, pretendeu-se conter o abuso de poder, que gerava, obviamente, um excesso insuportável de *arbitrariedades*, suprimindo qualquer possibilidade de que houvesse *estabilidade e previsibilidade* na vida social.

O sistema anterior (*ancien régime*), que foi abolido pela Revolução Francesa, dava muitos privilégios para a nobreza e para o clero, que, por exemplo, não pagavam impostos. Por outro lado, os juízes eram perigosamente influenciáveis pelos poderosos. Por isso, absoluta rigidez da lei era preferível à liberdade de interpretação por parte dos juízes.

Durante o período revolucionário, muitos governos poderiam ter tido a iniciativa de criar códigos. Só sob Napoleão I, entretanto, foi editado, em 1804, o Código Civil.

A separação de poderes passou a ser vista como um pressuposto da concepção de Estado de Direito. No lugar de uma unidade, simbolizada pelo monarca, havia, agora, uma complexa estrutura formada por forças interligadas e equilibradas.⁸

Uma forte conexão foi estabelecida entre a **lei escrita** e a **igualdade**, pois passou a ser entendido que, quando a lei impera, a igualdade é garantida. Ao contrário, quando o que impera é a vontade do homem, a arbitrariedade é favorecida.⁹

De fato, a *igualdade* estava entre as principais ideias encampadas pela legislação concebida durante o período revolucionário francês: *liberté, égalité et fraternité*. Estas ideias estavam refletidas nas leis escritas e os tribunais deviam aplicar esta lei aos casos concretos, *jamaís formulando regras gerais*.

Com o passar do tempo, essas condições passaram a sofrer profundas alterações.

As mudanças da sociedade moderna impuseram uma visão diferente do direito. O mundo estável, com divisão nítida de classes sociais, em que praticamente não havia mobilidade e em que o acesso à justiça era razoavelmente restrito, passou, aos poucos, a dar lugar a uma sociedade em que as alterações ocorrem muito rapida-

8 Tércio Sampaio Ferraz, *Função Social da Dogmática Jurídica*, São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 67.

9 Norberto Bobbio, *Teoria Geral da Política*, Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 312-313.



mente; que abrange, possibilita e incentiva a mobilidade social, o que acaba, de certo modo, gerando correlata modificação na esfera dos valores sociais. Por outro lado, o acesso à justiça, tradicional sonho dos juristas de *civil law*, se tornou uma realidade.

Este quadro acabou gerando um aumento considerável da complexidade dos casos trazidos ao Judiciário. Este fenômeno fez com que muitos pensadores percebessem que o *texto da lei* tinha se tornado um instrumento insuficiente para resolver todos os problemas levados ao Judiciário, já que as multifacetadas feições das sociedades contemporâneas, somadas ao fato de o Judiciário ter-se tornado mais acessível, acabou por obrigar o juiz dos nossos tempos a decidir de acordo com as particularidades de cada caso. Esses fenômenos também acabaram por gerar um estilo diferente de redigir as disposições legais. Isto significa que, de algum modo, deve haver *flexibilidade*.

Nesse contexto, as decisões já não mais podem ser vistas como resultado da aplicação automática da lei e o pensamento jurídico tradicional, de natureza lógico-dedutiva, vêm se mostrando impotente para resolver parte expressiva dos conflitos.

Percebem-se, neste ambiente, dois problemas sérios a resolver, que em nosso entender, devem ser solucionados sem que sejam comprometidos os objetivos estabilidade e previsibilidade, que consideramos ser o núcleo da função do direito. Esses dois problemas são: (a) de que parâmetros podem valer-se o juiz, além da lei escrita para resolver os conflitos? (b) Como evitar que se comprometa indesejavelmente o princípio da isonomia, como decorrência da possível diversidade de decisões, que podem ser geradas pelo uso de parâmetros menos *seguros* do que a lei escrita?

3. A vinculatividade dos precedentes no sistema de *common law*

Entende-se, nestes sistemas, que o juiz não pode *desapontar* os cidadãos. Estes não podem ser surpreendidos por uma decisão que nunca poderia ter sido imaginada antes. A previsibilidade é inerente ao Estado de Direito, afirmação também repetida com frequência pelos juristas de *civil law*.

R. C. Van Caenegem menciona alguns critérios para que se esteja diante de um *bom* sistema jurídico (*good law*): as normas têm



que ser compreensíveis e cognoscíveis. Observa que, dificilmente, haveria alguém que discordasse serem estas duas características necessárias para que se considere *bom* um sistema jurídico. As pessoas não podem ser “como cachorros que só descobrem que algo é proibido quando um bastão atinge o seu nariz”.¹⁰

O objetivo da previsibilidade é atingido no sistema de *common law* pela prática de se obedecerem precedentes. O comportamento dos cidadãos deve conformar-se aos termos das decisões judiciais. Isto diz respeito às partes e ao resto da sociedade, que observa as decisões judiciais e ajusta o seu comportamento ao que estas dizem.¹¹

Estabilidade, uniformidade e solidez¹² são condições para a existência de *previsibilidade*. Neste panorama a *igualdade* acaba naturalmente sendo respeitada. E a igualdade é um dos principais fundamentos do sistema de precedentes vinculantes.

Esta ideia está muito presente na doutrina alemã, que usa a expressão princípio da proteção.¹³

A vinculatividade dos precedentes é justificada pela necessidade de *igualdade* e a *igualdade* é atingida através da seleção de aspectos do caso que deve ser julgado, que devem ser considerados relevantes, para que esse caso seja considerado *semelhante* a outro, e decidido da *mesma forma*.

Hoje, o direito inglês é composto de dois elementos principais: *common law* (incluindo a *equity*) e lei escrita. É importantíssimo salientar que o sistema de precedentes vinculantes se aplica, no *common law*, mesmo quando o juiz decide com base na lei.¹⁴ Nota-se, portanto, que o juiz fica adstrito a adotar a interpretação da lei pela qual terá optado o juiz que decidiu caso idêntico, anteriormente.¹⁵

10 Judges, Legislators & Professors, cit., p. 161.

11 Larry A. Alexander, Emily L. Sherwin, Judges as Rule Makers, in Douglas Edlin (ed.), Common Law Theory, Nova Iorque, Cambridge University Press, 2005, p. 2.

12 Os ingleses usam muito a palavra consistency cuja tradução em português seria firmeza, solidez e de certo modo, compatibilidade com outras regras existentes.

13 Robert Alexy e Ralf Dreier, Precedent in the Federal Republic of Germany, in Interpreting Precedents, A Comparative Study, coletânea organizada por Neil McCormick e Robert S. Summers, Dartmouth Publishing Company (etc) p. 17 a 64, especialmente p. 19.

14 Rupert Cross and J. W. Harris, Precedent in English Law... cit., p. 5.

15 A. L. Goodhart, Precedent in English Law and Continental Law, in The Law Quarterly Review, vol. L, Londres, Stevens & Sons, Limited, 119 & 120 Chancery Lane, 1934, p. 40-65, especialmente p. 41.



Usa-se a expressão *common law*, nos dias de hoje, para significar um marcante contraste que existe entre os sistemas de *civil law* e de *common law*. Este contraste significa que nos sistemas de *common law* o direito é *feito pelo juiz* (*judge-made law*) e, nos sistemas de *civil law*, quem cria o direito é o Poder Legislativo. No entanto, precedentes vinculam, tratando-se dos sistemas de *common law*, em ambos os casos, ou seja, nos sistemas de *common law*, os precedentes vinculam tanto no campo das decisões em que o juiz cria a regra, quanto naquelas em que o juiz aplica a lei.¹⁶

A Inglaterra não tem Constituição escrita, diferentemente dos Estados Unidos. Entende-se que a base da Constituição inglesa é o *common law*, derivado principalmente de precedentes e tendo incorporado princípios básicos de documentos como a Magna Carta (1215) e o *English Bill of Rights* (1689).¹⁷ Hoje, todavia, há leis escritas na Inglaterra, inclusive em forma de Código, como, por exemplo, o Código de Processo Civil de 1998.

O sistema de precedentes vinculantes faz com que as cortes ajam em duas dimensões: resolvem conflitos, e isto diz respeito ao *passado*; e têm o papel de *fazer direito*, criando regras para o *futuro*. A primeira função atinge uma audiência limitada: o réu e o autor. A segunda atinge uma audiência mais ampla, que inclui o público, os tribunais, a mídia, os acadêmicos e outros tribunais.¹⁸

Uma palavra sobre a *Equity*. O sistema da equidade foi inspirado por ideias de justiça natural e por isso conserva este nome, mas hoje se trata, pura e simplesmente, de um ramo do direito inglês, em que se encontra, por exemplo, a *law of trusts*, a tutela específica e as *injunctions*.¹⁹ Deve-se frisar que o sistema de precedentes vinculantes existe também neste campo.

Os autores ingleses comentam que o sistema de precedentes vinculantes é aplicado na Inglaterra na sua versão mais rígida.²⁰ Precedentes devem seguidos, se não houver nenhuma razão séria

16 R. C. Caenegem, cit., p. 44.

17 Robert W. Emerson, *Business Law*, Barron's, 4 ed., 2004, p.7.

18 David Dyzenhaus e Michael Taggart, *Reasoned Decisions and Legal Theory*, in *Common Law Theory*, coordenado por Douglas E. Edlin, p. 134-166 (especialmente p. 146).

19 Glanville Williams: *Learning the Law*, Londres, Sweet and Maxwell, 2006, p. 24.

20 A. L. Goodhard, op. cit., p. 41.



para que sejam abandonados. É comum que o juiz, mesmo não concordando intimamente com a regra constante do precedente, decida de acordo com ele, por apego à necessidade de preservar a igualdade.

Por fim, é oportuno ressaltar que, na Inglaterra, um determinado tribunal não precisa obedecer a precedente de um órgão inferior. Entretanto, é comum que as decisões das cortes inferiores sejam respeitadas, se não houver uma séria razão para serem desconsideradas.²¹

Até bem pouco tempo atrás, mais precisamente até 1966, o sistema de precedentes na Inglaterra era tão rígido, que a *House of Lords*, órgão supremo do Poder Judiciário no Reino Unido, não podia modificar os seus próprios precedentes. Era o *stare decisis*, na sua versão mais rígida: conservar as *rationes decidendi* de casos anteriores. Esta expressão vem do latim: *stare decisis et non quieta movere*.²²

Entende-se que, como os ingleses tradicionalmente não têm lei escrita nem códigos, há necessidade de uma espécie de “cimento” para gerar certeza e este “cimento” consiste justamente na doutrina do precedente vinculante. Por isso o *practice statement* da *House of Lords* de 1966 foi considerado uma revolução técnica²³ e os conservadores hesitaram em apoiar a medida.

Também é oportuno que se diga que seguir precedentes é também uma questão de *cultura*, porque, na Inglaterra, mesmo se uma *ratio* tiver pura e simplesmente valor persuasivo, esta será seguida, a não ser que o juiz tenha uma séria razão para não fazê-lo.

Por fim, é conveniente registrar que esse nível de rigidez não existe em todos os países de *common law*. Afastar um precedente e criar outro no seu lugar (*overruling*) é muito mais comum nos Estados Unidos do que na Inglaterra.²⁴

Parte da doutrina observa que, muitas vezes, o desejo de se tratarem os jurisdicionados de forma idêntica, acaba sendo rea-

21 A. L. Goodhard, op. cit., p. 41-42.

22 José Rogério Cruz e Tucci, Precedente Judicial como fonte do direito, São Paulo: RT, 2004, p. 160.

23 Rupert Cross e J. W. Harris, cit., p. 107.

24 Rupert Cross e J. W. Harris, op. cit., p. 20.



lizado por um preço muito alto, pois se o tribunal cometeu um erro julgando o caso A, considera-se que o mesmo erro deve ser repetido no caso B.²⁵

Todavia, em uma circunstância não se consegue evitar, no sistema inglês, a surpresa do cidadão. A mudança da regra, quando se abandona um precedente e se cria outro, tem efeito retroativo (*retrospective effect*). Isso significa que a parte é julgada de acordo com a *rule* que existe no momento do julgamento, sendo indiferente se o precedente, que existia à época do fato, era outro. Quando o juiz cria direito, estabelecendo um precedente novo, a parte sucumbente vai ser “punida” não porque deixou de cumprir um dever que tinha, mas porque deixou de cumprir um dever criado depois de ocorrida a sua conduta.²⁶ Cumpre aqui observar que, nos Estados Unidos, o juiz, quando cria um precedente novo, pode determinar se os seus efeitos devem ser retroativos ou devem produzir-se dali para frente,²⁷ à semelhança do que ocorre hoje com a ação declaratória de inconstitucionalidade no Brasil. (art. 27, Lei 9.868/1999)

4. A vinculatividade da lei nos sistemas de *civil law*

Como se mencionou antes, os sistemas de *civil law* são quase que inteiramente baseados na lei escrita, codificada ou não.

Precedentes não são normalmente vinculantes. Um dos princípios básicos deste sistema é o princípio da legalidade ou *Normgebundenheits Prinzip*.

Este princípio significa que os juízes têm que decidir os casos de acordo com a lei escrita. As decisões devem ser sempre fundamentadas, nelas deve haver referência à lei e elas são redigidas para persuadir a comunidade jurídica, membros do Judiciário e juristas, em geral.

A rigidez que poderia se esperar encontrar nos sistemas de *civil law*, como uma de suas principais características, tem um contrapeso, que pode gerar um imenso desequilíbrio (como ocorre no

25 A. L. Goodhart, op. ult. cit., p. 56.

26 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 1978, p. 84.

27 Rupert Cross e J. W. Harris, cit., p. 229 e 230.



Brasil): juízes podem decidir de acordo com suas próprias opiniões a respeito do sentido da lei.

Além disso, esta rigidez é razoavelmente suavizada por algumas técnicas empregadas recentemente na redação das leis, que consistem na inclusão de conceitos tidos como vagos, indeterminados ou abertos e de cláusulas gerais.²⁸

Ademais, cada vez mais frequentemente, princípios jurídicos, que são verbalmente formulados com auxílio de expressões propositadamente vagas, integram os raciocínios jurídicos.

Vê-se, portanto, que os parâmetros nos quais se baseiam as decisões dos juízes atualmente nos sistemas de *civil law* são bem menos seguros e mais flexíveis do que aqueles que havia no período revolucionário. As leis não são mais as mesmas, os raciocínios jurídicos são permeados de princípios jurídicos e o juiz pode decidir de acordo com a sua convicção.

Esta foi a versão que se entendeu conveniente adotar nos sistemas de *civil law*, para que o direito pudesse absorver e neutralizar a complexidade, já referida, das sociedades contemporâneas.

Por isso, hoje se compreende o princípio da legalidade não mais como sendo um excessivo apego à letra da lei. Entende-se, atualmente, que a lei vincula, do modo como é vista através dos olhos da doutrina e da jurisprudência predominante. Isto quer dizer que a lei não precisa ser sempre compreendida e obedecida, em seu sentido literal.²⁹

5. Quando pode o juiz *criar* direito, nos sistemas de *civil law*?

Em nosso entender, isso pode ocorrer, sem que se comprometa o Estado de Direito. A atividade criativa do juiz aparece nitidamente quando este decide com base em conceitos vagos, já que este “descobre” um dos possíveis sentidos da expressão usada pela lei, “recheando” um conceito aberto. Um bom exemplo é o sentido da

28 A. L. Goodhart observou isso. Disse que “flexibility in civil law countries can be achieved if law is framed in general terms”, *Precedents...*, cit., p. 51.

29 Winfried Hassemer, O sistema do direito e a Codificação: a vinculação do juiz à lei, in *Revista da Faculdade de Direito da PUC/RS*, v. 9, ano VII, Porto Alegre, 1985, p. 28.



expressão *família*, para efeito de incidência da Lei 8.009/1990. Os tribunais entendem, e esse entendimento acabou sendo sumulado pelo STJ, que esta expressão abrange diversas situações, como a do neto que mora com os avós, do sobrinho que mora com os tios e mesmo aquele que mora sozinho.³⁰

Com base em princípios jurídicos, a jurisprudência engendrou, com inspiração no direito estrangeiro, a teoria da *desconsideração da pessoa jurídica*, afastando a regra da separação integral de personalidades jurídicas dos sócios e das sociedades por estes composta.

Parece tanto evidente quanto inevitável que haja um certo *efeito surpresa*, quando ocorrem estas inovações. (incluir aquela nota de rodapé que está antes, no texto) No entanto, este efeito surpresa é atenuado e efetivamente desaparece, quando se torna a regra os tribunais decidirem deste jeito, aqueles casos. *Do mesmo jeito*.

É oportuno citar decisão do STJ em que se considerou não devida a indenização decorrente de uma desapropriação de imóvel em que o proprietário plantava psicotrópicos. Entendeu-se que não estava sendo cumprida a função social da propriedade.³¹

São casos ditos difíceis, ou *hard cases*, que ensejam que o juiz exerça criatividade. Estes casos são aqueles cuja solução não está clara no sistema (porque não é evidente que a situação esteja abrangida pelos dizeres da lei) ou cuja solução não foi formulada no sistema e, portanto, precisa ser inteiramente criada, com base, por exemplo, em princípios jurídicos.

A constitucionalidade das quotas raciais, nas universidades brasileiras, são um bom exemplo. Respeitam a igualdade? Ou dão ênfase à desigualdade? Significam discriminação reversa?

Quando se pensa na previsibilidade, como objetivo a ser perseguido e alcançado pelo direito, não se quer com isso dizer que as partes tenham sempre condições de prever de forma precisa como será a decisão de um processo em que contendem. Mas a decisão não deve ser daquelas que jamais poderiam ser imaginadas.

30 REsp 182223/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, j. em 06.02.2002, DJ 07.04.2003, p. 209. Súmula 364 do STJ.

31 REsp. 498.742 – PE (2003/0017278-8), rel. Min. José Delgado, j. 16/setembro/2003.



Em casos “fáceis” do dia a dia (como categoria diferente da dos *hard cases*) não deve o juiz exercer criatividade alguma. Se o fizer, estará comprometendo o Estado de Direito.

E os limites desta criatividade?

Estão, indubitavelmente, na necessidade de que o juiz seja neutro, pois decide em nome da sociedade. É nos valores predominantes na sociedade (no *ethos* dominante) que busca elementos para criar direito, nos casos em que isto é permitido.³²

6. Necessidade de respeito à jurisprudência “firmada” – necessidade de que a jurisprudência seja “estável”

Para que seja preservado o princípio da igualdade, é necessário que haja uma mesma pauta de conduta para todos os jurisdicionados.

Interessante que a obtenção da igualdade é objetivo dos sistemas de *civil law* e de *common law*. Nos sistemas de *civil law*, a pauta de conduta dos jurisdicionados, como se viu, não está exclusivamente na letra da lei. Está na lei, enquanto “compreendida” pela doutrina e pelos tribunais.

Aceitar, de forma ilimitada, que o juiz tem liberdade para decidir de acordo com sua própria convicção, *acaba por equivaler a que haja várias pautas de conduta diferentes (e incompatíveis) para os jurisdicionados*. Então tudo passa a depender de que juiz e de que tribunal tenha decidido o seu caso concreto? Ou de que Câmara? Ou de que Turma?

Temos convicção de que o sistemático desrespeito a precedentes compromete o Estado de Direito, na medida em que as coisas passam a ocorrer como se houvesse várias “leis”, regendo a mesma conduta: um clima de integral instabilidade e ausência absoluta de previsibilidade.

Nos sistemas de *civil law*, de regra, precedentes começam a gozar de respeito quando formam jurisprudência predominante. Ou quando se trata de um *leading case*.



O que se pretende aqui frisar, de maneira insistente e com muita veemência, é que se, por um lado, é indesejável a discordância entre os tribunais sobre como decidir uma mesma questão, assim como não é conveniente que os tribunais, pura e simplesmente, e surpreendentemente, mudem de posição, por outro lado, *a necessidade de uniformização é muito mais urgente quando se trata de decisões baseadas nesses parâmetros flexíveis, referidos no item anterior.*

Isto porque nestes casos a desuniformidade da jurisprudência é de certo modo inevitável e “esperada”, já que os parâmetros são mesmo mais inseguros.

Observamos que esses parâmetros, sendo mais flexíveis e, portanto, menos seguros, têm a potencialidade de gerar decisões extremamente diferentes umas das outras, para casos substancialmente idênticos. Esse fenômeno torna o sistema insuportavelmente flácido e sem coesão, gerando situação de absoluta falta de previsibilidade para os jurisdicionados e, portanto de total insegurança.

O mais importante que se compreenda, em todo este contexto, é que a liberdade dada, por estes expedientes técnicos, como por exemplo, o uso de um conceito vago, *não se destina ao juiz individualmente considerado, mas ao Judiciário como um todo.* Evidentemente, esta liberdade não pode ser entendida como sendo uma liberdade para que cada juiz adapte o direito ao caso concreto à *sua maneira pessoal*. Esta liberdade, isto sim, é engendrada pelo sistema para que o Judiciário, como um todo, adapte o direito às alterações da sociedade ou às alterações de casos concretos, respeitando o princípio da igualdade.

A dispersão da jurisprudência, fruto de diversas causas (v. item 9), é realmente um paradoxo, na exata medida em que os sistemas de civil law foram concebidos por um ato racional (v. item 2) especificamente destinado a conter abusos. Foram estruturados e moldados para gerar segurança, previsibilidade e respeitar a igualdade.

Ora, de que adianta ter-se uma só lei com diversas interpretações possíveis? Tantas pautas de conduta haverá, quantas forem estas interpretações. É como, repetimos, se houvesse VÁRIAS LEIS disciplinando a mesma situação.



7. Técnicas introduzidas recentemente no ordenamento processual civil brasileiro

Ao que parece, o legislador brasileiro já se apercebeu desta necessidade. Não é saudável que convivamos eternamente com tribunais decidindo concomitantemente, de forma diferente, a mesma questão. Assim como não é conveniente que nossos tribunais sejam tribunais de “grandes viradas”.

Ou seja, é necessário, sobretudo, que os Tribunais Superiores aprendam a respeitar sua própria jurisprudência.

“Acidentes” como a aposentadoria ou a morte de um Ministro não deve ser capaz ou suficiente para alterar o entendimento de um Tribunal.

Muitos dispositivos, como, por exemplo, os arts. 557, 544 § 3.º e § 4.º, 518 § 1.º, 285-A, 543-B e 543-C do CPC são sintomas de que a nossa lei processual está caminhando no sentido de proporcionar condições para que haja uniformidade da jurisprudência num grau socialmente desejável. O mesmo se pode dizer relativamente à repercussão geral e à súmula vinculante. E também, como se verá adiante, de uma nova tendência que começa a se manifestar no âmbito do STF. (item 8)

Estes artigos do CPC, a que se faz alusão a *jurisprudência dominante*, a *súmula* do STJ ou do STF, como parâmetros para a decisão, ou os que permitem que se decidam casos iguais (muitos de uma só vez) da mesma forma, quando há um número expressivo deles em tribunal de segundo grau e se faz a seleção de um ou de alguns representativos da controvérsia, para que sejam admitidos e julgados pelo STJ ou pelo STF, só podem, obviamente, gerar resultados saudáveis para o sistema se os Tribunais Superiores se absterem da prática de alterar suas decisões. Caso isto não ocorra, nos ousaríamos dizer que a quase totalidade destas inovações poderão ser consideradas um verdadeiro desastre.

8. O problema gerado pela possibilidade de haver controle difuso da constitucionalidade das leis - a solução

A dispersão da jurisprudência, como tendência indesejável



que está instalada em nossos tribunais, assume especial gravidade quando se pensa no sistema de controle das leis.

No Brasil, sabe-se, adota-se um sistema misto de controle de constitucionalidade das leis. O controle concentrado produz efeito *erga omnes* e o difuso, pelo que diz a doutrina tradicional, *inter partes*.

Pode ser feito por meio da técnica da declaração de inconstitucionalidade ou da interpretação conforme a Constituição, em ambos os casos.

O fato de os juizes poderem fazer este controle em cada processo submetido à sua apreciação, somado à liberdade (teórica) que teria cada juiz de decidir de acordo com sua convicção pessoal acerca da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do dispositivo legal aplicável ao caso, não poderia produzir, como de fato não produz, bons resultados.

De fato, a adoção do método difuso de constitucionalidade das leis, num país em que *não se exige a obediência aos precedentes* e em que *não há a cultura do respeito a eles*, está fadada a produzir um *quadro caótico*, em que a multiplicidade de “pautas de conduta” para o jurisdicionado gera um grau insuportável de insegurança.

Isto porque, como dissemos no item 4, a conduta do jurisdicionado – ou seja, dos integrantes da sociedade – não é mais a letra da lei. É, isto sim, a lei, tal como interpretada e compreendida pela doutrina, pela jurisprudência, com base nos princípios etc... Ou seja: é a “versão final” da lei.

Admitida indiscriminadamente esta discrepância, quantas “versões finais” haverá?

Ultimamente vem surgindo no STF tendência jurisprudencial atribuindo às decisões incidentais acerca da inconstitucionalidade da lei, tomadas pelo plenário do próprio STF, *efeito vinculante*.³³

Assim, de acordo com esta tendência, os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública devem respeitar as decisões do STF tomadas nestas condições, como se estas fossem fruto de Ações Declaratórias de inconstitucionalidade, i. e., do controle concentrado.



Esta situação, embora não comporte comparação com algo que possa efetivamente ocorrer no sistema inglês, é expressiva como demonstração da necessidade da implantação da cultura do respeito aos precedentes e da imposição da obediência a eles, em certas situações.

Há muito tempo, aliás, já se esboçava na doutrina a tendência de se considerar carente de sentido a necessidade de o STF notificar o Legislativo para que suspendesse a eficácia da lei tida por inconstitucional, para que se obtivesse, assim, resultado absolutamente equivalente à eficácia *erga omnes*.

9. Anotações de caráter conclusivo

Indubitavelmente, a necessidade de certeza é a razão mais relevante que leva à necessidade de respeito aos precedentes.³⁴ A ausência deste respeito gera a possibilidade de degeneração do sistema numa “*wilderness of individual and unconnected instances*”.³⁵

Nos sistemas de leis codificadas, uma das mais evidentes razões para que sejam seguidos “precedentes de interpretação” é que não é suficiente que tenhamos o mesmo corpo de normas escritas para que seja respeitado o princípio da igualdade, mas estas devem estar em vigor na mesma interpretação em todas as regiões do país.³⁶

Há várias razões por trás da tendência à dispersão da jurisprudência. Vivemos num país de dimensões continentais, e o Poder Judiciário no Brasil não é centralizado. Michele Taruffo demonstra que a estrutura do Judiciário pode influenciar profundamente a situação da dispersão ou do respeito aos precedentes. Tudo pode ser mais simples em sistemas não federativos, em que os tribunais são organizados numa dimensão simples. As organizações podem ser compactas ou diversificadas. Taruffo dá a Noruega como exemplo do primeiro tipo e a França, do segundo.³⁷

34 A. L. Goodhart, *Precedent in English and Continental Law*, cit., p. 58, destaques nossos.

35 A. L. Goodhart, *Precedent in English and Continental Law*, cit., p. 53. Mantivemos a citação no idioma original, o inglês, por ser a expressão usada impactante: numa selvageria (= num caos) de decisões individuais desconexas.

36 Zenon Bankowski; Neil McCormick; Lech Morawski; Alfonso Ruiz Miguel – *Rationales for Precedents*, in *Interpreting Precedents*, cit., p. 486.

37 Michele Taruffo, *Institutional Factors Influencing Precedents*, in: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (eds.). *Interpreting Precedents: a Comparative Study*. Sudbury, MA: Dartmouth Publishing Company, 1997, p. 440.



Enfim, quanto mais complexa a estrutura do Judiciário, mais difícil garantir-se uniformidade e certeza.

Por outro lado, há diferenças entre os juízes, seres humanos que são, no que diz respeito a posições políticas: com certeza, há decisões diferentes, sobre casos iguais, e cada um dos juízes que as proferiu pensa ter optado pelo melhor caminho.

Nem sempre se percebe a necessidade de neutralidade e de compreensão do *ethos* dominante. Às vezes, por outro lado, isto é percebido, mas é difícil de ser realizado.

Eduardo Oteíza observa que a fragilidade das instituições na América Latina pode ser uma razão para a desuniformidade da jurisprudência, somada a existência de um indesejável nível de pobreza.³⁸

O modo como os juízes são recrutados no sistema de *common law* também é uma razão para o maior respeito que a sociedade lhes presta. São escolhidos dentre profissionais experientes, diferentemente do que acontece nos sistemas de *civil law*.

Pensamos também que o fato de a divisão entre passado e presente ser menos clara na Inglaterra, faz com que ao passado (= precedentes) se prestem, naturalmente, homenagens.

O *civil law* começou com uma ruptura (v. item 2) e no Brasil, especificamente, a insatisfação com o presente planta em todas as psiques a necessidade de reformá-lo. Este estado de espírito influi, em nossa opinião, no desrespeito às decisões anteriores.

Apesar de tudo o que dissemos, para explicar muitas das razões em virtude das quais não há, no Brasil, a cultura do respeito aos precedentes, esta atitude DEVE, pensamos, NECESSARIAMENTE, mudar.

Absolutamente inócuos ou sem rendimento prático expressivo serão, por exemplo, os arts. 557, 518 § 1.º, 285-A, 543-B e C se esta atitude do Poder Judiciário brasileiro não se alterar.

A mudança da jurisprudência, ao longo do tempo é, sim, necessária e saudável para a sociedade. Mas única e exclusivamente em casos disciplinados por regras ligadas a características da so-

38 El Problema de la Uniformidad de la Jurisprudencia em América Latina, in Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2007, ano VI, n. 10, pp. 158 a 215.



cidade como, por exemplo, o entendimento que se tenha acerca do que seja uma *mulher honesta*. Este exemplo é acadêmico, mas expressivo. Assim como o passar das décadas autoriza uma nova interpretação da expressão *bom pai de família*.

Com relação a casos assim, todavia, deve haver uniformidade da interpretação dos tribunais *num mesmo momento* histórico, sob pena de haver multiplicidade de regras de conduta.

Em hipóteses diferentes, em que esteja em jogo, por exemplo, a incidência de um tributo sobre certo tipo de negócio jurídico, a jurisprudência, uma vez uniformizada, não se deve alterar. Se houver desejo dos poderes constituídos no sentido de que mude “a regra do jogo”, a lei é que deve ser alterada. Nunca o entendimento jurisprudencial a respeito dela, que há de ser o mesmo, num só momento histórico e não mais se modificar.

Admitirem-se decisões diferentes concomitantes ou, ainda, as tais grandes *viradas*, é negar o Estado de Direito, é estimular a propositura de ações e o ato de recorrer. A quem interessa esta situação?

É necessário que a população tenha condições de confiar nas decisões do STF, em suas súmulas, mesmo não sendo vinculantes. O mesmo se diga quanto ao que devem inspirar no jurisdicionado as decisões do STJ. Deve haver uma jurisprudência firme *DAS CORTES*, e não *peçoal*, de cada um dos seus Ministros.

É preciso deixar-se de lado a cínica concepção de que o juiz do *civil law* não cria direito. Cria sim, pois hoje isto é inevitável. Este o faz ao interpretar um conceito vago, ao reconhecer no mundo empírico situações que se encaixam numa cláusula geral ou ao decidir com base em princípios, na ausência de previsão legal expressa.

Mas esta liberdade é do Judiciário e não do juiz. Fixada a regra, não pode ser desrespeitada, devendo ser aplicada a todos os casos iguais sob pena de se afrontar de maneira intolerável o princípio da isonomia.

Já que começamos estas anotações por exemplos ligados a aviões e a aeroportos, vamos encerrá-las assim também. Há pilotos que dizem: tenham um bom voo. Dizem isto, como se não estivessem voando junto conosco. Outros, muito mais realisticamente, dizem: tenhamos todos um bom voo. É assim que todos devem



sentir-se: todos no mesmo avião, todos no mesmo barco. Nós somos a sociedade, nós somos o jurisdicionado, em função do qual todas as soluções devem ser pensadas.





Normas para envio de artigos à Revista Acadêmica da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região (EMAG)

Com o objetivo de promover o debate, a pesquisa, a reflexão e a divulgação de temas relacionados ao Direito, principalmente àqueles que se referem à esfera de competência do Poder Judiciário Federal, a Revista Acadêmica da EMAG, com periodicidade trimestral, é resultado de mais uma iniciativa da EMAG, que se propõe a editá-la, assumindo a publicação de artigos e produções acadêmicas afins que, em alguma medida, possam contribuir para o aprimoramento jurídico e cultural tanto da magistratura federal quanto dos demais operadores do Direito.

1. Normas editoriais para encaminhamento de artigos

1.1. Serão aceitos artigos técnicos e científicos originais, embasados em reflexões teóricas, em relatos de pesquisas (em andamento, com resultados parciais, ou concluídas), ou em experiências profissionais.

1.2. A remessa ou a publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores.

1.3. Os artigos aceitos serão publicados de acordo com o juízo de oportunidade da Revista Acadêmica da EMAG, formulado com base em temas polêmicos, relevantes e atuais, afetos, preferencialmente, ao âmbito federal.

1.4. Os artigos recebidos serão submetidos à avaliação do Conselho Editorial da Revista Acadêmica, ao qual são reservados o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com o respectivo parecer, e o de propor eventuais alterações. Caso aceitas tais alterações, este novo artigo será novamente submetido à avaliação do Conselho Editorial.

1.5. Em formulário anexo ao artigo, o autor deverá encaminhar uma autorização de publicação, cujo modelo será fornecido pela Divisão de Relações Públicas e Publicações Acadêmicas da EMAG. Também como anexo, o autor deverá encaminhar uma folha em que constem os seguintes dados: nome completo, endereço para correspondência (com CEP e telefone), correio eletrônico e resumo do currículo (principais titulações e atuações profissionais). Caso publicado seu artigo, o autor receberá um exemplar impresso da Revista.

1.5.1. Se o artigo fizer referência direta a resultados parciais de pesquisa, a experimento com seres humanos, ou a informações de caráter pessoal que impliquem terceiros, as devidas autorizações deverão acompanhá-lo.

1.6. As opiniões emitidas pelo autor, no seu respectivo trabalho, são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da Revista Acadêmica da EMAG.

1.7. Os originais dos trabalhos publicados, bem como materiais gráficos que os acompanhem, não serão devolvidos aos seus autores.

2. Normas para elaboração dos trabalhos

2.1. Os trabalhos devem ser encaminhados com a extensão “.doc” ou



“.rtf”, e com a seguinte formatação: fonte “Arial” ou “Times New Roman”, tamanho 12; paragrafação justificada. Com essas especificações, os artigos deverão ser enviados, por correio eletrônico (emag@trf3.jus.br), constando no campo “assunto” a seguinte informação: “Artigo para a Revista Acadêmica”.

2.2. Observada a ortografia oficial da língua portuguesa, serão aceitos trabalhos com, no mínimo, 30.000 (trinta mil) caracteres e, no máximo, 100.000 (cem mil) caracteres, incluindo-se os espaços.

2.2.1. A folha de rosto do artigo deverá trazer as seguintes informações: título do artigo (caixa alta e centralizado); nome do autor (para publicação e citação e indicação bibliográfica); dados da instituição a que está vinculado e cargo ocupado (se for o caso).

2.2.2. Caso o artigo tenha sido divulgado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.), ou seja decorrente de uma monografia acadêmica (depositada, entregue ou defendida), logo após o título ou o subtítulo do respectivo artigo, o autor deverá colocar um asterisco (*), indicando, em nota de rodapé na primeira página, os dados específicos da fonte originária de divulgação (nome, data, local e instituições realizadora e promotora do evento; se for o caso, além desses, agência de custeio da pesquisa, a titulação obtida e o nome do orientador).

2.3. Citações, notas de rodapé e referências bibliográficas. Além das normas previstas e aplicáveis pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), particularmente a NBR 6023 e a NBR 10520, disponíveis para consulta na Biblioteca do Centro de Estudos Judiciários, a metodologia do artigo proposto deverá observar as especificações que seguem.

2.3.1. Citações: sistema autor/data (p.ex.: ARRUDA, 1996: 15).

2.3.1.1. Citações diretas: até três linhas, deverão vir entre aspas, no corpo do texto. Citações com mais de três linhas, deverão vir assim destacadas do texto: um espaço após o término do corpo do texto e um espaço antes de reiniciá-lo; recuo à esquerda: 4 cm; tamanho da fonte: 10; espaçamento entre linhas: simples.

2.3.1.2. Citações indiretas: indicar a fonte para conferência (p.ex.: cf. ALENCAR, 1997: 18).

2.3.2. Notas de rodapé: restritas ao necessário, deverão acompanhar a numeração sequencial e constar da página em que indicadas. Tamanho da fonte: 8.

2.3.3. Referências bibliográficas: deverão estar relacionadas todas as obras citadas no artigo. De acordo com a ABNT e além de outras informações úteis à localização da obra, são obrigatórios os seguintes dados: sobrenome (caixa alta) e nome do autor; título da obra (em itálico); edição; local de publicação; editora; ano da publicação.

2.3.3.1. Periódicos: deverão indicar os seguintes dados: autor; título do artigo; título do periódico (em itálico); volume; número; páginas; período (p.ex.: GURGEL, C. Reforma do Estado e segurança pública. Política e administração, Rio de Janeiro, v.3, n.2, p. 12-15, set. 1997.).



2.4. Tabelas, figuras e quadros inseridos no corpo do texto. As figuras deverão ser enviadas em preto e branco, com legendas e respectivas numerações no rodapé, contendo o título do trabalho e o nome do autor principal. Se encaminhadas em mídia eletrônica, o formato preferencial é o JPG, devendo ser evitados quaisquer outros tipos de formato.

2.5. As revisões gramatical e textual ficarão a cargo dos respectivos autores.

3. Declaração de direito autoral

3.1. Qualquer reprodução, parcial ou total, dos trabalhos publicados na Revista Acadêmica está sujeita à autorização expressa. Caso autorizada, deve ser consignada a fonte de publicação original.

4. Política de privacidade

Os dados informados à Revista Acadêmica serão utilizados, exclusivamente, para a formação de banco de dados referente aos autores-colaboradores e à respectiva produção bibliográfica, não sendo disponibilizado, em nenhuma hipótese, a terceiros.

Dados para correspondência:

ESCOLA DE MAGISTRADOS

DA JUSTIÇA FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

Avenida Paulista, 1912, Edifício Funcef Center – 3º andar

CEP 01310-200 – São Paulo – SP

fone/ fax: (0xx11)-3012-2050 e 2051

correio eletrônico: emag@trf3.jus.br





