

# REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

ISSN 0303-9838



ISSN 0303-9838

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA  
DA  
FACULDADE DE DIREITO**

VOLUME 94

1999

REV. DA FAC. DIREITO USP, S. PAULO, v. 94, 1999

"REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO"  
(UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

Em seu nonagésimo quarto volume

Fundada em 1893, é publicada anualmente em um ou mais fascículos. À venda na Secretaria da Revista da Faculdade, Sala 101-I, Chefia Técnica de Imprensa.

© Todos os Direitos Reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita da Chefia Técnica de Imprensa e/ou do Presidente da Comissão de Publicações.

- 1 Solicita-se permuta.
- 2 On demande l'échange.
- 3 - We ask for exchange.
- 4 - Si richiede lo scambio.
- 5 Pidese canje.
- 6 - Wir bitten um Austausch.

---

*Revista da Faculdade de Direito / Universidade de São Paulo,*  
Serviço Técnico de Imprensa

Ano I, n. 1 (nov. 1893)  
Edições Técnicas, 1893  
v.

Anual

1. Direito Periódicos. I. São Paulo (Brasil). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Serviço Técnico de Imprensa.

CDD 340.05  
CDU 34(05)

---

Endereço para venda e permuta:  
"REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO"  
Largo de São Francisco, 95, Sala 101-I  
CEP: 01005-010 - São Paulo - SP - BRASIL  
Fone/Fax: 3111-4021

## **EXPEDIENTE DA REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO**

### **COMISSÃO DE PUBLICAÇÃO**

Professores: Antonio Junqueira de Azevedo (presidente), Fábio Maria De-Mattia, Enrique Ricardo Lewandowski, Newton De Lucca e o Editor Antonio Augusto Machado de Campos Neto.

### **CONSELHO EDITORIAL**

Professores: Sílvio Rodrigues, do Departamento de Direito Civil; José Carlos Moreira Alves, do Departamento de Direito Civil; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, do Departamento de Direito do Estado; Fábio Konder Comparato, do Departamento de Direito Comercial; Tércio Sampaio Ferraz Júnior, do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito; Ada Pellegrini Grinover, do Departamento de Direito Processual; Miguel Réale Júnior, do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia; Celso Lafer, do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito; Alcides Jorge Costa, do Departamento de Direito Econômico e Financeiro; Ivette Senise Ferreira, do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia; José Eduardo Campos de Oliveira Faria, do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito; José Rogério Cruz e Tucci, do Departamento de Direito Processual; Antonio Scarance Fernandes, do Departamento de Direito Processual.

### **SERVIÇO TÉCNICO DE IMPRENSA**

Chefe do Serviço Técnico de Imprensa:  
Antonio Augusto Machado de Campos Neto

Marli Conceição Mathias (assessora)  
Leonidas Jean Balabakis

Seção de Edição da Revista e Outros Periódicos:  
Andréa Maria Lopes de Oliveira  
Andrey Borges de Mendonça

Editada pelo Serviço Técnico de Imprensa da Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo.



CRENCIAMENTO E APOIO FINANCEIRO DO:  
PROGRAMA DE APOIO ÀS PUBLICAÇÕES CIENTÍFICAS PERIÓDICAS DA USP  
COMISSÃO DE CRENCIAMENTO



**REVISTA**

**DA**

**FACULDADE DE DIREITO**



## **UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

Reitor: Jacques Marcovitch

Vice-Reitor: Adolpho José Melfi

Pró-Reitora de Graduação: Ada Pellegrini Grinover

Pró-Reitor de Pós-Graduação: Héctor Francisco Terenzi

Pró-Reitor de Pesquisa: Hernan Chaimovich Guralnik

Pró-Reitor de Cultura e Extensão Universitária: Adilson Avansi de Abreu

### **FACULDADE DE DIREITO**

Diretora: Ivette Senise Ferreira

Vice-Diretor: Cássio de Mesquita Barros Júnior

#### **PROFESSORES HONORÁRIOS**

Ruy Barbosa (1849-1923)

Clóvis Bevilacqua (1859-1944)

Francisco Mendes Pimentel (1869-1957)

José Xavier Carvalho de Mendonça (1861-1930)

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1892-1979)

Miguel Seabra Fagundes (1910-1993)

#### **PROFESSORES EMÉRITOS**

João Braz de Oliveira Arruda (1861-1942)

Cândido Nazianzeno Nogueira da Mota (1870-1942)

José Manoel de Azevedo Marques (1864-1945)

Francisco Antonio de Almeida Morato (1868-1948)

José Upiano Pinto de Souza (1869-1957)

Reinaldo Porchat (1868-1957)

Antonio de Sampaio Dória (1883-1964)

José Joaquim Cardoso de Mello Neto (1883-1965)

Waldemar Martins Ferreira (1885-1965)

Lino de Moraes Leme (1888-1969)

Jorge Americano (1891-1969)

Honório Fernandes Monteiro  
(1894-1969)  
Antonio Ferreira de Almeida Júnior  
(1892-1971)  
Noé Azevedo (1896-1972)  
Nicolau Nazo (1895-1974)  
Alvino Ferreira Lima (1888-1975)  
Cândido Motta Filho (1897-1977)  
Vicente Ráo (1892-1978)  
Sylvio Mutsuhito Marcondes Machado  
(1906-1980)  
Luís Eulálio de Bueno Vidigal  
(1911-1995)  
José Carlos de Ataliba Nogueira  
(1901-1983)  
Moacyr Amaral Santos (1902-1983)  
Alexandre Correia (1890-1984)  
Ernesto de Moraes Leme (1896-1986)  
Mario Masagão (1899-1979)  
Basileu Garcia (1905-1986)  
Joaquim Canuto Mendes de Almeida  
(1906-1990)  
Antonio Ferreira Cesarino Júnior  
(1906-1993)  
Philomeno Joaquim da Costa (1904-  
1995)  
Washington de Barros Monteiro (1910-  
1999)  
João Baptista de Oliveira e Costa  
Júnior  
Miguel Reale  
Celso Neves

#### PROFESSOR EMÉRITO DA USP

Goffredo da Silva Telles Júnior

#### PROFESSORES APOSENTADOS

Nair Lemos Gonçalves  
João Bernardino Garcia Gonzaga  
(1927-1996)

Antonio Chaves (1914-1999)  
Silvio Rodrigues  
Geraldo de Camargo Vidigal  
Ruy Barbosa Nogueira  
José Cretella Júnior  
Paulo José da Costa Júnior  
Odon Ramos Maranhão (1924-1995)  
Irineu Strenger  
Vicente Marotta Rangel  
Alexandre Augusto de Castro Corrêa  
Aracy Augusta Leme Klabin  
Rubens Limongi França (1927-1999)  
José Afonso da Silva  
Alcides Jorge Costa  
Octávio Bueno Magano  
José Maria Marlet Pareta  
Walter Barbosa Corrêa  
Pedro Vidal Neto  
Anníbal Fernandes  
Amauri Mascaro Nascimento  
Rogério Lauria Tucci  
José Roberto Franco da Fonseca  
Georgette Nacarato Nazo  
André Luiz de Mesquita  
Humberto Marques Filgueiras  
Antonio Carlos de Campos Pedroso

#### PROFESSORES CATEDRÁTICOS E TITULARES

José Carlos Moreira Alves  
Manoel Gonçalves Ferreira Filho  
Dalmo de Abreu Dallari  
José Ignácio Botelho de Mesquita  
Fábio Konder Comparato  
Tércio Sampaio Ferraz Júnior  
Ada Pellegrini Grinover  
Yussef Said Cahali  
Geraldo Ataliba (1936-1995)  
Luiz Gastão Paes de Barros Leães  
Cândido Rangel Dinamarco  
Antonio Carlos de Araújo Cintra

Antonio Junqueira de Azevedo  
Miguel Reale Júnior  
Celso Lafer  
Waldírio Bulgarelli  
Eros Roberto Grau  
Maria Sylvia Zanella Di Pietro  
Luiz Olavo Baptista  
Fábio Maria De-Mattia  
Álvaro Villaça Azevedo  
Odete Medauar  
Cássio de Mesquita Barros Júnior  
Carlos Alberto Bittar (1939-1997)  
Fábio Nusdeo  
Vicente Greco Filho  
Ivette Senise Ferreira  
João Grandino Rodas  
Régis Fernandes de Oliveira  
Guido Fernando Silva Soares  
Eduardo César Silveira Vita Marchi  
Rui Geraldo Camargo Viana  
Hermes Marcelo Huck  
Paulo de Barros Carvalho  
José Eduardo Campos de Oliveira Faria

#### PROFESSORES ASSOCIADOS

Eduardo Lobo Botelho Gualazzi  
Newton De Lucca  
José Rogério Cruz e Tucci  
Edmir Netto de Araújo  
Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos  
Rodolfo de Camargo Mancuso  
Carlos Alberto Dabus Maluf  
Antonio Luis Chaves Camargo  
Rachel Sztajn  
Yonne Dolácio de Oliveira  
José Carlos de Magalhães  
Enrique Ricardo Lewandowski  
Luiz Carlos de Azevedo  
Anna Cândida da Cunha Ferraz  
Mônica Herman Salem Caggiano

Paulo Borba Casella  
Antonio Scarance Fernandes  
Mauro Rodrigues Penteado  
Antonio Magalhães Gomes Filho  
Sérgio Carlos Covello  
Alaor Caffé Alves  
Calixto Salomão Filho  
Sérgio Pinto Martins  
José Roberto dos Santos Bedaque  
Antonio Carlos Marcato  
Walküre Lopes Ribeiro da Silva  
Nelson Mannrich  
Roberto João Elias  
Wilson Hilário Borges

#### PROFESSORES DOUTORES

Octávio Leitão da Silveira  
Sérgio Marcos de Moraes Pitombo  
Paulo Salvador Frontini  
Gerd Willi Rothmann  
Teresa Ancona Lopez  
Paulo Roberto Cabral Nogueira  
Araminta de Azevedo Mercadante  
Vera Helena de Mello Franco  
Newton Silveira  
Alcides Tomasetti Júnior  
Kazuo Watanabe  
Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida  
Masato Ninomiya  
Daisy Gogliano  
Alvino Augusto de Sá  
Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca  
José Tadeu de Chiara  
Custódio da Piedade Ubaldino Miranda  
Antonio Martin  
Giselda Maria Fernandes Novaes  
Hironaka  
Walter Piva Rodrigues  
Nelson Ferreira de Carvalho

José Antonio de Andrade Martins  
Paulo Guilherme de Almeida (1939-  
1999)  
Roque Komatsu  
Olavo Acyr de Lima Rocha  
Fernanda Dias Menezes de Almeida  
Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa  
Paulo Celso Bergstrom Bonilha  
José Reinaldo de Lima Lopes  
Carlos Alberto Carmona  
Ari Marcelo Solon  
Sebastião Botto de Barros Tojal  
Nestor Duarte  
Estevão Horvath  
José Lopes Zarzuela  
Carlos Borges de Castro  
Irene Batista Muakad  
José Luiz Gavião de Almeida  
Sérgio Rezende de Barros  
Marcelo Fortes Barbosa  
Alberto do Amaral Júnior  
Maristela Basso  
Ignácio Maria Poveda Velasco  
Eunice Aparecida de Jesus Prudente  
Paulo Fernando Campos Salles de  
Toledo  
Jeannette Antonios Maman  
Sérgio Salomão Shecaira

Dárcio Roberto Martins Rodrigues  
João Alberto Schützer Del Nero  
Elza Antônia Pereira Cunha Boiteux  
Antonio Cláudio da Costa Machado  
Christiane Derani  
Maria Thereza Rocha de Assis Moura  
Flávio Luiz Yarshell  
João Bosco Penna  
Cláudia Perrone Moisés  
Maurício Antônio Ribeiro Lopes  
Estevão Mallet  
Marcus Orione Gonçalves Correia

#### ASSISTENTES

Eduardo Domingos Botallo  
Lídia Reis de Almeida Prado  
Anna Maria Martins  
João Carlos Casella  
Carlos Alberto Senatore  
José Raul Gavião de Almeida  
Elizabeth de Almeida Meirelles  
Antonio Carlos Mendes  
José Maurício Conti  
Alice Bianchini  
Otávio Pinto e Silva

#### ADMINISTRAÇÃO

Assistente Técnico Acadêmico: Neide Ferreira Lima da Silva  
Assistente Técnico Administrativo: Vanderlei Ribeiro  
Chefia Técnica de Imprensa: Antonio Augusto Machado de Campos Neto  
Diretora do Serviço de Biblioteca e Documentação: Giacomina Del Valle de Paz Faldini

## SUMÁRIO

### *DIREITO CIVIL*

- O Direito pós-moderno e a codificação.....3  
*Antonio Junqueira de Azevedo*
- Unões entre pessoas do mesmo sexo.....13  
*Álvaro Villaça Azevedo*

### *DIREITO AGRÁRIO*

- Atividade Agrária Conceito clássico. Conceito moderno de  
Antonio Carroza.....35  
*Olavo Acyr de Lima Rocha*
- Direito Agrário e Direito de Empresa .....45  
*João Alberto Schützer Del Nero*

### *DIREITO ALTERNATIVO*

- O chamado Direito Alternativo .....73  
*Goffredo Telles Junior*

### *DIREITO COMERCIAL*

- Comércio eletrônico: uma visão do Direito brasileiro.....83  
*Luiz Olavo Baptista*
- O direito de recesso no Direito brasileiro e na legislação  
comparada.....101  
*Newton De Lucca*

### *DIREITO DO TRABALHO*

- O Direito do Trabalho e o século XXI .....151  
*Octavio Bueno Magano*
- Uma visão sobre o Direito do Trabalho no Japão .....163  
*Masato Ninomiya/Aurea Christine Tanaka*

Conflitos de leis trabalhistas no espaço e a circulação de trabalhadores ..... 181  
*Sérgio Pinto Martins*

A modernização do Direito do Trabalho ..... 197  
*Otávio Pinto e Silva*

#### *DIREITO DO ESTADO E DIREITO CONSTITUCIONAL*

- A inscrição da *Madonna Negra*..... 215  
*Dárcio Roberto Martins Rodrigues*

#### *DIREITO TRIBUTÁRIO*

Repetição do indébito tributário e o art. 166 do Código Tributário Nacional ..... 251  
*Eduardo Domingos Bottallo*

#### *DIREITO PENAL*

Contornos atuais da eutanásia e da ortotanásia: bioética e biodireito. A necessidade do controle social das técnicas médicas..... 265  
*Maria Celeste Cordeiro Leite Santos*

#### *DIREITO INTERNACIONAL*

O Tribunal Penal Internacional permanente ..... 281  
*José Roberto Franco da Fonseca*

Direitos Humanos e comércio internacional: reflexões sobre a "cláusula social" ..... 295  
*Alberto do Amaral Júnior*

O art. 28 da Declaração Universal dos Direitos do Homem ou a garantia da apropriação efetiva dos Direitos Humanos ..... 315  
*Cláudia Perrone-Moisés*

## *FILOSOFIA DO DIREITO*

- O fenômeno jurídico como objeto de uma ontologia  
fundamental.....325  
*Jeannette Antonios Maman*
- Liberdade e ação na teoria política de Hannah Arendt.....339  
*Eduardo Carlos Bianca Bittar/Samuel Rodrigues Barbosa*

## *JURISPRUDÊNCIA COMENTADA*

- A certeza e a segurança como valores fundamentais na  
declaração do Direito e na realização da Justiça, e o modo de  
atingi-las.....349  
*Custódio da Piedade Ubaldino Miranda*

## *TRABALHOS ACADÊMICOS*

- O dano moral em casos de morte e de lesão corporal .....367  
*Jaime Meira do Nascimento Júnior*
- Apostamentos para uma Teoria Geral da Empresa: uma visão  
pragmática.....419  
*Carlos Maurício Sakata Mirandola*

## *CONTRIBUIÇÃO ÀS MEMÓRIAS ACADÊMICAS*

- Oração em homenagem ao professor Washington de Barros  
Monteiro.....479  
*Rui Geraldo Camargo Viana*

## *REGIMENTO INTERNO DA COMISSÃO DE PUBLICAÇÃO .....487*

## CONTENTS

### CIVIL LAW

- The postmodern law and the codification .....3  
*Antonio Junqueira de Azevedo*
- Unions among people of the same sex ..... 13  
*Álvaro Villaça Azevedo*

### AGRARIAN LAW

- Agrarian activity Classic concept. Modern concept of  
Antonio Carroza .....35  
*Olavo Acyr de Lima Rocha*
- Agrarian Law and Enterprise Law .....45  
*João Alberto Schützer Del Nero*

### ALTERNATIVE LAW

- The called Alternative Law .....73  
*Goffredo Telles Júnior*

### COMMERCIAL LAW

- Electronic trade: a vision of the Brazilian Law ..... 83  
*Luiz Olavo Baptista*
- The recess right in the Brazilian Law and in the compared  
legislation ..... 101  
*Newton De Lucca*

### LABOR LAW

- The Labor Law and the century XXI ..... 151  
*Octavio Bueno Magano*
- A vision on the Labor Law in Japan ..... 163  
*Masato Ninomiya/Aurea Christine Tanaka*

Conflicts of labor laws in the space and the workers' circulation.....	181
<i>Sérgio Pinto Martins</i>	
The modernization of the Labor Law.....	197
<i>Otávio Pinto e Silva</i>	

*STATE LAW AND CONSTITUTIONAL LAW*

<i>Madonna Black's registration.....</i>	<i>215</i>
<i>Dárcio Roberto Martins Rodrigues</i>	

*TRIBUTARY LAW*

Repetition of the undue tributary and the art. 166 of the National Tributary Code.....	251
<i>Eduardo Domingos Bottallo</i>	

*PENAL LAW*

- Current contours of the euthanasia and of the orthothanasia: bioethics and biolaw. The need of the social control of the medical techniques .....	265
<i>Maria Celeste Cordeiro Leite Santos</i>	

*INTERNATIONAL LAW*

The permanent International Penal Court.....	281
<i>José Roberto Franco da Fonseca</i>	
Human Rights and international trade: reflections on the "social clause" .....	295
<i>Alberto do Amaral Júnior</i>	
The art. 28 of the Universal Declaration of the Man's Rights or the warranty of the effective appropriation of the Human Rights .....	315
<i>Cláudia Perrone-Moisés</i>	

*PHILOSOPHY OF LAW*

The juridical phenomenon as object of a fundamental ontology .....325  
*Jeannette Antonios Maman*

Freedom and action in Hannah Arendt political theory .....339  
*Eduardo Carlos Bianca Bittar/Samuel Rodrigues Barbosa*

*COMMENTED JURISPRUDENCE*

- The certainty and the safety as fundamental values in the declaration of the Right and in the accomplishment of the Justice, and the way of reaching them ..... 349  
*Custódio da Piedade Ubaldino Miranda*

*ACADEMIC WORKS*

The moral damage in cases of death and of corporal lesion .....367  
*Jaime Meira do Nascimento Júnior*

- Notes for a General Theory of the Enterprise: a pragmatic vision ..... 419  
*Carlos Maurício Sakata Mirandola*

*CONTRIBUTION TO THE ACADEMIC MEMOIRS*

Prayer in honor to professor Washington de Barros Monteiro....479  
*Rui Geraldo Camargo Viana*

*INTERNAL REGIMENT OF THE COMMISSION OF PUBLICATION* .....487

***DIREITO CIVIL***



# O DIREITO PÓS-MODERNO E A CODIFICAÇÃO

*Antonio Junqueira de Azevedo*

Professor Titular de Direito Civil da Universidade de São Paulo  
Ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## Resumo:

Houve mudanças do paradigma jurídico no mundo do Direito, a partir do final do século passado. Reinava, nesse tempo, o paradigma da *lei*, para analisar e solucionar as questões jurídicas, mas, já na primeira metade do século XX, o centro de preocupação passou a ser o *juiz*. Hoje, novamente, estamos vivendo modificação de paradigma: os tempos pós-modernos caracterizam-se por *dúvidas sobre a capacidade da razão, hipercomplexidade e interação*. Essa situação está levando à alteração dos métodos para codificar e à alteração dos próprios tipos de codificação.

## Abstract:

There were changes of the juridical paradigm in the world of Law, starting from the end of last century. Reigned, on that time in Civil Law, the paradigm of the *statute law* (positivism), to analyze and to solve the juridical subjects but, already in the first half of the XX century, the concern center became the *judge*. Today, again, we are living paradigm modification; the post-modern times are characterized by *doubts about the capacity of the reason, hypercomplexity and interaction*. That situation is taking to the alteration of the methods to codify and to the alteration of the own code types.

**Unitermos:** pós-modernidade; paradigma jurídico; codificação.

## Sumário:

1. Introdução; 2. Mudanças de paradigma; 3. O paradigma pós-moderno; 4. Como codificar, hoje.

### 1. Introdução

Os questionamentos e as dúvidas pós-modernas sobre a capacidade da razão para obter noções definitivas, "atingir a essência das coisas" provocam visceral revolta numa ciência tão-antiga como o Direito, em que a procura de certeza

e objetividade constitui ponto central, "questão de honra", que atravessa milênios – basta pensar no que a tradição afirma ter sido a causa da Lei das XII Tábuas: a exigência da plebe romana, que sofria com a insegurança, para que fossem postas *por escrito* as normas em que os patrícios baseavam suas decisões. As considerações sobre o que seja, ou-não, verdadeiro são, na pós-modernidade, deixadas de lado e substituídas pelas sobre o que seja, ou-não, útil (neopragmatismo). São de Rorty (1998) as afirmações a seguir: "*Nós não temos idéia, na frase 'a realidade é como é, em si mesma', sobre o que esse 'em si mesma' supõe. Nós sugerimos, (pois), o abandono da distinção 'aparência/realidade' em favor da distinção 'mais útil/menos útil' como forma de pensar. (...) Nossos críticos, (porém), não acreditam que a distinção 'mais útil/menos útil' possa tomar o lugar de velha distinção 'aparência/realidade'*" No campo do Direito, a consideração da "realidade como é" parece ao jurista pressuposto básico para a muito procurada segurança jurídica; a simples dúvida sobre a aptidão de o pensamento refletir a realidade incomoda. Paralelamente, outra característica dos tempos pós-modernos, a *hipercomplexidade*, que, no mundo jurídico, se revela na multiplicidade de fontes do Direito, quer materiais – porque, hoje, são vários os grupos sociais, justapostos uns aos outros, todos dentro da mesma sociedade, mas sem valores compartilhados (*shared values*), e cada um querendo uma norma ou lei especial para si –, quer formais – com um sem-número de leis, decretos, resoluções, códigos dentológicos, avisos, etc. etc. – quebram a permanente tendência à unidade do mundo do Direito. Em terceiro lugar, finalmente, também a *interação*, o ir-e-vir no mesmo nível, semelhante a um mecanismo cibernético, tudo, no Direito, sendo atualmente objeto de negociação (inclusive a Constituição e as leis), vai contra a concepção hierárquica – quando não aristocrática – que o estamento jurídico tem da Justiça.

O jurista vê-se assim, hoje, confrontado com uma realidade que o desgosta; afinal – amplificando o que foi dito –, a razão, com o nome de "motivação" é exigida em todos os atos do Estado (inciso IX, do art. 93 da Constituição da República: "*Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões*"; inciso X: "*as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas*") e, agora, vêm filósofos e jusfilósofos *desconstruir* toda essa milenar convicção na capacidade da razão! A desconstrução (Derrida, 1997) usa a razão contra a razão e agride o jurista tradicional; por exemplo: a decisão judicial se impõe porque é emanada do Poder, ato de autoridade, portanto, – e é somente parte do jogo jurídico, uma simulação

coletiva, entender que a sentença é obra "de prudência" Ou ainda: todos sabem que a lei obriga porque é promulgada por quem tem comando (*auctoritas, non veritas, facit legem* – Grotius) e é um faz-de-conta dos juristas argumentar com a lógica, como se a lei devesse ser obedecida porque é "de razão" Ah, maldita razão que tudo quer desmistificar! Maldita razão que vem destruir a si mesma! Até onde irão um Rorty, com seu neopragmatismo antiessencialista, e um Derrida, com sua desconstrução? O que será da certeza e da objetividade do Direito?

Em segundo lugar, continuando na amplificação – agora, sobre a hipercomplexidade –, qual o futuro daquelas idéias tão-elevadas e tão-úteis de que a lei é geral, não faz acepção de pessoas e apanha a todos sem distinção? O que há de ser, se cada grupo pretender uma lei para si? Esses consumidores já conseguiram um estatuto especial e aí vêm os negros, as mulheres, os gays, os sem-teto, os sem-terra! Cada grupo quer a *sua* lei (Minda, 1995). Quando se passa ao Poder Judiciário e se sustenta que o juiz deve atender a cada caso concreto, que sentido tem lutar por um texto abstrato, o texto da lei?

Em terceiro lugar, finalmente, o Direito sempre foi um sistema, o sistema jurídico; como em todo sistema, há – pensemos numa célula – uma unidade estruturada com diversos elementos, em organização dinâmica; cada elemento tem a sua função. Ora, na sociedade, surgido um conflito, os órgãos de *input* – fundamentalmente os políticos, se o conflito é social (geral), e os promotores e advogados, se o conflito é coletivo ou *interindividual* – introduzem o conflito no sistema jurídico. Tomemos o último caso, raciocinando com a normalidade: o advogado do autor traz a lide para o sistema, que a recebe; o sistema, em seguida, pede as alegações do réu, examina o caso e, afinal, soluciona-o por meio do órgão de *output*, o juiz; a sentença tem eficácia externa, pacificando o conflito sem maiores problemas. Tudo bem elaborado através dos séculos. Mas, e agora, nesse mundo pós-moderno, quando as partes resolvem os conflitos por conta própria, ou quando outros Poderes "liquidam" bancos e empresas, ou quando provimentos de órgãos paralelos – Bolsa de Valores, Justiça Desportiva, Conselho de Medicina ou OAB – decidem os casos à margem do Poder Judiciário? Hoje, as próprias questões sociais estão sendo decididas fora dos Parlamentos. Tornaram-se os órgãos do sistema jurídico, especialmente os de *output*, dispensáveis? Será o fim do sistema?

A pós-modernidade, debaixo dessas três características – crise da razão, hipercomplexidade, com justaposição das diversidades e *interação* –.

perceptíveis também na arquitetura, na literatura, na filosofia, na economia, nas comunicações e até mesmo nas ciências exatas, atingiu em cheio o Direito.

## 2. Mudanças de paradigma

As difundidas idéias de *Kuhn* sobre as revoluções científicas, com suas alterações de paradigma, não são conhecidas no mundo jurídico; numa espécie de compensação, também o que se passa no mundo jurídico parece correr ao largo das preocupações dos historiadores da ciência. No entanto, se há um campo em que tudo parece adequado ao pensamento de *Kuhn* é justamente o do Direito. Sendo os paradigmas "*modelos de problemas e soluções para uma comunidade de operadores*" parece que, por natureza, é isto que ocorre no mundo jurídico; os operadores do Direito (juízes, advogados, promotores) passam, de geração em geração, o conhecimento de casos de conflito e, assim, transmitem, uns aos outros, o modo como esses casos podem ser resolvidos. A própria lei não deixa de ser, em cada época, a expressão consolidada de um conflito e de sua solução (nesse caso, os órgãos do sistema são, principalmente, os legisladores).

Ora, sem remontarmos a épocas mais remotas, qual era o paradigma até aproximadamente a Primeira Grande Guerra? Era o *paradigma da lei*. Vindos dos traumas do absolutismo, os juristas de então viam, na lei, o Direito. Para dar segurança, a norma devia ser clara, precisa nas suas hipóteses de incidência (*fattispecie*), abstrata, universal. Como garantia de impessoalidade, o papel do juiz, por isso mesmo, era visto como passivo (o juiz era somente a boca da lei, "*la bouche de la loi*" – *Montesquieu*); a sentença, um mero silogismo, cuja premissa maior era o imperativo hipotético do texto legal ("se A é, segue-se B" – se matar, pena de prisão); a premissa menor, o fato ("A é" ou seja, fulano matou) e a conclusão, a decisão (logo, "segue-se B" – fulano deve ser preso). A função do juiz era de um autômato; bastava verificar se havia ocorrido o fato previsto na lei e, se sim, impor a consequência. As preocupações lógico-formais sobre a lei eram, então, tão-grandes que, na vida acadêmica, a "apoteose final" das teses consistia na apresentação de impecável definição de um instituto jurídico (muitas vezes, seguida da sugestão de um projeto de *lei*).

Todavia, como escreve *Kuhn* – e isto ocorria claramente no final dessa época –, são as anomalias ou as violações das expectativas que exercem forte atração na comunidade científica, prenunciando crise. Não é, pois, de admirar que questões

estatisticamente insignificantes tenham merecido, como a História revela, tanta atenção: como resolver os casos de lacuna da lei? O costume obriga? Para essas indagações, os juristas de então gastaram, como se diz, rios de tinta; afinal, essas situações punham em xeque o paradigma de que estava *na lei* a solução para os conflitos que os juristas deveriam resolver. E lei, vale dizer, era a lei estatal, a lei positiva – não normas religiosas ou de Direito Natural.

Após a Primeira Guerra, a generosidade de alguns espíritos, preocupados com uma Justiça mais efetiva, e também a ambição política de outros, menos altruístas, desejosos de ver o Estado agindo sem peias, levaram à visão de que a lei – rígida, inflexível, alheia à diversidade da vida –, antes que útil instrumento da Justiça, era um *obstáculo* a ultrapassar. O paradigma termina, pois, por mudar; os juristas deixaram de examinar as questões pelo ângulo da lei e passaram a tomar, nos seus modelos de solução, como centro, a figura do *juiz* (encarado com um representante do Estado). Introduziram-se, assim, nos textos normativos, os conceitos jurídicos indeterminados, a serem concretizados pelo julgador no caso a decidir, e as cláusulas gerais, como a de boa-fé (falou-se até mesmo em *fuga para as cláusulas gerais*, ou seja, fuga da lei para o juiz). Noções vagas, como ordem pública, interesse público, função social, tornaram-se moeda corrente no mundo jurídico, servindo a torto e a direito para as autoridades de plantão. Multiplicaram-se, na doutrina, os trabalhos sobre o papel do juiz, sua função, sua independência, sobre o modo como deve interpretar, etc. Diante do novo paradigma, é claro que alguns permaneceram aferrados ao paradigma antigo, tal e qual, hoje, outros tantos, por seu turno, continuam presos a este paradigma que ora estamos descrevendo e que podemos chamar de paradigma da modernidade (por oposição ao atual, da pós-modernidade).

Examinando a questão pelo ângulo universitário, até mesmo a importância das disciplinas jurídicas se alterou. Se, no tempo do que aqui apresentamos como primeiro paradigma, eram fundamentais o Direito Civil e o Direito Comercial, na época do paradigma moderno, ocuparam a cena o Direito Processual e o Direito Administrativo; seriam estes, então, as "ciências de ponta" como se diz no jargão científico.

Pois bem, atualmente, se o mundo jurídico, ao invés de se alarmar com o que se passa, procurasse entender que estamos, outra vez, simplesmente a mudar de paradigma, talvez não se revoltasse tanto e passasse, singelamente, a perguntar: e, hoje, qual é a situação?

### 3. O paradigma pós-moderno

O tempo que estamos a viver, em primeiro lugar, não se conforma com as noções vagas que tudo fazem depender do juiz nem, por outro lado, deseja, pura e simplesmente, uma volta ao passado com a lei abstrata e geral.

Antes de mais nada, é preciso compreender que o Direito, na verdade, não é em si um sistema autônomo; integrado na sociedade, ele é um *sistema de segunda ordem*, algo assim como o sistema nervoso nos seres vivos (*Maturana e Varela*). Por isso mesmo, para cumprir sua função de absorver conflitos sem perturbar o grande corpo social, ele tem, justamente, de dar solução aos conflitos, da melhor forma possível. Ora, para cumprir seu papel, não há necessidade de, sempre, tudo levar ao juiz; este pode não ser o melhor caminho. Aos poucos, os grupos sociais descobrem outras soluções. Da fuga para o juiz, cabe hoje falar em fuga do juiz – e isto, diga-se, não diminui o Poder Judiciário, eis que este fica limitado a agir nas hipóteses em que, de fato, é necessário como *jugador*. Para que juiz em casos nos quais as partes admitem um árbitro? Para que juiz, se é somente para notificar alguém? Para que juiz, se é caso de resolução contratual, "rescisão" em que uma das partes já declarou expressamente que não vai cumprir o contrato? Para que juiz, se é para alterar um pacto antenupcial em que o Registro fixa a eficácia? (Aliás, neste último caso, no Brasil, nem à solução do juiz chegamos). A existência pluralista de organismos que decidem com base em seus próprios códigos deontológicos (por exemplo, conselhos de ética de advogados, médicos, publicitários) ou a de entidades como a Justiça Desportiva e a Bolsa de Valores ou, ainda, a de instituições que possuem suas próprias normas e órgãos decisórios (por exemplo, as universidades), ao invés de assustar o jurista ("*Agora, nada depende da lei e do juiz!*"), deve levá-lo a reconhecer a especificidade de cada situação. A lei e o juiz ficarão para os casos extremos. O paradigma jurídico, portanto, que passara da lei ao juiz, está mudando, agora, do juiz ao caso. A *centralidade do caso* é este: o eixo em torno do qual gira o paradigma jurídico pós-moderno.

Do ponto de vista teórico, não precisa também o professor, apavorado, afirmar, mais para si mesmo que para os discípulos, que a unidade do sistema não está perdida, porque há a Constituição e esta, cúpula do edifício, "fecha o sistema"! A frase é ilusória porque, na verdade – admitamos a desconstrução, – a Constituição é composta de muitos princípios e estes precisam ser desenvolvidos, "desenrolados" por interpretação. A Constituição não constitui por si essa tábua de salvação de uma

pretensa *reductio ad unum*; ela, como todos os textos, exige leitura e permite muitos entendimentos e aplicações.

Por outro lado, pode-se afirmar que as noções vagas estão ultrapassadas e, nisto, pode-se até mesmo vislumbrar uma certa volta a aspectos do paradigma da pré-modernidade; há, hoje, outra vez, muita preocupação com a segurança jurídica. Aliás, é o próprio Direito Civil que voltou a ser a disciplina jurídica de ponta. Os publicistas ainda insistem no Direito que passou (paradigma moderno), mas hoje, glosando *Lenin*, pode-se dizer que "*não há mais Direito Público, é tudo Direito Privado*" (paradigma pós-moderno). É o Direito Civil que, atualmente, por ter como objeto a *vida* e, em especial, *a vida e a dignidade da pessoa humana*, dá sentido e conteúdo ao sistema. As noções vagas de ordem pública, interesse público e função social – muletas para o juiz e as autoridades, no paradigma anterior – já não-satisfazem. Continuam a ser, não resta dúvida, muito numerosas as leis ditas de ordem pública, especialmente as relativas à ordem pública de proteção, por oposição às da ordem pública de direção; todavia, uma lei cogente dispensa o apelo a algo além dela. A noção vaga, isto é, a ordem pública tomada exclusivamente como princípio, para fundamentar a nulidade de determinado ato ou para justificar a validade de outro, esta é que perdeu grande parte de seu campo de aplicação; a ordem pública como idéia abstrata somente tem cabimento, nos novos tempos, em duas únicas hipóteses, isto é, como proteção à *vida*, em geral, e à *vida e à dignidade da pessoa humana*, em particular; fora disso, o princípio de ordem pública não tem mais aplicação. Ocorre algo parecido com a noção de interesse público; para verificação de quanto o novo paradigma repele as noções vagas, basta lembrar as alegações de ex-ministros do Estado, feitas pela imprensa, há poucos meses, de que providências por eles tomadas a favor, ou contra, determinados concorrentes em leilão de telefonia visavam ao "interesse público"; qualquer um percebe o inconveniente da falta de conteúdo dessa expressão. Quem diz, e com quais critérios, o que é interesse público? O novo paradigma exige vetores materiais, diretrizes, e não fórmulas vazias, próprias de uma axiologia formal, cujo "recheio" é posto arbitrariamente pela autoridade (juiz ou membro do Poder Executivo). Para a expressão "função social", por sua vez, os próprios constituintes de 1988, no espírito da pós-modernidade, ainda que, como é óbvio, alheios ao que acontece na teoria, deram vetores materiais para sua caracterização (v. arts. 182, § 2º e art. 186 da Constituição).

#### 4 Como codificar, hoje.

O Projeto de Código Civil, ainda em curso na Câmara, é um exemplo do paradigma ultrapassado. Esta afirmação, diga-se antes de mais nada, é uma simples verificação de fato, e não, evidentemente, uma apreciação sobre seus coordenadores e colaboradores, vivos ou mortos. O Projeto, elaborado essencialmente entre 1969 e 1972, foi feito de cima para baixo, no tempo do Estado forte, e exige inutilmente a presença do juiz togado em inúmeras situações (por exemplo, para declaração de resolução de contrato, quando isto não é necessário, como na quebra antecipada do contrato; para algumas hipóteses de anulação por vício de vontade; para conversão de união estável em casamento; para alteração de pacto antenupcial; etc. Infelizmente, não é possível expor aqui o conteúdo da objeção em cada um desses casos). O Projeto serve-se também largamente de noções vagas (por exemplo, função social dos contratos) e pretende a todo custo manter a concepção de unidade do Direito Privado.

Ora, conforme tudo o que foi dito, vê-se bem que nada disso corresponde aos dias que correm. Para codificar, hoje, pelo menos duas diretrizes fundamentais devem ser seguidas. Em primeiro lugar, nada de *um* código; são necessários *vários* – é, aliás, o que, na prática, está a acontecer no mundo todo (trata-se de consequência da hipercomplexidade e da desistência da tentativa de reduzir tudo à unidade). Para o Direito Civil, deveria haver um Código das Obrigações, precedido de Parte Geral, e mais, no mínimo, um Código de Família, um Código do Meio Ambiente e dos Direitos Reais, um Código dos Direitos da Personalidade e um Código de Direito das Sucessões, além, naturalmente, de leis especiais (locação, criança e adolescente, minas, etc). Somente esse fracionamento permitiria – e esta é a segunda diretriz fundamental – a participação popular efetiva, na elaboração da lei (tem de haver a *interação*). De novo, o Projeto de Código Civil representa aqui um exemplo negativo: quem o leu por inteiro? Os próprios senadores o aprovaram por voto de liderança! (Que diferença das discussões, na primeira metade do século, sobre o Código Civil vigente!). O Projeto tornou-se um “código secreto” Para o mundo atual, cabe perguntar: é possível o acompanhamento popular de um Código de mais de 2 mil artigos, com temas díspares, na complexa sociedade pós-moderna? A verdade é que qualquer comissão encarregada da elaboração de um dos códigos sugeridos deve, primeiramente, como fizeram os holandeses com seu Código Civil, de 1992, o mais recente da Europa, apresentar à sociedade as teses fundamentais

(foram as "52 teses" do Código Civil holandês) e, assim, procurar conhecer a opinião dos estamentos interessados. Hoje, somente com o fracionamento dos campos temáticos e seu exame progressivo se torna possível codificar de modo *interativo*, participativo, democrático, pós-moderno.

Resta, para finalizar, dizer uma palavra a respeito das dúvidas contemporâneas sobre a razão. Após um primeiro susto, os muitos séculos de História do Direito devem, na verdade, levar o jurista a aplaudir as tentativas de desconstrução. A História comprova a existência de mudanças e, por outro lado, nada melhor para a realização da Justiça que a tomada de consciência do que está subjacente à lei ou à sentença. O reconhecimento da precariedade da razão, se, de um lado, leva à não-admissão de dogmas lógicos (esses dogmas, de resto – e nisto é preciso atenção –, não se confundem com os dogmas de fé e moral, que têm outros fundamentos), de outro, não impõe a conclusão de que estamos a viver a consagração do irracionalismo. Verificada a fragilidade da razão, não deve, pois, o jurista afastá-la, mas sim colocar ao seu lado, como um arrimo, a *intuição do justo*. Afinal, interpretar, como revelam alguns profundos trabalhos de hermenêutica (Coreth, Grondin), não é apenas "entender intelectualmente" é também *intuir* – especialmente no caso do Direito, em que o objetivo final é manter a vida e resolver os problemas existenciais da pessoa humana no seu relacionamento recíproco. Saudemos, pois, sem medo, também esse aspecto do mundo pós-moderno.

São Paulo, agosto de 1999.

#### Bibliografia

- CORETH, Emerich. *"Questões Fundamentais de Hermenêutica"* trad. de Carlos Lopes de Matos, São Paulo, Edusp, 1973.
- DERRIDA, Jacques. *"Du droit à la philosophie"* Paris, Galilée, 1990.
- DERRIDA, Jacques e CAPUTO, John. *"Deconstruction in a Nutshell"* Nova York, Fordhan University Press, 1997.
- GRONDIN, Jean. *"L'horizon herméneutique de la pensée contemporaine"* Paris, Vrin, 1993.
- KUHN, Thomas S. *"The Structure of Scientific Revolutions"*, 3ª ed., Chicago, The University of Chicago Press, 1996.

- MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J. *"The Tree of Knowledge"* Boston, New Science Library, 1988.
- MINDA, Gary. *"Postmodern Legal Movements"* Nova York, New York University Press, 1995.
- RORTY, Richard; HABERMAS, Jurgen e KOLAKOWSKI. *"Debating The State of Philosophy"*, Westport-Connecticut, Praeger, 1996.
- RORTY, Richard. *"Truth and Progress"* Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

## UNIÕES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

*Álvaro Villaça Azevedo*

Ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e  
da Faculdade de Direito Mackenzie; Professor Titular de Direito Civil  
e Direito Romano da Universidade de São Paulo e Mackenzie

### Resumo:

Nossa sociedade assiste, presentemente, ao fenômeno da convivência, sob o mesmo teto, ou-não, de pessoas do mesmo sexo, por tempo duradouro. Essa união não se assemelha ao casamento civil, como regulado pelo Código Civil, cujo sistema acolhe a diversidade de sexo, como seu pressuposto existencial. É certo que o casamento de homossexuais é admitido em alguns países europeus, como a Dinamarca, Noruega e Suécia. Na Holanda foram criados mecanismos para possibilitar registros dessas uniões, como aconteceu na cidade norte-americana de São Francisco. Do mesmo modo, ainda que se cogite de mera convivência, no plano fático, entre as pessoas do mesmo sexo, não se configura a união estável, que é a convivência duradoura de um homem e de uma mulher, como se casados fossem, com o intuito de constituição de família. Existe, entre nós, o Projeto da deputada Marta Suplicy, n. 1.151/95, que objetiva disciplinar a "união civil entre pessoas do mesmo sexo", que é analisado neste trabalho. Essa união, por esse projeto, constituir-se-á mediante registro de escritura pública, em Cartório do Registro Civil. Esse mesmo projeto faz nascer dessa "parceria registrada" estado civil dos conviventes, o que não-existe sequer na união estável. Os parceiros poderão somar suas economias, para possibilitar, com esse somatório, a aquisição de seus bens, especialmente de sua moradia, garantida como bem de família. Também o plano de saúde e seguro de grupo, feito por um, beneficiará o outro. Há restrições, como, por exemplo, a impossibilidade de adoção de filho, pelo casal de parceiros.

### Abstract:

Our society watches, at present, the partnership phenomenon, between people of the same sex, living together or not, for a long period of time. This "union" has no similarity to the "civil marriage", ruled by the Civil Code, which systematic indicates the heterosexuality as an essential conjecture. It is true that the homosexual marriage is admitted in some European countries, like Denmark, Norway and Sweden. In Netherlands, some mechanisms were developed to make the registration of those unions possible, what had already occurred in San Francisco, United States of America. In the same way, if we think about a simple partnership of two persons of the same sex, it can not configure what we call "stable union" "concubinage", that is represented when a man and a woman live together, as husband and wife, concerned with family constitution, without being legally

married. Among us, there is a law Project, n. 1.151/95, created by a state deputy, Mrs. Marta Suplicy, that aims the regulation of the partnership between people of the same sex, that is analyzed, in this piece of work. This partnership, according to the mentioned project, will be established with its registration (title-deed), at the "Civil Register Office" This project creates a discriminated "civil status", what, curiously, does not happen to the concubinage. The partners are able to sum their economies to the acquisition of their properties, specially of their home, that is guaranteed as a homestead. The health plan and the blanket insurance, contracted by one of the partners will benefit the other. There are some restrictions, for example, adoption, which will not be authorized to both of registered partners.

**Unitermos:** casamento inexistente; união estável inexistente; Projeto Marta Suplicy.

Sumário:

1. Casamento inexistente. 2. Parceria registrada na legislação estrangeira. 3. União estável inexistente. 4. Análise do Projeto Marta Suplicy e de seu Substitutivo, na Câmara dos Deputados.

### 1. Casamento inexistente

Nossa sociedade assiste, presentemente, ao fenômeno da convivência, sob o mesmo teto, ou-não, de pessoas do mesmo sexo, por tempo duradouro.

Nem se cogite, nessa hipótese, de que se pudesse falar em casamento, como regulado pelo Código Civil, ainda que, por qualquer erro ou inadvertência, venha o ato da união a registrar-se no Cartório. Isto porque, pelo mesmo Código, o casamento, embora sem qualquer determinação expressa de que se realize entre homem e mulher, de acordo com suas rigorosas exigências, não pode prescindir de tal circunstância, indispensável à sua própria existência.

Todo o sistema regulador do casamento civil acolhe a diversidade de sexo como seu pressuposto existencial.

Esse posicionamento decorre, principalmente, da expressa menção, no Código Civil, aos direitos e deveres do marido (arts. 233 a 239) e da mulher (arts. 240 a 255), sendo estes, portanto, os sujeitos da relação jurídica matrimonial. A todo momento, nesse Estatuto Civil, existem referências a cônjuges ou a marido e mulher.

Importante decisão, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por sua 1ª Câmara, unanimemente, em 16 de novembro de 1982, sendo relator o

desembargador Paulo Tinoco,<sup>1</sup> deve ser lembrada, neste passo, segundo a qual "é ato inexistente o casamento de duas pessoas do sexo feminino" e não nulo. Admite esse decisório que deve existir a declaração de inexistência do casamento, pois existiu o ato, não o casamento, daí porque "o ato é nulo"; considerando ato a realização, formalidade e registro feito nos livros cartorários" A seu turno, roborou o desembargador Oliveira Leite, em seu voto, que a sentença contém impropriedade, principalmente porque declarou nulo casamento inexistente.

Correta, ao nosso ver, a posição acolhida nesse acórdão, porque o pressuposto da diversidade de sexo no casamento não é defeito, sanável ou insanável, desse contrato solene matrimonial, mas requisito essencial de sua própria existência.

Daí poder o juiz declarar a inexistência do casamento, independentemente de ação tendente a esse reconhecimento. Assim julgou a 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo relator o desembargador Roque Komatsu,<sup>2</sup> em 21 de agosto de 1986. Assenta-se, nessa decisão, que "inexistente é o casamento levado a efeito por pessoas do mesmo sexo, tendo sido utilizado falso registro de nascimento para a consumação do ato"

É certo, desse modo, que o ato inexistente nem chega a ingressar no mundo jurídico; todavia, embora ele exista no plano fático, às vezes se torna necessário o ajuizamento de ação para desconstituir seus efeitos ou para impedir a produção destes, em decorrência dessa situação de fato, de mera aparência.

## 2. Parceria registrada na legislação estrangeira

Como vem sendo informado amplamente, muitos países já admitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo.<sup>3</sup>

---

1. RT 572/189.

2. RT 615/47.

3. *Le Contrat d'Union Civile et Sociale, Rapport de législation comparée*, Divisão de estudos de legislação comparada do Serviço dos Negócios europeus do Senado Francês, Senat, outubro de 1997, com 16 páginas; Tereza Rodrigues Vieira, O casamento entre pessoas do mesmo sexo, no Direito Brasileiro e no Direito Comparado, in *Repertório IOB de Jurisprudência*, julho de 1996, n. 14/96, 3/12240, pp. 255 e 250, especialmente p. 252; Federico R. Aznar Gil, Las uniones homosexuales ante la legislación eclesiástica, especialmente item 2.b – Legislación europea, in *Revista Española de Derecho Canonico*, da Universidad Pontificia de Salamanca, janeiro a junho de 1995, n. 138, v. 52, pp. 157 a 190; publicações de revistas e de jornais, em geral.

Informa Federico R. Aznar Gil<sup>4</sup> que alguns países europeus, como a Dinamarca, Noruega e Suécia, já aprovaram leis que equipararam, praticamente, as uniões homossexuais ao casamento heterossexual, com algumas restrições, como é o caso da proibição das adoções.

Na Dinamarca, desde 1984, essa matéria vem sendo estudada por comissões, e, a partir de 1986, foram concedidos alguns direitos patrimoniais às uniões civis homossexuais, que foram legalizadas, em 1989, reconhecendo-se, assim, os "*casamentos entre pessoas do mesmo sexo*"

A Lei dinamarquesa n. 372, de 1º de junho de 1989, da parceria homossexual registrada, que teve início de vigência em 1º de outubro do mesmo ano, prescreve, em seu item 1, que "*duas pessoas do mesmo sexo podem ter sua parceria registrada*". Cuidando desse registro, no item 2, estabelece que "*a parte 1, seções 12 e 13 (1) e cláusula 1 da seção 13 (2) da Lei sobre Formação e Dissolução de Casamento devem ser aplicadas, igualmente, para o registro de parceiros*" que só será possível, se ambos ou um dos parceiros tiverem residência permanente na Dinamarca e nacionalidade dinamarquesa.

Essa lei foi de iniciativa do Parlamento dinamarquês, que colocou a Dinamarca como o primeiro país a adotar essa espécie de legislação.

Esclareça-se que a mesma lei, em seu item 2 (3), deixou o procedimento desse registro a ser regulamentado pelo Ministério da Justiça o que, parece, não ocorreu até o presente.

Quanto aos efeitos legais desse registro, assenta-se, em destaque, que a parceria registrada deve produzir os mesmos efeitos legais que o contrato de casamento, devendo ser aplicadas aos parceiros as mesmas disposições que se aplicam aos esposos, com exceção da Lei de Adoção, que não se aplica aos parceiros; também não se aplica a estes a cláusula 3 da seção 13 e 15 da Lei de Incapacidade e Guarda; bem como as disposições de outras leis dinamarquesas que se refiram a um dos cônjuges e de tratados internacionais, a não ser que concordem os outros países participantes.

Quanto à dissolução da parceria, aplicam-se similarmente as partes, ali indicadas, da Lei de Formação e Dissolução do Casamento e da Lei de Administração da Justiça.

---

4. Ob. cit., p. 161.

A Lei de Formação e Dissolução do Casamento, a Lei de Herança, o Código Penal e a Lei de Tributos Hereditários foram emendadas, com a introdução da parceria registrada pela Lei n. 373, de 1º de junho de 1989, com início de vigência em 1º de outubro de 1989.

Destaque-se, neste passo, a emenda às Seções 9 e 10 da citada Lei do Casamento. Na Seção 9, para constar que *"uma pessoa que tenha contratado, anteriormente, casamento ou que participe de uma parceria registrada, não pode contrair casamento enquanto o casamento ou a parceria anterior existir"* Na Seção 10, cuida-se de questão patrimonial, que proíbe a contratação de casamento por quem tenha sido casado ou parceiro, antes da divisão, ou do início dela, perante a Corte, da propriedade conjunta. Só não se aplica tal disposição se os interessados se uniram sob regime da separação total de bens ou quando uma isenção de divisão for concedida, em casos especiais, pelo ministro da Justiça.

Preceito semelhante é o da Lei de Herança, que determina a divisão dos bens comuns antes de novo casamento ou registro de parceria (item 2).

No tocante ao Código Penal dinamarquês, emendou-se sua Seção 208, para constar como crime a contratação de parceria registrada por quem já for casado ou parceiro (prisão até três anos), dentre outras especificações com alterações de penalidades.

A Noruega acompanhou a Dinamarca, aderindo a essa situação em 1993, quase em situação idêntica, pela Lei n. 40, de 30 de abril, que teve início de vigência em 1º de outubro desse mesmo ano. A lei norueguesa, entretanto, permite que os parceiros possam partilhar da *"autoridade parental"* (poder familiar ou pátrio poder), o que a lei dinamarquesa proíbe.

O Parlamento sueco, a seu turno, reconheceu o *"partenariat"* desde 1º de janeiro de 1995, quando teve início de vigência a Lei de 23 de junho de 1994, oficializando as uniões entre o mesmo sexo. A autora da Lei de Parceria, na Suécia, foi Barbro Westerholm. Todavia, em 1995, já estavam oficializadas quase mil uniões. Destaque-se, entretanto, que o Consulado da Suécia, em Paris, não está autorizando uniões homossexuais. Registre-se, entretanto que, na França, em 1993, concedeu-se a homossexual o direito de se beneficiar do seguro social de seu parceiro.

Essa lei sueca baseou-se em trabalhos da comissão parlamentar, constituída em 1991, contendo quase os mesmos dispositivos da lei dinamarquesa; entretanto, a lei sueca possibilita, facultativamente, a intervenção do juiz para o

registro da união, mas exige, obrigatoriamente, essa intervenção em caso de ruptura da mesma união.

É de se mencionar **que**, dos países escandinavos, só a Finlândia não aderiu à legislação da união registrada de pessoas do mesmo sexo. Houve um projeto de lei, junto ao Parlamento finlandês, em maio de 1996, que foi rejeitado em setembro de 1997.

Na Holanda, em 1991, foram criados registros em alguns municípios, possibilitando que fossem registradas uniões homossexuais, como aconteceu em algumas cidades norte-americanas, como São Francisco,<sup>5</sup> sendo certo que, em 16 de abril de 1996, elaborou-se projeto de uniões entre o mesmo sexo, com 70% da opinião pública a favor.

Dá-nos conta o Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA)<sup>6</sup> de que, na Holanda, houve o "casamento" oficial de dois casais de lésbicas, tornando-se, em fevereiro de 1998, "*os primeiros casos de casamento civil legal entre parceiros do mesmo sexo*" nesse país, cuja lei que permite a união civil entre homossexuais teve início de vigência em 1º de janeiro de 1998. "*Um dos casamentos foi da cantora Sugar Lee Hoper e a companheira dela. A união legal entre gays na Holanda não é exatamente o mesmo que um casamento. Os parceiros não podem adotar crianças, nem as lésbicas podem ser artificialmente inseminadas*"

Essa lei encontra suas origens no projeto de lei do ministro da Justiça, adotado pelo Parlamento holandês, em julho de 1997, que permite aos casais homossexuais, que não podem se casar, bem como aos casais heterossexuais, que não querem se casar, registrar sua união.

A lei holandesa, diferentemente das escandinavas, não apresenta qualquer registro obrigatório no tocante à nacionalidade dos parceiros.

Na Islândia, o Parlamento adotou um projeto do Governo, em 4 de junho de 1996, possibilitando a duas pessoas do mesmo sexo registrar sua união, tendo tido a lei início de vigência em 27 desse mesmo mês e ano.

Essa lei islandesa guarda as mesmas disposições da lei dinamarquesa, possibilitando, também, que os parceiros possam partilhar a "*autoridade parental*"

---

5. Federico R. Aznar Gil, ob. cit., pp. 161 e 162.

6. Jornal do Centro Feminista de Estudos e Assessoria – CFEMEA, Brasília, fevereiro/98, Ano VI, n. 61, p. 2.

Registre-se, neste passo, que, desde 15 de dezembro de 1973, por decisão da *American Psychiatric Association* e, depois, em outras organizações internacionais, a homossexualidade foi excluída do rol das doenças mentais, também nas publicações da *Classificação Internacional de Doenças*.

Desde 1991, a Anistia Internacional considera violação dos direitos humanos a proibição da homossexualidade.

### 3. União estável inexistente

Do mesmo modo, ainda que se cogite de mera convivência, no plano fático, entre pessoas do mesmo sexo, não se configura a união estável.

Realmente, desde que foram considerados efeitos ao concubinato, até o advento da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, sempre a jurisprudência brasileira teve em mira o par andrógino, o homem e a mulher.

Com a Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, ficou bem claro esse posicionamento, de só reconhecer, como entidade familiar, a união estável entre o homem e a mulher, conforme o claríssimo enunciado do § 3º do seu art. 226.

Tenha-se presente que os casos de uniões homossexuais submetidos ao Poder Judiciário têm sido poucos.

Muito citada foi a decisão do juiz José Bahadian, da 28ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, na ação promovida contra o espólio de um pintor e iniciada em 17 de maio de 1988. Nesse processo reconheceu-se direito do companheiro sobrevivente, em razão do falecimento do outro, após dezessete anos de convivência, à metade do patrimônio por eles amealhado. Patenteou-se, então, a existência de sociedade de fato entre os conviventes e de um patrimônio criado por seu esforço comum. Esta a decisão de primeiro grau.

Pondere-se, neste caso, que esse direito à metade do patrimônio do companheiro falecido estava assegurada por testamento deste, assinado em 1985, revogado por outro testamento, firmado pelo testador quando já estava internado, em estado grave, no Memorial Hospital de Nova York, conforme atestaram algumas testemunhas, e que não estaria o mesmo na plena capacidade de entendimento dos fatos; tudo segundo ampla divulgação, à época, pela mídia.

Em grau de apelação, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 08 de agosto de 1989, unanimemente, por sua 5ª Câmara Cível, sendo

relator o desembargador Narcizo A. Teixeira Pinto,<sup>7</sup> decidiu-se esse caso, como demonstra a ementa oficial: *"Ação objetivando o reconhecimento de sociedade de fato e divisão dos bens em partes iguais. Comprovada a conjugação de esforços para formação do patrimônio que se quer partilhar, reconhece-se a existência de uma sociedade de fato e determina-se a partilha. Isto, porém, não implica, necessariamente, em atribuir ao postulante 50% dos bens que se encontram em nome do réu. A divisão há de ser proporcional à contribuição de cada um. Assim, se os fatos e circunstâncias da causa evidenciam uma participação societária menor de um dos ex-sócios, deve ser atribuído a ele um percentual condizente com a sua contribuição."*

Como visto, nesse julgado, reconheceu-se, tão-somente, a sociedade de fato, entre sócios, e não união livre como entidade familiar. Deixou evidenciado esse acórdão que a mesma Câmara, em outra decisão, em que foi relator o desembargador José Carlos Barbosa Moreira, evidenciou que *"o benefício econômico não se configura apenas quando alguém aufere rendimentos, senão igualmente quando deixa de fazer despesas que, de outra maneira, teria de efetuar"* (Apelação Cível 38.956/85). *E assim deve ser, porque o esforço comum, que caracteriza a sociedade de fato, pode ser representado por qualquer forma de contribuição: pecuniária ou através da doação de bens materiais ou ainda por meio de prestação de serviços. Este, sem dúvida, o sentido que o Código Civil brasileiro, ao definir o contrato de sociedade, empresta à locução 'combinar esforços ou recursos para lograr fins comuns' (art. 1.363). Como é de primeira evidência, a expressão 'esforços ou recursos' abrange todas as formas ou modalidades de contribuições para um fim comum"*

E se conclui nesse mesmo decisório que, *"por maior que tenha sido a contribuição do apelado à obra do pintor, não se pode conceber que tenha sido equivalente à que deu o próprio criador dos quadros. E, não tendo sido iguais as cotas de contribuição, não podem ser iguais, como pretende o recorrido, os quinhões na partilha. A participação na divisão deve ser proporcional à contribuição para criação ou aquisição dos bens."*

Daí a redução do percentual estabelecido na sentença, de 50% para 25% do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

---

7. *Jurisprudência Brasileira Cível e Comercial*, Ed. Juruá, Curitiba, União Livre, 1994, n. 173, pp. 206 a 209.

Também o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por sua 2ª Câmara, em 3 de dezembro de 1996, sendo relator o juiz Carreira Machado,<sup>8</sup> decidiu que *"a união de duas pessoas do mesmo sexo, por si só, não gera direito algum para qualquer delas, independentemente do período de coabitação"*

Nesse caso, ainda, foi negada indenização por dano moral, reivindicado pelo companheiro sobrevivente, junto ao pai do falecido, vítima de Aids, malgrado tivesse esse sobrevivente *"assumido assistência ao doente, expondo-se publicamente, em face da omissão"* desse genitor, *"a quem não pode ser atribuída culpa pela enfermidade"* contraída por seu filho.

Lembra, a seu turno, Rainer Czajkowski<sup>9</sup> que existe, em torno do tema, uniões homossexuais, *"uma forte carga negativa, de ordem moral e mesmo religiosa na sua avaliação"*; desta maneira, para que isso seja evitado, *"na medida em que o relacionamento íntimo entre duas pessoas do mesmo sexo pode ter efeitos jurídicos relevantes, é mais razoável que se faça uma abordagem jurídica e técnica da questão, e não uma análise moral, porque esta última, além de ser excessivamente subjetiva, concluirá pela negativa de qualquer efeito útil"*

Pondere-se, neste ponto, que, provada a sociedade de fato entre os conviventes do mesmo sexo, com aquisição de bens pelo esforço comum dos sócios, está presente o contrato de sociedade, reconhecido pelo art. 1.363 do Código Civil, independentemente de casamento ou de união estável. Sim, porque celebram contrato de sociedade as pessoas que se obrigam, mutuamente, a combinar seus esforços pessoais e/ou recursos materiais, para a obtenção de fins comuns.

Registre-se, neste ponto, a celeuma em torno de uma decisão unânime do Superior Tribunal de Justiça, de sua 4ª Turma, sendo relator o ministro Ruy Rosado de Aguiar,<sup>10</sup> que, na verdade, não atribuiu direito de herança a homossexual, mas reconheceu direito à partilha de bens adquiridos, pelos parceiros, em decorrência de sua colaboração comum.

Do mesmo modo, foi normal a decisão unânime da Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo relator o desembargador

---

8. RT 742/393.

9. Reflexos Jurídicos das Uniões Homossexuais, in *Jurisprudência Brasileira*, Ed. Juruá, 1995, Separação e Divórcio II, v. 176, pp. 95 a 107, especialmente p. 107.

10. Euclides Benedito de Oliveira, Direito de herança entre homossexuais causa equívoco, artigo, in *Tribuna do Direito* (jornal), abril de 1998, p.12.

Dirceu de Mello,<sup>11</sup> de 31.07.97, quando se entendeu deferir a guarda de criança a homossexual, constatando-se que essa circunstância, naquele momento, não era obstáculo à medida, dada a provisoriedade da natureza da guarda, que pode ser revogada a qualquer momento, ante qualquer desvirtuamento na formação psicológica da criança. Entendeu-se que era dificultoso, à época, colocar a criança sob cuidados de uma família-substituta.

Enquanto a união homossexual não for reconhecida como apta à constituição de família, o que nos parece prematuro, os parceiros devem acautelar-se com realização de contratos escritos, que esclareçam a respeito de seu patrimônio, principalmente demonstrando os bens que existem, ou venham a existir, em regime de condomínio, com os percentuais estabelecidos ou-não. Se for o caso, para que não esbarrem suas convenções no direito sucessório de seus herdeiros, devem realizar testamentos esclarecedores de suas verdadeiras intenções. Podem, ainda, os parceiros adquirir bens em nome de ambos, o que importa condomínio, em partes iguais.

#### 4. Análise do Projeto Marta Suplicy e de seu Substitutivo na Câmara dos Deputados

A deputada federal Marta Suplicy apresentou o Projeto de Lei n. 1.151, de 1995, que objetiva disciplinar a "*união civil entre pessoas do mesmo sexo*"

Como bem pondera a autora desse projeto,<sup>12</sup> não se pode mais negar a existência de relações homossexuais e as diferentes formas de expressão da sexualidade, no Brasil e em outros países, sendo necessário "*garantir direitos de cidadania sem discriminar as pessoas devido à sua orientação sexual*"

E continua dizendo que seu projeto "*não se refere ao casamento, nem propõe a adoção de crianças ou a constituição de família. Simplesmente possibilita às pessoas homossexuais que vivem juntas o direito à herança, previdência, declaração comum de imposto de renda e nacionalidade. Basicamente, direitos jurídicos para pessoas que pagam impostos e hoje são ignoradas pela sociedade. A*

---

11. *JTJ* – Lex 198/121.

12. O sol e a peneira, última página da *Revista Manchete*, Ed. Bloch, Rio de Janeiro, 06 de julho de 1996, p. 98.

*sociedade nos educa para a homossexualidade como sendo esta a única forma correta e aceita de viver a sexualidade'*

Instalou-se uma Comissão Especial na Câmara dos Deputados para apreciar esse projeto, presidida pela deputada Maria Elvira, tendo como relator o deputado Roberto Jefferson.

Prestando depoimento junto a essa Comissão, Luiz Edson Fachin sugeriu a substituição do termo "união" por outro mais adequado. O relator dessa Comissão entendeu correta essa sugestão, substituindo a palavra "união" por "parceria"

Esse jurista paranaense,<sup>13</sup> escrevendo sobre a convivência de pessoas do mesmo sexo, em outubro de 1996, conclui seu artigo, ponderando que *"Humanismo e solidariedade constituem, quando menos, duas ferramentas para compreender esse desafio que bate às portas do terceiro milênio com mais intensidade. Reaprender o significado de projeto de vida em comum é uma tarefa que incumbe a todos, num processo sacudido pelos fatos e pela velocidade das transformações. Em momento algum pode o Direito fechar-se feito fortaleza para repudiar ou discriminar. O medievo jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos jurídicos que emergem das parcerias de convívio e de afeto. Esse é um ponto de partida para desatar alguns 'nós' que ignoram os fatos e desconhecem o sentido de refúgio qualificado prioritariamente pelo compromisso sócio-afetivo"*

Nessa trilha, passaremos à análise dos artigos do Projeto de Lei n. 1.151, de 1995, da Câmara dos Deputados e de seu Substitutivo, adotado pela Comissão Especial, datado de 10 de dezembro de 1996.

Partiremos dos artigos do aludido Substitutivo, que melhorou a redação do Projeto originário, acrescentando alguns dispositivos de real importância.

Assim, no art. 1º assegura-se a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua *"parceria civil registrada"* objetivando, principalmente, a salvaguarda de seus direitos de propriedade e de sucessão hereditária.

Essa parceria constitui-se mediante registro em livro próprio nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais (art. 2º), com a apresentação dos documentos dos interessados enumerados no § 1º: declaração de serem solteiros,

---

13. Luiz Edson Fachin, Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo, artigo in RT 732/47 a 54, especialmente pp. 52 e 53.

viúvos ou divorciados; prova de capacidade civil absoluta, por meio de certidão de idade ou prova equivalente; e escritura pública de contrato de parceria civil. O § 2º incluído no Substitutivo repete a necessidade de que se registre a parceria, conforme o *caput* do mesmo artigo. O § 3º estabelece a impossibilidade de alteração do estado civil dos contraentes, na vigência do contrato de parceria.

Esse § 3º é de extremo rigor, porque corrobora que o pretendido registro, em livro próprio, no Cartório de Registro Civil, mencionado no *caput* do artigo, não é só para valer contra terceiros,<sup>14</sup> mas cria, perigosamente, um novo estado civil, que não pode ser alterado sem a extinção do contrato de parceria civil registrada. Esse estado civil nem os conviventes possuem na união estável, que é reconhecida constitucionalmente como forma de constituição de família.

Vê-se, claramente, que, existindo constituição desse estado civil de parceiro ou de parceria, sua desconstituição judicial pode levar muito tempo, sobrecarregando o Poder Judiciário de ações e de processos dessa ordem. Mesmo em caso de morte do parceiro, deverá existir processo judicial para que, seguramente, se constate esse fato, para que possa ser, por decisão do juiz, desconstituído o estado civil, junto ao competente Registro.

Os ônus que se vão criar com isso, e os sérios danos à comunidade, podem ser antevistos; principalmente, se os parceiros se separarem de fato, sem qualquer providência judicial, constituindo novas parcerias de fato.

Entendo a preocupação do pré-legislador em amparar, de certo modo, as parcerias homossexuais; entretanto, essa situação de fato, como é a união estável entre homem e mulher, ficará assoberbada com esses excessos de formalismo, a que o povo brasileiro não está acostumado.

Admito que o registro desses contratos, como defendo a idéia na união estável, é salutar e de alta relevância na salvaguarda de direito de terceiros; todavia, sem que se crie novo estado civil, pois, daí, teremos estado civil de solteiro, de casado, de divorciado e de parceiro civil. Nesse caso, por que não admitir o estado

---

14. Como constava em nossa Proposta de Regulamentação do concubinato (art. 9º); no Projeto de Lei n. 1.888/91 da Câmara dos Deputados (art. 4º); no Projeto de Lei n. 84/94 (Substitutivo) do Senado Federal (art. 4º), ambos baseados em nosso trabalho pré-legislativo, e que redundaram na Lei n. 9.278/96, em que foi vetado, pelo presidente da República, o art. 4º, que cuidava do registro para validade contra terceiros; tudo conforme Álvaro Villaça Azevedo, no artigo: Com a Promulgação da Lei n. 9.278, em 10 de maio de 1996, está em vigor o Estatuto dos Concubinos, in *Revista Literária de Direito*, n. 11, maio/junho de 1996, pp. 14 a 26, especialmente pp. 20, 23 a 26.

de separado judicialmente (hoje modificação do estado de casamento) e o estado de convivente ou companheiro, em relação à união estável entre homem e mulher?

A criação de estado civil novo cria muitos problemas jurídicos à sua desconstituição, mormente com relação às situações de fato, com regulamentação legal dos efeitos jurídicos da convivência, seja na união estável, seja na parceria civil.

Sugiro, pois, ao legislador que leve em conta estas observações, para admitir o registro do contrato de parceria entre o mesmo sexo, como também propusemos à união estável em nosso projeto, vetado, neste ponto, pelo presidente da República, mas tão-somente para valer contra terceiros. Cria-se, assim, no clima de liberdade da convivência homossexual, como pretende a deputada Marta Suplicy, também um clima de responsabilidade e de Justiça, relativamente a essa união, sem necessidade da criação de um novo estado civil, só alterável com a intervenção do Poder Judiciário.

O registro será feito, então, só para valer contra terceiros. Aliás, nesse ponto, chegamos à conclusão de que o registro mais eficaz é o que se realiza na Circunscrição Imobiliária, onde a averbação das situações jurídicas convivenciais é mais importante, enquanto não houver um cadastramento geral das pessoas que esteja informado em todo o sistema registral. Tudo, para que se evitem alienações de imóveis, por um dos parceiros, em detrimento do outro ou de terceiros, malgrado exista registro do contrato de parceria no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais.

A seu turno, o art. 3º do Substitutivo e do Projeto dá caráter solene ao contrato de parceria registrada, o qual deverá ser lavrado em Ofício de Notas, pactuado livremente, mas devendo versar sobre "*disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas*"

Se houver disposição expressa no contrato, suas regras podem operar retroativamente para contemplar patrimônio comum, formado anteriormente à união (§ 1º no Substitutivo; parágrafo único no Projeto).

Inseriu-se no Substitutivo o § 2º desse mesmo art. 3º, pelo qual ficam proibidas disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou de adolescentes, em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros. Tal providência foi importante para que se evitem traumas de caráter psíquico, principalmente para que não surjam na sociedade filhos ou crianças ou adolescentes que se mostrem só com pais ou só com mães. Sim, porque a autora do Projeto de lei, embora tenha

manifestado posição contrária à adoção pelos parceiros, a proibição da utilização desse instituto jurídico não se fez, expressamente, em seu texto de pré-legislação.

Anote-se que o Projeto originário previa, nos incisos I e II de seu art. 4º a extinção desse contrato de parceria pela morte de um dos parceiros ou por decreto judicial. Esta decisão, certamente, ocorrerá em caso de rescisão desse contrato, com descumprimento culposo de qualquer de suas cláusulas ou de dispositivos legais atinentes a essa união, que é a infração contratual, prevista no inciso I, do art. 5º do Substitutivo e do Projeto, ou, ainda, em caso de denúncia (resilição unilateral), quando a um dos parceiros não mais convier a convivência. Neste último caso, quando houver alegação, por um dos parceiros, de desinteresse na continuidade da união, conforme previsto no inciso II do art. 5º do Substitutivo e do Projeto.

Nesse ponto, o Substitutivo, mantendo, em seu art. 4º, esses dois incisos do art. 4º do Projeto, inclui, ainda, um terceiro, para possibilitar, também, essa extinção contratual por consentimento das partes, desde que homologado pelo juiz. Aqui, então, prevista a figura da resilição bilateral ou distrato, em que os parceiros manifestam o desejo de se separarem, perante o juiz, que homologará esse acordo escrito, verificando se foram cumpridos os requisitos legais e contratuais. Aliás, o Projeto já previa, no § 1º de seu art. 5º a possibilidade de as partes requererem, de comum acordo, consensualmente, a homologação judicial da extinção de sua união civil.

Mesmo incluindo o aludido inciso III, em seu art. 4º, o Substitutivo mantém o mencionado § 1º, agora como parágrafo único de seu art. 5º que, de modo repetitivo, assegura esse requerimento das partes, consensualmente, amigavelmente, pleiteando a homologação judicial da extinção de sua parceria registrada.

Desse modo, atualmente, esse Substitutivo possibilita a referida extinção contratual por morte ou por via judicial, litigiosa ou amigável.

Ocorrendo a mencionada extinção contratual, a sentença, que declarar extinta a parceria, deverá conter a partilha dos bens dos parceiros, nos moldes do contrato dos interessados (art. 6º do Projeto e do Substitutivo).

Assinale-se que o art. 7º do Projeto foi eliminado, e exigia a averbação do registro da constituição ou da extinção da união civil, nos assentos de nascimento e de casamento das partes.

O art. 8º do Projeto, ainda, instituíra como crime de ação pública condicionada à representação "*manter o contrato de união civil*" referido no aludido

Projeto, "com mais de uma pessoa, ou infringir o § 2º do art. 2º", punível com pena de detenção de seis meses a dois anos.

Essa proibição de parceria civil com mais de uma pessoa, do art. 8º foi reformulada, no Substitutivo, em seu art. 7º sendo nulo de pleno direito o contrato que se fizer nesses moldes, ou, ainda, quando houver infração ao § 2º do art. 2º, do mesmo Substitutivo (falta de registro desse contrato no Registro Civil de Pessoas Naturais).

Estabelece-se, ainda, no parágrafo único desse art. 7º que a infração mencionada no *caput* deste implica o cometimento de crime de falsidade ideológica, sujeitando o infrator às penas previstas no art. 299 do Código Penal.<sup>15</sup>

O intuito do pré-legislador foi, em verdade, o de proibir a existência de dois ou mais contratos simultâneos de parceria civil; não, propriamente, o de proibir a existência dessas várias uniões, o que seria impossível.

Desse modo, pode alguém, na prática, ter vários parceiros, o que é impossível de proibir, como acontece com o casamento e o concubinato impuro, ou seja, adúlterino ou incestuoso; como pode ocorrer o mesmo com a união estável (concubinato puro) e o concubinato desleal (em concorrência com o primeiro).

Essas situações ocorrem na sociedade independentemente do que queira, ou-não, o legislador. O que este pode coibir é o duplo registro civil.

Por outro lado, para tentar impedir um registro, ante eventual existência de uma parceria civil, com escritura não-registrada, é que o Substitutivo, sob cogitação, instituiu o crime de falsidade ideológica para os parceiros que venham a registrar uma parceria, tendo omitido a existência de parceria ou de registro de escritura anterior. O crime, portanto, consiste nessa omissão e não na manutenção de duas ou mais parcerias.

Tenha-se presente, ainda, que, existindo registro de uma parceria anterior, o próprio Cartório Civil impedirá o registro de outra escritura. O difícil será, eventualmente, acusar registro anterior, se não houver cadastramento do Registro das parcerias.

---

15. Art. 299 do Código Penal: "Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Pena – reclusão, de 01 (um) a 05 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 01 (um) a 03 (três) anos, e multa, se o documento é particular. Parágrafo único: Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte"

No art. 8º do Substitutivo (9º do Projeto), alteram-se os arts. 29, 33 e 167 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos).

O art. 29, onde constam os atos que se fazem registrar no Registro Civil de Pessoas Naturais, fica acrescido do inciso IX, a autorizar, também, o registro dos *"contratos de parceria civil registrada entre as pessoas do mesmo sexo"*. No § 1º, desse artigo, que cuida das averbações, fica autorizada a averbação da *"sentença que declarar a extinção da parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo"*

No referido art. 33 inclui-se, em seu inciso III, o livro E, para *"registro de contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo"*

Finalmente, no art. 167, que menciona as atribuições relativas ao Registro de Imóveis, fica acrescido o item 35 (deverá ser item 36, porque, atualmente, já existe o item 35, que foi inserido pela Lei n. 9.514, de 20 de novembro de 1997),<sup>16</sup> de seu inciso I, pelo qual, além da matrícula, será feito o registro *"dos contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo que versem sobre comunicação patrimonial, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer das partes, inclusive os adquiridos posteriormente à celebração do contrato"*. Acrescenta-se, ainda, no inciso II, desse art. 167, em seu item 14, a averbação, também, das sentenças de extinção de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo ao lado das *"sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento"*, sempre que, em qualquer delas, *"nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro"*

O art. 9º do Substitutivo (art. 10 do Projeto) institui, como bem de família, o imóvel próprio e comum dos contratantes de parceria civil registrada, tornando-o impenhorável, nos moldes da Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990.

Essa Lei n. 8.009/90, que regulamenta o bem de família, só considera como tal *"o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar"*. Comentando esse dispositivo legal, já ponderei que *"um dos requisitos a que se constitua, em bem de família, esse mesmo imóvel é que deva ser de propriedade do casal, ou da entidade familiar. Todavia, nada impede que esse imóvel seja de propriedade de um dos cônjuges, se, por exemplo, não forem casados pelo regime de comunhão de bens. O mesmo pode acontecer com um casal de conviventes, na*

---

16. O item 35 atual refere-se ao registro da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel.

*união estável, ou com os integrantes de outra entidade familiar, sendo um só deles proprietário do imóvel residencial, em que vivem. Basta, assim, que um dos integrantes do lar seja proprietário do imóvel residencial, a se constituir em bem de família*.<sup>17</sup>

Como resta evidente, tal dispositivo de pré-legislação desvirtua a lei analisada, pois na parceria civil registrada não-existe intuito de constituição de família, não-existe lar, o que impede que exista o bem de família. Entretanto, se tal dispositivo vingar, teremos, aí, uma exceção, em completa dissonância com a Lei n. 8.009/90. Sim, porque o bem de família só pode existir no âmbito desta.

A seu turno, os arts. 10 e 11 do Substitutivo simplificam os textos dos arts. 11 e 12 do Projeto.

Assim, o art. 10 inscreve o parceiro como beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, como dependente de seu parceiro segurado, desde que esteja registrado o contrato de parceria civil; extinto este, cancela-se, automaticamente, essa inscrição de beneficiário.

Melhor o texto do Substitutivo, porque prescinde da inclusão, nos §§ 3º e 2º respectivamente, dos arts. 16 e 17 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, de matéria relativa à parceria civil, juntamente com a da união estável; também no tocante ao cancelamento dessas união e parceria, com o da inscrição do cônjuge, na situação prevista no mencionado § 2º do art. 17 da citada lei.

Do mesmo modo, no art. 11 do Substitutivo (art. 12 do Projeto), desde que comprovada a parceria civil, o parceiro será considerado beneficiário da pensão prevista no inciso I, do art. 217, da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que disciplina o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

O art. 12 do Substitutivo (art. 13 do Projeto) prevê a necessidade da Administração Pública, estadual, municipal e do Distrito Federal, disciplinar, por legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores, que tenham relacionamento de parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo.

Por sua vez, o art. 13 do Substitutivo, como o art. 14 do Projeto, concede direitos sucessórios aos contratantes de parceria civil registrada, nos moldes da Lei n. 8.971, de 28 de dezembro de 1994, relativa à união estável. Todavia, o

---

17. Álvaro Villaça Azevedo, *Bem de Família*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 3º ed., 1996, pp. 159 e 160.

aludido art. 13, do Substitutivo adapta, em quatro incisos, os casos de sucessão dos conviventes aos dos parceiros.

Assim, o parceiro sobrevivente, desde que não-firme novo contrato de parceria civil registrada, terá direito ao usufruto da quarta parte dos bens de seu parceiro falecido, se este tiver filhos; bem como ao usufruto da metade desses bens se não houver filhos, ainda que sobrevivam os ascendentes do mesmo falecido (incisos I e II). Entretanto, se o parceiro falecido não deixar descendentes e ascendentes, terá o sobrevivente direito à totalidade da herança (inciso III). Ressalte-se, neste ponto, que esses três incisos são adaptações dos três primeiros incisos do art. 2º da Lei n. 8.971, de 28 de dezembro de 1994, já citada.

Como acontece, presentemente, em matéria de união estável, quanto ao aludido inciso III, se editado este, continuará a existir o absurdo de estarem alijados da herança os colaterais do falecido, relativamente aos bens adquiridos pelo parceiro, morto, antes de construir a parceria civil registrada e os adquiridos, a título gratuito, durante a união.

A seu turno, o inciso IV desse art. 13 do Substitutivo, sob exame, é a adaptação do art. 3º da atrás mencionada Lei n. 8.971/94 (relativa à união estável). Por ele, se os bens deixados pelo parceiro falecido tiverem resultado de atividade com a colaboração comum do sobrevivente, terá este direito à metade desse patrimônio. Neste passo, está presente a regra de condomínio na aquisição de bens comuns, sem menção de cota condominial; pois, se esta for estipulada em contrato escrito ou no documento, mesmo, de aquisição, deverá ser respeitada.

O art. 14 do Substitutivo, tratando da matéria cogitada no art. 15 do Projeto, modifica a situação, neste prevista, para pior. Realmente, pois esse art. 14 procura incluir novo inciso no art. 454 do Código Civil, que trata exclusivamente de curatela de cônjuge interdito, não-separado judicialmente; nesse caso, o curador será o outro cônjuge. Na falta deste, os três parágrafos que se seguem escalonam os pais do interdito; na falta destes, o descendente maior, mais próximo, precedendo ao mais remoto; na falta dessas pessoas, o curador escolhido pelo juiz.

Resta evidente que, não sendo a parceria civil registrada considerada casamento entre o mesmo sexo, não há como misturar seu tratamento legislativo com matéria matrimonial. Por isso que, relativamente a essa modificação, melhor será que permaneça indene o art. 15 do Projeto Marta Suplicy, que assenta que, em caso de "perda da capacidade civil" de qualquer um dos parceiros, terá o outro a "preferência para exercer a curatela"

O art. 15 do Substitutivo refere-se ao conteúdo do art. 16 do Projeto, objetivando nova redação ao art. 113 da Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980, que cuida da situação jurídica do estrangeiro no Brasil. Nesse artigo, da apontada Lei, no capítulo que trata das condições da naturalização, menciona-se que o prazo mínimo de residência, para concessão da naturalização, ou seja, quatro anos imediatamente anteriores a esse pedido, fixado no art. 112, inciso III, pode ser reduzido, se o parceiro estrangeiro tiver contrato de parceria civil registrada com pessoa de nacionalidade brasileira. A posição do Projeto é a de incluir a matéria no inciso I do referido art. 113 ("*ter filho ou cônjuge brasileiro*" e "*companheira de união civil entre pessoas do mesmo sexo, brasileiro ou brasileira*". Esta redação, além de não ser boa, implica, mais uma vez, a mistura de matéria matrimonial com parceria civil registrada, que não é casamento. Melhor, portanto, a posição do Substitutivo que acrescenta o inciso VI, nesse art. 113, do seguinte teor: "*ter contrato de parceria civil registrada com pessoa de nacionalidade brasileira*".

O Substitutivo incluiu dois arts., 16 e 17. estes, sim, de grande utilidade e alcance social.

O art. 16 reconhece aos parceiros o "*direito de composição de rendas para aquisição de casa própria*" bem como todos os direitos relacionados com "*planos de saúde e seguro de grupo*".

Como resta evidente, os parceiros podem somar suas economias, para possibilitar, com esse somatório, a aquisição de sua moradia, que ficará garantida, como visto, como bem de família. Também, o plano de saúde e de seguro de grupo, feito por um, beneficiará o outro.

Finalmente, o art. 17 do Substitutivo admite aos parceiros a inscrição, um do outro, como dependentes para efeitos de legislação tributária, já que vivem em sociedade de fato, com ganhos e gastos comuns. Aplicam-se, assim, a eles, as deduções tributárias.

Os dois últimos artigos do Substitutivo, 18 e 19 (arts. 17 e 18 do Projeto), cuidam, respectivamente, do início de vigência, na data em que for publicada a lei, e da revogação de disposições em contrário.

São Paulo, julho de 1998.



# ***DIREITO AGRÁRIO***



# ATIVIDADE AGRÁRIA CONCEITO CLÁSSICO. CONCEITO MODERNO DE ANTONIO CARROZZA

*Olavo Acyr de Lima Rocha\**

Professor Doutor do Departamento de Direito Civil da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## Resumo:

Para o Direito Agrário é importante estabelecer uma noção do que seja a atividade agrária para delimitar seu campo de incidência, o conteúdo da matéria jurídico-agrária e seu objeto, além das fronteiras da disciplina, no conjunto das demais que formam a árvore do Direito.

Do ponto de vista científico é insuficiente considerar o Direito Agrário como o Direito da Agricultura, ou de seus profissionais, os agricultores, os trabalhadores ou ainda vinculá-lo aos elementos que envolvem a atividade agrária como o solo, a água, a fauna, a flora, o clima.

Foi na Biologia, no ciclo biológico como processo natural, evolutivo, orgânico, não artificial, sujeito a risco, que se foi buscar os elementos definidores da atividade agrária. É a moderna teoria da agrariedade.

## Abstract:

Whenever considering Agrarian Law it is important to establish an idea of what the agrarian activity itself means in order to delimit its field, as well as the contents of the legal Agrarian subject and its object, besides the boundaries of such discipline together with the other ones making up the law tree.

From the scientific point of view, it is not enough to consider the Agrarian Law as the Law of Agriculture or of its professionals, the farmers or the working men, or yet connect it to the elements which are related to the Agrarian Activity such as the soil, the water, the fauna and flora, and the climate.

---

O autor quer homenagear com este trabalho o professor Fernando Pereira Sodero, primeiro especialista a ensinar o Direito Agrário na Faculdade de Direito; primeiramente, no Curso de Especialização e depois nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação. Falecido em 10 de abril de 1984, bem como o professor Antonio Carrozza, professor de Direito Agrário na Faculdade de Direito da Universidade de Piza, na Itália, cujo falecimento se deu em 22 de março de 1997. Autor de uma teoria nova sobre a Agrariedade e que várias vezes esteve entre nós, uma delas participando juntamente com o professor Fernando Pereira Sodero, e o autor deste trabalho, além de eminentes agraristas nacionais e internacionais, das "*III Jornadas Ítalo-Latino Americanas de Direito Comparado*", realizadas no período de 07 a 10 de agosto de 1979, nesta Faculdade, em promoção conjunta com a Associação dos Advogados de São Paulo e a Associação de Estudos Sociais Latino-Americanos – ASSLA.

It has been in Biology, in the logical cycle as a natural, evolutionary, organic, non artificial and subject to risk process that the defining elements of the Agrarian Activity have been taken. That is the modern theory of the "Agrarian Science"

**Unitermos:** atividade agrária; agrariedade; ciclo biológico e risco; Direito Agrário; sistematização.

### 1. A Atividade Agrária. Conceito Clássico

Estabelecer uma noção do que seja atividade agrária tem importância fundamental para a disciplina Direito Agrário, para delimitar seu campo de incidência, o conteúdo da matéria jurídico-agrária, o objeto e as fronteiras do Direito Agrário, no conjunto das disciplinas jurídicas que formam a árvore do Direito. Sobretudo para definir os limites do Direito Agrário, com outros ramos da ciência jurídica com os quais está mais estreitamente relacionado, com o Direito Comercial, o Direito Industrial e mesmo o Direito do Trabalho ou Direito Social.

A posição clássica dos agraristas, não-só os nacionais como os estrangeiros, consiste em procurar vincular o Direito Agrário à Agricultura. Mas, aí surge desde logo um problema que se desdobra em vários segmentos: 1º A dificuldade filosófica de definir alguma coisa e os riscos da definição incompleta, lacunosa, falha; 2º Extrema mobilidade dos elementos que venham a integrar a definição, por força da evolução constante e do progresso humano, da técnica e da tecnologia em permanente aprimoramento; 3º As semelhanças e dessemelhanças bem como a interpretação entre as várias atividades humanas, notadamente as de caráter profissionalizante, tais como a atividade comercial, a industrial e a laboral. É difícil dizer onde começa exatamente e onde termina a atividade agrária, a comercial e a industrial. Assim é que, na identificação pelos autores do que seja atividade agrária, mestres do porte de Antonino Vivanco ("*Teoria del Derecho Agrário*") e Ballarin Marcial entre os estrangeiros, este último na obra "*Derecho Agrário*" além de Fernando Pereira Soderó, em suas lições no Curso de Pós-Graduação em Direito Agrário na Universidade de São Paulo, e de Francisco Malta Cardoso no seu "*Tratado de Direito Rural*" incluem atividades como a industrial, a comercial e a de transportes na classificação de atividades agrárias, embora não como atividades agrárias propriamente ditas, mas como atividades conexas, ou acessórias, ou

assimiladas. A ênfase é, evidentemente, para a atividade agrária produtiva, isto é, o cultivo de vegetais e a criação de animais. Mas as atividades industriais, as de caráter primário como o beneficiamento dos produtos de origem vegetal ou animal, a chamada agroindústria, a comercial mais estreitamente ligada à produção agropecuária e mesmo a de transportes nas mesmas condições devem, no dizer de Vivanco, ser regidas por normas jurídico-agrárias, preferencialmente, para evitar distorções.

Sobretudo porque, como se disse, existem as zonas cinzentas entre uma e outra disciplina. Não é fácil dizer em que ponto a atividade agrária, atividade produtiva, termina e onde começa, por exemplo, a atividade comercial. Que é ato agrário? Que é ato de comércio? Ou que é atividade industrial, ainda que primária?

Para Antonino Carlos Vivanco, a atividade agrária constitui uma forma de atividade humana tendente a lograr a produção agrária com o fim de obter o aproveitamento de seus frutos e produtos (ob. cit., v. 1). A principal característica da atividade agrária seria a de não se cumprir ela independentemente da atividade natural. Da colaboração da natureza com seus diversos elementos. Para Rodolfo Ricardo Carrera, autor da obra "*Derecho Agrario, Reforma Agraria y Desarrollo Económico*" a atividade agrária caracteriza-se por ser um processo agrobiológico de produção, realizado na terra pela mão do homem. É a indústria genética de produção. Em nenhuma outra atividade industrial, extrativa, de transformação ou de serviços, esse processo teria lugar. É característico da atividade agrária.

Já Francisco Malta Cardoso entende que a atividade agrária é representada pelo trabalho da terra para a produção primária de vegetais e animais, indispensáveis ou úteis à vida humana. Só a atividade agrária, segundo ele, permitiria a criação de riqueza. A indústria apenas transforma a riqueza e o comércio a distribui (ob. cit., v. 1).

Obviamente que a análise do Direito Agrário brasileiro e da legislação nacional, inclusive a relativa ao trabalho rural e à previdência do trabalhador rural mais recente e o próprio Estatuto da Terra, núcleo central da legislação agrária moderna, permite concluir que, além da atividade de cultivo e criação, essencialmente produtivas pela mão do homem, também a extrativista animal ou vegetal constitui atividade agrária. Além da de beneficiamento e melhoria dos produtos e frutos decorrentes dessa atividade agrária propriamente dita tanto pela indústria quanto pela agroindústria.

Os próprios projetos de Códigos Rurais de Joaquim Luiz Osório, de Borges de Medeiros e o que recebeu a contribuição de Malta Cardoso, entre outros, sempre contemplaram as atividades acima, inclusive a industrial, de beneficiamento, como agrárias. No que diz respeito ao Estatuto da Terra, seu conceito de imóvel rural, do art. 4º, I, é claro a respeito, o mesmo acontecendo com os outros dispositivos da lei, bem como de outros textos legais que o repetem, inclusive seus regulamentos. A exemplo, o Decreto n. 73.617/74, que aprovou o Regulamento do Pró-Rural, em seu art. 13 e §§, ao conceituar o empregador rural dá os contornos da atividade agrária abrangente das modalidades retroreferidas. A atividade cultivadora e a de criação, a extrativista primária vegetal ou animal e a industrial. O mesmo aconteceu com a legislação do trabalho rural. Assim é que o Regulamento da Lei n. 5.889/73, Decreto n. 73.626/74, também ao conceituar o empregador rural no art. 2º e respectivos §§ é esclarecedor no definir a atividade agrária (agroeconômica) como própria dele, empregador rural.

Em resumo, os agraristas brasileiros, através das obras doutrinárias que certamente influenciaram o legislador nacional, permitiram fixar o âmbito do que seja a atividade agrária, grosso modo, incluindo como tal certas atividades especificamente definidas em cada texto legal. O mesmo tem ocorrido no Direito Agrário e na legislação agrária estrangeira como vê pelo seu exame, notadamente na Itália e em França. Por sua vez, a jurisprudência tem fixado posições à luz das respectivas legislações e dos princípios doutrinários, tais como os critérios: 1. da necessidade; 2. da prevalência ou dominância; 3. da autonomia; 4. da acessoriedade; 5. da normalidade e 6. da ruralidade.

O critério da necessidade se apóia na idéia de que tudo o que é indispensável para o cultivo da terra passa a fazer parte da atividade agrícola. Inclui-se aí a transformação e a venda da produção obtida, se indispensáveis ao atingimento pleno dos fins a serem alcançados com o desenvolvimento da própria atividade.

Já o critério da prevalência ou dominância se orienta no sentido de que, em todas as situações em que a transformação ou venda se reveste de um caráter de prevalência ou dominância, tomando como referência o cultivo da gleba rural e sua produção, a atividade será considerada como atividade industrial ou comercial, superpondo-se elas à sua ruralidade original.

No que concerne ao critério da autonomia, estabelece ele as balizas dentro das quais transcorre a atividade agrária, a atividade industrial e a atividade

comercial, conforme possam as duas últimas realizar a transformação e a venda dos frutos obtidos na atividade agrária, com plena autonomia em relação a ela.

Quanto ao critério da acessoriedade tem ele por substrato a idéia de que quando a atividade de transformação ou venda dos produtos agropecuários se apresenta como complementar à atividade de produção rural e a gleba ou fundo não se posiciona em condições de promover ele mesmo, como seus fins essenciais, a transformação e a venda desses frutos da atividade perde seu caráter de atividade rural para assumir a natureza de atividade industrial ou comercial. Em síntese, tais atividades deixam de ser acessórias à atividade produtiva, ou seja, assumem o caráter de atividades principais e independentes ou autônomas.

Já o critério da normalidade é aquele que define como agrária a atividade de cultivo da terra, de criação de animais e de exploração florestal. Entre nós, por força da Lei Agrária, também o extrativismo vegetal e animal, nela se incluindo atividades conexas, normais na atividade agrária, como o trabalho, o transporte, o armazenamento, o beneficiamento e inclusive o processamento dos frutos da atividade.

Finalmente, o critério da ruralidade se baseia na idéia de que a atividade agrária é a que pertine ao cultivo da terra, alcançando todos os atos que fazem parte da vida e dos trabalhos agrícolas. O elemento distintivo fica assim delimitado e chumbado a um conteúdo espacial e funcional: viver no campo e cultivar a terra. Tal critério leva à identificação do agrário com o produtivo.

Tais critérios, tal como expostos, foram proficientemente oferecidos por Antonino Carlos Vivanco, na obra já-citada (La Plata, Argentina, Ed. Libreria Jurídica, 1967, pp. 20-21).

## 2. A Atividade Agrária: Conceito de Antonio Carrozza

O saudoso agrarista italiano, professor da Universidade de Piza (*"Problemi Generali e Profili de Qualificazioni del Diritto Agrario"* Milano, Ed. Giuffrè, 1975), no capítulo II de seu livro cuida da "Noção de Agrariedade: Fundamento e Extensão" Inicialmente evidencia a necessidade de melhor caracterização do Direito Agrário não-só com vistas a um melhor "approach" relativamente ao problema de sua definição.

Ao seu ver, a chamada especialidade do Direito Agrário tem sido mais intuída do que demonstrada, ou mais claramente evidenciada em seus efeitos do que

nas causas. Por sua vez, os comercialistas têm demonstrado dificuldade em exprimir uma noção de comercialidade, recorrendo amiúde ao método de exclusão: o comércio tem início onde termina a agricultura. Isto complica o problema visto que hoje, como anteriormente, a agricultura apresenta caracteres de complexidade e de inorganicidade. Torna mais árduo ainda fixar os limites entre um campo e outro; falta, na massa das leis que delas tratam, um conceito claro e completo do que seja atividade agrária. Daí a necessidade de se fixar uma noção de agrariedade para uma perfeita delimitação da área de incidência, isto é, do campo próprio do Direito Agrário, do seu objeto.

A expressão "agrária" que acompanha os institutos da propriedade, da empresa, dos contratos, do crédito, diferencia apenas nominalmente e não-substancialmente os institutos homólogos de outras disciplinas, inclusive do Direito Comercial.

Essa noção teria a função de fornecer os meios para uma racional agregação das normas que constituem o Direito Agrário, ou melhor, dos institutos dos quais as normas fazem parte a fim de poder verificar que os mesmos integram a competência do Direito Agrário e são homogêneos, tendo em vista a formação de um verdadeiro e próprio sistema. Para tanto, a presença do fator "terra" ou a "cultivação do solo" poderá ser insuficiente para considerar a matéria como agrária. E definir o que seja a agrariedade é importante não-só do ponto de vista do aspecto sistemático, como do didático.

Não é aceitável começar a tratar desse ramo do Direito equiparando-o de forma acrítica ao Direito da Agricultura. Isso não-permite definir a real amplitude da matéria agrária e sua delimitação nas relações com outras matérias.

Não existem na legislação agrária conceitos ou definições de atividade agrária que permitam ao jurista estabelecer quando determinada atividade é agrária e quando não é. Daí a necessidade de se fixar uma noção de "agrariedade" fora da disciplina, pelo recurso ao elemento extrajurídico.

Lembra Carrozza que procurar estabelecer essa noção por referência à Agricultura (Direito Agrário é o Direito da Agricultura), ou pelos sujeitos dessa atividade (agricultores, empresários, cultivadores, produtores rurais), é antijurídico. O mesmo acontece se se procurar vincular o conceito aos instrumentos, aos bens de produção ou aos elementos naturais sobre os quais ela se exerce (solo, terra, fundo).

A referência aos contratos, aos créditos, aos sujeitos da relação jurídica, como contratos agrários, crédito rural, produtor rural, em relação aos

institutos e categorias homólogas de outras disciplinas jurídicas, tem valor mais nominal do que propriamente científico. E é sobretudo vantajoso não-só sob o aspecto didático como científico fixar a noção de "agrariiedade"

E, para tanto, na busca desse conceito apóia-se num elemento não-jurídico representado pelo ciclo biológico, como um processo natural, evolutivo, orgânico, não-artificial, produto da química ou da física inorgânica.

Assim, a atividade seria agrária, não pela ocorrência dos aspectos acima aludidos, inclusive o da profissionalidade dos sujeitos da atividade jurídica, nem pela espécie dos frutos ou produtos obtidos, nem pela sua destinação (alimentação, vestuário do homem), mas sim tendo em vista o processo através do qual se desenvolveu a produção e para o qual, além da atividade humana, devem contribuir necessariamente os elementos da natureza (clima, temperatura, água, vento) e ainda os fatores negativos, tais como as pragas. Na atividade agrária encontramos, além da capacidade organizativa do homem, aliada à técnica que este pode controlar, a ocorrência de fatores por ele incontroláveis que residem na natureza. Esse, aliás, o traço distintivo da atividade agrária em confronto com outras atividades. Daí porque, segundo Carrozza, não se constitui em atividade agrária aquela desenvolvida em ambientes especiais, muito embora com a colaboração do homem e mesmo com a ocorrência do ciclo biológico, do processo evolutivo natural, orgânico, se criadas condições artificiais que superem os riscos naturais da atividade essencialmente agrária desenvolvida em meio à natureza. A agrariiedade se fixaria, assim sendo, na razão direta da maior interferência dos fatores naturais, inclusive os de risco, e indireta da prevalência dos elementos artificiais. Cogumelos, fungos, etc. criados em estufas ou viveiros, com condições ambientais controladas quanto ao teor de calor, intensidade de luz, grau de umidade, etc., etc. pela sua artificialidade deixaria de configurar atividade agrária.

No seu estudo o professor Carrozza destaca que seria um erro oferecer uma noção de atividade agrária, de agrariiedade, baseada só no critério biológico da produção, sem levar em conta os demais elementos naturais que influem no resultado dessa atividade, a produção agropecuária sujeita aos riscos decorrentes dos elementos da natureza, não-controláveis pelo homem.

A atividade agrária, pois, decorreria de um processo natural evolutivo, orgânico, do ciclo biológico sujeito a risco. Eliminado o risco e afastado o processo biológico natural pelo recurso à química ou à física inorgânica desapareceria o caráter de agrariiedade da atividade.

Lembra o professor Antonio Carrozza, na obra inicialmente citada, várias atividades que na Itália ora são consideradas agrárias ora não, ou seja, industriais ou comerciais. Ou, então, só comerciais ou só industriais. Alude à criação de cavalos-de-corrída, à avicultura, à produção de vinho, à produção de flores e plantas, à cultura de ostras e mexilhões, ao cultivo de cogumelos e fungos.

Quanto à criação de cavalos-de-corrída o entendimento da jurisprudência de que não constitui atividade agrária não é unânime já que existem decisões em contrário se não for ela desenvolvida como atividade própria, isolada ou prevalente. Ou como atividade acessória, complementar a uma atividade dominante de cultivo pelo mesmo empresário. Nesse caso seria agrária pelo critério da prevalência ou dominância.

A atividade enológica, de fabricação de vinho, é por ele considerada agrária pela existência de um ciclo biológico definido e dominante no cultivo da videira. Entre nós, porém, essa atividade é considerada industrial face o art. 60 § 1º do Decreto n. 73.617/74 pelo processo de industrialização do produto rural e não-só de beneficiamento.

Para Carrozza a atividade de produção de flores é agrária ainda que se destine à venda de flores ou das próprias plantas. O cultivo de fungos e cogumelos, os primeiros em ambientes especiais ou grotas ou serras, com predominância das condições artificiais e eliminação dos riscos naturais, incontroláveis, constitui atividade não-agrária.

Entre nós, a pesca desenvolvida em regime de trabalho individual ou economia familiar, com caráter profissional dominante e exclusivo, constitui atividade rural por força do art. 2º n. I, letra "c" do Decreto n. 73.617/74.

### 3. Conclusão

Em resumo, pois, o critério imaginado por Carrozza para fixar a noção da "agrariidade" da atividade produtiva primária, a nosso ver partindo da elaboração do professor Rodolfo Ricardo Carrera (*Atividade Agrária processo agro-biológico, indústria genética de produção*) sem embargo de constituir contribuição científica de valor ao desenvolvimento do Direito Agrário, deve ser acolhida como mais um subsídio ao estabelecimento do conceito de atividade agrária, a ser completado pelos critérios já-conhecidos doutrinariamente, tendo-se presente, outrossim, a evolução histórico-científica e legislativa de cada país com suas

condições próprias de tempo e lugar, bem como a constante evolução técnica e tecnológica do Direito e das ciências afins.

São Paulo, janeiro de 1999.

### Bibliografia

- CARDOZO, Francisco Malta. *Tratado de Direito Rural Brasileiro*, 3 volumes, Ed. Saraiva, 1956.
- CARRERA, Rodolfo Ricardo. *Derecho Agrário, Reforma Agrária y Desarrollo Económico*, Buenos Aires, Editorial Desarrollo, 1956.
- CARROZZA, Antonio. *Problemi generali e profili di qualificazioni del Diritto Agrario*, Milano, Giuffrè, 1975.
- VIVANCO, Antonio Carlos. *Teoria de Derecho Agrário*, La Plata, Argentina, Ed. Libreria Juridica, 1967.



## DIREITO AGRÁRIO E DIREITO DE EMPRESA

*João Alberto Schützer Del Nero*

Professor Doutor de Direito Civil da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo e Procurador-Chefe da Consultoria  
Jurídica da Universidade de São Paulo

### Resumo:

O principal objetivo deste trabalho é distinguir o Direito Agrário, de um lado, do Direito Civil; e, de outro, do Direito Comercial *lato sensu*. A distinção entre o ato e a atividade permite separar-se, no sistema do Direito Privado, o Direito Civil do Direito de Empresa. O Direito Agrário, porque associado a certas atividades, não a determinados atos, é um Direito de Empresa e, portanto, não se confunde com o Direito Civil. No Direito de Empresa, encontram-se o Direito Comercial *stricto sensu* e o Direito Industrial, que, em seu conjunto, formam o Direito Comercial *lato sensu*. O Direito Agrário, porque associado a certas atividades de produção, não de circulação de bens, não se confunde com o Direito Comercial *stricto sensu*. Mas, para separar o Direito Agrário do Direito Industrial é preciso outra (e nova) distinção, a saber: a função desempenhada pelo "terreno" que, ou é o fator de produção "terra", no Direito Agrário; ou é apenas a base física que suporta elementos do fator de produção "capital", no Direito Industrial.

### Abstract:

The main purpose of this paper is to distinguish Agrarian Law, on the one hand, from Civil Law and, on the other, from Commercial Law in a broad sense. In Private Law system, the distinction between act and activity allows one to separate Civil Law from Enterprise Law. Because it relates with some activities, not with some acts, Agrarian Law belongs to Enterprise Law and thus differs from Civil Law. Within the Enterprise Law limits one finds Commercial Law in a narrow sense and Industrial Law, which joined up form Commercial Law in a broad sense. Because it relates with some production activities, not with distribution activities of goods, Agrarian Law differs from Commercial Law in a narrow sense. To separate Agrarian Law from Industrial Law, however, another distinction (and a new one) is needed, i.e.: the function performed by the "ground", which is either the factor of production "land" in Agrarian Law; or just physical support that bears some parts of the factor of production "capital". in Industrial Law.

**Unitermos:** Direito Agrário; Direito Civil; Direito de Empresa; Direito Comercial; Direito Industrial.

**Sumário:**

1. Estática e dinâmica no Direito. 2. Conceito jurídico de atividade. 3. (cont.) Qualificação jurídica da atividade. 4. Atividades econômicas empresariais. 5. (cont.) Os quatro aspectos jurídicos da empresa. 6. Direito Comercial e Direito Civil: de 1850 até hoje. 7. A unidade do sistema jurídico privado obrigacional. 8. O Direito Comercial como Direito de Empresa. 9. Direito Civil e Direito de Empresa. 10. O Direito Agrário como Direito de Empresa. 11. (cont.) Aspectos doutrinários. 12. (cont.) Aspectos legislativos. 13. O Direito Agrário e o Direito de Empresa. 14. Paralelismo entre Direito Agrário e Direito Comercial. 15. "Terreno": terra (fator de produção) e base física. 16. O Direito Agrário e o Direito (Civil) das coisas. 17. Direito Civil, Direito Comercial e Direito Agrário.

**A. Ato e atividade no Direito Privado**

1. *Estática e dinâmica no Direito.* Numa sociedade em que o grau de subdivisão do trabalho é baixo, as relações interindividuais materialmente econômicas apresentam nível de complexidade igualmente baixo. A conjugação dos fatores de produção (terra, capital e trabalho) tende a concentrar-se em poucas pessoas, as mais das vezes unidas por laços de parentesco, e em poucos bens, destinando-se a produção precipuamente à subsistência do grupo; nesse contexto, as relações intersubjetivas reguladas por certas normas de conduta e de organização, isto é, normas jurídicas, que conferem àquelas o caráter de relações jurídicas, ocorrem, por assim dizer, episodicamente, sem uma permanência temporal e habitual que se possa considerar relevante, quantitativa e qualitativamente falando. As normas jurídicas, organizando a vida em sociedade e impondo condutas aos indivíduos, apresentam sentido predominantemente estático, em que ao tempo não se atribui maior importância. As relações jurídicas continuadas, que estendem temporalmente as relações intersubjetivas, não povoam o universo primitivo, onde se notam apenas figuras que se exaurem em curtos espaços de tempo.

O crescente grau de intensidade da subdivisão do trabalho, implicando maior complexidade das relações interindividuais, muda a pouco e pouco o panorama social, econômico e jurídico do grupo. A cooperação entre os diversos agentes produtivos acentua-se, objetivando, num primeiro momento, melhores condições de subsistência de certos núcleos sociais, como a família, por exemplo, e, depois, a produção de excedentes que se possam permutar; num estágio mais

avanzado de organização social, a cooperação entre os indivíduos, visando alcançar fins comuns, ultrapassa os estreitos limites dos núcleos familiares, fundando-se em laços diversos dos vínculos de parentesco. É essa cooperação que vai atribuir às relações jurídicas caráter dinâmico, continuado, em que o tempo e as mudanças de algumas condições e a permanência de outras, nele possíveis, adquirem maior relevância jurídica.

A ordem jurídica primitiva, predominantemente estática, cujo cerne eram atos episódicos e momentâneos e relações intersubjetivas de curta duração, alarga-se, devendo agora cuidar de conjuntos de atos que guardam entre si uma certa correlação, na medida em que praticados por indivíduos que agem em cooperação na busca de fins comuns e mantêm entre si relações continuadas, ou seja, à ordem jurídica se acrescenta um sentido dinâmico, em que atos, indivíduos e relações podem — e devem — ser encarados como entes dotados de permanência temporal.

Se, estaticamente, a figura central da ordem jurídica é o ato, dinamicamente o é a atividade. Atividade entendida como conjunto de atos coordenados ou unificados, no plano funcional, pela unidade do escopo.<sup>1</sup> O conceito de atividade ostenta notável eficácia instrumental para a compreensão dos reflexos jurídicos de três importantes fenômenos: a. o problema da qualificação jurídica dos comerciantes italianos na Idade Média, em virtude da necessidade de fixação dos limites da jurisdição (especial) comercial; b. a Revolução Industrial do século XIX e as questões do conflito entre trabalho e capital e da passagem da indústria artesanal para a indústria de massa; e c. a expansão dos serviços públicos e as transformações do Estado contemporâneo, em que a administração pública se entende não mais como apenas exercício de um poder, mas também como prestação de serviços (públicos), além de se conceber o Estado como produtor e executor de políticas ou ações, isto é, atividades planejadas — e não-somente de normas jurídicas.<sup>2</sup>

2. *Conceito jurídico de atividade.* A atividade, como *facti species* de eficácia (talvez seja melhor falar de incidência, e não de eficácia) jurídica,<sup>3</sup> é um

---

1. Giuseppe Auletta — "Attività (Dir. Priv.)", verbete in *Enciclopedia del Diritto*, v. III, Milano, Dott. A. Giuffrè - Editore, 1958, pp. 981-987, especialmente p. 982.

2. Fábio Konder Comparato — "Anotações de aula" Curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — *Ato e atividade no Direito Privado contemporâneo* —, ministrado com Antonio Junqueira de Azevedo; São Paulo, 1º semestre de 1988.

3. Giuseppe Auletta, ob. cit., p. 982.

conjunto de atos imputados a um mesmo centro de interesses, praticados durante um certo período de tempo, tendo em vista a realização de um determinado objetivo, e submetidos a um mesmo regime jurídico.

A atividade não é situação estática (*status*), nem estado de fato (como a posse, por exemplo) ou de fruição (como a locação, por exemplo): a atividade é eminentemente dinâmica, concorrendo para a realização do objetivo, e não apenas decorrendo de uma finalidade preestabelecida. No que respeita ao conjunto de atos, cumpre salientar que nele se inserem atos jurídicos, até mesmo negócios jurídicos, e atos não-jurídicos. A imputação a centros de interesses, e não apenas a pessoas físicas ou jurídicas, resulta de se reconhecer a existência de universalidades não personificadas (como o espólio e a massa falida, por exemplo), tratadas como centros de feixes de relações jurídicas. Quanto à temporalidade, digamos que a atividade deve apresentar um sentido de permanência, de duração: não há mister seja indefinida, porém não se a vê surgir na eventualidade. A atividade é instrumental, visto que a coordenação funcional dos atos só aparece em virtude do objetivo a ser alcançado (perdido o objetivo, a atividade torna-se agitação); daí uma lógica de meio-e-fim na organização da atividade, precipuamente finalista, em que as regras são postas pelo empresário (atividade autônoma) ou por outrem (atividade heterônoma).<sup>4</sup>

3. (cont.) *Qualificação jurídica da atividade*. O problema da qualificação jurídica da atividade (jurídica) não apresenta resposta definitiva. Fábio Konder Comparato sugere uma qualificação jurídica para a atividade que parece bastante útil: para ele, ao lado das universalidades de pessoas e das universalidades de bens, haveria as universalidades de atos; e a atividade seria precisamente uma universalidade de atos. A atividade jurídica seria uma universalidade de atos, regida pelo princípio — comum a toda universalidade — de que a existência do todo é independente da existência das partes.<sup>5</sup>

É justamente por força dessa independência entre o todo e as partes, na universalidade, que se pode compreender a diversidade entre o regime jurídico da atividade e o regime jurídico de cada um dos atos que a integram. Assim, as questões sobre a existência, a validade e a eficácia dos atos jurídicos não se apresentarão da

---

4. Fábio Konder Comparato, *ibidem*.

5. *Idem*, *ibidem*.

mesma maneira no que concerne à atividade: a atividade existe ou não existe; existindo, é regular ou irregular, lícita ou ilícita, mas não-válida ou inválida, nula ou anulável; pode ser aparente, mas não simulada; em geral, a eficácia da atividade se produz independentemente da vontade de seu autor (por exemplo, o *status* de comerciante). A capacidade e a legitimidade também recebem tratamentos jurídicos diversos: no que concerne à atividade, não há falar em capacidade absoluta e em capacidade relativa, mas em capacidade *tout court*, que existe ou não-existe; demais, as incapacidades para os atos são concebidas em favor do incapaz, ao passo que as incapacidades para a atividade se criam para proteger o público. No que respeita à publicidade e à representação, atos e atividades também recebem tratamentos jurídicos diferentes.<sup>6</sup>

4. *Atividades econômicas empresariais.* Dentre as diversas classificações das atividades, a que conduz à identificação das atividades econômicas empresariais tem especial relevância para este trabalho. Vejamo-la.

As atividades de produção ou de circulação de bens ou serviços pecuniariamente apreciáveis, isto é, as que tendem à criação de riquezas — utilidades ou valores econômicos — são chamadas atividades econômicas. Nelas, como *facti species* de incidência jurídica, sobressai o requisito da profissionalidade, decorrente de avaliação social associada a uma certa duração ou permanência temporal da atividade, que, embora não necessariamente contínua e indefinida, deve ser não-ocasional; constante, ainda que periódica. As atividades profissionais subdividem-se em: a. atividades do trabalhador autônomo; b. atividades do profissional liberal; e c. atividades do empresário — e aqui surgem as atividades que mais de perto nos interessam: as atividades econômicas empresariais.<sup>7</sup>

5. (cont.) *Os quatro aspectos jurídicos da empresa.* Neste ponto começa a se delinear questão tormentosa para a teoria do Direito: o conceito de empresa e sua correlação com os conceitos de empresário, de atividade empresarial e de estabelecimento. Não é objetivo deste trabalho aprofundar a discussão sobre o

---

6. *Idem, ibidem.* Ver também Giuseppe Auletta, ob. cit., pp. 985-987. Outro aspecto em que ato e atividade se submetem a princípios diversos parece ser o da responsabilidade civil; talvez daí, pelo menos em parte, a dificuldade que o Direito Civil enfrenta ao cuidar das chamadas responsabilidades objetivas ou sem culpa.

7. Giuseppe Auletta, ob. cit., p. 982.

tema, mas algumas considerações se impõem. Parece difícil alcançar um conceito jurídico único de empresa, sendo talvez mais apropriado falar de aspectos ou perfis (que não deixam de ser conceitos) jurídicos do conceito econômico de empresa: 1º em sentido subjetivo, como expressão sinônima de empresário, substituindo-se, por metonímia, o agente pela atividade por ele exercida; 2º em sentido funcional, como atividade empresarial dirigida a certo objetivo; 3º em sentido objetivo e patrimonial, como complexo de bens organizado pelo empresário para o exercício da atividade empresarial (estabelecimento); e 4º em sentido corporativo, como instituição decorrente de uma organização de pessoas, formada pelo empresário, pelos prestadores de trabalho e seus colaboradores, visando a um objetivo econômico comum.<sup>8</sup>

Empresário, por sua vez, é quem exerce, profissionalmente, uma atividade econômica organizada para a produção de bens ou serviços;<sup>9</sup> são, portanto, elementos do conceito de empresário: a. o exercício de atividade econômica, destinada à criação ou circulação de riquezas; b. a atividade organizada mediante adequada coordenação dos fatores de produção (terra, capital, trabalho e tecnologia); e c. o exercício praticado de modo profissional, isto é, habitual e sistemático.<sup>10</sup>

Ora, falar em atividade econômica organizada pressupõe um complexo de bens destinado a um objetivo de produção ou de circulação: atividade empresarial e estabelecimento são, portanto, noções complementares.<sup>11</sup> E mais: a atividade econômica organizada pressupõe alguém que a exerça, profissionalmente, isto é, a figura do empresário está implícita nas duas noções, surgindo, portanto, uma dialética de implicação e polaridade entre estes três termos: empresário, atividade e estabelecimento.

---

8. Alberto Asquini — "Profili dell'impresa", in *Rivista del Diritto Commerciale*, v. 41, 1ª parte, Milano, 1943, pp. 1-2; citado por Oscar Barreto Filho — *Teoria do estabelecimento comercial*, São Paulo, Max Limonad, 1969, pp. 25-26.

9. Fábio Konder Comparato — *O poder de controle na sociedade anônima*, 3ª edição, inteiramente revista, atualizada e corrigida, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1983, p. 94.

10. Oscar Barreto Filho, ob. cit., p. 112.

11. *Idem, ibidem*, p. 132. Ver também Fábio Konder Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, cit., p. 94.

## B. Atividade mercantil: o Direito Comercial como Direito de Empresa

6. *Direito Comercial e Direito Civil: de 1850 até hoje.* No Direito brasileiro encontramos duplicidade de normas jurídicas legislativas que regem determinadas obrigações privadas. No que concerne a certas espécies obrigacionais, tais como, por exemplo, compra-e-venda, mandato, depósito e mútuo, incidem, conforme o caso, ora normas do Código Civil, ora do Código Comercial; a incidência de umas ou de outras depende de circunstâncias que exigem a identificação de obrigações civis ou de obrigações mercantis. Surge, assim, preliminarmente um problema de qualificação jurídica, que antecede o reconhecimento da incidência e aplicação das normas legais. A qualificação jurídica decorre da avaliação de uma situação de fato perante a ordem jurídica, ou, melhor, de sua identificação com o modelo ou tipo descrito na hipótese de incidência da norma jurídica. Esse problema de qualificação jurídica surge, na teoria do Direito Comercial tradicional, como delimitação da chamada "*matéria de comércio*" a que se associa a discussão sobre a autonomia do Direito Comercial no campo do Direito Privado.<sup>12</sup>

O interesse prático na delimitação da chamada matéria de comércio, funcionalmente falando, prendia-se, nos idos de 1850, a duas razões: além do problema da qualificação jurídica, havia a questão da determinação da competência judiciária, decorrente da existência de uma jurisdição mercantil, configurada pelos Tribunais de Comércio (órgãos jurisdicionais de primeiro grau). Esses Tribunais de Comércio eram competentes para julgar as "*causas comerciais*" reputando-se tais "*todas as causas que derivarem de direitos e obrigações sujeitas às disposições do Código Comercial, contanto que uma das partes seja comerciante*" (art. 18); além disso, seriam também julgadas na conformidade das disposições do Código Comercial, e pela mesma forma de procedimento, "*ainda que não intervenha pessoa comerciante: 1. as questões entre particulares sobre títulos da dívida pública, e outro quaisquer papéis de crédito do Governo; 2. as questões de companhias ou sociedades, qualquer que seja a sua natureza ou objeto; 3. as questões que derivarem de contratos de locação compreendidos nas disposições do Título X do Código Comercial, com exceção somente das que forem relativas à locação de*

---

12. Ver Fábio Konder Comparato — *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1981, p. 246.

*prédios rústicos ou urbanos*" (art. 19). O Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850, exorbitando de sua função puramente regulamentar, acrescentou ao rol das causas a ser julgadas pelos juízes do comércio, mesmo entre partes não-comerciantes, "*as questões relativas a letras de câmbio e de terra, seguros, riscos e fretamentos*" (art. 20, § 4º).<sup>13</sup>

Em 1875 unificou-se no Brasil a Justiça Cível, revogando-se o Título Único do Código Comercial e suprimindo-se, portanto, os Tribunais de Comércio. Assim, embora vigente o Decreto n. 737, como estatuto processual, desapareceu o motivo da determinação da competência judiciária como relevante para a delimitação da matéria de comércio, perdendo seu sentido a discussão sobre os atos de comércio, como categoria genérica. O problema das fronteiras entre o Direito Comercial e o Direito Civil reduziu-se, portanto, a duas questões: 1ª a definição da mercancia, como atividade profissional do comerciante necessária para a aquisição dessa qualidade independentemente da matrícula nos Tribunais de Comércio (Código Comercial, art. 4º); além disso, o conceito estender-se-ia à matéria societária, distinguindo-se, segundo a natureza do objeto social, as sociedades mercantis das sociedades civis; e 2ª a distinção entre obrigações e contratos mercantis, de um lado, e obrigações e contratos civis, de outro. As normas de Direito Cambial, pela ausência de duplicidade legislativa, não implicavam nenhum problema de qualificação jurídica.<sup>14</sup>

7. *A unidade do sistema jurídico privado obrigacional.* Nesta altura, é importante salientar o que exatamente há de contato e de afastamento entre o Direito Civil e o Direito Comercial, permitindo considerar-se ambos integrantes de um só sistema obrigacional. Di-lo, precisa e sinteticamente, Fábio Konder Comparato:

*Delimitados, assim, os campos respectivos do Direito Comercial e do Civil, em matéria obrigacional, importa assinalar que, no próprio regime do Código Comercial, o princípio é a aplicação das normas civis, figurando os dispositivos do Código de Comércio como autênticas normas de exceção — não no sentido de restrição ao direito, mas de*

---

13. *Idem, ibidem*, pp. 247-248.

14. *Idem, ibidem*, pp. 249-250.

*aplicação especial a casos determinados. O art. 121 declara que "as regras e disposições do Direito Civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código" E o art. 428, paralelamente, dispõe que "as obrigações comerciais dissolvem-se por todos os meios que o Direito Civil admite para a extinção e dissolução das obrigações em geral, com as modificações deste Código". Temos, pois, que não há, propriamente, contraposição de dois sistemas jurídicos distintos, em matéria de obrigações: o do Código Civil e o do Código Comercial. O que há é um só sistema, no qual os dispositivos do Código de Comércio aparecem como modificações específicas das regras gerais da legislação civil, relativamente às obrigações e contratos mercantis. A duplicidade aparece, tão-só, no que tange a essas regras de exceção, dentro do sistema global.<sup>15</sup>*

8. *O Direito Comercial como Direito de Empresa.* Historicamente, o Direito Comercial surge como estatuto dos comerciantes, entendidos como pessoas que adquirem bens (mercadorias) a umas, a fim de revendê-las a outras, objetivando auferir lucro com as operações; a prática reiterada e constante dessas operações configura o exercício de uma profissão para os que a realizam habitualmente — os comerciantes —, caracterizada pela intermediação entre produtores e consumidores e pelo objetivo de lucro, implícito na compra para revenda. Bem que principal, a compra para revenda não era a única operação realizada pelos comerciantes: outros atos acessórios também passaram a ser praticados, tais como o transporte, o depósito, o penhor de mercadorias e o mandato; além disso, figuras inicialmente ligadas ao exercício do comércio e, portanto, incluídas no Direito Comercial, tais como os títulos cambiários, introduziram-se na vida quotidiana de outras pessoas não-comerciantes, embora nele permanecessem. Assim, a definição do Direito Comercial como direito dos comerciantes (Direito Comercial subjetivo) deixa de abranger todo o definido, tornando-se insatisfatória.<sup>16</sup>

---

15. *Ibidem*, p. 251.

16. Fran Martins — *Curso de direito comercial: empresa comercial, empresários individuais, sociedades comerciais, fundo de comércio*, 11ª edição, revista e atualizada, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1986, pp. 25-27.

O Código de Comércio francês, de 1807 (em vigor a partir de 1808), dispõe em seu art. 1º que "*são comerciantes os que exercem atos de comércio e deles fazem profissão habitual*" enumerando no art. 632 os atos que, por sua natureza, caracterizam a profissão comercial e, no art. 633, os que eram considerados comerciais mesmo que praticados não-profissionalmente, isto é, mesmo que praticados por não-comerciantes. O Direito Comercial passa, então, a se referir a atos de comércio (Direito Comercial objetivo).<sup>17</sup> Mas essas enumerações taxativas acarretam graves problemas de qualificação, visto que a realidade constantemente alarga seus horizontes e apresenta nuances, impossibilitando sua coordenação a tipos ou modelos limitados e rígidos, estabelecidos de antemão.

Daí a recente tendência de considerar o Direito Comercial como Direito de Empresa, ou, nas palavras de Fábio Konder Comparato: "*O conceito básico do moderno Direito Comercial é o de atividade empresarial, substituindo a velha noção de ato de comércio*"<sup>18</sup>

Já se salientou o desdobramento jurídico do conceito (econômico) de empresa, em seus vários aspectos: o empresário, a atividade empresarial, o estabelecimento e a corporação;<sup>19</sup> assim, o Direito de Empresa é o regime jurídico da atividade empresarial, dela sendo sujeito o empresário, e objeto o estabelecimento empresarial. Ora, sendo assim, não procede a crítica, tantas vezes repetida, de que o conceito de empresa é puramente econômico, e não-jurídico, sendo, portanto, de duvidosa utilidade para o Direito: em primeiro lugar porque ao Direito não são estranhos conceitos técnicos originariamente não-legislativos, mas funcionalmente jurídicos (a morte, por exemplo, cuja noção é essencial à tipificação do crime de homicídio, não ostenta definição legislativa); em segundo lugar porque, se houver definição legislativa de qualquer um dos três termos que se implicam e polarizam dialeticamente (o empresário, a atividade empresarial e o estabelecimento empresarial), o conceito jurídico de empresa, bem que não imediatamente legislativo, mediamente o será, visto serem eles aspectos de um mesmo fenômeno.<sup>20</sup>

---

17. *Idem, ibidem*, p. 27.

18. *O poder de controle na sociedade anônima*, cit., p. 93.

19. *Ver supra*, n. 5.

20. *Ver supra*, n. 5.

9. *Direito Civil e Direito de Empresa*. Voltemos agora ao problema do sistema jurídico do Direito Privado. Como bem adverte Pontes de Miranda:

[...] *as linhas discretivas entre Direito Civil e Direito Comercial se foram apagando, até que a Parte Geral do Direito privado não mais tolerou a dicotomia que artificialmente — mercê de reminiscências históricas, ligadas a classes — se lhe havia imposto. O próprio critério do valor de uso, que interessaria, especificamente, ao direito civil, e valor de câmbio, de troca, que caracterizaria o Direito Comercial, ou, respectivamente, riquezas formadas e riquezas in fieri, acabou por mostrar que só traduzia preponderância de critério. A falta de sistematização unitária do direito privado foi causa de surgirem ramos de Direito, correspondentes a necessidades novas, entre o Direito Civil e o Direito Comercial, ou nas fronteiras dele com o Direito Público, para os quais não bastavam os meios da dicotomia tradicional (Direito do Trabalho, Direito Industrial).<sup>21</sup>*

Ora, se a grande dicotomia, no campo do Direito Privado, se faz a partir da distinção entre ato e atividade (empresarial), teremos lado a lado um Direito Civil e um Direito de Empresa, ambos integrando um só sistema — o sistema do Direito Privado. E, parafraseando Konder Comparato,<sup>22</sup> poderíamos dizer que o Direito de Empresa consiste no grupo de normas de incidência e aplicação excepcional (especial e específica para certos casos), no concernente a obrigações e contratos de empresa e, eventualmente, ao chamado Direito das Coisas.<sup>23</sup>

---

21. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda — *Tratado de direito privado*, tomo XV, 4ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977, pp. 358-359.

22. Ver *supra*, n. 7.

23. O Direito do Trabalho também poderia ser entendido como um direito de exceção ao Direito Civil, especialmente no que respeita ao contrato de locação de serviços; nesse sentido, pertenceria igualmente ao sistema jurídico do Direito Privado. Não-obstante os esforços doutrinários para incluí-lo no Direito Público, quiçá em decorrência do caráter eminentemente tutelar de suas normas, parece-me melhor situado no Direito Privado. Cumpre não-confundir as chamadas normas de ordem pública ou normas jurídicas cogentes com o Direito Público; nem as normas dispositivas (quer integrativas, quer interpretativas) com o Direito Privado: há normas de ordem pública tanto no Direito Público quanto no Direito Privado, e há normas dispositivas tanto no Direito Privado quanto no Direito Público, talvez apenas com ocorrências quantitativamente diferentes.

Sendo assim, ao Direito de Empresa corresponderiam as atividades empresariais de produção ou de circulação de bens ou serviços. Tendo em vista a própria atividade empresarial, especificamente no tocante ao seu objetivo, o Direito de Empresa admitiria a seguinte subdivisão: a. Direito Comercial ou Mercantil em sentido estrito, se a atividade empresarial se destinasse à circulação de bens ou serviços; e b. Direito Industrial (que pertence tradicionalmente ao Direito Comercial ou Mercantil em sentido amplo), se a atividade empresarial visasse à produção de bens ou serviços. Conviria, juridicamente falando, alguma outra subdivisão?

### C. O Direito Agrário como Direito de Empresa

10. Não há classificações verdadeiras ou falsas, certas ou erradas; há, sim, classificações mais úteis ou menos úteis, na medida de sua aptidão para indicar especificidades. Por outras palavras e restringindo a questão ao âmbito do Direito, as distinções político-jurídicas são úteis se apontam ao legislador razões suficientes para a positivação de um regime jurídico especial e específico; e as distinções técnico-jurídicas são úteis se são capazes de identificar regimes jurídicos especiais e específicos diversos, já positivados, bem como apontar as razões da diversidade.<sup>24</sup>

A questão fundamental em que ora nos ocupamos é a de localizar o assim chamado "Direito Agrário" no quadro atrás delineado.

Parece evidente que um Direito Agrário deveria se vincular a idéias porventura presentes nas expressões "*agricultura*" "*agrícola*" "*rural*"; mas em que sentido se faria alguma ligação entre essas noções? Partindo do uso comum dessas expressões, talvez seja possível ver-se na idéia comum de agricultura um certo tipo de atividade: o cultivo do campo, da terra; na de agrícola, o adjetivo que qualifica um certo resultado: o resultado do cultivo do campo, da terra, isto é, o adjetivo que acompanha, especificando, o produto obtido com a atividade chamada "*agricultura*"; e na de rural, um outro adjetivo qualificativo, que acompanha, especificando, o lugar onde normalmente se desenvolve a atividade chamada agricultura e se obtêm os chamados "*produtos agrícolas*". Seja como for, uma primeira conclusão parece

---

24. As distinções técnico-jurídicas são fundamentais para a aplicação do Direito, especialmente no que concerne às diferenças entre a analogia e a interpretação extensiva, relevante sobretudo nos sistemas de tipicidade fechada.

impor-se: estamos lidando com algo que se insere no campo das atividades, e não no dos atos.

Sendo assim, um Direito Agrário não incluído no campo do Direito Público<sup>25</sup> surgiria, no sistema jurídico do Direito Privado, como um Direito de Empresa, e não no tradicionalmente chamado Direito Civil. Mas então nosso problema de individualização do Direito Agrário se teria apenas adiado, visto que, estremo do Direito Civil, seria tão-somente parte do Direito Comercial ou Mercantil em sentido amplo.<sup>26</sup> Essa conclusão parece indicar que estamos no caminho certo, visto que os "comercialistas" sempre dispensaram muito maior atenção ao Direito Agrário que os "civilistas"

Voltando à nossa questão principal, caberia indagar se, do ponto de vista técnico-jurídico — e, eventualmente, da perspectiva político-jurídica —, é útil e necessária uma distinção entre o Direito Agrário e o Direito Comercial ou Mercantil em sentido amplo, ambos, conforme salientado, direitos de empresa.

No que concerne ao resultado propriamente dito do exercício da atividade empresarial destinada à produção de bens ou serviços, poderíamos subdividi-las, segundo a finalidade dos produtos: a. produtos para a alimentação, a identificar o Direito Agrário; e b. outros produtos, a identificar o Direito Comercial ou Mercantil *lato sensu*. Tenho para mim que semelhante distinção seria de utilidade duvidosa, em primeiro lugar, porque formulada negativamente: os "outros produtos" seriam os não-alimentícios (mas quais seriam os alimentícios?); em segundo lugar, porque nem todos os produtos agrícolas satisfazem necessidades alimentares, bastando lembrar, por exemplo, os destinados ao vestuário; em terceiro lugar, porque alimentos artificiais haveriam de ser considerados produtos agrícolas (?!), e não produtos industriais; em quarto lugar, porque, se a razão da distinção diz com a relevância e a indispensabilidade dos produtos alimentícios para a subsistência do ser humano, outros produtos — como, por exemplo, certos remédios, obtidos pela indústria farmacêutica — também deveriam ser considerados agrícolas (?!); e, em quinto e último lugar, porque esse não é o critério que se infere das ordens jurídicas, assim passadas como presentes.

---

25. Embora não possa aprofundar o tema, resalto que numa ordem jurídica em que se reconheçam e garantam a propriedade privada dos bens de produção, a liberdade de iniciativa e a livre-concorrência, e em que haja intervencionismo econômico, mas não dirigismo econômico, o Direito Agrário estará no campo do Direito Privado, e não no do Direito Público.

26. Ver *supra*, n. 9.

11. (cont.) *Aspectos doutrinários.* Antes de aprofundar nossa busca de uma distinção entre o Direito Agrário e o Direito Comercial ou Mercantil em sentido amplo, parece importante ressaltar ainda mais os pontos de contato entre eles, que indicam, sobretudo, serem ambos direitos de empresa. Voltaremos depois a indagar sobre uma eventual distinção entre um e outro.

No âmbito da doutrina, vejamos, a título exemplificativo e ilustrativo, duas concepções interessantes. É de Fran Martins a seguinte afirmação:

*Mesmo no que se refere aos atos praticados pelos comerciantes no exercício de sua profissão, a tradição conserva fora do âmbito do direito comercial os atos relativos aos imóveis e à indústria agrícola. Os primeiros estão afastados do campo do direito comercial porque, tendo este como uma das suas características a circulação dos bens, tal não acontece com os imóveis, por sua natureza inamovíveis. Na verdade, em essência, o argumento não tem solidez, pois, para que os bens passem de propriedade, não é necessário que sejam removidos materialmente; nas Bolsas de Mercadorias faz-se a circulação dos bens apenas pela mudança de propriedade dos títulos representativos dos mesmos, e essas operações são reputadas comerciais. Ademais, os imóveis podem ser e são objeto de especulação e deveriam, desse modo, entrar essas operações no âmbito do direito comercial e não do civil. Quanto às atividades agrícolas, a razão de sua separação do terreno do direito comercial reside no fato de não ser o agricultor um intermediário e sim um produtor. Igualmente, aqui não se justifica a separação, pois o agricultor que planta, colhe e vende os seus produtos está, na realidade, praticando uma operação especulativa, e o faz profissionalmente.<sup>27</sup>*

---

27. *Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empresários individuais, sociedades comerciais, fundo de comércio*, cit., pp. 84-85.

Pontes de Miranda, tratando da conceituação de empresa e de fundo de empresa, diz:

*Ao complexo de bens que se destina ao exercício do empreendimento, se comercial, chama-se fundo de comércio, termo que se estendeu a qualquer fundo, industrial ou agrícola, com prejuízo para a terminologia científica. Fundo de empresa diz melhor e mais acertadamente.*<sup>28</sup>

[...]

*A camada de bens, imóveis ou móveis, corpóreos ou incorpóreos, que serve à organização destinada a fins não-econômicos ou somente de consumo, é — sem dúvida — fundo, porém não fundo de empresa, no sentido estrito de que aqui cogitamos. Seria erro, todavia, pormos fora do conceito os fundos agrários e de artesãos, ou dos profissionais de qualquer ramo, se econômica a atividade e econômico o fim, ou qualquer fundo que seja dependente da pessoa física que o tem;*<sup>29</sup>

[...]

*A noção de fundo de empresa, originariamente "fundo de comércio" porque não se haviam caracterizado a situações idênticas na indústria e na agricultura;*<sup>30</sup>

[...]

*A coligação dos elementos que compõem o fundo de empresa não podia deixar de interessar ao direito. A princípio, só se prestou atenção à atividade comercial, tanto mais quanto as indústrias e agricultura, como as atividades profissionais, se exerciam dentro de quadros que não permitiam se desse toda a importância à iniciativa e à atividade dos empreendedores.*<sup>31</sup>

---

28. *Tratado de Direito Privado*, cit., tomo XV, p. 355.

29. *Ibidem*, p. 356.

30. *Ibidem*, p. 359.

31. *Ibidem*, p. 366.

12. (Cont.) *Aspectos legislativos.* Vê-se, então, que à doutrina não é estranho o tratamento conjunto de atividades, empresas, empresários e estabelecimentos (ou fundos) comerciais, industriais e agrícolas. Na nossa legislação, bem que se não possa falar indiscriminadamente de um tratamento único e igual, as referências também apontam uma certa associação, cujo denominador comum parece ser a atividade ou a empresa, esta em seus vários aspectos jurídicos. Vejamos, novamente a título exemplificativo e ilustrativo, algumas delas.

O Código Civil, em seu art. 112, dispõe (grifos meus):

Presumem-se, porém, de boa-fé e valem, os negócios ordinários indispensáveis à manutenção do *estabelecimento mercantil, agrícola, ou industrial* do devedor.

No Estatuto da Terra (Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964), vamos encontrar em várias passagens as expressões "empresa" "empresário" "atividade" (muitas vezes substituída por "exploração") e "estabelecimento" bem que a mais freqüente seja "atividade". Por exemplo (grifos meus):

"*Empresa rural*" é o *empreendimento* de pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que *explore econômica e racionalmente* imóvel rural, dentro de condição de rendimento econômico [...] da região em que se situe e que *explore* área mínima agricultável do imóvel segundo padrões fixados, pública e previamente, pelo Poder Executivo (art. 4º, VI);

Na determinação, para efeitos do Imposto de Renda, do rendimento líquido da *exploração agrícola ou pastoril, das indústrias extrativas, vegetal e animal, e da transformação de produtos agrícolas e pecuários feita pelo próprio agricultor ou criador, com matéria-prima da propriedade explorada, [...]* (art. 53, *caput*);

[...] a criação do *espírito empresarial* e a formação adequada em economia doméstica, indispensável à gerência dos

pequenos *estabelecimentos rurais* e à administração da própria vida familiar (art. 75, § 4º "c");

A posse ou uso temporário da terra serão exercidos em virtude de contrato expresso ou tácito, estabelecido entre o proprietário e os que nela exercem *atividade agrícola ou pecuária*, sob forma de arrendamento rural, de parceria agrícola, pecuária, agroindustrial e extrativa, nos termos desta Lei (art. 92, *caput*).

Na Constituição da República encontramos as seguintes referências (grifos meus):

A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua *atividade produtiva*, [...] (art. 5º XXVI);

São direito dos trabalhadores urbanos e *rurais*, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da *empresa*, conforme definido em lei (art. 7º, XI);

O imposto previsto no inciso VI terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades *improdutivas* e não incidirá sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as *explore*, só ou com sua família, o proprietário que não possua outro imóvel (art. 153, § 4º);

São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: ... a propriedade *produtiva*. A lei garantirá tratamento especial à propriedade *produtiva* e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social (art. 185, II, e parágrafo único.);

A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: [...] *exploração* que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (art. 186, IV);

Incluem-se no planejamento agrícola as *atividades agroindustriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais* (art. 187, § 1º);

Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a *produtiva* por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade (art. 191, *caput*);

O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o garimpeiro e o pescador artesanal, bem como os seus respectivos cônjuges, que *exerçam suas atividades em regime de economia familiar*, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o *resultado da comercialização da produção* e farão jus aos benefícios nos termos da lei (art. 195, § 8º);

A lei criará o Serviço Nacional de Aprendizagem *Rural* (Senar) nos moldes da legislação relativa ao Serviço Nacional de Aprendizagem *Industrial* (Senai) e ao Serviço Nacional de Aprendizagem *do Comércio* (Senac), [...] (art. 62 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

O Projeto de Código Civil (n. 634-B/75), no Livro II — Do Direito de Empresa, apresenta dispositivos de grande interesse (grifos meus):

Considera-se *empresário* quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (art. 969, *caput*);

São dispensados de inscrição e das restrições e deveres impostos aos empresários inscritos: I — O *empresário rural*, assim considerado o que exerce *atividade* destinada à produção agrícola, silvícola, pecuária e outras conexas, como a que tenha por finalidade transformar ou alienar os respectivos produtos, quando pertinentes aos serviços rurais (art. 973, I);

O *empresário*, cuja *atividade rural* constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 971 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro das Empresas da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro (art. 974);

Considera-se *estabelecimento* todo complexo de bens organizado, para exercício da *empresa*, por *empresário*, ou *sociedade empresária* (art. 1.142).

13. *O Direito Agrário e o Direito Comercial.* Chegados a esse ponto, parece inafastável a conclusão, que de há muito se vinha esboçando, de ser o Direito Agrário um Direito de Empresa, tal como o é o Direito Comercial ou Mercantil em sentido amplo. Assim a doutrina predominante como a legislação — quer já positivada, quer ainda projetada (e aqui o Projeto de Código Civil merece um realce todo especial) —, até mesmo a constitucional, corroboram o resultado que se alcançou. Tanto quanto o Direito Comercial ou Mercantil em sentido amplo, o Direito Agrário é um direito de exceções ao Direito Civil.

Mas, voltando à questão da identificação do Direito Agrário, se foi possível situá-lo perante o Direito Civil como um Direito de Empresa, resta ainda observá-lo juntamente como o Direito Comercial ou Mercantil em sentido amplo, isto é, falta responder à indagação: o Direito Agrário pertence ao campo do Direito Comercial *stricto sensu*, ou ao do Direito Industrial, ou compõe campo à parte?

## D. O Direito Agrário e o Direito Comercial *lato sensu*

14. *Paralelismo entre Direito Agrário e Direito Comercial.* O Direito Agrário e o Direito Comercial *lato sensu* apresentam entre si notáveis semelhanças, mormente no que concerne a serem direitos de exceções ao Direito Civil; sua trajetória histórico-dogmática entre nós também mostra, sobretudo a partir da Constituição de 1988, um interessante ponto comum. Vimos<sup>32</sup> que, nos idos de 1850, a distinção entre o Direito Civil e o Direito Comercial se associava a duas questões principais: a. uma, de qualificação jurídica, dado que certos contratos e obrigações, se mercantis, se submetiam à incidência e aplicação de normas jurídicas excepcionais, e não-comuns; e b. outra, de competência jurisdicional, em virtude da existência dos Tribunais de Comércio ao lado da Justiça Civil, duplicidade essa, porém, eliminada em 1875, com a unificação da Justiça Cível.

As questões que se apresentam como razões de uma eventual distinção entre o Direito Agrário e o Direito Civil são muito semelhantes. A partir de 1964, com o advento do Estatuto da Terra, surge no sistema jurídico do Direito Privado (cuja unidade nunca é demais proclamar) um novo problema de qualificação jurídica: certos contratos e obrigações passam a sujeitar-se à incidência e aplicação de normas jurídicas excepcionais, e não-comuns, tal como ocorre nos contratos e obrigações mercantis. É nomeadamente a hipótese dos contratos, e das obrigações deles decorrentes, de arrendamento rural (arts. 92-94 e 95 do Estatuto da Terra) e de parceria rural (arts. 92-94 e 96 do Estatuto da Terra), ambos vinculados à posse ou ao uso temporário da terra. De maneira análoga ao que dispõe o art. 121 do Código Comercial ("*As regras e disposições do Direito Civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código*") estabelece o § 9º do art. 92 do Estatuto da Terra: "Para solução dos casos omissos na presente Lei, prevalecerá o disposto no Código Civil. Por outro lado, o *caput* do art. 126 da Constituição da República, na seção que trata dos tribunais e juízes dos Estados, introduz no âmbito da distinção entre o Direito Agrário e o Direito Civil o problema da competência,<sup>33</sup> ao dispor que: "Para dirimir

---

32. Ver *supra*, n. 6.

33. Trata-se, no meu entender, de questão de competência de juízo. Sobre o tema, ver, por exemplo, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco — *Teoria Geral do Processo*, 3ª ed., ampliada e atualizada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981, pp. 194-203, especialmente pp. 200-201.

*conflitos fundiários*, o Tribunal de Justiça designará juízes de entrância especial, com *competência exclusiva para questões agrárias*" (grifos meus).

Não-obstante a notável semelhança entre as díades "Direito Comercial – Direito Civil" e "Direito Agrário – Direito Civil" decorrente, no meu entender, de assim o Direito Comercial *lato sensu* como o Direito Agrário serem direitos de empresa,<sup>34</sup> parece necessário distinguir o Direito Agrário do Direito Comercial *lato sensu*. Essa distinção não deve ser buscada apenas por exercício ou mero deleite intelectual, com o simples objetivo de proclamar a autonomia legislativa, científica, metodológica ou didática do Direito Agrário, senão deve decorrer do reconhecimento de que há razões político-jurídicas ou técnico-jurídicas que justifiquem ou imponham a diferenciação.<sup>35</sup>

15. "*Terreno*": *terra (fator de produção) e base física*. Se o Direito comercial *lato sensu* e o Direito Agrário são direitos de empresa, é justamente no âmbito da conceituação econômica da empresa, ou no âmbito da conceituação jurídica dos seus três termos (aspectos ou perfis) que se implicam e exigem dialeticamente, a saber, o empresário, a atividade empresarial e o estabelecimento empresarial,<sup>36</sup> que podemos buscar algum critério distintivo.

Todavia, se doravante nosso trabalho se desenvolve no terreno eminentemente conceitual, visto que é a partir de certos conceitos (empresa, empresário, atividade empresarial e estabelecimento empresarial) que tentamos, mediante certas distinções, chegar a outros (Direito Comercial *lato sensu* e Direito Agrário), é fundamental salientar o caráter contingente e relativo dos conceitos, cujo valor é apenas instrumental. Não nos iludamos ao encarar os conceitos como entidades reais, gerais, universais, eternas e imutáveis, atribuindo-lhes valor absoluto e transcendente. Não: os conceitos são meras representações de realidades mutáveis, construídas – e não dadas *a priori* – pelo esforço intelectual, e, portanto, simples entidades intelectuais; a ciência busca os conceitos não como fins em si próprios, senão como instrumentos para a compreensão de uma realidade; assim, não são eles verdadeiros ou falsos, porém mais úteis ou menos úteis aos fins a que se destinam. Juridicamente, os conceitos são esquemas de compreensão e explicação da

---

34. Ver *supra*, ns. 8-13.

35. Ver *supra*, n. 10.

36. Ver *supra*, n. 5.

Juridicamente, os conceitos são esquemas de compreensão e explicação da experiência jurídica, bem como instrumentos — e não causas geradoras — da aplicação do Direito, como prismas através dos quais passam os comandos gerais.<sup>37</sup>

Já vimos<sup>38</sup> que ao Direito de Empresa corresponderiam as atividades de produção ou de circulação de bens ou serviços; tendo em vista a própria atividade empresarial, especificamente no tocante ao seu objetivo, o Direito de Empresa admitiria a seguinte subdivisão: a. Direito Comercial ou Mercantil em sentido estrito, se a atividade empresarial se destinasse à circulação de bens ou serviços; e b. Direito Industrial (que pertence tradicionalmente ao Direito Comercial ou Mercantil em sentido amplo), se a atividade empresarial visasse à produção de bens ou serviços. Vimos também<sup>39</sup> que, no concernente ao resultado propriamente dito do exercício da atividade empresarial destinada à produção de bens ou serviços, poderíamos subdividi-la segundo a finalidade dos produtos: a. produtos para a alimentação; e b. outros produtos; contudo, a utilidade de tal distinção foi posta em dúvida por vários motivos.<sup>40</sup> Seja como for, ainda nos resta buscar uma distinção entre o Direito Comercial ou Mercantil em sentido amplo e o Direito Agrário, procurando defini-los ou conceituá-los.

Tenho para mim que é possível introduzir no conceito econômico de empresa, ou, o que vem a dar no mesmo, nos conceitos de seus termos (aspectos ou perfis) que se implicam e exigem dialeticamente, a saber, o empresário, a atividade empresarial e o estabelecimento empresarial, algumas especificidades capazes de nos permitir uma distinção entre os vários direitos de empresa.

Retomando algo que já foi exposto,<sup>41</sup> parece difícil alcançar um conceito jurídico único de empresa, sendo talvez mais apropriado falar de aspectos ou perfis jurídicos do conceito econômico de empresa: 1º em sentido subjetivo, como expressão sinônima de empresário, substituindo-se, por metonímia, o agente pela atividade por ele exercida; 2º. em sentido funcional, como atividade empresarial dirigida a certo objetivo; 3º em sentido objetivo e patrimonial, como complexo de

---

37. Fábio Konder Comparato — *O poder de controle na sociedade anônima*, cit., pp. 83-84, especialmente a nota 3 da p. 84.

38. Ver *supra*, n. 9.

39. Ver *supra*, n. 10.

40. Ver *supra*, n. 10.

41. Ver *supra*, n. 5.

bens organizado pelo empresário para o exercício da atividade empresarial (estabelecimento); e 4º em sentido corporativo, como instituição decorrente de uma organização de pessoas, formada pelo empresário, pelos prestadores de trabalho e seus colaboradores, visando a um objetivo econômico comum. Empresário, por sua vez, é quem exerce, profissionalmente, uma atividade econômica organizada para a produção de bens ou serviços; são, portanto, elementos do conceito de empresário: a. o exercício de atividade econômica, destinada à criação ou circulação de riquezas; b. a atividade organizada mediante adequada coordenação dos fatores de produção (terra, capital, trabalho e tecnologia); e c. o exercício praticado de modo profissional, isto é, habitual e sistemático. Ora, falar em atividade econômica organizada pressupõe um complexo de bens destinado a um objetivo de produção ou de circulação: atividade empresarial e estabelecimento são, portanto, noções complementares. E mais: a atividade econômica organizada pressupõe alguém que a exerça, organizadamente, isto é, a figura do empresário está implícita nas duas noções, surgindo, portanto, uma dialética de implicação e polaridade entre estes termos: empresário, atividade e estabelecimento.

Uma distinção possível entre o Direito Comercial em sentido estrito e o Direito Industrial já foi apontada,<sup>42</sup> fundando-se numa diversidade de objetivo da atividade empresarial: naquele, a circulação de bens ou serviços, e, neste, a produção de bens ou serviços. Sendo a agricultura *lato sensu* atividade destinada à produção de certo tipo de bens, o Direito Agrário seria, além de um Direito de Empresa, um Direito Industrial.

Ora, a atividade econômica é organização, mediante a coordenação adequada, dos diversos fatores de produção, isto é, da terra, do capital, do trabalho e da tecnologia; e o estabelecimento empresarial é um complexo de bens destinado a um objetivo de produção ou de circulação. Da perspectiva da atividade econômica e do estabelecimento empresarial, parece-me que o "terreno" onde se situa uma fábrica apresenta função muito diferente da do "terreno" coberto por uma plantação: para a fábrica, o "terreno" é base física, que suporta as máquinas e as instalações (bens de capital) e, assim, como bem imóvel, é um dos componentes do estabelecimento; mas, para a plantação, o "terreno" é muito mais que base física: o "terreno" é terra — fator de produção —, e, como bem imóvel, é talvez o cerne, o núcleo, o componente essencial do estabelecimento.

---

42. Ver *supra*, n. 9.

Este parece ser o único critério de distinção, político-jurídico e técnico-jurídico, entre empresas industriais e empresas agrárias: somente nestas a terra é fator de produção; naquelas não se há de falar em terra, senão em "terreno" mero suporte físico para o fator de produção capital (ou, mais rigorosamente, para uma parte do fator de produção capital). Mas isso não-implica afirmar que nas empresas agrárias devam estar ausentes os demais fatores de produção (capital, trabalho e tecnologia), senão que, além destes — presentes também nas empresas industriais —, há o outro (terra) — ausente nas empresas industriais.<sup>43</sup>

16. *O Direito Agrário e o Direito (Civil) das Coisas*. No que concerne à essencialidade do bem imóvel para o estabelecimento agrário, há pouco proclamada, cabe salientar que o tema é polêmico. Diz Pontes de Miranda:

Discute-se quanto à existência, ou não, de elemento que se possa considerar essencial ao fundo de empresa; noutros termos, se há elemento que, alienando-se os outros e não ele, não se tem por transferido o fundo de empresa; ou, alienado sem o terem sido os outros, se há de considerar transferido o fundo de empresa. Não há resposta *a priori*. Depende do gênero de comércio, indústria ou agricultura.<sup>44</sup>

Parece-me que, sendo a terra o fator de produção típico das empresas agrárias, mas só se podendo considerar juridicamente a terra como bem imóvel, é este — o bem imóvel, o *fundus* — o elemento essencial do estabelecimento agrário.

O caráter de essencialidade do bem imóvel para o estabelecimento agrário, vinculado à terra como um dos fatores de produção que se organizam, mediante adequada coordenação, por meio da atividade empresarial agrária, explica ainda uma diferença sensível entre o Direito Agrário e o Direito Comercial ou Mercantil *lato sensu*. Vimos<sup>45</sup> que o Direito Comercial em sentido amplo é

---

43. Essa observação parece de grande importância, mormente diante da vacilação doutrinária em manter como agrária uma empresa em que a presença marcante de capital e de tecnologia conduz à afirmação (equivocada, no meu entender) de que se trata de empresa industrial.

44. *Tratado de Direito Privado*, cit., tomo XV, p. 371.

45. Ver *supra*, n. 6.

responsável pela introdução de uma normatividade excepcional (excepcional em relação ao Direito Civil, encarado como Direito comum) no tocante a certos contratos e obrigações; é, portanto, um direito de exceção ao direito obrigacional e contratual civil.<sup>46</sup> O Direito Agrário, por sua vez, não-obstante ser também um direito de exceção ao direito obrigacional contratual civil, parece-me predominantemente (conquanto não exclusivamente, ressalte-se) um direito de exceção ao Direito (Civil) das Coisas, em particular no que concerne ao Direito de Propriedade.

Não há dúvida de que o Direito Agrário introduz disciplina própria em certos tipos de contratos: o contrato de arrendamento rural, por exemplo, não deixa de ser um contrato de locação de bem imóvel, tipificado, porém, qualificadamente pela atividade empresarial nele desenvolvida, em que o "terreno" é terra — fator de produção; o contrato de parceria rural, por sua vez, não deixa de ser um contrato de sociedade, muito semelhante ao contrato de sociedade de capital e indústria, mas com tipicidade própria, em que o fator de produção trazido por um dos sócios não é capital, mas terra, cabendo ao outro o trabalho (indústria) e a própria atividade empresarial.

Mas tenho para mim que as exceções introduzidas pelo Direito Agrário no Direito Civil concernem precipuamente ao Direito das Coisas (mesmo os contratos de arrendamento e parceria rural têm por objeto, embora mediato, coisas — e coisas imóveis). As limitações ao Direito de Propriedade no que respeita aos imóveis rurais — já presentes nas obrigações decorrentes dos contratos de arrendamento e parceria rural — atingem graus incompatíveis com a noção comum (civil) da propriedade, em atenção ao que se costuma chamar função social da propriedade, especialmente no que concerne aos poderes de usar e dispor: o uso — e o uso qualificado mediante certos critérios de conveniência, oportunidade e eficiência — é, por assim dizer, imposto ao titular do domínio, sob pena de perda da propriedade por desapropriação; e o poder de disposição encontra óbices em eventuais direitos de preferência e principalmente na impossibilidade de subdivisão abaixo de uma certa extensão — o módulo rural. Mas não é só: um dos modos de aquisição da propriedade — o usucapião — passa a ter como hipótese de incidência uma *facti species* toda peculiar, em que a atividade ("*tornando-o produtivo por seu trabalho*" na expressão do art. 92 do Estatuto da Terra) supera o mero estado de fato

---

46. Ver *supra*, n. 7.

("possuir como seu", nos termos do art. 550 do Código Civil), surgindo, assim, o chamado "usucapião *pro labore*" agora presente no texto constitucional (Constituição da República, art. 191, *caput*).

17. *Direito Civil, Direito Comercial e Direito Agrário*. Para remate e tentando uma síntese, todas essas observações parecem confirmar o critério distintivo ente o Direito Comercial ou Mercantil em sentido amplo e o Direito Agrário, atrás sugerido.<sup>47</sup> Ambos colocam-se lado a lado perante o Direito Civil, como direitos de empresa; mas não se sobrepõem porque apenas na atividade empresarial agrária o "*terreno*" é terra — fator de produção —, sendo mero suporte físico de capital — fator de produção — na atividade comercial ou mercantil *lato sensu*.

São Paulo, janeiro de 1999.

---

47. Ver *supra*, n. 15.

***DIREITO ALTERNATIVO***



## O CHAMADO DIREITO ALTERNATIVO

*Goffredo Telles Junior*

Professor Catedrático aposentado da Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo

### Resumo:

Proclamação de juízes do Rio Grande do Sul: "*O Direito acima da Lei. O compromisso do juiz é com a Justiça, não com a lei. A lei injusta não deve ser aplicada*". Irrealismo desse ideal. Em caso de *conflito* num caso concreto, o que se pede ao juiz não é sua aspiração pessoal de Justiça, mas uma declaração do que *a lei manda*, nesse caso concreto. Para evitar o arbítrio, forçoso é abraçar as leis. A sentença *contra legem* constitui violação deliberada de norma jurídica, e autoriza ação judicial contra o juiz. A missão verdadeira do juiz: aplicar as leis com a *lógica do jurista*, que é a *lógica do razoável*. O problema da *interpretação* das normas jurídicas. *Justiça e caridade*: o papel destas virtudes, na atividade humana.

### Abstract:

Rule by judges from Rio Grande do Sul State: "*The Law above the rule of law. The judge is bound to Justice not to the law. Unjust law must not be applied*" Irrealistic ideal. In case of *conflict* in a concrete case the judge is asked not to follow his personal feeling of Justice, but to give a legal opinion concerning the *law commandment* on that concrete case. To avoid arbitrary opinion it is mandatory to abide by the law. A judicial decision in deliberate violation of the law justifies legal action against the judge. The true mission of the judge: to apply the law according to *jurist's logic*, that is, the *logic of jurisprudence* – the *logic of the reasonable argument*. The problem of *interpretation* of the legal rule. *Justice and charity*: the role of the these virtues on human activity.

**Unitermos:** sentença *contra legem*; interpretação; Justiça e caridade.

Um dia, abro o jornal\* e leio:

*JUÍZES QUEREM QUE A LEI SE DANE.  
JUÍZES COLOCAM O DIREITO ACIMA DA LEI.  
LEIS INJUSTAS NÃO DEVEM SER CUMPRIDAS.  
O COMPROMISSO DO JUIZ É COM A JUSTIÇA,  
NÃO COM A LEI.*

Estávamos em outubro de 1990. Eu vinha lidando com a Justiça — com os problemas do *justo* e do *injusto* — havia mais de meio século.

Que significavam, agora, aquelas espantosas manchetes? Reportagem completa sobre o assunto ocupava toda a sexta página do jornal. A matéria começava com o seguinte trecho:

*"O juiz gaúcho Amilton Bueno de Carvalho, 43 anos, titular da 2ª Vara Cível do Foro de Porto Alegre, tem um orgulho que faria corar de vergonha a imensa maioria dos juízes brasileiros: o de julgar, eventual, mas deliberadamente, contra o que manda a lei. Pode parecer chocante, mas o juiz Amilton diz que 'joga a lei às favas', sem nenhum problema de consciência, todas as vezes que considera injusta a aplicação dela, num caso concreto"*

Falando descontraidamente com o repórter, o citado juiz revelou que ele  *julgava* dessa maneira desde 1983. E declarou: *"Ao decidir sobre um pedido de equiparação de salários de servidores municipais aposentados e salários de servidores em atividade, constatei que a lei não permitia essa equiparação. A lei era claramente injusta. Então mandei a lei aos quintos dos infernos, e autorizei o município a fazer a equiparação dos salários"*.

*"Em princípio, obedeço a lei"* — explicou o juiz — *"Só não a obedeço quando ela se revela injusta. A lei injusta não deve ser aplicada. O papel de um juiz é o de buscar o justo, no caso concreto, com a superação do legalismo. O juiz que só obedece a lei vira instrumento do legislador. Deixa de ser um Poder. Nesse caso, não há necessidade de juízes. Para que juiz, se o juiz tem que se*

---

\* *Jornal da Tarde* (São Paulo), edição de 24 de outubro de 1990.

*submeter, sempre e sempre, ao legislador? Nós queremos trazer o humano para dentro do processo. O processo tem que refletir a angústia das pessoas'*

O jornal apurou que dezenas de magistrados, da 1ª e da 2ª Instâncias, do Foro do Rio Grande do Sul, defendiam essas idéias, e julgavam de acordo com elas. O repórter ouviu diversos juízes, e o jornal publicou suas declarações. "*O compromisso do juiz é com a Justiça, não-só com a lei*" — proclamaram todos os entrevistados.

O jornalista perguntou: "*E a segurança — a segurança dos nossos direitos, garantida pela lei, onde fica a segurança?*"

Responderam: "*É idiotice pensar em segurança. A vida, por definição, é insegura. A segurança não-existe. O próprio vulgo é quem diz: Cada cabeça, uma sentença, quem se apega ao argumento da segurança é conservador, é adepto da ordem injusta, da ordem que aí está. Com o que não podemos concordar é que, em nome da segurança, tu faças barbaridades*".

Conferindo a si próprios a designação de *juízes orgânicos*, eles se diziam pregoeiros da "*nova Justiça*" da Justiça a que chamavam "*Direito Alternativo*"

Inspirado num anseio de Justiça, fascinante pareceu, a muita gente, o pensamento daqueles juízes. E logo pude verificar a notável repercussão que tais idéias lograram nos centros culturais de todo o País.

O *Direito Alternativo* foi imediatamente objeto de *mesas redondas*, seminários, programas na TV. artigos nos jornais. Chegou a constituir disciplina autônoma, ensinada em certos cursos universitários.

Sim, fascinante, sem dúvida, a teoria dos magistrados rio-grandenses. Sucede, porém, que, a meus olhos, ela não era mais do que uma quimera — sonho de uma noite de verão —, como, sem demora, pude me certificar.

Como professor de Direito, sinto-me na obrigação de revelar o que vejo no chamado *Direito Alternativo*. O que não posso é calar, frente à investida dos novos pregoeiros, que pretendem mudar o dever dos juízes, na hora em que estes são chamados a *dizer o Direito*.

Fascinante — devo dizê-lo — o sonho de colocar, por cima do *justo* por *convenção*, o soberano *justo* por *natureza*. Sinto-me irmanado com os juízes do *Direito Alternativo*, enquanto permaneço na pura esfera do sonho.

Mas, no momento em que desperto, e que saio do sonho, e ponho os pés na terra, e o pensamento na dura realidade, o que é que vejo? Vejo que preciso me abraçar às leis, para ser livre.

Para que as leis existem? Preciso dizê-lo? Elas existem para evitar o arbítrio do Executivo, para evitar o arbítrio do Judiciário, para evitar o arbítrio dos mais fortes.

Há leis péssimas, sem dúvida. Mas há juízes péssimos, como bem sabemos. A lei péssima pode ser revogada por outra lei. O povo, que faz a lei, pode fazer outra lei. Mas quem destituirá os juízes péssimos e vitalícios?

O juiz Amilton Bueno de Carvalho, que parece liderar o grupo de magistrados do chamado *Direito Alternativo*, declarou: "*Acima da legalidade, estamos preocupados com a Justiça no caso concreto. O compromisso ético do juiz é com a Justiça concretizada, e não com a lei*".

Esse é o sonho. Mas é um sonho de todos nós. Todos nós temos um compromisso com a Justiça concretizada. Todos nós precisamos fazer Justiça concretizada, nos atos comuns da vida. E todos nós, de fato, buscamos praticá-la, em nossas casas, em nossos ambientes de trabalho, no clube, na rua.

Mas, no caso de *conflito* entre aparências diferentes de Justiça concretizada, que fazemos? Vamos ao juiz, para que ele diga quem tem razão, de acordo *com as leis*. O que pedimos ao juiz não é, certamente, que ele nos revele a sua doutrina e suas aspirações sobre o caso concreto. O que pedimos é que o juiz nos diga o que *a lei manda*, no caso concreto. O que queremos é nos submeter *à lei*, não ao juiz, não às teorias do juiz, à revelia da lei.

Que acontecerá com as sentenças dos juízes do *Direito Alternativo*? Que destino terão as sentenças *contra legem*? Todos sabem. Tais sentenças serão forçosamente reformadas pelos Tribunais Superiores. Aliás, já estão sendo sistematicamente reformadas, como não poderia deixar de acontecer.

\*

Há um argumento que, segundo penso, não foi ainda aventado, mas que é de suma importância, dentro do contexto do chamado *Direito Alternativo*.

A sentença *contra legem* é uma violação da lei, praticada *deliberadamente* pelo juiz. É ato ilícito. Ora, a lei é norma *autorizante*. É norma que *autoriza* o lesado, pela violação dela, a exigir o cumprimento da norma violada, ou a indenização pelo dano sofrido. Logo, o lesado pela sentença *contra legem* tem, além dos recursos normais para as instâncias superiores, uma ação *contra a pessoa do juiz*, que é um infrator confesso.

Assim, o autor da sentença *contra legem* pode passar de juiz a réu, em ação de reparação de danos.

Péssimo exemplo deram esses juízes do *Direito Alternativo*. Péssimo exemplo, apesar de seu amor pela Justiça. Poderiam demonstrar seu amor, usando meios adequados. Mas, fazendo o que estavam fazendo, colocaram-se na situação de agressores, ferindo direitos líquidos e certos, de pessoas que não-merecem esse tratamento.

Quando os juízes declaram que não-cumprem as leis, quem as cumprirá?

\*

O Poder não-fundado na lei, o Poder contra a lei, é o Poder discricionário. É, exatamente, o Poder que odiamos, porque é o Poder dos ditadores e dos tiranos. É o Poder que odiamos, mesmo quando esse Poder está nas mãos de juízes.

Sim, é certo, situações de injustiça social existem, por toda parte. E não há dúvida que a Justiça humana é imperfeita. Mas ainda mais imperfeita se tornará se ela for entregue ao arbítrio dos juízes.

Erraram de carreira os juízes do *Direito Alternativo*. Se queriam se dedicar à luta contra as leis injustas, não deveriam ser juízes. Deveriam ser políticos. Deveriam se alinhar conosco, deveriam participar de nossas campanhas, por uma ordem jurídica melhor, por uma Democracia mais perfeita.

Mas se, apesar de tudo, querem ser juízes e, ao mesmo tempo, querem ser compreensivos e humanos, então o que lhes compete é *interpretar* as leis com a *lógica do jurista*.

Com a *lógica do jurista*? Que lógica será essa? O jurista terá uma lógica que não seja a lógica natural da razão? Que não seja a lógica descrita por Aristóteles? Que não seja a lógica que empregamos, bem ou mal, em nossos

raciocínios de todo momento? Terá o jurista uma lógica especial, que não é a que eu mesmo descrevi, em meu "*Tratado da Conseqüência*"?

O que eu tenho a dizer, sobre este assunto, é que a *lógica do jurista*, segundo penso, não deve ser sempre a *lógica do racional*. Freqüentemente, deve o jurista, em nome da Justiça, substituir os rigores dessa lógica pela *lógica do razoável*, como bem ensinou Luis Recasens Siches.

Não-julgar contra as leis! Ao juiz compete fundar-se nas leis e *interpretá-las adequadamente*, ou seja, dar às leis vigentes uma *interpretação razoável, uma interpretação humana*, conferindo ao caso concreto a solução que essas leis confeririam, se as novas circunstâncias tivessem sido previstas, ao tempo da elaboração delas.

Deve o juiz *usar a lógica do jurista*, que é, precisamente, a *lógica do razoável* e do *humano*.

Mas como deve o juiz proceder para usar essa lógica?

\*

Tal pergunta, todos nós, estudiosos do Direito, a fazemos a nós mesmos, e só a respondemos convenientemente depois de nos havermos compenetrado de que a lei é sempre *elemento de uma ordenação*.

O jurista sabe que a lei é sempre *parte* de um *todo*, um componente da ordem global. O jurista sabe que o pensamento inspirador dessa ordenação há de ser, igualmente, o pensamento, próximo ou remoto, de cada lei, ou, ao menos, há de servir de referência para seu acertado entendimento.

Este é o motivo pelo qual o jurista, ao interpretar a lei, começa por vê-la dentro do conjunto de que ela participa, e a considerá-la como um *componente de um sistema ético*.

Para o jurista, a lei não é uma proposição solta; não é, apenas, o que se lê em seu texto. Ela é, também, aquilo que ela *pretende*, como participante de uma ordem geral.

O jurista sabe que a lei tem *letra* e tem *espírito*. Quase poderíamos dizer que a lei tem *corpo* e tem *alma*. A verdade é que a lei, para o jurista, não se esgota em sua *letra*. A lei se acha, também, no seu *pensamento* e na sua *intenção*.

Nem sempre o *espírito* da lei se exprime na *letra* dela. Mas o que é certo é que a lei, seja qual for a sua letra, não deve ser aplicada contra o seu espírito.

O juiz não pode deixar de aplicar a lei nos casos para os quais ela foi feita. Deve, porém, aplicá-la *adequadamente*, isto é, deve aplicá-la com o *espírito* — o sentido — que ela, em cada caso concreto, precisa ter, para alcançar os exatos objetivos que determinaram sua elaboração.

Quero aqui ressaltar uma conclusão importante. Creio que o assunto merece especial atenção. Se a aplicação da letra da lei a um caso concreto produzir efeito contrário ao que a própria lei pretende, *aplicá-la* equivale a *violá-la*, porque será contrariar o seu pensamento, o seu espírito.

O juiz, que a tenha aplicado assim, não-soube *interpretá-la* convenientemente: apegou-se à *letra* rígida da lei, desconhecendo o seu *espírito*.

Miguel Reale escreveu: "*uma norma é a sua interpretação*" Impossível dizer melhor ("*Filosofia do Direito*" 5ª ed., Parte II, Tit. X, Cap. XXXVIII, n. 214).

Mas, é evidente que a interpretação há de ser correta. Há de ser uma interpretação de *jurista*, ou seja, uma interpretação mais preocupada com a intenção e o espírito da lei, do que com o estrito sentido literal da mesma.

Na *interpretação das leis*, mais importante do que o rigor da lógica *racional*, é o entendimento *razoável* dos preceitos, porque o que se espera inferir das leis não é, necessariamente, a melhor conclusão *lógica*, mas uma *justa* e humana solução (Recasens Siches, "*Nova Filosofia da Interpretação do Direito*" ed. Fondo de Cultura Economica, México-Buenos Aires, sem data, Cap. III).

Bem sei que esse tipo de interpretação exige bons juízes. A experiência demonstra que, muitas vezes, os bons juízes conseguem melhorar, por meio de uma judiciosa interpretação, a qualidade das más leis. Já houve quem dissesse que não haveria motivo de se temer as más leis, se elas fossem sempre aplicadas por bons juízes. Em regra, a sábia interpretação da lei é competente para dar solução *razoável* ao desafio de quaisquer casos concretos, até mesmo dos casos mais melindrosos.

Quero manifestar uma convicção que os anos de uma longa vida formaram dentro de mim. A verdadeira compreensão das leis, a sábia interpretação delas, a sua aplicação prudente ao caso concreto, não depende de *erudição* apenas, mas de *sabedoria*, "*not knowledge, but Wisdom*" daquela "*sabedoria profunda e silenciosa*" como diria meu irmão Ignacio ("*Páginas de uma Vida*" Parte I, I).

Valendo-se da *lógica do razoável*, o juiz fará uma Justiça que "*excede a Justiça dos escribas e dos fariseus*" a que se referiu Jesus, no "*Sermão da Montanha*" (Evangelho de São Matheus, V. 20).

\*

Disseram os juízes do *Direito Alternativo* que suas sentenças *contra-legendem* eram sempre ditadas por um sentimento de *caridade*.

Ah, sim, a caridade! A caridade é a virtude mais alta, sem dúvida; virtude *mais alta* do que a da Justiça.

Acontece, porém, que a Justiça é *mais urgente* do que a caridade.

*Primeiro* a Justiça: dê-se aos outros o que lhes pertence. Isto é fundamental. *Depois*, querendo, e se houver com que, faça-se a caridade.

Pode haver Justiça sem caridade, mas não *há caridade contra a Justiça*. E é ato de injustiça dar a alguém o que é devido a outro. Tal ato, em verdade, não pode ser tido como ato de caridade, porque, evidentemente, uma pessoa só pode fazer caridade *com o que é seu*.

Quem pratica a caridade, já praticou a Justiça.

Que esdrúxula caridade é essa praticada pelo juiz! Que caridade é essa, feita pelo juiz com o que não lhe pertence? O juiz, como cidadão qualquer, pode fazer caridade, mas com o seu próprio patrimônio. O que *não pode* é fazer caridade com o que é dos outros. Que caridade é essa, com dano de terceiros?

Com patrimônio alheio, os juízes do *Direito Alternativo* quiseram fazer caridade. Violaram a lei, feriram a Justiça. Promoveram-se a oráculos do *justo* e do *injusto*. Deram um péssimo exemplo. Incentivaram a ilegalidade. Justificaram o arbítrio, atentaram contra o fundamento da Democracia. E, por fim, não fizeram caridade, nem Justiça, porque suas sentenças são insustentáveis, e terão que ser reformadas pelo Tribunal.

Mas ... quero confessar que o idealismo daqueles juízes me comove. Erradas as suas sentenças, não há dúvida. Mas limpo é seu coração. Eu gostaria de ser amigo deles.

São Paulo, janeiro de 1999.

***DIREITO COMERCIAL***



# COMÉRCIO ELETRÔNICO: UMA VISÃO DO DIREITO BRASILEIRO

*Luiz Olavo Baptista*

Professor Titular do Departamento de Direito Internacional  
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## Resumo:

O presente artigo examina o comércio eletrônico e seus reflexos jurídicos, sob a óptica do Direito brasileiro. Inicialmente, explica a abrangência da expressão, através de analogias com atividades comerciais tradicionais, apontando como predecessores dessa nova forma de se fazer comércio as atividades dos mascates e as vendas por catálogos. Examinam-se de forma mais detalhada as operações de compra e venda na rede e fora dela e os pagamentos efetuados através de documentos eletrônicos. Abordam-se os critérios distintivos das operações eletrônicas, quais sejam, a presença do elemento eletrônico, a ausência de suporte físico e as questões envolvendo a segurança do negócio. Por fim, verifica-se, sucintamente, o problema da divisão de responsabilidade dos vários personagens envolvidos na cadeia formada entre produtor e comprador final, e a questão da internacionalidade das operações.

## Abstract:

This paper examines the electronic commerce and its legal effects, under the approach of the Brazilian law. It begins by explaining the comprehension of the expression, making analogies with traditional commercial activities, appointing as predecessors of this new form of making commerce the activities performed by the "mascates" and "sales by catalog". It examines in a more detailed way the sales transactions - inside and outside the net and the payments made through electronic documents. The distinctive criteria of the e-commerce transactions are assessed, i.e., the presence of the electronic element, the absence of physical support and the aspects related to the safety. Finally, it refers to the problem of the division of responsibility between the various personages involved in the chain formed by the manufacturer up to the final consumer, and the international aspects of the transactions.

**Unitermos:** comércio eletrônico; compra e venda; pagamentos; documentos eletrônicos.

## Introdução.

A presença da informática marca este fim de século. Os computadores e os "chips" estão presentes nos nossos relógios, nos fogões que aquecem a nossa comida, na regulagem dos freios de nossos automóveis, nos computadores e telefones que estão sobre as nossas mesas, entre muitos outros objetos.

A presença da informática não se reduz à existência dos aparelhos, ela se estende também, sem sombra de dúvida, a outros domínios: o da transmissão de notícias e o das trocas de dados e informações. Serve também para o estabelecimento de novos canais de comunicação entre as pessoas, ensejando, assim, a criação de uma nova maneira de fazer o comércio.

Mas, ao mesmo tempo que a informática propõe novos instrumentos, as pessoas continuam a recorrer aos procedimentos tradicionais. Assim, se se pode falar em uma nova maneira em fazer o comércio, quando nos referimos ao chamado *comércio eletrônico* e aos *EDI (Electronic Data Interchange)*, também temos de recordar que a informática simplesmente permite fazer, mais depressa e eficientemente, aquilo que antes se alcançava por outras maneiras.

Com o comércio eletrônico ela traz a vitrine do comerciante até o consumidor, sem que este precise sair de sua casa ou do seu escritório para vê-la. Ao mesmo tempo o comerciante não precisa mais de um estabelecimento real, passando a usar um estabelecimento virtual.

Também nas operações financeiras, por exemplo nos pagamentos, as operações bancárias tradicionais como as transferências de dinheiro entre contas, os pagamentos, as cobranças e descontos de duplicatas e faturas - passam a ser eletrônicas, circulando pelo meio digital, e realizando, mais depressa e melhor, tarefas que as pessoas faziam por si.<sup>1</sup> A moeda escritural é, agora, digital e eletrônica.

Vamos, ainda, ver a informática usada pelos operadores da Bolsa, nas compras e vendas de títulos de crédito, inclusive automatizando as decisões, escolhendo o momento em que as vendas ou compras ocorrerão, a partir de parâmetros predeterminados.

Estas novas tecnologias, como qualquer outra atividade ou criação humana, devem se submeter ao Direito, e ser objeto de regulamentação e estudo.

---

1. Baptista, Luiz Olavo. *Transferências Eletrônicas Internacionais de Fundos*, ed. Acadêmica. USP-SP, Tese de Livre-docência.

Se elas são sujeitas às normas existentes e, por isto, afetadas pelo Direito, também o afeta de alguma forma. Exigem-lhe, pelo menos, outras maneiras de interpretar as regras e aplicá-las às situações que criam e que são novas.

As novas tecnologias são afetadas pelo Direito, porque é este que fornece o quadro para as condutas humanas que se desenvolvem. Afetam o Direito, porque este reage a situações que não haviam sido até então cogitadas e que decorrem do uso dos meios eletrônicos.

Uma reflexão sobre as atividades desenvolvidas no campo da informática e seus reflexos jurídicos, certamente, seria muito extensa. Por isso, vamos nos cingir, aqui, a apenas uma questão, a do comércio eletrônico, e sob a óptica do Direito brasileiro.

Vejamos, primeiro, o que compreende esta expressão e, delimitado o seu domínio, encaremos a sua regulamentação positiva.

#### I. Domínio das operações de comércio eletrônico

O comércio eletrônico é, de certa forma, o retorno do "mascate"

Todos nós temos a lembrança deste personagem, freqüente nos tempos coloniais, ainda existente no início do século XX, e que visitava a casa das pessoas na zona rural ou nos bairros afastados, levando mercadorias de pequeno porte, e imagens ou amostras de outras que entregaria quando encomendadas pelo comprador interessado.

O mascate não-tinha estabelecimento próprio. Ia até o comprador, e oferecia-lhe bens que, em grande parte, não-tinha em estoque e adquiriria para entregar, quando encomendados.

A especificidade da atividade comercial do mascate era a de se colocar diante do consumidor final e oferecer-lhe, verbalmente, a mercadoria, eliminando a necessidade de deslocamentos físicos deste, propondo-lhe uma variedade de bens. Do ponto de vista do Direito, entre outras características, ele era um comerciante independente, sem estabelecimento fixo, cujos contratos eram, via de regra, orais.

O comércio eletrônico retoma esta tradição, com novos meios.

O programa de acesso (*browser*) – como fazia o burro usado pelo mascate – leva o *site* do comerciante, que corresponde à mala do seu ancestral, até a casa do comprador, trafegando pelos caminhos da rede.

O comprador potencial examina as mercadorias e catálogos, e se alguma coisa lhe convier, tal como faziam seus avós com o mascate, encomenda-a, pagando contra a entrega. O contrato passado entre as partes não repousa no suporte a que nos habituamos, o papel, mas, sim, no ambiente eletrônico, circulando por meio tão-incorpóreo quanto o ar, em que os contratos orais trafegam e, permanece, residindo em memórias digitais, tão-falíveis quanto a humana.

Não é difícil prosseguir nas analogias, lembrando a semelhança entre os *electronic malls*" e as antigas feiras medievais, do tipo que ainda se vê no sertão ou no Nordeste brasileiro.

Comerciantes sem estabelecimento, como os mascates, produtores locais, e provedores de diversão, reúnem-se num local predeterminado, expondo, na mídia eletrônica, lado a lado, suas mercadorias e serviços, para maior facilidade do comprador.

Antes da rede havia a presença física dos comerciantes e do comprador face a face e as mercadorias (ao menos algumas delas) poderiam também estar ali, fisicamente; isso não é mais necessário.

Poderíamos ainda apontar, entre os predecessores do comércio eletrônico, as vendas por catálogo. O comerciante vendia por correspondência, rementendo aos compradores, em perspectiva, um catálogo, onde estes escolhiam as mercadorias, manifestando a aceitação da oferta por carta ou telefone. O pagamento se fazia pelo reembolso postal, por ordem de pagamento, ou cheque, antecipado ou contra a entrega.

Talvez o exemplo mais conhecido hoje de comércio eletrônico seja a *Amazon*. O fato de que essa livraria tem sua publicidade em quase todos os "sites" da Internet torna-a facilmente reconhecível, e lhe dá uma presença ativa. O comprador não-precisa ir até ela. Ela figurativamente "bate à porta" dos "internautas"

Examinando sua forma de agir vemos que é como a de um mascate de livros, um desses vendedores a domicílio que ainda vão aos escritórios de advocacia e ao fórum, oferecendo as novidades que trazem na mala, com os catálogos das grandes livrarias. O "ícone" ou a publicidade da *Amazon* aparece nas bordas de inúmeros sites da rede, onde um simples "clic" do mouse faz com que apareça o seu "domínio" Lá o cliente examina os livros em oferta, ou procura o que lhe convém há mecanismos para isto e escolhe o que comprar.

Várias metáforas são usadas, como a do "*carrinho de compras*" que facilitam os atos dos compradores. O cliente compra, paga com cheque ou cartão

e, pouco depois, recebe o livro, que, quando não está no estoque do vendedor, é comprado por este para a entrega ao interessado. Ou paga a mercadoria contra a entrega.

Pode-se, então, para efeitos jurídicos, comparar esta operação com uma compra por catálogo. Mas se diferencia desta pela interação e diálogo que se pode estabelecer, via Internet, seja com um computador que contém a base de dados, seja com outra pessoa, o que torna mais ilustrativa a metáfora do mascate, ou a assimilaria à compra por telefone. Logo, achamo-nos diante da figura do contrato à distância.

Uma consequência destas formas de agir é que em geral a mercadoria será entregue depois e não-retirada no ato. Isto nos traz, também, consequências jurídicas conhecidas.

Na livraria eletrônica como na compra por catálogo, ainda é preciso aguardar que o livro seja entregue, por um portador ou pelo Correio (isso, porém, até que o livro passe, também, a ser eletrônico, quando a entrega será imediata, como acontece com os programas de computador, músicas, etc). Quem sabe se não é por causa de um hábito de compras por catálogo que a *Amazon*, como outros "estabelecimentos eletrônicos" aparece nos EUA em primeiro lugar?

Não-ocorre aquilo de que os intelectuais tanto apreciam, que é o contato com o livro, objeto físico, e até o prazer de começar a lê-lo antes mesmo da compra ter-se concretizado. Isso se coaduna com o hábito norte-americano da compra de livros técnicos (e outros) diretamente do editor, por catálogo.

Como veremos, no comércio eletrônico não existem só o comerciante e o cliente. Há outros personagens.

Tal como as pessoas vão procurar os *shopping centers* para evitarem de andar muito procurando lojas e produtos, assim, também, a existência do seu equivalente eletrônico se justifica pela facilidade que terão os consumidores em encontrar os produtos que buscam.

Os "mercados eletrônicos" (*electronic shopping malls*), isto é, os domínios que reúnem um número de comerciantes, vendedores de flores, de livros, de discos, etc.,<sup>2</sup> tem um responsável. Este é um dos personagens, além do comprador e do vendedor.

---

2. O fato de que o comprador acha todo o tipo de mercadorias a partir de um mesmo local (eletrônico) é que justifica a existência dos *electronic shopping malls*.

Intervém ainda a instituição financeira que cuida do pagamento, assim como o transportador da mercadoria que a entrega, além do produtor do *software*, do provedor de acesso, dos operadores da rede e outros.

Cada um desses personagens desempenha um papel específico, e o seu relacionamento com os demais é objeto de regulamentos e contratos.

O comércio eletrônico faz-se dentro da rede, convém lembrar. Esta é a nova realidade, a existência de um novo mundo, chamado de *virtual*. Apesar da novidade, a seqüência clássica da compra e venda – oferta e procura, ajuste quanto ao preço e condições de entrega, e a formação do contrato, continua a existir. Assim também a problemática do preço, da entrega, do transporte, etc.

Os problemas clássicos da compra e venda: a qualidade do objeto, a garantia do pagamento, etc. estão presentes, da mesma forma que nas operações tradicionais.

A rede, que se desenvolveu na Internet ou o *World Wide Web*, se preferirem, deve ser objeto de nosso olhar, sob vários outros aspectos que tradicionalmente se relacionam com as compras e vendas. Por exemplo, a proteção ao consumidor e sua segurança: ou os direitos do vendedor, tendo em vista as modalidades de pagamento que ali se podem realizar.

Vejam, então, primeiro, as características das compras e vendas e, depois, as dos pagamentos.

#### A. Compra e venda

A compra e venda é a mais comum das operações do comércio. Ela veio, pela sua praticidade, substituir as trocas. Como César, "*veio, viu e venceu*" No Brasil é regulada pelo Código Comercial, de 1850.

Entretanto, não-permaneceu imune ao tempo. A compra e venda na história vem sofrendo modificações, desde as suas origens. Ritualizada com conotações religiosas do Direito Romano, foi simplificada na evolução do mesmo, laicizou-se com o tempo. Perdeu o formalismo, e, agora, através dos meios eletrônicos, parece ter sido mais simplificada. Mas seria verdade isso?

A compra e venda eletrônica, como disse, faz-se dentro da rede.

### *A compra e venda na Rede*

O procedimento é o clássico, sob o ângulo jurídico, e tem início pela oferta.

A oferta, se faz tal como nos catálogos impressos em papel, através da apresentação da imagem, das características técnicas da mercadoria (ou serviço), do seu preço, das condições relativas ao pagamento, e à sua entrega.

A colocação da mercadoria na tela do computador, como no papel do catálogo, por essa forma, do ponto de vista do Direito, assume a característica de uma oferta.

O comprador, ao vê-la, procede ao exame das características, e se o bem oferecido responder às suas expectativas, escolhe-o. Ao manifestar a sua intenção de compra, responde à oferta, por uma comunicação, feita, via de regra, por via eletrônica. Em geral, a aceitação está associada ao pagamento, este também pela mesma via.

Assim, as operações de compra e venda na rede caracterizam-se como ofertas e aceitações instantâneas, não permitindo a negociação. É claro que a Internet pode ser usada (como o telefone, ou o Correio) para as partes negociarem, nos moldes tradicionais. Mas isto não é usual, ainda que possível.

### *Fora da rede*

Há, ainda, operações de comércio eletrônico fora da Internet.

Entre estas estão as feitas nos quiosques eletrônicos, onde há um terminal escravo de computador, em que as pessoas recebem a oferta e aceitando-a fazem a compra das mercadorias ou serviços. São o equivalente dos *vendedor machines*.

É comum vermos, nos aeroportos, um quiosque eletrônico que vende um seguro de vida ou de bagagem para os viajantes, e há, nos EUA, os que vendem bilhetes de aviões.

Outros, situados em lugares de muita circulação, vendem entradas para o teatro, ou bilhetes de trem ou de metrô.

Essas máquinas fazem automaticamente a oferta, recebem e registram a aceitação e permitem que o comprador faça o pagamento, entregando o objeto do negócio, concretizando o contrato de venda e compra e a liquidação da operação.

O propósito da máquina, associado às imagens e informações exibidas na sua tela, corresponde à expressão de uma oferta da mercadoria ou serviço por parte do vendedor. O comprador, respondendo à oferta, pagará pelo bem adquirido em espécie, através de moedas ou fichas, ou de um meio eletrônico, por exemplo mediante o uso do seu cartão eletrônico de pagamentos.

## B. Pagamento

O pagamento, como se disse, se faz através de várias formas, que incluem o chamado "documento eletrônico" cujo uso é tão-grande como o dos cartões de pagamento.

Pode ocorrer diretamente ou através de um intermediário, em geral uma empresa operadora de cartões de pagamento ou de crédito. Através de uma transferência eletrônica de dados, o comerciante ou o comprador informam à operadora o valor a ser pago, o número do cartão do comprador, e o da conta do favorecido. A empresa operadora do cartão faz com que um banco efetue a transferência, cujo valor se encarrega de recuperar oportunamente. O papel não-existe, e as transferências são feitas sem a presença ou interferência humana, as pessoas agindo somente para dar partida ao processo.

### *Os cartões de pagamento*

Quando se utilizam os *smart cards*, ou cartões com memória, o comprador simplesmente digita o seu código no terminal portátil, à guisa de sua assinatura, e o pagamento é perfeccionado.

Quando o terminal (portátil ou-não) fornece uma pequena tira de papel, que reproduz os dados da operação, está apenas atendendo à sua segurança psicológica e entregando ao usuário um lembrete daquilo que foi feito.

A operação já está realizada, os pagamentos já estão feitos, e os efeitos jurídicos alcançados, sem que se tenha necessidade de papel, que não-vale como prova. O papel aí é apenas uma lembrança do passado, com efeitos tranquilizadores para o usuário.

Ainda subsistem os cartões com tarja magnética, cujo portador deve firmar uma confissão de dívida. Esta, entretanto, é cautela suplementar, porque a operação se fez, como a outra, no mundo eletrônico.

No caso de recurso à cartões de pagamento ou de crédito, o pagamento se faz a partir do estabelecimento de crédito, seja através da utilização de caixas eletrônicos ou terminais portáteis ou fixos situados no estabelecimento do credor.

O cartão é emitido vinculado a uma conta-corrente, isto é, ele depende da existência do crédito do portador. Assim, ele é uma versão moderna da carta de crédito rotativa. Ou modalidade eletrônica da antiga letra de câmbio, que permite à pessoa efetuar saques, totais ou parciais, contra um crédito que possui frente ao estabelecimento sacado, neste caso o emitente do cartão.

Então, o cartão poderá ser utilizado tal como acontecia com a antiga letra de câmbio - de duas formas diferentes.

Uma delas é pela sua apresentação a qualquer estabelecimento de crédito ou ao do emitente, para efetuar um saque. A palavra estabelecimento pode referir-se ao tradicional, mas, na prática, é o ATM (*Automatic Teller Machine*), o nosso "caixa eletrônico" pertencente a um banco ou a uma rede (como o "Caixa 24 Horas"), que presta serviços a vários bancos. Pode-se ter até mesmo a "agência eletrônica" em que várias "caixas eletrônicas" atendem à freguesia.

Nesse caso, o cartão serve para o saque, que é feito contra a conta-corrente do interessado. Ele serve, também, para identificação, associado ao código ou à assinatura do portador. Como acontecia nas letras de câmbio, o sacado pode e deve ter o cuidado de exigir do portador a sua identificação, antes de pagar.

É por isso que os cartões trazem no seu verso, com a tarja magnética, a assinatura do portador, ou então, quando tem memória, para seu manuseio é preciso a introdução de um código, que faz às vezes de "assinatura eletrônica"

Todavia, numa outra forma de utilização, o estabelecimento de crédito pode não estar dispensando dinheiro diretamente ao portador do cartão. É quando recebe uma ordem de transferência de crédito de uma conta para outra, e é o que acontece na utilização de terminais portáteis.

O portador do cartão, ao efetuar uma compra, apresenta-o ao comerciante. Este cartão é introduzido num terminal portátil, ou num terminal local, e nesse aparelho o comerciante coloca os dados relativos à sua conta e ao valor da operação feita. Por sua vez, introduz também os dados do cartão do comprador. Se este for o chamado *smart card*, o comprador dará uma assinatura eletrônica; se ao contrário, o cartão for simples, apenas com a tarja magnética, o comprador portador apenas assinará um recibo. Este recibo assinado é um comprovante do pagamento feito para evitar a negativa.

Na verdade, no momento em que o estabelecimento comercial fez o lançamento no caixa eletrônico, a operação já se concretizou. Já passou o tempo em que, ao fim de cada semana ou cada mês, conforme o sistema adotado, os comerciantes e prestadores de serviços deviam dirigir-se ao emitente dos cartões de crédito ou pagamento para pedir o crédito das transações feitas, apresentando os respectivos boletos. Isto agora se faz automaticamente ou, como se diz, *on line*, momento a momento.

Aí, o cartão de pagamento ou de crédito perde a sua natureza de letra de câmbio ou de carta de crédito, para se tornar instrumento de pagamento, documento eletrônico.

### *O que é o documento eletrônico?*

O documento eletrônico é o correspondente a uma ordem de pagamento ou transferência, emitida sobre papel. Ele é o documento que determina ao banco que faça a transferência de um valor, de uma conta para outra.

Pode ser emitido pelo banco a pedido do cliente, formulado no balcão deste banco. Tem início, neste caso, em geral, através de um documento escrito. É a fórmula mais antiga, e primitiva, porque exige a ida do cliente (ou seu preposto) até o banco. É prática que tende a desaparecer.

No caso do comércio eletrônico ocorre por meio de telecomunicação, seja a Internet, sejam os sistemas de acesso direto fornecido pelos bancos, através de linhas telefônicas, dedicadas ou-não. Aí não se necessita o suporte de papel, pois é a mídia eletrônica que recebe e registra o ato de vontade do agente e concretiza-o.

Serve para efetuar pagamentos, singulares ou repetitivos. Aí também, a função da informática é a simplificação e o diligenciamento das operações.

A emissão da ordem pelo cliente faz, automaticamente, com que todos os trâmites para a transferência do valor, da sua conta para outra, ocorram. O computador assume as funções que, antes, eram de funcionários do banco; cumpre a tarefa que lhes caberia, para fazer a transferência dos fundos de uma conta para a outra, efetuando os lançamentos contábeis (eletrônicos) cabíveis. No caso do comércio eletrônico, será da conta do comprador para a do vendedor. Fá-lo-á através da rede, (com os riscos da comunicação à distância, que vão ser discutidos mais adiante) ou agirá através de um terminal com o programa específico que o banco lhe fornece.

Esta fórmula faz com que o crédito e o débito sejam, do ponto de vista do tempo subjetivo do operador, instantâneos e simultâneos. Entretanto, do ponto de vista do tempo real, que é o da máquina, a operação não é instantânea, pois há uma sucessão temporal de eventos, mediando apenas alguns nano segundos entre um e outro. Mas é fração de tempo imperceptível para as pessoas.

Nesses casos, há problemas jurídicos envolvidos, que espelham os encontrados nas compras e vendas feitas antes do advento dos meios eletrônicos.

O problema da lei aplicável às operações, tanto do ponto de vista temporal quanto do ponto de vista espacial, o problema das responsabilidades pelo processamento do documento, pelas emissões e pelos erros. Todos eles encontraram no passado uma resposta no Direito.

Estas operações, e isto é importante recordar, incluem as transferências eletrônicas de fundos. Estas ocorrem entre bancos e entre contas.

A moeda é escritural, mais ainda, é escritural eletrônica. Por isso, é preciso o uso dos meios eletrônicos para que exista. As transferências se fazem quer para uso bancário, isto é, na compensação de contas que fazem os bancos entre si ou nos acertos que fazem uns com os outros em relação às operações que tenham praticado, operações de câmbio, operações de redesconto recíproco, etc.

Muitas das transferências de fundo, entretanto, são feitas para atender ordens da clientela, e por sua conta. De um momento para outro os valores vão de um banco para outro, de uma conta particular para outra. Aí se ultrapassa a compensação para se chegar à transferência efetiva. Entretanto, o procedimento é similar ao da compensação.

Estas transferências são entre contas do mesmo titular ou contas de diferentes titulares. Entre as contas do mesmo titular, do ponto de vista jurídico, não apresentam grandes preocupações.

Afinal, a divisão entre diferentes contas, sob a mesma titularidade, é desinteressante do ponto de vista do direito e patrimonial, pois tudo fica dentro da mesma esfera de propriedade.

É quando os titulares são diferentes que as operações passam a ter maiores consequências jurídicas. Está-se, aí, na presença de dois universos patrimoniais, cada um deles afetado a uma pessoa diferente.

Nesse caso, temos de nos preocupar com a responsabilidade do banqueiro que se subdivide e espraia. O erro pode ter consequências de maior gravidade que no outro caso. Por seu lado, esse tipo de transferência, implicando em

variações de ordem patrimonial, deve ter uma justificativa lícita no mundo do Direito.

Como se viu, todas essas operações têm características próprias e que não-chamam a nossa atenção sob o ângulo do Direito, mas que são instigantes sob o aspecto de novidade técnica e operacional.

Haverá critérios que permitem distinguir as operações do comércio eletrônico das tradicionais?

## II. Critérios Distintivos

A presença do elemento eletrônico é a novidade do ponto de vista da estrutura jurídica e econômica, em todas essas operações, que já existiam antes.

O que é novo, nelas, é o uso dos meios de comunicação à distância, e o fato de que estes são eletrônicos, não a sua finalidade ou estrutura.

Inova-se no sentido de que o suporte material dos instrumentos deixou de ser o papel, para ser um meio magnético, optomagnético, ótico, digital.

Aí, acontece o que apontamos no início deste texto: o retorno a uma situação semelhante a da oralidade, e a necessidade de repousar sobre memórias tão-falhas quanto as humanas.

### A. Presença do elemento eletrônico

Esta é a novidade em todas essas operações que, não fora isso, seriam tradicionais, do ponto de vista do Direito.

Entretanto, algumas modificações em relação ao *modus operandi* também são novidades.

Elas consistem, principalmente, no fato de que muitas tarefas, que antes dependiam de seres humanos para sua execução, agora passam a ser feitas pelos próprios aparelhos. Pode-se dizer que nelas a presença humana foi descartada. É bem verdade, entretanto, que a ação das máquinas é desencadeada pela atividade de alguém que as programou ou que as aciona.

Daí podem decorrer, como decorrem, conseqüências importantes, imprevisíveis. Todos se recordam que um dos "crashes" ocorridos na Bolsa de Nova York, a célebre "terça-feira negra" foi devido, em parte, à execução automática pelos computadores das grandes sociedades corretoras de vendas sucessivas de

títulos a preços cada vez mais baixos, derrubando as cotações. Com efeito, as máquinas estavam programadas para efetuar vendas, quando a cotação das ações baixasse um certo percentual ou superasse um certo volume. No momento em que uma delas começou a vender mais baixo, as outras máquinas, programadas da mesma maneira, passaram a vender do mesmo modo. O efeito cumulativo de uma venda sobre as outras, atirou os preços da Bolsa para baixo, antes que os operadores pudessem descobrir o que estava acontecendo e intervir (é bem possível que isto não venha a se repetir, porque a falha detectada seria logo sanada). Do ponto de vista do Direito cabe notar que essas operações nem por terem sido realizadas automaticamente eram inválidas, e apesar de serem virtuais os prejuízos, decorrentes das vendas eletrônicas, foram muito reais economicamente.

A presença física das pessoas foi desnecessária para que essas operações, bem ou malsucedidas, tivessem ocorrido, e os proprietários das ações perdessem dinheiro.

Isto nos leva à preocupações na ordem jurídica.

Uma delas é a de especular se operações de compra e venda desse tipo, poderiam ou não ser consideradas como contratos válidos, já que aí não houve manifestação da vontade.

Entretanto, pode se argumentar, e o argumento parece sólido, que a vontade foi manifestada de modo genérico, universal, da mesma forma que estaria sendo a de alguém que anunciasse que compraria todos os animais soltos que aparecessem em determinada cidade. Não é necessário que para cada animal apresentado ao comprador haja uma oferta, para que ocorra o contrato. A oferta genérica vale para todos.

Outro argumento é o de que a manifestação de vontade ocorreu quando a máquina foi programada para produzir determinado resultado, e posta em marcha. Seria o mesmo que usar um gravador para ficar repetindo ofertas de produtos a pessoas que passassem diante de uma vitrine. A gravação seria o instrumento para a expressão da vontade, como o é a programação da máquina.

O argumento contrário é de que a programação se faz numa linguagem que o utilizador do programa em geral desconhece - a chamada linguagem de máquina e não poderia, assim, vir a exprimir sua vontade. Mas, basta refletir que, como ele conhece as conseqüências do programa, isto é, o resultado que dele se espera, isso bastaria para servir como meio para manifestar a sua vontade.

Como se vê, o esquema tradicional de oferta e aceitação, com tudo o que implica juridicamente, continua a existir. As similitudes com as operações tradicionais, entretanto, não-afastam a inovação no *modus operandi*.

Aí é que as diferenças com as operações tradicionais vão aparecer

B. Diferenças entre as operações comerciais tradicionais e as eletrônicas

Elas se destacam em dois aspectos.

Um, o recurso a novos meios de comunicação e expressão, que dispensam a necessidade do papel como suporte físico para os atos praticados, e outro, quanto à desnecessidade da presença das pessoas em atos que são automatizados.

A automaticidade implica não-só na desnecessidade da presença física das partes, como também na do suporte documental da tradição, o papel.

O recurso a novos meios e a ausência de intervenção humana em muitos atos são as diferenças significativas entre as operações tradicionais e as eletrônicas que merecem ser vistas mais de perto.

### *Elementos novos*

Como se disse, a ausência de suporte físico é o primeiro dos elementos inovadores do comércio eletrônico. Paradoxalmente, reconduz-nos à fase mais primitiva do Direito, quando a palavra escrita não-existia, e predominava a oralidade.

### *Ausência de suporte físico*

As mudanças implicaram na adoção de uma regime jurídico especial no que concerne à prova e ao modo de exprimir e confirmar a vontade das partes. Opera-se verdadeira volta a uma oralidade, somente o meio deixa de ser o ar para ser o eletrônico.

*Aspecto formal, exteriorização, suporte*

O próprio nome, comércio eletrônico, está a indicar que as operações se desenrolam nesse meio, onde o suporte mais permanente das informações é magnético (disquetes, discos rígidos, fitas, etc.), ou discos optomagnéticos ou óticos (os CDs). A memória dos computadores é volátil, e não-serve para arquivar funciona como um quadro negro para cálculos e gráficos que são apagados para um novo uso.

Na regulação jurídica deste aspecto dos negócios feitos por computador, o foco é na chamada desmaterialização do negócio. Isto é, o instrumento a que nos habituamos, o papel, não é mais utilizado.

Se, como dizia Mc Luhan, "*o meio é a mensagem*" é no meio eletrônico que a mensagem circula. Circula e é arquivada numa linguagem que não é a nossa, mas a da máquina, ilegível para as pessoas comuns, dificilmente compreendida pelos especialistas. Para ser compreendida e manuseada recorre-se a "traduções" as chamadas "linguagens de alto nível"

Para complicar mais as coisas, há vários tipos de "*chips*", em torno dos quais se constróem os computadores, e cada um tem uma série de instruções que exigem um sistema operacional e um dialeto ou linguagem próprios, deles ou de sua família (Intel, RISC, etc.).

O fato de se usar um meio novo, cuja fiabilidade ainda não se avaliou plenamente, faz com que a resistência às mudanças se associe à ignorância para provocar rejeição.

Ela levou ao questionamento da validade dos registros eletrônicos como prova do negócio (associada às dúvidas quanto à existência e validade da assinatura, e a segurança das operações).

De certa forma, como disse, retornamos à oralidade do negócio. Entretanto, essa não se coadunava com a complexidade crescente dos negócios. Por isso, desenvolveu-se, progressivamente, uma estrutura formalista que respondia e responde às necessidades jurídicas de facilitar a prova da existência e o teor do negócio.

Este formalismo, que foi tão-útil por séculos, se choca, agora, com a desmaterialização típica do negócio eletrônico.

As respostas a esta situação são várias, e vão daquelas menos inspiradas, que consistem no envio posterior do papel, confirmando a realidade do

negócio já feito, até a criação dos chamados "cartórios eletrônicos" empresas que assumem a tarefa de certificar a existência de contratos, a autenticidade de assinaturas, ou a comprovação da emissão de ordens de pagamento.

### *A segurança do negócio*

A primeira e principal preocupação apresentada por vendedores e compradores está na segurança do negócio. Todo o comprador quer ter certeza que, pelo preço que pagou, receberá a mercadoria que escolheu. Ela também é necessária no comércio eletrônico.

A segurança do comércio eletrônico deve ser encarada sob o foco de quatro tipos diferentes de negócios. Dois são novos: os pagamentos feitos com os cartões de crédito e transferências eletrônicas de dinheiro, e os negócios relacionados à infra-estrutura do comércio eletrônico.

Já o terceiro e quarto enfoque dos negócios feitos entre empresas e dos realizados entre uma empresa e um consumidor apenas colocou em evidência alguns aspectos, existentes também nas operações anteriores ao advento da informática.

Em todas essas modalidades a segurança depende de dois fatores.

Primeiro, a comprovação da identidade das partes onde, embora o problema esteja muito mais ligado à tecnologia do que ao Direito, este tem o seu dizer.

Começa pelo fato de que, pela teoria da aparência, e por meio de contratos, é possível estabelecerem-se nexos causais e responsabilidades nas operações eletrônicas.

Existe também o problema da fraude. Esta pode decorrer da ação de um comerciante inescrupuloso, de um operador desonesto ou de um imprevidente que facilite a terceiros a prática de crimes relacionados com a segurança da rede, seja o roubo de assinaturas eletrônicas, ou o seu uso indevido nos negócios. Isto para não falarmos, também, dos problemas causados pela má-fé de algum pretenso consumidor, usando identidade e senhas alheias.

Outro problema é o da divisão das responsabilidades. Com efeito, na cadeia que se forma do produtor até o comprador final, intervêm vários personagens, a que já nos referimos: o negociante que fez a oferta através da rede; aquele que deu abrigo ao seu estabelecimento eletrônico, o conhecido "provedor"; e também as entidades que asseguram o transporte dos dados de um para outro lado, assim como

o "provedor de acesso" do consumidor. Intervirá, ainda, sem sombra de dúvida, o banco ou instituição financeira que efetuará o pagamento. Este também relacionar-se-á com aqueles que fornecem as linhas ou instrumentos pelos quais se transfere a informação, e o provedor ou provedores do comerciante e do consumidor, envolvidos no negócio.

Para cada uma dessas partes que intervém, direta ou indiretamente, no negócio eletrônico há uma problemática jurídica.

Do ponto de vista dos provedores, a responsabilidade decorre do seu dever de zelar para que o *site* daquele que se vale dos seus serviços não seja invadido pelos criminosos eletrônicos ou mesmo por curiosos. Deve proteger não-só a confidencialidade dos negócios como sua segurança, sob pena de o comerciante se ver saqueado, ou os consumidores defraudados.

Terá também o dever de assegurar, além da integridade e da confidencialidade do *site*, a qualidade dos serviços utilizados, a velocidade, a correção e a integridade dos dados, e a conservação dos mesmos por um longo tempo.

Responderá, também, perante as autoridades do país em que se situa, pelas restrições de ordem pública a que tiver que fazer face.

Do ponto de vista do transportador de dados, isto é, aquele que fornece os meios pelos quais os dados circulam, ou que se encarrega de fazer tramitar os dados de um computador para outro (companhias telefônicas, operadoras de cabos, cogita-se mesmo nas companhias produtoras de eletricidade, cuja fiação poderia ser utilizada, usando-se critérios mais modernos, ou redes de satélites de telecomunicação), esse assume o dever de proteção e sigilo dos dados, enquanto transitarem sob sua responsabilidade, assim como o da garantia da integridade e da velocidade de transmissão. São responsáveis pelos acidentes e incidentes que ocorrerem nesse trajeto. Entretanto, muitas vezes a sua atuação se fará de fora das fronteiras do país em que se situam ou o comprador ou o vendedor, ou ambos.

Então, os fornecedores de serviços estão sujeitos à lei do país em que se situa a sua sede ou em que estão os dispositivos que utilizam para a transmissão de dados, mas terão também de se sujeitar às restrições de ordem pública do país para qual os dados são destinados.

Com efeito, não seria admissível em certos países, por exemplo nos países muçulmanos, a transmissão de dados que venham a violar os preceitos da

religião ali dominante. Há proibições severas, incidentes sobre imagens e fatos que podem ser exibidos.

Os riscos também podem decorrer de restrições que são colocadas pelo seu próprio país de origem. Por exemplo, um provedor norte-americano, por cujos computadores transitasse uma mensagem de uma pessoa qualquer eventualmente até mesmo situada fora dos EUA , e que transmitisse para um terceiro -, também não-residente, domiciliado, nem presente nesse país - informação que tivesse implicações para a segurança nacional daquele país, poderia ser objeto de sanções. O exemplo mais clássico refere-se aos algoritmos de criptografia.

#### *Internacionalidade das operações, implicações jurídicas*

A internacionalidade presente em quase todas as transações eletrônicas acrescentará mais uma complicação no campo do Direito.

Realmente, as regras tradicionais do conflito de leis não teriam como ser aplicadas, de modo prático e eficaz, nas novas situações que aparecem:

*Aonde se situa a operação eletrônica?*

*No computador que faz a pergunta ou naquele que dá a resposta?*

*No que registra o teor do contrato ou no que o arquiva?*

Todas estas são questões a discutir e que infelizmente os limites de tempo nos impedirão de examinar.

São Paulo, janeiro de 1999.

## O DIREITO DE RECESSO NO DIREITO BRASILEIRO E NA LEGISLAÇÃO COMPARADA\*

*Newton De Lucca*

Professor Associado do Departamento de Direito Comercial  
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

### Resumo:

Versa o presente trabalho sobre o direito de recesso no Direito brasileiro, com ligeiras incursões na legislação comparada acerca da matéria. Após as necessárias considerações introdutórias sobre o enquadramento do tema e acerca da análise que se pretendeu desenvolver, passou-se a examinar o conceito e a função do direito de recesso, seguindo-se com o breve cotejo da legislação comparada. Alude-se, em rápidas linhas, ao direito de recesso na sociedade por cotas de responsabilidade limitada, para se chegar, depois, à Lei n. 6.404/76, disciplinadora das sociedades por ações no Brasil. Embora já expressamente revogada, a Lei n. 7.958/89 — alcunhada "*Lei Lobão*" — não poderia deixar de ter sido analisada em razão da enorme celeuma por ela causada no mundo jurídico. Finalmente, embora de forma sintética, foram referidas as modificações operadas sobre o direito de recesso com o advento da recente Lei n. 9.457/97, tendo em conta a política macroeconômica do Governo Federal com as privatizações. Concluiu-se a presente exposição com bibliografia especializada sobre a matéria versada.

### Abstract:

This work refers to the right to withdraw afforded to the dissenting shareholder or quotaholder by Brazilian law, and also presents some considerations about the theme in comparative law. After a preliminary presentation of the subject and of the analysis we intend to develop, the concept and function of the right to withdraw are examined. Further, we present a brief collation of comparative law. In a few lines, we address the right to withdraw in a Brazilian counterpart of the limited liability company, and then examine that right under Law n. 6.404/76, Brazilian corporate law. Though expressly revoked, we also examine Law n. 7.958/89 (also known as "*Lobão Law*", after the Congressman who proposed the respective bill), due to the great amount of divergence it caused in Brazilian legal community. Finally, although synthetically, we mention the modifications occurred in the right to withdraw as a result of the advent of recent Law n. 9.457/97, enacted within the Federal Government macroeconomical policy regarding the

---

\* Texto básico da palestra proferida em Curso sobre Direito Societário promovido pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, no dia 09 de novembro de 1998.

privatization process. As a conclusion, a specialized bibliography about the explained subject is presented.

**Unitermos:** direito de recesso; legislação comparada; sociedade por cotas de responsabilidade limitada; leis vinculadas ao direito de recesso.

Sumário:

I. Considerações introdutórias. II. Conceito e função do direito de recesso. III. O direito de recesso na legislação comparada. IV. O direito de recesso na sociedade por cotas de responsabilidade limitada. V. O direito de recesso na Lei n. 6.404/76. VI. O direito de recesso na Lei n. 7.958/89 (a malfadada "*Lei Lobão*"). VII. O direito de recesso na Lei n. 9.457/97. VIII. Bibliografia.

I. Considerações introdutórias.

Discorrer sobre o direito de recesso, ainda que de forma meramente panorâmica, nos limites de uma única palestra, constitui um daqueles desafios que só podem empolgar os mais corajosos. Espíritos não-afeitos à audácia ou à astúcia, incapazes de empreendimentos difíceis ou que estejam além de suas próprias forças — como há de ser lastimavelmente o meu — não são os mais indicados para tal tarefa...

Reconheço que, no presente caso, tentei reunir toda a audácia que ainda me restava para tentar levar a cabo essa empresa, sem perder de vista, por certo, aquela sábia advertência, atribuída a Lord Chesterfield, de que a astúcia parece ser o sombrio santuário da incapacidade<sup>1</sup>...

Com efeito, há que se ter, sobretudo, para tema tão-vasto a ser enfrentado em algumas poucas horas, um sentido espantoso de resposta às interrogações de natureza mais complexa, além de um poder, deveras especial e quase sempre raro em nosso meio, de captação imediata do âmago das coisas.

Tantos são os aspectos polêmicos desse direito e tantas são as matérias que poderiam ou deveriam ser tratadas por quem se proponha a dissertar sobre elas,

---

1. Dentre tantas frases de espírito a esse autor atribuídas, tomamos a liberdade de relembrar mais esta: "*A única coisa que desejo quanto ao meu enterro é não ser enterrado vivo.*"

que o talento para sintetizá-las há de estar, efetivamente, muito além do que o simples esforço deste expositor pode oferecer.

De toda sorte, a maior de todas as coragens, como já se disse algures, é a de assumir responsabilidades. E a esta última, por razões de variada ordem, eu não desejava me esgueirar à sorrelfa, posto ser grande e antigo o meu carinho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, que organiza este curso.

Princípio por dizer que o art. 109 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, disciplinadora das sociedades por ações no Brasil, estabeleceu os chamados direitos *essenciais* — também conhecidos por direitos *intangíveis*, *fundamentais* ou *inderrogáveis*<sup>2</sup> — do acionista.

Dispõe ele que:

*"Nem o estatuto social nem a assembléia geral poderão privar o acionista dos direitos de:*

*I – participar dos lucros sociais;*

*II – participar do acervo da companhia, em caso de liquidação;*

*III – fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais;*

*IV – preferência para subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos arts. 171 e 172;*

*V – retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei.*

*§ 1º As ações de cada classe conferirão iguais direitos aos seus titulares.*

*§ 2º Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembléia geral"*

Verifica-se, pois, numa primeira aproximação com o tema, que o direito de recesso se insere no âmbito desses direitos essenciais ou intangíveis, consoante a expressa disposição do inciso V do art. 109 retrotranscrito.<sup>3</sup>

---

2. Segundo as Cortes de Justiça norte-americanas, constituem *vested rights* aquelas prerrogativas dos acionistas que não podem ser derogadas.

3. Sobre a insuficiência e os perigos de tal inserção, cf. logo mais adiante no texto principal.

Assim como, no plano constitucional, foram criados os direitos e garantias individuais<sup>4</sup> quanto à forma de coartar os abusos de poder dos governantes, poder-se-ia dizer, analogamente, que os direitos essenciais do acionista, em certo sentido, foram declarados para conter os atos de abuso de poder por parte dos controladores, consoante vislumbrado por Luis Gastão Paes de Barros Leães:<sup>5</sup>

*"Assim, à semelhança dos direitos individuais dos cidadãos, cuja inviolabilidade é assegurada pela Constituição Federal (art. 153),<sup>6</sup> a Lei de Sociedades Anônimas firma o elenco dos direitos essenciais dos acionistas, assegurando-lhe a intangibilidade, de maneira expressa e taxativa. Esses direitos, somados a poderes, ônus e obrigações atinentes aos acionistas, compõem o chamado status socii, que se define como a posição do sócio dentro da coletividade social, e pressuposto comum e constante de tais direitos e deveres."*

Na mesma linha, doutrina José Rubens Costa,<sup>7</sup> *in verbis*:

*"...Se é certo que os direitos individuais do cidadão decorrem do Direito Natural, não menos certo é que a noção de Direito Natural é muito imprecisa e necessita, por conseguinte, de uma regulamentação de Direito Positivo, para que se determine quais são estes direitos naturais inerentes à condição humana. Da mesma forma, portanto, o Direito Positivo cataloga os direitos essenciais de cada acionista dentro da sociedade, como inerentes à sua condição, ao seu 'status' de sócio."*

---

4. A doutrina constitucionalista distingue, com razão, os *direitos* individuais das *garantias* individuais, conforme já apregoara o nosso grande publicista da primeira República, Rui Barbosa ("*A Constituição e os Atos Inconstitucionais*", Rio de Janeiro, 2ª ed., p. 189). Mais modernamente, engendrada como modalidade autônoma, mas decorrente das garantias constitucionais mencionadas, fala-se em *garantias institucionais* cujo estudo aprofundado é devido ao jurista alemão Carl Schmitt. Para uma ampla e percuciente investigação, entre nós, cf. Paulo Bonavides, "*Curso de Direito Constitucional*", 6ª ed., Malheiros, Capítulo 15, pp. 481 e ss.

5. "*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*", Saraiva, 1980, § 214, p. 216.

6. O autor referiu-se, evidentemente, à Constituição Federal vigente à época em que foram escritos os seus *Comentários* (CF de 1967, com a redação da Emenda Constitucional de 1969). A referência atual seria, como se sabe, ao art. 5º

7. "Sociedades anônimas. Direitos essenciais dos acionistas", *Revista Forense* 270-567, n. 2, 1980.

As expressões numa primeira aproximação com o tema e em certo sentido, linhas atrás utilizadas, denotam a nossa preocupação de, independentemente de maiores aprofundamentos doutrinários, prefixarem-se conceitos rígidos e peremptórios, de ranço marcadamente positivista, sem margem às construções exegéticas de qualquer espécie...

Tal procedimento, na verdade, nos parece extremamente nefasto pelo seu caráter obliterado e reducionista, posto que o direito de recesso, como tantos outros institutos jurídicos, não pode ser adequadamente entendido se analisado exclusivamente sob o prisma das disposições legais que o consagram.

Daí a importância decisiva de nos determos, no item subsequente, na análise não apenas do conceito do direito de recesso, mas também da função que o mesmo é chamado a desempenhar, a fim de que não se tirem ilações indevidas, a partir de conceituações prévias, que desviam o intérprete da exegese sistêmica do instituto em estudo.

Deveras, o direito de *recesso* ou de *dissidência* do acionista — pela nossa lei epigrafiado como *direito de retirada* — é matéria que vem dando margem às mais calorosas discussões. Nem poderia ser de outra forma. Situa-se ela, talvez, no epicentro dos conflitos entre acionistas controladores, de um lado, e acionistas minoritários, de outro.

Já se disse, com propriedade, que o instituto do recesso reflete a tensão permanente entre os interesses individuais dos sócios e as necessidades de desenvolvimento da empresa; não se pode condenar o acionista a permanecer em uma empresa que não-atende mais aos seus interesses. A legislação visa proteger esse acionista e permitir que ele se desligue da "nova" companhia, pela qual ele não se sente mais atraído.<sup>8</sup>

A par das discussões essencialmente jurídico-doutrinárias sobre a natureza desse direito — em princípio a de um *negócio jurídico* que produz a extinção da relação jurídica entre o acionista e a companhia, caracterizando-se por ser *manifestação unilateral de vontade* ou *reclamação*, na voz sempre autorizada de Pontes de Miranda<sup>9</sup> — e inserindo-se ele, a nosso ver impropriamente, no quadro dos direitos individuais dos acionistas, o caráter eminentemente ideológico desse

---

8. Cf. Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, "A Lei das S.A.", Rio de Janeiro, Renovar, 1966, v. II, p. 339.

9. *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, t. L, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1984, § 5.328, 2, p. 342.

direito torna-se indisfarçável, bastando, para tanto, que se recorde as vicissitudes por que passaram aqueles direitos individuais dos acionistas (*Sonderrecht*), consagrados no BGB alemão do final da centúria passada, mas duramente castigados durante o período nazista, em que foi editada a *Aktiengesetz*, de 1937

Assim, é certo que o direito de recesso — como acontece, sobretudo, com o direito de voto — acompanha, de certo modo, a evolução democrática das sociedades anônimas e sua posterior involução atual para um caráter predominantemente aristocrático, como nos demonstra a doutrina mais autorizada a respeito da matéria.

Modesto Carvalhosa,<sup>10</sup> por exemplo, em epígrafe a que denominou "*Involução política refletida na Lei n. 6.404, de 1976*", assinala com a costumeira propriedade:

*"Temos, assim, que as Leis n. 6.404, de 1976, e n. 9.457, de 1997, não-somente deixaram de evoluir com referência à lei de 1940, como involuíram profundamente no que respeita ao principal direito do acionista, qual seja, o de participar das deliberações sociais em assembléia geral.*

*A Lei n. 6.404, de 1976, não-pode ser alinhada na concepção democrática da sociedade anônima, fundada no contrato social, em que o voto é o principal instrumento de participação e de representação social"*

Já Rachel Sztajn,<sup>11</sup> após assinalar as diferenças existentes em matéria de direito de recesso no plano do Direito Comparado, mesmo no que se refere às "*legislações pertencentes a uma mesma família*" assevera que "*a suspeita de que o direito de recesso não constitui instituto voltado para a tutela de minoritários — torna-se mais e mais intensa e impõe a busca de outra hipótese*".

Apesar de aceitar a idéia de que as relações entre a maioria e a minoria acionárias são, efetivamente, a "*pedra de toque de qualquer sistema de sociedades*" conclui a referida professora que:

---

10. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 2, Editora Saraiva, 1997, p. 283.

11. "O direito de recesso nas sociedades comerciais", in *Revista de Direito Mercantil* n. 71, Julho-Setembro/1988, pp. 50 a 54, especialmente p. 51.

*"Ora, aceita essa afirmação, se o recesso for direito voltado para a tutela de minorias, deveria estar presente em todas as legislações, independentemente do sistema jurídico, pois a questão maioria/minoria não é própria apenas do Direito brasileiro".*

Aurelio Menéndez Menéndez,<sup>12</sup> depois de assinalar que a concepção democrática da sociedade anônima, enquanto forma de grande empresa, entrou em crise com a tendência de concentração e de unificação do poder, acelerando-se cada vez mais, dado que a necessidade de se assegurar a maior eficácia possível à gestão da empresa social fez com que o poder se deslocasse para os chamados órgãos da administração, tece as seguintes considerações:

*"Si es ésta la realidad, es natural que nos preguntemos sobre el sentido que desde esta perspectiva puede tener la diferenciación entre accionistas de control y accionistas inversores de fondos, o si se quiere, para seguir recordando las ideas expuestas, sobre el sentido que tienen las acciones sin voto. Parece que por este lado la respuesta no es dudosa: las acciones sin voto significarían que en una buena parte lo que era la piedra de toque de la organización del poder queda suprimida. En otros términos, que frente a una sociedad anónima de base democrática, con el voto del socio como origen de todo poder y la soberanía de la junta como principio cardinal de su estructura, caminamos hacia una sociedad anónima que, volviendo en cierto modo — sólo en cierto modo — a lo que fue en sus orígenes, trata de suprimir el voto del accionista y de constituirse sobre una base más bien oligárquica, fundada en el dominio de los socios que aspiran a participar en la administración y en el poder de gestión concentrado en los órganos de dirección y las minorías de control. Pero desde este momento decae o desaparece el instrumento de defensa del accionista en forma particularmente aguda. Y el Derecho que, como la Naturaleza — según una feliz expresión — 'tiene horror al vacío', buscará, sin duda, los mecanismos compensadores al poder liberado de los administradores y los equipos de dirección"*

---

12. "Ensayo sobre la evolución actual de la Sociedad Anónima", Cuadernos Civitas, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1974, p. 38.

De minha parte, não-posso deixar de me manifestar a respeito de tema tão-apaixonante, na feliz expressão de Paulo Salvador Frontini.<sup>13</sup> O direito de recesso sempre foi — e continua a sê-lo no presente — um convite permanente à reflexão. Não que me revolva o peito, é claro, a esperança íntima de dar alguma contribuição em matéria sobre a qual já se pronunciaram as mais autorizadas vozes no mundo do Direito.

Além do mais, opiniões isoladas não-alteram o curso natural das coisas, máxime quando expressas nos acanhados limites de uma simples palestra...

De toda sorte, estou pessoalmente convencido de que o conteúdo do direito de recesso não se confunde, efetivamente, com a essência dos chamados direitos individuais ou intangíveis do acionista, resultando daí, talvez, a melhor explicação para a sua assimetria entre as mais diversas legislações e mesmo para a sua completa inexistência em algumas outras.

E não se confunde pela simples e boa razão de que entre os direitos individuais dos acionistas estão albergados direitos de natureza absolutamente diversa.

Mostrou-o, com a precisão admirável de sempre, Fábio Konder Comparato,<sup>14</sup> destacando tanto a existência de *direitos materiais*,<sup>15</sup> com a finalidade voltada à obtenção de bens econômicos, quanto a de *remédios jurídicos*,<sup>16</sup> estes consubstanciados nos meios ou recursos de realização ou de proteção daqueles direitos materiais.

Esclarece, igualmente, o preclaro professor, que alguns dos direitos individuais dos acionistas correspondem a prerrogativas essenciais do sócio, independentemente do tipo de sociedade mercantil, pois tais prerrogativas seriam inerentes a qualquer sociedade, podendo-se afirmar que, sem aquelas, não existiria esta última. Exemplifica o citado mestre "com o caso paradigmático do direito de

---

13. *Revista de Direito Mercantil* n. 86, pp. 71 e ss., especialmente p. 75.

14. "Valor de reembolso no recesso acionário", *Revista dos Tribunais*, v. 563, pp. 48 a 56.

15. Por exemplo, o direito de participação dos lucros sociais (inciso I) e o direito de participar do acervo da companhia, em caso de liquidação (inciso II), ambos do art. 109 da Lei n. 6.404.

16. Por exemplo, o direito de fiscalizar, na forma prevista na lei, a gestão dos negócios sociais (inciso III do art. 109).

participar dos lucros sociais, com a correlata regra da nulidade das sociedades leoninas" estas previstas no art. 288 do Código Comercial.<sup>17</sup>

E nos completa Comparato:<sup>18</sup>

*"Já o mesmo não ocorre quando o direito individual é reconhecido em lei unicamente para a proteção do interesse minoritário, a modo de contrapeso ao princípio do governo social pela maioria. Exatamente porque não se cuida, aí, de prerrogativa ligada à própria essência da sociedade, nem todas as legislações consagram tais direitos, ou os alçam à categoria de poderes intangíveis"*

Daí porque afirmamos, linhas atrás, que a inserção do direito de recesso no âmbito dos chamados direitos individuais, essenciais, intangíveis ou fundamentais do acionista — a par de sua notória insuficiência teórica, posto situar-lhe o gênero próximo sem, contudo, indicar-lhe a diferença específica — pode representar até mesmo um certo perigo, na medida em que parece retirar do direito de recesso a sua verdadeira natureza de um *remédio* jurídico.

E por se tratar de remédio, desejo antecipar, já nestas linhas introdutórias, a minha posição francamente favorável à existência desse direito de recesso, não-obstante os problemas que a sua utilização abusiva gera não apenas na vida empresarial brasileira como, igualmente, na de outros países.<sup>19</sup>

Mas já se disse, com felicidade, que a diferença entre o remédio e o veneno é a quantidade. Pois bem: o recesso bem dosado sempre foi e continuará sendo um remédio jurídico; se mal, infelizmente, degenera em abuso.

Como, porém, *abusus non tollit usum*, como diziam os latinos, não será pela ocorrência de distorções — e elas existiram realmente — que se vai condenar o instituto às trevas do banimento, como querem alguns. Não posso aceitar, por exemplo, a supressão pura e simples desse direito nas hipóteses de cisão, assim

---

17. Diz esse artigo do Código: "É nula a sociedade ou companhia em que se estipular que a totalidade dos lucros pertença a um só dos associados, ou em que algum seja excluído, e a que desonerar de toda a contribuição nas perdas as somas ou efeitos entrados por um ou mais sócios para o fundo social"

18. *Idem*, p. 50.

19. Tal fenômeno ocorreu, por exemplo, na Itália, conforme será mostrado mais adiante, no capítulo referente à legislação comparada.

como também não-concordo com algumas das limitações que lhe foram impostas nas hipóteses de incorporação, de fusão e de participação em grupo de sociedades, tal como procedeu a Lei n. 9.457/97, embora também pense com Paulo Frontini, Rachel Sztajn e com tantos outros que, em princípio, deixa de existir fundamento para o exercício do direito de recesso, nas companhias abertas, quando o acionista tem *ampla e irrestrita* possibilidade de negociar livremente os seus papéis nas Bolsas de Valores.

Quero deixar registrado, aliás, que sempre fui — e continuo a sê-lo de forma cada vez mais pronunciada — uma espécie, meio fora de moda, de democrata por fatalidade congênita.

Se há um texto de que me orgulharia muito de subscrever — e oxalá a minha assinatura viesse aposta a algumas centenas de milhares de outras — é aquele muito recente de Norberto Bobbio,<sup>20</sup> no qual, numa livre tradução, assim se expressou:

*"Eu sou um democrata convicto, ao extremo de continuar a defender a democracia, ainda quando ela seja ineficiente, corrupta, e corra o risco de precipitar-se nos dois extremos da guerra de todos contra todos, ou da ordem imposta do alto. A democracia é o lugar onde os extremistas não prevalecem (e se prevalecem, a democracia está terminada). Essa é também a razão pela qual as alas extremas, em enfileiramento político pluralista, de esquerda ou de direita, acham-se unidas pelo ódio à democracia, ainda que por opostas razões"*

Entendo que o direito de recesso — conquanto tenha sido muito utilizado no Brasil de forma divorciada de suas verdadeiras funções, a ponto de falar-se numa *"indústria do recesso"* — representa o mais importante mecanismo de contrapeso ao poder incontrastável do acionista controlador, sendo, de certo modo, o reverso da medalha, na qual um de seus lados estampa a garantia constitucional de cada um poder associar-se livremente.

Não foram poucas, porém, as críticas existentes sobre o direito de recesso — quase sempre, aliás, inteiramente procedentes —, tal como se achava previsto na redação original da Lei n. 6.404. Os próprios autores do anteprojeto, Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, ao fazrem um balanço dos dez

---

20. *De senectute e altri scritti autobiografici*, Einaudi, p. 148.

anos de vigência da lei, asseveravam que o único instituto que mereceria reparos, na verdade, era o do direito de recesso, tendo em vista as disfunções ocorridas durante a década inicial de vigência daquele texto legal.<sup>21</sup>

Fábio Konder Comparato, após conferência pronunciada no Seminário sobre a Lei das S.A. e seus efeitos sobre as Sociedades de Economia Mista, na Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, declarava a utilização do direito de recesso como *negócio*, já que muitas empresas tinham as suas ações cotadas em Bolsa por valor muito abaixo do valor patrimonial, tornando extremamente vantajoso, em tais hipóteses, o exercício do direito de retirada.<sup>22</sup>

Arnoldo Wald, igualmente, assim se pronunciou sobre o direito de recesso:<sup>23</sup>

*"Reminiscência da ultrapassada concepção contratualista da sociedade, constitui o direito de recesso um aspecto da resilição unilateral ou denúncia, entendida como forma de rescisão parcial do contrato de sociedade justificada pela modificação das cláusulas essenciais, que levaram o acionista a subscrever ou adquirir as suas ações"*

Pouco mais adiante, prossegue esse ilustre professor:

*"É um remédio excepcional de proteção aos não controladores contra o ato voluntário da maioria que pode ser considerado abusivo pelo fato de alterar*

---

21. Cf. *Jornal A Gazeta Mercantil*, edição de 28 de novembro de 1986, em entrevista realizada por Cecília Costa, p. 27, na qual esses autores afirmaram a necessidade de pouquíssimas reparações, estando entre elas a alteração do critério do valor do reembolso, nas hipóteses de recesso, trocando-se o do valor patrimonial das ações por uma média de cotação do título na Bolsa de Valores.

22. Cf. a entrevista concedida pelo citado professor ao *Jornal A Gazeta Mercantil*, edição de 13 de março de 1977, Caderno das Finanças, tendo como título "*O direito de recesso como negócio*"

23. Cf. *Revista de Direito Mercantil* n. 40, pp. 29 a 35, especialmente pp. 30-31. Já na mesma *RDM*, de n. 62, no artigo "Dez anos de vigência da Lei das Sociedades Anônimas", pp. 5 e ss., especialmente p. 9, esse mesmo professor limitou-se a fazer o seguinte comentário sobre o direito de retirada: "*No tocante ao recesso, o art. 45 da lei determina que o reembolso se faça de acordo com o valor de patrimônio líquido contábil. Ocorre que, muitas vezes, o patrimônio líquido contábil não corresponde ao valor real da sociedade, seja pelo fato de nele não constarem bens intangíveis, seja em virtude da depreciação de determinados móveis ou imóveis. Discute-se então se o patrimônio líquido, que deve servir de base ao reembolso deve ser o contábil ou o real. Tanto a letra da lei, como o seu espírito, nos levam a atender ao valor de balanço (atualizado quando decorridos mais de 60 dias). Há, todavia, uma tendência doutrinária em sentido inverso"*

*as regras básicas que ensejaram a criação da empresa. A idéia de abuso e até de opressão da maioria, à qual se refere o direito inglês, faz parte das condições necessárias para o exercício de recesso, que não se justifica diante da evolução normal da atividade societária, que se modifica em virtude das condições externas, de ato do príncipe ou até de fatores tecnológicos" (grifos do autor).*

Não-obstante todas essas judiciosas considerações — inteiramente procedentes, segundo a minha maneira de ver — não nos filiamos entre aqueles que preferiam ver banido da legislação brasileira o direito de recesso.

Corrigir os excessos e as distorções havidas com o propósito de pôr termo aos que se transformaram em *profissionais* da retromencionada "indústria do recesso" é ponto inquestionável. Mas esse objetivo deve estar inteiramente voltado a extirpar a especulação antiética, isto é, a coibir o procedimento caviloso de adquirir ações com o propósito exclusivo de dissentir das deliberações da assembléia geral, ensejadoras de tal direito, e receber o reembolso das ações correspondentes.

Apesar das críticas inevitáveis que devem ser feitas no que se refere às inovações promovidas pela Lei n. 9.457/97 — e nós as exteriorizaremos, sem hesitação, no decorrer do presente trabalho —, não se poderá deixar de reconhecer que ela atingiu em cheio os abusos cometidos pelos profissionais do ramo, conforme iremos analisar no capítulo pertinente.

Feitas essas considerações a título meramente introdutório, passemos ao exame do conceito e das funções do instituto ora estudado.

## II. Conceito e função do direito de recesso.

### a. Conceito.

Modesto Carvalhosa<sup>24</sup> define o direito de recesso como "*a faculdade legal do acionista de retirar-se da companhia, mediante a reposição do valor patrimonial das ações respectivas*", acrescentando ainda:

*"Trata-se de um negócio jurídico, em virtude do qual a companhia é obrigada a pagar aos acionistas dissidentes o valor de suas ações. Constitui uma*

---

24. Ob. cit., p. 741.

*resilição unilateral ou denúncia. É, portanto, reminiscência da concepção contratualista da sociedade anônima, que ainda subsiste em diversas esferas da sua estrutura"*

Praticamente idêntico é o ensinamento de Nelson Eizirik,<sup>25</sup> segundo o qual o direito de recesso "*constitui uma faculdade legal do acionista de retirar-se da sociedade, em determinadas circunstâncias, recebendo dela o valor real e atualizado das suas ações*" prosseguindo que ele "*consiste, pois, no poder jurídico de extinguir, por ato unilateral, nos casos previstos em lei, as relações que vinculam o sócio à companhia, passando à posição de credor da mesma, pelo valor de reembolso de suas ações*"

Conclui esse ilustre autor que se trata o direito de recesso, portanto, "*do direito que o acionista tem de, ao discordar de certas deliberações da Assembléia Geral, nos casos previstos em lei, retirar-se da Sociedade mediante o reembolso do valor de suas ações*"

Fábio Konder Comparato,<sup>26</sup> como deflui naturalmente das considerações já transcritas na parte introdutória desta exposição, considera que o direito de recesso é "*um remédio jurídico e não um direito material à obtenção de lucros ou vantagens. É remédio reconhecido em lei para a proteção de interesses individuais do acionista, não correspondentes, portanto, ao interesse social. Deste, o intérprete primeiro continua sendo o majoritário ou controlador. Ele tem o direito — e, em certas circunstâncias, até mesmo o dever — de tomar a iniciativa das deliberações sociais que contrariam o interesse dos minoritários. Mas o sacrifício destes é considerado iníquo sem uma compensação: o poder atribuído aos dissidentes de se retirarem da sociedade com o reembolso do valor de sua participação social*"

Rachel Sztajn, no artigo retrocitado, assevera que "*o recesso é meio de o acionista deixar a sociedade, não de fazer lucros às suas custas*"

Não são necessárias maiores considerações a respeito dessa noção sobre a qual não paira dúvida. Estamos diante de um direito que tem o acionista discordante de deliberações da assembléia geral, sobre matérias taxativamente previstas em lei, de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas

---

25. *Reforma das S.A. & do Mercado de Capitais*, Renovar, p. 61.

26. Artigo citado, p. 50.

ações. Resta saber — e isso é o que tentaremos responder ao longo da presente exposição — em que limites e em que extensão deve ele ser exercido a fim de que a sua função básica não seja desvirtuada.

Assinale-se, igualmente, que a doutrina costuma designar o recesso, com apoio em Giampiccolo,<sup>27</sup> como uma declaração unilateral de vontade do acionista dissidente de natureza receptícia,<sup>28</sup> havendo dificuldades, no entanto, no seu enquadramento em apenas uma das modalidades de participação, como demonstrou, com razão, Tavares Guerreiro.<sup>29</sup>

#### b. Função.

A função do direito de recesso, portanto, a partir das lições já transcritas, parece ser bastante evidente: garante-se ao acionista minoritário, nas hipóteses legalmente previstas, o direito de se retirar da sociedade, em contrapartida à derrota de sua vontade na votação da assembléia geral.

Questão das mais relevantes a ser necessariamente enfrentada diz respeito à necessidade ou-não de que o exercício do direito de recesso esteja condicionado à existência de prejuízo sofrido pelos acionistas dissidentes.

Assinale-se, de início, que a redação original do art. 137, *caput*, e do seu § 1º da Lei n. 6.404, era a seguinte:

*"Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I, II e IV a VIII do art. 136 desta Lei dá ao acionista dissidente direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), se o reclamar à companhia no prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação da Ata da Assembléia Geral.*

27. "La Dichiarazione Recettizia", Milão, Giuffrè, 1959, pp. 44-50.

28. Cf. José Alexandre Tavares Guerreiro, "Direito de Retirada e Poder de Retratação", in *Revista de Direito Mercantil* n. 44, pp. 22-27; V., também, Rachel Sztajn, art. cit., p. 51.

29. Mostrou o professor Guerreiro, no citado artigo, que a manifestação do recesso tanto contém uma participação de notícia quanto uma participação de exigência — verdadeira *intimazione*, na expressão de Giorgio Giampiccolo. Afigura-se complexa tal categorização, com efeito, porquanto poderia vislumbrar-se, igualmente, uma participação de intenção do acionista, posto que a possível retratação posterior dos controladores descaracterizaria, em parte, a participação de exigência para a participação de mera intenção. Relembre-se, a propósito, que a classificação clássica das declarações receptícias é pentapartida: propostas, participações de notícia, participações de exigência, participações de previsão e participações de intenção.

§ 1º *O acionista dissidente de deliberação da assembléia, inclusive o titular de ações preferenciais sem direito de voto, pode pedir o reembolso das ações de que, comprovadamente, era titular na data da assembléia, ainda que se tenha absterido de votar contra a deliberação ou não tenha comparecido à reunião.*

Com o advento da Lei n. 7.958, de 20 de dezembro de 1989, a redação do *caput* do artigo passou a ser a seguinte:

*"A aprovação das matérias previstas nos incisos I, II, IV, V e VII do art. 136 desta Lei dá ao acionista dissidente direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor de suas ações (art. 45), se o reclamar à companhia no prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação da Ata da Assembléia Geral"*

A redação atual do artigo e do inciso I acha-se expressa nos seguintes termos:

*"A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI do art. 136 dá ao acionista dissidente direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), observadas as seguintes normas:*

*I – nos casos dos incisos I e II do art. 136, somente terá direito de retirada o titular de ações de espécie ou classe prejudicadas;"*

Entendiam alguns, mesmo antes dessa última redação que faz alusão expressa ao titular de ações de espécie ou classe *prejudicadas*, que a existência de prejuízo era indispensável.

Wilson de Souza Campos Batalha,<sup>30</sup> por exemplo, afirmava:

*"Não-basta ser dissidente. É de mister provar legítimo interesse e o prejuízo resultante da deliberação assemblear. Não pode o preceito, norteador pelos propósitos mais elevados de proteger as minorias contra as arbitrariedades da maioria, constituir-se em fonte de abusos e locupletamentos.*

---

30. "Comentários à Lei das Sociedades Anônimas", Rio de Janeiro, Forense, 1977, v. 2, (arts. 106 a 188), pp. 645-646.

*Assim, é indispensável, a justificar o direito de retirada, que a modificação do objeto social seja substancial ou fundamental, não bastando qualquer ligeira modificação, acréscimo ou redução, desde que o núcleo fundamental dos interesses persista íntegro"*

Outros entendem que, com a atual redação do inciso I, impõe-se a necessidade de existência de prejuízo.

Leslie Amendolara, em recentíssimo livro,<sup>31</sup> é categórico a respeito:

*"O inciso I do art. 137 dispõe que somente terá direito de retirada o titular de ações de espécie ou classe prejudicadas. O texto anterior era omissivo e o atual visou deixar claro que, para ocorrer a dissidência, terá que haver prejuízo. O silêncio da lei anterior poderia propiciar a alguém, mesmo não tendo sido prejudicado pela mudança, pleitear o recesso e obter vantagem indevida, recebendo o valor de suas ações por preço superior ao de mercado, na sociedade aberta"* (grifos do próprio autor).

Nelson Eizirik,<sup>32</sup> por sua vez, assim se expressa:

*"Nos termos do art. 137, I, em sua nova redação, a aprovação das matérias previstas nos incisos I e II do art. 136, acima mencionadas, somente dá o direito de retirada ao titular de ações de espécie ou classe prejudicadas.*

.....

*A reforma adota o princípio de que, na hipótese acima, somente cabe o exercício do direito de recesso se o acionista dissidente demonstrar a ocorrência de prejuízos, conforme já manifestado pela jurisprudência dos tribunais.*

*Os prejuízos não se presumem, cabendo ao dissidente a sua comprovação, exceto no caso de redução de dividendo obrigatório".*

Seja-me permitido, nesse particular, discrepar de tão judiciosas considerações. Mesmo irrestritamente afinado com o pensamento de todos os que

---

31. "Os Direitos dos Acionistas Minoritários", São Paulo, Editora STS Publicações e Serviços Ltda., setembro de 1998, pp. 71 e 72.

32. Ob. cit., pp. 77-78.

condenam a utilização do direito de recesso como instrumento para abusos — o que me leva a concordar tanto com a afirmação de Fábio Konder Comparato de que o direito de recesso estava sendo utilizado por muitos como "negócio" quanto de Rachel Sztajn no sentido de que "o recesso é meio de o acionista deixar a sociedade, não de fazer lucros às suas custas" e mesmo com Wilson de Souza Campos Batalha de que o preceito não pode se constituir em fonte de abusos e locupletamentos —, não-posso aceitar como correta a dicção do inciso I do art. 137 da Lei n. 6.404, que atribui o direito de retirada ao "titular de ações de espécie ou classe prejudicadas"

E não-posso fazê-lo pela simples e boa-razão de que a deliberação da assembléia capaz de ensejar o exercício do direito de recesso não se insere no âmbito dos atos ilícitos.

Já em 1982, Fábio Konder Comparato,<sup>33</sup> no luminoso artigo tantas vezes citado, chamara atenção para o fato de que o ato praticado pelo acionista controlador ensejador do direito de recesso não se enquadraria no âmbito dos atos ilícitos, significando apenas a compensação de interesses particulares sacrificados legitimamente em favor do interesse social.

Nelson Eizirik,<sup>34</sup> igualmente, é enfático em afirmar que:

*"O ato praticado pela companhia contrariamente aos interesses dos minoritários e que enseja o direito de recesso não constitui ato ilícito"* (grifo do autor).

Modesto Carvalhosa, com toda a razão, alude corretamente à necessidade de um *interesse* protegido. Diz-nos, com efeito, esse autor:

*"A redação do inciso I do presente art. 137 fala em 'espécie ou classe prejudicadas'. O legislador, ao assim dispor, procurou refletir a tendência jurisprudencial e doutrinária, no sentido de que o exercício do recesso pressupõe a possível diminuição de direitos patrimoniais dos minoritários. Não-obstante, o legislador despreparado fala em 'prejuízo', desconhecendo que o termo é sinônimo*

---

33. "Valor de reembolso no recesso acionário", *Revista dos Tribunais*, v. 563, p. 50.

34. Ob. cit. p. 61.

*de dano, decorrente de ato ilícito que afeta o patrimônio material ou moral de alguém.*

.....

*Ocorre que as alterações institucionais ou estatutárias da companhia constituem atos lícitos e previstos expressamente em lei, não violando em si direito algum do acionista, pelo que não se pode falar em dano. Assim, é inadmissível falar-se em prejuízo do acionista alcançado pela alteração estatutária ou estrutural da companhia. O direito do minoritário nasce quando o seu interesse patrimonial é alcançado pelas alterações havidas" (grifos do autor).*

E conclui o Eminentíssimo professor com inteiro acerto:

*"A regra de que o direito cabe a qualquer acionista não deve, no entanto, ser entendida como absoluta. Há o pressuposto de que o interesse do acionista foi atingido" (grifos do autor).*

### III. O direito de recesso na legislação comparada.

O título do presente capítulo leva em conta, evidentemente, as célebres advertências de Ascarelli<sup>35</sup> aos critérios metodológicos no estudo do Direito Comparado. Breves referências feitas de forma assistemática e exclusivamente baseadas em comentários de autores, sem nenhum contato direto com a realidade do país mencionado, não podem significar, propriamente falando, *Direito Comparado*. Assim, com esta necessária ressalva, passemos ao exame da *legislação comparada*.

Começamos pelo que dispunha o Código de Comércio italiano, de 1882, ao que saibamos o pioneiro no trato da matéria em todo o mundo.<sup>36</sup> Ali se

---

35. Diz-nos o autor citado, in *"Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado"*, São Paulo, Saraiva, 1969, p. 5: *"São, mais ou menos, as que sempre foram feitas pelos que se dedicam ao direito comparado. Bastaria, nesse sentido, relembrar o velho livro de Amari, que, em substância, faz a advertência em que se resume quanto vai dito nestas páginas: o que cumpre estudar é o direito comparado e não simplesmente a legislação comparada, a menos que se queira correr o risco de tirar conclusões que, pelo fato de não serem completas, poderiam ser, afinal, erradas"*

36. Cf., a propósito, Tullio Ascarelli, ob. cit. p. 80, nota de rodapé n. 38. Ver, igualmente, Egberto Lacerda Teixeira, *"Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada"*, Max Limonad, 1956, § 101, p. 218; Pontes de Miranda, ob. cit., t. L, p. 340; Leães, ob. cit., p. 224 e Modesto Carvalhosa, ob. cit., p. 739.

dispunha, no art. 158,<sup>37</sup> que seria possível o recesso do acionista de deliberação de assembléia em várias hipóteses.

Vivante o considerava um *freio* e um *remédio* contra o poder ilimitado das assembléias de modificar o próprio estatuto, acrescentando que se tratava de um instituto de ordem pública que não podia ser tolhido aos acionistas, nem pelo estatuto, nem pela assembléia.<sup>38</sup>

Não-obstante a grande controvérsia instalada durante o período de vigência desse art. 158 — seja no tocante à natureza pública ou privada do direito de recesso; seja, igualmente, acerca das vantagens e desvantagens de sua manutenção; seja, ainda, no que se referia à licitude das restrições estatutárias à eficácia e ao exercício desse direito —, parecia entender-se, predominantemente, que se tratava de direito inderrogável por deliberação da maioria,<sup>39</sup> mas derogável pelo estatuto originário, segundo autorizada doutrina.<sup>40</sup>

---

37. Dizia esse artigo: "*Qualora l'atto costitutivo o lo statuto nos disponga altrimenti, è sempre necessaria la presenza di tanti socii che rappresentono i tre quarti del capitale sociale, ed il voto favorevole di tanti socii intervenuti che rappresentono almeno la metà del capital medesimo, per deliberare: 1°) lo scioglimento anticipato della società; 2°) la prorogazione della sua durata; 3°) la fusione con altra società; 4°) la riduzione del capitale sociale; la reitegrazione o l'aumento del capitale stesso; 6°) il cambiamento dell'oggetto della società; ogni altra modificazione dell'atto costitutivo.*

*La maggioranza stessa è inoltre richiesta in tutti i casi specialmente designati dalla legge.*

*I socii dissenzienti dalle deliberazioni indicate nei ns. 3°, 5° e 6° e dalla prorogazione della durata della società, se non è acconsentita nell'atto costitutivo, hanno diritto di ricedere della società ed di ottenere il rimborso delle loro quote ed azioni in proporzione dell'ativo sociale secondo l'ultimo bilancio approvato.*

*Il recesso dev'essere dichiarato dagli intervenuti all'assemblea entro venticquattro ore dalla chiusa di essa, e dagli altri socii entro un mese dalla pubblicazione della deliberazione nel giornale degli annunci giudiziarii, sotto pena di decadenza"*

38. "*Trattato di Diritto Commerciale*", v. II, Le Società Commerciali, Francesco Vallardi, 1935. § 517: "*Il diritto di recesso agisce come un freno e un rimedio contro il potere illimitato delle assemblee di modificare il proprio statuto. È un istituto d'ordine pubblico, che non può essere tolto agli azionisti nè dallo statuto nè dall'assemblea"*

39. Cf. Tullio Ascarelli, *idem, ibidem*, além da citação que se fará, logo mais adiante, no texto principal. Cesare Vivante, "*Trattato di Diritto Commerciale*", Milão, Ed. Francesco Vallardi, 1935, v. II, p. 249, § 517 e nota de rodapé n. 66; Vighi, "*I diritti individuali degli acionisti*" p. 97 e Soprano, "*Della responsabilità civile e penale degli amministratori di società per azioni*", I, p. 385.

40. Cf. Tullio Ascarelli, *idem, ibidem*. Em sentido contrário, Vivante, *ob. cit.*, v. II, p. 250.

Diz-nos a respeito Tullio Ascarelli:<sup>41</sup>

*"A jurisprudência italiana (interpretando o art. 158 do Cód. de Comércio de 1882) admitiu, às vezes, não poder, a maioria, derrogar o direito de retirada, mas poder, o acionista, previamente renunciar a ele. Admitiu-se, conseqüentemente, que o direito de retirada não pode ser excluído por meio de uma modificação do estatuto, mas que o pode na própria constituição da sociedade, o que se dava, na Itália, com muita freqüência. Admitiu-se até, na jurisprudência italiana, que o direito de retirada está implicitamente excluído quanto às modificações estatutárias previstas pelo estatuto. A despeito da divergência de Vivante (v. II, n. 517) foi essa a opinião, talvez, dominante (Scialoja A., Saggi di Vario Diritto, v. II, p. 405; Ap. de Milão, de 22 de janeiro de 1926 e Ap. de Turim, de 27 de janeiro de 1926, Foro It., 1926, I, p. 801)".*

A par de tais considerações no que concernia à inderrogabilidade do direito de retirada por deliberação da maioria e à possibilidade ou não de o acionista renunciar previamente a ele, por disposição estatutária em tal sentido, cabia esse direito, em princípio, da decisão que aprovasse a  *fusão*  de uma sociedade com outra ou a  *incorporação*  de uma por outra.

Enquanto na fusão era esse direito outorgado aos acionistas das diferentes sociedades envolvidas nesse processo de concentração empresarial, na incorporação o recesso só se admitia aos acionistas da sociedade incorporada.

Em segundo lugar, admitia-se a retirada na  *reintegração*  ou  *aumento*  de capital com contribuição adicional dos sócios. Embora a doutrina distinguisse as duas situações — na primeira, com a redução inicial do capital social, posteriormente recomposto com a nova versão de recursos pelos acionistas; e, na segunda, com o novo aporte de capital por parte dos acionistas —, era o direito de recesso permitido em ambas as situações.

Em terceiro lugar, concedia-se o direito de retirada na prorrogação do prazo de duração da sociedade, concebendo-se, no caso, que tal tipo de decisão significava, em última análise, dilatar a responsabilidade do acionista para além do prazo inicialmente pactuado.

---

41. Ob. cit., pp. 399 e 400.

E, finalmente, em quarto e derradeiro lugar, afigurava-se possível o direito de retirada nos casos de alteração do objeto social, com fundamento de que ninguém poderia ser obrigado a contribuir com recursos para uma atividade diversa da qual havia sido motivado o seu investimento.

No período entre 1882 e 1942 — data em que entraria em vigor o famoso Código Civil daquele país — a tendência no Direito italiano foi no sentido da progressiva exclusão do direito de recesso em determinadas hipóteses,<sup>42</sup> já se revelando, desde então, a utilização da supressão desse direito como instrumento de políticas macroeconômicas.

Essa tendência foi confirmada pelo atual art. 2.437 do Código Civil italiano, de 1942, acerca do *Diritto di recesso*, que assim dispôs a respeito da matéria:

*"I soci dissenzienti dalle deliberazioni riguardanti il cambiamento dell'oggetto o del tipi della società, o il trasferimento della sede sociale all'estero (2369) hanno diritto di ricedere dalla società e di ottenere il rimborso delle proprie azioni, secondo il prezzo medio dell'ultimo semestre, se queste sono quotate in borsa, o, in caso contrario, in proporzione del patrimonio sociale risultante dal bilancio dell' ultimo esercizio (2423).*

*La dichiarazione di recesso deve essere comunicata com raccomandata dai soci intervenuti all'assemblea non oltre tre giorni dalla chiusura di questa, e dai soci non intervenuti non oltre quindici giorni dalla data dell'iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese (2188; att.100).*

*È nullo ogni patto che esclude il diritto di recesso o ne rende più gravoso l'esercizio".*

Percebe-se, portanto, que o direito de recesso foi bastante modificado no Código de 1942, relativamente ao art. 158 do anterior Código de Comércio, de

---

42. A Lei n. 431, de 1915, excluiu o recesso nas hipóteses de fusão e nos aumentos de capital em que este se fizesse exclusivamente com a emissão de ações preferenciais. Já o R.D.L., de 1932, suprimiu esse direito, mesmo nas hipóteses de concentração em que ocorresse a alteração do objeto social. Relata Giuseppe Donadio (*Il recesso del socio*, Milão, Giuffrè, 1940, pp. 37 e ss.), igualmente, que em 1923 o legislador italiano ampliou a regra anterior de que o recesso não seria cabível nos aumentos de capital feitos com subscrição de ações preferenciais, passando a considerar o mesmo também incabível nos aumentos de capital com emissão de ações ordinárias. Cf. Tullio Ascarelli, ob. cit., pp. 392-393 e Fré, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1933, v. I, pp. 632 e 762.

1882. Está prevista no Direito peninsular a possibilidade de recesso apenas para os sócios dissidentes das deliberações da assembléia geral que versarem sobre a mudança do objeto social da companhia, da transformação do tipo societário e, ainda, da transferência da sede social para o Exterior.

Conclui-se que o legislador italiano, na esteira das críticas que a doutrina lançava a respeito da largueza do direito de recesso, tal como fora previsto no antigo Código de Comércio, visou coibir a atitude egoística de alguns sócios minoritários que desejavam prontamente exercer o seu direito de receber o reembolso de suas participações.

Brunetti, em seu famoso tratado,<sup>43</sup> depois de criticar a *péssima* utilização do direito de recesso na Itália, com *possível prejuízo econômico da sociedade*, acentuou que:

*"Il recesso è oggidì ridotto a proporzioni assai modeste concedendosi limitatamente a quelle deliberazioni che riguardano: a) il cambiamento dell'oggetto o del tipo della società; b) il trasferimento della sede sociale all'estero.*

*Negli altri casi: di variazione del capitale sociale (riduzione, reintegrazione, aumento) e di fusione con altra società, non è ammesso. E nei detti casi dovranno osservarsi le modalità previste dall'art. 2.437, che sono inderogabili anche per deliberazione dell'assemblea"*

Mas, como bem observado por Egberto Lacerda Teixeira:<sup>44</sup>

*"Se, por um lado, o Código Civil limitou, consideravelmente, o campo de aplicação do recesso, trouxe, por outro, o reconhecimento formal da natureza pública desse direito, ao fulminar, com a pena de nulidade, todo e qualquer pacto tendente a excluir ou a tornar mais oneroso o seu exercício"*

Em França, inexistente o direito de recesso.<sup>45</sup> Se é certo, porém, que o art. 217 da Lei de Sociedades, de 1966, nada disponha a respeito, também é verdade que

---

43. "Trattato de Diritto delle Società" v. 2, Milão, Giuffrè, 1948, n. 677, pp. 422-423.

44. Ob. cit., pp. 219-220.

45. Cf. Carvalhosa, ob. cit., v. 2, p. 740; Rachel Sztajn, art. cit., p. 51.

autorizada doutrina propugna pela sua adoção como forma de proteção das minorias contra o abuso das maiorias.

Veja-se, a propósito, o seguinte trecho de Dominique Schmidt:<sup>46</sup>

*"Dans ces conditions, faute de pouvoir directement punir les responsables de l'abus, on se souciera davantage de protéger les victimes. L'insertion dans les statuts d'un droit de retraite (1) répond pleinement à cet objectif.*

*Certes, cette institution a été décriée (2), à juste titre, parce qu'elle aboutissait à affaiblir la société au moment précis où elle avait besoin de toutes ses ressources (3). Mais ces critiques perdent toute autorité dès lors que l'exercice du droit ne répond plus à des mobiles égoïstes, mais correspond à un procédé de défense de la minorité contre les abus de majorité. Le droit de retraite pourrait ainsi être limité au seul cas où une décision de justice aurait constaté l'abus, et il s'exercerait, par exemple, dans les deux mois de la décision. D'un côté les dirigeants seraient mal venus à se plaindre de la retraite des minoritaires et d'une diminution des forces de la société, alors qu'ils en seraient les responsables; de l'autre côté, l'exercice du droit permettrait à la minorité de libérer ses intérêts de la loi des majoritaires: ses actions trouveront acquéreur (4) et il suffira de veiller à ce que le prix offert corresponde réellement à leur valeur dans la société".*

E, rematando tais comentários, diz Dominique Schmidt<sup>47</sup> que o legislador, de 1966, como vimos, não-previu o exercício do direito de recesso em caso de abuso de poder da maioria; antes, pelo contrário, as disposições do art. 217 da Lei de 24 de julho de 1966 proibiram de regulamentá-lo estatutariamente, lamentando esse autor que, no estado atual do Direito, a minoria não possa esperar obter outras sanções para o abuso da maioria que o estrito reestabelecimento da igualdade entre os acionistas; a desinteligência entre os acionistas imputável aos majoritários torna-se, em contrapartida, impunível, o que não garante o futuro.

Na Alemanha, a situação não difere muito<sup>48</sup> das que se acaba de expor. Não-obstante a norma constante do art. 375, que admite a possibilidade do recesso

---

46. *"Les droits de la minorité dans la Société Anonyme"*, bibliothèque de Droit Commercial, dirigida por R. Houin, t. 21, Sirey, n. 255, pp. 192-193.

47. Ob. cit., pp. 193-194.

48. Cf. Carvalhosa, *idem, ibidem*; Rachel Sztajn, *idem, ibidem*.

na hipótese de transformação da forma da sociedade, com a compra pela companhia da parcela de capital do acionista, entende-se haver caráter indenitário nessa compra e não, propriamente, o exercício de um direito de recesso.

Além disso, é certo que o art. 57 da *Akziengesetz* exclui a possibilidade do exercício do direito de recesso, tendo em conta a proibição expressa de que sejam devolvidas as contribuições dos sócios ao capital social.

Nos EUA, as diversas legislações estaduais discrepam sobre a amplitude desse direito.<sup>49</sup> Mas, como esclarece Leães,<sup>50</sup> assemelham-se na previsão das *três hipóteses típicas*: a. nas fusões e incorporações; b. na venda de parcelas substanciais do ativo da companhia e c. em determinadas alterações estatutárias.

Acrescenta esse autor:

*"Na grande maioria das legislações estaduais, limita-se o recesso às hipóteses de fusão e incorporação. É o caso da Lei de Delaware, que, como se sabe, disciplina a vida de mais de noventa por cento das companhias de mercado nos Estados Unidos (§ 262. Payment for stock or membership of person objecting to merger or consolidation). Cerca de metade das legislações estaduais acrescentam a esta hipótese a de recesso no caso de cessão ou permuta de todo ou parte do ativo da companhia, operada fora do curso regular dos negócios. É o caso das Lei de Nova Iorque, § 910. Em menor número, inscrevem-se as leis estaduais que acolhem o direito de recesso na hipótese de charter amendment, como é exemplo a Lei de Ohio (§ 1701.74). A Texas Business Corporation Act estende ainda o recesso às hipóteses de prorrogação (extension) ou novação (revival) do contrato social. Em contraposição, a Lei do West Virginia não contempla a hipótese de recesso na disciplina do anonimato. Consolidando essa prática multifária o Model Business Corporation Act, em seu § 80, disciplina os casos em que assiste ao acionista o direito de recesso, ou seja, nas fusões e incorporações e na venda ou troca de todo ou parte substancial do ativo da companhia".*

Em Portugal,<sup>51</sup> a Lei de 1901, no § 3º de seu art. 41, inspirando-se no art. 158 do Código de Comércio da Itália, retromencionado, reconheceu aos sócios

---

49. Cf. Carvalhosa, ob. cit., v. 2, pp. 739-740; Rachel Sztajn, *idem, ibidem*.

50. Ob. cit., § 230, p. 225.

51. Cf. Azevedo Souto, *"Lei das Sociedades por Quotas Anotada"*, 3ª ed., Coimbra, 1941, p. 135.

que não concordassem com a prorrogação, fusão, aumento, reintegração ou redução do capital social, desde que o declarassem na assembléia geral respectiva, o direito de retirar-se da sociedade, recebendo o reembolso da quantia correspondente ao seu capital na proporção do último balanço aprovado.

Essa disciplina jurídica do direito de recesso vinha complementada pela disposições constantes dos §§ 5º e 6º desse mesmo art. 41, *in verbis*:

*"O direito de reembolso não tira ao sócio, que tenha declarado a intenção de se apartar da sociedade, no caso em que se torne efetiva a deliberação da assembléia, o direito de se opor, judicialmente e nos termos gerais, a qualquer forma de redução do capital"*

*"Os sócios que se apartarem da sociedade não ficam exonerados das prestações correspondentes às quotas respectivas, na parte em que essas prestações forem necessárias para pagamento das obrigações contraídas até a data do registro definitivo da modificação social"*.

Na Argentina, o direito de recesso ocorre na hipótese de dissolução antecipada, transformação, incorporação, fusão ou cisão.

Na lei uruguaia, onde o direito de recesso acha-se previsto, semelhantemente ao que ocorre em nossa lei, entre os direitos intangíveis do acionista, no art. 319 da Lei acionária, prevê-se o exercício de tal direito no art. 363, nos casos de fusão, cisão, transformação, dissolução antecipada, transferência de domicílio para o Exterior e no caso de mudança substancial do capital social.

Fica assim — apenas palidamente entrevisto — o direito de recesso em algumas legislações alienígenas.

#### IV. O direito de recesso na sociedade por cotas de responsabilidade limitada.

O Decreto-Lei n. 3.708, de 10 de janeiro de 1919, que disciplina até hoje a sociedade por cotas de responsabilidade limitada no Brasil, previu a matéria em seu art. 15, do teor seguinte:

*"Assiste aos sócios que divergirem da alteração do contrato social a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo o reembolso da quantia*

*correspondente ao seu capital, na proporção do último balanço aprovado. Ficam, porém, obrigados às prestações correspondentes às quotas respectivas, na parte em que essas prestações forem necessárias para pagamento das obrigações contraídas, até a data do registro definitivo da modificação do estatuto social"*

Como é sabido, a nossa mais Alta Corte de Justiça editou a respeito da matéria a Súmula 265, *in verbis*:

*"Na apuração de haveres não prevalece o balanço não aprovado pelo sócio falecido, excluído ou que se retirou"*

Não-parece indispensável, para a coerência interna da presente exposição, que se adentre o mérito do direito de recesso nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada. E isto pela razão de que, como acentuado por Rachel Sztajn, o direito de retirada desponta como algo muito mais relacionado às sociedades de capitais do que com as sociedades de pessoas, circunstância que parece prevalecer na maioria dos casos das sociedades limitadas.

De toda sorte, imprescindível a referência ao meritório estudo de Vera Helena de Mello Franco<sup>52</sup> no que respeita ao direito de recesso no âmbito das sociedades por cotas, principalmente no que toca à oportuna insistência com que essa autora sublinha, no estudo citado, a distinção entre dissolução parcial e recesso acionário.

V. O direito de recesso na Lei n. 6.404/76.

Não-posso deixar de assinalar, em sede liminar — não-obstante as nossas observações anteriores no sentido de que as sociedades anônimas parecem marchar, tanto no Brasil quanto no Exterior, progressivamente, para um sistema cada vez mais oligárquico, em detrimento da democracia acionária —, que a Lei n. 6.404/76, fruto de um anteprojeto elaborado por juristas de nomeada como Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, e com vigor conduzido pelo então ministro Mário Henrique Simonsen, de saudosa memória, representou inquestionável

---

52. "Dissolução parcial e recesso nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Legitimidade e Procedimento. Critério e Momento de Apuração de Haveres" *in Revista de Direito Mercantil* n. 75, pp. 19 a 30.

avanço no Direito Comercial brasileiro e, em especial, em nossa legislação societária, que se regia, à época, pelo Decreto-Lei n. 2.627, inferior tecnicamente ao diploma de 1976.

O item n. 10 da Exposição de Motivos, inicialmente preparada pela Comissão de Juristas autora do anteprojeto e enviada ao senhor ministro da Fazenda, já tivera a ocasião de ressaltar que o texto procurara *"construir — com normas que se distribuem praticamente por todos os seus capítulos — sistema de proteção dos acionistas minoritários sem sacrificar, todavia, a ação livre, ainda que responsável, da maioria e dos administradores, indispensável ao funcionamento e à própria viabilidade da empresa"*

O professor Alfredo Lamy Filho destacou, com propriedade, que o então anteprojeto se constituía num *"tratado de paz entre maioria e minoria e encontrar o ponto ótimo desse equilíbrio é o principal desafio"* concluindo, em síntese feliz, que:

*"A maioria precisa de liberdade para bem administrar a sociedade e a minoria precisa de garantias para nela investir e permanecer"*

A Lei n. 6.404/76 disciplinou a matéria no art. 137 da seguinte forma, em sua redação original:

*"Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I, II e IV a VIII do art. 136 desta Lei dá ao acionista dissidente direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), se o reclamar à companhia no prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação da Ata da Assembléia Geral.*

*§ 1º O acionista dissidente de deliberação da assembléia, inclusive o titular de ações preferenciais sem direito de voto, pode pedir o reembolso das ações de que, comprovadamente, era titular na data da assembléia, ainda que se tenha absterido de votar contra a deliberação ou não tenha comparecido à reunião.*

*§ 2º É facultado aos órgãos da administração convocar, nos 10 (dez) dias subseqüentes ao término do prazo de que trata este artigo, a assembléia geral para reconsiderar ou ratificar a deliberação, se entenderem que o pagamento do preço do reembolso das ações aos acionistas dissidentes, que exerceram o direito de retirada, porá em risco a estabilidade financeira da empresa.*

§ 3º Decairá do direito de retirada o acionista que o não exercer no prazo fixado”.

VI. O direito de recesso na Lei n. 7.958, de 20 de dezembro de 1989 — a malfadada “Lei Lobão”.

Essa lei — desastradamente, diga-se desde logo — suprimiu os incisos VI e VIII do art. 137 — que cuidavam, respectivamente, do direito de retirada nas hipóteses de incorporação da companhia em outra, sua fusão ou cisão e na participação em grupo de sociedade — na remissão feita por este art. 137 ao art. 136 da mesma lei.

*“Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I, II, IV, V e VII do art. 136 desta Lei dá ao acionista dissidente direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), se o reclamar à companhia no prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação da Ata da Assembléia Geral”*

Tratou-se, como se sabe, de mais um dos casuísmos vergonhosos que grassam em nossa ordenação jurídica, pois a aprovação da lei, feita à socapa, envolvia os interesses de uma única companhia de grande porte desejosa de ver incorporada uma controlada sua sem que fosse eventualmente molestada pelo recesso dos minoritários.

Modesto Carvalhosa foi absolutamente enfático a respeito desse melancólico episódio:<sup>53</sup>

*“A Lei n. 7.958, de 1989, de caráter grotescamente casuístico — porque fruto da demanda de uma única companhia de grande porte que desejava incorporar controlada, sem o questionamento eventual do recesso dos minoritários — não logrou o seu intento supressivo de vários direitos de retirada, garantidos como essenciais. Esse triste episódio legislativo recebeu a repulsa unânime da opinião pública e dos meios jurídicos, pois constituiu verdadeiro estelionato legislativo. Ocorre que, pela ausência de técnica, tornou-se o ‘diploma’ totalmente ineficaz. Por esse execrável monumento do casuísmo legislativo, pretendia-se*

---

53. Ob. cit., comentários aos arts. 45 e 109, pp. 325 e 279, respectivamente.

*suprimir o direito de retirada nos casos de fusão, cisão e incorporação. Para tanto, 'alterava' o caput do art. 137 da lei societária, para dele 'excluir' aquelas operações de reorganização societária".*

O jornal "*O Estado de S. Paulo*" à p. 3 de sua edição de 12/01/90, comentou a lei como "*escandaloso casuísmo legislativo*"

A revista "*Visão*", naquela época, fez reportagem contendo vários pronunciamentos contrários ao texto legal, sob o título: "*Lei das S/As. Golpe infeliz contra acionistas*" (edição de 24/01/90).

Tanto a Bolsa de Valores de São Paulo quanto a Comissão de Valores Mobiliários — que possuem, presumivelmente, a mais larga experiência com o problema — manifestaram-se francamente contrárias à medida.

A "*Gazeta Mercantil*" de 16/01/90, registrou, na oportunidade, o seguinte pronunciamento do vice-presidente da Bovespa: "*O mercado não foi ouvido. Em tempos de democracia essa questão deveria ser levada à audiência pública*"

E o fez, também, o então presidente da CVM, Martin Wimmer, que disse ter aquela entidade sido consultada em setembro do ano anterior, por carta, tendo se manifestado *contra* a aprovação do Projeto.

O próprio consultor-geral da República — que tem competência específica para assistir o presidente da República em matéria de anteprojetos e projetos a ele submetidos — afirmou que "*o direito dos acionistas minoritários deve ser preservado*" e que o presidente da República teria sido "*mal-assessorado*" na análise do Projeto.

E o então presidente da República — senador José Sarney — reconheceu expressamente: "*Sancionei a lei em boa-fé, mas vejo agora que foi um erro*" conforme noticiava "*O Estado de S. Paulo*", em 13/01/90.

As reações no meio jurídico, como não poderia deixar de ser, foram as piores possíveis. Mesmo assim, como só acontece em nosso país, houve quem se prestasse a fazer a defesa da lei.

Para o então ministro da Justiça, Saulo Ramos, a medida era boa para restringir a ação de "*litigantes contumazes*". Segundo ele, "*não podemos dar ao acionista minoritário pretextos para infernizar a vida das companhias. Muitos acionistas minoritários e aproveitadores já prejudicaram, com suas exigências,*

*negociações envolvendo fusões ou incorporações de empresas*”. *"Precisamos afastar os famosos chatos..."* (Gazeta Mercantil de 16/01/90).

O senador Edison Lobão, autor do Projeto que se converteu na lei em tela, apresentou a seguinte explicação, absolutamente incompreensível mesmo para os espíritos afeitos à matéria: *"O sentido da lei é o de defender os acionistas minoritários. Procuramos garantir o seu direito de influir nas decisões das sociedades anônimas, não fechar as portas para os descontentes"*

Tentou explicar, depois (*"Folha de S. Paulo"*, 24/01/90), que só queria alterar o direito de recesso na hipótese do art. 265, vale dizer, no caso de constituição de grupos de sociedades.

Mas na justificativa apresentada (Projeto de Lei do Senado n. 182, de 1989, por esse senador subscrito) está dito: *"Duas hipóteses, dentre as enunciadas pelo art. 136 (sic) da Lei n. 6.404/76 mostraram-se, na prática destes últimos dez anos, contrárias ao livre desenvolvimento de empresas constituídas pela modalidade de ações (sic). Trata-se de incorporação, fusão, cisão, e participação em grupos de sociedades. Tais providências, quando decididas pelos sócios, são salutares e benéficas para o desenvolvimento dos negócios sociais, não justificando, sobretudo na incorporação ou fusão, a retirada do dissidente através do desgastante processo da apuração do patrimônio líquido, muitas vezes usado abusivamente para, através da criação de embaraços, obterem-se vantagens indevidas."* (cf. *Diário Oficial do Congresso Nacional*, Seção II, de 29.06.89, pp. 3.202/3.203).

Houve, ainda, outros defensores dessa malfadada lei. Exemplo: Luíza Prisco Paraíso, professora de Direito Comercial da Fundação Getúlio Vargas e Faculdade Cândido Mendes, que não admite que *"a posição dos minoritários venha a emerrar decisões de majoritários"*

Ninguém mais duvida, ao que parece, do enorme equívoco da Lei n. 7.958. Ela eliminou a remissão feita no art. 137 da Lei n. 6.404 aos incisos VI e VIII. É evidente que a intenção do legislador ficou clara: ele quis abolir duas hipóteses de direito de recesso por parte de acionistas minoritários:

- a. incorporação da companhia em outra, sua fusão ou cisão (inciso VI);
- b. participação em grupo de sociedade (inciso VIII).

Sucede que, conforme anotado por Mauro Rodrigues Penteadó, comercialista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — que realizou, em nossa opinião, a mais percuciente análise dessa matéria na doutrina

brasileira — continuou a existir esse mesmo direito potestativo de recesso em mais cinco mandamentos na Lei n. 6.404 não-alterados pela famigerada *Lei Lobão*. Eram eles: art. 225, inciso IV; §§ 3º e 4º do art. 264; art. 230 (no caso das fusões, incorporações e cisões) e art. 270 (para os grupos societários).

A lei teria revogado, portanto, o direito de retirada nas hipóteses mencionadas apenas no artigo genérico da lei que cuida desse direito. Deixou de fazê-lo, porém, nos outros pontos da mesma Lei n. 6.404, onde esse direito vinha previsto e regulado.

Filiamo-nos — em todos os pronunciamentos realizados em aulas, palestras e conferências — à tese do ilustre professor Mauro Rodrigues Penteadó. E o fizemos, fundamentalmente, por julgar ser de somenos importância, na aplicação das leis, a intenção do legislador.

Como disse com muita propriedade o professor Eros Roberto Grau, numa de suas inolvidáveis palestras,<sup>54</sup> se fosse importante perquirirmos a intenção do legislador na interpretação dos textos legais seria necessário contarmos com duas espécies de assessoramento, ambos fora do meio jurídico. Precisariamos contar com o auxílio de um psicólogo e, eventualmente, de um militante kardexista<sup>55</sup>...

O fato é que a *Lei Lobão* terminou por gerar enorme dificuldade para a apresentação de conclusões seguras acerca da subsistência ou-não do direito de retirada nas hipóteses de fusão, incorporação, cisão e participação em grupo de sociedades, no Direito brasileiro.

#### *a. Posição da Doutrina.*

Muito já se escreveu, até o momento, sobre o problema. São diversos os pronunciamentos a respeito. Não-obstante, é possível afirmar-se que a doutrina se acha claramente dividida. Escusava esclarecer, evidentemente, que a discussão

---

54. Trata-se da palestra proferida no III Congresso Internacional de Direito do Consumidor, realizado em Canela-RS, em março de 1992, e publicada na *Revista Direito do Consumidor* n. 05, pp. 183 e ss.

55. No texto referido na nota de rodapé anterior, por evidente lapso de degravação e de revisão, constou, literalmente, que "seria necessária a colaboração de dois tipos de profissionais não-jurídicos: um psicólogo, para discernir a vontade do legislador, e, em outras hipóteses, algum exercício de catecismo haveria de ser praticado, dada a impossibilidade de se descobrir essa vontade". Claro está, portanto, que a expressão *catecismo* terá sido desastrosamente introduzida no texto...

apenas subsiste no que se refere ao período anterior à Lei n. 9.457/97, posto que este texto revogou expressamente a *Lei Lobão* por referência expressa de seu art. 6º

Favoráveis à subsistência do direito de recesso nas hipóteses de que se cuida estão, exemplificativamente, os professores Mauro Rodrigues Penteado, retromencionado (cf. *Revista de Direito Mercantil* n. 77, pp. 29 e ss.); Rubens Aprobato Machado (*Revista de Direito Mercantil* n. 82, pp. 46 e ss.); Paulo Salvador Frontini (*Revista de Direito Mercantil* n. 86, pp. 71 e ss.); Modesto Carvalhosa (*Revista de Direito Mercantil* n. 96, pp.21 e ss); Norma Jonssen Parente (*Revista de Direito Mercantil* n. 97, pp.67 e ss.); Maria Lúcia de Araújo Cintra (*Revista de Direito Mercantil* n. 98, pp. 80 e ss.) e Renata Brandão Moritz (*Revista de Direito Mercantil* n. 101, pp. 56 e ss.).

Em posição oposta, vamos encontrar o professor Jorge Lobo (*Revista dos Tribunais* n. 664, pp. 43 e ss.) num estudo que foi submetido e aprovado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros do Rio de Janeiro; Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira ("*A Lei das S.A.*" Rio de Janeiro, Renovar, 1996, v. II, pp. 344 e 352 e Waldírio Bulgarelli ("*Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades*": São Paulo, Atlas, 1996, p. 237); José Edwaldo Tavares Borba ("*Direito Societário*" 2ª ed., Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1995, pp. 332 e ss.).

#### *b. Posição da Jurisprudência.*

Somente logramos encontrar, até o momento, dois precedentes jurisprudenciais a respeito. Comentemos, em rápidas linhas, o primeiro deles.

Trata-se o primeiro de Acórdão da 2ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, nos autos de Apelação Cível n. 116.737-1, julgada em 21 de agosto de 1991, na qual foi integralmente acolhida a tese defendida pelo professor Mauro Rodrigues Penteado.

Embora, no caso concreto, o direito fora manifestado *antes* da vigência da Lei n. 7.958 — o que, só por si, terá facilitado a decisão do Aresto, tendo em conta o direito adquirido e o ato jurídico perfeito —, não resta dúvida de que o julgado em referência acolheu integralmente a argumentação desenvolvida pelo comercialista de São Paulo.

Recorde-se o seguinte trecho do voto do eminente relator, juiz José Brandão:

*"Ocorre que a Lei n. 7.958/89 modificou a redação do art. 137, da Lei n. 6.404/76, mas, com palavras de Mauro Rodrigues Penteadado (in RDM, jan. março/90, p. 46) não modificou o direito de retirada contido na Lei n. 6.404/76.*

*Diz o comercialista (op. cit.): 'No afã de suprimirem o direito de recesso nas hipóteses em tela, os participantes do processo legislativo de elaboração da Lei n. 7.958 — o autor do Projeto 182/89, os assessores e parlamentares das comissões permanentes do Senado e da Câmara, o Ministério da Justiça — incorreram, data vênua, em gritante erronia. Eliminaram apenas a remissão feita no art. 137, VI e VIII da Lei n. 6.404, não se dando ao trabalho de compulsar o texto completo desse diploma legal, onde encontrariam esse mesmo direito potestativo dos acionistas previsto e assegurado em mais cinco outros mandamentos, que não foram feridos pela lei recém editada: os arts. 225, I, 264, §§ 3º e 4º e 230 (para as incorporações, fusões e cisões) e o art. 270, parágrafo único (para a constituição de grupos societários)'"*

Após a citação desse longo trecho do estudo do professor Mauro Penteadado, aduz o eminente relator:

*"Comungo com a opinião do autor citado, de que o art. 137 da Lei n. 6.404 enuncia em caráter não exaustivo e não exclusivo as hipóteses de retirada, por remissão ao art. 136, que versa sobre matérias que exigem quorum qualificado para deliberação em assembléia-geral extraordinária".*

O professor Paulo Salvador Frontini,<sup>56</sup> em preciso comentário a respeito desse Aresto, teve a ocasião de destacar:

*"Sobre a origem, tramitação, sanção e repercussão do diploma, é ocioso dispender energia em novos comentários. O tema foi esgotado em percuciente análise de talentoso comercialista ('A Lei n. 7.958/89 e a pretensa modificação do direito de retirada dos acionistas: uma discussão inócua' — Mauro Rodrigues Penteadado, RDM 77/29)"*

---

56. Revista de Direito Mercantil cit., p. 76.

Não apenas concordamos irrestritamente com o trecho retrotranscrito do professor Paulo Frontini quanto com esta sua outra conclusão que, a seguir, se transcreve:

*"Pensamos que a r. decisão, ora comentada, deu solução razoável à espécie. Mas, com a devida vênia, longe está de colocar as grandes questões que o tema encerra, e muito menos de enfrentá-las.*

*Em instâncias superiores, por certo, a matéria será debatida com outra profundidade"*

O segundo precedente jurisprudencial foi a Apelação Cível n. 187.636-4, também do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, objeto do comentário retromencionado, de autoria de Maria Lúcia de Araújo Cintra,<sup>57</sup> que assim se expressou:

*"Embora dando uma desnecessária ênfase à interpretação autêntica da lei, ou seja, na suposta intenção do legislador, o Acórdão está bem fundamentado, com apoio na opinião de diversos juristas, na manifestação da CVM e ainda na interpretação sistemática da Lei n. 6.404/76.*

*A decisão não poderia ser diferente.*

*Com efeito, a interpretação sistemática da lei leva inevitavelmente à conclusão de que a Lei n. 7.958 não derogou o direito de recesso na hipótese de incorporação.*

*Na realidade, as hipóteses legalmente admitidas para o exercício do direito de recesso não estão restritas àquelas enumeradas no art. 137. Outros artigos prevêem diferentes situações em que o acionista dissidente poderá retirar-se da companhia, como os arts. 221(transformação), 236 (aquisição de controle por pessoas de direito público) e 256 (aquisição de controle por preço acima de valor determinado"*

---

57. Revista de Direito Mercantil n. 98, pp. 80 e ss.

E conclui a eminente advogada de São Paulo:

*"Fica evidente, portanto, que o direito de retirada não está limitado às hipóteses elencadas no art. 137, desde que outro artigo disponha especialmente sobre a matéria como ocorre no caso em questão, diante do disposto no art. 230 da Lei n. 6.404/76"*

*c. Posição da Instância Administrativa. Julgamento da Comissão de Valores Mobiliários.*

Cabe registrar, por derradeiro, que a Comissão de Valores Mobiliários examinou o pedido de reembolso de acionistas da Panex S.A., que foram dissidentes da deliberação da assembléia que determinara uma cisão parcial.

Cuidou-se de uma assembléia geral extraordinária, realizada em 31 de dezembro de 1989, logo em seguida à entrada em vigor da Lei n. 7.958, com a empresa informando à CVM que não haveria direito de retirada tendo em vista esse novo texto legal.

Mas o relator da matéria, professor Ary Osvaldo Mattos Filho, então presidente daquela autarquia, optou por reconhecer o direito de retirada daqueles acionistas dissidentes, a despeito de os fatos terem ocorrido após a publicação da *Lei Lobão*.

Renata Brandão Moritz, em seu já citado estudo,<sup>58</sup> dá notícia de que o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários também defendeu o direito dos acionistas minoritários dissidentes da incorporação da Sulina Alimentos S.A. pela Perdigão Agroindustrial S.A.

Diferente é o posicionamento atual daquela autarquia federal. Acompanhando a tendência de conceber a lei das sociedades anônimas como instrumento da política macroeconômica do Governo Federal, conforme tantas vezes salientado por Carvalhosa, passou ela, mesmo antes do advento da Lei n. 9.457/97, a entender que o recesso significaria um entrave ao livre desenvolvimento das empresas.

---

58. "As hipóteses de recesso na lei das sociedades anônimas", *RDM* n. 101, p. 70, nota de rodapé n. 21.

Sabe-se que, no ano de 1996, em recurso interposto contra decisão proferida pela Superintendência de Empresas da Comissão de Valores Mobiliários a respeito do prazo para o exercício do direito de retirada, o Colegiado daquela autarquia deu provimento ao mesmo.

Ao fazê-lo, na verdade, revogou o entendimento anteriormente esposado — supedâneo daquelas decisões anteriores que não admitiam estivesse o direito dos acionistas minoritários coarctados pela *Lei Lobão* —, asseverando que a Lei n. 7.958/89, além de ter suprimido o inciso VI do rol do art. 137, houvera também revogado os arts. 225, inciso IV e 230 da Lei n. 6.404/76.

Fundou-se o voto do relator, na oportunidade, na autorizada doutrina de Carlos Maximiliano, segundo a qual *"extinta uma disposição ou um instituto jurídico, cessam todas as determinações que aparecem como simples conseqüências, explicações, limitações, ou se destinam a lhe facilitar a execução ou funcionamento, a fortalecer ou abrandar os seus efeitos"*, sendo certo, assim, que *"o preceito principal arrasta em sua queda o seu dependente ou acessório"*

Desde tal julgamento pelo Colegiado, passou a CVM a entender não mais existente o direito de recesso nas hipóteses de fusão, cisão e incorporação.

Assinale-se, em remate ao capítulo, que essa malfadada *Lei Lobão* já pertence ao passado. Foi ela expressamente revogada pelo art. 6º da Lei n. 9.457, a seguir examinada, no que pertine ao nosso tema do recesso acionário.

## VII. O direito de recesso na Lei n. 9.457/97.

Dispõe o art. 137 da Lei n. 6.404, na redação atual que lhe deu a Lei n. 9.457/97:

*"Art. 137. A aprovação das matérias previstas nos incisos I a VI do art. 136 dá ao acionista dissidente direito de retirar-se da companhia, mediante reembolso do valor das suas ações (art. 45), observadas as seguintes normas:*

*I nos casos dos incisos I e II do art. 136, somente terá direito de retirada o titular de ações de espécie ou classe prejudicadas;*

*II nos casos dos incisos IV e V, somente terá direito de retirada o titular de ações:*

- a. que não integrem índices gerais representativos de carteira de ações admitidos à negociação em bolsas de futuros; e*

*b. de companhias abertas das quais se encontram em circulação no mercado menos da metade do total das ações por ela emitidas, entendendo-se por ações em circulação no mercado todas as ações da companhia menos as de propriedade do acionista controlador;*

*III o reembolso da ação deve ser reclamado à companhia no prazo de trinta dias contados da publicação da ata da assembléia geral;*

*IV o prazo para o dissidente de deliberação de assembléia especial (art. 136, § 1º) será contado da publicação da respectiva ata;*

*V o pagamento do reembolso somente poderá ser exigido após a observância do disposto no § 3º e, se for o caso, da ratificação pela assembléia geral;*

*§ 1º O acionista dissidente de deliberação da assembléia, inclusive o titular de ações preferenciais sem direito de voto, poderá exercer o direito de reembolso das ações que, comprovadamente, era titular na data da primeira publicação do edital de convocação da assembléia, ou na data da comunicação do fato relevante objeto da deliberação, se anterior.*

*§ 2º O direito de reembolso poderá ser exercido no prazo previsto no inciso III do caput deste artigo, ainda que o titular das ações tenha-se absterido de votar contra a deliberação ou não tenha comparecido à reunião.*

*§ 3º Nos dez dias subseqüentes ao término do prazo de que trata o inciso III do caput deste artigo, contado da publicação da ata da assembléia geral ou da assembléia especial que ratificar a deliberação, é facultado aos órgãos da administração, se entenderem que o pagamento do preço do reembolso das ações aos acionistas dissidentes que exerceram o direito de retirada porá em risco a estabilidade financeira da empresa.*

*§ 4º Decairá do direito de retirada o acionista que não o exercer no prazo fixado"*

Não se questiona, na verdade, quanto aos propósitos da Lei n. 9.457/97 no sentido de acabar com a retroaludida "*indústria do recesso*"

Mas em que sentido poder-se-ia dizer que a nova lei, efetivamente, visou coibir apenas aquele procedimento eticamente condenável de se adquirir ações de uma determinada companhia com o objetivo exclusivo de dissentir das deliberações sociais para poder exigir o valor do reembolso pertinente?

Não-tenho dúvida em afirmar que, ao dispor o § 1º do art. 137 que o acionista dissidente de deliberação da assembléia poderá exercer o direito de reembolso das ações de que, comprovadamente, era titular na data da primeira

publicação do edital de convocação da assembléia, ou na data da comunicação do fato relevante objeto da deliberação (se anterior à publicação do edital), ficou impedida a prática dos profissionais do recesso que, cientes de que a companhia estava prestes a tomar decisões ensejadoras do direito de retirada, adquiriam rapidamente as suas ações antes que se realizasse a assembléia geral...

Ninguém, creio eu — exceção feita aos inescrupulosos minoritários de plantão, que não se envergonhavam em fazer a mais deslavada chantagem com controladores de grandes empresas —, poderá criticar a nova lei nesse particular.

No que se refere à supressão do direito de recesso, porém, nas hipóteses de cisão<sup>59</sup> de companhia aberta, e nas limitações a ele impostas nos casos de incorporação e fusão da mesma modalidade societária, razão parece assistir, mais uma vez, a Modesto Carvalhosa.

Salientou o ilustre professor, de forma candente, em várias passagens de sua obra, seu inconformismo com o novo texto legal, desde o seu nascedouro, quando era ainda o Projeto de Lei n. 1.564, de 1996. Sobre ele, assim se expressou Carvalhosa:<sup>60</sup>

*"Inscreve-se portanto esse projeto no processo de contínuo solapamento dos direitos essenciais dos acionistas, a duras penas incluídos na Lei n. 6.404, de 1976, por força das emendas aprovadas pelo Congresso Nacional, em 1976. Confirma o 'Projeto Kandir' o caráter crescentemente oligárquico do 'capitalismo' nacional, que leva à impossibilidade cada vez mais evidente de criação de um mercado de ações no País".*

A manobra governamental ficou, com efeito, absolutamente evidente. Era sabido que o modelo de privatização do País calcava-se, entre outros aspectos, na prévia cisão de empresas estatais, concessionárias de serviços públicos, principalmente nos setores de telefonia e de geração e distribuição de energia elétrica.

---

59. A leitura combinada dos §§ 3º e 4º do art. 223, em sua nova redação, leva à conclusão de que o direito de recesso só permanece aos minoritários na hipótese de as companhias sucessoras no processo de cisão não remanescerem na condição de sociedades abertas.

60. Ob. cit., v. 2, p. 732.

Para diminuir o custo dessas privatizações, o Projeto de Lei n. 1.564, de 1996, transformado na Lei n. 9.457/97 — embora atenuado pela Emenda Haully,<sup>61</sup> que outorgou certas compensações patrimoniais aos acionistas minoritários — investiu duramente contra os interesses desses últimos.

Era escusado dizer que a retórica oficial, quase sempre mergulhada na hipocrisia que tem servido de supedâneo ao Poder Público no Brasil, não iria reconhecer o óbvio, isto é, que o novo texto legal, como muito bem destacado por Carvalhosa, a exemplo do que já ocorrera anteriormente com a *Lei Lobão*, "*inscreve-se no processo de contínuo solapamento dos direitos essenciais dos acionistas, a duras penas incluídos na Lei n. 6.404*"

De um lado, deu-se o poderoso ataque com a supressão do direito de recesso na hipótese de cisão e com a sua progressiva neutralização nos casos de fusão e de incorporação.

De outro lado, com truculência que nos pareceu ainda maior, o texto legal aboliu a obrigatoriedade da oferta pública aos acionistas minoritários nos casos de transferência de controle, revogando-se integralmente o art. 254 e parcialmente o art. 255 da Lei n. 6.404, disposições que representavam a síntese de longas discussões no Congresso Nacional por ocasião da aprovação de seu texto.

Reconheço, como não poderia deixar de ser, o caráter altamente polêmico desse ideal de igualdade entre todos os acionistas nas cessões de controle acionário. Bastaria lembrar, a esse propósito, a mais clássica de todas as obras nessa matéria, na qual o professor Fábio Konder Comparato,<sup>62</sup> depois de acurada reflexão, mostrava que o poder de controle, como realidade econômica, não poderia deixar de ser considerado como tendo um valor próprio, distinto das ações singularmente consideradas. Ao referir-se ao famoso e substancioso estudo de Ballantine,<sup>63</sup> observou o ilustre professor:

*"Um autor norte-americano afirmou o óbvio, ao declarar que 'de modo geral, o poder de controlar a eleição de diretores e, portanto, de gerir e*

---

61. Nome do deputado Luiz Carlos Haully, relator do Projeto Kandir.

62. "*O Poder de Controle na Sociedade Anônima*", São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1975, tese com a qual conquistou o cargo de professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

63. Henry Winthrop Ballantine — *Ballantine on Corporations*, ed. Revista, Chicago (Callaghan and Company), 1946, p. 433.

*controlar os bens, negócios e o comércio de uma grande companhia, de decidir sobre as diretrizes de sua política empresarial e o dispêndio de grandes somas de dinheiro, de indiretamente nomear e fixar a remuneração de seus prepostos e representantes, é um bem valioso ou poder de grande valor, mesmo se a companhia se encontra apenas em situação de pagar salários e não-dividendos."*

Prossegue esse mesmo professor<sup>64</sup> ponderando que, se o nosso sistema econômico fundamenta a apropriação do lucro empresarial, com base no exclusivismo da responsabilidade daqueles que efetivamente assumem as responsabilidades pelo poder, como "democratizar" o poder de controle? Não seria o caso, então, de se partilhar o preço da alienação não apenas entre todos os acionistas, mas também entre todos os componentes do complexo empresarial, abarcando, igualmente, os empregados?

Outro argumento praticamente irrespondível, utilizado por Comparato, diz respeito às garantias prestadas pelo titular do controle acionário, por ocasião de sua alienação. Seja mediante a prestação de caução das próprias ações em garantia de empréstimos concedidos à sociedade alienada, seja pela outorga de avais em títulos de crédito, como se falar aqui em igualdade de situação jurídica entre controladores alienantes e os demais acionistas não controladores?

Mas, já naquela oportunidade, o mesmo professor Comparato sugeria ao legislador brasileiro duas medidas prudentes, sendo que a primeira delas seria exatamente a de atribuir aos acionistas não-controladores, titulares de ações há mais de dois anos, o direito de recesso pelo seu valor contábil, apurado segundo os algarismos do último balanço social aprovado, em razão de uma transferência de controle acionário, onerosa ou gratuita.<sup>65</sup>

Como se sabe, grande foi a discussão por ocasião da tramitação do Projeto pelo Parlamento Nacional. Os arts. 254 e 255 da Lei n. 6.404/76 não constavam do Projeto original e foram introduzidos em virtude de emenda apresentada no Senado pelo senador Otto Cirilo Lehman, prevendo a obrigatoriedade de oferta pública, quando da alienação do controle de companhia aberta, mediante a qual seria preservado ao acionista minoritário o direito de receber o mesmo preço pago pelos adquirentes ao acionista controlador.

---

64. Ob. cit., p. 249.

65. Ob. cit., p. 251.

Esse tratamento igualitário passou a ser desejado, a partir de 1972, logo após a despudorada cessão de controle de um banco comercial em que os controladores adquiriram a preço irrisório as ações dos minoritários, revendendo-as, em seguida, por preço muitas vezes superior ao dessa aquisição, motivando o deputado Herbert Levy a apresentar, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n. 1.042, segundo o qual *"na transferência de controle acionário, por venda, os acionistas minoritários nas sociedades anônimas de capital aberto receberão por suas ações preço igual ao estabelecido para as ações do grupo ou grupos majoritários"*

O mesmo deputado, na legislatura seguinte, iria oferecer um substitutivo, nele propondo que os titulares de ações preferenciais da companhia recebessem 25% do ágio pago aos acionistas majoritários, desde que tal ágio correspondesse ao dobro ou mais do valor de mercado das ações.

Mas, como foi dito linhas atrás, por ocasião da discussão do Projeto que iria se converter na Lei n. 6.404, prevaleceu a solução proposta pela Emenda Lehman, que recebeu aquiescência da maior parte da doutrina. A Lei n. 9.457/97 promoveu profunda alteração nesse estado de coisas.

O deputado Luiz Carlos Hauly destacou, em seu voto, o seguinte:

*"Tanto o oportuno projeto de lei como as sugestões oferecidas, assim como o PL n. 622, de 1995, foram cuidadosamente apreciados, tendo em vista o fortalecimento do mercado de capitais de risco, a conciliação dos interesses envolvidos nas sociedades por ações e a busca do ponto de equilíbrio desejável nas relações entre a maioria e a minoria, visando, assim, melhorar o sistema adotado, que se baseia na efetiva responsabilidade do controlador da empresa e de seus administradores, na precisa definição dos direitos do minoritário e na ampla publicidade, para que o que é imperioso, também, ensinar à Comissão de Valores Mobiliários melhores condições para bem exercer a fiscalização que lhe cabe, na defesa da empresa, do minoritário, do crédito público e das instituições que atuam no mercado".*

Não-obstante seja forçoso reconhecer que a Emenda Hauly — como haveria de ficar conhecido o substitutivo ao Projeto de Lei n. 622-A — amenizou ligeiramente a situação dos acionistas minoritários, dando-lhes algumas vantagens de caráter patrimonial, não resta dúvida de que ela referendou as principais inovações

trazidas pelo Projeto original do Governo, claramente tendentes a obedecer aos propósitos da nova política macroeconômica deste último.

Carvalhosa<sup>66</sup> é incisivo a respeito:

*"E no plano das iniquidades a Lei n. 9.457, de 1997, acolheu a supressão dos arts. 254 e 255 da Lei n. 6.404, de 1976, que tratavam da oferta pública em caso de alienação de controle. Tal retrocesso demonstra mais uma vez a persistência e aprofundamento do perfil institucional da lei societária, sempre a serviço das macropolíticas governamentais do momento. No caso presente, sua política está voltada a atender a implantação de um Estado neoliberal. Some-se a esse tatcherismo tropical a tendência sempre demonstrada pelos controladores e suas entidades de classe, contrários ao procedimento de equidade representado pela oferta pública. Continua vigendo no Brasil a célebre declaração do Barão de Fürstenberg feita numa assembléia do Deutsche Bank, realizada nos fins do século passado: 'Os acionistas são uns tolos e uns arrogantes; tolos porque nos dão o seu dinheiro e arrogantes porque querem receber dividendos' Acrescente-se que essa supressão de um direito fundamental dos acionistas recebeu inclusive o apoio explícito da Comissão de Valores Mobiliários, embora seja encarregada por lei de promover a defesa dos investidores no mercado de ações"*

Não nos pareceu feliz, com efeito, a forma pela qual a Lei n. 9.457/97 introduziu essas alterações em nossa lei societária. E nossa crítica — em brevíssimas linhas,<sup>67</sup> como não poderia deixar de ser — pode ser sintetizada nas seguintes considerações:<sup>68</sup>

A supressão da obrigatoriedade da oferta pública aos acionistas minoritários, nos casos de transferência de controle, revogando-se integralmente o art. 254 e parcialmente o art. 255 da Lei n. 6.404 — disposições que, como dissemos, não-obstante a polêmica sobre o tema, representavam a síntese de longas discussões no Congresso Nacional por ocasião da aprovação de seu texto — sem a

---

66. Ob. cit., v. 2, p. 286.

67. Tais críticas cingem-se, apenas, tendo em conta o âmbito da presente exposição, às questões relacionadas ao direito de recesso.

68. Estamos nos atendo, por questões de tempo e de espaço, aos três pontos que consideramos mais delicados na reforma promovida pela Lei n. 9.457/97.

correspondente outorga do direito de recesso pareceu-nos, efetivamente, um doloroso retrocesso à proteção das minorias acionárias no Direito brasileiro.

Em segundo lugar, não-vislumbramos nenhuma razão para a abolição integral do direito de recesso na hipótese de cisão, salvo, como já foi dito, para atender a uma política macroeconômica momentânea do Governo Federal relacionada à diminuição dos custos da privatização das companhias estatais.

Mas a cisão de uma companhia constitui uma das alterações mais sensíveis no interesse do acionista minoritário, sendo, por isso mesmo, o direito de recesso preservado em tal hipótese nos países em que o adotam, como tivemos a oportunidade de verificar.

Em terceiro — e por derradeiro — julgamos que os critérios utilizados pelo legislador para autorizar o recesso se afiguram ambíguos, em alguns casos, levando a crer que, na prática, eles poderão conduzir à progressiva neutralização desse direito.

Refiro-me aos casos de fusão, de incorporação e de formação do grupo de direito. É que o art. 137, inciso II, alude à possibilidade do exercício do direito de recesso nos casos dos incisos IV e V do art. 136, (sendo o inciso IV relativo à fusão da companhia, ou sua incorporação em outra, enquanto o inciso V diz respeito à participação em grupo de sociedades) somente quando as ações de seu titular:

- a. não integrarem índices gerais representativos de carteira de ações admitidos à negociação em bolsas de futuros; e
- b. sejam de emissão de companhia aberta nas quais menos da metade das ações emitidas estejam em *circulação no mercado*, entendendo-se por essa expressão — *ações em circulação no mercado* — "*todas as ações da companhia menos as de propriedade do acionista controlador*"

Poder-se-ia alegar, em princípio, que a negação do direito de retirada, nas hipóteses mencionadas, decorreria da compreensível presunção de que, existindo elevados níveis de liquidez das ações da companhia, de um lado, ou, paralelamente, havendo alto grau de dispersão de suas ações no mercado, de outro lado, o acionista discordante da decisão da assembléia não-necessitaria do recesso para poder livrar-se de seu investimento, que teve a sua natureza abruptamente alterada.

O raciocínio seria de todo válido, deveras — e corresponderia ao que já havíamos destacado linhas atrás —, no sentido de que são muitos os autores como Nelson Eizirik, Paulo Salvador Frontini, Rachel Sztajn, para ficar apenas em alguns

exemplos, que entendem ocorrer a perda de fundamento para o exercício do direito de recesso, nas companhias abertas, quando o acionista insatisfeito tem a possibilidade de alienar livremente suas ações nas Bolsas de Valores.

Parece não haver dúvida quanto ao raciocínio em tela no que se refere à alínea *a*, do inciso II, do art. 137 da Lei. Com efeito, no caso de ações integrantes de índices gerais representativos de carteira de ações admitidos à negociação em bolsas de futuros, haveria uma espécie de presunção *ex lege* de que de tais títulos tenham liquidez absolutamente comprovada, inexistindo fundamento axiológico para a manutenção do direito de recesso.

Ocorre, porém, na hipótese da alínea *b*, desse mesmo inciso II, do art. 137, isto é, somente terá direito de retirada o titular de ações *"de companhias abertas das quais se encontram em circulação no mercado menos da metade do total das ações por ela emitidas, entendendo-se por ações em circulação no mercado todas as ações da companhia menos as de propriedade do acionista controlador"*

O texto está longe de ser um primor de clareza, mas não há dúvida de que não há necessidade de ser versado em matemática para perceber que o critério de dispersão, adotado pela lei, é inequivocamente falho.

Nelson Eizirik<sup>69</sup> fornece um exemplo extremo. Diz ele:

*"Uma companhia com dois acionistas, um com a totalidade das ações votantes (1/3 do capital) e outro com todas as ações preferenciais (2/3 do capital) registra-se na CVM como companhia aberta para emitir publicamente debêntures não conversíveis em ações; em seguida, é incorporada por outra e nega ao preferencialista o direito de recesso, com base em interpretação literal da lei, pois ela é aberta e mais da metade das suas ações não são de propriedade do acionista controlador"*

Em seguida, conclui esse autor que:

*"Assim, quando a Lei menciona as companhias abertas cujas ações estejam em circulação no mercado, está se referindo, inequivocamente, àquelas*

---

69. Ob. cit., pp. 72-73.

*companhias abertas que se registraram na CVM para procederem à emissão pública de ações.*

*O critério de dispersão não se relaciona apenas às ações ordinárias, com pleno direito de voto; referindo-se a Lei ao 'total das ações emitidas', fica claro que podem ser ordinárias ou preferenciais, sem direito de voto" (grifos do autor).*

Os exemplos poderiam variar indefinidamente. Haveria *n* hipóteses nas quais o grau de dispersão presumido pelo legislador seria, efetivamente, mínimo. Basta pensar, por exemplo, quer na hipótese de acionistas minoritários ligados ao controlador; quer no caso de o minoritário ser titular de grande número de ações, fazendo com que a *metade* existente em circulação não-represente a dispersão mínima para que se pudesse falar em alienação livre de ações no mercado.

Enfim, o tema é *apaixonante* mesmo. Mas é preciso ter cuidado. Como já se disse algures, quando a paixão entra pela porta principal, a sensatez foge pela porta dos fundos...

São Paulo, novembro de 1998.

### VIII. Bibliografia

- AMENDOLARA, Leslie. *Os Direitos dos Acionistas Minoritários*, São Paulo, Editora STS Publicações e Serviços Ltda., setembro de 1998.
- APROBATO MACHADO, Rubens. *Revista de Direito Mercantil* n. 82.
- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, São Paulo, Saraiva, 1969.
- AZEVEDO SOUTO, A. *Lei das Sociedades por Quotas Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1941.
- BALLANTINE, Henry Winthrop. *Ballantine on Corporations*, Chicago (Callaghan and Company), ed. Revista, 1946.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, v. 2.
- BOBBIO, Norberto. *De senectute e altri scritti autobiografici*, Einaudi.
- BRUNETTI, Antonio. *Trattato de Diritto delle Società*, v. 2, Milão, Giuffrè, 1948.

- BULGARELLI, Waldírio. *Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades*, São Paulo, Atlas, 1996
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 2, Editora Saraiva, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Revista de Direito Mercantil* n. 96.
- CINTRA, Maria Lúcia de Araújo. *Revista de Direito Mercantil* n. 98.
- COMPARATO, Fábio Konder. Valor de reembolso no recesso acionário, *Revista dos Tribunais*, v. 563.
- \_\_\_\_\_. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1975.
- COSTA, José Rubens. Sociedades anônimas. Direitos essenciais dos acionistas, *Revista Forense* 270/567. n. 2, 1980.
- DONADIO, Giuseppe. *Il recesso del socio*, Milão, Giuffrè, 1940.
- EIZIRIK, Nelson. *Reforma das S.A. & do Mercado de Capitais*, Renovar.
- \_\_\_\_\_. Reforma das S.A e Direito de Recesso, *Revista de Direito Mercantil* n. 111.
- FRONTINI, Paulo Salvador. *Revista de Direito Mercantil* n. 86.
- GIAMPICCOLO, Giorgio. *La Dichiarazione Recettizia*, Milão, Giuffrè, 1959.
- LAMY FILHO, Alfredo e BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *A Lei das S.A.*, Rio de Janeiro, Renovar, 1966, v. II, p. 339.
- LEÃES, Luis Gastão Paes de Barros. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Saraiva, 1980, § 214, p. 216.
- LOBO, Jorge. *Revista dos Tribunais* n. 664.
- MELLO FRANCO, Vera Helena de. Dissolução parcial e recesso nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Legitimidade e Procedimento. Critério e Momento de Apuração de Haveres, *Revista de Direito Mercantil* n. 75.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. *Ensayo sobre la evolución actual de la Sociedad Anónima*, Cuadernos Civitas, Madrid, Ed. Revista de Occidente, 1974.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, t. L, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1984.
- MORITZ, Renata Brandão. *Revista de Direito Mercantil* n. 101.
- PARENTE, Norma Jonssen. *Revista de Direito Mercantil* n. 97.

- PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Revista de Direito Mercantil* n. 77.
- SCHMIDT, Dominique. *Les droits de la minorité dans la Société Anonyme*, bibliothèque de Droit Commercial, dirigida por R. Houin, t. 21, Sirey.
- SZTAJN, Rachel. O direito de recesso nas sociedades comerciais, *Revista de Direito Mercantil* n. 71, Julho-Setembro/1988.
- TAVARES BORBA, José Edwaldo. *Direito Societário*, 2ª ed., Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1995.
- TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. Direito de Retirada e Poder de Retratação, *Revista de Direito Mercantil* n. 44.
- TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, Max Limonad, 1956.
- VIVANTE, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale*, v. II, Le Società Commerciali, Francesco Vallardi, 1935.
- WALD, Arnoldo. *Revista de Direito Mercantil* ns. 40 e 62.
- WANDER BASTOS, Aurélio e EIZIRIK, Nelson. *Mercado de Capitais e S/A — Jurisprudência*, v. 2, Comissão Nacional de Bolsa de Valores.



***DIREITO DO TRABALHO***



## O DIREITO DO TRABALHO E O SÉCULO XXI

*Octavio Bueno Magano*

Professor Titular aposentado do Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

### Resumo:

Por mediar de hoje, quase dois anos até o início do século XXI (2001), haverá tempo suficiente para a adaptação do Direito do Trabalho brasileiro, ainda marcado pelo nacionalismo corporativista dos anos 30, às exigências da globalização, que, a partir do novo marco temporal, far-se-ão sentir, de modo mais acentuado. As principais características do fenômeno em causa são a interpenetração de mercados, as novas tecnologias, a homogeneização das preferências dos consumidores, a estandardização dos métodos de produção e a produção em escala globalizante. Diante do exposto, conclui-se que, ao invés de continuarem os povos na concha do nacionalismo, devem, ao contrário, buscar a expansão, através da participação em conglomerados internacionais. Entre os conglomerados atualmente existentes, realça-se o Mercosul, resultante do Tratado de Assunção, de 26.03.90, subscrito pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai e robustecido pelo Protocolo de Ouro Preto, de 17.12.94, que lhe atribuiu personalidade internacional. Na área trabalhista, o Mercosul estabelece, como finalidade, a lograr a harmonização de institutos jurídicos. Para muitos autores, tal objetivo se alcançaria com a adoção do maior número possível de Convenções da OIT e com a edição de uma Carta Social. Já o autor deste artigo entende que o mesmo objetivo deve ser buscado não através de benefícios outorgados por entidades estatais, mas por meio de condições negociadas, através de contratação coletiva de âmbito supranacional.

### Abstract:

As there are now dose to two years before the beginning of the XXIst C. (2001), there will be sufficient time for adaptation of the Brazilian Labour Law, still marked by the nationalistic corporativism of the thirties, to the demands of globalization, which will become increasingly pronounced as the new era unfolds. The main characteristics of the phenomenon in question, as generally viewed, are the interpenetration of markets, the generic nature of the new information technologies, the accelerated homogenization of consumer tastes, product standards, and production methods on a global scale. In view of such, it may be concluded that instead of people continuing to remain within their nationalistic shells, they must, on the contrary, look towards expansion through participation in international conglomerates. Amongst existing conglomerates, Mercosul comes to the fore, as a result of the Asuncion Treaty, subscribed by Argentina, Brazil, Paraguay and Uruguay. Within the labour ambit, Mercosul's aim is to achieve harmony of juridical

institutions. For many authors such an objective would be reached with the adoption of as many conventions as possible of the ILO, and with the edition of a Social Chart. The author of the article herewith resumed, however, understands that the same objective must be reached not through the conceding of benefits by State entities, but rather through conditions negotiated via collective contracting within a supra national area.

**Unitermos:** conglomerados internacionais; Nafta; Mercosul.

## I. Introdução

Antes de mais nada, cumpre assinalar que, ao contrário do que frequentemente se supõe, o século XXI iniciar-se-á não em 1º de janeiro de 2000 e sim em 1º de janeiro de 2001.

Como se lê em Caldas Aulete, século é "*espaço de cem anos, contados de um até cem desde um termo fixo chamado era (isto é, de 101 a 200, de 201 a 300 e assim por diante).*" Para o Dicionário Larousse século constitui "*espace de cent ans numérotés de 1 à 100, de 101 à 200, de 201 à 300, etc., en partant d'un terme fixe appelé ère*"<sup>1</sup> Não destoam daí os esclarecimentos contidos no "Standard Dictionary": "*A period of 100 years in any system of chronology, especially in reckoning from the first year of the Christian era: The Twentieth Century A.D. 1901-2000*"<sup>2</sup>

Decorre do exposto, existir ainda praticamente dois anos para se acertar o passo do Direito do Trabalho brasileiro com o estereótipo que haverá de prevalecer a partir do século XXI.

O modelo em causa encontra-se ligado ao fenômeno da globalização, tal como vem de ser sublinhado por Fernando Henrique Cardoso, ao ensejo de sua posse para cumprimento de um segundo mandato presidencial, "*verbis*": "*Em um sistema internacional, em que aumenta a interdependência, é inevitável que sejamos afetados por eventos originados em outras regiões do mundo, mesmo as mais longínquas*"<sup>3</sup>

1. Nouveau Larousse Illustré, Paris, ed. Larousse, t. VII, p. 688.

2. Nova York, Funk and Wagnalls, 1970, p. 217.

3. *O Estado de S. Paulo*, de 02/01/99, p. A-5.

Não é, aliás, a primeira vez que o presidente da República trata do assunto. Já o fizera antes, de modo mais desenvolto, nestes termos: *A revolução contemporânea alcança além da cadeia de produção, e extingue o 'fordismo' e o 'taylorismo', revoluciona a organização da fábrica e da gerência; atinge o setor público, as escolas, igrejas, sindicatos e, por fim, o todo não-somente através de novos métodos de gerenciamento que passa a permitir, mas também através da criação de grandes redes de comunicação de massa; não-somente através dos meios de comunicação eletrônicos convencionais (rádio e televisão), mas também através das redes de computadores, máquinas de fac-símile, modems, e tudo o mais. Tudo isso, somado (e por ela tornado possível) a proliferação das grandes firmas manufatureiras, bancos e companhias comerciais, formam as bases de uma economia globalizada. E, portanto, juntamente com o casamento da ciência, tecnologia e liberdade, a grande tendência do mundo moderno é a globalização da economia"*<sup>4</sup>

Se a tendência do mundo moderno é a globalização da economia, o que significa, em síntese, atividade econômica exercida em âmbito internacional, mostra-se claro que o Brasil não pode continuar jungido à sistema de nacionalismo corporativista, como o que aqui se instaurou na década dos anos 30 e que continua a prevalecer até os dias atuais.

O regime de que se trata foi formalmente implantado em nosso País, a partir da Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937, inspirada na "*Carta del Lavoro*" italiana, de 21 de abril de 1927, cujo escopo era a implantação de um Estado nacionalista corporativista.<sup>5</sup>

Tal modelo que, na área trabalhista, continuou praticamente intacto, apesar do advento das sucessivas Constituições de 1946, 1967, 1969 e 1988, mostra-se incompatível com as feições do mundo globalizado.

Para demonstrá-lo, convém, inicialmente, trazer à tona quais sejam as apontadas características.

Como acentuam Werner Sengenberger e Frank Wilkinson, "*it is generally recognized that the interpenetration of markets, the generic nature of the new information technologies, the accelerated homogenization of consumer tastes,*

---

4. Relações Norte-Sul no Contexto Atual: Uma Nova Dependência, in *O Brasil e a Economia Global*, organizador Baumann, Renato, Rio de Janeiro, SOBEET, 1996, p. 10.

5. Carocci, Giampero, *Storic del Fascimo*, Roma, Newton Compton editori, 1994, pp. 30-42.

*product standards, and production methods on a global scale, and mergers and acquisitions (which) are leading to worldwide economic restructuring leaving large corporations less dependent on any one nation's economy*.<sup>6</sup>

Diante de tais fatores, o risco do colapso das economias presas ao modelo nacionalista é muito grande. Ainda na trilha dos autores citados, pode-se dizer que *"national governments and national labour organizations lose their regulative power over economic behaviour within their borders"*.<sup>7</sup>

A estratégia a se adotar a fim de se evitarem os indigitados inconvenientes é a da redução de custos, a da especialização das linhas de produção, a de estabilidade e controle de qualidade crescente na oferta de bens e serviços.<sup>8</sup> Ao invés de se aninharem os povos na concha do nacionalismo, devem, ao contrário, buscar a expansão, através da participação em conglomerados internacionais.<sup>9</sup>

## 2. Conglomerados Internacionais

Os conglomerados internacionais, atualmente existentes, são os seguintes: a. Comunidade Européia, integrada pela França, Itália, Alemanha, Inglaterra, Espanha, Portugal, Bélgica, Grécia, Países Baixos, Dinamarca, Irlanda e Luxemburgo, Finlândia, Áustria e Suécia; b. Nafta (North American Free Trade Agreement), formado pelos EUA, Canadá e México; c. CEI (Comunidade de Estados Independentes), constituída pela Rússia, Bielorrússia, Moldávia e Azerbaijão; d. União Econômica dos Estados Árabes, de que fazem parte Arábia

6. Globalization and Labour Standards in *Managing the Global Economy*, coordenado por Michie, Jonathan e Grieve, John, Nova York, Oxford University Press, 1995, p. 113.

7. *Idem*, p. 111.

8. Baumann, Renato, Uma Visão Econômica da Globalização, in ob. cit., "*O Brasil e a ...*", p. 44.

9. Baumann, Renato, Uma Visão Econômica da Globalização, in ob. cit., "*O Brasil e a ...*", p. 44. Héctor-Hugo Barbagelata entende que *"la integración económica puede tender consecuencias beneficiosas y negativas"* (Exploración preliminar de la proyectada integración en el Mercosur desde la perspectiva laboral, in *Debate Laboral Revista Americana e Italiana de Derecho del Trabajo*, San José, Laser S.A., ano IV, n. 8-9/1991, p. 7). Tratando dos aspectos negativos de integração María Carmen Ferreira e Julio Ramos Oliveira assim se expressam: *"La primera perturbación a nivel de empresa, que se cita generalmente como desfavorable, es la competencia desencadenada entre los socios comunitarios, que perjudique los niveles de empleo. Se teme que ciertos países o ciertas regiones mantengan adrede un bajo nivel social o salarial, y no se encuentren dispuestos a revisarlos hacia arriba para así atraer a inversiones, poniendo en peligro los puestos de trabajo ya existentes en otras regiones"*. Mercosul Enfoque Laboral, Montevideo, Fundacion de Cultura Universitaria, 1991 p. 51.

Saudita, Iraque, Jordânia, Kuwait, Líbano, Marrocos, República Árabe Unida, Síria, Sudão, Tunísia e Iêmen; e. União Econômica da África Central, compreendendo Chade, Congo, Gabão e República Centro-Africana; f. Caricom (Mercado Comum do Caribe), cujos membros fundadores são Barbados, Guiana, Jamaica e Trinidad-Tobago; g. Pacto Andino, incluindo Bolívia, Equador, Peru e Venezuela; h. ANSEA (Associação das Nações do Sudeste Asiático), englobando os países da região referidos em sua denominação; i. APEC (Asia-Pacific Economic Cooperations), integrada por dezenove economias de países com frente para o Oceano Pacífico; j. Mercosul (Mercado Comum do Sul), composto pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

Os conglomerados implicam diferentes graus de integração, consoante a seguinte ordem.

Primeiro, a zona de livre comércio, ou seja, aquela em que se suprimem os obstáculos à livre circulação de bens e serviços. Em segundo lugar, a união aduaneira, que supõe, ademais, tarifa externa comum.<sup>10</sup> Em terceiro lugar, o mercado comum, que constitui o espaço sem fronteiras internas, no qual se assegura a livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais. Em quarto lugar, a comunidade econômica, que exterioriza a unificação da política macroeconômica dos Estados-Membros. Por último, a união monetária, que se caracteriza pela utilização da mesma unidade monetária em todos os Estados que a compõem.

Entre os conglomerados, acima alinhados, os mais significativos para o Brasil são o Mercosul, a União Européia e o Nafta. Cumpre, por isso, que se ofereçam aqui maiores esclarecimentos sobre as respectivas estruturas e funcionamento, deixando-se que os relacionados com o Mercosul venham por último, dadas as conseqüências de ser ele integrado pelo Brasil.

---

10. Ari Possidonio Beltran distingue a união aduaneira da união tarifária, assim se exprimindo: "*União aduaneira não deixa de ser uma união tarifária, com a qual, contudo, não se confunde, porquanto a união aduaneira é modalidade mais aperfeiçoada. Segundo os autores, uma verdadeira união aduaneira supõe que o produto total das tarifas externas percebidas por todas as alfândegas que fiscalizam o ingresso ou saída de mercadorias do território aduaneiro da Comunidade, seja atribuído a um caixa comum e repartido entre os fiscos dos países membros*" (*Os impactos da integração econômica no Direito do Trabalho: globalização e direitos sociais*, São Paulo, LTr, 1998, p. 42).

### 3. Comunidade Européia

Sucintamente há de se indicar, como marco inicial de sua origem, o Tratado de Paris, de 18 de abril de 1951, gerador da Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA). Seis anos depois se subscreveram, em Roma, dois Tratados instituidores, respectivamente, da Comunidade Européia para a Energia Atômica (CEE), também denominada EURATOM, e a Comunidade Econômica Européia. Seguem-se o Ato Único Europeu, subscrito em fevereiro de 1986, e, finalmente, em 7 de fevereiro de 1992, o Tratado de Maastricht, subscrito, então, pelos seguintes países: França, Inglaterra, Irlanda, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Alemanha, Dinamarca, Itália, Grécia, Espanha e Portugal. Seu objetivo primacial consiste na "*promoção de um processo econômico e social equilibrado e sustentável, nomeadamente mediante a criação de um espaço sem fronteiras internas e o reforço da coesão econômica e social e o estabelecimento de uma União Econômica e Monetária, que incluirá, a prazo, a adoção de uma moeda única ...*" (vide Título I, arts. A e B).

Em conformidade com essa parte final do referido Tratado, no dia 4 de janeiro último, passou a ter voga a moeda chamada *Euro*, destinada a prevalecer entre os países da Comunidade Européia, com exceção da Inglaterra, Suécia, Dinamarca e Grécia. Conquanto as moedas nacionais de cada país da Comunidade devam continuar a circular até o ano 2002, o *Euro* já pode ser utilizado através de cheques, cartões de crédito e lançamentos contábeis.<sup>11</sup>

No que toca à estrutura da Comunidade Européia, o órgão supremo de direção política é o Conselho Europeu, formado pelos chefes de governo dos Estados-Membros e pelo presidente da Comissão da Comunidade.

Segue-se o Conselho de Ministros, composto de um membro de cada país, cujo escopo é o de assegurar a coordenação das políticas econômicas dos Estados-Membros.

---

11. A taxa de sua conversão, na data em que foi lançado, assim se discrimina 1 euro = 6,55957 francos franceses; 1 euro = 1,95583 marco alemão; 1 euro = 40,3399 francos belgas; 1 euro = 40,3399 francos luxemburgueses; 1 euro = 0,787564 libra irlandesa; 1 euro = 1.936,27 liras italianas; 1 euro = 166,386 pesetas espanholas; 1 euro = 2,20371 florins holandeses; 1 euro = 13,7603 shillings austríacos; 1 euro = 200,482 escudos portugueses; 1 euro = 5,94573 marcos finlandeses; 1 euro = 1,16675 dólar; 1 euro = 0,705455 libra esterlina; 1 euro = 132,800 ienes. L'euro sur les fonts baptismaux, in *Le Figaro*, 01/01/1999, p. 3.

Outro órgão de grande importância é o Parlamento Europeu, cujos membros se elegem democraticamente, com mandato de cinco anos e com a finalidade precípua de fiscalizar o funcionamento dos demais órgãos da Comunidade. Além disso, em consonância com o art. 189, do Tratado de Maastrich, tem competência para adotar, em conjunto com o Conselho Europeu, regulamentos, diretivas, decisões e recomendações. Compete-lhe, ainda, nomear provedor de Justiça, com poderes para receber queixas apresentadas por qualquer pessoa singular ou coletiva, com domicílio em qualquer dos Estados-Membros. O Parlamento Europeu menciona em Estrasburgo e se reúne anualmente.

O quarto órgão a ser considerado é a Comissão Européia, a que cabe velar pela aplicação das disposições do Tratado, bem como das medidas tomadas pelas restantes instituições comunitárias.

O quinto órgão a ser mencionado é a Corte Européia de Justiça, sediado em Luxemburgo e integrada por treze juízes nomeados pelo prazo de seis anos pelos membros da Comunidade. As funções primaciais da mencionada Corte são as de cassar toda e qualquer medida adotada no seio da Comunidade contrária ao Tratado em vigor e, por outro lado, as de interpretar a validade de tópicos da legislação comunitária questionados pelos tribunais nacionais.

Outras instituições integrantes da Comunidade são o Comitê Econômico e Social (CES), o Banco Europeu de Investimento (BEI), o Tribunal de Contas e o Fundo Social Europeu (vide arts. 123/127, do Tratado).

Merece realce especial o Comitê Econômico e Social, com sede em Bruxelas e integrado por representantes de três grupos: o dos trabalhadores, o dos empregados e o de categorias diferenciais, como a dos agricultores e consumidores.

Deriva do exposto que a Comunidade Européia, com o recente lançamento do *Euro*, inseriu-se na categoria mais avançada de integração econômica, que é a da união monetária.

#### 4. Nafta

A sigla Nafta refere-se ao North American Free Trade Agreement, tratado de livre comércio firmado entre os EUA e o Canadá, o qual veio a ser subscrito também pelo México, em novembro de 1992.

No art. 102, do referido Tratado assim se especificam seus objetivos: "*(a) eliminate barriers to trade in, and facilitate the cross-border movement of,*

*goods and services between the territories of the Parties; (b) promote conditions of fair competition in the free trade area; (c) increase substantially investment opportunities in the territories of the Parties; (d) provide adequate and effective protection and enforcement of intellectual property rights in each Party's territory; (e) create effective procedures for the implementation and application of this Agreement, for its joint administration and for the resolution of disputes; and (f) establish a framework for further trilateral, regional and multilateral cooperation to expand and enhance the benefits of this Agreement"*

Como complemento do mesmo Tratado, há de se registrar a existência de acordo sobre cooperação no campo laboral, em que se explicitam os seguintes objetivos: "*(a) improve working conditions and living standards in each Party's territory; (b) promote, to the maximum extent possible, the labor principles set out in Annex 1; (c) encourage cooperation to promote innovation and rising levels of productivity and quality; (d) encourage publication and exchange of information, data development and coordination, and joint studies to enhance mutually beneficial understanding of the laws and institutions governing labor in each Party's territory; (e) pursue cooperative labor-related activities on the basis of mutual benefit; (f) promote compliance with, and effective enforcement by each Party of its labor law, and (g) foster transparency in the administration of labor law"*

## 5. Mercosul

O Mercosul resulta do Tratado de Assunção, subscrito pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, no dia 26 de março de 1990. Seu objetivo declarado é a implantação de um mercado comum. Contudo, por não assegurar amplamente aos seus integrantes a livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais, prefere Luiz Olavo Baptista caracterizá-lo como fórmula "*sui generis*" de mercado comum.<sup>12</sup>

Com o advento do Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994, robusteceu-se a entidade, no que toca à realização de seus objetivos, sobretudo porque passou a possuir personalidade jurídica de Direito Internacional.

Os órgãos componentes de sua estrutura são os seguintes: I Conselho do Mercado Comum; II Grupo Mercado Comum; III Comissão de Comércio; IV

---

12. *O Mercosul, suas instituições e ordenamento jurídico*, São Paulo, LTr, 1998, p. 53.

Comissão Parlamentar Conjunta; V Foro Consultivo Econômico e Social; VI Secretaria Administrativa.

O Conselho, composto pelos ministros das Relações Exteriores e pelos ministros da Economia dos Estados-Membros, constitui o órgão superior da entidade, incumbindo-lhe a condução política do processo de integração e a tomada de decisões para assegurar o cumprimento de seus objetivos.

O Grupo Mercado Comum, integrado por um representante de cada País-Membro, particulariza-se por constituir o órgão executivo do Mercosul.

Segue-se a Comissão de Comércio, também composta de quatro membros, cuja finalidade é a de dar assistência ao Grupo Mercado Comum.

O terceiro órgão a ser considerado é a Comissão Parlamentar, integrada por parlamentares representantes dos Estados-Membros e tendo como finalidade precípua despender esforços no sentido da harmonização das legislações dos mesmos países.

O quarto órgão do Mercosul é o Foro Consultivo Econômico e Social, integrado por igual número de representantes de cada Estado-Membro, com funções meramente consultivas.

Finalmente, há se considerar a Secretaria Administrativa, caracterizada como órgão de apoio operacional.

O Tratado de Assunção (v. art. 13) tanto quanto o Protocolo de Ouro Preto (v. art. 14) atribuíram ao Grupo Mercado Comum a prerrogativa de criarem subgrupos destinados ao melhor cumprimento de seus objetivos.

Em conformidade com a apontada previsão, criou-se o subgrupo 11 (hoje 10), atribuindo-se-lhe a incumbência de harmonizar os institutos jurídico-laborais, para o efeito de melhor se assegurar o processo de integração e a melhoria das condições de trabalho dos países pertencentes ao Mercosul.

Não há dúvida, portanto, de que a finalidade última do subgrupo 10 é a de buscar a melhoria das condições de trabalho,<sup>13</sup> no âmbito da referida entidade. E há de fazê-lo através da harmonização de institutos jurídico-laborais.

Sobre o sentido do vocábulo harmonização assim se manifesta João de Lima Teixeira Filho: "*Sempre entendemos que harmonização não pode significar uniformidade de condições de trabalho, o que seria impossível de alcançar até*

---

13. Entre as melhorias desejáveis aponta Amauri Mascaro Nascimento a necessidade de se facilitar a migração trabalhista. (Normas para Circulação de Trabalhadores no Mercosul, in *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 90, 1995, p. 324).

*mesmo em razão da soberania interna de cada País-membro, das razões históricas de cada povo, da atuação dos sindicatos na fonte de produção de Direito do Trabalho etc. A harmonização tem o nítido sentido de redução, até onde possível for, das diferenças de tratamento que as legislações nacionais dispensem aos mais diversos assuntos"* <sup>14</sup>

Oscar Ermida Uriarte adota posição semelhante, preconizando a aplicabilidade de convenções da OIT e a adoção de uma Carta Social.<sup>15</sup>

No que toca às convenções da OIT, assim se manifesta: "*La finalidad es la de crear un piso mínimo de protección de los derechos de los trabajadores de la región, válido en toda la dimensión geográfica de ésta. Es obvio que no se apunta a crear un Derecho supracional, sino a establecer, a través de la coincidencia de los conventos internacionales ratificados por cada país, un Derecho internacional del trabajo común o uniforme por coincidencia*" <sup>16</sup>

No que concerne à adoção de Carta Social, Uriarte aduz as seguintes ponderações: "*Lo teóricamente recomendable sería la hipótesis de máxima, lo mejor a que se podría aspirar en este momento (una Carta Social con normas jurídicas completas, eficaces y autoejecutables, controlada internacionalmente y directamente aplicable por los tribunales nacionales). La hipótesis de mínima, en cambio, es decir, lo más modesto que se pudiera construir, sería una mera declaración de objetivos, propósitos o principios, sin mecanismos de control*" <sup>17</sup>

Por outro lado, Floriano Corrêa Vaz da Silva, endossando palavras de Paulo de Tarso Silva, posiciona-se no sentido da necessidade de se democratizarem as relações de trabalho, no âmbito do Mercosul,<sup>18</sup> opinião que se conjuga com a de

14. O Fator Trabalho no Mercado Comum do Sul, in *Direito e Processo do Trabalho*, coord. Mallet, Estêvão e Robertella, São Paulo, LTr, 1996.

15. *Mercosur y Derecho Laboral*, Montevideo, Fundacion Universitaria de Cultura Universitaria, 1996, pp. 17-19.

16. *Idem*, p. 17.

17. Características, contenido y eficacia de una eventual Carta Social del Mercosur, in *¿Una Carta Social del Mercosur?*, Montevideo, Relasur, 1994, p. 27. Geraldo von Potobsky é mais enfático quanto à necessidade de uma Carta Social, como se depreende do texto abaixo reproduzido: "*La aceptación del principio de una Carta Social para el Mercosur constituye un avance importante*" (Naturaleza, contenido y eficacia de una eventual carta social del Mercosur", in *ob. cit.*, "*¿Una Carta Social...*", p. 29).

18. Mercosul e Relações do Trabalho, São Paulo, Repertório IOB de Jurisprudência - Trabalhista e Previdenciário, 2ª quinzena de janeiro de 1995, n. 2/95, p. 28.

Cássio Mesquita Barros Jr., ao afirmar que a eficácia plena de uma Carta Social depende da atuação da diplomacia dos Países-Membros do Mercosul.<sup>19</sup>

A partir dessa última observação, tudo indica que, ao invés da elaboração de uma Carta Social aparatosa e adstringente, que só viria exacerbar o caráter tutelar e farisaico das normas trabalhistas dos Países-Membros do Mercosul, o mais aconselhável seria a estimulação não-só de agentes diplomáticos senão também e, principalmente, de entidades sindicais, no sentido de se empenharem para assegurar a efetividade de direitos trabalhistas não através de benefícios outorgados por entidades estatais, mas por meio de condições negociadas, através de contratação coletiva de âmbito supranacional.<sup>20</sup>

Nesta altura, vale a pena trazer à tona a observação de Gérard Lyon-Caen, quanto à tendência do Direito do Trabalho "*d'abandonner aux groupements d'employeurs et aux syndicats de salariés une large part d'autonomie dans l'établissement du contenu de leurs rapports*".<sup>21</sup> Por isso mesmo, no âmbito europeu, a Confederação Européia de Sindicatos mostra o seu destino cada vez mais ligado "*à celui de la construction européenne, dont elle est aujourd'hui l'un des principaux acteurs*"<sup>22</sup>

---

19. La proclamación de los derechos laborales fundamentales en el Mercosur *in ob. cit.*, "*¿Una Carta Social...*", p. 57.

20. No mesmo sentido Everaldo Gaspar Lopes, quando diz: "A este (o Estado) compete reduzir o grau de intervenção, estimula a livre negociação entre Capital e o Trabalho e assegurar que as regras da livre negociação sejam respeitadas garantindo a lisura do processo, o cumprimento do entendimento, bem como resguardando os direitos das partes." (*O Mercosul e as relações de trabalho: relações individuais, relações coletivas, relações internacionais de trabalho*, São Paulo, LTr, 1993, p. 33). Idêntica diretriz é sustentada por Marcelo Daniel Rolón, como se depreende da passagem abaixo: "*Sí podría en cambio, reclamarse que se escuche a quiénes son los que realmente conocen las necesidades de cambio, y en especial se confíe en ellos la promoción de la flexibilidad necesaria y útil. Me refiero concretamente a los actores de las relaciones laborales: empresas y trabajadores. Ellos son lo más aptos para producir los verdaderos cambios normativos que favorezcan las condiciones de trabajo necesarias para un mejor desarrollo del contrato de trabajo en las coindiciones actuales y, para ello, tienen disponible urra herramienta como la negociación colectiva y un instrumento como el convenio colectivo de trabajo para hacer efectivos esos cambios.*" (*Flexibilización laboral: ¿Realidad o mito?*, in *Revista de Derecho del Mercosur*, Buenos Aires, La Ley, 1997, p. 189).

21. *Les relations de travail internationales*, Paris, Liaisons, p. VII.

22. Portelli, Hugues, La Confédération Européenne des Syndicats, in *Syndicalisme Dimensions Internationales*, direction de Devin, Guillaume, La Garenne-Colombes, Éditions Européennes Erames, 1990, p. 143.

Na esfera do Mercosul, o que se preconiza é a abertura de espaço crescente para a atuação de entidades sindicais,<sup>23</sup> como a ORIT, a CIOSL e outras, orientação a ser conjugada com o desmonte dos aparatos legislativos dos Países-Membros do Mercosul, notadamente os do Brasil, do Paraguai e da Argentina.<sup>24</sup>

Tudo indica que esse constitui o melhor caminho para se dar efetividade à regra do parágrafo único, do art. 4º da Constituição brasileira, "verbis": "*A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações*"

São Paulo, janeiro de 1999.

---

23. Passos, Edésio, Mercosul - Relações do Trabalho, in *Suplemento Trabalhista LTr* n. 2/99, pp. 11-12. Vide também Cordeiro, António Menezes, *Convenções colectivas de trabalho e alterações de circunstâncias*, Lisboa, Lex, 1995, p. 36.

24. Lembra Oscar Ermida Uriarte a existência da Coordinadora de Centrales Sindicales del Cono Sur, existente desde antes da constituição do Mercosul e que ficou "*notoriamente revitalizada por el desarrollo de la integración regional, convirtiéndose en actor protagónico del espacio social del Mercosur*." (Ob. cit., "Mercosur y Derecho Laboral", p. 32).

# UMA VISÃO SOBRE O DIREITO DO TRABALHO NO JAPÃO

*Masato Ninomiya*

Professor Doutor do Departamento de Direito Internacional  
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

*Aurea Christine Tanaka<sup>1</sup>*

Pós-graduanda em Direito Internacional na Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo

## Resumo:

A história do Direito do Trabalho no Japão é recente, apesar de terem existido leis esparsas no início do século, principalmente depois que o Japão fez parte do Tratado de Versalhes, que criou a Organização Internacional do Trabalho. As leis que se encontram em vigor foram promulgadas depois da II Guerra Mundial, durante a ocupação das Forças Aliadas. O Ministério do Trabalho no Japão também foi criado neste período. Desde logo, percebem-se certas peculiaridades no Direito do Trabalho japonês, podendo apontar-se o sistema de contratação, os sindicatos nas empresas e a existência de instâncias administrativas (Comissões Trabalhistas) para solução de litígios. Embora a maior parte das questões acabem sendo resolvidas no âmbito das empresas, pode-se recorrer às Comissões Trabalhistas na falta de acordo e, em último caso, ao Poder Judiciário. Se até agora o interesse em conhecer o Direito do Trabalho no Japão se resumia ao ponto de vista acadêmico, hoje, há um interesse prático ocasionado pela presença de um numeroso contingente de trabalhadores brasileiros naquele país.

## Abstract:

The history of Japanese Labour Law is recent, in spite of having existed unconsolidated laws at the beginning of the century, mainly after Japan was part of the Versailles Treaty, which created the International Labour Organization. The laws which are in force were promulgated after the II World War, during the occupation of the Allied Powers. The Labour Ministry in Japan was also created in that period. At once, some peculiarities in the Japanese Labour Law are noted, being worth of mention the hiring system, the corporate unions and the existence of administrative jurisdictions (Labour Commissions) for the solution of disputes. Although most part of the conflicts are resolved inside the companies, it is possible to appeal to the Labour Commissions in case of disagreement and in last resort to the Judiciary Power. If, until now, the interest in knowing about the Labour Law in Japan

---

A co-autora é convidada especial, neste trabalho, do professor doutor da FDUSP.

was restricted to an academic point of view, nowadays, there is a practical interest caused by the presence of a numerous contingent of Brazilian workers in that country.

**Unitermos:** Direito do Trabalho; Japão.

## I. Introdução

Assim como em vários países, o Direito do Trabalho no Japão surgiu como uma "*natural reação contra as condições de trabalho*" decorrentes da Revolução Industrial, "*da formação do proletariado e da indiferença do Estado diante da questão social*" como observa Amauri Mascaro Nascimento.<sup>1</sup>

Na falta de uma estrutura e legislação trabalhista, a incipiente industrialização do início do século no Japão mostrou a exploração da força de trabalho de mulheres e crianças, as péssimas condições de trabalho, jornadas longas, etc.

Nesta época, contudo, o direito de associação e a possibilidade de reivindicação por melhores condições de trabalho eram práticas severamente punidas e vistas como violações do contrato de trabalho, que era regido pelas leis civis e seus princípios contratuais: liberdade de contratar e igualdade entre as partes, dentre outros.

Entretanto, a relação trabalhista não pressupunha uma igualdade real, porquanto o empregador certamente tinha um poder que superava o do empregado, fazendo com que urgissem leis que restaurassem de certa forma esse equilíbrio de forças.

Dessa situação de necessária intervenção do Estado, adviria o que o prof. Amauri Nascimento coloca como concepção heterotutelar do trabalhador, no qual o Estado intervém de maneira a garantir a preservação de direitos básicos: "*direito ao descanso, tripartindo-se na limitação da jornada diária de trabalho, no direito ao repouso semanal e na garantia de férias anuais, o direito ao justo salário, à proteção da vida, da saúde e da segurança física, à proibição de discriminações da mulher e do menor e outros valores*"<sup>2</sup> dentro de uma idéia protecionista de um

---

1. Nascimento, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 82.

2. Nascimento, A. M., *Op. cit.*, p. 83.

Estado que é chamado a promover a defesa daquele que é economicamente mais fraco.

Ocorre, porém, que no Japão do pós-II Guerra Mundial, sob influência americana, prevaleceu o que o mesmo professor relata como concepção autotutelar do Direito do Trabalho, uma visão mais liberal, *"que sustenta o retraimento do Estado para que os próprios interlocutores sociais estabeleçam diretamente entre si enlances jurídicos e formas de composição dos seus conflitos, pressupondo, para o equilíbrio no eixo que une as duas pontas da questão, os empregadores e os trabalhadores, a tutela do mais fraco não através da intervenção do Estado, mas pela valorização dos direitos coletivos do trabalho que implica o reconhecimento da liberdade sindical, o desatrelamento dos sindicatos do Estado (...), a ampliação da negociação coletiva como forma ideal de autocomposição destinada a constituir normas jurídicas não estatais, mas criadas pelos próprios particulares e reconhecidas pelo Estado, a arbitragem privada como forma substitutiva ou equivalente à solução jurisdicional dos conflitos trabalhistas e o direito de greve como necessário meio de pressão com o qual devem contar os trabalhadores para que possam reivindicar, nas negociações coletivas, com algum grau de possibilidade de atendimento"*<sup>3</sup>

De fato, no Japão, a célula dos sindicatos encontra-se dentro das empresas. Existe a valorização da composição amigável dos litígios assim como a noção de *"parceria social"*<sup>4</sup> ocorrendo algumas vezes que os diretores executivos das empresas são escolhidos dentre os que participaram ativamente dos sindicatos, fortalecendo a busca de um equilíbrio de interesses na gestão das empresas. O Estado seria, então, *"o guardião dos interesses maiores da sociedade e das garantias mínimas inafastáveis pelo poder dispositivo das partes"*<sup>5</sup> garantias estas

---

3. Nascimento, A. M., *Op. cit.*, p. 85.

4. Expressão utilizada por Amauri Mascaro Nascimento para designar a conjunção de esforços para *"dotar a relação jurídica de equilíbrio, para compensar a vantagem econômica do empregador (...) principalmente com o desenvolvimento da negociação coletiva de sentido pragmático, e a integração do trabalhador na empresa, que se faz por mecanismos de iniciativa desta, como o grievance norte-americano, que é a institucionalização da autocomposição dentro da empresa, a participação do trabalhador nos lucros ou resultados da atividade empresarial incluindo o acionariado, e, como na Alemanha, a participação na gestão com a reserva de um determinado número de cargos de diretoria das sociedades anônimas para serem ocupados por representantes eleitos pelos trabalhadores, formas destinadas a fazer com que as deliberações sociais e até mesmo algumas decisões de ordem econômica da vida da empresa que possam afetar os trabalhadores sejam também pelos mesmos discutidas com a empresa"* (*Op. cit.*, p. 86).

5. Nascimento, A. M. *Op. cit.*, p. 86.

que acabam por configurar aqueles direitos básicos do Estado intervencionista da concepção heterotutelar do Direito do Trabalho, fazendo com que cheguemos à conclusão de que estas concepções não são estanques, mas sobretudo inter-relacionadas, como aliás deixa claro Amauri Nascimento.

O modelo do Direito do Trabalho japonês foi praticamente estruturado depois da II Guerra Mundial, com a ocupação do seu território pelas Forças Aliadas e a pressão para que houvesse uma regulamentação do trabalho e a inclusão de dispositivos constitucionais que garantissem os direitos e deveres dos trabalhadores.

Não que inexistissem leis trabalhistas no período anterior à guerra. Houve algumas, como a de 1911, para empresas com mais de quinze empregados, estabelecendo uma idade mínima para o trabalho de mulheres e crianças, fixando um teto para as jornadas de trabalho, a proibição do trabalho noturno, a fixação de feriados e dias de descanso e restringindo o trabalho em condições perigosas e insalubres.

O professor Kazuo Sugeno<sup>6</sup> observa que as leis anteriores tinham por objetivo suprir as deficiências da legislação civil que era aplicada aos contratos de trabalho e regulamentar, ainda que de forma insuficiente, suas condições.

Podemos afirmar, contudo, que, apesar dos esforços para garantir condições mínimas de trabalho, principalmente depois da participação do Japão na criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, os resultados ainda deixavam a desejar. As verdadeiras inovações e garantias efetivas em relação ao trabalho, entre outras, só se estruturaram com as reformas introduzidas pelas Forças Aliadas, incluindo a nova Constituição.

## 2. As garantias constitucionais do trabalho

A Constituição do Japão, promulgada em 1946, trouxe dois dispositivos que tratam dos direitos e deveres dos trabalhadores. São corolários de direitos fundamentais do homem e assim estão redigidos:

---

6. Sugeno, Kazuo. *Japanese Labour Law*.

Art. 27. *Todos terão o direito e a obrigação de trabalhar.*

*Os padrões de salários, horários, repouso e outras condições de trabalho serão estabelecidos pela lei.*

*As crianças não serão exploradas.*

Art. 28. *O direito dos trabalhadores de organizar-se, de celebrar acordos e agir coletivamente é reconhecido.*

O art. 27, § 1º prevendo o direito e a obrigação de trabalhar consubstancia a visão do governo de que todas as pessoas que têm seu sustento através do trabalho têm direito à uma colocação condizente com sua capacidade no mercado de trabalho. Algumas leis foram editadas e são exemplos dessa obrigação do governo: Lei da Estabilização do Emprego de 1947,<sup>7</sup> Lei de Incentivo ao Emprego de Pessoas Deficientes de 1960,<sup>8</sup> Lei relativa à Estabilização do Emprego de Pessoas Idosas de 1971.<sup>9</sup>

A obrigação de trabalhar presente neste parágrafo consistiria na obrigação negativa do Estado de manter desempregados que, apesar de suas habilidades profissionais, simplesmente não querem trabalhar. Daí a exigência de se provar o esforço na busca de um emprego, por exemplo a ida à Agência Pública de Emprego,<sup>10</sup> para se ter direito ao seguro-desemprego.

Assim, o direito constitucional de trabalhar, na visão de Kazuo Sugeno, comporta o dever do Estado de intervir no mercado de trabalho no intuito de permitir que os trabalhadores tenham emprego, mas também a garantia de subsistência daqueles que não têm ou não tiveram oportunidade de tal emprego.

Várias são as leis que vieram regulamentar o § 2º do art. 27, dentre elas podendo ser citadas a Lei de Normas Trabalhistas de 1947<sup>11</sup> e a Lei do Salário Mínimo de 1959.<sup>12</sup>

---

7. "Shokugyô Koyô Antei Hô", Lei n. 141, de 1947.

8. "Shôgaisha no Koyô no Sokushin ni Kansuru Horitsu", Lei n. 123, de 1960.

9. "Kônenreisha tô no Koyô no Antei tô ni Kansuru Horitsu", Lei n. 68, de 1971.

10. Há cerca de 630 escritórios desta agência em todo o território japonês, in *Guia para Trabalhadores Nikkeis*, pp. 30-31.

11. "Rôdô Kijunhō", Lei n. 49, de 1947.

12. "Saitei Chingin Hô", Lei n. 137, de 1959.

A Lei de Normas Trabalhistas, como o próprio art. 1º assim dispõe, veio estabelecer condições mínimas de trabalho, que não podem ser reduzidas por acordo entre as partes. Pelo contrário, devem as partes tentar ampliá-las.

Entre outras disposições, está a jornada de quarenta horas semanais e oito horas diárias, no máximo, sendo permitidas horas extras, conforme haja um acordo por escrito entre o sindicato e o empregador ou o representante dos trabalhadores no caso de não haver sindicato na empresa. Também férias anuais remuneradas de dez dias no mínimo, aumentando-se um dia a cada ano trabalhado, até vinte dias no máximo, entre outras previsões.<sup>13</sup>

O § 3º do art. 27 dispõe sobre a não-exploração das crianças, numa tentativa de evitar este grave problema social. Em 1947 foi editada também a Lei do Bem-Estar das Crianças.<sup>14</sup>

O art. 28, consubstanciando direitos coletivos, foi praticamente copiado da Constituição de Weimar, de 1919. Dele decorrem os direitos de organização e, por conseguinte, a possibilidade de filiação a um sindicato, assim como a autonomia sindical.

Também presente é o reconhecimento da possibilidade de negociação coletiva, cujos acordos são vinculantes e substituem disposições contratuais que lhe sejam contrárias.

O "*agir coletivamente*" a que se refere o art. 28 compreende o direito de greve e outras medidas que possam vir a ser tomadas durante uma reivindicação. É certo que são atos isentos de responsabilidades civil e criminal, mas desde que não haja abusos ou uso de força, conforme jurisprudência da Suprema Corte.<sup>15</sup>

---

13. A reforma da Lei de Normas Trabalhistas, em 1988, introduziu a nova jornada de trabalho de quarenta horas semanais. Porém, a sua implementação ocorreu de forma gradativa, diminuindo-se duas horas durante três anos (até 1991), mais duas horas nos outros três anos (até 1994), quando então a segunda reforma da referida lei, em 1994, estabeleceu jornada máxima de quarenta horas semanais e férias de dez dias no mínimo. Vale a pena ressaltar que há exceções para algumas atividades profissionais relacionadas à agricultura, pecuária e o setor pesqueiro, assim como para micro ou pequenas empresas. In: Yamaguchi, Toshio. *Rôdôhô Dokuhon*, pp. 78 e ss.

14. "*Jidô Fukushin Hô*", Lei n. 164, de 1947.

15. Segundo o prof. Hiroshi Oda, em seu *Japanese Law* (p. 340), a Suprema Corte em julgado de 1958 estabeleceu que "*a greve deve se limitar à recusa de trabalhar*" (tradução livre) e que impedir o empregador de "*realizar seu negócio através do uso da força, ameaça ou obstrução da administração de sua propriedade não é permitido*" (tradução livre).

Leis editadas com o intuito de regulamentar os direitos coletivos são: a Lei de Ajuste das Relações Trabalhistas, de 1946,<sup>16</sup> e a Lei dos Sindicatos Trabalhistas, de 1949.<sup>17</sup>

Apesar destes dispositivos constitucionais se destinarem aos trabalhadores em geral, algumas categorias sofrem, por leis esparsas, restrições no que dizem respeito aos direitos coletivos. São elas: dos policiais, bombeiros e membros da Força de Auto-Defesa, que não conhecem nenhum dos três direitos coletivos enumerados; a dos funcionários públicos exercendo cargos burocráticos, que não podem negociar ou agir coletivamente; e os funcionários dos correios e de empresas públicas, que não podem agir coletivamente.

Estas restrições, conforme aponta Hiroshi Oda,<sup>18</sup> foram objeto de ações questionando sua constitucionalidade. A princípio, a Suprema Corte acolheu o argumento de que as limitações aos direitos coletivos feriam a Constituição, mas, em 1973, houve uma mudança dessa posição sob o fundamento de que *embora o art. 28 inclua todos os trabalhadores, alguns estão sujeitos a restrições impostas por causa do interesse público, desde que sejam razoáveis*" (tradução livre).

O fato é que não há unanimidade nesta questão, alvo de críticas por parte de pesquisadores do assunto, que consideram que o Governo possui um poder discricionário exagerado neste ponto, além dos que advogam que essas restrições conflitam com os padrões internacionais referentes aos direitos coletivos.

### 3. Características do modelo trabalhista japonês

O sistema trabalhista no Japão tem características muito peculiares e muitos autores dizem que teria sido a base de sustentação do crescimento e desenvolvimento econômico do Japão no período pós-guerra.

Seus aspectos fundamentais, conforme observa o emérito professor da Universidade de Tóquio, Toshio Yamaguchi,<sup>19</sup> seriam três: o sistema de contratação por longo tempo (*long-term* ou *lifetime employment*), o pagamento de salários de

---

16. "Rôdô Kankei Chôsei Hô", Lei n. 25, de 1946.

17. "Rôdô Kumiai Hô", Lei n. 174, de 1949.

18. Oda, Hiroshi. *Japanese Law*, p. 321.

19. Em palestra proferida na Faculdade de Direito da USP, em 18 de setembro de 1996.

acordo com o tempo de serviço na empresa e a existência de sindicatos nas empresas.

### *3.1. Sistema de contratação vitalício e política salarial*

Embora o art. 14 da Lei de Normas Trabalhistas preveja o prazo máximo de 1 (um) ano para o contrato de trabalho, renovável no silêncio das partes, esta é uma prática não observada no cotidiano, tendo em vista que o trabalhador permanece na empresa praticamente até a idade de sua aposentadoria, que ocorre entre os 55 e sessenta anos de idade. Daí o fato da despedida ou demissão do empregado ser algo raro. Isto devido ao fato de que numa crise, ao invés de despedir, o empresário tenta manter seu quadro de funcionários, diminuindo o tempo de serviço, remanejando empregados de setores etc.

O sistema de contratação por longo tempo surgiu como uma alternativa diante da escassez de mão-de-obra qualificada no período de expansão econômica a partir do final da década de 40 até meados da década de 60. Como havia uma disputa por essa mão-de-obra, surgiu a idéia de se contratar um recém-formado, capacitá-lo ao longo do tempo, inculcando um sentimento de lealdade para com a empresa, no intuito de conservá-lo ali.

Desta forma, o recém-formado é recrutado, independentemente de sua especialização na universidade. Os critérios de seleção são mais pessoais que profissionais e ao longo do tempo ele é treinado a atuar nos mais diversos setores da empresa.

Os contratados num mesmo ano começam recebendo salários iguais, que são reajustados anualmente. Recebem também bonificações de acordo com o tempo de trabalho. O salário alcança, portanto, um patamar ideal quando as pessoas atingem uma idade média de 35 anos.

O custo para esse tipo de contratação se apresentava mais baixo na época do pós-guerra, apesar do investimento alto para a capacitação do funcionário. Isto porque o salário ainda não atingia valores consideráveis, devido ao fato de que a grande maioria ainda se encontrava em início de carreira.

Atualmente, porém, devido ao alto custo de investimentos e de salários, somente grandes empresas, com mais de trezentos empregados, ainda

mantém esse sistema tradicional de contratação, correspondendo a cerca de 30% do total dos empregados no Japão.<sup>20</sup>

A redução desse sistema de contratação não decorre somente da questão econômica e do fato do custo ser menor ao se contratar um executivo no meio de sua carreira, em torno dos quarenta anos, mas também por outros fatores, sendo um deles a influência americana depois do término da II Guerra Mundial e a difusão de valores individualistas, da vontade dos trabalhadores de serem promovidos por mérito, por competência e não por tempo de serviço. Também pela vontade de se aplicar conhecimentos mais específicos aprendidos na universidade.

Por essas razões, Toshio Yamaguchi acha que a tendência é de desaparecimento deste sistema de contratação a longo prazo. Mas não é o que pensa Vicki Beyer,<sup>21</sup> para quem haverá uma redução desse tipo de contratação de maneira a se formar uma elite de trabalhadores desse nível, não desaparecendo de vez, inclusive porque são estes os empregados preferidos para ocuparem cargos elevados na empresa.

Verificam-se grandes mudanças no panorama do mercado de trabalho nos últimos cinco anos. A falência e a reestruturação de várias empresas acarretou um remanejamento de trabalhadores. Há mais mobilidade de emprego do que anteriormente. Mas, apesar destes fatos, consideramos também que este sistema não desaparecerá de uma hora para outra, mas será modificado na medida em que surgirem novas contingências.

### 3.2. *Sindicatos nas empresas*

A existência dos sindicatos nas empresas é outra das características do modelo trabalhista japonês. Dentre as vantagens deste sistema estaria o fato de que quaisquer problemas poderiam ser resolvidos em negociações no âmbito da empresa, evitando que pessoas estranhas interferissem nas relações entre empregadores e empregados.

De outro lado, poderiam trazer o perigo de intervenção nos interesses do sindicato pela empresa, através da influência dos empregadores. Mas, para evitar essa ingerência, a participação dos empregadores ou de seus representantes é

---

20. In: Beyer, Vicki. "The effect of the labor practices on Japanese corporate governance"

21. Beyer, V. *Idem*.

proibida (art. 2º da Lei dos Sindicatos Trabalhistas) e também essa possibilidade é considerada uma prática trabalhista injusta, passível de sanções (art. 7º da Lei dos Sindicatos Trabalhistas).

Podem filiar-se aos sindicatos os empregados contratados de forma permanente e são asseguradas algumas garantias, como estabilidade, àqueles que têm participação ativa nos sindicatos. Algumas vezes são estes, conforme mencionado acima, os que podem vir a serem escolhidos para ocupar cargos de diretoria, por causa de sua visão ampla dos problemas, e da idéia de que seriam eles os mais capazes para harmonizar os interesses de ambos os lados (empregados e empregadores), bem como para estimular a cooperação dentro da empresa de forma a manter a competitividade e os empregos. Ressaltamos, entretanto, que o trabalhador deixa de participar do sindicato, quando passa a ocupar cargos de confiança, como, por exemplo, chefias de seções.

O direito de associação nem sempre existiu.<sup>22</sup> Com a aplicação, no início do século, dos princípios de Direito Civil aos contratos de trabalho, muitas vezes as reivindicações, através de greves, eram vistas como violação daqueles, ensejando multas e às vezes até sanções penais. Exemplo disso foi uma lei de 1900, a Lei de Segurança Pública e Polícia,<sup>23</sup> que vigorou até 1925 e que previa a punição daqueles que organizassem greves e que induzissem os trabalhadores a se filiarem a um sindicato.

O movimento sindical ganhou um impulso depois do término da II Guerra Mundial e o encorajamento da organização de sindicatos pelas Forças Aliadas. Segundo constatação do professor Hiroshi Oda, em apenas vinte meses depois da guerra, 17 mil sindicatos foram formados.<sup>24-25</sup>

Porém, esse incentivo à organização dos sindicatos pelas Forças Aliadas foi refreado por volta de 1947, devido às influências ideológicas de caráter

---

22. Com a Revolução Russa, de 1917, o Governo japonês passou a encarar todo movimento sindical como atentatório à ordem pública, reprimindo-o.

23. "*Chian Keisatsu Hô*", de 1900.

24. Oda, H. *Japanese Law*, p. 318.

25. O país, devastado pela guerra, recebeu de volta cerca de 5 milhões de soldados e civis que se encontravam no exterior. Este fato acirrou a concorrência no mercado de trabalho antes da reestruturação da economia. Então, para a conquista de melhores condições salariais e de trabalho, a associação dos trabalhadores se fez necessária.

social, contínuas greves e paralisações e também por causa da força que os sindicatos em geral adquiriram, especialmente o dos funcionários públicos.

Então, em 1948, foi aprovada a Lei das Relações Trabalhistas nas empresas públicas nacionais,<sup>26</sup> restringindo a atividade sindical destes trabalhadores, não mais podendo estes interferir em questões concernentes ao setor privado. Essa separação do setor público e privado remanesce até os dias atuais, na medida em que existem leis próprias que regulamentam a atividade de algumas categorias, até mesmo restringindo suas ações coletivas, o que foi referido no item 2 acima.

#### 4. A evolução do Direito do Trabalho e o desenvolvimento econômico

Pode-se identificar, em linhas gerais, quatro grandes fases do Direito do Trabalho, no Japão depois da II Guerra Mundial, relacionando-as ao período econômico vivenciado.

Assim, teríamos uma primeira fase (final da II Guerra Mundial até a década de 60) de legislação e recepção de valores ocidentais, notadamente americanos, conjugada com uma fase de reerguimento e crescimento econômico, na qual foram editadas várias leis, como a Lei de Ajuste das Relações Trabalhistas, de 1946, para estabelecer os procedimentos trabalhistas, a Lei de Normas Trabalhistas, de 1947, que veio regulamentar as condições de trabalho previstas na Constituição do Japão, assim como incorporar as referências internacionais sobre a matéria refletidas nas convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT).<sup>27</sup>

Ainda nessa fase, de reerguimento econômico, devido às altas taxas de desemprego, houve um desenvolvimento de mecanismos de assistência aos desempregados, podendo ser citadas as leis de 1947, relativas à Estabilização do Emprego<sup>28</sup> e a do Seguro-Desemprego.<sup>29</sup>

---

26. "Kokuei Kigyô Rôdôkankei Hô", Lei n. 257, de 1948.

27. O Japão participou da criação da OIT, em 1919, na qualidade de signatário do Tratado de Versalhes, como um dos países vencedores na I Grande Guerra. Ressaltamos este fato para não deixar a idéia de que as recomendações da OIT só foram incorporadas na legislação japonesa depois da II Guerra Mundial. O fato é que o sistema trabalhista japonês foi consolidado depois do término da guerra, mas a incipiente legislação do período anterior já mostrava um esforço do Japão em se adequar aos padrões internacionais em matéria trabalhista.

28. V. nota n. 7.

29. "Shitsugyô Hoken Hô", que foi substituída pela "Koyô Hoken Hô", Lei n. 116, de 1974.

A segunda fase (final da década de 60 até a de 80) foi a da consolidação do sistema, algumas reformas e ajustes, devido ao declínio econômico provocado pela queda abrupta da produção com a crise do petróleo, de 1973, e o aumento do desemprego. Foram tomadas medidas para criação de empregos e de ajuste das pensões dos desempregados, favorecendo as pessoas idosas e as de meia-idade, dada a dificuldade maior que têm de recolocação no mercado de trabalho. Tudo numa tentativa de prevenir um colapso social.

Na terceira fase (década de 80), houve um aumento na produção devido ao crescimento dos mercados doméstico e internacional. Devido às inovações tecnológicas e ao crescimento do setor de serviços, houve uma reestruturação no mercado de trabalho.

Cresceu nesta fase a participação da mulher, o que, afora o fato do Japão ter assinado a Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), fez com que se editasse, em 1985, a Lei sobre Oportunidades Iguais entre Homens e Mulheres em Matéria de Emprego,<sup>30</sup> cujo intuito foi o de efetivar a igualdade entre homens e mulheres prevista na Constituição japonesa, além de reafirmar o disposto no art. 4º da Lei de Normas Trabalhistas, que dispunha sobre a equiparação de salários entre homens e mulheres que ocupassem posições iguais de trabalho.

Entretanto, apesar destes dispositivos legais, o que se verifica, na realidade, é que os homens são mais privilegiados do que as mulheres nas promoções, o que acaba por resultar numa diferenciação de salário. Segundo estatísticas, somente 12,2% das empresas com mais de 5 mil empregados têm mulheres em cargos de chefia.

A necessidade de absorção da mão-de-obra feminina no Japão é premente na observação de alguns autores, principalmente tendo em vista que a perspectiva para o ano 2010 é de que pelo menos 20% da população já esteja em idade de aposentadoria. Diante deste fato, o Governo japonês está planejando postergar o início da aposentadoria de sessenta para 65 anos para os homens e de 55 para sessenta anos para as mulheres.

O que ocorre hoje, contudo, é que com a crise que assola o país, as grandes empresas começaram a remanejar os empregados que atingem a idade de cinquenta anos, convidando-os a se demitirem voluntariamente, mediante

---

30. "Danjyo Koyô Byôdô Hô", Lei n. 45, de 1985.

oferecimento de vantagens adicionais. Caso o empregado insista em permanecer no emprego depois dos 55 anos, poderá fazê-lo, mas não haverá promoções, cargos de confiança, nem aumentos salariais.

Podemos sentir os efeitos da crise também no que concerne à contratação de funcionários recém-formados. Segundo notícias da imprensa, apenas 80% dos jovens que concluíram os cursos universitários e colegiais têm empregos garantidos, a partir do ano fiscal de 1999, que se iniciou no dia 1º de abril.

Diante destes fatos, identifica-se uma quarta fase (meados da década de 90), em que se observa uma mudança substantiva nos cenários das fases anteriores. Com o fim da chamada "economia de bolha"<sup>31</sup> e das crises no mercado financeiro internacional, verifica-se a retração tanto nas demandas interna como internacional. Atualmente o Japão vive uma crise sem precedentes, refletida no índice nunca antes atingido de 4,3% de pessoas desempregadas.

Esse índice de desemprego provoca, dentre outras coisas, uma disputa no mercado de trabalho, até mesmo por serviços braçais ou monofuncionais, antes desprezados pelos japoneses. Assim, os estrangeiros<sup>32</sup> que exerciam estas funções estão sendo substituídos pelos próprios japoneses.

## 5. Solução de litígios trabalhistas

No Japão, diversamente do Brasil, não há órgãos jurisdicionais especializados em resolver questões trabalhistas. Estas são apreciadas por órgãos administrativos, as chamadas Comissões Trabalhistas, que existem em nível nacional (Comissão Trabalhista Central) e regional (nas províncias Comissões Trabalhistas Locais).

---

31. Trata-se do "boom" que entusiasmou a economia japonesa na segunda metade da década de 80. Houve grandes especulações no mercado imobiliário, mobiliário e também investimentos em objetos de arte. Os bancos financiavam os investidores em troca de garantias. Sobreveio a crise, quando se verificou a desvalorização destes ativos, o que acarretou uma grande crise financeira, resultando em falências e fusões de instituições financeiras.

32. Cerca de 250 mil pessoas de nacionalidade brasileira residem no Japão atualmente, constituindo essa população o terceiro maior contingente de estrangeiros daquele país. Segundo a imprensa, há um grande número de desempregados também entre os brasileiros, que pode variar entre 5 a 10 mil pessoas.

Essas comissões são formadas por representantes dos empregadores, dos empregados e daqueles que defendem o interesse público,<sup>33</sup> em igual número. Têm competência para analisar e resolver os casos de práticas trabalhistas injustas e também litígios, tanto coletivos, quanto individuais.

Empregador e empregado podem resolver suas demandas, conforme as regras estabelecidas dentro da empresa, negociadas e aprovadas pelas Comissões Trabalhistas. Se não chegarem a um acordo, podem levar a questão à Comissão Trabalhista respectiva, instaurando-se procedimentos de mediação, conciliação e arbitragem, nesta ordem.

Esta hierarquia entre os procedimentos decorre por certo da própria natureza destes institutos de solução alternativa de litígios. O mediador é alguém que ouve as partes, ajuda a esclarecer a situação, mas não faz propostas, deixando que as partes promovam seu próprio acordo.

Já o conciliador é uma pessoa que não só ouve as partes, mas dá uma proposta de solução, dentro daquilo que seria mais razoável na situação. As partes podem ou-não aceitar, mas o fato é que o conciliador participa mais ativamente no processo de tentativa de resolver a questão controvertida.

E o árbitro ouve também os argumentos de ambos os lados, porém, não-só ele propõe, mas decide o litígio levado ao seu conhecimento, como um juiz, cuja decisão vincula as partes.

Se a solução que foi dada a um determinado caso não foi satisfatória, existe a possibilidade de recurso à Comissão Trabalhista Central para revisão da decisão. Se ainda assim a parte não se contentou com a revisão, pode-se recorrer ao Judiciário, o que é extremamente raro.

## 6. Conclusões

Longe de desvendar todas as minúcias do modelo trabalhista adotado pelo Japão, pretendeu-se oferecer uma visão macroscópica do Direito do Trabalho japonês, certamente um ponto de partida para reflexões acerca da influência deste sobre a economia do país e vice-versa, sobre ser o modelo trabalhista japonês uma das bases de sustentação da posição econômica do Japão, no mundo.

---

33. Nesta categoria, verifica-se a presença de um grande número de professores universitários da área social ou especializados em Direito do Trabalho.

Nota-se a influência americana sobre vários aspectos, acentuadamente depois do término da II Guerra Mundial e da promulgação da Constituição democrática, em 1946, que se faz sentir na sociedade em geral e, por conseguinte, no Direito também.

É preciso, no entanto, permear o olhar sobre o Direito japonês com uma certa cautela, tendo em vista que apesar de poder ser incluído entre os sistemas de Direito pertencentes à família romano-germânica, no qual encontra-se o Brasil, possui o Direito japonês algumas singularidades, motivo pelo qual foi analisado pelo comparatista francês René David, em capítulo próprio, destinado aos "*direitos do extremo oriente*".<sup>34</sup>

Isto porque embora o Japão tenha recepcionado o Direito ocidental, processo que teve início na Restauração Meiji, em 1868, há uma convivência de valores culturais tradicionais com concepções ocidentais completamente díspares, o que acaba por causar uma sensação de existência de várias contradições.

O motivo disso seria o fato de que essa recepção do Direito ocidental não foi acompanhada da mudança dos hábitos, costumes e do "*modo de ser*" japonês. Modificou o tratamento de algumas questões no Japão. Entretanto, é interessante observar esse processo de adaptação, na realidade, de importação de conceitos ocidentais, porque se aparentemente o japonês se ocidentalizou, não o fez com sua alma, com seu espírito.

Por causa do confucionismo, do budismo e do xintoísmo, que trazem consigo a idéia da imutabilidade das regras que comandam a natureza, bem como a necessidade de aceitar as coisas tal como elas são, existe uma preocupação acentuada com a harmonia, a estabilidade das relações sociais e assim a manutenção da coesão social. Reflete isso uma concepção organicista da sociedade, na qual o homem é apenas um membro, uma parte de um todo, diversamente da concepção contratualista, onde existe uma reunião de indivíduos que formam o Estado.

Dentro dessa perspectiva, o indivíduo é menos sujeito de direitos que de deveres. Ele é apenas mais um que deve contribuir para a coletividade. Daí uma certa dificuldade de apreensão dos chamados direitos individuais.

Essa noção do todo, do coletivo, fez com que os trabalhadores, por exemplo, vissem na empresa uma extensão de sua família, sendo eles apenas uma parte das engrenagens que fazem todo o sistema funcionar. Daí o espírito de lealdade

---

34. David, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*.

do empregado em relação à empresa<sup>35</sup> e também as medidas alternativas do empresário para manutenção dos empregos, mesmo que isso signifique ver seus dividendos diminuídos.

Além disto, outra peculiaridade importante apontada, entre outros, pelo professor Yosiyuki Noda<sup>36</sup> é o fato de que as relações humanas são governadas por regras de conduta não-escritas, denominadas *on* e *giri*, que correspondem ao dever de se conduzir de uma maneira adequada e harmônica em relação a uma terceira pessoa. A hierarquia adquire muita importância, na medida em que os deveres que uma pessoa tem para com outra diferem conforme se encontrem em posições sociais diferentes: pais e filhos, mais velhos e mais novos, marido e mulher, empregador e empregado, etc.

Dessas regras de comportamento, afere-se o reduzido espírito de litigiosidade do japonês, no sentido de ser pouco afeito a resolver seus problemas no Judiciário. Daí a ênfase em meios alternativos de solução de litígios, tais como previstos na legislação trabalhista, do uso da mediação, da conciliação e da arbitragem, evitando-se o processo judicial que, em última análise, significaria a incapacidade de manter a harmonia e a compreensão mútuas nas relações sociais.

É certo, porém, que todas essas peculiaridades japonesas estão presentes de uma maneira bem mais atenuada hoje em dia,<sup>37</sup> mas não se pode deixar de tê-las em mente, porque somente assim, revendo alguns aspectos histórico-culturais, poder-se-á compreender melhor a essência do Direito japonês.

São Paulo, maio de 1999.

---

35. Há quem diga que essa lealdade seria um resquício do feudalismo, onde a obediência dos súditos aos senhores feudais e destes para com o *Shôgun* era levada às últimas conseqüências. Com o advento da Era Meiji, o Estado, na figura do Imperador, tornou-se a autoridade máxima em função de quem os súditos deviam obediência. Com a democratização no período pós-guerra, a fidelidade do empregado em relação à empresa veio substituir a do súdito em relação ao Estado.

36. Noda, Yosiyuki. *Introduction au droit japonais*.

37. Uma grande mudança de valores pode ser observada nos últimos anos. A geração do pós-guerra está abandonando rapidamente os valores tradicionais como fruto de uma educação que aos poucos perdeu a conotação de obediência rígida, dando maior ênfase ao individualismo. Uma evidência concreta deste fato e que mostra que todas essas peculiaridades estão bem mais suavizadas atualmente é o fato de que o número de processos existentes no Japão mais do que dobrou desde os anos 50.

## 7. Bibliografia.

- BECKER, Vicki. "The effect of labor practices on Japanese Corporate Governance" Artigo em circulação na Internet.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 3ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1996.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992.
- NODA, Yosiyuki. *Introduction au Droit japonais*. Paris, Librairie Dalloz, 1966.
- ODA, Hiroshi. *Japanese Law*. Londres, Butterworths, 1992.
- SUGENO, Kazuo. *Japanese Labor Law*. Tokyo, University of Tokyo Press, 1992.
- YAMAGUCHI, Toshio. *O Direito do Trabalho no Japão*. Palestra proferida na Sala da Congregação da Faculdade de Direito da USP em 18 de setembro de 1996.
- \_\_\_\_\_. *Rôdôhō Dokuhon*. 3ª ed., Tokyo, Yuhikaku, Hagiwara, Kiyohiko & Yamaguchi Toshio Editores, 1994.
- Guia para Trabalhadores Nikkeis*, edição bilíngüe, Centro de Estabilização do Emprego nas Indústrias, Tokyo, 1997.



# CONFLITOS DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO E A CIRCULAÇÃO DE TRABALHADORES

*Sérgio Pinto Martins*

Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho  
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## Resumo:

São vários os elementos de conexão que na prática são utilizados: lei do local da prestação dos serviços, lei do local da contratação, lei da sede da empresa, lugar da celebração do contrato, lugar de onde são emitidas as ordens de serviço, moeda utilizada para o pagamento do salário, língua na qual foi redigido o contrato, nacionalidade comum, norma mais favorável, autonomia da vontade. Em certos casos, não se aplica apenas um dos elementos de conexão, mas a combinação de vários deles, com critérios flexíveis. A observância da autonomia da vontade nem sempre pode ser utilizada, pois o empregador pode impor ao empregado a norma a ser aplicada, daí a necessidade de proteção do trabalhador. Entretanto, a aplicação da lei mais favorável é que irá trazer maiores vantagens ao empregado, fazendo, muitas vezes, a verdadeira Justiça.

## Abstract:

There are several points of contact that are used: *lex loci laboris*, *lex loci contractus*, law of the head office's organization, local of celebration of the contract, local where the orders came from, money wage's payment, language of the contract, nationality, most favorable law, party autonomy. In some cases, do not use only one point of contact, but a combination of several them, with flexible criterions. Cannot be used in all cases the criterion of the party autonomy because employer can impose to the employee the norm that will be followed. So the employee needs protection. However, the application of the most favorable law can bring to the employee the best advantages, doing the truly justice.

**Unitermos:** conflito; lei trabalhista; espaço circulação.

## I. Introdução

No presente trabalho será feito um estudo sobre os conflitos das leis trabalhistas no espaço. Ao final, será analisada a circulação dos trabalhadores e a aplicação das leis trabalhistas.

Conflito de leis no espaço implica a existência de mais de uma norma a ser aplicável a um mesmo caso concreto. Há necessidade de se resolver a antinomia entre as normas, de forma a solucionar o conflito.

## II. Elementos de conexão

No Brasil utiliza-se a denominação elementos de conexão. Na Alemanha, usa-se a expressão "*Anknüpfungspunkt*", que tem o significado de vínculo ativo. Na Itália, "*punto de collegamento*" "*momenti di collegamento*" "*criterio di collegamento*". Em França, "*point de rattachement*" ou "*circonstances*". Na Espanha, "*circunstancia de conexión*" ou "*puntos de conexión*". Na Inglaterra, "*localizer*". Em outros países de língua inglesa também são utilizadas as expressões: "*connecting factors*" ou "*points of contact*".

Haroldo Valladão menciona que os elementos de conexão "*são as diretrizes, as chaves, as cabeças-de-ponte para a solução dos conflitos de leis, em linguagem atual são os mísseis que põem em órbita a regra de DIP*"<sup>1</sup> Visam os elementos de conexão à aplicabilidade da lei mais justa.

Define Giuseppe Barile elemento de conexão como a circunstância da relação jurídica à qual a norma de Direito Internacional Privado atribui relevância na solução de conflito de leis.<sup>2</sup> Irineu Strenger esclarece que elemento de conexão é "*o fator de vinculação, de ligação a determinado sistema jurídico, porque é através dele que sabemos qual o direito aplicável. É o vínculo que relaciona um fato qualquer a determinado sistema jurídico*".<sup>3</sup> Em outra obra, o autor explica que "*elementos de conexão são expressões legais de conteúdo variável, de efeito*

1. Valladão, Haroldo. *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1971, v. I, p. 266.

2. Barile, Giuseppe. *Collegamento - verbete em Enciclopédia del Diritto*, Varese, Giuffrè, 1960, VII, p. 351.

3. Strenger, Irineu. *Curso de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 386.

*indicativo, capazes de permitir a determinação do direito que deve tutelar a relação jurídica em questão"* <sup>4</sup>

Os elementos de conexão serão a chave para a resolução do conflito de leis no espaço. Irão indicar o Direito que irá ser aplicável ao caso em tela.

São elementos de conexão: a. nacionalidade (*lex patriae*), em que se verifica a pessoalidade, como em matéria de divórcio; b. autonomia de vontade; c. lei onde estiver situado o bem (*lex rei sitae*). Os bens regem-se pela lei do local onde estiverem situados; d. lei do local do ato (*locus regit actum*); e. lei do local da execução (*lex loci executionis*); f. lei do foro (*lex fori*).

Poderão os elementos de conexão variar de acordo com cada ordenamento jurídico. Não há, muitas vezes, uma solução uniforme e universal para resolver o conflito de leis no espaço.

### III. Conflitos de leis trabalhistas no espaço

Há vários elementos de conexão que podem ser observados para a solução do conflito trabalhista no espaço. Entre eles podem ser destacados: lei do local da prestação de serviços, lei do local da contratação, nacionalidade, norma mais favorável, etc.

O critério mais aceito pelas legislações é o da lei da execução do contrato de trabalho (*lex loci laboris* ou *lex loci executionis*). Importa, segundo esse critério, onde o empregado efetivamente presta serviços, sendo-lhe aplicável a respectiva lei do local.

A antiga Lei de Introdução ao Código Civil, revogada em 1942, previa no parágrafo único do art. 13 que "*sempre se regeção pela lei brasileira: II- as obrigações contraídas entre brasileiros, em país estrangeiro*" Clóvis Beviláqua criticava a referida norma dizendo que a imposição da lei nacional, sem espaço para a adoção da *lex loci contractus*, não "*se harmoniza com a pureza da doutrina do direito internacional (...) em matéria de contratos*" <sup>5</sup>

À primeira vista, dever-se-ia aplicar o art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil, dizendo que "*a lei do país em que for domiciliada a pessoa determina*

---

4. Strenger, Irineu. *Direito Internacional Privado*, 3ª ed., São Paulo, LTr, 1996, p. 353.

5. Beviláqua, Clóvis. *Código Civil*, São Paulo, Francisco Alves, 1944, v. I, p. 145. Tinha o mesmo entendimento J. M. de Carvalho Santos (*Código Civil brasileiro interpretado*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1937, v. I, p. 165).

as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família" Entretanto, essa regra não se aplica ao contrato de trabalho. O art. 9º da mesma norma esclarece que "para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem" e "destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira, quanto aos requisitos extrínsecos do ato. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente"

Esclarece o art. 198 do Código de Bustamante que "também é territorial a legislação sobre acidentes do trabalho e proteção social do trabalhador" O contrato de trabalho é regido pela lei do local da prestação do serviço. Não se observa, portanto, a vontade das partes na celebração do contrato. Foi o Código de Bustamante ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929. Importante lembrar que o Código de Bustamante só se aplica nos casos em que haja interesses de nacionais dos Estados Americanos que o ratificaram, não sendo observado se houver interessados nacionais de um mesmo Estado. Ensina Octavio Bueno Magano que "a regra básica é, portanto, a da *'lex loci laboris'*, cuja justificativa repousa na idéia de que trabalhadores de um mesmo território não devem estar sujeitos a regimes jurídicos diferentes"<sup>6</sup> Seria, assim, aplicável a lei do local da prestação dos serviços tanto no curso do contrato de trabalho, quanto em razão do término da relação laboral. Normalmente se utiliza a "*lex loci laboris*" entre vários elementos de conexão, porque o Estado de origem não iria permitir que seus súditos viessem a se submeter a condições de trabalho inferiores ao padrão mínimo por ele determinado.<sup>7</sup> Com isso, há igualdade de tratamento em relação aos empregados que prestam serviços numa mesma localidade. Na maioria das vezes, as prestações recíprocas entre empregado e empregador, envolvendo direitos e obrigações, incluem o local da prestação dos serviços.

A atual Lei de Introdução ao Código Civil não teria revogado o art. 198 do Código de Bustamante, pois a lei geral não-revoga a especial (§ 2º, do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil). Assim, prevalece a regra contida no art. 198

---

6. Magano, Octavio Bueno. Conflito de leis trabalhistas no espaço (lineamentos), in *LTr* 51-8/917.

7. Rodière, Pierre. *Conflicts de lois en Droit du Travail: étude comparative*, Paris, Droit Social, n. 2, Février, 1986, p. 125.

do Código de Bustamante para efeito da solução de conflitos de leis no espaço, aplicando-se a lei do local da prestação dos serviços.

A doutrina entende que deve ser aplicada a lei da execução do contrato de trabalho para a solução dos conflitos de lei no espaço. Gilda Russomano afirma que *a solução dos conflitos entre leis aplicáveis ao contrato de trabalho é observada pela aplicação da norma em vigor no lugar da execução do trabalho, pois o lugar de execução surge como elemento relevante.*<sup>8</sup> Haroldo Valladão informa que, *entre os outros critérios a serem utilizados como elementos de conexão, prevalece o da lei do lugar da execução como regra geral, estando superados os demais critérios.*<sup>9</sup> Arnaldo Süssekind conclui que *o elemento de conexão a ser aplicado em matéria trabalhista é o da territorialidade, de acordo com o Código de Bustamante.*<sup>10</sup>

Mesmo o Tribunal Regional Federal da 2ª Região entendeu que a lei aplicável é a do local da prestação dos serviços:

*"Trabalhista contrato celebrado no Exterior legislação aplicável. I- Contrato de Trabalho celebrado no Exterior, entre brasileira e o Escritório do Instituto Brasileiro do Café em Nova York dentro da legislação norte-americana. Aplicação do princípio Lex Loci Executionis. II- Recurso Ordinário a que se nega provimento"*<sup>11</sup>

Ressalte-se que não é apenas a legislação trabalhista que é territorial. O art. 5º do Código Penal também mostra a territorialidade da aplicação da lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de Direito Internacional, ao crime cometido no território nacional.

---

8. Russomano, Gilda. *Direito Internacional do Trabalho*, Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 184.

9. Valladão, Haroldo. *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Livr. Freitas Bastos, s.d.p., v. III, p. 95.

10. Süssekind, Arnaldo. *Conflitos de leis do trabalho*, Rio de Janeiro, Livr. Freitas Bastos, 1979, p. 31.

11. TRF 2ª R, 1ª T, RO 0114-89.02131912-3, Rel. des. Fed. Ney Fonseca, j. 28.02.96, DJU 2 16.04.96, p. 24.270.

A Convenção de Roma, de 19 de junho de 1980, também explicita que *o contrato de trabalho regula-se: a) pela lei do país no qual o trabalhador, em execução de seu contrato, desenvolva habitualmente o seu trabalho*"

A jurisprudência trabalhista firmou-se no sentido da aplicação da lei do local da execução do contrato de trabalho, surgindo o Enunciado n. 207 do Tribunal Superior do Trabalho (TST). O verbete tem fundamento no Código de Bustamante (art. 198). Sua redação é a seguinte: *"a relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação"*

Um dos acórdãos que levaram à adoção do Enunciado n. 207 do TST tem, em parte, a justificativa de que *"em sua grande maioria, as normas relativas ao trabalho são imperativas, aspecto a relegar a plano secundário a vontade das partes. A autonomia pertinente a esta última cede lugar à conveniência de o próprio Estado disciplinar a solução dos conflitos sociais, atento às peculiaridades reinantes e aos anseios da sociedade....* <sup>12</sup> Em outro acórdão o TST decidiu:

*"1 – O princípio de que a lei do local da celebração rege o contrato não é absoluto, pois cede ante ao princípio da regência pela lei do local de execução do contrato, quando em questão está a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes (art. 9º e 17 da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro). 2- As normas de proteção ao trabalhador são cogentes, atraindo limitação ao princípio da 'lex loci actum'. 3- Os direitos e obrigações trabalhistas são regidos pela lei do local de prestação de serviços ('Lex loci executionis'), por força dos arts. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil e 198 do Código de Bustamante, verdadeiro Código de Direito Internacional Privado, vigente no Brasil, porque ratificado pelo Decreto n. 18.874, de 13 de agosto de 1929. 4- Aplica-se a 'lex loci executionis', em atenção ao princípio da territorialidade (Código de Bustamante), atraído pela natureza cogente das normas trabalhistas (Süssekind), que são de ordem pública internacional (Délío Maranhão). Estes aspectos afastam a possibilidade de derrogação pela vontade das partes (Deveali), e realçam a necessidade de tratamento idêntico dos empregadores que ombreiam (Durand, Jaussaud e Gilda Russomano), e do fato de as*

---

12. TST 1º T. RR 2.562/83, Rel. min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, in João de Lima Teixeira Filho, *Repertório de Jurisprudência Trabalhista*, 4º v., Freitas Bastos, 1986, p. 653, n. 3.173.

*prestações que entre si devem as partes estarem ligadas, geograficamente, ao lugar da execução do contrato (Manoel Alonso Olea)"*<sup>13</sup>

A nossa jurisprudência tomou por base a orientação de Henri Batiffol, no sentido de que *"a jurisprudência foi levada a decidir que a evidente intenção do legislador era a aplicação de seus preceitos a todo contrato de trabalho executado em seu território. As idéias de proteção da pessoa humana que inspiram esta legislação exigem que ela seja, em princípio, imposta em benefício de qualquer indivíduo que trabalhe no país"*<sup>14</sup>

O TST recentemente aplicou a *lex loci executionis*:

*"Os direitos e obrigações trabalhistas são regidos pela lei do local em que são prestados os serviços – lex loci executionis – face ao contido nos arts. 17, da Lei de Introdução ao Código Civil, e 198 do Código de Bustamante, verdadeiro Código de Direito Internacional Privado, vigente no Brasil, porque ratificado pelo Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929...."*<sup>15</sup>

Não-trata, porém, o § 2º do art. 651 da CLT de conflitos de leis trabalhistas no espaço, apenas fixa a competência da Justiça do Trabalho brasileira para resolver os conflitos entre empregados brasileiros contratados para trabalhar no Exterior, salvo se houver tratado internacional dispondo em sentido contrário. Na jurisprudência brasileira, a regra não seria a aplicação da legislação brasileira caso o empregado trabalhe no Exterior, mas sim a lei do local da prestação dos serviços, segundo a orientação do Enunciado n. 207 do TST.

É de se ressaltar, contudo, que o Enunciado n. 207 do TST não-resolve todos os problemas jurídicos existentes na aplicação da *lex loci laboris*. O exemplo seria o caso de um empregado brasileiro que tivesse trabalhado dois anos no Brasil, posteriormente passou seis meses no Uruguai, dois meses na Itália, cinco

---

13. TST, Pleno, RR 7.238/84, Rel. min. Marco Aurélio, DJU 27.3.87, p. 5.243.

14. Batiffol, Henri. *Les conflits de lois en matière de contrats*, Sirey, Paris, 1938, p. 262.

15. TST- 4ª T, Proc. RR n. 179.910/95.8, Ac. n. 7.302/97, j. 20.9.97, Rel. min. Milton de Moura França, in *Trabalho & Doutrina*, São Paulo, Saraiva, n. 15, p. 131.

meses na Inglaterra e por fim foi dispensado na França, onde trabalhou um ano. Qual a lei trabalhista a ser aplicada a tal trabalhador? Segundo a orientação do Enunciado n. 207 do TST, seria aplicável ao trabalhador cada lei do respectivo país em que houve a prestação dos serviços, isto é, nos dois primeiros anos seria aplicada a lei brasileira, nos seis meses seguintes a lei uruguaia, nos dois meses seguintes a lei italiana, nos cinco meses subseqüentes a lei inglesa e no último ano a lei francesa. Isso porque a maioria dos países adota o entendimento de que se deve aplicar a lei do local da prestação de serviços, em se tratando de questões trabalhistas. A Convenção de Roma, de 1980, estabelece, porém, que o contrato de trabalho regula-se alternativamente "*pela lei do país em que se situa a sede da empresa responsável pela contratação do trabalhador, quando este não desenvolva habitualmente o seu trabalho em determinado país*"

Admite a doutrina que se o trabalhador domiciliado no país é contratado por empresa nacional, visando à prestação de serviços no Exterior, devem ser asseguradas as garantias mínimas decorrentes da lei do país das partes contratantes, sem prejuízo da aplicação das condições de trabalho mais favoráveis do país da prestação de serviço.<sup>16</sup>

Informa Felice Morgenstern que "*na jurisprudência européia os trabalhadores, satisfeitos de trabalhar sob as condições de um contrato de trabalho regido pela lei norte-americana, buscam a proteção de um Direito europeu quando da cessação do contrato de trabalho.*"<sup>17</sup> Isso se justifica porque a legislação americana não traz proteção ao trabalhador dispensado. Seria mais vantajosa, por exemplo, a aplicação da lei brasileira do que a americana na rescisão do contrato de trabalho, pois há direito a aviso prévio, férias proporcionais, 13º salário proporcional, indenização de 40% sobre os depósitos do FGTS, liberação dos depósitos fundiários e seguro-desemprego.

Na Argentina, o art. 3º da Lei do Contrato de Trabalho explicita que "*esta lei regerá a validade, direitos e obrigações das partes, seja se o contrato de trabalho tiver se celebrado no país ou fora dele, enquanto se execute em seu território, qualquer que seja a nacionalidade das partes*". Afirma Eduardo L. Fermé que "*se o direito estrangeiro escolhido for menos benéfico para o trabalhador, a*

---

16. Rôdière, Pierre. *Conflits de lois en Droit du Travail: étude comparative, in Droit Social*, Paris, 1986, février, n. 2, p. 126.

17. Morgenstern, Felice. *Les conflits de lois en droit du travail*, Genebra, BIT, 1986, p. 2.

*modificação realizada não terá eliminado do Direito Internacional Privado argentino o critério da aplicação do direito mais favorável ao trabalhador quando este direito for o argentino"* <sup>18</sup>

O art. 2º do Código Substantivo do Trabalho tem dispositivo semelhante ao argentino, esclarecendo que "*o presente Código vige em todo território da República, para todos os seus habitantes, sem consideração de sua nacionalidade*"

Determina o art. 43 do Regulamento da Ley del Trabajo da Venezuela que os contratos de trabalho celebrados por trabalhadores venezuelanos para prestação de serviços fora do país serão regidos pelas disposições da Lei do Trabalho venezuelana que favoreçam os trabalhadores. É a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador e não da lei da contratação, pois a lei venezuelana pode não ser melhor do que a estrangeira.

Na Espanha, o Estatuto dos Trabalhadores dispõe que "*a legislação do trabalho espanhola será aplicada no trabalho prestado pelos trabalhadores contratados na Espanha a serviço de empresas espanholas no Exterior, sem prejuízo das normas de ordem pública aplicáveis no lugar do trabalho*" (art. 1º, alínea 4ª). Leciona Manuel Alonso Olea que "*a lei espanhola atua como condição mínima, o que significa que as partes podem optar, se mais favorável para o trabalhador, pela lei do lugar da execução*" <sup>19</sup>

Gérard Lyon-Caen menciona que na Comunidade Econômica Européia é aplicável o princípio da lei mais favorável, como forma de solucionar os conflitos de leis no espaço em matéria trabalhista. <sup>20</sup>

Permite o art. 44 da Lei Federal austríaca, de 15 de junho de 1978, a escolha, pelas partes, da lei reguladora da relação jurídica. Para a validade de tal orientação é preciso que a escolha seja expressa. O § 3º da referida norma estabelece que a escolha será desconsiderada quando, ainda que expressa, seus efeitos forem prejudiciais ao trabalhador.

---

18. Fermé, Eduardo L. Derecho Internacional Privado del Trabajo, in *Tratado de Derecho del Trabajo*, director Antonio Vásquez Vialard, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1982, t. 2., p. 894.

19. Alonso Olea, Manuel. *El estatuto de los trabajadores texto y comentario breve*, Madrid, Civitas, 1980, p. 21.

20. Lyon-Caen, Gérard. *Droit social international et européen*, 3ª ed., Paris, Dalloz, 1974, p. 97.

Mario Deveali também admite que deve "*ser adotado o princípio da norma mais favorável para dirimir o conflito entre a lei nacional, a lex contractus, a lex executionis, e a lex solutionis*"<sup>21</sup>

No Brasil, a Lei n. 7.064, de 6 de dezembro de 1982, regulamentada pelo Decreto n. 89.339, de 31 de janeiro de 1984, traz orientação diferente da contida no Enunciado n. 207 do TST. Essa norma aplica-se apenas aos trabalhadores contratados no Brasil, ou transferidos por empresas prestadoras de serviços de engenharia, inclusive consultoria, projetos e obras, montagens, gerenciamento e congêneres, para prestar serviços no Exterior (art. 1º). Não dispõe a referida norma que o empregado deve ser brasileiro, o que dá a entender que pode ser qualquer trabalhador, inclusive o estrangeiro, desde que seja contratado no Brasil. O art. 3º do citado mandamento legal estabelece que "*a empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços: II- a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria*". É certo que nossa legislação ou a estrangeira pode conter regras menos favoráveis, sendo que a última não possui o FGTS, o PIS, etc. Assim, dever-se-ia verificar cada instituto para constatar o mais benéfico ao empregado, isto é, cada conjunto de regras relativas à mesma matéria, de modo a observar a disposição legal que se refere "*ao conjunto de normas e em relação a cada matéria*". A legislação aplicável ao empregado será a legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto na Lei n. 7.064, quando mais favorável do que a legislação do local da prestação dos serviços, no conjunto de normas e em relação a cada matéria (art. 3º, II, da Lei n. 7.064). Assim, podemos dizer que a regra é a aplicação da norma mais benéfica no seu conjunto e em relação a cada matéria. Em princípio, se o trabalhador brasileiro é contratado em nosso país para trabalhar para empresa estrangeira no Exterior seria aplicável a *lex loci executionis*. Existem autores que preconizam que as regras da Lei n. 7.064 sejam estendidas a qualquer empregado que preste serviços no Exterior ou em mais de um lugar no estrangeiro.

---

21. Deveali, Mario L. *El Derecho del Trabajo en su aplicación y sus tendencias*, I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1983, p. 130.

Há sustentação no sentido de que se houver várias leis trabalhistas a aplicar, que se aplique a mais favorável, mesmo que a empresa não seja de engenharia. Gilda Russomano afirma que "*dever-se-ia considerar aplicável à relação jurídica, sobre a qual controvertem duas ou mais de duas leis oriundas de soberanias distintas, aquela que maiores benefícios outorgar ao trabalhador*".<sup>22</sup> Um Estado não-permitiria que ao seu trabalhador fossem aplicadas condições de trabalho inferiores ao deste local em relação ao trabalho prestado no estrangeiro.

Octavio Bueno Magano admite a aplicação analógica das disposições da Lei n. 7.064/82 "*em qualquer hipótese em que trabalhadores domiciliados no Brasil sejam mandados para o Exterior ou em virtude de transferência ou decorrência de contrato adrede celebrado para o apontado efeito*"<sup>23</sup> Segundo esse entendimento, não seria possível deixar de aplicar aos trabalhadores domiciliados no Brasil a lei brasileira, que seria mais favorável do que a estrangeira, ainda que a prestação de serviços estivesse se desenvolvendo no Exterior.

A aplicação da norma mais favorável objetiva evitar que o empregador imponha ao empregado no contrato de trabalho norma menos vantajosa, que seria um abuso na forma de contratação.

Felice Morgenstern mostra a orientação jurisprudencial na Itália, indicando que, em decisão de 6 de setembro de 1980, a Corte de Cassação italiana decidiu que se a lei aplicável a um trabalho executado na Itália for menos favorável para o trabalhador do que a lei italiana é esta que deve ser aplicada. Em decisão de 9 de novembro de 1981, a Corte de Cassação aplicou a lei italiana a um contrato celebrado entre nacionais italianos, que deveria ser executado na Argentina e para o qual as partes haviam escolhido a lei argentina a ser observada, em razão de que a lei italiana era mais favorável para o trabalhador.<sup>24</sup>

Em certos casos surge o problema de se saber qual a lei mais favorável e como aplicá-la: se no seu conjunto ou instituto por instituto. Deveria ser aplicada a norma que no seu conjunto representasse mais vantagens ao empregado e não instituto por instituto, de forma a pinçar cada um deles. Haroldo Valladão bem

---

22. Russomano, Gilda. *Op. cit.*, p. 207.

23. Magano, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho Parte Geral*, São Paulo, LTr, 1991, p. 130.

24. Morgenstern, Felice. *Op. cit.*, pp. 55/6 (nota 42).

esclarece sobre como identificar a norma mais favorável: "*basta perguntar ao empregado ou ao empregador e eles o dirão logo*".<sup>25</sup>

A norma coletiva brasileira não pode, porém, ser aplicada no estrangeiro, pois a empresa estrangeira não foi parte na relação, tendo observância apenas no território brasileiro. É uma norma de aplicação territorial, circunscrita ao local em que está sendo prestado o serviço e não no estrangeiro. Ressalte-se que os sindicatos têm base territorial e é nessa base que a norma coletiva é aplicada.

#### IV. Tripulantes de embarcações e aeronaves

Em relação a tripulantes de embarcações e aeronaves a orientação geral é a utilização da lei da bandeira do navio ou da aeronave. A lei da bandeira do navio não será o critério absoluto a ser observado, pois a relação de emprego se estabelece entre a empresa que explora a embarcação ou aeronave e o empregado-tripulante e não entre este e o proprietário do navio ou aeronave.

O pavilhão também poderia ser mudado constantemente. Nesse sentido, seria observada a lei do pavilhão definitivo do navio ou aeronave. Se a transferência do navio ou aeronave é provisória, aplica-se a lei anterior. Se é definitiva, aplica-se a lei do pavilhão novo.

Seria possível navegar sob bandeira falsa, para aplicar a lei de determinado país, visando fraudar os direitos do trabalhador e pagar valores inferiores aos devidos. Poderia também o navio ser matriculado ou inscrito em país que tenha deficiente legislação trabalhista, sendo desfavorável aos empregados. Nesses casos, admite-se a aplicação da *lex loci contractus* e a observância de norma de ordem pública sobre a lei do pavilhão.<sup>26</sup>

#### V Acidente do trabalho

O art. 2º da Convenção n. 19 da OIT, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 24, de 29 de maio de 1956, e promulgada pelo Decreto n. 41.721, de

---

25. Valladão, Haroldo. *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, s.d.p., v. III, p. 100.

26. Nesse sentido é o entendimento de Atilio Malvagni - *Derecho laboral de la navegación*, Buenos Aires, 1949, p. 390. O Tratado sobre Navegação Comercial de Montevidéu, de 1940, tem a mesma previsão nos arts. 20 e 21.

25 de junho de 1957, prevê que para a indenização por acidente do trabalho sobrevindo a trabalhadores ocupados temporária ou intermitentemente no território de um membro, por conta de empresa situada em território de outro membro, poderá ser prevista a aplicação da legislação deste último, por acordo especial entre os membros interessados. A regra é facultativa, pois pode não haver previsão para aplicação de determinada lei. Lembre-se, ainda, que o artigo citado menciona a sua aplicação em relação a trabalhadores ocupados temporária ou intermitentemente e não em caso de trabalho habitual em certo país.

Alguns tratados internacionais estabelecem que se o trabalhador presta serviços no estrangeiro em caráter temporário ou eventual, geralmente de até seis meses, é aplicável a lei da sede da empresa, caso ocorra o acidente.<sup>27</sup>

Mostra o art. 198 do Código de Bustamante que "*é igualmente territorial a legislação sobre os acidentes do trabalho e a proteção social do trabalhador*" Indica o referido código que a lei aplicável é a *lex loci laboris* ou a lei do local onde ocorreu o infortúnio.

No caso de empregados contratados no Brasil ou transferidos por empresas prestadoras de serviços de engenharia, inclusive consultoria, projetos e obras, montagens, gerenciamento e congêneres, para prestar serviços no Exterior aplica-se a Lei n. 7.064/82. Esta norma explicita no parágrafo único do art. 2º que é aplicável a tais trabalhadores a lei brasileira sobre Previdência Social. Hoje essa norma é a Lei n. 8.213, que nos arts. 19 a 23 inclui regras sobre acidente do trabalho. Isso quer dizer que se aplica a nossa legislação acidentária ao empregado contratado ou transferido para o Exterior para trabalhar para empresa de engenharia, caso sofra o acidente. O art. 11 da Lei n. 7.064 prevê que não são devidas certas contribuições, mas não se refere ao custeio de acidente do trabalho, o que mostra que a empresa deverá recolher a contribuição de acidente do trabalho de 1, 2 ou 3% sobre a folha de pagamentos.

Considera o inciso I, do art. 12 da Lei n. 8.212/91, como segurado obrigatório, na condição de empregado: 1. o brasileiro ou estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado em sucursal ou agência de empresa nacional no Exterior; 2. o brasileiro civil que trabalha para a União, no Exterior, em organismos oficiais brasileiros ou internacionais dos quais o Brasil seja membro efetivo, ainda que lá domiciliado e contratado, salvo se segurado na forma

---

27. Tratado Franco-Belga, de 21 de fevereiro de 1906.

da legislação vigente do país do domicílio; 3. o brasileiro ou estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado em empresa domiciliada no Exterior, cuja maioria do capital votante pertença a empresa brasileira de capital nacional. Nesses casos, se o acidente do trabalho ocorrer no estrangeiro, o empregado é considerado segurado da nossa Previdência Social, fazendo jus aos benefícios de acidente do trabalho previstos no Brasil pela Lei n. 8.213.

## VI. Globalização

Com a globalização tem sido verificado que há um maior número de trabalhadores que passam a trabalhar em outros países ou a circular de um país para o outro para prestar serviços.

O capital tem uma mobilidade muito grande. Fala-se que não tem pátria, pois irá para onde melhor possa obter lucros, no local em que os custos, inclusive trabalhistas, sejam menores. O trabalho não tem a mesma mobilidade do capital, mas tem tido mobilidade. Trabalhadores de um país passam a prestar serviços em um ou outros países.

No Mercosul, verifica-se do art. 1º do referido tratado que há a livre circulação de serviços entre os países-membros. Isso implica circulação de trabalhadores e a existência de mais de uma lei trabalhista a ser aplicável. Há tentativa de harmonização dos direitos trabalhistas e não de unificação, que é impossível, dada as diferenças culturais, históricas, geográficas, etc. existentes entre seus países-membros.

Os grupos internacionais operam em vários países. Em certos casos há muitas fusões de empresas internacionais, pertencentes a países diversos. Lembre-se a recente atuação conjunta entre a Daimler Benz e a Crysler, visando melhor distribuir seus produtos no mundo. Há, portanto, uma multiplicidade dos grupos internacionais e das sociedades multinacionais, com a transformação das relações de trabalho, como assevera Michel Buy.<sup>28</sup>

Octavio Bueno Magano afirma que a *lex loci executionis* deve deixar de prevalecer para os grupos de empresas, pois a situação de fato mostra mais conexão com a lei do país de origem do empregado do que com a lei do local de

---

28. Buy, Michel. *Le structure juridique de l'expatriation em le salarié expatrié*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990, p. 11.

trabalho.<sup>29</sup> O contrato de trabalho não mais ficaria vinculado à lei do local de prestação dos serviços, mas à do local em que se encontre o centro de direção econômica do grupo empregador. O grupo de empresas é quem fixa a remuneração do empregado, pois a direção do grupo é que dá as regras gerais na empresa, havendo diretriz uniforme da gestão de pessoal e de como devem desenvolver o serviço, o que é feito por determinação de sua sede e não muitas vezes da filial no país da prestação dos serviços. Quem dirige o empregado é a matriz da empresa, daí porque seria aplicável a lei da matriz do grupo de empresa. A exceção seria a observância da lei trabalhista mais favorável ao trabalhador, a do local da prestação dos serviços ou do local da contratação.

Leciona Pietro Magno que "*a lei aplicável ao contrato de grupo é a lei da sede. No caso de ser mudada a sede, pode mudar a lei aplicável*"<sup>30</sup>

A Convenção de Roma prevê que no caso de inexistir prestação habitual de serviços pelo trabalhador num determinado país deve ser aplicada a lei da sede da empresa. O Segundo Congresso Internacional de Direito do Trabalho, realizado em Genebra, em 1957, já havia entendido pela submissão do contrato de trabalho à lei da sede da empresa na hipótese de prestação de serviços apenas "*ocasionais ou temporários em outro país ou, interinamente, nos dois territórios*"<sup>31</sup>

Em caso de trabalho ocasional, provisório, eventual, seria possível aplicar a lei do local da contratação. Exemplo seria o trabalhador prestar serviços eventualmente em outro país, mas trabalhar de forma habitual em certo país. Nesse caso, não se aplicaria a lei do local da prestação de serviços provisórios, pois estes serão eventuais, mas a do local em que os serviços são prestados com habitualidade. É o caso da aplicação da lei onde o serviço é normalmente prestado, onde o trabalhador reside com ânimo permanente.

A exceção à regra ocorreria em relação a dispositivos relativos à saúde e segurança do trabalhador, duração do trabalho, proteção do trabalho das mulheres e crianças.<sup>32</sup> O art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil dispõe que se deve

---

29. Magano, Octavio Bueno. Internacionalização das relações de trabalho, in *Direito e Comércio Internacional: tendências e perspectivas* Estudos em homenagem ao prof. Irineu Strenger, São Paulo, LTr, 1994, p. 211.

30. Magno, Pietro. *Il lavoro All'Estero*, Padova, Cedam, 1990, pp. 140/1.

31. *Apud* Süsskind, Arnaldo. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e à legislação complementar*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960, v. I, pp. 46-47.

32. Buy, Michel. *Le structure juridique de l'expatriation*, in *Le salarié expatrié*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires de D'Aix-Marseille, 1991, p. 17.

observar a lei brasileira em se tratando de normas de ordem pública, como ocorre com as anteriormente mencionadas, pois a lei estrangeira não poderia ser aplicada em razão de ofender normas de ordem pública. A soberania do Estado em relação ao seu nacional leva à aplicação da lei do referido país e não da norma do local da prestação dos serviços, principalmente se for mais benéfica ao empregado. No âmbito internacional, Felice Morgenstern tem o mesmo entendimento de que *“é universalmente admitido que o Estado do foro pode recusar a aplicação de certas disposições de uma lei estrangeira, quer tenha ela sido escolhida pelas partes quer seja aplicável por outro fundamento, se for contrária à ordem pública”*<sup>33</sup> Exemplo no Brasil seria se a legislação estrangeira permitisse que menor de dezoito anos, contratado no estrangeiro para prestar serviços em nosso território, trabalhasse em período noturno, quando o inciso XXXIII, do art. 7º da Constituição, veda o trabalho noturno do menor nessa idade. Nesse caso, por força até da Constituição, teria de ser aplicada a lei brasileira e não a estrangeira.

## VII. Conclusão

São vários os elementos de conexão que na prática são utilizados: lei do local da prestação dos serviços, lei do local da contratação, lei da sede da empresa, lugar da celebração do contrato, lugar de onde são emitidas as ordens de serviço, moeda utilizada para o pagamento do salário, língua na qual foi redigido o contrato, nacionalidade comum, autonomia da vontade, norma mais favorável. Em certos casos, não se aplica apenas um dos elementos de conexão, mas a combinação de vários deles, com critérios flexíveis. A observância da autonomia da vontade nem sempre pode ser utilizada, pois o empregador pode impor ao empregado a norma a ser aplicada, daí a necessidade de proteção do trabalhador. Entretanto, a aplicação da lei mais favorável é que irá trazer maiores vantagens ao empregado, fazendo, muitas vezes, a verdadeira Justiça.

São Paulo, março de 1999.

---

33. Morgenstern, Felice. *Les conflits de lois en Droit du Travail*, Genebra, BIT, 1986, p. 2.

# A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

*Otávio Pinto e Silva*

Professor Assistente do Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## Resumo:

As transformações econômicas do final do século XX levam à necessidade de modernização do Direito do Trabalho. Esse ramo do Direito deve se adaptar à uma nova realidade, em que as inovações tecnológicas e a competitividade do mercado exigem mudanças nas relações entre trabalhadores e empresários. Mostram-se imprescindíveis, assim, a revisão do sistema brasileiro de organização sindical, o incremento da contratação coletiva e a formulação de um novo papel para o Estado.

## Abstract:

The economic changes at the end of the twentieth century lead to the need for the modernization of Labor Law. This kind of Law must be adapted to a new reality in which the technological innovations and the market competitiveness demand changes in the relations between employees and enterprises. Therefore, the revision of the Brazilian system of union organization, the increase of collective contracts and the creation of a new role for the State are indispensable.

**Unitermos:** Direito do Trabalho; Direito Sindical; contratação coletiva.

## 1. Introdução

Este final de século já está marcado como um momento histórico de profundas transformações econômicas, consubstanciadas em diversas medidas governamentais relacionadas com a abertura comercial, a redução do tamanho do Estado, a privatização de determinados serviços públicos, a revitalização do livre jogo de mercado e a chamada "globalização" ou "mundialização" da economia.

O capitalismo entra em uma nova fase e, nesse contexto, aparece como consequência a demanda por uma "*flexibilização do Direito do Trabalho*", explicada por Cássio Mesquita Barros Jr. como a possibilidade de oferecer mecanismos

jurídicos que permitam às empresas ajustes da produção, do emprego e das condições de trabalho tendo em vista as flutuações rápidas e contínuas do sistema econômico.<sup>1</sup>

O quadro legal e constitucional brasileiro necessita passar por alterações para que o Direito do Trabalho possa se modernizar, acompanhando todas as importantes transformações políticas e econômicas.

O atual sistema brasileiro de relações de trabalho caracteriza-se por: a. uma organização sindical que contém restrições à liberdade e autonomia sindical; b. um processo de negociação coletiva atrofiado pela sua própria estrutura e pela atuação do Poder Judiciário (especialmente na solução dos conflitos coletivos de trabalho); c. uma excessiva intervenção do Estado (Poderes Legislativo e Executivo) na criação das normas de Direito do Trabalho, em detrimento da participação dos interessados (trabalhadores e empregadores).

Para a adoção de um novo sistema, que privilegie a contratação coletiva como fonte do Direito do Trabalho, é imprescindível uma radical transformação institucional, que atinja todos os pontos acima e que se fundamente em um princípio estabelecido na própria Constituição: a democracia pluralista.<sup>2</sup>

Isso implica mudanças no texto constitucional, na legislação do trabalho e no próprio comportamento da sociedade, fundadas principalmente em medidas que venham a redefinir: a. o sistema de organização sindical; b. o processo de negociação coletiva; c. o papel do Estado.

É necessário frisar que o sistema político em que foi gerado e consolidado o sistema brasileiro de relações de trabalho caracterizou-se pelo autoritarismo. A Constituição de 1988 melhorou o quadro em alguns aspectos, mas infelizmente manteve a essência de um modelo que hoje já se mostra ultrapassado.

Vejamos, então, as principais medidas modernizadoras que se fazem necessárias.

---

1. Barros Jr., Cássio de Mesquita. Flexibilização do Direito do Trabalho. São Paulo, *Revista LTr*, v. 59, agosto de 1995, pp. 1.034-1.045.

2. O pluralismo consagrado no art. 1º, inciso V, da Constituição Federal, significando obviamente não apenas pluralidade partidária, mas também religiosa, ideológica, sindical, política.

## 2. Quanto à organização sindical

As transformações propugnadas devem começar pela organização sindical e representação dos trabalhadores no local de trabalho.

A primeira das medidas reformadoras é a *supressão da regra da unicidade sindical*, prevista no art. 8º, inciso II, da Constituição Federal. Como destaca Octavio Bueno Magano, hoje em dia a idéia da unicidade sindical está superada, pois parte de um pressuposto verdadeiro na época em que surgiu, mas presentemente falso, qual seja, "*o de que as categorias e as profissões devem estar identificadas com a visão unitária do Estado a respeito da economia. Tal visão se mostra incompatível com as diretrizes de uma sociedade democrática e pluralista*".<sup>3</sup>

Os parâmetros para a organização sindical devem ser os estabelecidos pela Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), consagrando-se os princípios da liberdade e autonomia sindical que, em última análise, servem para gerar sindicatos legítimos e representativos.

Cabe aos interessados - trabalhadores e empregadores - definir quantas e quais entidades representarão seus interesses, pois a unidade do movimento sindical não deve ser imposta mediante intervenção legislativa estatal, que contraria o princípio de liberdade sindical previsto no art. 2º da referida convenção internacional. A unidade é desejável, mas deve ser uma conquista dos interessados e nunca uma imposição legal.

Uma segunda medida indispensável é a supressão tanto na Constituição (art. 8º, inciso II) quanto na lei (parágrafos do art. 511 da CLT) das referências aos *conceitos de categorias econômica, profissional e diferenciada*, o que possibilitaria um rearranjo da organização sindical com base nos critérios que melhor se apresentarem aos trabalhadores e empresários, segundo suas conveniências.

Podem até optar pela manutenção, em alguns setores, de divisões das áreas de atuação com critérios semelhantes aos atuais (mantendo-se sindicatos de bancários, metalúrgicos, etc.), mas o importante é que isso resultaria da opção espontânea dos interessados e não da imposição estatal.

---

3. Magano, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. São Paulo, Editora LTr, 1993, p. 41.

Não deve o Estado estabelecer a forma de organização dos sindicatos, impondo a existência das categorias; ao contrário, deve ser deixada aberta a possibilidade de escolha aos próprios grupos.

A terceira medida de garantia da liberdade e autonomia sindical é a revogação da regra constitucional (também contida no inciso II do art. 8º) que prevê a área do município como limite mínimo da *base territorial* dos sindicatos.

Com isso, abrir-se-ia a possibilidade de criação de sindicatos por empresas ou por região geográfica, em conformidade com a similitude das condições de trabalho nas empresas envolvidas e de acordo com as conveniências e circunstâncias ditadas pelos interesses dos trabalhadores e empregadores.

Essas três primeiras medidas, portanto, representam a aplicação prática do princípio da livre formação de sindicatos, de tal modo que um grupo de trabalhadores ou de empregadores poderá livremente criar uma entidade sindical, sem estar sujeito a atos de ingerência do Poder Público. Poderá ser formado o tipo de sindicato que interessar a tal grupo, não importando a eventual existência de outra entidade na mesma profissão, categoria, empresa, ramo de atividade ou área geográfica. O sindicato não estará sujeito à predeterminação, pelo Poder Público, de seu âmbito de representação, nem da área territorial em que atuará.

A quarta medida sugerida é o fim da *contribuição sindical compulsória*, que não se justifica em um sistema de pluralidade sindical, uma vez que os trabalhadores e os empresários devem ter o direito de se filiar à organização sindical de sua escolha, com a única condição de se conformarem com os seus estatutos.

O art. 2º da Convenção 87 consagra o direito do indivíduo aderir ou não à entidade sindical, isto é, não impõe um dever de sindicalização; de tal forma, a obrigação de pagar uma contribuição ao sindicato pressupõe o ato voluntário de filiação.

A liberdade sindical é, portanto, incompatível com a imposição (por via legal ou constitucional) do pagamento da contribuição sindical obrigatória: se a sindicalização é um direito, a contribuição não pode ser uma obrigação. Nesse contexto, mostra-se imprescindível a revogação do inciso IV do art. 8º da Constituição, bem como de todo o Capítulo III, do Título V, da CLT.

A quinta transformação proposta consiste na criação de novas formas de *representação dos trabalhadores no local de trabalho*. Aqui, inexistente óbice legal ou constitucional: a questão é cultural e está ligada a uma mudança de mentalidade.

A idéia é ampliar os canais institucionais de atuação dos trabalhadores, incrementando a sua participação na administração do dia a dia das empresas. Atualmente, já existem mecanismos como a CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes), que, no entanto, têm uma competência restrita às questões de medicina e segurança do trabalho e prevenção de acidentes.

É preciso repensar as formas de representação dos trabalhadores dentro da empresa, criando alternativas aos órgãos sindicais e à CIPA, de maneira a tornarem mais freqüentes as negociações nos próprios locais de trabalho e a democratizar a administração das empresas.

Existem dois dispositivos constitucionais nesse sentido que merecem ser lembrados: o art. 11 (que assegura, nas empresas com mais de duzentos empregados, a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores) e o inciso XI do art. 7º (que prevê a participação dos trabalhadores, em caráter excepcional, na gestão da empresa).

Como bem ressalta Walküre Lopes Ribeiro da Silva, o movimento sindical brasileiro está diante de um desafio, pois as mudanças que foram introduzidas no modelo corporativista já atingiram seus limites. Nas palavras da citada autora, "*somente será possível renovar verdadeiramente esse modelo se se romper de vez com o corporativismo, consagrando plena liberdade sindical, o que implica dar nova configuração à organização dos trabalhadores e dos empregadores, tanto no plano externo quanto no plano da empresa*".<sup>4</sup> Daí, portanto, a importância da criação de novas formas de representação.

### 3. Quanto à negociação coletiva

Para uma efetiva modernização do Direito do Trabalho, é fundamental a criação de um processo livre de negociação coletiva.

Em primeiro lugar, deve ser alterada a regra que dá o monopólio da negociação coletiva aos sindicatos (inciso VI do art. 8º da Constituição), de modo a efetuar a *redefinição de agentes legitimados a negociar* e incluir no processo

---

4. Silva, Walküre Lopes Ribeiro da. *Representação e Participação dos Trabalhadores na Gestão da Empresa*, São Paulo, Editora LTr, 1998, p. 181.

negocial tanto as Centrais Sindicais quanto as representações dos trabalhadores nos locais de trabalho.

Tal alteração pode ser efetuada de duas maneiras: pela supressão pura e simples do inciso VI do art. 8º da CF (de modo que, na omissão da Constituição, entender-se-ia que qualquer órgão de representação dos trabalhadores está legitimado a negociar), ou pela sua manutenção, mas acrescido da referência a esses novos agentes negociadores.

Com isso, entendo que se abriria a possibilidade de negociação em todos os âmbitos, de todos os tipos, sobre todos os assuntos ligados ao trabalho. As únicas limitações admissíveis devem ser aquelas decorrentes das normas de ordem pública.

Para a efetividade de um processo negocial assim amplo, fundamental é a existência de verdadeira liberdade sindical, nos moldes preconizados no item anterior; mas a educação e conscientização dos trabalhadores é também pressuposto indispensável, pois somente assim os agentes negociadores adquirem verdadeira representatividade.

Surge um problema sério no sistema de pluralidade sindical: a aferição do sindicato mais representativo, apto a efetuar a negociação coletiva e, conseqüentemente, a celebrar os contratos coletivos de trabalho.

A alteração no sistema de organização sindical viria trazer esta questão para o debate, pois tornaria necessária a determinação de critérios claros para a apuração da representatividade das entidades sindicais.

Uma segunda medida que, a meu ver, igualmente serviria para fortalecer a negociação coletiva consiste na previsão de *mecanismos de solução voluntária dos conflitos*.

A imposição por lei da solução estatal, oriunda do órgão jurisdicional, tende a acomodar as partes negociadoras: diante das dificuldades intrínsecas do próprio processo negocial, os empregadores ou os trabalhadores, cada qual a seu tempo, acabam deixando de lado o esforço para a obtenção da solução de consenso, esperando uma decisão do Judiciário que porventura possa lhes ser favorável.

Caso as próprias partes tenham de eleger conjuntamente o mecanismo para a solução do conflito, certamente se sentirão mais pressionadas a continuar negociando.

Tais mecanismos podem ser públicos ou privados, pouco importa; o que me parece relevante é afastar a compulsoriedade hoje vigente, manifestada na

obrigação de ambas as partes obedecerem a uma solução imposta coativamente pela Justiça do Trabalho, ao julgar o dissídio coletivo interposto por provocação de apenas uma delas.

A terceira medida relacionada com o incremento da negociação coletiva é a *vigência extratemporal dos convênios coletivos*. Trata-se de garantir a manutenção dos efeitos jurídicos de um instrumento normativo, mesmo após o término de sua vigência e até que outro seja celebrado, revogando ou modificando a situação anterior.

Tal medida mostra-se necessária em decorrência da adoção dos mecanismos de solução voluntária dos conflitos: suprimindo-se a via compulsória, o efeito da extratemporalidade surge como uma garantia efetiva da negociação. Enquanto não vier a ser obtido um novo acordo, permanecem aplicáveis as normas previstas no anterior.

É uma providência simples, que visa evitar a má-fé no processo negocial (por exemplo: a utilização de subterfúgios para impedir a concretização das negociações e criar lacunas na regulamentação das condições de trabalho, como um desleal instrumento de pressão de uma parte sobre a outra).

Ressalva-se, aqui, a teoria da imprevisão dos contratos, pela aplicação da cláusula "*rebus sic stantibus*" de modo a eximir as partes de cumprirem o que tiver sido avençado apenas quando houver justificado motivo, decorrente de prejuízos comprovados ou alteração substancial das condições acordadas.

A quarta medida de sustentação da negociação coletiva se refere à *garantia do direito de greve*, que é fundamental para o equilíbrio de forças no desenrolar do processo negocial.

Nesse aspecto, o texto da Constituição de 1988 é bastante claro, ao prever a greve como um direito dos trabalhadores e ao asseverar que compete a eles decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

Cumprе ressaltar a dificuldade de harmonizar esse direito com outros também constitucionalmente previstos, especialmente quando os movimentos paretistas atingem os chamados serviços essenciais (capazes de causar prejuízos não-somente ao empregador, mas também à sociedade).

No contexto democrático a greve deve ser aceita como um instrumento legítimo e os limites ao seu exercício somente podem ser admitidos quando estiverem em jogo interesses superiores da sociedade.

A noção básica a trabalhar, fixada pela própria Constituição (art. 9º, § 2º), é a do *abuso de direito*, podendo ser enunciada como o princípio da responsabilidade: no exercício do direito de greve, os responsáveis por eventuais abusos devem ser punidos na forma da lei.

A Lei n. 7.783/89 regulamenta a questão de uma forma que deve ser revista, pois exige uma série de formalidades burocráticas para a deflagração dos movimentos grevistas e dispõe, no art. 14, que constitui abuso de direito a simples inobservância das normas nela contidas.

Com isso, os tribunais trabalhistas se especializaram em julgar a "abusividade" de greves, levando em conta a mera desobediência a aspectos formais, o que não me parece correto, pois serve como uma maneira de enfraquecer a posição dos trabalhadores.

No Estado Democrático de Direito, a apuração de eventuais abusos de ordem civil, penal e trabalhista, quando do exercício do direito de greve, deve ser efetuada em processos regulares (à luz do contraditório e da ampla defesa), para a punição dos responsáveis, mas nunca para simplesmente forçar os trabalhadores a encerrar uma greve, mesmo que esta esteja causando prejuízos e desconforto.

A responsabilidade civil pelos danos materiais causados é uma forma de reparação do abuso de direito praticado pelo sindicato; a punição penal é um modo de responsabilizar o autor de ilícitos criminais; a dispensa por justa causa é uma sanção trabalhista a que se sujeita o grevista pelos excessos que praticar.

Na arguta visão de Amauri Mascaro Nascimento, "*a greve exerce uma pressão necessária que leva à reconstrução do direito do trabalho quando as normas vigentes não atendem às exigências do grupo social. Força o empregador a fazer concessões que não faria de outro modo. Obriga o legislador a se manter vigilante e reformular a ordem jurídica. Logo, apesar dos seus inconvenientes, a greve é necessária e compatível com as estruturas capitalistas*"<sup>5</sup>

---

5. Nascimento, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, Editora Saraiva, 1992, p. 633.

#### 4. Quanto ao papel do Estado

A redefinição do papel do Estado em um novo modelo de relações de trabalho é algo que se impõe, como decorrência das próprias transformações econômicas vividas pelo mundo contemporâneo.

O excesso de intervencionismo estatal no campo do trabalho hoje é visto como um obstáculo ao desenvolvimento econômico, que precisa ser removido ou - ao menos - ultrapassado.

Mas trata-se de tarefa complexa, pois não se pode admitir o simples retorno aos primórdios da Revolução Industrial (quando em nome do liberalismo pregava-se o total afastamento do Estado das relações contratuais entre trabalhadores e empresários).

A presença estatal é indispensável, porém em bases distintas das que vigoraram até agora.

Já se afirmou que essa redefinição do papel do Estado pode ser efetuada segundo duas concepções diversas:<sup>6</sup> a. a do "Estado mínimo" isto é, aquele cujas funções seriam progressivamente esvaziadas, por meio da transferência de muitas delas para o mercado e para o setor privado; ou b. a concepção do "Estado regulador" em que não se cogita do esvaziamento das funções estatais, mas sim a sua reestruturação, para fazer frente às exigências das transformações econômicas.

Nessa segunda visão, assume relevância a fixação das funções de "regulação" não-só com referência aos efeitos negativos decorrentes das imperfeições do mercado, mas também num sentido social mais amplo, vinculado às necessidades de legitimação da nova ordem econômica.

Para os defensores da tese do "Estado mínimo", a desregulamentação deve ser a mais abrangente possível, nos mais diversos âmbitos de atividade, repercutindo diretamente nas relações trabalhistas.

Já para os adeptos da teoria do "Estado regulador", o objetivo é substituir as antigas formas de regulação por outras, novas, em harmonia com as metas de produtividade, competitividade e estabilidade econômica.

Essa parece ser a concepção mais adequada, pois conforme acentua Luis Carlos Amorim Robortella, "*o Direito do Trabalho cumpriu e continuará a*

---

6. Campero, Guillermo; Flisfisch, Angel; Tironi, Eugenio; Tokman, Victor. *Os atores sociais no novo mundo do trabalho*. São Paulo-Brasília, Editora LTr-OIT, 1994.

*cumprir a função histórica permanente de assegurar o equilíbrio entre o interesse público, o interesse patronal e o interesse dos trabalhadores. O grande desafio atual está relacionado com a adoção de novas técnicas de proteção, que levem em conta as transformações no mundo do trabalho trazidas pelas novas tecnologias, pelo crescimento do desemprego, pela revalorização do trabalho autônomo, pela magnitude da economia submersa".<sup>7</sup>*

Pensando então nas funções que incumbem ao Estado no desempenho desse papel "regulador", vejamos as medidas modernizadoras necessárias.

Em primeiro lugar, há que se manter uma tutela mínima indispensável para a relação de emprego: a modificação estrutural propugnada não chega ao ponto de autorizar a revogação das regras de proteção aos trabalhadores, como já pensam algumas cabeças mais afoitas.

Normas sobre a limitação da jornada de trabalho, os períodos de férias e repouso, o conteúdo do contrato de trabalho, a proteção ao trabalho da mulher e do adolescente, a garantia contra as dispensas imotivadas, a segurança e a medicina do trabalho, são exemplos de matérias que devem ser reguladas na Constituição ou na lei.

Quando se pensa na tutela da relação de emprego há que se lembrar a função histórica do Direito do Trabalho, explicada por Cesarino Jr. como a proteção ao hipossuficiente, efetuada em especial por meio das normas de ordem pública.

A importância dessa noção de tutela aos mais fracos é constatada até mesmo fora do campo do Direito do Trabalho: o desenvolvimento do chamado Direito do Consumidor bem demonstra que o Estado deve necessariamente intervir na vida social para buscar equilibrar as relações jurídicas entre partes desiguais.

Desse modo, a previsão de medidas legais de proteção contra as despedidas arbitrárias ou sem justa causa é um exemplo de matéria que demonstra a importância do papel tutelar do Estado na regulamentação da relação de emprego.

A Convenção 158 da OIT prevê em seu art. 4º que não se porá fim à relação de trabalho a menos que exista uma causa justificada relacionada com a capacidade ou conduta do trabalhador ou fundamentada nas necessidades de funcionamento da empresa.

---

7. Robortella, Luis Carlos Amorim. *Direito do Trabalho e Proteção dos Direitos Individuais*, in *O Trabalho no Brasil no limiar do Século XXI*, São Paulo, Editora LTr, 1995, pp. 310 e ss.

Infelizmente, referida norma internacional vigorou por pouco tempo no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido denunciada após acirrados debates quanto à sua constitucionalidade.

Urge, dessa forma, ser elaborada lei complementar que discipline a proteção ao emprego (lei esta esperada desde a promulgação da Constituição, diante do dispositivo contido no art. 7º, inciso I).

A solução transitória imaginada pelo constituinte (pagamento de indenização compensatória da dispensa imotivada, calculada à base de 40% do valor dos depósitos do FGTS)<sup>8</sup> já deveria ter sido substituída, pois em verdade é pouco eficaz. A omissão legislativa sobre essa questão é absolutamente injustificável.

Paralelamente, é fundamental que sejam abertos espaços para a negociação coletiva no que se refere à própria aplicação do Direito, permitindo-se alternativas de execução que não o desnaturem.

A adoção de normas trabalhistas mais flexíveis, criadas por meio da negociação coletiva, poderá servir para estancar o progressivo processo de marginalização do trabalhador brasileiro: pesquisa de âmbito nacional divulgada pelo IBGE, em março de 1996, demonstra que a informalidade está crescendo no mercado de trabalho do Brasil.<sup>9</sup> O número de trabalhadores com registro em carteira vem caindo e em consequência diminui também o número de contribuintes para a Previdência Social.

Não se pode negar que a rigidez do modelo brasileiro de relações de trabalho é uma das causas da existência dessa imensa economia informal, caracterizada pela inserção de trabalhadores em precários postos de trabalho ("camelôs" "marreteiros" autônomos) ou na pura clandestinidade (empregados sem registro na carteira de trabalho, falsos autônomos).

O combate à economia informal é também uma função do Estado, para atacar esse injusto processo de marginalização dos trabalhadores. Várias técnicas podem ser adotadas para atingir esse objetivo, como a redução dos encargos sociais incidentes sobre as folhas de salários, o tratamento legislativo diferenciado para as micro, pequenas e médias empresas, o desenvolvimento de políticas de pleno emprego.

---

8. Art. 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

9. *Folha de S. Paulo*, 21 de março de 1996, pp. 1-4.

A realidade demonstra que a simples inserção de um grande número de direitos trabalhistas na Constituição ou na lei não-basta, por si-só, para garantir a tutela aos trabalhadores: é indispensável que estes tenham acesso a tais direitos, o que só é possível mediante a contratação formal, no mercado de trabalho regular.

O debate sobre a economia informal, dessa maneira, passa pela necessária mudança da estrutura legal, pois é insuportável essa divisão dos operadores do mundo do trabalho em "incluídos" e "excluídos" ou "formais" e "informais"

Sendo assim, justifica-se a proposta de tratamento legislativo diferenciado para as empresas, em conformidade com suas próprias dimensões. Parece-me claro que uma microempresa que tenha postos de trabalho para duas ou três pessoas não pode receber da lei o mesmo tratamento que uma grande empresa, capaz de empregar dois ou três milhares de trabalhadores; entretanto, no atual sistema muitos encargos sociais (incidentes sobre as folhas de salários) são os mesmos para ambos os casos!

Ressalte-se que o significado da expressão "encargos sociais" a meu ver, está relacionado apenas com o custo externo do trabalho, vale dizer: não se pode incluir no conceito aqueles valores que são pagos diretamente ao trabalhador (férias, feriados, descansos semanais remunerados, 13º salário, etc.), mas apenas os referentes às contribuições compulsórias que são devidas pelas empresas, pelo fato de manter uma relação de emprego (por exemplo: Previdência, acidentes de trabalho, FGTS, Incra, Sesi, Senai, Sebrae, etc.).

Dessa maneira, entendo que é perfeitamente admissível, por exemplo, instituir uma maior variação no percentual da contribuição previdenciária, levando em conta a capacidade contributiva de cada empresa. Pode-se cogitar até mesmo de percentuais diversos do FGTS, sempre considerando o tamanho da empresa e a sua força econômica; ou, ainda, distinção também no que se refere à contribuição contra os acidentes de trabalho, tomando-se por base o maior ou menor risco existente na atividade desenvolvida.

Com a redução do custo do trabalho, igualmente diminui o atrativo econômico representado pela clandestinidade, isto é, pela contratação à margem da lei, na informalidade.

É inegável o fato de que o fenômeno da "economia informal" possui contornos sociológicos: o trabalhador aceita trabalhar sem registro, porque precisa

garantir sua subsistência; o empregador contrata sem registro, porque assim gasta menos. Os interesses são diversos, mas acabam se conjugando.

Outra medida indispensável para a reformulação do sistema brasileiro de relações de trabalho está ligada à necessidade de previsão de mecanismos mais efetivos de *proteção contra os atos anti-sindicais*.

É imprescindível garantir a efetividade da ação sindical durante o processo de negociação coletiva e isso pressupõe não-somente que o Estado impeça as práticas desleais do empregador, mas que também garanta mecanismos reparatórios, ou seja, mecanismos que permitam recompor determinadas situações de fato.

Faz-se necessário, ainda, o *incremento da fiscalização trabalhista*, de modo a garantir que o Direito do Trabalho seja efetivamente observado no dia a dia. Essa fiscalização deve ser efetuada não-só para preservar os dispositivos legais de tutela do trabalhador (como, por exemplo, os relativos à medicina e à segurança do trabalho), mas também para assegurar o cumprimento das normas contidas nos convênios coletivos de trabalho.

Para atingir esse objetivo, é preciso valorizar a inspeção do trabalho, dotando-a de maiores recursos econômicos e multiplicando o número de fiscais. Mas é fundamental, ainda, estimular a colaboração dos sindicatos de trabalhadores com o Poder Público, visando atuação conjunta no trabalho fiscalizatório, consoante destaca Nelson Mannrich.<sup>10</sup>

Na visão do citado autor, nos últimos anos vem acontecendo em diversos países um esforço de simplificação e unificação de todas as normas de segurança e medicina do trabalho, com a consciência de que não-basta legislar a fim de reduzir ou eliminar os riscos profissionais do trabalho.

O objetivo a alcançar é um sistema que dê preferência à prevenção, mas de uma forma equilibrada: afinal, havendo um excesso de leis nessa área, corre-se o risco de não serem cumpridas, enquanto por outro lado a insuficiência delas pode levar ao abuso. Em ambas as hipóteses, o que se verifica é o descrédito do Direito como meio de proteção do trabalhador.

Sendo assim, Mannrich propugna a necessidade de um mínimo de legislação, que deve ser complementada por normas coletivas e adaptada aos

---

10. Mannrich, Nelson. *Inspeção do Trabalho*, São Paulo, Editora LTr, 1991, p. 217.

diversos locais de trabalho, o que implica a participação dos trabalhadores tanto na criação das regras de proteção quanto na fiscalização do seu cumprimento.

Outro campo que também deve ser objeto de medidas reformadoras é o da Justiça do Trabalho, impondo-se, em primeiro lugar, o *fim do seu poder normativo*. Considerando a já propugnada adoção de mecanismos voluntários de solução dos conflitos, não se justifica a manutenção do poder normativo, uma vez que esse é um fator de inibição na efetividade da negociação coletiva.

Dessa maneira, há de ser alterado o § 2º do art. 114 da Constituição Federal para extinguir a figura dos dissídios coletivos de natureza econômica. Importa impedir que uma das partes, por sua exclusiva iniciativa, possa provocar um órgão jurisdicional para impor uma solução.

Isso não-significa desprezar a experiência já acumulada pelos grupos normativos dos diversos TRT's espalhados pelo Brasil, que talvez pudessem continuar a funcionar, mas com uma outra dimensão: a de órgãos de arbitragem pública, aos quais as partes somente poderiam recorrer de comum acordo, aceitando de livre e espontânea vontade a submissão ao laudo arbitral.

A criação de *serviços públicos de mediação e arbitragem* é, portanto, outra medida modernizadora, que viria preencher essa necessidade de composição dos conflitos trabalhistas sem o caráter de compulsoriedade.

Note-se que essa alteração não seria apenas cosmética, uma vez que a solução dos conflitos por meio desses órgãos somente ocorreria quando os próprios atores sociais se dispusessem a tanto.

Nenhum deles poderia, sozinho, exigir a intervenção de outrem para a resolução da controvérsia, o que certamente serviria para comprometer as partes com a negociação.

Por fim, ainda no campo da Justiça do Trabalho, é necessário rever a *composição dos seus órgãos*: a supressão da representação classista é uma medida indispensável para o efetivo rompimento com o sistema corporativista (o que exige a reforma dos arts. 111, 113, 115, 116 e 117 da Constituição Federal).

## 5. Conclusão

A modernização do Direito do Trabalho é uma necessidade imperiosa, diante das intensas transformações vividas nas relações de trabalho. A conjuntura

internacional mostra uma crescente busca do aumento da produtividade das empresas, em face da concorrência cada vez mais acentuada.

As inovações tecnológicas servem a esse propósito de aumento da produtividade, mas têm um efeito perverso, pois em muitos setores levam à redução do número de postos de trabalho. Não há dúvida de que o desemprego é um dos mais graves problemas contemporâneos, decorrente justamente dessa situação.

Ocorre que as empresas não podem deixar de adotar tais inovações, sob pena de ficarem para trás na disputa pelos mercados. Sendo assim, pode-se dizer que o Direito do Trabalho no limiar do século XXI entra em uma nova fase, necessitando passar por medidas modernizadoras que atendam aos interesses dos trabalhadores, mas também dos empresários.

De nada adianta uma legislação trabalhista detalhada e garantidora de inúmeros direitos, quando cada vez menos trabalhadores têm acesso a ela.

O momento é de adaptação a uma nova realidade internacional, que passa, portanto, pela reorganização sindical e pelo incremento da contratação coletiva, cabendo ao Estado importantíssimo papel regulador.

São Paulo, janeiro de 1999.

## Bibliografia

- BARROS JR., Cássio de Mesquita. Flexibilização do Direito do Trabalho. São Paulo, *Revista LTr*, v. 59, agosto de 1995.
- CAMPERO, Guillermo; FLISFISCH, Angel; TIRONI, Eugenio; TOKMAN, Victor. *Os atores sociais no novo mundo do trabalho*. São Paulo-Brasília, Editora LTr-OIT, 1994.
- MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. São Paulo, Editora LTr, 1993.
- MANNRICH, Nelson. *Inspecção do Trabalho*. São Paulo, Editora LTr, 1991.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, Editora Saraiva, 1992.
- ROBORTELLA, Luis Carlos Amorim. Direito do Trabalho e Proteção dos Direitos Individuais, in *O Trabalho no Brasil no limiar do Século XXI*. São Paulo, Editora LTr, 1995.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. *Representação e Participação dos Trabalhadores na Gestão da Empresa*, São Paulo, Editora LTr, 1998.

***DIREITO DO ESTADO E DIREITO  
CONSTITUCIONAL***





## A INSCRIÇÃO DA MADONNA NEGRA

*Dárcio Roberto Martins Rodrigues*

Professor Doutor do Departamento de Direito Civil da Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo

### Resumo:

Notando uma muito curiosa ligação entre uma inscrição latina encontrada em um santuário medieval no Sul da Itália e um recente caso de racismo no Brasil, o autor deste artigo pesquisa a origem histórica daquela epígrafe e chega a interessantes conclusões sobre os seus muitos aspectos lingüísticos, jurídicos e religiosos, bem como a uma digressão acerca da questão do racismo na cultura brasileira.

### Abstract:

Finding a very peculiar connection between a Latin inscription in a medieval shrine in South Italy and a recent case of racism in Brazil, the author of this essay traces back the historical origin of that epigraph, which leads to interesting conclusions as to its many linguistic, legal and religious implications, as well as to a digression on the question of racism in Brazilian culture.

**Unitermos:** racismo; latim; Bíblia.

Em setembro de 1997, o professor Eduardo Marchi — titular de Direito Romano da nossa velha e sempre nova Academia de Direito do Largo São Francisco — viajou à Itália, a fim de participar, na cidade de Messina, na Sicília, do 51<sup>o</sup> congresso anual da "*Société Internationale Fernand De Visscher pour L'Histoire des Droits de L'Antiquité*" (SIHDA). Aproveitando um raro momento de folga entre as intensas atividades do congresso, decidiu visitar Tindari, antiga cidade grega na atual província de Messina. Nessa localidade existe um antigo santuário cristão, onde o professor Marchi pode observar uma *madonna* negra, na qual se lê a seguinte inscrição: "*Nigra sum sed formosa*" (sou negra, mas formosa).



**A *madonna* negra de Tindari.**

negra. A adoração de representações da maternidade em cor negra é um fenômeno muito antigo e comum na história das religiões, tendo sido descobertas esculturas negras de Ísis, Ceres e outras deusas da Antigüidade. Sobretudo Ceres (a deusa romana da agricultura) e Deméter (sua equivalente grega) são importantes nesse contexto, já que se acredita que tais imagens negras se originaram do primitivo culto

Sendo um bom conhecedor de história da arte, não-estranhou o fato de ser negra a estátua da *madonna*, ocorrência nada inusitada em imagens medievais e bastante conhecida dos estudiosos da arte sacra. De fato, existem hoje centenas de imagens negras da *madonna* em várias partes do mundo, das quais podemos citar, entre as mais famosas, as que se encontram nos santuários de Altotting (na Baviera, Alemanha), Jasna Gora (em Czestochowa, Polônia), Montserrat (Espanha), Guadalupe (México) e Einsiedeln (Suíça);<sup>1</sup> aqui mesmo no Brasil a famosa imagem por tantos cultuada na cidade de Aparecida do Norte é, na verdade, uma *madonna* de cor

---

1. Esta última é, talvez, um exemplo enganoso, pois em verdade se tratava, originalmente, de uma *madonna* branca, a qual sofreu escurecimento em razão de fatores físico-químicos que atuaram sobre a sua pigmentação ao longo dos séculos. Embora não seja ocorrência tão freqüente, o estudo da iconografia religiosa registra outros casos semelhantes, sobretudo em se tratando de imagens que foram salvas de santuários ou igrejas incendiados, tendo a fumaça e as chamas escurecido as estátuas. Para uma lista detalhada de santuários com *madonne* negras, consultar: BEGG, Ean C. M., *The Cult of the Black Virgin*, Boston, Arkana, 1985. Mas ver também a bibliografia da nota 2 *infra*.

à fertilidade da terra. Tudo indica que a veneração de *madonne* negras resultou da recepção e assimilação desses cultos antigos pelo cristianismo ainda incipiente.<sup>2</sup>

Causou-lhe estranheza, no entanto, a inscrição, que parecia trair um sentimento latente de preconceito étnico. Meditando sobre o assunto, o professor Marchi considerou que, se fosse feita no Brasil e nos dias de hoje, uma tal estátua com semelhante inscrição poderia até mesmo levar o seu escultor a uma condenação pelo crime imprescritível e inafiançável de *racismo*.

De fato, o art. 5º. XLII, da Constituição Federal reza: "*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*" E o art. 20 da Lei n. 7.716, de 05 de janeiro de 1989 (com redação dada pela Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997) assim regulamentou o tipo penal: "*Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa*"

De volta ao Brasil, Eduardo Marchi comentou o caso da *madonna* negra com vários amigos e colegas, inclusive pessoas de notória erudição e bom conhecimento das tradições religiosas cristãs. Nenhuma delas fez qualquer observação especial sobre a misteriosa inscrição. Curiosamente, foi o jovem mestrando Eduardo Del Nero Berlendis, fervoroso leitor da Bíblia, quem de pronto reconheceu e corretamente identificou essa citação, retirada do Antigo Testamento (*Cântico dos Cânticos, 1: 5*), e que, na tradicional tradução portuguesa de João Ferreira D'Almeida,<sup>3</sup> aparece da seguinte forma:

5 Morena sou, porém aprazível, ó filhas de Jerusalém,  
como as tendas de Kedar, como as cortinas de Salomão.

---

2. Para uma ampla fundamentação ver, principalmente, os mais importantes estudos recentes: Benko, Stephen, *The Virgin Goddess: Studies in the Pagan and Christian Roots of Mariology*, Nova York, E.J. Brill, 1993; e Birnbaum, Lucia Chiavola, *Black Madonnas*, Boston, Northeastern University Press, 1993.

3. Aqui citada conforme a edição de 1948 das Sociedades Bíblicas Unidas, Rio de Janeiro. Foi pela tradução de João Ferreira D'Almeida que o solerte Eduardo Berlendis reconheceu a frase bíblica.

O texto português fala em *morena* e não *negra*, o que está em consonância com a explicação que vem no versículo seguinte:

*6 Não olheis para o eu ser morena; porque o sol  
resplandeceu sobre mim: os filhos de minha mãe se  
indignaram contra mim, puseram-me por guarda de  
vinhas (...).*

A tez escura da protagonista é aqui perfeitamente elucidada. Não se trata, como se vê, de uma mulher negra, mas sim bronzeada de sol, em razão de ter sido designada para guardar vinhas, trabalho árduo realizado ao ar livre.

O acontecimento despertou-nos a curiosidade na ocasião, mas não pareceu ter nada de extraordinário, salvante a espantosa perspicácia do amigo Berlendis, que reconheceu de imediato uma citação bíblica pouco conhecida, e apesar da fraseologia ligeiramente distinta que se encontra na versão em português.

Não teríamos mais pensado no caso, não fosse um incidente noticiado nos jornais cerca de três meses mais tarde, em janeiro de 1998. Naquela ocasião nos encontrávamos na cidade de Köln, na Alemanha, onde desenvolvíamos um projeto de pesquisa, e só tomamos conhecimento do fato graças, mais uma vez, ao professor Marchi, que nos guardou um recorte da edição de 10 de janeiro de 1998 do jornal *Folha de S. Paulo*. Nessa edição, à página 8 do caderno 3 encontra-se a manchete: "*Questão de vestibular é considerada racista*". Os detalhes da história se referiam à seguinte questão, constante da então recente prova de língua portuguesa do vestibular da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul:

*"09- Examine as orações dos períodos a e b abaixo e assinale a(s) alternativa(s) correta(s):*

a Ela é bonita, mas é negra.

b Embora negra, ela é bonita.

*(01) Os períodos apresentam estrutura sintática diferente.*

*(02) Em a, a cor da moça é argumento desfavorável à sua beleza.*

*(04) Em b, a cor da moça é uma restrição superável pela beleza.*

*(08) Em a há coordenação; em b há subordinação.*

*(16) O valor argumentativo das proposições é diferente."*

A notícia informava que a inclusão dessa questão na prova causou grande celeuma entre as entidades representantes da minoria negra, que a consideraram racista e se insurgiram contra a UFMS. O ICAB (Instituto e Casa de Cultura Afro-Brasileira) decidiu ingressar com uma representação criminal junto ao Ministério Público Federal e registrar a *notitia criminis* na Secretaria Pública, com base na supracitada Lei n. 7.716/89. Também o Grupo Tez (Trabalhos e Estudos Zumbi) resolveu pedir a anulação da questão e uma retratação pública da Universidade, não descartando a possibilidade de uma ação judicial contra a mesma. O acontecimento trouxe aborrecimento até para o Ministro da Educação, Paulo Renato de Souza — que lamentou em público a inclusão da dita questão no vestibular — e muito constrangeu o reitor da UFMS, Jorge João Chacha, o qual com certeza não teve participação alguma na preparação da questão, mas se viu obrigado a despachar uma nota oficial pedindo "desculpas à sociedade"

Com grande surpresa verificamos que a "profecia" do professor Marchi se realizara: por uma curiosíssima coincidência, alguém havia utilizado, no Brasil, quase exatamente a mesma frase encontrada no pedestal da *madonna* negra, e, tal como Eduardo Marchi havia imaginado, isso suscitava agora um possível processo criminal por delito de racismo.

Esses eventos reacenderam em nós o interesse pela singular citação bíblica, e nos trouxeram muitas indagações, não tanto acerca do seu significado religioso, mas principalmente da sua aparente carga subjacente de discriminação racial. Pusemo-nos a imaginar como esse versículo pôde ter sido pacificamente aceito ao longo de tantos séculos por leitores cristãos e judeus — mormente por terem sido estes últimos desde sempre vítimas, eles mesmos, de toda sorte de preconceitos e perseguições raciais. Questionávamos, ainda, por que o texto de João Ferreira D'Almeida falava em "morena" em vez de "negra"? Teria o tradutor português simplesmente alterado e deformado o texto bíblico a fim de encobrir uma embaraçosa referência discriminatória? Ou teria sido, ao contrário, o escultor da *madonna* negra o responsável por essa fraseologia de conotação racista?

Cumprе salientar aqui que o autor destas linhas não é teólogo, nem tem pretensão alguma de arvorar-se em exegeta de textos sacros. Entretanto, como jurista e sobretudo romanista de formação, está habituado a trabalhar com textos antigos e estudar a sua recepção ao longo dos séculos. Assim sendo, e a fim de encontrar a resposta àquelas indagações, decidimos consultar diretamente o texto da Vulgata, de onde a inscrição da *madonna* negra, pelo que se vê, foi retirada, e encontramos o seguinte:

4 *nigra sum sed formosa filiae Hierusalem sicut  
tabernacula Cedar sicut pelles Salomonis*  
5 *nolite me considerare quod fusca sim quia  
decoloravit me sol (...)*.<sup>4</sup>

Vemos, então, que a inscrição na *madonna* negra é apenas uma literal transcrição do latim da Vulgata, a qual já há quatro séculos apresentava quase *ipsis litteris* a malsinada frase que tanta celeuma veio causar no vestibular da UFMS.

---

4. *Biblia Vulgata*, edição crítica de Roger Gryson, Stuttgart, Deutsche Bibelgesellschaft, 4ª ed., 1994 (1ª ed., 1969).

Aparece, pois, a palavra *nigra* no quinto versículo do *Cântico dos Cânticos*,<sup>5</sup> embora o sexto apresente o termo *fusca*, de igual significado, mas também com a possível conotação de "moreno ou amulatado, trigueiro"<sup>6</sup> em particular com o sentido de "bronzado pelo sol"<sup>7</sup> O que é atestado, por exemplo, pela ocorrência da palavra no seguinte verso de Tibulo:

*Illi sint comites fusci, quos India torret,* (Tibull.  
2,3,55)

Ou seja, depreende-se que os "*comites*" são "*fusci*" porque são abrasados pelo sol da Índia ("*quos India torret*"). O mesmo sentido foi empregado na Vulgata: "*fusca sim quia decoloravit me sol*" Confirma-se de modo patente, em vista disso, que o adjetivo "*nigra*" no versículo anterior não pretendia aludir à raça negra, mas sim à pele escurecida por efeito do bronzeamento pelo sol.

Nossa curiosidade foi aguçada ainda mais por essas descobertas. Pois nos pusemos então a indagar por que São Jerônimo teria empregado na Vulgata o vocábulo "*nigra*" em vez do termo latino "*adustus*" que propriamente significa "queimado de sol"<sup>8</sup> ou outro termo semelhante, a exemplo do próprio "*fuscus*" encontrado no versículo seguinte.

5. Enumerado como 4 na Vulgata cf. a edição crítica de Roger Gryson, que utilizamos como base da nossa citação, nota 4 *supra*. A razão da diferente numeração se explica pelo fato de que as palavras tradicionalmente apresentadas como versículo primeiro correspondem na verdade ao título do livro, engano devidamente corrigido na edição de Gryson.

6. Cf. Saraiva, F. R. dos Santos, *Dicionário Latino-Português*, 10ª ed., Rio de Janeiro, Garnier, 1993 (fac-símile da 9ª ed. de 1927).

7. Cf. Schönberger, Otto, *Lateinische Synonimik*, 7ª ed., Heidelberg, Carl Winter-Universitätsverlag, 1988, p. 197, n. 346, que, embora admitindo tratar-se de termos sinonímicos, explica a sutil diferença semântica entre "*niger*" ("*tief schwarz, glänzend schwarz*") e "*fuscus*" ("*schwarzbraun, schwarzgrau*", ou ainda "*von der Sonne geschwärtzt*").

8. Cf. e.g. em Tito Lívio, descrevendo o modo pelo qual Asdrúbal buscou averiguar se as tropas romanas tinham recebido reforços:

*misit ad flumen unde aquabantur ubi et excipi aliqui possent et notari oculis si qui forte adustioris coloris ut ex recenti uia essent;*

(Livius, *Ab Urbe Cond.*, 27,47, 3).

É bem verdade, e não o negamos, que o adjetivo "*niger*" em latim, quando referido a pessoas, admite também a conotação de "moreno" não necessariamente "negro". A autoridade incontestável do monumental dicionário Oxford<sup>9</sup> referenda para "*niger*" a possível significação de "*having a dark skin or complexion, swarthy, dusky*" oferecendo também quase idêntica tradução para os termos "*fuscus*" e "*adustus*". Tal entendimento é comprovado por citações à literatura latina, sendo notável sobretudo esta de Ovídio, segundo o qual um marinheiro deve ser moreno ("*niger*") em razão de ficar exposto aos raios solares ("*a radiis sideris*"):

*Candidus in nauta turpis color, aequoris unda Debet  
et a radiis sideris esse niger.*

(Ovid., *Ars Amat.* 1, 723-724)

Vê-se que o poeta chama de "*niger*" a pele rude da gente do mar, maltratada pelo sol ("*radiis sideris*") e pela água salgada do mar ("*aequoris unda*"). É igualmente notável observar que o próprio Ovídio atesta, em outros versos, o uso pejorativo de tal adjetivo para descrever as moças de pele amorenada, característica estética pouco apreciada entre os romanos:

*Qua potes, in peius dotes deflecte puellae,  
Iudiciumque brevi limite falle tuum.  
Turgida, si plena est, si fusca est, nigra vocetur.*

(Ovid., *Rem. Am.* 325-327)

O general cartaginês supôs que, se reforços tivessem chegado recentemente ("*ex recente via*"), a pele dos soldados teria sido banhada pelo sol durante a longa marcha e apresentaria coloração mais bronzeada ("*adustioris color*"). De resto, é evidente a derivação etimológica desse adjetivo a partir do verbo "*urere*" ("queimar", *scil.* de sol).

9. Glare, P. G. W. (org.), *Oxford Latin Dictionary*, Oxford. Clarendon Press, 1982 (reimpr. com correções 1996).

O poeta recomenda, para detração da "puella": seja ela chamada "nigra", se for morena ("fusca").

Com isso, fica estabelecido que não-chega a haver impropriedade no uso do vocábulo "nigra" no referido versículo da Vulgata, tanto mais que nele a camponesa se refere à cor da própria pele em sentido claramente depreciativo. Ainda assim, ficamos a imaginar por que motivo teria sido preferido esse termo àqueles outros ("fusca" ou "adusta"), mais diretos e inequívocos.

É sabido que São Jerônimo utilizou o texto original hebraico na sua tradução do Antigo Testamento (com exceção dos salmos, para os quais teria feito apenas uma revisão da *Vetus Latina*).<sup>10</sup> Mas também é inconteste que ele tinha conhecimento da tradução dos *Septuaginta*, tendo-a consultado para confronto durante os seus trabalhos. Pelo impulso da curiosidade, ousamos levar mais longe a nossa investigação, buscando o texto dos *Septuaginta*, onde se lê:

Μέλαινά εἰμι καὶ καλή, θυγατέρες Ιερουσαλημ,  
ὡς σκηνώματα Κηδαρ, ὡς δέρρεις Σαλωμων.<sup>11</sup>

Já está aí, portanto, o vocábulo μέλαινα, que significa mesmo "negra". É, porém, significativo um outro detalhe que nos chama a atenção: o uso da conjunção aditiva καὶ ("e"), que parece dar um sentido menos preconceituoso do que *sed* ("sou negra e bonita" em lugar de "sou negra, mas bonita"). Não nos escapa, todavia, que a conjunção καὶ também pode, eventualmente, ser compreendida em um sentido adversativo em construções como essa, sobretudo quando usada com participios ou adjetivos (cf. Liddel-Scott).<sup>12</sup> Não sendo nossa especialidade a língua

10. Feita por vários autores anônimos, essa antiga e primeira tradução do Antigo Testamento para o latim não constituiu obra original, sendo nada mais que uma versão da *Septuaginta* para o latim, acrescentando inúmeros defeitos e imprecisões aos que já havia no texto grego. Nesse sentido, a *Vulgata* foi de fato realização bastante oportuna.

11. *Septuaginta*, ed. A. Rahlfs, v. 2, Stuttgart, Wurttembergische Bibelanstalt, 9ª ed., 1935 (reimpr. 1971).

12. Liddel, H. G. e Scott, R., *Greek-English Lexicon*, Oxford, Clarendon Press, 1996 (reimpr. da 1ª ed. 1891), que apresenta como exemplo uma construção semelhante, só que com o participio, e tirada de Homero: ἤεκτορα, καὶ μεμαῶτα, μάχης σχήσασθαι ὄω (*Iliada*, 9,655).

grega, deixamos aos colegas helenistas o exame deste tópico com vistas no versículo em tela.<sup>13</sup> Mas trazemos à balha esse detalhe porquanto se revestirá de interesse mais adiante, quando será demonstrado que muitas traduções modernas da Bíblia optaram pela aditiva em lugar da adversativa.

Ocorreu-nos, em seguida, que seria assaz interessante procurar um rabino ou alguém na comunidade judaica que nos pudesse explicar como é o original em hebraico. Isso, porém, não chegou a fazer-se estritamente necessário. Não é, de fato, mister conhecer o idioma hebreu para proceder a uma tal pesquisa, graças ao excelente trabalho do erudito James Strong (1822-1894), que no final do século passado prestou inestimável serviço aos estudiosos do texto bíblico com a preparação do seu famoso *Concordance*.<sup>14</sup> Trata-se de uma edição baseada no texto inglês da "Authorized Version" (ou "King James Version") da Bíblia, em rigoroso confronto com os originais em aramaico, hebraico e grego. Strong utilizou-se de um original sistema de numeração, pelo qual todas as palavras-chaves de cada versículo bíblico recebem um código numérico único, referido a um dicionário bíblico preparado pelo próprio Strong, que era profundo conhecedor daqueles idiomas. Por meio desse código, mesmo uma pessoa ignorante em língua hebraica está apta a identificar o vocábulo correspondente empregado no texto original e, não-somente lhe apreender o significado no dicionário de Strong, como também — o que é mais notável — localizar imediatamente *todas* as passagens da Bíblia nas quais aquele mesmo vocábulo hebraico aparecia no original.

Procurando na obra de Strong, verificamos que, embora a palavra "black" (negro) apareça dezoito vezes no texto inglês da *King James Version*, nem sempre esse termo traduz o mesmo vocábulo hebraico do texto original. No versículo dos Cantares de Salomão que presentemente nos interessa (Cant. 1:5), o termo "black" está assinalado por Strong com o número 7838 de seu *Concordance*. Esse número corresponde, segundo Strong, à palavra hebraica rxf ("shachor": *Ishaw-*

---

13. Em meio a tantas citações latinas, faz-se aqui bem azada, a esse propósito, mais uma: "Sutor, ne supra crepidam" — não queira o sapateiro opinar acima das sandálias!

14. Existem diversas edições modernas, por exemplo, Strong, James, *The New Strong's Exhaustive Concordance of the Bible*, Nashville, Thomas Nelson Publishers, 1990.

*khore'l*) ou *rwxf* ("*shachowr*") que, ainda segundo Strong, é um adjetivo e significa "negro"

E, de fato, consultando uma edição do antigo testamento em hebraico, podemos encontrar, no versículo em estudo, a palavra indicada por Strong:

5 שחורה אני ונאווה בנות ירושלם כ:אהלי קדר כ:יריעוח שלמה

O mais revelador, no entanto, é que, conforme o *Concordance* de Strong, esse termo hebraico só ocorre outras cinco vezes em toda a Bíblia, a saber em: Lev. 13:31; Lev. 13:37; Cant. 5:11; Zac. 6:2 e Zac. 6:6. A leitura desses versículos em qualquer tradução do texto bíblico nos revela, pelo próprio contexto, e com meridiana clareza, que o emprego de "*shaschowr*" nas escrituras era sempre no sentido geral de "negro", só aparecendo com a conotação de "moreno" no estudado versículo de Salomão. As duas ocorrências no livro de Zacarias, por exemplo, se referem à cor de cavalos — negros — e o outro versículo no próprio livro do Cântico dos Cânticos diz respeito aos cachos de cabelos negros, os quais, muito significativamente, são comparados com a cor de um corvo:

Cant. 5:11 *A sua cabeça é como o ouro mais apurado, as suas guedelhas crespas, pretas como o corvo.*<sup>15</sup>

Disso se conclui que o termo correto e que mais fielmente reproduz o original em Cant. 1:5 é mesmo "negra" embora seja inequívoco que o sentido poético pretendido seja o de "queimada de sol" "morena" Tanto a Septuaginta quanto a Vulgata nada mais fizeram do que seguir com fidelidade o texto hebraico. Por alguma razão sua, o nosso tradutor português preferiu verter o texto mais livremente, pelo sentido contextual e conotativo da palavra, e não em seu rígido significado denotativo.

---

15. Na trad. de João Ferreira D'Almeida, cit. nota 3 *supra*.

Nem com isso se viu saciada nossa curiosidade, pois outra questão assoma agora: como se comportaram as várias traduções modernas da Bíblia no tocante a esse versículo? Foram fiéis aos originais ou se portaram de modo semelhante ao do tradutor português?

A melhor e mais conceituada tradução inglesa, a "*Authorized Version*" popularmente conhecida como "*King James Bible*" por ter sido realizada sob os auspícios do rei James I no século XVII,<sup>16</sup> apresenta o seguinte teor:

*I am black, but comely, O ye daughters of Jerusalem,  
as the tents of Kedar, as the curtains of Solomon.*

Segue, portanto, as mesmas expressões da Vulgata ("*sou negra, mas formosa*"). Desde quando publicado, em 1611, tem sido esse o texto bíblico universalmente aceito como padrão no mundo anglófono, sobretudo pela sua altíssima qualidade literária. A versão americana, revisada e emendada por Noah Webster no século passado,<sup>17</sup> não alterou substancialmente o texto seiscentista, de um modo geral, e em particular no versículo em exame:

*I [am] black, but comely, O ye daughters of  
Jerusalem, as the tents of Kedar, as the curtains of  
Solomon.*

Somente em 1881-1885, na Inglaterra, uma comissão realizou oficialmente uma revisão global da *Bíblia do Rei James*, mas o resultado, a chamada *Revised Version*, manteve absolutamente intocado o nosso versículo. Da mesma forma, em 1901 foi preparada, nos EUA, uma adaptação da *Revised Version* para a

---

16. A "*Authorized Version*" publicada em 1611, teve por base primeira a tradução iniciada um século antes pelo reformador William Tyndale. (Em 1525 Tyndale já havia publicado sua tradução do novo testamento diretamente do grego. Iniciou também tradução do antigo testamento a partir do hebraico, a qual, no entanto, ficou inacabada com a morte de Tyndale.)

17. *The Holy Bible*, New Haven, Durrie & Peck, 1833.

América, seguindo algumas preferências e particularidades dos estudiosos bíblicos norte-americanos. Surgiu assim a *American Standard Version*, que também não tocou em uma palavra sequer do já citado versículo de Salomão.

Mas, muito significativamente, e somente na segunda metade deste século, a *Revised Standard Version*<sup>18</sup> emendou o texto para:

*I am very dark, but comely, O daughters of  
Jerusalem, like the tents of Kedar, like the curtains of  
Solomon.*

Essa expressão "very dark" dá um sentido de "muito escura" ou "muito morena", mas não-negra. Seria muito interessante saber por que motivo os autores da RSV decidiram proceder a essa alteração. Considerando que a preparação dessa versão da Bíblia se deu pouco depois da Segunda Guerra Mundial, podemos imaginar que a inquietação com qualquer expressão que pudesse suscitar sentimentos raciais talvez estivesse particularmente exacerbada naquele momento. Lembremos ainda que as décadas que se seguiram à publicação da RSV foram marcadas por conflitos étnicos e por intensa luta por direitos civis de minorias, sobretudo nos EUA.

Diante desse quadro, causa-nos surpresa, porém, verificar que a NRSV.<sup>19</sup> realizada em 1989, em tese uma simples revisão e atualização da RSV apresentou o versículo com a seguinte textualidade:

*I am black and beautiful, O daughters of Jerusalem,  
like the tents of Kedar, like the curtains of Solomon.*

---

18. Basicamente uma revisão da *American Standard Version* de 1901, publicada após a Segunda Guerra Mundial (Novo Testamento em 1946, Antigo Testamento em 1952).

19. *New Revised Standard Version*, copyright 1989, Christian Education of the National Council of the Churches of Christ in the United States of America. Realizada por um conselho ecumênico, recebeu aprovação oficial não só das variadas denominações protestantes, como ainda das igrejas católicas romana e ortodoxa.

Como vemos, a NRSV retornou ao texto original, excluindo o "dark" e restaurando "black" mas introduziu uma inovação ao substituir a adversativa "but" por uma aditiva "and". Também trocou o "comely" por um sinônimo menos obsoleto e com isso, talvez sem querer, quase reafirmou o famoso slogan do "Black Power" americano: — "black is beautiful"!

Tal foi a evolução do texto original da versão do Rei James. Existem, porém, outras traduções para a língua inglesa. Tão-antiga quanto a "Authorized Version" ainda que não tão prestigiosa, é a tradução de Douay-Rheims,<sup>20</sup> feita a partir da Vulgata. Essa versão também adota o "negra", como no texto latino, e também faz uso da adversativa:

*I am black but beautiful, O ye daughters of  
Jerusalem, as the tents of Cedar, as the curtains of  
Solomon.*

Mais recentemente, a tradução de J. N. Darby,<sup>21</sup> diretamente do original hebraico, manteve-se próxima da "Authorized Version":

*I am black, but comely, daughters of Jerusalem, as  
the tents of Kedar, as the curtains of Solomon.*

---

20. Assim chamada por ter sido iniciada sob os auspícios do English College em Douay (na França), fundado em 1568 pelo cardeal inglês William Allen (1532-94). O English College se tornou um reduto de vários intelectuais de Oxford que, sendo defensores do papismo, auto-exilaram-se quando do estabelecimento da Igreja anglicana. Encetaram em 1582 uma tradução da Vulgata com a finalidade de opor-se a e concorrer com a tradução do rei James, então em preparação. O Antigo Testamento foi publicado pela primeira vez em 1609. Essa tradução foi comumente adotada pelos católicos de língua inglesa até o início deste século, quando foi substancialmente revisada pelo bispo Richard Challoner. O texto que citamos é da edição de 1899 publicada em Baltimore por John Murphy & Co.

21. Publicada pela primeira vez em 1890. Citamos o texto de 1961, edição conjunta do *Kingston Bible Trust*, Lancing, Sussex (Inglaterra) e do *Bible Truth Publishers*, Addison. IL (EUA). De acordo com o prefácio dos editores, nada foi alterado da edição original, salvante notas de rodapé e detalhes de mera diagramação do texto.

Por outro lado, a "tradução literal" de Young,<sup>22</sup> ainda no século XIX, já havia preferido "dark" a "black" como a RSV, mas substituiu a adversativa ("but") por uma aditiva ("and"), acompanhando, neste particular, a NRSV:

*Dark [am] I, and comely, daughters of Jerusalem, As tents of Kedar, as curtains of Solomon.*

"Dark" foi também a solução adotada na NIV.<sup>23</sup> uma nova tradução do original levada a cabo entre 1973 (novo testamento) e 1979 (antigo testamento) por uma comissão de intelectuais de vários países e representando várias denominações evangélicas, sob os auspícios da *International Bible Society* de Nova York:

*Dark am I, yet lovely, O daughters of Jerusalem, dark like the tents of Kedar, like the tent curtains of Solomon.*

Já a NASB,<sup>24</sup> realizada em 1960, com sua última revisão em 1995, vertida em linguagem moderna e expurgada de arcaísmos, optou por manter o "negra" embora tenha substituído o "comely" por um adjetivo menos desusado, "lovely" (seguindo, portanto, nesse particular, o texto da NIV):

*I am black but lovely, O daughters of Jerusalem, Like the tents of Kedar, Like the curtains of Solomon.*

22. *Young's Literal Translation*, Grand Rapids, Michigan, Baker Book House, 1898. Realizada por Robert Young no século passado, é uma tradução extremamente literal, que procura o mais possível manter o palavreado e os tempos verbais dos originais hebraicos.

23. *The Holy Bible: New International Version* by International Bible Society, Zondervan Publishing House, 1984.

24. *New American Standard Bible*, copyright by The Lockman Foundation, La Habra, Calif., 1960-1995. Não se trata de uma revisão da *American Standard Version*, mas de uma tradução inteiramente nova, diretamente dos originais em hebraico e grego.

Isso com relação às traduções em língua inglesa. Vejamos agora o que aconteceu com o versículo em outros idiomas.

Na Alemanha, a tradução de Martin Luther, de 1534,<sup>25</sup> marco fundamental da literatura em língua alemã, assim apresenta o referido versículo:

*Ich bin schwarz, aber gar lieblich, ihr Töchter  
Jeruselems, wie die Hütten Kedars, wie die Teppiche  
Salomos.*

Notemos que a versão de Luther seguiu à risca a Vulgata, tanto no uso do termo "negra" ("*schwarz*") quanto na adversativa ("*aber*"). Mas é também muito interessante observar que a versão refundida pela igreja evangélica alemã entre 1957 e 1984 apresenta o seguinte texto:<sup>26</sup>

*Ich bin braun, aber gar lieblich, ihr Töchter  
Jeruselems, wie die Zelte Kedars, wie die Teppiche  
Salomons.*

Vemos que os revisores do texto de Luther optaram pelo termo "*braun*" (moreno, trigueiro, bronzeado) em lugar de "*schwarz*" (negro), mas mantiveram a adversativa "*aber*". Fizeram, portanto, em essência, a mesma alteração observada pelos revisores ingleses da *Bíblia do Rei James*.

---

25. Aqui apresentado segundo a versão revisada de 1914, cujo texto moderniza o linguajar arcaico do séc. XVI nos termos e expressões que hoje se tornaram obsoletos ou incompreensíveis, mas sem lhes alterar a essência: *Die Heilige Schrift, nach der deutschen Übersetzung D. Martin Luthers, neu durchgesehen (1914) nach dem vom deutschen evangelischen Kirche herauschuß genemihgten text*, The British and Foreign Bible Society, 1950.

26. *Die Bibel nach der Übersetzung Martin Luthers (revidierte Fassung)*, Stuttgart, Deutsche Bibelgesellschaft, 1985. O velho testamento foi concluído em 1964, os livros apócrifos em 1970 e o novo testamento em 1984.

Da mesma forma, optou-se pelo "braun" na tradução suíça de Zwingli,<sup>27</sup> realizada no início deste século, entre 1907 e 1931, mantendo-se a adversativa com "doch":

*Braun bin ich zwar, doch hübsch, ihr Töchter  
Jeruselems, wie die Zelte der Kedarener, wie die  
Zeltdecken der Salmärer.*

O mesmo não ocorre, porém, na tradução de Elberfelder,<sup>28</sup> que mantém o "schwarz" e enfatiza a adversativa com um "und doch":

*Schwarz bin ich und doch anmutig, ihr Töchter  
Jeruselems, wie die Zelte Kedars, wie die Zeltdecken  
Salomos.*

A tradução italiana, na versão oficial hoje adotada pela CEI (Commissione Episcopale Italiana),<sup>29</sup> preferiu "bruna" (morena), mantendo, no entanto, a adversativa:

*Bruna sono ma bella, o figlie di Gerusalemme, come  
le tende di Kedar, come i padiglioni di Salma.*

Também a tradução espanhola de Casoidoro de Reina (1569), revisada por Cipriano de Valera (1602) e aqui apresentada na edição de 1960,<sup>30</sup> opta por "morena" em vez de "negra" e conserva a adversativa:

---

27. Cf. a edição de Zürich, Verlag der Zwingli-Bibel, 1942. Trata-se de uma nova tradução do original feita sob a égide do *Kirchensynode* e publicada pelo *Kirchenrat* do cantão de Zürich, na Suíça.

28. *Revidierte Elberfelder Bibel*, R. Brockhaus Verlag, 1985.

29. Disponível na Internet: <http://www.crs4.it/~riccardo/Letteratura/Bibbia/Bibbia.html>

*Morena soy, oh hijas de Jerusalén, pero codiciable,  
como las tiendas de Cedar, como las cortinas de  
Salomón.*

Pouca diferença apresentava a versão RVA na edição de 1909.<sup>31</sup>

*Morena soy, oh hijas de Jerusalem, mas codiciable;  
como las cabañas de Cedar, como las tiendas de  
Salomón.*

A tradução francesa de Louis Segon,<sup>32</sup> por outro lado, manteve o "negra" e a adversativa, tal como na Vulgata:

*Je suis noire, mais je suis belle, filles de Jérusalem,  
comme les tentes de Kédar, comme les pavillons de  
Salomon.*

Ainda em língua francesa, a mais recente e respeitada tradução feita diretamente do hebraico parece ser a que se convencionou chamar "*Bíblia de Jerusalém*"<sup>33</sup> Concebida durante os anos da Segunda Guerra Mundial, foi realizada de 1945 a 1955 e publicada pela primeira vez, em versão integral, em 1956. O texto atualmente adotado recebeu uma revisão em 1973. Examinando o versículo que ora

30. Disponível na Internet: <http://www.isl.com.mx/~turbo/RVR/>

31. Bíblia RVA, versão disponível na Internet em: <http://bible.gospelcom.net/bible>

32. Trad. de Louis Segon, publicada em 1910. Disponível na Internet: <http://estragon.uchicago.edu/Bibles/BIBLE.form.html>

33. Disponível na Internet, no *site* da editora Du Cerf, a mesma que patrocinou a publicação também sob a forma impressa: <http://www.cerf-editions.com/bible.htm>

nos interessa, verificamos que, apesar da fraseologia e escolha de palavras ligeiramente diversas, mantiveram-se tanto o adjetivo "negra" quanto a adversativa:

*Je suis noire et pourtant belle, filles de Jérusalem,  
comme les tentes de Qédar, comme les pavillons de  
Salma.*

Muito peculiarmente, no entretanto, a versão em português dessa mesma "Bíblia de Jerusalém"<sup>34</sup> apresenta um texto diverso, fugindo ao "negra" e preferindo "morena":

*Sou morena, mas formosa, filhas de Jerusalém, como  
as tendas de Cedar e os pavilhões de Salma.*

De um modo geral, e ao contrário do que, como vimos, ocorreu em outras línguas, parecem os tradutores de língua portuguesa empenhar-se sempre em evitar o vocábulo "negra". Prova-o, por exemplo, além da já-citada tradução de João Ferreira D'Almeida, a também clássica de Antônio Pereira de Figueiredo,<sup>35</sup> feita em Lisboa, entre 1778 e 1790, a partir do texto latino da Vulgata:

*Eu sou trigueira, mas formosa, ó filhas de Jerusalém,  
assim como as tendas de Cedar, como os pavilhões de  
Salomão.*

---

34. *Bíblia de Jerusalém*, São Paulo, Ed. Paulus, 1987.

35. Aqui citada na edição de 1965, Rio de Janeiro, Ed. Barsa.

O termo alternativo escolhido foi, desta vez, "trigueira" que parece tentar ser ainda mais eufemístico do que "morena". A mesma escolha de palavra vemos na tradução da Vulgata por Matos Soares:<sup>36</sup>

*Eu sou trigueira, mas formosa, ó filhas de Jerusalém,  
/ sou como as tendas de Cedar, / como os pavilhões de  
Salomão.*

Atendo-se ao "morena" a tradução diretamente dos originais dirigida pelo Pontifício Instituto Bíblico de Roma<sup>37</sup> rende-nos assim o texto:

*Sou morena, porém, formosa, filhas de Jerusalém;  
morena como as tendas dos cedarenos, formosa como as  
cortinas de Salomão.*

Outra tradução portuguesa, esta realizada pelo Centro Bíblico Católico, com base nos originais em hebraico, mediante, porém, a versão francesa dos monges de Maredsous (Bélgica), e revista por João José Pedreira de Castro,<sup>38</sup> prefere o "morena" inovando apenas por preferir "bela" a "formosa" ou "aprazível":

*Sou morena, mas sou bela, filhas de Jerusalém, como  
as tendas de Cedar, como os pavilhões de Salomão.*

---

36. Citado aqui cf. a edição publicada no Rio de Janeiro pela editora Gamma Editorial, s/d (1981?).

37. São Paulo, Edições Paulinas, 1967.

38. 115ª edição, São Paulo, Editora Ave Maria, 1998.

Outra tradução recente<sup>39</sup> optou por "graciosa" mas insistiu no "morena":

*Sou morena, porém graciosa, ó filhas de Jerusalém,  
como as tendas de Cedar, como os pavilhões de  
Salomão.*

Uma edição mais popular, publicada em linguagem simples e atual, talvez para leitores menos letrados,<sup>40</sup> estabeleceu a seguinte redação para o versículo:

*Mulheres de Jerusalém, eu sou morena, porém sou  
bela. Sou morena escura como as barracas do deserto,  
como as cortinas do palácio de Salomão.*

O que há de muito curioso nessa edição é que ela insere uma nota de rodapé entre "porém" e "sou bela". Nessa nota se lê simplesmente: "*porém* ou *e*". Embora tenham adotado a adversativa, os editores não se furtaram a advertir o leitor acerca da possível leitura do texto com uma aditiva. O fato de se tratar de uma edição protestante da Bíblia provavelmente explica a existência de muitas notas como essa, revelando um grande zelo em alertar o leitor para as várias conotações possíveis do texto bíblico e evitando impor-lhe ou sugerir-lhe uma única como a "verdadeira". Mereceu essa atenção especial (que não se encontra em outras Bíblias da mesma editora) talvez por se tratar de edição destinada ao grande público, quiçá dotado de menor senso crítico e supostamente mais influenciável pelas idiossincrasias deste ou daquele tradutor.

---

39. Garmus, Ludovico (org.), *Bíblia*, Petrópolis, Ed. Vozes, 1986. A tradução do *Cântico dos Cânticos* é de Luís Stadelmann.

40. *A Bíblia na Linguagem de Hoje*, São Paulo, Sociedade Bíblica do Brasil, 1988. Esta edição, ao que parece, toma como base a tradução de João Ferreira D'Almeida, adaptando-a e parafraçando-a em linguagem simples e didática.

A última edição brasileira da tradução de João Ferreira D'Almeida<sup>41</sup> alterou ligeiramente sua fraseologia original:

*Eu estou morena e formosa, ó filhas de Jerusalém,  
como as tendas de Quedar, como as cortinas de  
Salomão.*

O que há de mais significativo nessa nova versão é o emprego do verbo "estar" em lugar de "ser". A peculiar e sutil diferença semântica entre esses verbos (desconhecida no latim — língua da Vulgata — e existente apenas no português e em muito poucos idiomas, como o italiano e o espanhol) foi observada com muita propriedade nesse texto, levando em conta uma interpretação sistemática do cântico bíblico. Realmente, o versículo seguinte nos revela que a camponesa não "é" negra ou morena (ou seja, a pele escura não é atributo inerente ao seu ser), mas apenas "está" morena pela ação dos raios solares (ou seja, a pele escura é uma característica acidental e transitória).

Aliando o verbo "estar" à aditiva "e", o texto em questão nos propicia, entretanto, uma leitura bastante diferente do versículo, pois transmite a idéia de que a camponesa considera seu bronzeado uma característica estética positiva, unindo-a sem conflito ao adjetivo "formosa" e dando mesmo a impressão de que a morenidade ou o estado moreno de sua pele foi cultivado e é a própria causa da formosura. Esse fraseado é por certo lisonjeiro para o público leitor de um país tropical como o nosso (e pode ter sido esse o motivo de sua adoção pelos revisores brasileiros), mas conflita frontalmente com os padrões estéticos vigentes na Antigüidade e está em antinomia com o versículo seguinte, no qual a protagonista procura justificar a cor de sua pele, como se fora algo indesejável, e pede ao amado que releve tal característica sua.

---

41. Citamos a 2ª ed. revista e atualizada no Brasil, São Paulo, Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

Singularmente, foi em uma edição popular da Bíblia em versos<sup>42</sup> que encontramos a mais precisa escolha de palavras, com o verbo "estar" e o emprego da adversativa:

*Estou bastante morena, porém, estou formosa, ó  
filhas desta cidade, Jerusalém amorosa, estou formosa  
igual tenda, as tendas lá de Quedar, e como aquelas  
cortinas de Salomão pra enfeitar.*

Vemos que o poeta manteve o "morena"<sup>43</sup> aumentado contudo pelo advérbio "bastante" que faz lembrar o "very dark" da *Revised Standard Version*.<sup>44</sup> É provável, porém, que o acréscimo do advérbio tenha resultado apenas das necessidades métricas e rítmicas da versificação, sendo altamente duvidoso que o autor conhecesse a RSV ou tenha procedido a estudos mais profundos do texto original a ponto de dar a essa escolha de palavras algum sentido exegético especial.

É curioso observar que a quase totalidade das traduções em língua portuguesa evita cuidadosamente o adjetivo "negra" O mesmo não-acontece, como vimos, nas demais línguas. E poderíamos aduzir ainda mais exemplos, além dos já vistos. Em língua sueca, por exemplo, foi realizada a seguinte tradução:<sup>45</sup>

*Svart är jag, dock är jag täck, I Jerusalems döttrar,  
lik Kedars hyddor, lik Salomos tält.*

---

42. Rocha, Isnard, *A Bíblia em Versos*, 2ª ed., Atibaia, Ébano Editora, 1995.

43. Tudo indica que o reverendo Isnard tenha usado a tradução de João Ferreira de Almeida como base para a sua versificação.

44. Cf. *supra* p. 227 e nota 18.

45. *Bibeln* i överensstämmelse med den av konungen år 1917 gillade och stadfästa översättningen I elektronisk utgåva av Projekt Runeberg. Também este texto está disponível pela Internet, em <http://www.lysator.liu.se/runeberg/bibeln/>

O tradutor sueco valeu-se do vocábulo "svart", com certeza cognato do alemão "schwarz"<sup>46</sup> Qualquer dicionário de sueco<sup>47</sup> atestará que essa palavra não apenas se traduz por "negro" mas ainda é usada em expressões como "svarta tavlan" (quadro-negro, nas escolas), ou "stå på svarta listan" (estar na lista negra), que atestam de modo inequívoco a sua clara conotação de "negro" e não exclusivamente "moreno"

Do mesmo modo tanto a tradução holandesa de 1750:

*Ik ben zwart, doch liefelijk (gij dochteren van Jeruzalem!), gelijk de tenten van Kedar, gelijk de gordijnen van Salomo.*

quanto a luterana, na edição de 1933:<sup>48</sup>

*Zwart ben ik, maar liefelijk, gij dochters van Jeruzalem, gelijk de hutten van Kedar, gelijk de tapijten van Salomo.*

empregam o termo "zwart", decerto outro cognato de "schwarz" e "svart", com o mesmo significado de "negro".<sup>49</sup>

Em dinamarquês temos o seguinte texto:<sup>50</sup>

46. A raiz gótica é *swarts*, do germânico \**swarta*, cf. Wahrig, Gerhard, *Deutsches Wörterbuch*, München, Mosaik Verlag, 1966 (reed. revista 1986).

47. Por exemplo o do *Swedish School Computer Network*, disponível pela Internet no endereço <http://www.nada.kth.se/skolverket/swe-eng.html>

48. Ambas disponíveis na Internet em: <http://www.omroep.nl/eo/bible/olb/ned/lut/passages.htm>

49. Confirmá-lo-á qualquer dicionário de holandês, por exemplo: *Cassell's Dutch Dictionary: Nederlands-Engels*, 36ª ed., Macmillan Publishing-Prisma Woordenboek: Het Spectrum BV.

50. *Bibelen I elektronisk udgave af Søren Hornstrup genom Projekt Runeberg*, disponível em <http://www.lysator.liu.se/runeberg/dkbibel/>

*Jeg er sort, dog yndig, Jerusalems Døtre, som  
Kedars Telte, som Salmas Forhæng.*

Observamos a ocorrência do vocábulo "sort", igualmente significando "negro" como se pode verificar em qualquer dicionário dinamarquês,<sup>51</sup> e provavelmente também aparentado com "schwarz"

Em húngaro encontramos a seguinte tradução;<sup>52</sup>

*Fekete vagyok, de szép, Jeruzsálem leányai; mint  
Kédár sátrai <és> Salamon szőnyegei.*

E também a palavra "fekete" significa apenas "negro" conforme nos mostram os dicionários,<sup>53</sup> aparecendo em expressões como "fekete piac" (mercado negro), "fekete mágia" (magia negra), "fekete özvegy" (viúva negra), "fekete lista" (lista negra), "fekete halál" (peste negra) e "fekete nyakkendő" ("black tie"), que evidenciam o seu sentido exato.

Em finlandês o texto é o seguinte:<sup>54</sup>

*Minä olen musta, mutta ihana, te Jerusalemin  
tyttäret, kuin Keedarin teltat, kuin Salomon seinäverhot.*

51. E.g. o *Travlang's Dictionary*, agora disponível na Internet em: <http://dictionaries.travlang.com/DanishEnglish/>

52. Cf. *Magyar Elektronikus Könyvtár*, que se encontra disponível em: [gopher://gopher.mek.iif.hu:7070/11/porta/szint/human/vallas/biblia](http://gopher://gopher.mek.iif.hu:7070/11/porta/szint/human/vallas/biblia)

53. Como exemplo citamos o de Attila Vonyó, sob os auspícios *do Szabad Szoftver Alapítvány*, e disponível em: <http://www.vein.hu/~vonyoa/szotar.htm> [http://tpr161.gsi.de/htbin/szo\\_choose.sh](http://tpr161.gsi.de/htbin/szo_choose.sh)

54. Esta tradução se encontra à disposição de todos na Internet, em <http://www.funet.fi/pub/doc/religion/christian/Bible/html/finnish/1933,38/>

A palavra escolhida pelo tradutor foi "musta" que também significa "negra", conforme os dicionários,<sup>55</sup> sendo empregada em expressões como "musta lista" (lista negra), "musta pörssi" (mercado negro) e "musta laatikko" (caixa-preta).

No Brasil, ao contrário, como vimos, preferiu-se sempre o "morena". Por que razão justamente a nação que é um "melting pot" étnico e que se jacta de ser uma "democracia racial" parece ter tanto medo de dizer "negro"? Pois até mesmo na linguagem do dia a dia percebemos que a maioria das pessoas evita esse termo, preferindo dizer, por exemplo, que "Fulano é escurinho" ou "é de cor". Apenas uma tradução mais recente, feita diretamente do original em hebraico,<sup>56</sup> parece ser rara exceção, pois manteve o vocábulo "negra":

*Sou negra, mas bela, filhas de Jerusalém, como as  
tendas de Cedar, como os pavilhões de Salmá.*

Os tradutores, no entanto, inseriram a seguinte nota de rodapé, explicando o citado versículo:<sup>57</sup>

*Negra: queimada pelo sol como costumam ser as  
guardiãs de vinhas (v. 6) e as pastoras de rebanhos (v.  
8). Embora devotada a trabalhos humildes, a esposa faz  
notar, com graça feminina, que ela não deixa de ser  
elegante e atraente.*

Com isso se vê que, embora os tradutores brasileiros tenham mantido a fraseologia original, não-deixam de reconhecer que o sentido pretendido para a

55. E.g. o dicionário Eurodicautom do European Commission Translation Service (©ECSC-EEC, Brussels-Luxembourg, 1996, 1997, 1998), disponível em: <http://www2.echo.lu/edic/>

56. Charbel, Antônio, e Salvador, Joaquim (org.), LEB (Liga de Estudos Bíblicos), *A Bíblia*, 3ª ed., São Paulo, Ed. Abril Cultural, 1982. O *Cântico dos Cânticos* foi traduzido por Estevão Bettencourt.

57. *Idem*, v. 4, p. 292, nota 5.

palavra "negra" é, realmente, o de "morena" e ainda que se não tenham atrevido a emendar o texto, fizeram questão de assinalar, em nota de rodapé, que as palavras de Salomão não contêm um comentário de caráter étnico.<sup>58</sup>

Uma outra edição dessa mesma tradução<sup>59</sup> oferece uma nota de rodapé ainda mais elucidativa, embora cause alguma espécie em razão do seu linguajar "ideologizante":

*A linguagem corrente distinguia as meninas  
burguesas, chamadas brancas, e as camponesas  
trabalhadoras chamadas negras.*

A menção a "burgueses" na sociedade hebraica de 2.500 (ou mais) anos atrás despertará o riso a qualquer historiador. E a contraposição das "burguesas" às camponesas "trabalhadoras" parece saber a um certo quê de discurso esquerdista. À parte disso, a nota confirma a preocupação de, uma vez aceito o termo "negra" esclarecer ao leitor, e sem a menor dubiedade, que não se trata de alusão a etnias.

Vimos, assim, ainda que de modo muito breve, a origem bíblica da inscrição na *madonna* de Tindari e o tratamento que ao longo dos séculos lhe deram os tradutores nos vários idiomas modernos. Seja mencionado, todavia, que a nossa pesquisa não foi exaustiva e completa. É evidente que não-consultamos todas as traduções existentes da Bíblia nos diversos idiomas (trabalho esse tão-colossal que seria para nós virtualmente impossível). Por nos falecerem o tempo e os recursos bibliográficos necessários, tampouco pudemos acompanhar minuciosamente *todas* as

---

58. A fidelidade ao texto original se explica, quem sabe, por ser esse um caso excepcional no Brasil de uma edição "erudita" da Bíblia, rica em comentários e notas críticas. As edições mais simples, com finalidades meramente "pastorais", talvez tenham tido que tratar o texto com maior liberdade, traduzindo pelo sentido mais que pela literalidade, deixando menos para a ilação do leitor, a fim de ser mais acessíveis ao público geral, o qual muitas vezes — e sobretudo em nossa terra — revela escasso preparo para a leitura e interpretação de textos literários mais complexos. Aceitemos pelo menos, então, em defesa dos tradutores e editores nacionais da Bíblia, que essa também possa ter sido uma das razões para quase sempre terem evitado o termo "negra"

59. São Paulo, Edições Loyola, 1983.

edições e revisões sucessivas de cada tradução, a fim de estudar a evolução do versículo estudado — o que seria de rigor numa investigação verdadeiramente científica do assunto. E, por não interessar ao escopo que ora nos move, abstivemo-nos por completo de ventilar outras particularidades presentes no texto que examinamos (como por exemplo a referência aos "pavilhões" ou "cortinas de *Salomão*", assim referidas na Vulgata e na Septuaginta, bem como em muitas traduções tradicionais, mas corrigida em algumas outras para "pavilhões de *Salmá*" — tribo localizada na Arábia — com base em estudos recentes que consideram equivocada a alusão ao rei hebreu).

De todo modo, acreditamos que, com base nas informações que pudemos coligir e até aqui expor, é-nos lícito oferecer já algumas conclusões:

1 A inscrição na *madonna* negra de Tindari é uma citação da Vulgata (Cântico dos Cânticos, 1:5);

2 Tanto a Vulgata quanto a Septuaginta utilizam a palavra "negra" para traduzir esse versículo;

3 A Vulgata e a Septuaginta estão de acordo com o original hebraico, que também emprega o termo "negra" nesse versículo;

4 - Muitas das traduções modernas preferiram substituir o "negra" pelo "morena" pois esse é o sentido que melhor condiz com os versículos seguintes, que sugerem uma mulher queimada de sol, e não-pertencente à etnia negra. Não pode ser inferida do versículo nenhuma intenção de aludir a preconceitos étnicos, seja nos textos originais, seja em qualquer das traduções modernas. Percebe-se no entanto uma especial preocupação, nas edições mais recentes do texto bíblico, de evitar uma possível e enganosa conotação racista na tradução desse versículo. Essa preocupação parece não ser tão marcante em edições mais antigas, até o século XIX, o que revela ser bem contemporâneo esse afã de expurgar os textos antigos de qualquer possível menção a idéias que firam o reinante espírito de "*political correctness*" de nossos tempos;<sup>60</sup>

---

60. Tem-se tornado conspícua a influência do "*political correctness*" na redação do texto bíblico em edições recentes. A "*Revised English Bible*" de 1989 tratou de banir das escrituras todas as

5 Enquanto a Vulgata opta pela adversativa ("negra mas formosa"), a Septuaginta empregou uma conjunção aditiva ("negra e formosa").<sup>61</sup> A maioria das traduções modernas parece preferir a adversativa, que de fato está em melhor consonância com o sentido geral do versículo no contexto em que ele se insere;

6 Quanto ao "*nigra sum sed formosa*", pode-se em suma concluir que não se trata de uma expressão preconceituosa ou racista, mas sim de uma alusão de origem bíblica à tez escura das pessoas que trabalham ao sol e que, pela rudeza de sua condição humilde, apresentam a pele maltratada e anti-estética pela atuação dos raios solares. A inscrição na *madonna* negra tem um sentido puramente religioso e não exprime preconceito étnico, o qual seria inteiramente incompatível com o verdadeiro sentimento de qualquer religião, judaica ou cristã.

Para quem prefere, por fim, entender os cantares de Salomão como livro de inspiração religiosa sob a forma alegórica de um poema de amor, são possíveis as interpretações mais rebuscadas, na forma de uma alegoria. Rica e variada é a bibliografia exegética das escrituras. Citemos, como exemplo apenas — textualmente e abstendo-nos de qualquer observação pessoal<sup>62</sup> — a obra de Matthew Henry que, desde que publicada em 1706,<sup>63</sup> tem sido reputada o mais famoso e respeitado comentário integral da Bíblia:

---

passagens consideradas "sexistas", substituindo a palavra "homem" por "pessoa" toda vez que se não referisse expressamente a uma determinada personagem do sexo masculino. Tem sido também noticiada nos jornais a indignação de grupos feministas com o fato de que o texto da Bíblia se refere a Deus no masculino. Não ousando operar uma mudança de sexo no Altíssimo, os editores da "*Revised English Bible*" mantiveram o masculino, mas diplomaticamente deixaram de grafar com maiúscula o pronome "ele" quando referido a Deus.

61. Vide, porém, a nota 12 *supra* e o texto correspondente, à p. 223.

62. Cabe aqui novamente a observação feita à nota 13 *supra*.

63. Existem edições recentes, e.g.: Henry, Matthew, *Commentary on the whole Bible*, Nashville, Tennessee, T. Nelson, 1997.

*She asserts her own comeliness notwithstanding (v. 5): I am black, but comely, black as the tents of Kedar, in which the shepherds lived, which were very coarse, and never whitened, weather-beaten and discoloured by long use, but comely as the curtains of Solomon, the furniture of whose rooms, no doubt, was sumptuous and rich, in proportion to the stateliness of his houses. The church is sometimes black with persecution, but comely in patience, constancy, and consolation, and never the less amiable in the eyes of Christ, black in the account of men, but comely in God's esteem, black in some that are a scandal to her, but comely in others that are sincere and are an honour to her. True believers are black in themselves, but comely in Christ, with the comeliness that he puts upon them, black outwardly, for the world knows them not, but all glorious within, Ps. 45:13. St. Paul was weak, and yet strong, 2 Co. 12:10. And so the church is black and yet comely; a believer is a sinner and yet a saint; his own righteousnesses are as filthy rags, but he is clothed with the robe of Christ's righteousness. The Chaldee Paraphrase applies it to the people of Israel's blackness when they made the golden calf and their comeliness when they repented of it.*

Podemos, por fim, acrescentar que a idéia de inscrever semelhante citação bíblica na *madonna* negra de Tindari não foi casual e nem tão-inusitada como se pode pensar. Apesar de ser hoje pouco conhecido da maioria das pessoas, aquele versículo teve importância nada negligenciável na liturgia cristã tradicional, sendo a frase "*nigra sum sed formosa*" empregada como antífona ao Salmo 121 no *Officium Beatae Mariae* e assim recitada *ad vespervas* desde o primeiro dia após a festa da purificação até as *vesperae* do sábado antes do primeiro domingo do advento, com exceção do dia da festa da anunciação:<sup>64</sup>

---

64. Texto latino citado aqui conforme: *The Primer, or Office of the Blessed Virgin Marie, in Latin and English* Antuérpia, Arnold Conings, 1599 (reed. facsimilar: Rogers, D. M. (org.), *English*

ANT: *Nigra sum.*

PSALMUS [121]:

¶ *Laetatus sum in his, quae dicta sunt mihi:*

(*et rel.*)

¶ *Gloria Patri, et Filio: et Spiritui sancto. Sicut erat in principio, et nunc, et semper: et in saecula saeculorum, Amen. Alleluia.*

ANT: *Nigra sum, sed formosa filiae Hierusalem:*

*ideo dilexit me Rex, et introduxit me in cubiculum suum.*

Não cabe aqui intentar uma discussão sobre o seu significado litúrgico, mas parece evidente que o escultor da imagem ou os responsáveis pelo santuário de Tindari estavam bem familiarizados com a referida antifona e acharam natural incluí-la como lema ou epígrafe.<sup>65</sup>

Tendo sido tão-conhecido e reputado liturgicamente importante, esse trecho do *Cântico dos Cânticos*, já desde a Idade Média cantado em *cantus planus*, inspirou muitos compositores a musicá-lo. O francês Jean L'Héritier (c.1480 - depois de 1552), discípulo de Josquin des Près, compôs um motete a cinco vozes sobre o "*nigra sum sed formosa*" Giovanni Pierluigi da Palestrina (1525-1594), igualmente, compôs um motete "*Nigra Sum*" a cinco vozes, influenciado pela obra de L'Héritier, e em 1590 publicou sua *Missa "Nigra Sum"* Tomás Luis da Victoria (1548-1611), tido como um dos maiores compositores espanhóis de música vocal sacra, também compôs um motete "*Nigra Sum*" a seis vozes. E ainda o grande Claudio Monteverdi (1567-1643) pôs em música o *Vespro In II. Vesperis in Festis Beatae Mariae Virginis*, que naturalmente inclui a antifona "*nigra sum sed formosa*"<sup>66</sup>

*Recusant Literature, 1558-1640*, v. 262, Ilkley/Yorkshire/London, The Scholar Press, 1975). Na verdade, o *Breviarium Romanum* manteve essa antifona inalterada até o nosso século.

65. As imagens negras da *madonna* já há tempos têm sido associadas ao versículo 1:5 do Cântico dos Cânticos. Cf. bibl. cit. *supra* notas 1 e 2.

66. Todas essas obras, incluindo uma versão em *cantus planus* e uma outra de autoria de Andreas De Silva (1475/80-c.1530), estão disponíveis em gravação ADD (originalmente analógica, mas remixada digitalmente) no CD *Palestrina Masses* (selo Gimell, n. 454903-2), com a interpretação dos

De tudo isso tiramos ao menos uma lição importante: por mais apto e zeloso que seja o tradutor, as armadilhas da tradução são inumeráveis e muito sutis: uma conjunção, uma vírgula, um advérbio ou a simples escolha entre palavras sinônimas são pequenos detalhes capazes de comprometer muito seriamente o texto e induzir ilações que deturpem o sentido originalmente pretendido pelo autor. Vimos que as diferentes traduções até mesmo de um pequeno versículo da Bíblia podem emprestar-lhe uma grande diversidade de conotações. Por isso, *jamais* recorramos a uma tradução se o texto original estiver disponível (salvo se a língua de origem for absolutamente inacessível para a comum das pessoas em nosso meio cultural, qual por exemplo o chinês, japonês, russo ou hebraico), principalmente quando se tratar de leitura técnica ou de caráter acadêmico, e de todo modo *nem pensemos* em citar traduções como base para um trabalho científico digno desse nome. A esse propósito dizem bem os italianos: *traduttore, traditore*.

À luz dessas conclusões, voltemos a considerar o incidente com o vestibular na Universidade de Mato Grosso. Citando o texto bíblico, o examinador mato-grossense bem poderia tentar exculpar-se pela cincada que cometeu, não sendo fantasioso imaginar que, se o advogado que estivesse defendendo a Universidade em um eventual processo tomasse conhecimento dos fatos que acabamos de expor, por sem dúvida trataria de utilizá-los em seu arrazoado — e talvez com êxito, pois que juiz não-hesitaria ante a perspectiva de condenar uma frase que se encontra na Bíblia?

---

*The Tallis Scholars* sob a regência de Peter Phillips. A mesma gravação da missa de Palestrina, acompanhada do motete de L'Héritier e da versão em *cantus planus* se encontra no álbum de 4 CDs *The Palestrina 400 Collection* (Gimell 454890-2), lançado em homenagem aos 400 anos da morte de Palestrina. Também em 1994 foi lançada em gravação digital (DDD) uma interpretação do motete de Palestrina pelo grupo *Pro Cantione Antiqua*, sob a regência de Bruno Turner, no CD *Canticum Canticorum Salomonis* (Hyperion Records, London, CDA66733). Também o Hilliard Ensemble gravou o *Canticum Canticorum* em DDD, num álbum de 2 CDs do selo Capitol, n. 61168, lançado em 1995. E ainda o *Ensemble William Byrd* sob a regência do maestro O'Reilly gravou essa mesma obra em DDD, em CD lançado em 1998 pelo selo Jade, n. 28337. O *Vespro* de Monteverdi existe em gravação DDD de 1996 com o *Concerto Italiano* na regência de Rinaldo Alessandrini, no CD *Musica Sacra* (selo Opus 111, n. 30-150). Além dessas, outras gravações podem estar disponíveis no mercado, e a lista que apresentamos é meramente exemplificativa, não sendo tampouco seletiva por critério algum de qualidade ou preferência.

Mas será que realmente o autor da questão tinha esse versículo da Bíblia em mente quando redigiu as infelizes orações para a prova? Parece-nos muito difícil acreditar nessa possibilidade, embora pareça igualmente improvável que ele tivesse uma intenção consciente de externar um preconceito racista, com *animus iniuriandi* contra os representantes da raça negra. Temos a impressão de que tudo não deve ter passado de um muito aziago deslize, um tropeção inconsciente muito provavelmente carente de *dolus malus*. A questão foi decerto preparada por algum dedicado professor de português que, absorto nas suas análises sintáticas e semânticas, nem se apercebeu da tolice que escrevia. É bem possível que a oração tenha sido impensadamente copiada das frases exemplificativas de alguma antiga gramática portuguesa. Mas é, todavia, significativo esse deslize, como um ato-falho que revela muita verdade oculta da nossa gente. Longe de ser uma democracia racial, o Brasil ainda tem em seu povo sentimentos raciais muito tristemente arraigados e que se revelam nesses atos-falhos, como quando alguém repete, com cândida inocência, que "*Fulano é um preto, mas tem alma branca*". Há não muito tempo ouvimos de uma senhora conhecida a seguinte resposta, quando lhe indagaram se tinha algum preconceito contra os negros: "*Eu não! Coitadinhos, eles não têm culpa de serem pretos...*" São atitudes profundamente racistas como essa que precisam ser eliminadas, e infelizmente não é tão-simples fazê-lo apenas com artigos de leis.

Com certeza a UFMS deve "desculpas à sociedade", como expressou o seu magnífico reitor. Mas será que o referido professor de português e autor da questão, seja ele quem for, realmente merece ser apenado com três anos de reclusão, sem direito a fiança, por causa de um lastimável deslize? Parece-nos exagero, embora caiba à Justiça essa decisão. Na condição de professor universitário, no entanto, julgamos descabida a pretensão do Grupo Tez de pleitear a anulação da questão. Ainda que condenável no seu conteúdo ideológico, a questão, do ponto de vista estrito de uma avaliação de língua portuguesa, foi bem concebida (é evidente que todas as cinco afirmações da questão são gramaticalmente corretas; não há possível dúvida quanto ao gabarito da prova). Uma eventual sanção de penalidade contra o autor da questão não deveria implicar uma sanção de nulidade contra a mesma, o que seria muito injusto para com os candidatos — muitos deles certamente negros — que, ainda que ressentidos do pensamento racista do examinador, tenham resolvido corretamente a questão de gramática e seriam prejudicados injustamente com a sua anulação.



# *DIREITO TRIBUTÁRIO*



# REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO E O ART. 166 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

*Eduardo Domingos Bottallo*

Professor Assistente do Departamento de Filosofia e  
Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

## Resumo:

O trabalho versa sobre o art. 166 do Código Tributário Nacional (CTN), que impõe condições especiais para a restituição dos denominados tributos indiretos. Para tanto, analisa, de início, a classificação dos tributos em diretos e indiretos, segundo o critério da repercussão econômica. A seguir, critica os enunciados ns. 71 e 546 das súmulas do Supremo Tribunal Federal que, antes do advento do CTN, cuidaram do tema. Mostra o tratamento que este assunto recebeu durante os trabalhos de elaboração do Código e, finalmente, oferece fundamentos para a interpretação do dispositivo, visando prevenir sua utilização como indevido óbice ao direito de repetição do indébito tributário.

## Abstract:

This analysis deals with article 166 of the National Tax Code which imposes special requirements for the repetition of the so-called indirect taxes. For that purpose it analyzes initially the classification of direct and indirect taxes under the criteria of the financial impact. Next, it criticizes holdings ns. 71 and 546 of the Federal Supreme Court which dealt with that subject prior to the enactment of the Tax Cod. The analysis shows further how that subject was considered at the time of the drafting of the Code, and, lastly, presents arguments for the interpretation of article 166 with a view of preventing that it be used as an impediment to the right of restitution of taxes which payment was not due.

**Unitermos:** tributos diretos e indiretos; indébito tributário.

## Sumário:

1. Introdução. 2. A classificação dos tributos em diretos e indiretos, segundo o critério da repercussão econômica. 3. As súmulas ns. 71 e 546 do Supremo Tribunal Federal. 4. Fundamentos para interpretação do art. 166 do Código Tributário Nacional. 5. Conclusão.

## 1. Introdução

O direito à restituição do tributo pago indevidamente tem fundamento nos seguintes princípios constitucionais: a. o da legalidade estrita da tributação (art. 150, I); b. o que consagra o direito da propriedade (art. 5º, XXII); c. o que proíbe a utilização do tributo com efeito de confisco (art. 150, IV); d. o da capacidade contributiva (art. 145, § 1º).

Nestas condições, os dispositivos do Código Tributário Nacional que tratam do tema (arts. 165 e seguintes) devem ser interpretados segundo os parâmetros emergentes dos preceitos maiores aqui apontados, posto estarem a seu serviço.

Isto significa que, tendo o contribuinte pago tributo que não era devido, ou maior do que o devido, emerge seu direito à repetição que, dadas suas nobres raízes, não pode ser amesquinhado quer pela lei, quer – com muito mais força – por decorrência de interpretação que a ela venha a ser dada.

É dentro deste contexto que se coloca a questão pertinente à restituição dos tributos indiretos.

A concepção que pretende condicionar o reconhecimento do direito de restituição destes tributos à prova de haver o postulante suportado o respectivo encargo, ou de estar seu pleito autorizado por terceiro, que o teria suportado, adquiriu, entre nós, autoridade de Direito Positivo (Código Tributário Nacional, art. 166).

São de alta relevância os problemas ligados a tal determinação, assim como são evidentes os equívocos e injustiças que ela pode ensejar.

Dessa forma, propomo-nos a examinar, no campo doutrinário, a classificação dos tributos em diretos e indiretos, segundo o critério da repercussão econômica; adentrar, a seguir, na apreciação das soluções que o Supremo Tribunal Federal deu ao problema e, finalmente, oferecer os fundamentos para a adequada interpretação do art. 166 do Código Tributário Nacional.

Estes, pois, os objetivos do presente estudo, que, em certa medida, retoma linha de investigação por nós já desenvolvida em outro trabalho.<sup>1</sup>

---

1. "Restituição de Impostos Indiretos", *Revista de Direito Público*, v. 22, pp. 314 e ss.

2. A classificação dos tributos em diretos e indiretos, segundo o critério da repercussão econômica.

A classificação dos tributos em diretos e indiretos é tradicional na doutrina.

Alguns autores procuraram estabelecê-la em função de padrões rigorosamente jurídicos, valendo, a propósito, lembrar as posições, substancialmente harmônicas, de Rubens Gomes de Souza e Geraldo Ataliba, o primeiro erigindo a distinção à luz da natureza permanente (tributos diretos) ou temporária (tributos indiretos) do respectivo fato gerador<sup>2</sup> e o segundo, com apoio em A. D. Giannini, fixando o fator distintivo entre uma e outra espécie em determinadas peculiaridades do elemento material das respectivas hipóteses de incidência. Nessa ordem de idéias, os tributos diretos se caracterizariam por gravarem manifestações imediatas e diretas da capacidade contributiva (patrimônio, renda) e, os indiretos, manifestações mediatas e indiretas dessa mesma capacidade, como o consumo, a prestação de serviços, etc.<sup>3</sup>

São classificações de inegável valor didático, especialmente porque propiciam melhor compreensão de importantes conceitos de Direito Tributário.

Todavia, para os efeitos aqui perseguidos, devemos nos fixar, com maiores detalhes, na análise daquela que procura distinguir os tributos em diretos ou indiretos conforme ocorra, ou-não, em relação aos mesmos, o chamado fenômeno da repercussão econômica.

Lembra Alfredo Augusto Becker, quanto a esse tipo de classificação, que "*alguns dos precursores da economia e das finanças públicas já utilizavam-na e a sua consagração e divulgação deve-se principalmente à obra dos fisiocratas*"<sup>4</sup>

E, na verdade, os fundamentos dessa classificação repousam em noções e princípios que, embora relevantes no campo da Economia e da Ciência das Finanças, são absolutamente estranhos ao Direito Tributário.

Assim, seriam *diretos* aqueles suportados em definitivo pelo contribuinte, obrigado por lei ao seu pagamento, e *indiretos* os que são, ou podem

---

2. *Compêndio de Legislação Tributária*, Ed. Financeiras, 1952, p. 142.

3. *Apontamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário*, Ed. Revista dos Tribunais, 1969, p. 92.

4. *Teoria Geral do Direito Tributário*, São Paulo, Saraiva, 1963, p. 489.

ser, transferidos por este ("solvens" ou contribuinte "de jure"), através do chamado fenômeno da repercussão econômica, para uma outra pessoa que, por sua vez, os transferirá ou suportará em definitivo (contribuinte "de fato").

O critério da repercussão econômica não conta com respaldo jurídico bastante para determinar a classificação de tributos em *diretos* e *indiretos*.

Na verdade, é inadmissível, neste plano, condicionar-se o reconhecimento do direito de restituição do indébito tributário à prova de haver o contribuinte assumido o respectivo ônus financeiro, ou estar, a tanto, autorizado por terceiros que o assumiu.

Entretanto, embora sua artificialidade venha sendo proclamada, de longa data, pela mais autorizada doutrina,<sup>5</sup> esta classificação continua a influenciar, poderosamente, administradores públicos, legisladores e magistrados.

É o que veremos, a seguir.

### 3. As súmulas ns. 71 e 546 do Supremo Tribunal Federal.

Anteriormente ao advento do Código Tributário Nacional, a questão da restituição dos tributos indiretos foi objeto de largo tratamento pretoriano, que acabou por consolidar-se nos enunciados ns. 71 e 546 das súmulas do STF

Vejamos, de modo sucinto, como isto se deu.

A jurisprudência, tanto das cortes inferiores como do próprio Supremo Tribunal Federal, partindo de uma posição doutrinariamente correta, como seja, a do acolhimento, pura e simples, da tese de que cabia ao Fisco, que percebesse imposto indevido, a obrigação de restituí-lo (tese, de resto, que encontra respaldo no preceito do art. 964 do Código Civil), foi, por assim dizer, retrocedendo até o ponto de mostrar-se receptiva à influência do fenômeno da repercussão, erigindo-o em poderoso obstáculo às pretensões dos contribuintes de reaver o indevido, ainda quando, sobre essa circunstância, ou seja, a de ser o tributo indevido, não pairasse qualquer dúvida.

Esse movimento regressivo de nossos tribunais teve origem na "*pertinaz recusa dos órgãos administrativos de deferirem pedidos de restituição de*

---

5. Cf. Alfredo Augusto Becker, *op. e loc. cit.*, e, ainda, Rubens Gomes de Souza, "Parecer", *Revista de Direito Administrativo*, v. 10, p. 61; Amílcar de Araújo Falcão, *Direito Tributário Brasileiro*, Ed. Financieras, pp. 56-57 e, bem recentemente, Sacha Calmon Navarro Coelho, "Prescrição e Decadência no Direito Tributário", *Revista de Direito Tributário*, v. 71, pp. 90-91.

*impostos indiretos*"<sup>6</sup> a qual, finalmente, acabou por encontrar guarida no Poder Judiciário que, a partir de determinado momento, passou a ceder até diante de argumentos surpreendentes, como a alegação de que, em razão do fenômeno da translação (e da "conseqüente" transferência do ônus do imposto ao contribuinte "de fato"), reconhecer-se o direito de repetição ao "*solvens*" implicaria propiciar-lhe enriquecimento ilícito, sendo, neste caso, preferível que o beneficiário do locupletamento fosse o Estado, pois ele, ao menos, representa o interesse coletivo.<sup>7</sup>

Com o advento das "súmulas" do STF, assim dispôs o seu enunciado n. 71:

*"embora pago indevidamente, não cabe restituição  
de tributo indireto"*

Os precedentes que deram origem a este verbete assentaram-se em argumentos inferidos a partir da pretendida repercussão econômica dos tributos indiretos, da qual decorreria: a. a inocorrência de prejuízo financeiro do "*solvens*" pelo recolhimento do tributo indevido, o que lhe inibiria o uso da ação de repetição, pois esta, fundada na equidade, não pode servir de instrumento para enriquecimento sem causa; b. a conseqüente falta de legitimidade do "*solvens*" para pleitear a repetição; c. a inexistência de obrigação do "*accipiens*" de restituir o indevido a quem não provou haver sofrido desfalque patrimonial; d. a consideração – já destacada – de que, entre propiciar-se enriquecimento sem causa ao particular ou ao Estado, é preferível que se opte por esta última alternativa, já que tal enriquecimento reverteria em benefício da coletividade, da qual é o Estado o representante.

É bem de ver que tais argumentos, embora apresentados sob coloração jurídica, pouco ou quase nada guardam dessa característica.

Fica evidente que pesaram fatores de caráter econômico, político, e até emocional para a consolidação da jurisprudência – base do enunciado em exame –, que somente pode ser explicada à luz das condições sociais e dos graves distúrbios financeiros que imperavam no País no início da década de 60.

---

6. Gilberto de Ulhoa Canto, "Natureza Tributária de Taxa de Despacho Aduaneiro", *Revista de Direito Público*, v. 1, p. 100.

7. Do voto vencedor do min. Oscar Saraiva na apreciação do R.E. 38.508, *apud* Gilberto de Ulhoa Canto, *op. e loc. cit.*

Não-bastasse o fato de calcar-se em fundamentos insólitos, tal enunciado padecia ainda de outro defeito bastante marcante, qual seja, sua redação, lacônica e pouco esclarecedora, reduzindo, como num passe de mágica, toda problemática que envolve a restituição do indébito tributário a termos tão-singelos que, por certo, à sua sombra, muitas injustiças e injuridicidades foram cometidas.

Mais tarde, descolorida atenuação ao rigor deste enunciado foi exteriorizada com o advento do de n. 546:

*"Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido, por decisão, que o contribuinte 'de jure' não recuperou do contribuinte de fato o quantum respectivo"*

Os fundamentos jurisprudenciais deste verbete demonstram que, sem pretender revogar o de n. 71, objetivou, quando muito, *avivar a lembrança* de que o critério de classificação dos tributos segundo a repercussão econômica não é *infalível* e, portanto, sua invocação para solucionar o problema da repetição do indébito tributário não pode ser indiscriminada, dependendo das condições peculiares de cada caso concreto.

O enunciado n. 546, portanto, apenas amenizou a inflexibilidade da jurisprudência que o precedeu, sem, entretanto, afastá-la, como seria desejável.<sup>8</sup>

#### 4. Fundamentos para uma interpretação do art. 166 do Código Tributário Nacional.

Dispõe o art. 166 do CTN:

*"Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo ou, no caso de tê-lo*

---

8. A análise dos precedentes que deram origem aos enunciados 71 e 546 foi feita em nosso "Restituição..." *cit.*, pp. 320-329.

*transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la"*

Desde logo podemos afirmar, com base nas observações já feitas e nas conclusões delas extraídas, que, sob o ponto de vista científico, o dispositivo em causa é inteiramente desprovido de méritos.

E como se isso não fosse suficiente, ressentem-se, ainda, dos defeitos de uma redação menos feliz, que o torna particularmente obscuro e indefinido.

Todavia, ele existe e como tal deve ser reconhecido, dada sua "validade universal no nosso Direito" (Geraldo Ataliba).

Resta, pois, ao intérprete, tentar superar essas dificuldades e penetrar no espírito da norma, com vistas ao estabelecimento de bases racionais para sua aplicação, pois:

*"Somente o conhecimento do espírito que anima a lei permite superar as dificuldades decorrentes da imperfeita formulação da norma, corrigir as contradições decorrentes de oposições verbais entre diferentes preceitos jurídicos e vencer as incertezas que surgem sempre que seja necessário trazer os fenômenos da vida prática, sempre diferentes e variáveis, para debaixo do império de uma norma cuja formulação permanece inalterada"*<sup>9</sup>

Longe de nós a pretensão de esgotar o trabalho de exegese do dispositivo em causa; desejamos apenas registrar algumas observações que nos parecem de relevância para a adequada fixação do seu campo de aplicação.

O anteprojeto do Código Tributário Nacional de autoria de Rubens Gomes de Souza (DOU, Seção I, de 25.8.1953, pp. 14.567 a 14.593) tratava da questão atinente à repetição do indébito em seus arts. 201 a 204, sem estabelecer, para o exercício desse direito, quaisquer condições do tipo das previstas no preceito sob exame.

---

9. Ezio Vanoni, *Natureza e Interpretação da Lei Tributária*, Ed. Financeiras, 1964, p. 134.

Vale dizer, o anteprojeto, adotando a única posição doutrinariamente adequada à espécie, simplesmente desconheceu a existência dos tributos chamados indiretos, atribuindo, incondicionalmente, ao "*solvens*" o direito de repetição, à vista da ocorrência concreta das hipóteses previstas de pagamento indevido.

Já o projeto revisto por uma Comissão designada pelo Ministério da Fazenda (*Diário do Congresso Nacional*, Seção I, de 27.3.1963, pp. 889 a 911) apresentava disposição paralela àquela que, afinal, foi consagrada, ao preceituar, em seu art. 131:

*"Existindo disposição legal expressa que determine ou faculte ao contribuinte a transferência do tributo a terceiro, o direito referido no artigo anterior fica subordinado à prova de que a transferência não ocorreu, por impossibilidade material ou jurídica em face das circunstâncias materiais do caso.*

*Parágrafo único. O terceiro que faça prova de lhe haver sido transferido o tributo pelo contribuinte nos termos deste artigo, sub-roga-se no direito daquele à respectiva restituição".*

Embora em certos aspectos também equívoco, este texto apresentava, sobre o que se converteu no art. 166 do Código, a vantagem de indicar, de forma mais clara, os tributos cuja restituição estaria condicionada à prova de assunção do ônus pelo "*solvens*"

Assim, ao invés de referir-se, imprecisamente, a tributos que "*por sua natureza*" comportem a transferência do ônus, o projeto falava em tributos que, por "*determinação legal expressa*", podem ou devem ser transferidos, situação, como se percebe, de compreensão muito mais imediata.

Nisto assenta nossa convicção de que a correta interpretação do art. 166 somente pode ser erigida com observância da diretriz apontada pelo art. 131 do projeto.

Em outras palavras, temos que o art. 166 diz respeito exclusivamente à restituição daqueles tributos cuja *lei* outorga ao contribuinte "*de jure*" o direito de

receber de determinada pessoa o reembolso do montante por ele pago, ou de reter, de valor eventualmente devido a terceiro, o montante do tributo a pagar.

Esta configuração do problema é essencial para dar ao preceito legal sob exame condições para sua apropriada aplicação.

Tomemos o exemplo do IPI.

A lei de regência desse tributo dá ao fabricante (contribuinte "*de jure*") o direito de, no ato da venda de seu produto, acrescer, ao valor da operação, aquele correspondente ao reembolso do montante a recolher aos cofres públicos, a título de imposto.

Nesta hipótese, ocorre o nascimento de duas relações jurídicas: uma entre o sujeito passivo da obrigação tributária (contribuinte "*de jure*") e o sujeito ativo dessa mesma obrigação, ou seja, o Poder Tributante; a segunda, entre o contribuinte "*de jure*" (que já aqui assume a posição de sujeito ativo) e o contribuinte "de fato" (o adquirente de seu produto), que se torna o sujeito passivo de um *direito de crédito*, tendo por fundamento a primeira relação.<sup>10</sup>

À luz desse exemplo, pode-se fixar o sentido que comporta o mencionado art. 166: a "*legitimatío ad causam*" do contribuinte "*de jure*" para pedir a restituição do tributo, quando indevidamente pago, somente existirá na medida em que este provar haver assumido seu encargo (o que seria uma situação de exceção dentro da sistemática do IPI), ou então – e esta é a regra – estar autorizado a fazê-lo pelo contribuinte "de fato" determinado, sobre o qual o ônus repercutiu por força da relação de direito criada.

Nestas condições, o dispositivo em estudo tem seu alcance limitado aos casos de restituição dos tributos em relação aos quais o fenômeno da translação, *por expressa determinação legal, e só por isso*, passou a ser considerado como fato jurídico.

São, na verdade, aqueles tributos que, em razão do regime legal a que estão sujeitos, o mesmo Becker considera sujeitos a um processo de "repercussão jurídica" que não se confunde nem guarda relação necessária com a chamada repercussão econômica, pois esta "*pode ocorrer apenas parcialmente ou até não se realizar, embora no plano jurídico se tenha efetivado*"<sup>11</sup>

---

10. Cf. Alfredo Augusto Becker, *op. cit.*, p. 488.

11. *Op. cit.*, p. 487.

Dois seriam, ainda no entender de Becker, os sistemas de repercussão jurídica do tributo: por reembolso e por retenção na fonte, e o saudoso autor gaúcho assinala a distinção entre ambos:

*"No reembolso, há o acréscimo do direito de crédito do tributo ao crédito que o contribuinte 'de jure' possui com relação a uma outra pessoa, em razão de um determinado negócio jurídico. Na retenção na fonte, há redução num débito que o contribuinte 'de jure' tem perante uma determinada pessoa, em virtude de um determinado negócio jurídico"*<sup>12</sup>

Tanto em uma quanto em outra espécie, contudo, a transferência do ônus se opera *por força de lei* e essa característica, na verdade, é que deve ser levada em conta para o estabelecimento das bases para a correta aplicação do preceito constante no art. 166 do Código.

O vínculo entre os contribuintes "*de jure*" e de "*de fato*" pelo qual o fenômeno da translação, legalmente reconhecido, se opera, é de natureza privada, da mesma forma que o chamado contribuinte "*de fato*" é estranho à relação jurídica tributária.

Todavia, o art. 166 atribuiu, para seus efeitos, relevância a tal vínculo e a tal figura, de sorte que somente quando a lei de regência de um tributo reconhece ao contribuinte "*de jure*" o direito de transferir ou descontar seu valor (determinado) a ou de um terceiro, também determinado, é que ele, contribuinte "*de jure*", poderá ter condições materiais necessárias para, em caso de restituição, cumprir os requisitos ali estabelecidos.

A exigência legal de determinação do valor a ser transferido ou descontado, bem como da pessoa a quem o mesmo será transferido, ou de quem será descontado, é condição essencial para a incidência do dispositivo.

Estas serão, então, as espécies tributárias que "por sua natureza" (natureza legal) comportam a transferência do ônus.

---

12. *Op. cit.*, p. 488.

Admitir-se um campo de aplicação mais amplo para o preceito em consideração, ao ponto de seu cumprimento condicionar a restituição de outras espécies, sujeitas a regime jurídico diverso, seria, na prática, o mesmo que se afirmar a impossibilidade de sua repetição.

Nem se diga que o contribuinte poderia demonstrar, por seus livros e arquivos, que não agregou o tributo ao preço, ou, se o agregou, que está autorizado pelo contribuinte dito "de fato" a receber a restituição.

Isto ocorrerá apenas se o regime legal aplicável ao tributo exigir a manutenção de assentamentos que ensejem a identificação do valor do imposto transferido ou descontado e da pessoa a quem ou de quem o foi. Em outras palavras, isso poderá ocorrer com relação aos tributos que, também em nosso entender, estão sujeitos à regra do art. 166.

Todavia, quanto aos demais tributos, ainda que sob critérios econômicos possam ser taxados de "indiretos" essa demonstração será praticamente impossível.

Como poderia, por exemplo, uma empresa, contribuinte do imposto de importação, ou das contribuições patronais destinadas ao custeio da Previdência Social, saber quem arcou, e em que proporções, com o ônus destes tributos que teve de pagar para desenvolver suas atividades comerciais, industriais ou de prestação de serviços? Quais seriam os registros ou assentamentos onde essas evidências estariam indicadas, com a precisão e o detalhamento necessário, se não há obrigação legal de fazê-lo? Por certo em nenhum.

Por aí se vê que, em hipóteses como as aventadas, a invocação do art. 166 do Código Tributário Nacional, para condicionar a restituição do indevido, implica proclamar-se a própria impossibilidade dessa restituição, o que repugna a consciência jurídica, pois não se pode admitir que uma lei opere no sentido de impedir que sejam alcançados os propósitos que ela própria se destina a assegurar, máxime quando se tem em mente – como a princípio, apontado – que esta lei não é mais do que veículo destinado à implementação, dentro do tema que nos ocupa, dos importantes e fundamentais princípios constitucionais da legalidade, da garantia da propriedade e da capacidade contributiva.

## 5. Conclusão.

Como arremate de nosso trabalho, podemos assentar que, fundamentalmente, a aplicação do art. 166 do CTN estará sempre na dependência do *regime legal* a que, *in specie*, o tributo a restituir estiver sujeito: se este (regime legal) contemplar uma das modalidades de "repercussão jurídica" acima indicadas, haverá campo para aplicação do dispositivo em pauta; caso contrário, não poderá o mesmo ser invocado.

Tributos, embora rotulados de "indiretos" por outros padrões, mas cujo regime legal não seja de molde a ensejar a criação de *relações jurídicas* que, especificamente, autorizem o contribuinte "*de jure*" a transferir seu ônus financeiro a terceiro, não podem ter sua restituição condicionada à regra do art. 166 do Código Tributário Nacional.

São Paulo, janeiro de 1999.

***DIREITO PENAL***



# CONTORNOS ATUAIS DA EUTANÁSIA E DA ORTOTANÁSIA: BIOÉTICA E BIODIREITO. A NECESSIDADE DO CONTROLE SOCIAL DAS TÉCNICAS MÉDICAS

*Maria Celeste Cordeiro Leite Santos*  
Professora Associada do Departamento de Filosofia e  
Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

## Resumo:

A tecnociência está presente em nosso cotidiano e insinua-se em nossa maneira de pensar, de dar a vida (Fertilização *in vitro*) ou administrar a morte (tanatotecnologia). Nesta lógica, o tradicional princípio da indisponibilidade do ser humano vem sendo substituído por uma forma mais ampla, pelo princípio oposto da disponibilidade no interesse da comunidade e por "razões" de Estado.

A reforma do Código Penal em seu anteprojeto de lei cuida da eutanásia, especificamente no art. 121 § 3º, da ortotanásia no § 4º como causa de exclusão da ilicitude. Críticas e sugestões são por nós apresentadas.

## Abstract:

The technoscience is present in our quotidian and makes advances in our way of thinking, of giving the life (Fertilization *in vitro*) or to administer the death (thanatechnology). In this logic, the traditional principle of inalienability of the human being has been substituted by a wider form, for the opposite principle of the alienability in the community's interest and for "reasons" of State.

The reform of the Penal Code in your law project takes care of the euthanasia, specifically in the art. 121 § 3º, of the orthotanasia in § 4º as cause of exclusion of the illicitness. Critics and suggestions are for us presented.

**Unitermos:** ortotanásia; bioética; eutanásia.

## I. Introdução

A experimentação humana e as técnicas de engenharia genética configuram um novo domínio peculiar do conhecimento sobre o qual versa uma nova ciência: a Bioética. Seu objetivo é trazer critérios éticos e morais à

investigadores e profissionais, propondo limites ao técnico e científico no sentido de que a *dignidade* e a *vida humana* seja um *prius* sobre qualquer outro valor.

Todavia, isto não-basta. Os princípios éticos esgotam sua operatividade no plano interno da consciência pessoal. É necessário um instrumento de controle social e institucional. Um novo âmbito do *dever ser* em que se regulem as relações intersubjetivas à luz dos princípios da Bioética: nasce um novo ramo do Direito, o *Biodireito* (*Biojuris*). Vila-coro o define como: "(...) a *Ciência que tem por objeto a fundamentação e pertinência das normas jurídico-positivas de "lege ferenda" e de "lege lata" para lograr e verificar sua adequação aos princípios e valores da Ética em relação à vida humana, isto é, sua adequação aos valores da Bioética"*

O objeto da nova Ciência é o homem como *sui iuris* e compreende entre outras coisas a regulamentação da Biotecnologia e de seus resultados: reprodução assistida, manipulação de gens, embriões e fetos humanos, as intervenções que afetam ao direito à liberdade e identidade do indivíduo e da espécie humana (como a clonagem, os bñblidos), questões como a eutanásia, ortotanásia, transplante de órgãos, etc. Em realidade tanto a *Bioética* quanto o *Biodireito* respondem aos posicionamentos clássicos do pensamento moral kantiano. Recupera-se a dimensão que o filósofo atribuiu à oposição entre pessoa e coisa. Da argumentação kantiana se infere a condenação prévia de toda instrumentação biomédica do homem, que "*não pode ser utilizado por nenhum outro homem como simples meio*" A moral kantiana estabelece a justificação para exigir o *consentimento informado e livre*, rechaçando toda redução do ser e corpo humano a mera categoria de *coisas*.

"Suposto que exista algo cuja existência tenha em si mesma um valor absoluto, algo que como fim em si, possa ser um princípio de leis determinadas, é para ele, e só nele que sealaria de um imperativo categórico. O *homem existe como fim em si*, e por conseguinte limita toda a faculdade de agir como nos pareça, por ser *objeto de respeito*"

Porém, existe um regime jurídico geral, sistemático e coerente de por ex.: a ortotanásia e a eutanásia? Não no âmbito internacional. Não no plano comunitário. Dificilmente no Direito brasileiro. E, desde logo, os três níveis se afastam de compor um conjunto integral e integrado.

O *art. 121* do anteprojeto de lei do novo Código Penal brasileiro em seu § 3º cuida expressamente da eutanásia que, anteriormente era tratada,

jurisprudencial e doutrinariamente como homicídio privilegiado (como relevante valor moral ou social, conforme o caso específico).

Anteprojeto	Código atual e legislação extravagante
Eutanásia Art. 121(...) § 3º Se o autor do crime é cônjuge, companheiro ascendente, descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima e agiu por compaixão, a pedido desta imputável e maior, de dezoito anos, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal, devidamente diagnosticado. Pena-reclusão de dois a cinco anos.	não há previsão específica.

Ressalta-se, entretanto, que a proposta de reforma não-constitui, como aconselha a melhor técnica legislativa, um tipo penal autônomo, preferindo incluir a hipótese legal no § 3º No relatório que precede o texto da Reforma, a Comissão, ao afirmar que se encontra sensível às circunstâncias, e visando individualizar a pena "*sugere explicitar a eutanásia tomando-a como causa de diminuição de pena (...)*" parece merecer a hipótese legal um tipo de homicídio privilegiado autônomo e não causa de simples diminuição de pena. Tanto assim o é que, em seguida, no § 4º a Comissão admite, conforme defendido em tese por esta autora, a denominada ortotanásia forma característica de eutanásia.

Uma rigorosa adequação jurídica se faz necessária. Não-basta que na eutanásia (vocábulo derivado do grego "eu" bem e "thanasia" morte tranqüila, sem dor, sem sofrimento) se cuide de doença grave. É mister tratar-se de doença grave, incurável e terminal. Cabe, porém, perguntar: o que é "doença grave"? Seria a doença em evolução, ou seqüela de uma doença?

No que se refere à causa de exclusão da ilicitude

Anteprojeto	Código atual
Diminuição de pena art. 121 § 4º Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial se previamente atestado por 2 médicos, a morte como iminente e inevitável e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.	Caso de diminuição de pena § 1º Se o agente comete crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

A figura corresponde à chamada "eutanásia por omissão" "ortotanásia" "paraeutanásia" Uma forma mais explicativa dos termos consistiria no auxílio médico à morte, que se traduz precisamente na ajuda dada pelo médico ao processo natural de morte. Também chamada "mercy killing" "letting die" pela literatura anglo-saxônica.

Compreende-se aqui, também, o denominado "excesso terapêutico" em casos da denominada morte encefálica, que não pode ser confundida em momento algum com a morte cerebral.

Importantes fatores entram nos conceitos aventados. O primeiro é representado pela intenção de quem produz ou omite prevenir a morte. Interesse, também, reveste o meio empregado, que deve ser indolor. Sendo pressuposto do ato eutanásico a cessação do sofrimento, nem sempre se pode falar que este seja evidente (como dor consciente, agonia mental e grave invalidez física). Por exemplo: quando em caso de coma prolongado o paciente não está consciente, não se pode dizer que esteja sofrendo.

Deve ser incluído, no rol de requisitos autorizadores, que seja praticado por médico ou ordem médica, atestada por outros dois médicos não-pertencentes à equipe de transplantes de órgãos (de conformidade com a lei de transplantes vigentes).

A distinção deve ser feita rigorosamente, sob pena de se submeterem a um denominador comum casos éticos, juridicamente muito diferentes, ainda quando

para ambos se propugne identidade de soluções em face do Direito Penal. O único caso que se entende poder ser denominado de ortotanásia é a circunstância de o doente estar incurso já em um processo que, segundo o conhecimento humano e um juízo razoável de prognose médica, conduzirá imediatamente e sem remissão à morte. A opinião que se segue é a de que o auxílio médico à morte será lícito sempre que operado sem encurtamento do período natural de vida. Nestes casos, o médico (e só ele) não é obrigado a intervir no sentido de prolongar a vida do paciente além do período natural, salvo se tal lhe for expressamente requerido pelo doente.

Estranha-se, no que se refere ao rol das pessoas legitimadas a exarar o consentimento, na impossibilidade de o próprio paciente poder fazê-lo, que se tenha dado prioridade ao cônjuge em detrimento do companheiro. Isto porque inúmeros são os casos em que o casamento não foi formalmente desconstituído, mas qualquer de suas partes encontra-se vivendo maritalmente com outra pessoa. Além disto, há previsão constitucional no sentido de reconhecimento da união estável entre o homem e mulher como entidade familiar, para efeito de proteção do Estado (art. 226, § 3º), bem como recentemente foi elaborada lei que regulamenta o concubinato. Face a estes problemas, entende-se mais recomendável a substituição de "cônjuge, companheiro" por aquele que vive maritalmente com o paciente.

## 2. Eutanásia e Eugenia

O problema da definição e formas de eutanásia.

a. A palavra *eutanásia*, derivada dos vocábulos *eu*, que literalmente significa *bem* e *thanasia* (Thanatos) equivalente à morte, entre nós significa boa-morte, morte tranqüila, sem dor nem sofrimento. Criada no século XVII, pelo filósofo inglês Francis Bacon (Bacon de Verulamio), em seu *Novum Organum*, também foi utilizado no sentido de que "*o médico deve acalmar os sofrimentos e as dores, não apenas quando este alívio possa trazer a cura, mas também quando pode servir para procurar uma morte doce e tranqüila*" Inspirada na piedade ou compaixão pelo doente ou moribundo, não se propõe puramente a causar a morte.

b. *Distanásia* - ou *eutanásia lenitiva* consiste no emprego de meios mitigadores ou eliminadores do sofrimento. Tida como lícita por moralistas e teólogos, suscita dúvidas quando o emprego de analgésicos é feito em altas doses,

acarretando um encurtamento da vida, não querido diretamente, mas originado por inesperada concomitância.

c. *Eutanásia eugênica* ou *eugenia*, significa a eliminação indolor dos doentes incuráveis, dos inválidos e velhos, no escopo de aliviar a sociedade do peso de pessoas economicamente inúteis.

A *eutanásia* e a *eugenia* são temas correlatos, na medida em que esta, com o pretexto de selecionar, propuser o extermínio "legal" de seres humanos.

Os autores que se ocupam do tema apontam inúmeros casos e citam costumes reinantes em certas sociedades, por meio dos quais a eutanásia eugênica era efetivada. É necessário esclarecer, porém, que a morte aí dada, com características eutanásicas, não passava de *eugenia*, posto que, *faltava* em todos os casos o *consentimento* das vítimas. Os hindus que atiravam no Rio Ganges os enfermos incuráveis após receberem um pouco da lama sagrada na boca e no nariz, os celtas e brâmanes que matavam ou abandonavam crianças deformadas e velhos, os espartanos que matavam os doentes, o faziam não a pedido das vítimas, mas no interesse do Estado. Essas pessoas eram um obstáculo ao enriquecimento da comunidade e uma carga inútil para os familiares. Nada havia de humanitário nesse procedimento.

A proposição de Thomas Morus, em sua obra *Utopia*, segundo a qual os magistrados deveriam cuidar para que os incuráveis se deixassem morrer, são práticas, na verdade, eugênicas.

A *eugenia* foi criada por Francis Galtón, em 1883, que definiu como "o estudo dos meios que sob o controle social podem melhorar ou deteriorar física ou intelectualmente a qualidade das raças nas gerações futuras". A *eugenia* resulta da pretensão estatal, que remonta à antiguidade, segundo a qual promover-se-ia a seleção e aprimoramento da espécie humana.

Posto o problema e estabelecida a distinção entre esta e a eutanásia, à luz do Direito esta deve ser encarada como crime de homicídio e, quiçá, até como modalidade qualificada desse delito.

#### d. Eutanásia e medicina -

O médico francês H. Binet Sanglé, escreveu "*L'art de mourir*" por meio do qual elabora um projeto de criação dos "institutos de eutanásia" dirigidos por especialistas. Escudado pelo sigilo que o rodeia, formando verdadeira muralha ao seu redor, o médico, se quiser, poderá extinguir as vidas pendentes por um fio.

Durante a Segunda Guerra Mundial, em Paris, o Hospital de Orsay, mandou seus enfermeiros injetarem medicamentos mortais nos pacientes que não podiam ser removidos.

Todavia, Hipócrates sentenciava: "*a ninguém darei, para agradar, remédio mortal, nem conselho que o induza à perdição*"

A antecipação da morte do paciente pelo médico constitui *homicídio privilegiado* (art. 121, § 1º).

O Código de Ética Médica, em seu art. 6º dispõe: "*o médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade*" (Resolução CFM, n. 1.246/88).

No Capítulo IV sobre "Relação com paciente e familiares" o art. 66 prevê: "*utilizar, em qualquer caso, meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu responsável legal*"

O Código Internacional de Ética Médica, aceito pela III Assembléia Geral da Associação Médica Mundial, realizada em Londres, outubro de 1949, declara que: "*o médico deve ter sempre presente o cuidado de conservar a vida humana*" e que "*deve ao seu paciente completa lealdade e empregar a seu favor todos os recursos da ciência*" (princípio da beneficência).

3. Outro aspecto pouco tratado, proposto pelo professor Roskan da Universidade de Liège, em julho de 1950, na 1ª Conferência Internacional de Gerontologia é o da *Ortotanásia*.

O penalista português Jorge Figueiredo Dias define a ortotanásia como "*a circunstância do doente estar incurso já em processo que, segundo o conhecimento humano e um razoável juízo de prognose médica, conduzirá imediatamente e sem remissão à morte*"

Trata-se de um auxílio médico à morte, lícito por ter sido operado sem encurtamento do período natural de vida.

O médico não-pratica, mesmo solicitado, a morte piedosa. Deixa apenas de prolongar, por meios artificiais, uma vida que, além de sofrida, mostra-se irrecuperável.

É uma *eutanásia por omissão*, segundo o professor Lattes. O art. 13, § 2º, do Código Penal estabelece: "*a omissão é penalmente relevante, quando o emitente devia e podia agir para evitar o resultado*". No caso o médico, embora omisso, não está obrigado a prolongar a morte inexorável.

O professor Lattes da Universidade de Pavia afirma: a materialidade dos fatos em tais casos é muito diversa da verdadeira eutanásia. Nesta, a morte é devida a um fato concreto executado voluntariamente pelo médico. Naquela, o curso espontâneo da enfermidade e suas complicações são alheios aos fins e iniciativas médicas: *matar é distinto de deixar morrer*. Baseia-se Lattes na *omissão de socorro*. Para que exista este crime é mister haver uma norma jurídica expressa. Assim, quando a intervenção médica não puder obter a cura do enfermo, que se ache esta além das possibilidades humanas e, se longe de aliviar-lhe, apenas proporcione-lhe mais sofrimento, não se pode afirmar o dever de prolongar essas penosas existências.

Manter uma supervivência com meios puramente artificiais se converte em ato que causa uma morte má (Lattes *La buona e la mala morte*). Nestes casos não existe propriamente uma omissão de socorro no sentido penal: o enfermo não necessita de socorro. Uma assistência extremada seria ineficaz para impedir a morte que se acerca. Nestes casos se fez tudo o que era possível fazer.

Para De Greef existem *modalidades de eutanásia por omissão*: em umas se omitem intervenções que só poderiam prolongar durante breves momentos uma existência que se extingue. Em outra, deixa-se de prestar cuidados a enfermos sem esperança cujo fim não parece iminente. E esta constitui um passo à *eutanásia econômica e não-sentimental*. Tal modalidade é normalmente reprovável. Para Maria Thereza Pacheco, *hospices* é um termo utilizado para designar "*um programa médico multidisciplinar que oferece cuidados especializados para paciente terminais e suas famílias, a fim de viverem o melhor possível o momento da morte. Ajuda no alívio de sintomas e visa conforto durante o processo global do sofrimento (físico, psicológico, espiritual, social e econômico) que sobrevém no curso da doença, morte e luto*". Sua idéia é originária de Saunders, médica britânica que se baseou nos hospícios da Idade Média, quando utilizava a palavra *hospes*, de origem

latina, cujo significado é hóspede, convidado. A tradução da palavra seria *hospitallar*.

Para Saunders não há razão para a indicação da eutanásia se o paciente tiver proteção contra a dor, amparo psicológico e familiar, quanto ao encarar a morte, já que esta faz parte da natureza humana.

Para Leocir Pessini, (morrer com dignidade) é preciso ajudar as pessoas a "*viverem com dignidade a própria morte*" *Carpe Diem* (agarre o dia).

Reconciliar a vida com a morte é uma incontornável explosão de liberdade.

#### 4. Classificação das hipóteses de incidência

A problemática da eutanásia implica muitas hipóteses de fato, dentre as quais resumimos:

a. *Eutanásia genuína (Sterbebegleitung)* através tanto da assistência médica e sanitária, dirigida a paliar as dores, quanto o cuidado de outras pessoas que acompanham o enfermo;

b. *Eutanásia passiva*, consistente na omissão de medidas que prolongam a vida no caso de pacientes terminais;

c. *Eutanásia indireta*, que consiste na administração de calmantes aceitando-se o possível encurtamento da vida;

d. *Eutanásia ativa*, como causação ativa e voluntária da morte que se realiza normalmente a pedido do paciente;

e. *Auxílio ao suicídio* ou *suicídio assistido* através da participação em homicídio alheio, que, como em casos similares de eutanásia, se realiza geralmente para pôr termo a um estado de sofrimento insuportável.

#### 5. Tratamento jurídico:

a. *Eutanásia genuína* nesse âmbito, o ponto de vista jurídico é unânime. O paciente tem direito à assistência básica (cuidado corporal, manutenção respiratória, alimentação adequada, tratamento dos sintomas da enfermidade, etc.) ainda quando o tratamento terapêutico ou as medidas prolongadoras da vida não estejam indicadas.

A negação de tais auxílios pode ser punível a título de lesões, ou inclusive homicídio no caso de que se produza um encurtamento da vida.

É necessário ressaltar que, quando "*cuidar de (...)*" significa "*curar*" o profissional da Saúde se encontra desarmado (...) "Tecnologia e medicina podem tornar-se fins em si mesma e a vida poderia ser preservada quando, de fato, se deveria deixar morrer"

b. *Eutanásia passiva consentida* concordamos que, em princípio as medidas médicas de tratamento de enfermos terminais só retardam o curso natural da morte e não fazem parte do mandamento de proteger a vida e sim de uma adulteração (*verfälschung*) da morte.

Nestes casos a interrupção do tratamento está permitida. Com relação à desconexão dos sistemas artificiais de manutenção da vida no âmbito da medicina intensiva (interrupção técnica do tratamento), acredita-se que o decisivo era, do ponto de vista jurídico, determinar se a desconexão constitui uma *ação ou omissão*. Entretanto, impõe-se a concepção de se pôr fim a um tratamento, assim como a não-realização do mesmo merece *a mesma valoração*, desde a perspectiva da eutanásia. Melhor expressando, com as palavras do "Landgericht" de Ravenburg, em sentença dada em 1987. "*com independência de que se a conduta do acusado constitui uma omissão ou uma ação, não cometeu um homicídio, ajudou sim a morrer*"

#### *Interrupção unilateral do tratamento*

Os tribunais penais não têm se ocupado ainda da questão *da interrupção unilateral* do tratamento, ou seja, não-consentida pelo paciente (exceto como homicídio privilegiado art. 121, § 1º: caso de diminuição de pena).

Na Alemanha se produziu uma disputa entre a esposa de um paciente inconsciente que ingressara na unidade de cuidados intensivos e os médicos que o tratavam. Aquela havia exigido que se desconectasse o respirador necessário para sua sobrevivência ante a falta de perspectivas de êxito do tratamento o que lhe valeu uma denúncia por tentativa de indução ao homicídio (§ 30.1, 212 ST 6/3). Ela, por seu turno, denunciou os médicos por suspeita de lesões corporais causadas pela manutenção da respiração artificial.

c. *Eutanásia indireta* não se discute que a mitigação de grandes sofrimentos e dores dos enfermos terminais constitui também um *dever* médico, ainda quando o emprego dos meios inidôneos implique no risco de um encurtamento da vida ou, inclusive, que este seja o seu efeito *secundário*.

Não existindo jurisprudência sobre o tema, o médico se encontra em uma situação insatisfatória, já que em virtude das regras gerais do Direito Penal ele atua com *dolo eventual de homicídio*, isto é, aceitando a produção antecipada da morte. A falta de um limite legal claro entre a *mitigação lícita* do sofrimento que encurta a vida e a *mitigação proibida* por via do encurtamento da vida, pode ser responsável de que os médicos mostrem reservas no referente a combater as dores com opiáceos, que podem vir a debilitar a respiração em certas circunstâncias.

d. *Eutanásia ativa* A situação jurídica, neste caso, é inequívoca: punível como delito de homicídio, ainda que o afetado a tenha exigido expressa e seriamente (art. 121 § 1º e no Direito alemão § 216 STG/B). Há um objetivo político-social de manter o tabu do homicídio, através de uma proteção penal ilimitada da vida. Na Alemanha, a *eutanásia por petição ou solicitada*, ou cujo âmbito vai além da eutanásia ativa, se recolhem na estatística penal: quatro condenações em 1987; seis em 1988; três em 1989 e cinco em 1990. (Total = dezoito casos em quatro anos).

e. *Suicídio assistido* ou *auxílio ao suicídio*

Os casos situados no limite entre a participação no suicídio e a eutanásia suscitam importantes problemas jurídicos. A jurisprudência tende a considerar como homicídio em comissão por omissão por existir a posição de garantidor.

O Tribunal Supremo alemão fundamentou uma absolvição do polêmico médico Julius Hackethal, que deixou cianureto ao alcance de uma enferma de câncer e a instruiu no uso desse veneno.

*"Não se pode considerar insustentável, do ponto de vista jurídico, a decisão de consciência do médico que, tentando solucionar o caso extremo de conflito entre a obrigação de proteger a vida e o respeito ao direito à livre determinação da paciente, que em sua opinião sofria lesões graves e irreversíveis, não-optou pela via mais cômoda de ingressá-la na unidade de cuidados intensivos, mas que se baseou no respeito à personalidade da paciente agonizante até que se produziu a morte desta"*

O suicídio suscita problemas de delimitação na hora de se distinguir entre o *suicídio responsável* e o *psicopatológico*, em que não se pode falar de *livre determinação* da pessoa. No Direito alemão não se pune expressamente a participação no suicídio, como o nosso.

*Vias à disposição do paciente para preservar seu direito à livre determinação.*

É especialmente o medo e um zelo médico excessivo (obstinação terapêutica), em casos de uma enfermidade em fase terminal, o que induz cada vez mais as pessoas a prever, através de uma disposição escrita denominada inexatamente de "*testamento do paciente*" ou "*testamento vital*" sem desejo de que se prescindia, devido a seu estado terminal ou ao tipo de enfermidade, de um *tratamento adicional*.

As objeções que se apresentam a tais decisões existenciais são de que dificilmente são antecipadas pela pessoa sã. Alega-se, também, que a maioria dos formulários utilizados não possuem uma redação juridicamente exata. Ao paciente é preciso assegurar que possa, embora não tenha revogado formalmente sua declaração, efetivar uma mudança de opinião a qualquer tempo.

Toda disposição de um enfermo deve ser examinada segundo o princípio "*in dubio pro vita*"

É preciso que distingamos da realização de um suicídio, no sentido de um suicidar-se, da recusa à atividade médica que mantém a vida (isto é, deixá-lo à sua sorte). Nos EUA os hospitais concedem, geralmente, a possibilidade de se fazer uso da chamada "*ordem de não-ressuscitar*" (*do not resuscitate orders*).

Um outro aspecto peculiar do direito à morte reside na chamada "máquina do suicídio ddr. Ja o ck Kervorkian"

Kervorkian criou um mecanismo a ser acionado por seus pacientes (terminais ou irrecuperáveis), que libera uma dose letal de cloreto de potássio na veia do enfermo, matando-o. Janet Atkins, uma portadora do Mal de Alzheimer, de 54 anos, o usou efetivamente em junho de 1990. A consulta de Janet foi gravada em *video tape*, mostrando-a segura de sua decisão. Kervorkian foi processado por ter cometido homicídio em primeiro grau (morte com premeditação). O promotor público sustentou que o médico foi a causa primária da morte de Janet. A defesa trouxe a questão de que no Estado de Michigan, a colaboração com o suicídio não-constitui crime, desde 1983. O juiz Gerald Mc Mally, da Corte Distrital do Condado de Oakland rejeitou a acusação, sob o fundamento da inexistência ao suicídio.

Há poucos meses Kevorkian foi condenado a pena de dez a 25 anos por matar inúmeras pessoas.

f. Carlos S. Nino em um artigo denominado "*Da lo mismo omitir que atuar?*" se ocupa da diferença que existe entre o matar e deixar morrer, entre atos e

omissões. Imaginemos uma máquina que contenha duas crianças: João e Maria. Apertando-se um botão, João será morto, mas Maria não. Caso não se aperte o botão João sobrevive, mas Maria morre (*Michael Tooley, Killing and Letting Die*).

Será que realmente a ação de se abster intencionalmente de apertar o botão é moralmente preferível a ação de apertá-lo, mesmo que uma pessoa morra?

O Direito, por sua vez, castiga com mais severidade a ação positiva que a omissão. Por quê? Pelas conseqüências diversas quanto à liberdade do indivíduo. Se se castiga a ação A (empurrar uma pessoa no rio, para que se afogue) resta sempre a disposição do indivíduo as restantes ações de um conjunto determinado B, C, D, .... Castigando-se a omissão de salvar um indivíduo que está se afogando, só há uma ação possível: lançar-se na água e realizar o salvamento.

## Conclusões

1. Não há diferença moral entre a eutanásia ativa e a passiva, entre matar e deixar morrer.

2. A *ortotanásia* entendida como auxílio médico ao morrer pode ser considerada como causa de exclusão da ilicitude. Melhor seria, porém, que se tratasse de um tipo penal autônomo.

3. Juridicamente, o médico não está obrigado, mas meramente facultado, para aceder ao requerimento do paciente, maior, capaz e que tenha efetivado um "testamento vital" prévio.

4. Supomos que o médico deva coincidir com o enfermo sobre qual é o interesse deste.

5. A permissão da ortotanásia, com a álea do erro dos diagnósticos, enseja, não-obstante, o perigo dos abusos. "*Médicos levianos, inescrupulosos ou displicentes, ou demasiadamente confiantes na sua previsão de morte, podem deixar-se aliciar pelas insinuações interesseiras de parentes que visam a uma herança, ou a evitar que esta se desfalque com um tratamento dispendioso do enfermo e ser induzidos, ainda que por furtivo influxo do subconsciente, a admitir como realidade o que talvez não passe de errônea suposição de insuperável proximidade da morte e a não-aplicar, ou interromper a aplicação dos recursos distanásicos*", Hungria, Nelson. *Ortotanásia ou eutanásia por omissão*, p. 752).

Na verdade, todas as várias posições reconduzem, em última análise, àquelas fundamentais e contrapostas concepções do próprio homem, a utilitarista e a

personalista. Pela concepção utilitarista o homem é considerado como homem-coisa, mera entidade bio-socio-econômica, como homem meio e, portanto, instrumentalizáveis. Pela concepção personalista se afirma, ao contrário, o primado do homem como valor ético em si: do homem-pessoa, do homem-fim, com a categórica proibição de qualquer instrumentalização: "bem pessoa" e "bem comum" não-colidem, mas coincidem, constituindo o respeito da pessoa o próprio fim de toda a sociedade.

São Paulo, setembro de 1999.

### Bibliografia

- ASÚA, Luiz Jimenez de. *Liberdad de amar y derecho a morir*. Buenos Aires, Depalma, 1985.
- BACON, F. História vitae et mortis, 1923, *apud*: L. J. de Asúa.
- BAYOBLG, *in*: NJW 1987, pp. 294 e ss.
- KANT, I. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, Porto, Porto Ed., 1995.
- PESSINI, Leocir. *Morrer com dignidade*, São Paulo, Aparecida, 1990.
- POLLARD, B. *Eutanasia: devemos matar a los enfermos terminales?* Madri, A. Temes, 1991
- RAVENS BURG, L. G., *in*: NSTZ 1987, pp. 299 e ss.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Transplante de órgãos e eutanásia. Liberdade e responsabilidade*. São Paulo, Saraiva, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Morte encefálica e a lei de transplantes de órgãos*. São Paulo, Oliveira Mendes Ed., 1998.
- \_\_\_\_\_. *O equilíbrio do pêndulo. A Bioética e a Lei: Implicações Médico-Legais*. São Paulo, Icone Ed., 1998.
- VILA-CORO, M.D. *Introduccion a la biojuridica*. Serviço de publicações da Faculdade de Direito Complutense, 1995.

# ***DIREITO INTERNACIONAL***



# O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE

*José Roberto Franco da Fonseca*

Professor Associado aposentado do Departamento de Direito  
Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## Resumo:

Até julho de 1998, os crimes de guerra eram costumeiramente submetidos a tribunais *"ad hoc"*. As primeiras cortes foram criadas pelos vencedores da II Guerra (Nuremberg e Tóquio); mais tarde, passaram a ser criadas por órgão imparcial: o Conselho de Segurança das Nações Unidas (Ruanda e Bósnia). Em julho de 1998, em Roma, Conferência Internacional criou o Tribunal Penal Internacional, de caráter permanente. A evolução da matéria, com isso, atingiu seu ponto máximo de aperfeiçoamento.

## Abstract:

Until July 1998, war crimes were commonly treated by *"ad hoc"* courts. The earlier criminal courts were installed in Nuremberg and Tokyo by the Allies in World War II. Later on, courts addressing Rwandan and Bosnian issues were installed by an unbiased international entity, which is the Security Council of the United Nations. In July 1998, the International Conference in Rome installed the International Criminal Court, which is a permanent organization. At this point, the mechanisms of addressing international war crimes reached maximum advance.

**Unitermos:** Direito Internacional Penal; crimes de guerra; Tribunal Penal Internacional.

## 1. Introdução

Em 17 de julho de 1998, em Roma, a Conferência diplomática de plenipotenciários das Nações Unidas aprovou a criação de um Tribunal Penal Internacional, para julgamento dos crimes internacionais.

Foi importante passo, marcando definitivamente o processo de evolução do tratamento jurídico da matéria, hoje finalmente aperfeiçoada. Tal ocorre após décadas de exaustivas discussões e sucessivas reuniões da Conferência da ONU sobre prevenção da delinqüência e tratamento de delinqüentes (desde 1980), cujas

origens remontam ao projeto elaborado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (1954), seguido de projetos formulados pela Associação Internacional de Direito Penal (cf. nosso ensaio "Crimes de Guerra" in *Revista da Faculdade de Direito da USP* São Paulo, n. 93, 1998).

Tal evolução começou com a criação do primeiro tribunal eficiente em Nuremberg e Tóquio, em 1945, para julgar os criminosos de guerra do eixo. Tal Corte, prevista no Estatuto de Londres, era composta por juízes designados pelos Estados vencedores da Guerra e tal fato foi argüido como violador do princípio fundamental do juízo natural. Os dois tribunais de crimes de guerra que se lhe seguiram (ex-Iugoslávia, 1993; e Ruanda, 1994), sediados respectivamente na Holanda e na Tanzânia, foram criados não mais por Estados partícipes daquelas guerras: foram fruto de resolução do Conselho de Segurança da ONU. Resolvia-se o problema da imparcialidade e insuspeição (pressuposto processual de validade), embora o problema subsistisse quanto ao juízo de exceção.

A sociedade internacional, portanto, agora aperfeiçoa-se e tem atendidos seus anseios de legitimidade institucional, com a criação da Corte ocorrida em Roma.

As resoluções do Conselho de Segurança, por outro lado, vieram trazer importante inovação para a conceituação dos "crimes de guerra" estendendo sua abrangência para os delitos cometidos no interior do território estatal (nos casos de beligerância não-interestatal).

Mas a importância do Estatuto aprovado em Roma não para aí. Tal fonte, constituída de um preâmbulo e 128 artigos, não se limita a configurar a estrutura e funcionamento do Tribunal permanente (regulando aspectos relativos aos pressupostos processuais e condições da ação), mas, além disso, dispõe sobre temas substanciais de Direito Penal material (tipologia e estrutura dos crimes).

## 2. Extensão e compreensão da jurisdição da Corte

A jurisdição do Tribunal Criminal permanente será exercida tão-somente com relação à matéria objeto do Direito Internacional Penal. Portanto, restringir-se-á tal jurisdição aos "crimes internacionais", tipificados em fontes internacionais e cometidos por pessoas físicas partícipes de cenário de guerra (interestatal ou intestina).

Excluem-se, assim, os chamados "crimes de caráter internacional" cuja subsunção dá-se no Direito Penal interno substancial (crimes tipificados no Direito Penal interno, para cuja execução o agente transita por territórios de dois ou mais Estados ou cujo "*iter criminis*" se desenrola por territórios de dois ou mais Estados, como o contrabando, o narcotráfico, o terrorismo, o tráfico de escravos ou mulheres, etc). Tais crimes de mero "caráter internacional" permanecem sujeitos às jurisdições penais internas dos Estados (e a respectiva distribuição internacional de competência para exercê-las, dentre os Estados interessados, é feita geralmente por convenções).

É louvável que a Conferência de Roma tenha assim agido. Havia temores generalizados, tendo em vista o encaminhamento da matéria tentado por grupos variados, que pudesse haver confusão quanto às duas categorias de delitos (a dos "internacionais" ou de guerra e a dos meramente "transnacionais").

### 3. Estrutura e composição da Corte

A Corte, sediada em Haia, tem personalidade jurídica de Direito Internacional e será vinculada à ONU por acordo que deverá ser aprovado por Assembléia dos Estados-Partes da convenção estatutária de Roma.

São órgãos da Corte: a. a Presidência; b. a Seção Preliminar, a Seção de Primeira Instância e a Seção de Apelação; c. o Gabinete do Procurador; d. a Escrivania.

A Corte é integrada por dezoito juízes, eleitos pela Assembléia dos Estados-Partes do Estatuto, a partir de listas organizadas pela mesma Assembléia, com nomes de candidatos indicados pelos Estados.

A Seção de Apelação é composta de um presidente e mais quatro juízes. A Seção de Primeira Instância e a Seção Preliminar são compostas de pelo menos seis juízes cada.

Os idiomas oficiais são o inglês, o francês, o russo, o espanhol, o chinês e o árabe. São línguas de trabalho, porém, o inglês e o francês, que serão usadas pelas partes durante o processo.

O mandato dos juízes é de nove anos e o presidente (assim como o 1º e o 2º vice-presidentes) é eleito por seus pares, por maioria absoluta, para um mandato de três anos.

#### 4. Fontes

No exercício de sua jurisdição, a Corte aplicará regras jurídicas que integrem um dos seguintes modelos: a. o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal, e o Regulamento de Processo, Procedimento e Prova, a ser elaborado definitivamente pela Assembléia de Estados-Partes com observância dos princípios fundamentais adotados no próprio Estatuto; b. tratados aplicáveis e princípios de Direito Internacional (sobretudo os pertinentes à guerra e sua disciplina jurídica); c. os princípios gerais de Direito, verificáveis através do exame comparativo dos vários sistemas jurídicos; d. a jurisprudência da própria Corte, no atinente à interpretação das regras aplicáveis.

#### 5. Procedimento, pressupostos processuais e condições da ação

Numa primeira fase (onde não existe ainda relação jurídica processual, mas tão-somente procedimento), a *notitia criminis* pode chegar ao procurador: a. por iniciativa de um Estado-Parte; b. por iniciativa do Conselho de Segurança da ONU nos termos do capítulo VII da Carta das Nações Unidas; c. por iniciativa de qualquer pessoa física ou jurídica.

Para a formulação, todavia, da acusação perante a Corte (demanda que fará nascer a relação jurídica processual), o procurador pode necessitar instaurar inquérito preliminar, que propiciará a formação de sua *opinio*, necessária à formalização da demanda. Tal abertura de inquérito, todavia, está sujeita a prévio controle jurisdicional: o procurador deve requerer autorização para instaurá-lo à Câmara Preliminar. Em caso de negativa de autorização, pode o procurador reiterar o pedido, desde que tenham surgido novas provas ou fatos. Por outro lado, a autorização concedida pela Câmara Preliminar não-impede a apreciação, por ocasião da propositura da demanda, dos pressupostos processuais e das condições da ação.

O *iudicium accusationis* será efetuado, assim, por ocasião da análise, por parte da Corte, da demanda em que o procurador, já tendo formado sua *opinio*, pedirá a instauração da ação penal. Tal *iudicium accusationis*, assim, repousará não-só sobre pressupostos processuais e condições da ação, mas terá efeitos de verdadeira "pronúncia" dando abertura à fase *iudicium causae*.

Portanto, quanto à legitimidade *ad processum* (pressuposto processual de existência e validade da relação jurídica processual), o procurador tem-na, no

pólo ativo. No pólo passivo, só pessoas físicas podem figurar como réus, pois se trata de "crimes", sabendo-se que o crime se estrutura com a configuração de três aspectos: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade (e o dolo, ínsito nesta última dimensão, é a consciência da antijuridicidade, função psicobiológica exclusiva do ser humano individualmente considerado).

Quanto ao pedido (pressuposto processual de existência da relação jurídica processual), é necessário que seja original (pressuposto processual de validade): o pedido não será admitido se a lide está sendo ou vai ser objeto de processo no território de algum Estado competente (art. 17. § 1º alínea "a" do Estatuto de Roma); ou se a lide já foi composta, com trânsito em julgado (art. 17, § 1º, alíneas "b" e "c" do referido Estatuto).

Exigem-se, ainda, a insuspeição e imparcialidade de todos os juízes, diante de cada demanda (pressuposto processual de existência e validade do processo), admitindo-se, a respeito, exceção oponível por qualquer das partes (art. 41, do Estatuto).

Quanto às condições da ação, a possibilidade jurídica do pedido restringe-se à pretensão punitiva de restrição de liberdade física do réu, em caráter perpétuo ou temporário. O interesse de agir apresenta, no Estatuto (art. 17, § 1º alínea "d"), original curiosidade: *"Uma questão é julgada inadmissível pela Corte desde que (...) a questão não seja suficientemente grave para que a Corte lhe dê seguimento"*. Ora, em se tratando de crimes de guerra, parece-nos inadequada tal condição, uma vez que a persecução penal, nesses casos, só ocorre quanto a crimes dolosos, inexistindo os meramente culposos. O grau de gravidade do fato deveria ser apenas objeto de juízo, pela Corte, no momento processual de individualização judiciária da pena, que, como já foi dito, pode ser somente prisão, ou perpétua ou temporária, esta com o limite máximo de trinta anos, segundo estatuem os arts. 77 e 78 do documento analisado.

## 6. A matéria substancial contida no Estatuto. O Direito Internacional Penal

### 6.1 Tipologia

O Estatuto de Londres, de 8 de agosto de 1945, que criou o Tribunal de Nuremberg, tipificava, em seu art. 6º três grupos de "crimes de guerra": a. "crimes contra a paz" (direção, preparação, desencadeamento ou prosseguimento de

uma guerra de agressão ou de uma guerra de violação dos tratados, concertado ou em conluio para a execução de qualquer um dos atos precedentes); b. "crimes de guerra" em sentido estrito (violação de leis e costumes de guerra: assassinato, maus-tratos ou deportação para trabalhos forçados ou para qualquer outro fim, das populações civis dos territórios ocupados, assassinato ou maus-tratos dos prisioneiros de guerra ou náufragos, execução de reféns, pilhagem de bens públicos ou privados, destruição sem motivação estratégica de cidades ou aldeias ou devastações que as exigências militares não justifiquem); c. "crimes contra a humanidade" (assassinato, exterminação, redução à escravidão, deportação ou qualquer outro ato desumano cometido contra populações civis, antes e durante a guerra; ou então perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando esses atos ou perseguições, quer tenham ou não constituído violação do direito interno dos países onde foram perpetrados, hajam sido cometidos em consequência de qualquer crime que entre na competência do Tribunal ou em ligação com esse crime).

Os "crimes de guerra" em sentido estrito, agrupados em "b" no Estatuto de Londres acima referido, eram os que constituíam violações ao chamado "Direito Humanitário" compendiado em Genebra em 1864 e 1925, depois aperfeiçoado nas Convenções de ns. I, II, III e IV de 1949. Quanto ao genocídio, subsumia-se no grupo dos "crimes contra a humanidade" A Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (Paris, 1948) tornava tal ilícito penalmente punível mesmo quando cometido em tempo de paz (art. 1º), tendo as partes contratantes assumido compromisso de inserir, em seus ordenamentos penais internos, o tipo penal respectivo (art. 5º).

Foi um tanto diversa a metodologia tipificadora adotada pelos convencionais de Roma, em 17 de julho de 1998.

Em Roma, adotaram-se quatro categorias de crimes internacionais, a saber: a. crime de genocídio (tipificado no art. 6º); b. crimes contra a humanidade (tipificados no art. 7º); c. crimes de guerra em sentido estrito (tipificados no art. 8º); d. crime de agressão (que em Londres se denominava "crime contra a paz" e que, no Estatuto de Roma, deixou de ser tipificado: tal tipificação caberá a uma Conferência das Partes Contratantes, a ser convocada pelo secretário geral da ONU, sete anos após a entrada em vigor do Estatuto de Roma).

Quanto ao crime de genocídio, duas inovações são feitas: a. o tipo passou a ser autônomo (com relação aos crimes contra a humanidade); b. passou-se

a inserir na estrutura do tipo um elemento subjetivo-normativo: o dolo específico (a "intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso"). E o núcleo do tipo (ação ou comissão por omissão) assim se enuncia: a. morte de membros do grupo; b. atentado grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c. submissão do grupo a condições de existência que conduzam a sua destruição física, total ou parcial; d. prática de medidas visando a impedir nascimentos no seio do grupo; e. transferência forçada de crianças do grupo a um outro grupo.

Quanto aos crimes contra a humanidade (cometidos no "quadro de um ataque generalizado ou sistemático lançado contra uma população civil"), assim se tipificam: a. assassinato; b. extermínio; c. redução à escravidão; d. deportação ou transferência forçada de populações; e. aprisionamento ou outra forma grave de privação da liberdade física que viole as disposições fundamentais do Direito Internacional; f. tortura; g. estupro, escravidão sexual, prostituição forçada, engravidamento forçado, esterilização forçada e toda outra forma de violência sexual de gravidade comparável (tipo, pois, parcialmente em branco); h. perseguição de qualquer grupo ou qualquer coletividade identificada por motivos de ordem política, racial, nacional, étnica, cultural, religiosa ou sexual ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inadmissíveis em Direito Internacional (aqui parece ter havido *bis in idem*, com relação à tipificação, agora autônoma, do crime de genocídio); i. desaparecimento forçado; j. *apartheid*; k. outros atos desumanos de caráter análogo que causem grandes sofrimentos ou atentados graves à integridade física ou à saúde física ou mental (aqui, infelizmente, equivocaram-se os elaboradores do Estatuto, pois a vagueza e amplitude da fórmula adotada não se compadece com a tipicidade, cujo fundamento é atribuir ao legislador, nunca ao juiz, a subsunção do fato ao tipo penal).

Os crimes de guerra em sentido estrito (atos ilícitos penais cometidos por beligerantes ou co-autores no cenário de conflito armado, interestatal ou intestino) são, no Estatuto de Roma (art. 8º), tipificados minuciosamente e exemplarmente, mas, no seu todo, correspondem à tipificação elaborada pelos criadores do Tribunal de Nuremberg, em 8 de agosto de 1945. O Estatuto de Roma, de 1998, exclui do tipo, todavia, atos cometidos em um cenário de meras perturbações ou tensões internas (art. 8º, § 2º, alínea "d"); nesse caso, segundo o ensinamento de Marotta Rangel, não chega a se configurar "beligerância" senão mera "insurreição"

## 6.2 *Estrutura dos crimes*

### a. No plano da tipicidade

Sujeito ativo (agente) dos crimes tipificados no Estatuto de Roma é só o indivíduo. Agiram bem os legisladores, pois a responsabilidade penal é, por definição e em razão do plano da culpabilidade, abaixo analisado, personalíssima (art. 25). Encerrou-se assim, com correção técnica, longa discussão que permeou, durante décadas, as reuniões que tentavam, infrutiferamente, estabelecer, em tratado, os fundamentos do Direito Internacional Penal.

Sujeito passivo (titular ou portador do bem jurídico violado, cuja ofensa constitui a essência do crime, no dizer de Antolisei) é, sempre, a sociedade internacional (titular do interesse jurídico que se consubstancia no "*ius puniendi*" nascido com a prática da infração penal). Os indivíduos ou bens públicos sobre os quais se exerce a ação delituosa, nos crimes de guerra em sentido amplo, são objeto material da ação delituosa ("*Handlungsobjekt*"), pois, no caso, temos "delitos vagos" como denominam os juristas alemães os crimes que atingem um número indeterminado de pessoas ou bens ou princípios fundamentais da sociedade, estatal ou internacional.

Quanto à forma de tipificação adotada pelo Estatuto de Roma, ela é, em grande parte, aquela que Remo Pannain denominou "livre" (em oposição à "vinculada"): o verbo às vezes é reduzido a substantivo, estabelecendo tão-só a relação de causalidade que liga a ação ao resultado, como por exemplo: "*apartheid*" (art. 7º § 1º, alínea "j"), tortura (art. 7º. § 1º, alínea "f"), assassinato (art. 7º § 1º alínea "a").

### b. No plano da antijuridicidade

Se o objeto material da ação delituosa está contido na figura típica, o objeto substancial do crime diz respeito à antijuridicidade, pois se refere ao bem jurídico penalmente tutelado. A antijuridicidade pode ser apreciada do ponto de vista meramente formal (Costa e Silva entre nós, por exemplo), como oposição do fato típico ao ordenamento global; ou pode ser analisada do ponto de vista material (von Liszt: oposição ao bem comum; M.E. Mayer: oposição às normas de cultura).

Se para Mayer a tipicidade é indício (*ratio cognoscendi*) da antijuridicidade, para Mezger ela é o fundamento real (*ratio essendi*) da antijuridicidade.

O dar início à agressão armada (guerra de conquista) já foi, no passado, considerado ato lícito (portanto, destituído de antijuridicidade). No século V, Santo Agostinho chegou a formular o conceito de "guerra justa" duzentos anos depois ampliado por Santo Isidoro de Sevilha e confirmado por Santo Tomás de Aquino, no século XIII. A formulação de tal conceito esteve na base da discussão teológica empreendida nas "Relectiones" por Francisco de Vitoria, a respeito do choque das armas de Espanha contra astecas e incas, sendo o pregador dominicano por isso considerado o pioneiro da cogitação de questões de Direito Internacional. Nas Conferências de Paz de Haia (1899 e 1907) as potências do Concerto Europeu e algumas jovens nações convidadas chegaram a estabelecer, por meio de convenções específicas, a regulamentação da guerra, bem como de aspectos de sua declaração e exercício. Diferentemente não dispôs o Pacto da Sociedade das Nações.

Todavia, em 1928, revolucionaram-se tais conceitos, com o Pacto Briand-Kellog: nesse documento, firmado originariamente por EUA e França, com adesão posterior de sessenta países (praticamente toda a comunidade internacional de então), passou-se a considerar a iniciativa da guerra como ato ilícito internacional. E a Carta da ONU, assinada em 26 de junho de 1945, em seu art. 2º § 4º proscreveu definitivamente a agressão armada contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado.

Portanto, o valor ínsito na norma penal internacional é a paz e a segurança (assim como a soberania estatal, igualdade dos Estados e dignidade da pessoa).

### c. No plano da culpabilidade

No plano da culpabilidade penal, evoluiu-se da mera concepção psicológico naturalística (que poderia até ser suficiente para explicar a "vontade" ínsita no plano da tipicidade) para a moderna concepção normativa (Reinhard Frank, Freudenthal, Schmidt, Mezger): o dolo é concebido, hoje, como consciência da antijuridicidade. Não é outra a razão por que só pode ser agente de crime a pessoa física; "consciência" como ensina John Searle, de Berkeley, em publicação recente, é resultado de um processo neurobiológico, exclusivamente admissível no indivíduo.

Por isso refere-se Jiménez de Asúa (p. 387) aos "*elementos intelectuais*" e "*elementos afetivos*" do dolo, para distingui-lo da mera vontade, que, esta sim, pode ter sua existência reconhecida pelo jurista (como ficção ou como realidade, pouco importa) na pessoa jurídica.

Dentre os crimes tipificados no Estatuto de Roma, os crimes de guerra em sentido estrito e os crimes contra a humanidade requerem dolo genérico. Já o genocídio (transformado em tipo autônomo) contém, já no próprio tipo, o que Frederico Marques e Jiménez de Asúa preferem chamar de "*elemento subjetivo do tipo*" (por não aceitarem a dicotomia entre dolo genérico e dolo específico): "*com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso*" (art. 6º).

### 6.3 Outros aspectos de Direito Penal substancial

O Estatuto comina punibilidade à tentativa, mas considera excluída a tipicidade se houver desistência voluntária (art. 25, § 3º, alínea "f"); deixa porém de fixar parâmetros para a individualização judiciária da pena no primeiro caso: fica ela inteiramente atribuída à equidade dos julgadores.

Quanto à punibilidade, o Estatuto afasta a possibilidade de eventual imunidade ser invocada por chefe de Estado ou de Governo, membro do Governo ou Parlamento, representante eleito ou agente governamental (art. 27), obviamente para o âmbito de jurisdição da Corte Internacional Penal. Quanto aos chefes militares, por outro lado, são responsáveis, em tese, por atos cometidos por seus subordinados, desde que, obviamente, presente o consentimento doloso (art. 28).

Os crimes sujeitos à jurisdição da Corte são imprescritíveis (art. 29).

Quanto à *actio libera in causa*, o Estatuto adotou (art. 31, § 1º, alínea "b") solução no mínimo discutível: o agente não é penalmente responsável se, no momento do fato, "*ele estava em um estado de intoxicação que o privava de compreender o caráter criminoso ou a natureza do seu comportamento ou de conduzi-lo de modo a conformá-lo às exigências da lei, exceto se ele se intoxicou voluntariamente em circunstâncias tais que o faziam saber que, pelo fato da intoxicação, ele estava assumindo o risco de vir a adotar o comportamento criminoso*"

O agente que cumpre ordem de superior hierárquico (militar ou civil) não manifestamente ilegal tem o benefício da exclusão da antijuricidade (art. 33, §

1º), excetuados os casos de genocídio e crime contra a humanidade, em que se presume a manifesta ilicitude da ordem superior (art. 33, § 2º).

## 7. Conclusões

A criação do Tribunal Penal Internacional permanente vem atender a antigo anseio da sociedade internacional, pois julgamentos de crimes internacionais vinham até então sendo feitos por tribunais *ad hoc*. Se é bem verdade que houve positiva evolução no sistema de constituição daqueles tribunais *ad hoc* (Nuremberg e Tóquio foram criados pelos beligerantes vencedores da II Guerra; Bósnia e Ruanda foram instituídos pelo imparcial Conselho de Segurança da ONU), não é menos verdade que a inexistência de órgão jurisdicional penal permanente e pré-constituído, na sociedade internacional, de certa forma ofendia o princípio fundamental do juízo natural.

O Estatuto de Roma contém *normas de natureza constitucional* (na medida em que, além de ter criado a Corte, dispõe sobre sua estrutura e funções jurisdicionais, bem como atividades auxiliares), *normas de caráter processual* (na medida em que regula os pressupostos processuais e condições da ação, bem como o fluxo do procedimento) e *normas de caráter penal substancial* (na medida em que tipifica crimes internacionais e dispõe sobre elementos da estrutura desses crimes).

Quanto ao fato de o crime de agressão armada (crimes "contra a paz" na terminologia tradicional) não ter sido tipificado no Estatuto (sendo delegada tal função à Assembléia das Partes Contratantes a ser realizada, por convocação da Secretaria Geral da ONU, sete anos após a entrada em vigor da Convenção de Roma), é óbvio que, nesse ínterim, continua vigente a tipificação feita no Estatuto de Londres, de 8 de agosto de 1945.

São Paulo, março de 1999.

## Bibliografia

- ACCIOLY, H. e Silva, G. E. do Nascimento. "*Manual de Direito Internacional Público*" 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996.
- ASÚA, Luis Jiménez de. "*La ley y el delito*" 2ª ed., Buenos Aires e México, Ed. Hermes, 1954.

- BASSIOUNI, Cherif M. "*International Criminal Law*", Nova York, Transnational Publishers Inc., 1986-7, 3 vs.
- BRUNO, Aníbal. "*Direito Penal*". 4ª ed., Rio, Forense, 1984, t. I.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. - "*Direito das Organizações Internacionais*" Brasília, Escopo Edit., 1990.
- CARNELUTTI, Francesco. "*Sistema del Diritto Processuale Civile*" Padua, 1936, v. I, ns. 2-16.
- CONOT, Robert. "*Justice at Nuremberg*", Nova York, Harper & Row, 1983.
- COOPER, Robert W. "*The Nuremberg Trial*", Nova York, Penguin, 1947.
- FERREIRA, Ivette Senise. "*Tutela penal do patrimônio cultural*" São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.
- FERREIRA JR., Geraldo Miniuci. "O Tribunal Criminal para a Iugoslávia" in "*Solução e prevenção de litígios internacionais*" (coord. Araminta de Azevedo Mercadante e José Carlos de Magalhães), São Paulo, Necin/Capes, 1998, pp. 93-128.
- FONSECA, J. R. Franco da. "Crimes de Guerra" in "*Revista da Faculdade de Direito da USP*" São Paulo, 1998, n. 93.
- GRINOVER, Ada P. "As garantias processuais na cooperação Internacional em matéria penal", in "*Direito Internacional no terceiro milênio (estudos em homenagem ao Prof. Vicente Marotta Rangel)*" (coord. de Luiz Olavo Baptista e J. R. Franco da Fonseca), São Paulo, LTr, 1998, pp. 834-857.
- GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido; ARAÚJO CINTRA, A.C. "*Teoria Geral do Processo*" 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 1992.
- KARPETS, Igor. "*Delitos de caracter internacional*" trad. Pérez Castul, Moscou, Ed. Progreso, 1983.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. "*Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*" Rio, Forense, 1984.
- LUNA, Everardo da Cunha. "*Estrutura jurídica do crime*" Recife, UFPE, 1970.
- MAROTTA Rangel, Vicente. "Solução pacífica de controvérsias: o impacto das organizações internacionais", in "*Anuário Jurídico Interamericano*" 1985, pp. 29-48.
- . "*Direito e Relações Internacionais*" 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997
- MELLO, Celso de Albuquerque. "*Direito Penal e Direito Internacional*" Rio, Freitas Bastos, 1978.

- . "*Introdução ao estudo da sanção no Direito Internacional Público*" Rio, Univ. Gama Filho, 1995.
- PELLA. "*La criminalité collective des États et le Droit Penal de l'avenir*", Bucarest, Imprimerie de l'État, 1926.
- . "La guerre-crime et les criminels de guerre", in "*Revue de Droit International des sciences diplomatiques et politiques*", Genebra-Paris, Ed. A. Pedone, 1943, pp. 63 e ss.
- REALE JÚNIOR, Miguel. "*Antijuricidade concreta*" São Paulo, J. Butshatsky, 1973.
- . "*Teoria do Delito*", São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1998.
- REZEK, J. F. "*Direito Internacional Público*" São Paulo, Saraiva, 1989.
- RIGAUX, François. "La compétence matérielle d'une Cour Criminelle internationale" in "*O Direito Internacional no terceiro milênio (estudos em homenagem ao Prof. Vicente Marotta Rangel)*"; coord. por Luiz Olavo Baptista e J. R. Franco da Fonseca), São Paulo, LTr, 1998, pp. 825-833.
- RIPOLLÉS, Antonio Quintano. "*Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*" Madri, Inst. Francisco de Vitoria, 1955.
- SMITH, Bradley F. "*O Tribunal de Nuremberg*", trad. de Henrique de Araujo Mesquita, Rio, Francisco Alves, 1979.
- TAYLOR, Telford. "*The anatomy of the Nuremberg Trials*" Nova York, Knopf, 1992.
- VIEIRA, Manuel A. "*Derecho Internacional Penal y Derecho Penal Internacional*" Montevideu, Fundación Cultura Universitaria, 1969.
- WELZEL, Hans. "*Derecho Penal alemán*" trad. J. B. Ramirez e S. I. Perez, Santiago, Ed. Juridica, 3ª ed. espanhola, 1987.



# DIREITOS HUMANOS E COMÉRCIO INTERNACIONAL: REFLEXÕES SOBRE A "CLÁUSULA SOCIAL"

*Alberto do Amaral Júnior*

Professor Doutor do Departamento de Direito Internacional da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## Resumo:

O presente artigo analisa o impacto da violação de Direitos Trabalhistas para o comércio internacional. A tese aqui sustentada considera que este tema, de profunda relevância para a competitividade entre os países, deve ter como foro privilegiado de discussão a OIT, já que o seu tratamento no âmbito da OMC oculta indisfarçáveis reivindicações protecionistas.

## Abstract:

The present article analyzes the impact of the violation of labor laws for the international trade. The thesis here sustained it considers that this theme, of deep relevance for the competitiveness among the countries, should have the OIT as privileged forum of discussion, since your treatment in the ambit of OMC hides unconcealable revindications protectionists.

**Unitermos:** Direitos Humanos; comércio internacional.

Robert Gilpin, em livro já clássico, assinala que o comércio internacional é o mais antigo e o mais importante vínculo econômico entre as nações. Ao lado da guerra, o comércio ocupa posição central entre os fenômenos da vida internacional.<sup>1</sup>

A criação de impostos sobre as operações mercantis foi, ao longo do tempo, a principal fonte de receita utilizada pelos governos. Impérios nasceram e se desenvolveram em razão do controle exercido sobre rotas comerciais da África e da Ásia. No século XX, a tributação da atividade mercantil não tem o mesmo significado econômico, não-obstante continue a ser meio de financiamento da maior relevância para muitos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento.

---

1. Robert Gilpin, with the assistance of Jean M. Gilpin, *The Political Economy of International Relations*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, copyright 1987, p. 171.

Gilpin enumera os seguintes efeitos da expansão comercial:

1. difusão tecnológica que traz maior bem-estar aos indivíduos;
2. aumento da demanda que estimula o crescimento e a eficiência geral da economia;
3. ampliação dos mercados, economias de escala, alto retorno dos investimentos;
4. alargamento da margem de escolha oferecida aos consumidores;
5. redução do preço dos *inputs*, tais como matérias-primas e componentes manufaturados, com conseqüências no custo global da produção.<sup>2</sup>

Esta visão positiva do comércio não é, contudo, aceita por todas as correntes do pensamento econômico. A perspectiva varia de acordo com a posição adotada sobre o papel assumido pelo Estado, em face das transações econômicas internacionais. Três grandes famílias de teorias disputam a primazia na explicação das causas, dos objetivos e conseqüências do comércio internacional, a saber: os liberais (ou neoclássicos), os mercantilistas (ou neomercantilistas) e os estruturalistas, incluindo-se nesta categoria os partidários da teoria da dependência.<sup>3</sup> A diferença que as separa repousa no valor que consideram prioritário e no defeito que buscam corrigir mediante a intervenção da autoridade política.

Para o pensamento liberal, comércio e paz estão indissociavelmente ligados. O comércio conduz à paz ao criar vínculos positivos entre as pessoas e ao promover a harmonia dos interesses entre as sociedades. Os liberais acreditam que a criação de riquezas é obtida pela combinação eficiente dos fatores de produção. A eficiência surge, nesse sentido, como valor mais importante, concretizado pelas políticas que suprimem as restrições ao funcionamento do mercado.

O comércio livre tende a elevar o nível de bem-estar dos indivíduos e das nações. A especialização, efeito da divisão do trabalho, origina o aumento da riqueza, pois cada país produz os bens que dispõem de maior vantagem comparativa no comércio internacional.

---

2. Robert Gilpin, *op. cit.*, pp. 171-172.

3. Susan Strange, *States and Markets*, London, Pinter Publishers, 1988, p. 174.

A prática do comércio livre não traz, necessariamente, ganhos imediatos, mas apenas benefícios potenciais. A expansão do bem-estar se dará no longo prazo, com a adoção de políticas de especialização baseadas na lei das vantagens comparativas.<sup>4</sup>

A liberdade de comércio proporciona ganhos absolutos, mas alguns ganharão relativamente mais do que outros, devido à sua maior eficiência e capacidade natural.

Os mercantilistas e estruturalistas consideram o comércio pernicioso, porque a especialização econômica e a interdependência tornam os Estados inseguros, dependentes e vulneráveis aos acontecimentos externos. O comércio é visto como fonte de tensões políticas e econômicas que, em última instância, pode limitar a atuação dos governos nos assuntos domésticos.<sup>5</sup>

Para os mercantilistas a busca de segurança é o valor central diante da insegurança que domina as relações internacionais. A função do governo é afastar os riscos que o funcionamento do mercado mundial impõe à sobrevivência do Estado. A coesão social, na óptica mercantilista, é o fundamento das instituições políticas, o que justificaria sacrificar outros valores para a sua manutenção, ainda que os custos fossem comparáveis aos que o Estado teria para repelir o invasor externo.<sup>6</sup>

Alexander Hamilton, um dos primeiros mercantilistas, escrevendo em pleno século XVIII, sustentava que o governo pode transformar a natureza da economia de um país e sua posição no cenário internacional ao executar as medidas adequadas a esta finalidade. Hamilton imaginava que a economia não é uma realidade em si, que não se amolda aos objetivos políticos de ordem geral. A tarefa de construção do Estado sobrepõe-se aos propósitos dos agentes econômicos privados, determinando a subordinação destes às metas fixadas pelo governo.

Na Alemanha do século XIX, Friedrich List, criticando a economia política inglesa, dizia não haver uma divisão "natural" e imutável do trabalho com base na lei das vantagens comparativas. Para ele, a divisão do trabalho tinha como causa a cristalização do poder político e econômico em dado momento histórico.<sup>7</sup>

---

4. Robert Gilpin, *op. cit.*, pp. 173-174.

5. Robert Gilpin, *op. cit.*, p. 171.

6. Susan Strange, *op. cit.*, pp. 174-175.

7. Robert Gilpin, *op. cit.*, p. 181.

Ainda hoje, os mercantilistas indicam que a lei das vantagens comparativas é a racionalização da divisão do trabalho atualmente existente, sugerindo a formulação e execução de planos consistentes de apoio ao setor industrial. Ressaltam que ao ignorar a função das políticas industriais, o livre comércio expõe a economia às vicissitudes e instabilidades do mercado mundial. Enquanto os liberais enaltecem as virtualidades da especialização, os mercantilistas destacam que ela reduz a flexibilidade, aumenta a vulnerabilidade da economia aos acontecimentos indesejáveis, subordina o mercado interno à economia internacional, ameaçando a indústria doméstica da qual dependem o emprego, a segurança nacional e outros valores dignos de proteção.<sup>8</sup>

Os estruturalistas concentram atenção particular aos problemas relativos à Justiça do sistema econômico. O mercado não é neutro, imune à dominação e ao poder.

O crescimento econômico desigual das diferentes partes do mundo é prejudicial aos países da África, Ásia e América Latina. Este fato requer políticas de assistência ao Terceiro Mundo com o fito de assegurar maior equilíbrio do sistema econômico internacional. Mais igualdade exige políticas compensatórias específicas, como, por exemplo, as que concedem facilidades de crédito, preferências comerciais e ajuda aos países pobres.

Nenhuma nação parece haver optado em definitivo por uma dessas visões, excluindo terminantemente as demais. A escolha do ponto de vista que informará a condução da economia altera-se, conforme a conjuntura, em virtude dos interesses domésticos e das condições prevalecentes na realidade internacional. A experiência dos anos 90 atesta, principalmente após o término bem-sucedido da Rodada Uruguai, cujos resultados estão em sintonia com a desregulação e internacionalização dos mercados, o predomínio do livre comércio na orientação das políticas econômicas nacionais.

Na esfera internacional os benefícios oriundos da liberdade de comércio pressupõem a ordenação do mercado global por meio de marcos jurídicos institucionais, acordados em negociações multilaterais, que garantam tanto a previsibilidade de expectativas dos agentes econômicos quanto a solução de conflitos entre as partes. O sistema regulatório assim criado deve especificar o domínio do permitido, bem como as condutas nocivas ao comércio internacional.

---

8. Robert Gilpin, *op. cit.*, p. 183.

A palavra "direito" pode ser usada em sentido fraco e em sentido forte. A primeira acepção designa a exigência de direitos futuros, ou seja, a proteção futura de certo bem. Já a segunda indica a proteção efetiva desse bem e pode ser reivindicada perante os tribunais para reparar abusos e punir os culpados.<sup>9</sup> Esta observação é importante porque, antes de receber consagração legislativa nos textos legais, os Direitos Humanos constituíam exigência de proteção futura de certo bem.<sup>10</sup>

A expressão *Direitos Humanos* supõe, no dizer de Chaïm Perelman, que toda pessoa merece respeito como sujeito moral, livre, autônomo e responsável.<sup>11</sup> O respeito à dignidade humana é, portanto, a condição necessária para elaborar uma concepção jurídica dos Direitos Humanos. Esta, por seu turno, realiza-se apenas mediante um sistema jurídico que imponha a cada ser humano, seja em relação a si próprio, seja no tocante aos outros homens e ao poder incumbido de proteger tais direitos, a obrigação de respeitar a dignidade humana.<sup>12</sup>

Com isso, procura-se evidenciar que a obrigação de respeitar os Direitos Humanos pertence não-só aos indivíduos, mas também ao Estado. A limitação do poder do Estado não se opera com êxito fora dos quadros do Estado de Direito e da independência do Judiciário. Sem regras que disciplinem as condições para a ação das autoridades e que regulem os procedimentos que nortearão o seu comportamento, não é possível a efetiva proteção dos Direitos Humanos.

O reconhecimento do valor da pessoa, a despeito das divergências em torno das aplicações concretas desse princípio, permitiu, a partir de 1945, a criação de um sistema internacional de tutela dos Direitos Humanos. O período posterior à Segunda Guerra Mundial caracterizou-se pela proliferação dos direitos do homem de três modos diferentes:

- a. aumentou a quantidade de bens merecedores de tutela;
- b. foi estendida a titularidade de alguns direitos a sujeitos diversos do homem;

---

9. Norberto Bobbio, "Direitos do Homem e Sociedade", in *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Editora Campus, 1992, p. 67.

10. Norberto Bobbio, *op. cit.*, pp. 67-83.

11. Chaïm Perelman, *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo, Martins Fontes, 1996, pp. 400-401.

12. Chaïm Perelman, *op. cit.*, pp. 400-401.

- c. o homem não é mais considerado ente genérico, mas em vista da especificidade que possui como criança, velho, doente, etc.<sup>13</sup>

Bobbio observa que com relação ao primeiro processo verificou-se a passagem dos direitos de liberdade - liberdade de religião, de opinião, de imprensa, etc. para os direitos políticos e sociais, que requerem a intervenção direta do Estado. Relativamente ao segundo processo ocorreu a passagem do indivíduo humano para sujeitos diferentes do indivíduo, de que são exemplos a família, as minorias étnicas e religiosas, e mesmo toda a humanidade. Quanto ao terceiro processo, houve a passagem do homem genérico para o homem específico, classificado com base em múltiplos critérios de diferenciação (sexo, idade, condições físicas).<sup>14</sup>

No campo dos direitos econômicos e sociais inúmeras convenções, além de os consagrar expressamente, consideraram a sua efetivação essencial para a plena dignidade humana. Esta concepção, presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948, foi corroborada pelo Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, e pela atividade da OIT que, desde a sua criação, em 1919, tem-se ocupado com a formulação, por meio de convenções, recomendações, códigos e diretrizes, das regras trabalhistas de alcance geral.

O vínculo entre Direitos Humanos e comércio internacional residiria na ligação cada vez mais perceptível entre as vantagens comparativas em matéria comercial e as discrepâncias de regimes trabalhistas entre os países, muitas das quais resultam da violação de direitos constantes de tratados e convenções internacionais. Longas jornadas de trabalho, baixos salários, utilização da mão-de-obra infantil e condições de trabalho inadequadas seriam formas de "dumping social" acarretando o aumento das exportações devido à queda dos custos de produção.

O tema da cláusula social, como ficou conhecida nas discussões internacionais a associação entre Direitos Trabalhistas e comércio, envolve pelo menos quatro dimensões principais:

- a. a preocupação com as práticas desleais de comércio;

---

13. Norberto Bobbio, *op. cit.*, p. 68.

14. Norberto Bobbio, *op. cit.*, p. 68.

- b. a busca de soluções que reduzam os níveis de desemprego nas economias que sofrem as conseqüências do processo de globalização;
- c. a expansão do desconforto ético e moral com a violação dos Direitos Humanos;
- d. o temor de que tais argumentos favoreçam o protecionismo, afetando as exportações dos países em desenvolvimento.

Encontra-se superada a fase em que as negociações sobre política comercial se concentravam, exclusivamente, no impacto que o comércio exercia no interior das fronteiras nacionais, o que colocava no centro do debate a questão das barreiras alfandegárias e não-alfandegárias. Os problemas comerciais mais relevantes requerem agora a capacidade de lidar com a profunda e complexa integração entre as múltiplas políticas governamentais. Este fato realça a estreita conexão entre mecanismos de tutela dos Direitos Humanos, regimes trabalhistas e políticas comerciais.

O reflexo das disparidades de regimes trabalhistas no comércio internacional passou a merecer atenção em virtude do entrelaçamento dos mercados, facilitado pelo fenômeno da globalização econômica, pelas altas taxas de desemprego no mundo desenvolvido e pelo desconforto moral provocado pela obtenção de vantagens comparativas graças a condições indignas e até mesmo degradantes de trabalho.

A União Européia e os EUA têm acusado vários países subdesenvolvidos e em desenvolvimento de praticarem "dumping social" ao infringir Direitos Trabalhistas básicos na tentativa de elevar a competitividade externa. Alega-se, sob esse aspecto, que a vantagem derivada da redução do custo de mão-de-obra é injusta, desvirtuando o comércio internacional. Sustenta-se, ainda, que a harmonização do fator trabalho é indispensável para evitar distorções num mercado que se globaliza.<sup>15</sup>

Os países em desenvolvimento, por outro lado, afirmam que a acusação de "dumping social" configura uma nova modalidade de protecionismo, pois os níveis de remuneração do trabalho estão condicionados pelo grau de

---

15. Celso Lafer, "Dumping Social", in *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas*, Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger, coordenadores: Luiz Olavo Baptista, Hermes Marcelo Huck, Paulo Borba Casella, São Paulo, Editora LTr, 1994, p. 162.

desenvolvimento dos países e, dentro deles, de suas regiões, Estados e Municípios.<sup>16</sup> Com efeito, por trás da pretensa defesa de padrões trabalhistas mais equitativos haveria tão-somente o objetivo de estimular a exportação de bens tecnologicamente avançados para as nações menos desenvolvidas, restringindo-se, ao mesmo tempo, as exportações destas para as economias industrializadas.

Não resta dúvida de que a condenação do "*dumping* social" oculta indisfarçáveis motivações protecionistas. A pressão dos sindicatos trabalhistas, agravada pelos índices de desemprego que atingem ponderáveis parcelas da população, tem sido fator decisivo na atitude que os governos norte-americano e europeus assumiram nesse particular. Não se pode negar, contudo, que o tema do "*dumping* social" a par de notórios interesses protecionistas, indica preocupações éticas na área dos Direitos Humanos.

Estamos nesse ponto diante do problema relativo aos limites éticos da competição, isto é, da indagação acerca dos parâmetros que estabelecem e definem os limites da esfera dentro da qual os agentes econômicos irão atuar. É legítima a utilização de quaisquer métodos para a produção dos bens? A concorrência admite o emprego de todos os meios necessários para sobrepujar os competidores?

Na verdade, a observação da vida econômica mostra que as sociedades costumam impor restrições morais e legais ao funcionamento do mercado. Os indivíduos não são inteiramente livres para celebrar qualquer tipo de contrato. Michael Walzer denomina tais restrições de *blocked exchanges*, que incluiriam, nos EUA, desde hipóteses que abrangem a proibição do comércio de seres humanos e de cargos públicos às leis trabalhistas, que disciplinam o limite máximo da jornada de trabalho.<sup>17</sup>

As concepções morais e legais fixam o âmbito do aceitável ao estipular os critérios que determinam o lícito e o ilícito nas operações de troca. Tais concepções delimitam, em última instância, a esfera de legitimidade das transações econômicas. Encontram-se em geral refletidas nas normas que regulam a produção dos bens e a execução dos serviços.

---

16. Celso Lafer, *op. cit.*, p. 162.

17. Dani Rodrik, *Has Globalization Gone Too Far?*, Washington, DC, Institute for International Economics, 1997, p. 35.

Vide Michael Walzer, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, New York, Basic Books, 1983.

No cenário internacional, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948, o Pacto dos Direitos Civis e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, além da grande quantidade de tratados que versam sobre questões específicas na área dos Direitos Humanos, não fazem outra coisa senão declarar que comportamentos são admitidos e que condutas devem merecer condenação geral. Em se tratando de direitos econômicos e sociais, a OIT, com o fim de designar o que seja moralmente aceitável na esfera do trabalho, tomou a iniciativa de definir as convenções que expressam "*Direitos Humanos básicos*". São elas as convenções sobre liberdade de organização e de reivindicação coletiva, sobre trabalho forçado, igualdade de remuneração e sobre a proibição de discriminação no emprego. Estas convenções estão entre as mais ratificadas e a elas a OIT dedica a maior atenção. Formam, em seu conjunto, um *corpus* de Direitos Trabalhistas internacionalmente reconhecidos.

Nos dias atuais, o interesse despertado pelo tema da "cláusula social" encerra indiscutivelmente preocupações justificadas com a proteção dos Direitos Humanos. A ineficácia dos direitos econômicos e sociais em grande parte das regiões do globo acarreta a falta de liberdade de organização sindical, o emprego de mão-de-obra infantil, as discriminações e o recurso ao trabalho forçado, provocando visível desconforto junto à opinião pública internacional. Esta maior sensibilidade ética muitas vezes se traduz tanto em pressão para que os governos imponham barreiras à importação dos bens assim produzidos, fato que exprime postura nitidamente protecionista, quanto para que a comunidade internacional crie mecanismos institucionais apropriados para sancionar os Estados que transgridam os Direitos Humanos.

Datam do final do século XIX as primeiras tentativas de relacionar Direitos Humanos e comércio internacional. O empenho verificado para prescrever o tráfico internacional de escravos e para banir o trabalho forçado insere-se nessa perspectiva.

O Tratado de Versalhes, produto da Conferência de Paz de Paris, de 1919, obrigava os signatários a evitar esforços para assegurar e manter condições justas e humanas de trabalho na produção dos bens que integram o comércio internacional. A Carta de Havana, elaborada pelos participantes da Conferência Internacional sobre o Comércio e o Emprego, que previu a criação da Organização Internacional do Comércio, continha dispositivo específico em que os Estados, após

reconhecer que as condições iníquas de trabalho afetam negativamente as operações comerciais, comprometiam-se a eliminá-las em seu território.

A Organização Internacional do Comércio, porém, jamais entrou em funcionamento, dada a recusa do Congresso dos EUA em aprovar o ingresso do país naquela organização. A crença de que a OIC substituiria o GATT acabou por impedir a inclusão do capítulo trabalhista da Carta de Havana entre as normas do Acordo Geral de Comércio e Tarifas.

Desde então, o Governo norte-americano tem procurado, sem sucesso, corrigir essa omissão.<sup>18</sup> Em 1983 foi rejeitada a proposta dos EUA de inserir no GATT uma cláusula sobre Direitos Trabalhistas, haja vista a falta de disposição das partes para definir o que se deve entender por práticas desleais nesse setor. Em 1979, durante a Rodada Tóquio, os EUA propuseram a adoção de um código de Direitos Trabalhistas, iniciativa que recebeu o apoio somente de alguns governos escandinavos.

As pressões sindicais somadas às dificuldades encontradas para incorporar ao GATT regras trabalhistas deram origem a movimentos que propugnaram pela introdução de tais normas na legislação comercial americana. Algumas leis instituíram a possibilidade de outorga de concessões comerciais aos países que adotarem regimes trabalhistas eqüitativos. Um dos primeiros diplomas legais a consagrar essa previsão foi o *Caribbean Basin Economic Recovery Act* (CBERA), que isenta dos tributos de importação numerosos produtos originários de países da bacia do Caribe. A referida isenção está condicionada ao fato de o Estado beneficiário assegurar o exercício de liberdade de associação e de participação em negociações coletivas, proibir o trabalho forçado e o uso abusivo da mão-de-obra infantil.

Merece destaque, também, o *Generalized System of Preferences* (GSP), cuja finalidade é de conceder benefícios fiscais a produtos provenientes dos países em desenvolvimento. O *Trade and Tariff Act*, de 1984, adicionou os Direitos Trabalhistas reconhecidos internacionalmente entre os fatores que afetam a outorga de tratamento privilegiado. Já o *Overseas Private Investment Corporation Act* (OPIC) dispõe sobre os projetos de investimentos privados nos países em

---

18. R. Michael Gadbaw and Michael T. Medwig, "Multinational Enterprises and International Labor Standards Which Way for Development and Jobs?" in *Human Rights, Labor Rights, and International Trade*, Edited by Lance A. Compa and Stephen F. Diamond, University of Pennsylvania Press, USA, 1996, p. 143.

desenvolvimento, garantindo o investidor norte-americano contra eventuais riscos políticos. Em 1985 foram acrescentados os Direitos Trabalhistas aos requisitos para a autorização de investimentos no Exterior.

Os críticos do OPIC apontam os efeitos negativos das suas restrições para os países em desenvolvimento. Salientam que as empresas norte-americanas no Exterior em geral pagam salários mais elevados, fornecem maiores benefícios e níveis superiores de segurança no trabalho que os oferecidos pelas empresas locais.<sup>19</sup> A não-execução de projetos em razão do descumprimento dos Direitos Trabalhistas pode privar o Estado receptor de avanços na área social, além, evidentemente, de impedir que as nações em desenvolvimento obtenham maiores benefícios comerciais, atraiam novas empresas e possam desenvolver novas tecnologias.<sup>20</sup>

O Direito norte-americano vale-se, também, da noção de práticas desleais para a aplicação de sanções comerciais aos países que mantêm regimes trabalhistas abaixo dos níveis considerados aceitáveis. O *Omnibus Trade and Competitiveness Act*, de 1988 (OTCA), introduziu modificação na Seção 301 do *Trade Act* de 1974, a qual autoriza o *US Trade Representative* (USTR) a adotar medidas contra qualquer ato, política ou prática que limite ou restrinja o comércio dos EUA com outras nações. Esta norma tem sido usada para impor sanções aos Estados que vedam o livre acesso dos produtos americanos.

O OTCA incluiu o respeito aos Direitos Trabalhistas entre as causas que ensejam a atuação do USTR.

Importa frisar, porém, que a prática a que alude a seção 301 não será reputada *unreasonable* se o USTR concluir que o país estrangeiro tenha tomado ou esteja tomando providências que demonstrem progressos significativos na salvaguarda dos Direitos Humanos, ou se a mesma não-prejudicar o desenvolvimento econômico dos EUA.

O *North American Agreement on Labour Corporation* (NAALC), firmado, em 1993, pelos EUA, México e Canadá, no contexto do NAFTA, determinou que o descumprimento dos Direitos Trabalhistas em certas áreas pode

---

19. R. Michael Gadbaw and Michael T. Medwig, *op. cit.*, p. 149.

20. R. Michael Gadbaw and Michael T. Medwig, *op. cit.*, p. 149.

Vide Drusilla K. Brown, Alan V. Deardorff, Robert M. Stern, "International Labor Standards and Trade: A Theoretical Analysis", in *Fair Trade Harmonization - Prerequisites for Free Trade?* Edited by Jagdish Bhagwati, Robert E. Hudec, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1996.

desencadear a aplicação de sanções comerciais. O acordo parte da premissa de que a desobediência aos padrões trabalhistas avançados caracteriza prática competitiva desleal.

A associação entre Direitos Trabalhistas e comércio promovida pela legislação interna norte-americana exemplifica o que recentemente vem sendo chamado de "*unilateralismo agressivo*" ou seja, a imposição de sanções comerciais aos Estados que não-respeitam alguns Direitos Trabalhistas básicos. A legislação americana, contudo, não-compreende os múltiplos aspectos admitidos internacionalmente como necessários para assegurar a tutela dos Direitos Trabalhistas. Uma das mais notáveis omissões refere-se à discriminação no emprego com base na raça, sexo, religião, opinião política, origem social ou nacionalidade. Deve-se notar, a este propósito, que os EUA ratificaram somente a Convenção 105 sobre a abolição do trabalho forçado, deixando de ratificar as demais convenções que a OIT incluiu no rol das que consagram Direitos Humanos básicos na área trabalhista. Além disso, a forma como os Direitos Trabalhistas se encontram regulados possibilita ampla margem de discricionariedade às autoridades administrativas, que podem escolher, em cada caso, o *standard* a ser aplicado.

Por último, o recurso ao unilateralismo para punir os países cujas exportações não se ajustam aos requisitos impostos pela legislação norte-americana é consequência direta do declínio econômico e comercial dos EUA, nas décadas de 70 e 80. Segundo Regis P Arslanian, em 1950 os EUA detinham 40,3% do PNB mundial. Em 1980 esse percentual caiu para 21,8%. No mesmo período, a parcela da Europa subiu de 21,2 para 29,8, a do Japão de 1,6 para 8,8%. A participação dos países em desenvolvimento elevou-se de 12,7, em 1950, para 17,9, em 1980.<sup>21</sup>

Em 1950 os EUA exportavam o equivalente a 16,7% do valor total das exportações mundiais, cifra que foi reduzida para 10,9, em 1980. Nesse período, as exportações européias cresceram de 33,4 para 40,4, e as do Japão de 1,4 para 6,4%.<sup>22</sup>

---

21. Regis P. Arslanian, *O Recurso à Seção 301 da Legislação de Comércio Norte-Americana e a Aplicação de seus Dispositivos contra o Brasil*, Brasília, Instituto Rio Branco, 1994, p. 16.

22. Regis P. Arslanian, *op. cit.*, p. 16.

Vide Philip Alston, "Labor Rights Provisions in U.S. Trade Law" "Aggressive Unilateralism?" in *Human Rights, Labor Rights, and International Trade*. Edited by Lance A. Compa and Stephen F Diamond, University of Pennsylvania Press, USA, 1996.

Vide Corrado Pirzio - Birrolli, "A European View of the 1988 U.S. Trade Act and Section 301", in Jagdish Bhagwati, *Aggressive Unilateralism*, p. 261.

O incremento das exportações japonesas e dos países recém-industrializados da Ásia e da América Latina, o aumento do *deficit* comercial americano, que passou de 36 bilhões de dólares (1,3%) do PNB, em 1980, para 171 bilhões de dólares (3,8%) do PNB, em 1987, a afeição pela conquista de novos mercados, a percepção de que os governos estrangeiros deveriam eliminar as barreiras em matéria de serviços, investimentos e propriedade intelectual, setores em que as vantagens competitivas dos EUA são mais pronunciadas, a preocupação em lançar uma nova rodada multilateral de negociações, devido às insuficiências dos instrumentos oferecidos pelo GATT, notadamente os mecanismos de solução de controvérsias, e a crença de que a deterioração da balança comercial resultava de práticas desleais adotadas por outros Estados, estimularam as reivindicações protecionistas por parte de sindicatos e entidades de classe. As mudanças na legislação comercial nos anos 70 e 80 coroada pela reforma em 1988, responsável pela modificação na seção 301, que tem sido denominada de "super 301" e "especial 301" refletiram o fortalecimento dos sentimentos protecionistas em voga na sociedade americana. O *free trade* cada vez mais cede lugar ao *fair trade*, concebido para reduzir o impacto da perda das vantagens competitivas dos EUA na economia mundial.

Durante os encontros preliminares que precederam o início da Rodada Uruguai, os EUA procuraram inserir o tema dos Direitos Trabalhistas na agenda de negociações. O delegado norte-americano ao Comitê preparatório afirmou, na oportunidade, que *"os EUA não pretendiam impor o seu padrão salarial ao resto do mundo ou negar as vantagens comparativas legítimas das nações em desenvolvimento. Visam, antes, assegurar que a expansão comercial não é um objetivo em si mesmo, pois ela beneficia os trabalhadores em todos os países e contribui para a realização das finalidades do GATT"* <sup>23</sup>

Os países em desenvolvimento recusaram-se a iniciar qualquer discussão sobre padrões trabalhistas, mesmo diante da promessa de que os EUA não-investigariam supostas violações desses direitos. A Declaração Ministerial de Marrakesh não fez qualquer menção aos Direitos Trabalhistas.

No âmbito da Organização Mundial do Comércio, OMC, o tema foi objeto de dois *non papers* apresentados, respectivamente, pelos EUA e pela Noruega. O documento americano sugere a criação de um grupo de trabalho para o

---

23. R. Michael Gadbow and Michael T. Medwig, *op. cit.*, p. 151.

exame de padrões trabalhistas essenciais, tais como o direito de organizar e reivindicar coletivamente, a proibição de trabalho forçado, a proibição de formas exploratórias do trabalho infantil e não-discriminação no emprego ou ocupação.<sup>24</sup> O documento da Noruega, por sua vez, manifesta a intenção de manter o diálogo sobre meios para elevar os padrões trabalhistas em nível mundial e sobre a contribuição do comércio para esse fim.<sup>25</sup>

Muitos países desenvolvidos, além de organizações internacionais de grande expressão, continuam a enfatizar a intrínseca relação entre comércio e Direitos Humanos. Publicado em 1980, o relatório da Comissão Brandt sobre as relações norte-sul destacou que a salvaguarda dos Direitos Trabalhistas é fator capaz de ampliar o comércio e incentivar o crescimento da economia. As recomendações apresentadas propunham que a introdução nas legislações internas dos *standards* aceitos pela comunidade internacional desempenharia papel relevante para evitar a competição desleal e promover a liberalização do comércio. O Banco Mundial, o FMI e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento têm demonstrado que a proteção dos Direitos Humanos deve ser levada em conta na concessão de empréstimos ao terceiro mundo.

Os países em desenvolvimento contestam tais argumentos, afirmando que essa vinculação constitui limitação inaceitável à sua soberania, impedindo que possam se beneficiar das vantagens comparativas resultantes dos baixos custos da mão-de-obra. Aduzem em apoio a esta tese que adotar os padrões trabalhistas europeus causaria a rigidez do mercado de trabalho, fato que na Europa concorreu para aumentar o desemprego e reduzir drasticamente as taxas de crescimento.

Mais do que tomar posição no debate que divide opositores e defensores da "cláusula social", convém assinalar alguns pontos fundamentais que o permeiam, apontando as tendências com maior probabilidade de se consolidar nos próximos anos. Ao contrário do que em princípio se imaginara, o custo da mão-de-obra continua a representar fator relevante na competitividade das economias.

Baixos salários e o descumprimento dos Direitos Trabalhistas são importantes vantagens comparativas no comércio internacional. Essas vantagens não se manifestam apenas no comércio entre as nações desenvolvidas e em

---

24. Celso Lafer, *A OMC e a Regulamentação do Comércio Internacional: Uma Visão Brasileira*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1998, p. 57.

25. Celso Lafer, *op. cit.*, pp. 57-58.

desenvolvimento. A presença no mercado internacional de produtos exportados por países asiáticos, que dispõem de regimes trabalhistas inferiores aos recomendados pela OIT, acentuou ainda mais o contraste entre condições de trabalho, chamando a atenção para o reflexo que provocam no intercâmbio entre as nações.

A globalização da economia pôs em evidência o conflito entre dois interesses dos trabalhadores: a preservação do emprego e a melhoria das condições de trabalho. Não se descarta a hipótese, diante do novo quadro que se esboça, caracterizado, de um lado, pela substituição do modelo fordista pelo "*paradigma da especialização flexível da produção*" e pelo acirramento da competição global, de outro, de que os trabalhadores renunciem a lutar por melhores condições de trabalho em troca da manutenção do emprego. Na busca frenética de novos mercados, muitos governos não-desejam abdicar das vantagens comerciais que advêm da redução do custo do fator trabalho, provocada pela violação das convenções internacionais.

A globalização econômica intensificou extraordinariamente a competição comercial: pequenas alterações de custo repercutem nas vantagens comparativas dos países, fato que as torna cada vez mais voláteis. Jagdish Bhagwati indica três fenômenos que constituem fontes de preocupação dos países desenvolvidos em face dos efeitos do processo de globalização:

1. A vulnerabilidade e a viabilidade internacional das economias refletem as novas vantagens comparativas, de natureza volátil e caleidoscópica. As empresas passam a observar o comportamento das competidoras estrangeiras para verificar se as diferenças em termos de políticas e instituições domésticas lhes conferem benefícios "indevidos", que configurariam *unfair trade*. A proliferação das reivindicações em favor do *fair trade* nos países desenvolvidos, visando harmonizar as políticas e instituições domésticas como pré-requisitos para o comércio livre, expressa o caráter caleidoscópico das novas vantagens comparativas.

2. O sentimento de insegurança econômica com o aumento das taxas de desemprego, deflagrado pelas mudanças tecnológicas na esfera da produção, foi consideravelmente reforçado pelas novas vantagens comparativas.

3. A globalização favorece, em alguma medida, o declínio dos salários reais dos trabalhadores não-qualificados. Tais trabalhadores permanecem, em média,

menos tempo no emprego, recebem treinamento durante período mais reduzido e são atingidos por fortes perdas salariais.<sup>26</sup>

Esse quadro alimenta as pressões protecionistas para a imposição de barreiras às exportações dos países em desenvolvimento, entreabrindo a possibilidade de que venha a se agravar o contencioso comercial nesse terreno. Se as diferenças de padrões trabalhistas tendem a desempenhar papel cada vez mais proeminente nas disputas internacionais, a principal questão que se afigura consiste em identificar que instrumentos serão usados para solucionar esses conflitos. Nessa linha cabe indagar se prevalecerão os meios unilaterais em que os governos lançam mão de normas instituídas pelo ordenamento jurídico interno, sobretudo pela legislação comercial, a exemplo do que sucede com os EUA, ou se predominarão as instâncias multilaterais surgidas do assentimento das partes.

Os EUA e vários países desenvolvidos insistem em que a Organização Mundial do Comércio, OMC, é o foro adequado para tratar do tema da "cláusula social". Esta tese, como é fácil perceber, revela inconvenientes e dificuldades. Primeiro, porque a proposta, que não conta nem mesmo com a concordância de todas as nações desenvolvidas, é ardentemente repelida pelos países em desenvolvimento. Segundo, porque a vocação eminentemente comercial da OMC não aconselha que ela venha a se ocupar também de assuntos trabalhistas. O temor dos países em desenvolvimento reside nos riscos de que a vinculação entre interesses comerciais e questões trabalhistas desencadeie iniciativas protecionistas em larga escala, comprometendo gravemente as suas exportações.

Em terceiro lugar, conferir à OMC a função de investigar e punir os Estados que exportam bens produzidos em desconformidade com regras destinadas a promover o intercâmbio comercial de acordo com a perspectiva dos países desenvolvidos não-significa genuína preocupação com os Direitos Humanos. A mera repressão, nesse caso, em nada ajudaria a superar os problemas sociais do mundo em desenvolvimento, razão última do desrespeito aos Direitos Trabalhistas reconhecidos internacionalmente. Sem programas de cooperação técnica, que viabilizem o desenvolvimento econômico, não é possível qualquer evolução consistente dos padrões trabalhistas internos. O objetivo de dotar a OMC de competência punitiva

---

26. Jagdish Bhagwati, Arthur Lehman, *The Global Age: From a Sceptical South to a Fearful North*, Printed at United Nations, Geneva, June 1997, pp. 10-11.

nessa área exprimiria o protecionismo das nações desenvolvidas receosas da perda de vantagens comparativas em certos domínios.

Finalmente, tratar a desobediência a Direitos Trabalhistas como simples práticas desleais de comércio importaria em perverter a noção de Direitos Humanos. Seria equipará-la a expedientes econômicos voltados ao aumento da competitividade, graças ao desvirtuamento das regras de mercado, e não visualizá-la como obstáculo à realização da dignidade humana.

No plano acadêmico, Daniel S. Ehrenberg, em artigo recente, sugere a criação de um regime multilateral que reúna a participação conjunta da OIT e do GATT-OMC para prevenir e reprimir a violação dos Direitos Trabalhistas que interferem no comércio internacional.<sup>27</sup> A OIT concorreria com a competência alcançada nas áreas da cooperação técnica e da supervisão, ao passo que a OMC contribuiria com a experiência obtida em matéria de práticas desleais de comércio e com o seu sofisticado sistema de solução de controvérsias, além do respectivo procedimento de implementação das decisões adotadas.

O regime a ser criado se desdobraria em duas fases distintas. A primeira fase (*determination phase*) consistiria em determinar se houve violação dos Direitos Trabalhistas na produção dos bens que integram a pauta do comércio internacional. Já a segunda (*remedial phase*) se concentraria na indicação das medidas programas de cooperação técnica, procedimentos de certificação e eventuais penalidades necessárias para eliminar as infrações cometidas, fixando-se o prazo para o seu cumprimento. Gozariam de legitimidade para promover reclamações os Estados, sindicatos patronais e trabalhistas.

Proposta a reclamação, caberia a um comitê permanente, composto por nove membros quatro designados pela OIT, quatro escolhidos pela OMC e um indicado por ambas as organizações, pronunciar-se sobre a admissibilidade da queixa formulada. A reclamação, uma vez admitida, originaria a instalação de um *panel* para a solução de disputas formado pela OMC e OIT. O *panel*, constituído por sete membros, cuja escolha obedeceria aos mesmos critérios para a composição do comitê de admissibilidade, incumbir-se-ia da preparação de um relatório abordando todas as questões suscitadas pela queixa. O relatório especificaria o período de tempo razoável para o cumprimento das recomendações apresentadas,

---

27. Daniel S. Ehrenberg, "From Intention to Action An ILO-GATT/WTO Enforcement Regime for International Labor Rights" in *Human Rights, Labor Rights, and International Trade*. Edited by Lance A. Compa and Stephen F. Diamond, University of Pennsylvania Press, USA, 1996, pp. 163 e ss.

bem como programas de assistência técnica, procedimentos de certificação e possíveis contramedidas.

Persistindo as violações, seria estabelecido o *remediation committee*, com a atribuição de deliberar sobre o prazo para os governos cumprirem as providências propostas e para a execução de contramedidas e sanções econômicas.

A cooperação entre a OIT e a OMC operar-se-ia no curso de ambas as etapas. Na primeira fase competiria à OIT apurar as infrações aos Direitos Trabalhistas, devendo a OMC analisar o seu impacto para os fluxos comerciais, analogamente ao que acontece nos casos de *dumping* ou subsídios. Na segunda fase, a coordenação entre a OIT e a OMC seria igualmente decisiva, já que nenhuma delas estaria em condições de administrar isoladamente qualquer das fases. Esta cooperação proporcionaria benefícios mútuos, criando sinergias positivas e permitindo a apreciação mais ampla da relação entre comércio e práticas trabalhistas.

As contramedidas e sanções econômicas seriam usadas unicamente na hipótese de fracasso de outros meios menos drásticos. Inicialmente, deveria ser levado a efeito um programa de cooperação técnica administrado pela OIT. Programas de certificação se destinariam a assegurar que os produtos elaborados com a violação dos Direitos Trabalhistas não-participassem do comércio internacional.

A aplicação das contramedidas e sanções econômicas teriam lugar em situações extremas, intensificando-se no decorrer do tempo.

Esta proposta representa meritório esforço para superar o impasse hoje existente. Não-obstante a criatividade que exhibe, dificilmente contaria com o apoio da comunidade internacional. Os países em desenvolvimento, que formam a esmagadora maioria nas organizações internacionais, rejeitam qualquer participação da OMC na apuração de infrações aos Direitos Trabalhistas.

Parece mais plausível, por isso, quer por razões funcionais, quer por motivos de prudência política, que a OIT se converta em foro privilegiado para o tratamento da violação dos Direitos Trabalhistas. Desde a sua criação, a OIT vem dedicando-se à tarefa de definir os Direitos Trabalhistas, empenhando-se em prol da sua aceitação internacional. A meta de acompanhar a evolução dos acontecimentos nesse campo conduziu à elaboração de um complexo sistema de monitoramento, que compreende a apresentação de relatórios pelos Estados e a análise destes pelo Comitê de Especialistas, o questionamento dos representantes estatais na conferência

anual da OIT, visitas aos países-membros e a publicação das violações dos Direitos Trabalhistas reconhecidos internacionalmente.

Esse sistema possibilitou avanços significativos, a despeito das deficiências que apresenta. Verificou-se, em número apreciável de Estados, melhoria acentuada das condições de trabalho, após a ratificação das convenções celebradas sob os auspícios da OIT. Estados cujo comportamento fora objeto de censura voltaram a receber assistência da OIT ou estabeleceram contato mais estreito com esta no momento em que ocorreram mudanças políticas internas.

A carta constitutiva da OIT, porém, não-autoriza o uso da força armada ou de sanções econômicas contra o Estado que não-acate as suas decisões. À semelhança das demais organizações internacionais que cuidam dos Direitos Humanos, ela deve confiar, em última instância, no cumprimento voluntário das recomendações que fizer.

A falta de *enforcement powers* é, sem dúvida, fator limitante para a eficácia dos Direitos Trabalhistas no âmbito internacional. Esta é, aliás, uma das causas principais que levou os EUA e diversos outros países desenvolvidos a considerá-la foro inadequado para o tratamento da "cláusula social"

As evidências sugerem a necessidade de dotar a OIT de um sistema sancionatório mais efetivo, voltado simultaneamente para a consecução de objetivos éticos no domínio dos valores e para a repressão das infrações aos Direitos Trabalhistas, enquanto Direitos Humanos. Mais do que prever medidas punitivas, utilizadas apenas em situações excepcionais, é necessário que a reforma a ser introduzida vise contemplar programas mais ambiciosos de cooperação técnica, abrangendo a reformulação da legislação doméstica, a imposição de penalidades mais severas às transgressões cometidas, o aperfeiçoamento dos instrumentos de ação estatal, estímulos a campanhas de educação pública, desenvolvimento de processos produtivos mais eficientes, programas de alfabetização e de erradicação da pobreza.

No contexto atual, a tendência com maior probabilidade de se consolidar no plano multilateral é deixar à OIT a competência para lidar com o tema da violação dos Direitos Trabalhistas, aprimorando-se os mecanismos de implementação das decisões adotadas. O êxito dessa tendência depende, porém, da superação de alguns desafios.

Seria necessário, em primeiro lugar, fortalecer os programas de cooperação técnica capazes de propiciar o cumprimento dos tratados e convenções

internacionais. O financiamento desses programas exige recursos, e somente poderiam ser obtidos se houvesse maior disposição de fornecê-los por parte das nações desenvolvidas.

Em segundo lugar, as sanções existentes teriam de ser ao mesmo tempo politicamente viáveis e exequíveis na prática. A dificuldade, nesse âmbito, é estabelecer que tipos de sanção os países estão dispostos a aceitar, já que algumas delas poderiam ter reflexos negativos sobre suas exportações. Proibir a negociação de um produto no mercado internacional por ter sido elaborado com o emprego de mão-de-obra infantil provoca muitas vezes efeitos indesejáveis, concorrendo para agravar o desemprego, estimular a prostituição e elevar os índices de criminalidade.

É evidente que a OIT não estaria em condições de cercear as vantagens comparativas que os países em desenvolvimento auferem em função da existência de padrões trabalhistas distintos. Ela se desfiguraria se fosse utilizada para impor a equalização dos custos mediante regimes trabalhistas que eliminem as vantagens comparativas dos países em desenvolvimento.

Deve-se advertir, por outro lado, que a eficácia de tal sistema requer a adesão das nações desenvolvidas. Sem o comprometimento com as regras multilateralmente acordadas, a adoção de medidas unilaterais tenderia a aumentar, ampliando-se o protecionismo. Sob o pretexto de atuar na defesa de padrões trabalhistas mais equitativos, a expansão do "unilateralismo agressivo" teria como resultado prático transferir parte dos problemas advindos com a perda das vantagens comparativas do norte em certas áreas, o que contribuiria para deteriorar ainda mais a exclusão social do Sul.

São Paulo, março de 1999.

# O ART. 28 DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM OU A GARANTIA DA APROPRIAÇÃO EFETIVA DOS DIREITOS HUMANOS<sup>1</sup>

*Cláudia Perrone-Moisés*

Professora Doutora do Departamento de Direito Internacional da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## Resumo:

O art. 28 da Declaração Universal dos Direitos do Homem dispõe que *"todo homem tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados"*. Entendendo a expressão "ordem internacional" como ordem econômica internacional, o presente texto propõe uma visão crítica da ordem jurídica em vigor. As normas e instituições que regulam as relações econômicas internacionais não vêm garantindo a ordem de que trata o art. 28. Sendo assim, propõe-se que sejam aplicadas as normas que compõem o ordenamento jurídico dos Direitos Humanos, em especial o direito ao desenvolvimento, no que se refere às relações econômicas internacionais, a fim de garantir uma ordem econômica mais justa e em que se realizem plenamente os direitos e liberdades previstos na Declaração.

## Abstract:

The article 28 of the Universal Declaration on Human Rights establishes that *"every man has the right to have a social and international order in which every right and freedom of the Declaration could be totally assured"*. Considering the expression "international order" as international economic order, this text proposes a critical view of the law that regulates international economic relations since the rules and institutions which regulate these relations are not assuring the order referred in article 28. Under these conditions we propose that the principles of human rights, specially the right to development, should be applied to regulate these relations, in order to warrant an economic order where justice prevails and the rights and freedoms established in the Declaration could be realized.

---

1. Esse texto foi apresentado no XXII Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, na Mesa-Redonda *O desenvolvimento como apropriação dos direitos humanos*, coordenada pelos profs. Paulo Sérgio Pinheiro e Nancy Cardia, realizada em 28 de outubro de 1998.

**Unitermos:** Direitos Humanos; ordem econômica internacional; direito ao desenvolvimento.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, que completou em dezembro cinquenta anos, constitui, como lembra Norberto Bobbio,<sup>2</sup> a única manifestação de consenso quanto a valores fundados no ser humano e destinados a alcançarem universal aplicação. Entre os trinta artigos da Declaração, além daqueles mais conhecidos, como o Direito à vida, à liberdade, a uma nacionalidade, à educação, e outros Direitos Fundamentais, há regras que se poderiam chamar de regras de viabilização das demais.

Proponho aqui refletir acerca de um desses artigos, que podemos também denominar regras de integração do sistema: o art. 28 da Declaração Universal. Segundo ele, *"todo homem tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados"* Em outras palavras, toda pessoa tem Direito a uma ordem que garanta a efetivação de todos os Direitos e liberdades fundamentais ou, para utilizar a expressão de Ignacy Sachs,<sup>3</sup> todos têm direito a uma ordem onde se veja garantida a *"apropriação efetiva dos Direitos Humanos"*.

Mas o que é essa ordem? A ordem pode ser entendida como ordem jurídica ou ordem de fato, uma vez que existe um grande debate quanto à interpretação do termo, que condiciona tanto a compreensão do teor dos próprios textos quanto suas possíveis formas de efetivação. Proponho analisar a expressão contida no art. 28 como ordem jurídica, entendendo-a não-só como reflexo de uma ordem de fato, que tem como característica ser desigual e injusta, mas em sua capacidade de se modificar e, assim, transformar a ordem de fato.

A pergunta que se coloca é: como implementar o Direito expresso no art. 28, que é o Direito a uma ordem internacional que garanta os Direitos Humanos? Uma visão moderna do Direito propõe que o consideremos não-só como instrumento de organização social, mas de mudança social. Nessa visão, desenvolvida por Bobbio,<sup>4</sup> que revê a relação entre Direito e sociedade, entende-se a necessidade de

---

2. Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 28.

3. Ignacy Sachs, "O desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos", *Revista de Estudos Avançados*, v. 12, n. 33, 1998, pp. 149-156.

4. Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos - Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, Companhia das Letras, 1988, p. 59.

encará-lo não apenas como determinação daquilo que é permitido ou proibido, mas, de um modo positivo, como capaz de redirecionar ou promover comportamentos. Assim, se a ordem de fato deve ser transformada, o que exigiria uma transformação na ordem jurídica em vigor, é ao próprio Direito que devemos recorrer para assegurar o direito a uma ordem, onde se veja garantida a apropriação efetiva dos Direitos Humanos.

Mas a ordem jurídica e o relacionamento interestatal, tal como se apresentam nos anos 90, não-só não vêm transformando a ordem de fato, como têm colocado obstáculos à implementação dos Direitos Humanos. Do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, o que proponho investigar é a questão da ordem econômica. A ordem internacional, entendida como a ordem que garante a segurança internacional, é obviamente fundamental. Nunca é demais repetir que sem paz não pode haver garantia dos Direitos Humanos e desenvolvimento. Mas cabe lembrar que os problemas relacionados a essas questões podem constituir graves ameaças à paz e à segurança internacional. Assim, pretendo tratar especificamente do aspecto econômico, e apontar para o fato de que a ordem jurídica econômica internacional vem colocando obstáculos à plena efetivação dos Direitos Humanos.

Como sabemos, uma ordem jurídica é composta por normas e instituições. Começemos pelas primeiras. Quando se consideram as normas internacionais em vigor que têm incidência direta sobre a efetivação dos Direitos Humanos, percebe-se que elas, de fato, não vêm garantindo a ordem de que fala o art. 28 da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Nos anos 70, nutria-se a esperança de que haveria uma melhor distribuição da riqueza mundial, através das normas que compunham o chamado Direito Internacional do desenvolvimento. A elas caberia garantir aos países em desenvolvimento um tratamento preferencial, que traria como consequência direta a possibilidade de saírem da situação de "*mau desenvolvimento*"<sup>5</sup> O que se verifica hoje é um abandono dessas normas, suplantadas por outras que têm como fundamento a igualdade formal entre os diversos países e a defesa das virtudes da economia de mercado.

A idéia de um Direito Internacional Econômico como fator de controle e limitação do poder econômico absoluto dos atores em posição dominante, quer sejam Estados, quer empresas privadas, é substituída, na óptica globalizante, por um

---

5. Ignacy Sachs, *op. cit.*, p. 150.

direito de promoção dos negócios, de garantia do livre mercado e de eliminação de barreiras à livre circulação de bens e capitais, perdendo, assim, qualquer controle sobre a hegemonia de determinados Estados ou de empresas multinacionais.

E as instituições? No campo das organizações internacionais, o que se verifica é sua incapacidade de garantir uma ordem onde os Direitos Humanos possam ser efetivamente apropriados. Além de o Fundo Monetário Internacional (FMI) mostrar-se incapaz de controlar os acontecimentos recentes, observados no sistema financeiro e monetário internacional, também os ajustes estruturais propostos por esta instituição aos países necessitados de empréstimos prejudicam o gozo de direitos econômicos, sociais e culturais, como atestam veementemente os relatórios da Comissão de Direitos Humanos da ONU.<sup>6</sup>

A seu turno, a Organização Internacional do Comércio (OMC), que pode ser efetiva no sentido de promover o livre-comércio, deixa a desejar no que se refere à garantia dos Direitos Humanos. O tratamento preferencial aos países em desenvolvimento, que se estabeleceu tradicionalmente através do sistema geral de preferências (SGP) no âmbito do comércio internacional, tornou-se residual ou quase inexistente nesse novo sistema comercial. O tratamento das práticas comerciais desleais, o controle das atividades das empresas multinacionais, atividades que em muitas de suas facetas são obstáculos à efetivação dos direitos do homem, como também atestam os relatórios da ONU,<sup>7</sup> praticamente desapareceram da agenda internacional.

Um exemplo gritante de como as regulamentações da OMC podem ser prejudiciais aos Direitos Humanos é o Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (TRIPs), que dá à organização poder de jurisdição internacional sobre a propriedade intelectual. O resultado da aplicação das normas ali contidas poderá restringir ainda mais a transferência de tecnologia, criar

---

6. ONU. Commission des Droits de L'Homme. *Rapport du Groupe de Travail à composition non limitée sur les programmes d'ajustement structurel et les droits économiques, sociaux et culturels*. E/CN.4/1997/20.

7. ONU. Commission on Human Rights. *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights. The Relationship between the enjoyment of human rights, in particular, international labour and trade union rights, and the working methods and activities of transnational corporations*. E/CN.4/Sub.2/1995/1.

ONU. Commission on Human Rights. *The Impact of the activities and working methods of transnational corporations on the full enjoyment of all human rights, in particular economic, social and cultural rights and the right to development, bearing in mind existing international guidelines, rules and standards relating to the subject-matter*. E/CN.4/Sub.2/1996/12.

monopólios no que se refere ao conhecimento científico aplicado à produção e encarecer os produtos patenteados. Estão em causa o direito à saúde, o direito à alimentação e o direito à distribuição equitativa dos benefícios das descobertas da ciência e dos avanços da tecnologia. A questão das patentes, como se sabe, interessa especialmente ao Brasil, na medida em que a enorme riqueza da floresta amazônica em biodiversidade e a igualmente notável riqueza em formas tradicionais de manejo desses recursos tornam essa região talvez o principal palco de discussão.

Tendo em vista as considerações acima, a conclusão a que se chega é que as relações de poder no mundo estão refletidas nas estruturas jurídicas em que hoje se negociam e se codificam as questões da ordem econômica internacional contemporânea. Houve um deslocamento das negociações das questões econômicas, antes decididas essencialmente no foro das Nações Unidas, através de seu Conselho Econômico e Social, para instituições exclusivamente econômicas e comerciais. Tal fato deriva de um movimento maior, que vem ocorrendo paralelamente à chamada crise das Nações Unidas, no sentido de se esvaziarem as instituições voltadas para as questões sociais e de se fortalecerem, graças aos países desenvolvidos, as instituições de cunho puramente comercial ou econômico. Nessas instituições, os países desenvolvidos decidem as questões muitas vezes hegemonicamente, a exemplo do voto ponderado, como ocorre no FMI e no Banco Mundial.

Diante do exposto, percebemos que os caminhos para a busca de uma ordem internacional mais justa estão bloqueados nos foros em que se codificam as questões econômicas. Se a ordem, tal como se apresenta, principalmente a ordem jurídica internacional em vigor, é um obstáculo à implementação dos Direitos Humanos e se as instituições e regras não-garantem a apropriação efetiva desses direitos, resta propor o caminho inverso. Por que não aplicar diretamente o ordenamento jurídico dos Direitos Humanos às questões econômicas, em vez de esperar que as decisões econômicas cumpram o que determina o art. 28 da Declaração Universal? Insere-se nessa visão a proposta de Ignacy Sachs,<sup>8</sup> que defende a formulação de políticas públicas de desenvolvimento centradas na promoção dos Direitos Humanos.

Desse modo, um dos caminhos possíveis para impedir o círculo vicioso que se estabelece entre o jogo de poder das nações e as instituições e normas internacionais seria aplicar os Direitos Humanos como instrumentos de mudança da

---

8. Ignacy Sachs, *op. cit.*, p. 153.

ordem. Uma proposta importante neste sentido é a da implementação de um direito ao desenvolvimento como parte integrante dos direitos fundamentais do homem. Por meio desse direito, declarado pela Assembléia Geral da ONU em 1986, reafirmado na ECO 92 e consagrado, definitivamente, na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, de 1993, todo ser humano e todos os povos têm o direito de participar e de contribuir para o desenvolvimento econômico, social, cultural e político, que permita a realização de todos os direitos do homem e de todas as liberdades fundamentais.

O direito ao desenvolvimento é um direito que, incorporando todos os Direitos Humanos reconhecidos, os afirma e os integra, para dar impulso efetivo à instituição de uma ordem econômica mais justa. O direito ao pleno desenvolvimento do indivíduo ao mesmo tempo condiciona e subentende o direito ao desenvolvimento dos povos e países, já que o desenvolvimento dos países pode servir à melhoria das circunstâncias econômicas, sociais e culturais de seus habitantes, desde que os benefícios decorrentes do desenvolvimento alcançado sejam equitativamente distribuídos.

Sendo assim, podemos entender que o direito ao desenvolvimento, na medida em que reflete a necessidade de integrar e coordenar o conjunto de direitos e deveres dos Estados e dos Direitos Humanos, tem como objetivo tornar possível a realização e implementação do art. 28 da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Para tornar mais concreta essa afirmação, lembraria que uma das tarefas do grupo de trabalho sobre direito ao desenvolvimento, que se reúne periodicamente no âmbito da Comissão de Direitos Humanos da ONU, é a identificação dos obstáculos à realização deste direito presentes na ordem internacional, tais como: a desigualdade de participação dos países em desenvolvimento na tomada de decisões econômicas nos foros internacionais, as atividades das empresas multinacionais, o peso das dívidas externas dos países em desenvolvimento, as medidas coercitivas econômicas unilaterais e a concentração do poder econômico, financeiro e tecnológico nas mãos de um número limitado de países.

Uma nova ordem jurídica, baseada no direito ao desenvolvimento, entendido como um sistema de integração de todos os direitos contidos na Declaração Universal, poderia alterar a ordem de fato. Pode-se argumentar que a idéia de um direito ao desenvolvimento é demasiadamente ambiciosa, mas cabe

lembrar, como contra-argumento, a afirmação de Celso Furtado<sup>9</sup> de que o desenvolvimento, mais que transformação, é invenção, e a análise de Celso Lafer<sup>10</sup> que sublinha a relevância do poder da imaginação na produção dos argumentos para adensar juridicamente os Direitos Humanos, já que o reconhecimento de um valor é condição necessária mas não suficiente para sua realização histórica.

São Paulo, março de 1999.

---

9. Celso Furtado, *Cultura e Desenvolvimento em época de crise*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1984, p. 105. Ignacy Sachs, "L'imagination et le savoir: le développement selon Celso Furtado", *Cahiers du Brésil Contemporain*, Paris, n. 33, 1998, pp. 179-183.

10. Celso Lafer, "Prefácio" a *Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros*, de Cláudia Perrone-Moisés, São Paulo, Oliveira Mendes, 1998, p. XIII.



***FILOSOFIA DO DIREITO***



# O FENÔMENO JURÍDICO COMO OBJETO DE UMA ONTOLOGIA FUNDAMENTAL\*

*Jeannette Antonios Maman*

Professora Doutora do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo; professora do Centro de História das Ciências da Universidade de São Paulo

## Resumo:

É na *carência*, situação-limite, que se revela (se desoculta) o autêntico Direito, aquele que supre a falta de bens materiais, corpóreos e incorpóreos, e promove a igualdade pelo atendimento das necessidades vitais do ser-aí outro, constitutivamente igual ao mesmo. É no atender às necessidades existenciais do outro, que sofre privações nas coisas e na sua pessoa, que se revela o jurídico autêntico.

## Abstract:

The privation of people's needs reveals the authenticity of the law. The law that provides material or immaterial things to supply needfulness of the human being, adjusting differences.

Therefore, the law can be defined not only as a social and cultural product but also as a matter of survival.

**Unitermos:** Direito; filosofia; hermenêutica; ontologia; Heidegger.

## Sumário:

1. A pesquisa ontológica e o seu sentido geral; 2. Pressupostos ontológicos para uma investigação fenomenológica do Direito; 2.1. *Ordem jurídica*; 2.2. *Povos*; 2.3. *Expressão*; 2.4. *Situação existencial*.

---

\* Este trabalho, em suas linhas gerais, foi apresentado no 13º Colóquio da International Association for the Semiotics of Law, FDUSP, São Paulo.

## 1. A pesquisa ontológica e o seu sentido geral

A ontologia fundamental tem como tarefa esclarecer a questão do ser, a questão mais geral e mais concreta - a mais concreta porque decide do ser do ente que a põe. A generalidade da pesquisa ontológica dá-lhe um sentido mais amplo do que as investigações ônticas das ciências positivas, pois propõe indagar da condição do ser e não do significado do ente. É a volta às origens gregas, onde o pensamento ocidental tem início com a questão do ser, aqui retomada, não como ontologia clássica, mas como ontologia fundamental pensar após Heidegger.

Ver o Direito como fenômeno da ontologia fundamental é vislumbrar a hipótese de o fenômeno jurídico existir na esfera autêntica.

Ainda que o Direito não-constitua tema expresso em Heidegger, o seu pensamento, em sua lógica virtual, permitiria ver o Direito na sua forma, segundo Maihofer, apenas inautêntica, na analítica da forma decaída do existir autêntico, no modo do ser-aí cotidiano, da perda no *se*. Ora, bem ao contrário, assegurada a liberdade do ser-aí na modalidade do jurídico inautêntico (que ainda assim abarca a solicitude o cuidado), é possível pensar a atualização da possibilidade mais autêntica do ser-si-mesmo, em um Direito autêntico. Nada impede a realização do "torna-te a ti mesmo" (torna-te aquilo que és) no Direito.<sup>1</sup> Não há separação entre os modos de ser autêntico e inautêntico na constituição do ser-aí, e isso fica expresso em Heidegger: "*A ipseidade autêntica não repousa sobre nenhuma situação de exceção, que sobreviria a um sujeito libertado do jugo do 'se'; não é senão uma modificação existencial do 'se' definido como um existencial essencial*"<sup>2</sup>

A questão fundamental põe-se na pesquisa do Direito: qual o ser autêntico do jurídico?

Uma proposta alternativa ao ecletismo e ao reducionismo jurídico é a de tomar o fenômeno jurídico como objeto de uma ontologia fundamental, a ordem

1. A expressão "torna-se a ti mesmo" está no *Fausto* de Goethe (1749-1832), da qual parece apropriar-se Freud (1856-1939) "*sê o que tu és*" - que em *Totem e tabu*, (p. 188) já citara Fausto: "*Aquilo que herdaste de teus pais, conquista-o, para fazê-lo teu*" (parte I, cena I). Seria retomada a expressão "*como tornar-se o que se é*", em Nietzsche (1844-1900) no *Ecce Homo*, que na tradução portuguesa de Artur Mourão (Lisboa, Edições 70, 1989) aparece deste modo: como se vem a ser o que se é (subtítulo de *Ecce Homo*) e 49: como se chega a ser o que se é em *Ser e tempo* (parte I, Vozes, Petrópolis, 1988), p. 201.

2. Heidegger, Martin. *Apud* Aloysio Ferraz Pereira, *Estado e Direito na Perspectiva da Libertação*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 192.

jurídica como expressão da situação existencial dos povos. Tal ordem jurídica resulta de ser o Direito não um conjunto de normas mas, antes, a *pesquisa do justo*, o acesso à Justiça pela observação e pela intuição, que é percepção racional e até intuição sensível, aquela da sensibilidade artística. Em última análise, o *jurídico* é alcançado pelo homem existente (o ser-aí, o *Dasein*) em sua constituição fundamental, isto é, dentro da sua estrutura existenciária a que se dá o nome de *compreensão*, a qual se desdobra nos fenômenos sucessivos da explicitação (*Auslegen*) e interpretação. A visão ôntica (empírica) do fenômeno jurídico é abrangida pela visão ontológica, fenomenológica-existencial.

Na atualidade é em Heidegger que se coloca a questão do ser. É a partir do seu pensamento que podemos chegar à afirmação de que o Direito autêntico é a expressão da situação existencial do ser-aí.

É na *carência*, situação-limite, que se revela (se desoculta) o autêntico Direito, aquele que supre a falta de bens materiais, corpóreos e incorpóreos, e promove a igualdade pelo atendimento das necessidades vitais do ser-aí outro, constitutivamente igual ao mesmo. É no atender às necessidades existenciais do outro, que sofre privações nas coisas e na sua pessoa, que se revela o jurídico autêntico.

Nesse desvelar tem importância a consciência moral do ser-aí, que aceita sua própria nulidade e sua culpabilidade fundamental.<sup>3</sup> Não se exclui do Direito a "ressonância da subjetividade"<sup>4</sup> capaz de compreender, diante do rígido Direito Positivo, quais os meios hábeis para assegurar ao outro a realização de suas possibilidades. Assim, a atividade jurisprudencial não-exclui certa ética, enquanto filosofia prática, que implica habilidade, arte no agir.<sup>5</sup>

---

3. Pereira, Aloysio Ferraz. *Estado e Direito na Perspectiva da Libertação*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1980, pp. 199-200.

"O ser-culpado não resulta apenas de uma inculpação, mas ao inverso: esta só é possível *sobre o fundamento* (em razão de) um ser-culpado original. Assim, a culpabilidade do ser-aí, que é fundamento dos atos culposos, pecados e crimes que ele comete, tem por sua vez, como fundamento, uma negatividade, uma carência, que reside nele mesmo. E esta negatividade, este nada, inerente, original e constitutivo do ser-aí, vale dizer, do seu cuidado, manifesta-se quando vos translucidamos a nós mesmos (em nosso próprio ser)".

4. Cf. *op. cit.*, p. 190.

5. Não se exclui, na ontologia fundamental, o agir sobre si mesmo, uma espécie de "fazer-se" a si mesmo, uma filosofia de vida prática, que já entre os gregos era *moral social*. Daí a recorrência neste trabalho a Aristóteles — o retorno ao passado, a retomada é um modo subversivo de ser, pois se vai fundo na questão existencial. Retoma-se e restaura-se Aristóteles, para avançar com Heidegger, na questão do ser.

Não é difícil o encontro do modo autêntico do ser jurídico: a Justiça. A noção de Justiça no pensamento grego, em Platão e Aristóteles, é definida brevemente na "regra de ouro": *o seu a cada um*, que passa para o Direito Romano com Ulpiano "*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*"<sup>6</sup> Daí deriva ser injustiça não dar a cada um o seu, ou seja, na base da injustiça encontra-se a privação no patrimônio, nas coisas corpóreas ou incorpóreas, nos bens ou na pessoa de outrem; portanto, tudo muito concreto, não há abstração na referência do "seu". O *suum cuique*, em Aristóteles e no Direito Romano, não se funda sobre o conceito de Direito Subjetivo, que é estritamente moderno, mas sobre a distribuição justa dos bens, riquezas e ônus da sociedade — é o Direito Natural como método "experimental" método que conduz ao encontro das soluções justas, adequadas e úteis, baseado nas virtudes da Justiça e da prudência, esta disposição *sui generis* entre a ciência e a arte, que tem muito desta e bastante da filosofia, sem deixar de participar da ciência.<sup>7</sup>

A Justiça é o modo exigente da juridicidade, que tem raiz ontológica, no cuidado<sup>8</sup> e na culpabilidade assumida do ser-aí. Como virtude, a Justiça é "*disposição permanente do querer o bem*" bem que não-coincide com o homem, mas tem que ser realizado em si próprio, por esforço e energia em buscá-lo, pelo trabalho e pela arte. O bem pressupõe uma relação ao outro. O movimento de buscar o justo é uma espécie de *tekhne*, um fazer-se (esforço) e um fazer dirigido ao outro (arte). *O seu a cada um* perderia o sentido se o critério da atribuição fosse o mérito, como em Aristóteles, pois a analítica existencial do ser-aí, na seqüência de Heidegger, leva-nos a verificar que o homem não tem mérito algum. Os homens são iguais em sua nulidade. Para a realização da co-existência é preciso também deixar que cada um seja aquilo que é, supridas as necessidades vitais de alimento, abrigo, saúde, educação, que permitem igualdade social, política e jurídica. "*De cada qual conforme sua capacidade, a cada qual segundo suas necessidades*" — aquém de Aristóteles e um pouco antes de Heidegger.

A realização da Justiça funda-se sobre o modo constitutivo do ser-aí, sobre o *existencial*, que é ser-com-outrem e permite a juridicidade da existência

---

6. Digesto, I, 1, 10.

7. Cf. Villey, Michel. *Leçons d'histoire de la Philosophie du Droit*, Paris, Dalloz, 1962.

8. Cf. Heidegger, Martin. *El Ser, y el Tiempo*. Tradução de José Gaos, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, pp. 133 a 142.

autêntica o modo autêntico do ser jurídico. É, pois, a ontologia que fundamenta a igualdade política e jurídica na existência autêntica, pelo reconhecimento da recíproca alteridade dos coexistentes.

Definição de Justiça ou do jurídico, à luz dessa filosofia: modo de ser do ser-aí, no-mundo-com-os-outros.

A experiência constitui a base principal e a primeira condição do conhecimento; a constituição prática do homem existente permanece o essencial.

"A primeira consequência de ordem política a ser derivada da filosofia de Heidegger é a igualdade de todos os homens porque ontologicamente fundada na constituição originária do ser-aí. O método fenomenológico praticado pelo filósofo permite alcançar o universal concreto através do singular, isto é, descortina a inteligibilidade e o ser de todo o homem pela via da análise existencial ou ontologia fundamental"<sup>9</sup> Este singular, o ser-aí, não é indivíduo, é o ser-com, o ser-aí que se constitui no-mundo-com-o-outro. É o homem existente na sua condição solidária, na vontade permanente de *estar junto*, ou melhor ainda, de *ser o mesmo*.<sup>10</sup>

## 2. Pressupostos ontológicos para uma investigação fenomenológica do Direito

### 2.1. Ordem jurídica

Consideramos a *ordem jurídica* e não-ordenamento, que poderia referir-se tão-somente ao sistema normativo, nem *leis*, que poderiam ser relacionadas às instâncias arbitrárias de decisão e poder, nem tão pouco *Direito*, que pode ser visto apenas como conjunto de normas.

É um tornar a si mesma, esta ordem jurídica, que não-abandona a existência cotidiana do ente humano existente. Para bem entendê-la é necessário manter o interesse pela leitura dos jornais ("a moral é o jornal" é o *se*, o impessoal, é toda a gente, são todos os outros); é neles que se retrata a face do homem comum.

---

9. Cf. Pereira, Aloysio Ferraz. *Op. cit.*

10. Heidegger, Martin. *Op. cit.*, p. 141: "El 'ser relativamente a otros', sin duda es bajo el punto de vista ontológico, distinto del 'se relativamente a cosas ante los ojos'. El 'otro' ente tiene él mismo la forma de ser del 'ser ahí'. En el 'ser com' y 'relativamente a otros' hay, pues una 'relación de ser' de 'ser ahí' a 'ser ahí'. Pero esta relación, cabría decir, es la constitutiva del 'ser ahí peculiar en cada caso, que tiene una comprensión de su peculiar ser y se conduce así relativamente al 'ser ahí' El 'ser relativamente a otros' se torna entonces 'proyección' del peculiar 'ser relativamente a sí mismo' en otro. El otro es una doublette del sí mismo"

Se buscamos a face de *Sein*, se buscamos o ser no homem, não podemos deixar o *se* (o *man* alemão, o *on* francês), como expressão do homem comum, que queremos preservar e garantir como essencial ao homem existente. O que importa, também, é a existência cotidiana do ente humano, do *Dasein*.

A reflexão sobre o compromisso do extraordinário com o cotidiano (a necessidade de aproximar o inautêntico do autêntico) nasce das leituras diárias de jornal, da informação recebida pelos veículos de divulgação que registram e promovem a banalização da violência, da miséria, da fome e das guerras (que pela TV terminam por transformar-se em "videogame") "*é a banalização da tragédia*"<sup>11</sup>

Como se não-bastasse a crueza dos fatos, o noticiário manipula a opinião pública. Assim é com a pena de morte, retrocesso na história da humanidade. Se todos os argumentos contra fossem refutados, bastaria um só, de ordem lógica: não se justifica, em nome da vida, condenar à morte.

Entre o autêntico e o inautêntico não há o nada. Pode-se reduzir ou entender o Direito Positivo somente como a busca ou realização do inautêntico, do utilitário, do manipulável, do utensílio. Não menos inautêntico é o objeto da ciência (o que se põe como objeto da ciência); assim, o Sol, descrito pela ciência, não é a luz que uso ou o calor que procuro, como não é também a divindade incaica — é uma estrela de quarta grandeza. Eis a diferença entre o manipulável, o "à mão" (*das Zuhandenheit*) e o subsistente, o "diante da mão" (*das Vorhandenheit*), o objeto da ciência.

A saída para assegurar um terreno comum entre o manipulável (disponível) e o subsistente (o que se põe diante), o "lugar" onde encontramos o *Direito justo* — é o âmbito que constitui o objeto da arte.

Podemos conceituar *arte*, neste passo, como a *atitude integral* do homem existente ao deixar constituir-se um objeto, numa estrutura qualquer de ação, contemplação e conhecimento. O *justo*, a *solução justa*, é a obra de *arte do jurista*, como já o era no *homem justo*.

A arte, enquanto processo ou conjunto de modos de proceder, é o instrumento que nos dá acesso ao modo-de-ser-Justiça, o que coincide com a definição romana: *ars boni et aequi*. A arte libera a verdadeira essência dos entes, desvela o homem (individual ou coletivo) em seu ser, independentemente de sua

---

11. *Folha de S. Paulo*, Brasil (1-8), 13.01.93, "Na TV, ontem à noite", Globo brinca com a morte.

utilidade ou do seu estatuto científico. É ela que "humaniza" digamos "existencializa" o homem em suas relações não é um instrumento passivo.

Este modo de compreender é o reconhecimento da *vocação*, servindo a esta, servir-se-á ao ser - um aspecto do ser manifesta-se *originalmente* quando a relação da atividade é criativa por isso o êxito acompanha aquele que conhece bem seu ofício.

A possibilidade de assim pensar o Direito contraria autores como Jaspers, para quem o Direito é todo ele inautêntico - é a parte social, é obra do *se* deixando a Justiça para a moral.

Uma ordem jurídica verdadeira procura aproximar o extraordinário (o autêntico) do cotidiano (o inautêntico). Esta ordem jurídica é o compromisso do extraordinário com o cotidiano: é o retorno à Justiça (de certa forma, *ordem* no sentido social global, estrutural, de Aristóteles, e não-convencional, como em Ockham, Hobbes, talvez mesmo, sob certo aspecto, em Rousseau - ordem espontânea e planetária, enquanto modo de preservar a vida no planeta).

A ordem jurídica justa possibilita a existência humana no mundo, existência material e espiritual. Contribui para que a vida-no-mundo possa afirmar-se e tornar-se como dever-ser, aquilo que é. O dever-ser visa restaurar ou manter os entes em seu ser. Falar em Direito é falar em vida, que é liberdade, nunca opressão. A ordem está em tudo, é abrangente, inelutável. Mas é também a liberdade que nos possui, uma vez que só no projeto existencial social encontra-se a abertura para a liberdade do ser. Numa ordem que é natural-existencial são realizáveis os projetos individuais.

Nesse sentido, é que podemos dizer que o Direito está mergulhado nas condições existenciais, na produção da vida material e espiritual, na situação em que o homem pode atuar sobre e *com* a natureza para subsistir. O Direito não é somente fenômeno normativo, isolado, abstrato, arrancado da vida, mas é ela mesma enquanto convivência humana, co-existência, compreensão compartilhada.

Tomaremos como ponto de partida de nossas reflexões a seguinte definição do fenômeno jurídico:

"É um modo de ser do ser-aí, enquanto este é, originária e constitutivamente, ser-no-mundo e ser-com-outrem (*Mitsein*), bem como ser em comum e co-existência"<sup>12</sup>

---

12. Cf. Pereira, Aloysio Ferraz. *Op. cit.*, p. 168.

Coloca-se assim a questão da "estrutura formal" da indagação filosófica: a quem se dirige (quem é perguntado) e sobre o que se pergunta.

No caso do ser social, pergunta-se sobre a sociedade, sobre a essência e o *ser do direito* e a pergunta é feita à sociedade, enquanto modo de ser do ser-aí. Isto equivale a dizer que a pergunta tem que ser feita ao *ser-aí*, que é *ser-no-mundo-com-o-outro*, originária e constitutivamente,<sup>13</sup> se não se cai na velha metafísica de Aristóteles e Habermas. Este, ao eliminar o subjetivismo (que atribui erroneamente a Heidegger), liquida também a filosofia, principalmente a alemã (ao jogar fora a água do banho, lá se vai junto a criança). Há em Heidegger uma forma *aparentemente* subjetiva, mas claramente *social*, quando na estrutura originária do ser-aí revela-se a sua condição de *ser-com*. Melhor isto se esclarece.<sup>14</sup>

*"Apresentemente, nada está mais perto de um homem do que ele mesmo. Todavia, para que ele possa real e verdadeiramente compreender-se, é obrigado a compreender primeiro o mundo. Portanto, cada um de nós só chega à compreensão de si mesmo passando pela mediação do mundo e não-somente do mundo, mas também dos outros. Essa a aparência; a verdade porém é que o mundo e o outro são-nos dados simultaneamente e originariamente no próprio ser de cada qual. Ser para o homem, isto é, ser aí, significa ser com o mundo e ser com o outro"*

Para a pesquisa do justo deve-se partir não do indivíduo isolado, mas sim da sociedade. O pensamento jurídico da individualidade não-corresponde ao ser-autêntico do Direito, que se perdeu com o sistema capitalista de produção. O indivíduo só será *livre* para suas possibilidades quando a sociedade também for: Qual é o autêntico fim da sociedade? Realizar a existência autêntica do *ser-com*: igualdade para a liberdade, ou ainda: liberdade igualitária.

Por outro lado, não se pode criar oposição entre grupos particulares e a sociedade total. A época é planetária, isto significa que não nos podemos voltar para a particular, mas quando vemos as manifestações dos nacionalismos europeus e a formação da Comunidade Européia não podemos deixar de refletir como o universal reduz excessivamente o homem ao social e que se deve preservar o individual, sob pena de desagregação social.

Quando Ockham diz que não há universais, só há indivíduos - o real existente é o *singular* e a sociedade um nome coletivo de indivíduos, o que ele quer

---

13. Heidegger, Martin. *Op. cit.*

14. Cf. Pereira, Aloysio Ferraz. *Op. cit.*

é preservar o súdito, o cidadão, o sujeito, contra o Império e a Igreja. Quando Hobbes defende um individualismo, que é traído pelo absolutismo, ele considera absoluta sua análise. Se unirmos a lógica com os acontecimentos do tempo, poderíamos quem sabe "promover" esses dois ingleses a existencialistas, interpretando-os acima do que eles pensavam de si mesmos - e salvá-los... A perspectiva existencialista relativiza os fatos e faz que aqueles filósofos sejam vistos como homens de seu tempo. Assim, como epocais, têm de ser compreendidos.

Já em Durkheim se afirma a existência da sociedade com características diferentes dos indivíduos. É, de certo modo, o mesmo que dizer que a água não é simplesmente H<sub>2</sub>O, oxigênio e hidrogênio; é uma combinação nova, algo diferente de seus componentes.

Por isso, quando buscamos o ser do Direito, vamos encontrá-lo na estrutura *ser-no-mundo-com-o-outro*. O ser do Direito não é o total nem o individual - é a estrutura originária do *ser-aí* como afirmação de co-existência.

A ontologia tradicional leva água para o moinho dos universais ou dos individuais. Ao contrário, na ontologia fundamental de Heidegger, o homem não é só ele ou o exterior - é as duas coisas, como o côncavo e o convexo do mesmo sólido geométrico. Não há exclusão de um modo de ser singular, interior, para privilegiar o modo de ser social.

## 2.2. Povos (e não-Estado)

Quando pensamos em um Direito para a América Latina, com hermenêutica apropriada, não introduzimos em sua representação nenhuma abstração ou símbolo, nem bandeiras, nações ou Estados. O nosso interesse está na afirmação e defesa do *povo latino-americano* e não da América Latina, isolada da convivência dos demais povos. Esse povo é objeto de um processo histórico de dominação e meio de enriquecimento dos povos do primeiro mundo.

A preocupação central é a distribuição e a participação na riqueza que permitam aos países periféricos ou marginais (em relação aos Estados centrais ou imperiais) mais gravemente aos países excluídos<sup>15</sup> serem donos de seu próprio

---

15. *Folha de S. Paulo* (caderno Mundo) de 28.10.91 sob título: Nova Ordem Mundial cria império do norte contra "bárbaros" do sul. *Subtítulo*: apesar dos conflitos entre os novos blocos ricos, todos se unem contra a invasão da miséria.

A manchete do jornal se refere à obra de um historiador francês, Christophe Rufin, *O Império e os novos bárbaros*, na qual expõe sua tese: o Império precisa de seu "duplo", de inimigos, para subsistir.

destino, uma vez providas as condições de existência material e possibilitado o projeto social que permita a liberdade de ser em sua historicidade, e a superação, na situação internacional, do subdesenvolvimento. É a promoção de uma vida melhor, que se deve conter na ordem jurídica dos povos latino-americanos, como expressão de sua situação existencial.

Escolhemos, como direção à marcha de nossas reflexões, a ontologia de Heidegger que, ao pensar o ente em seu ser, permite que pensemos o Direito em devir no tempo e na história, enquanto busca e realização da Justiça. E isto, para as necessidades latino-americanas, significa identificá-la com a justa distribuição de bens e ônus sociais. E, em termos planetários, a Justiça alcança uma significação de co-existência para preservação da vida e do próprio planeta.

Se a *polis* aristotélica mantinha a coesão social pela equitativa distribuição de bens e encargos, seu primeiro cuidado era a preservação de sua existência como bem comum. À sociedade política cumpria assegurar, com as virtudes dos cidadãos, a produção das condições existenciais na ontologia do Estagirita, *ser e bem* (que inclui a Justiça) são conversíveis, o que nos faz pensar em Aristóteles como um existencialista "*avant la lettre*"

### 2.3. Expressão (manifestação)

A ordem jurídica como expressão não é algo tirado do "mundo dos valores", algo ideal; não é naturalmente diferente da própria existência social.

Sobre as constantes axiológicas há aqui uma proposta de inversão a se fazer. Há variáveis axiológicas, mas há que se substituir o sestro de se falar em axiologia, que podemos esvaziar perguntando: Quem é o homem para fixar seus valores supremos? Qual o homem suficientemente bom para reformar seu semelhante, se não pode a si mesmo reformar? Proclamar o homem mesmo, e só, o seu valor supremo é a sua "suprema blasfêmia" Blasfêmia contra Deus, se quiserdes, contra o ser sempre em devir, contra o destino oculto e certo à nossa espera.

Assim, a ordem jurídica enquanto expressão é a manifestação de existência social do *ser-á*; é o *como* do "tornar-se o que se é" nietzscheano, ou curiosamente concludente em tradução de Portugal "*como se vem a ser o que se é*"

---

Os que se encontram na "área devastada", com a qual o norte não tem qualquer interesse na profundidade do continente pouco importa quais sejam suas crises ou suas soluções.

#### 2.4. Situação Existencial

A *situação existencial* como pressuposto filosófico para a abordagem de um modo de ser do homem o modo de ser jurídico permite reconhecer, sem pudores, a importância das condições existenciais de vida as necessidades materiais, o uso e a produção das coisas, o sexo, ou tantas mais que se possam apresentar, e que são reconhecíveis na *mundanidade* do homem, ou seja, no fato dele existir no mundo e estruturalmente *ser-no-mundo-com-outro*.

A expressão *situação* deve aqui ser entendida como conjunto de relações nas quais o ente humano existente *se encontra no mundo e com os outros*. Este *encontrar-se*, desde sempre, é o estar em situação. Atende ao que se pode dizer como característica do *ser-aí* (sempre entendido como ente humano existente) na filosofia da existência: a relação do homem consigo mesmo e com o outro; esta relação exprime-se sempre como *possibilidade*, sem necessariamente ser garantida, daí as mudanças imprevistas do ser (as "viradas" históricas, por exemplo). Este encontrar-se *em situação* é sempre um estado de derrelicção, de "lançado ao mundo" abandonado a um determinismo que pode impedir ou não as ações humanas, já que sempre é possível trabalhar para mudar uma situação.

A filosofia da existência, como preferimos chamar ao modo de pensar que parte da *análise da existência* (como modo de ser no mundo - numa *situação* determinada com o outro), vale-se deste instrumental analítico que é comum às diversas correntes existencialistas, mas tem pressupostos e conclusões diferentes das correntes filosóficas do existencialismo em geral. O ente interrogado é o *Dasein*, em sua estrutura originária e constitutiva (enquanto ser social). A análise existencial é análise das situações mais comuns ou fundamentais em que o homem vem a encontrar-se. E a situação analisada é a de derrelicção econômica. O que chamamos de *fenomenologia existencial* é o primeiro existencialismo de Heidegger em *Ser e tempo* e o marxismo humanista com todas as alterações políticas do socialismo real. É a consideração de uma "zona de silêncio" onde não haja a dissolução do ser no valor - é como criar uma zona livre do valor de troca, em que se possa descortinar a possibilidade de uma nova experiência humana experiência de plenitude. Existir significa, então, estar *em relação* com o mundo, isto é, com as coisas e os outros homens. Neste sentido, *existencial* é a estrutura originária e constitutiva do *ser-aí*, que é ser-no-mundo e ser-com-o-outro (ambos são existenciais, como Heidegger

chama). Assim, situação existencial é o encontrar-se no mundo com o outro, como seres lançados para a morte.

Karl Jaspers vê o homem existente *em situação*, condicionado por fatos que o impedem de querer e agir de modo diferente daquilo que é (ainda que seja possível a mudança de uma situação pelo trabalho humano). Para ele, há situações-limites “*situações que subsistem em sua essência, ainda quando se modifique a sua aparência momentânea e se dissimule sob um véu a sua onipotência: tenho de morrer, de sofrer, tenho de lutar; estou sujeito ao acaso, encontro-me inevitavelmente preso aos laços da culpabilidade*”<sup>16</sup> - que levam o homem “*desde o fundo de si mesmo, a buscar, através do malogro, o caminho do ser*”.<sup>17</sup> Neste sentido, existir é sempre existir numa situação determinada; não se pode viver sem luta e sem dor e a todo momento somos levados a decidir em relação à situação que se nos apresenta - decidir pelo superficial ou inautêntico, ou pelas determinações profundas da autenticidade.

Aqui se coloca o problema da hermenêutica. Se o ser do ente humano existente é *cuidado*<sup>18</sup> nas relações com o mundo e com o outro - ele se ocupa e se preocupa para atender ao cuidado de sobreviver e viver, e vencer as situações-limites - o fenômeno jurídico revela-se como modo de ser, estrutura existencial que permite atender ao cuidado. É a compreensão do *cuidado* que permite desvelar-se o fenômeno jurídico no seu ser - a Justiça.

Em Heidegger a compreensão é sempre prévia - começa com o sentimento de encontrar-se alguém no estado de lançado ao mundo (estado de derrelicção), seguido do sentimento da situação, num mundo de cuidado, ocupação e preocupação. Este situar-se, este encontrar-se é elemento inerente ao ser-aí para lhe dar seu ser-no-mundo-com-o-outro: a compreensão.

O intérprete, que não é só um observador, mas é ator do drama existencial, tem uma compreensão prévia anterior a toda assimilação de cultura. Essa compreensão é um *a priori*, antecipa e prefigura toda a nossa experiência - a pré-compreensão diz respeito à própria natureza do ser-aí (do ente humano existente), é aquela estrutura que o ser existente tem. A analítica do ser-aí - chamada também

16. Jaspers, Karl. *Introducción a la filosofía*, Paris, Plon, 1950, pp. 19 e ss.

17. *Id.*, p. 22.

18. Heidegger, Martin. *El ser y el tiempo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, p. 309: “*El ser del 'ser-aquí' es la cura*”

ontologia fundamental é o exercício do método fenomenológico, a superação da crítica de Kant, que vê o homem só como razão e não como totalidade, onde, além do pensar, há corpo, humor, sentimento; a análise do ser humano em Heidegger é abrangente e esta pré-compreensão é temporal e histórica, portanto não tem a universalidade da razão calculante, dos conceitos do intelecto.

É a partir da analítica do *ser-aí* que podemos compreender a situação existencial do homem latino-americano e do brasileiro, em particular, num conjunto de relações planetárias onde a "civilização" ocidental está em crise.

A crise do humanismo em Heidegger está ligada à técnica, que na sociedade de organização total, racionalmente dirigida, obscurece a formação do homem como ser cuja cultura terá que compreender *o outro*, parceiro em um mundo que se revela como inautêntico, já que suas possibilidades de existência não se podem dar. O humanismo em Heidegger não é aquele em que o homem (o próprio, *o mesmo*) se torna o centro do mundo, mas aquele em que o homem se reapropria do *ser-com* (modo de ser, num mundo que de outra forma se extinguiria pelo triunfo da civilização técnica). Seu humanismo é uma radical recusa de sentido e valor do niilismo. Há um niilismo reativo - esforço para recuperar o ser no mundo do valor da troca, em cuja reapropriação suas possibilidades de existência se dêem como real, naquele ser que assume o *ser-para-a-morte* - a reapropriação é a decisão de assumir a morte e realizar as possibilidades de existência humana.

A resistência à realização do niilismo - *pathos* de autenticidade - é a ordem a qual devem atender não-só os povos latino-americanos, mas também todos os povos do planeta.

É assim que podemos *ver* o Direito não-somente como criação da sociedade, da cultura. O fundo existencial do Direito tem como traço distintivo a sua identidade universal, de seres-para-a-morte que, derrelictos, procuram *em relação* sobreviver para viver. A sobrevivência passa pelo econômico, que é um modo de ser, e não um modo de ação do poder. Nisto consiste a universalidade do Direito. No particular, porém, o fato do homem viver numa sociedade e não em outra, *viver-em-situação*, faz com que o Direito tenha múltiplas manifestações, como produto cultural, diverso e mutável.



# LIBERDADE E AÇÃO NA TEORIA POLÍTICA DE HANNAH ARENDT

*Eduardo Carlos Bianca Bittar*

Doutorando pelo Departamento de Filosofia e Teoria  
Geral do Direito da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

*Samuel Rodrigues Barbosa*

Doutorando pelo Departamento de Filosofia e Teoria  
Geral do Direito da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

## Resumo:

Uma proposta sobre a liberdade do exterior e a liberdade do interior, segundo Hannah Arendt, além de uma nova ontologia da liberdade. Esses são os temas abordados pelos autores que, neste trabalho, se esforçam para dirigir as idéias da filósofa de origem alemã e formação judaica, quanto ao aparecimento da liberdade extraída de seus textos sublimes, tais como "A Vida do Espírito" e "Entre o Passado e o Futuro".

## Abstract:

A proposal on the freedom of the exterior and the freedom of the interior, second Hannah Arendt, besides a new ontology of the freedom. Those are the themes approached by the authors that, in this work, they make an effort to drive the philosopher's of German origin ideas and Jewish formation, with relationship to the emergence of the extracted freedom of your sublime texts, such as "The Life of the Spirit" and "Between the Past and the Future".

**Unitermos:** liberdade exterior; liberdade do interior; ontologia da liberdade.

## Sumário:

1. A proposta de Hannah Arendt; 2. A liberdade do exterior e a liberdade do interior;
3. Por uma ontologia da liberdade; Bibliografia.

## 1. A proposta de Hannah Arendt

A liberdade é um fenômeno perceptível na vida comum: nos diretivos de conduta, na fabricação, na obediência e recusa à ordem. A legislação e a arte política com suas justificações parecem depender da existência da liberdade.<sup>1</sup>

Mas essa base comum, de certa intuição e evidência, apreensível pela experiência do comum dos homens, em nada assegura uma delimitação mais precisa da noção da liberdade, sempre de difícil delimitação. Assim, a tematização fundamentada e justificada de sua existência esbarra em várias dificuldades, a despeito de sua aparente evidência.

A fortuna das discussões históricas em torno do problema robustece ainda mais as dúvidas, o que aguça certo ceticismo para sua demonstração. Talvez, desde já, deva-se admitir seja a liberdade mais um termo metafísico, destes que não resistiriam a uma terapia mais acurada da linguagem – devendo a análise ser abandonada sem arrependimento. Mas uma suspensão de juízo sobre esse termo *mysthicus* significaria rejeitar apressadamente um terreno que assegura a própria tematização do Direito e, em termos mais amplos, de qualquer ação social. Daí a necessidade de encaminhamento da discussão para um campo sólido. Há, pois, fartas razões para tentar redefinir a noção da liberdade.

A proposta de Hannah Arendt não-*prima* nem pela abstenção de juízo e nem pela epistemologização excessiva da temática. Sua proposta é pôr em debate esse tema da metafísica política, e, com o enfoque que confere ao tema, sem dúvida, acompanha o dilema da erosão dos principais cânones erigidos pela tradição. De fato, a desarticulação das estruturas cristalizadas, constatada e declarada por Marx e por Nietzsche, gerou um processo de ruptura entre o passado e o futuro, o que não é negligenciado por Hannah Arendt.<sup>2</sup> Também tem-se presente que a questão da liberdade ganha atualidade com a irrupção dos eventos totalitários da primeira metade deste século, com ênfase para as experiências anti-semíticas nazistas, que absorveram o cidadão em uma estrutura ideológica sem medida, fazendo-o escravo e alvo do próprio Estado (*Reich*).<sup>3</sup>

---

1. Cf. *Entre o passado e o futuro*, 1972, p. 189.

2. Cf. Lafer, *Da dignidade da política*, Prefácio à obra de Hannah Arendt, *Entre o passado e o futuro*, 1972, pp. 9-27.

3. Consulte-se a este respeito, da autora, a obra *As origens do totalitarismo* (*The origins of totalitarianism*), e, também, Eduardo C. B. Bittar, *La reconstruction des droits humains d'après Celso*

A autora procura, ao dissecar a questão da liberdade, dar cobro da noção historicamente construída que equaciona a liberdade ao livre-arbítrio.<sup>4</sup> A ruptura com essa tradição só pode conduzir a especulação para o estudo da liberdade no seio das discussões políticas.<sup>5</sup> O que a filosofia fez, e que Hannah Arendt procura desfazer, foi conduzir o debate acerca da liberdade a um solo pantanoso, tendo sido feito dela um atributo da vontade. Com isto, na crítica arendtiana, a liberdade foi deslocada de sua verdadeira sede: o campo político.<sup>6</sup>

É de se assumir, neste debate, que sem liberdade no espaço público, a todos garantida, não se pode verdadeiramente falar em liberdade.<sup>7</sup> "Re-situando" a liberdade em meio ao público, porque o homem não-existe só e muito menos vive só, constrói-se ao nível da ação um nicho do agir conjunto. A ação é "re-conceituada" *locus* da liberdade, sede da mudança, sede da sempre perpétua ligação entre o que é e o que será (passado/futuro), sede do novo, sede do porvir, sede do aparecimento de novos eventos históricos, no incalculável do que ainda não é; o nicho do fazer é o da ação. Onde imperam a intersubjetividade, a dialogicidade e a comunicação deve se posicionar o estudo da liberdade.<sup>8</sup>

Mas essa "re-conceituação" da liberdade se dá após o salto de duas linhas de forças, as matrizes da discussão do problema da liberdade. Importa discutir esse duplo vetor, anotar uma perversão histórica da liberdade como vontade livre, para, por fim, decidir por uma pesquisa ontológica do problema da liberdade.

---

Lafer: points de repère pour l'étude de la problématique de la rupture totalitaire, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 90, pp. 399-410, São Paulo, 1995.

4. "A liberdade, enquanto relacionada com a política, não é um fenômeno da vontade" (Arendt, *Entre o passado e o futuro*, 1972, p. 197).

5. "A *raison d'être* da política é a liberdade, e seu domínio de experiência é a ação" (Arendt, *Entre o passado e o futuro*, 1972, p. 192).

6. Cf. Arendt, *Entre o passado e o futuro*, 1972, p. 191.

7. "Sem um âmbito público politicamente assegurado, falta à liberdade o espaço concreto onde aparecer" (Arendt, *Entre o passado e o futuro*, 1972, p. 195).

8. "O campo da política é o do diálogo no plural que surge no espaço da palavra e da ação – o mundo público – cuja existência permite o aparecimento da liberdade" (Lafer, *Da dignidade da política*, Prefácio à obra de Hannah Arendt, *Entre o passado e o futuro*, 1972, p. 21).

## 2. A liberdade do exterior e a liberdade do interior

A primeira linha de força já foi mencionada, trata-se da identificação da liberdade com o livre-arbítrio (*liberum arbitrium*), equação sugerida na Antigüidade tardia que conferiu ao tema da liberdade uma certidão de nascimento no *corpus* filosófico. Essa equação significou um desvio do tema da liberdade ao ser formulado como um atributo da vontade do sujeito, que poderia ser experimentada em solidão.

Na fortuna grega, a experiência da liberdade, embora fosse conhecida no terreno especificamente político, não estava integrada ao *corpus* filosófico. Não havia uma fundamentação filosófica. O *bios* do filósofo não era a *vita activa*, mas a *vita contemplativa*.<sup>9</sup> Na filosofia política aristotélica, por exemplo, o esforço de domar o acaso e a busca da autarquia da *pólis* está em dependência de um conceito de imitação que não estava na base da *práxis* política, mas já era uma noção especulativa com forte conotação teológica.<sup>10</sup> Em Platão, e é Hannah Arendt que analisa o mito da caverna, o critério para o juízo político não é dado pelos negócios humanos, mas pela contemplação do ser que essencialmente é, a Idéia (*eîdos*). Em particular, a idéia de Bem, que servirá como padrão para a justa medida. Não se trata de dizer que a liberdade não era conhecida na Antigüidade, mas sim que somente adentrou ao quadro da história da filosofia tardiamente.<sup>11</sup> O filósofo não se compunha com a *pólis* que era o *lócus* da liberdade, do fazer político. Com isto, o problema da liberdade em si não foi tematizado. A liberdade, assim, se contextualizou em função de necessidades históricas que compeliram o seu florescimento filosófico.

Surge aqui, portanto, um flagrante conflito entre as noções de liberdade interior da filosofia e liberdade exterior da política, o que é a chave para a compreensão do dilema entre *theoría* e *práxis* em Hannah Arendt.<sup>12</sup>

---

9. Em outra passagem Hannah Arendt assinala-nos que: "À antiga liberdade em relação às necessidades da vida e à compulsão alheia, os filósofos acrescentaram a liberdade e a cessação de toda atividade política... (A condição humana, 1988, p. 23). É este, especificamente, o bem do *otium*, ou seja, a libertação das amarras políticas e domésticas.

10. Cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr., *La noción aristotélica de justicia*, in Atlântica, Madrid, III/166-194, março-abril, 1969.

11. Cf. Arendt, *Entre o passado e o futuro*, 1972, pp. 204-205.

12. Excelente estudo, além daquele constante d'*A condição humana* de Hannah Arendt, sobre o problema do surgimento da dicotomia *theória/práxis* na Antigüidade, encontra-se em Werner Jaeger,

Essas duas linhas, que são a fortuna da tematização sobre a liberdade dão a urdidura do texto. A perda operada com a passagem da Antiguidade para os períodos pré-medieval e medieval importou na criação de uma fissura não-superada nem pelos filósofos da consciência da Idade Moderna (Rousseau, Locke, Hobbes...), nem pelos filósofos metafísicos (Kant, Hegel...); a oscilação continuou a se operar entre a liberdade como vontade ou como razão prática. Da vivência política, de exterioridade, de agir conjunto, passou-se irremediavelmente para a consciência, para a vontade em conflito (quero-mas-não-posso de Paulo de Tarso), enfim, para a interioridade (*quaestio mihi factum sum* de Santo Agostinho).

O esforço teórico de Hannah Arendt vem no sentido de recuperar algumas destas perdas, "re-situando" o problema, na atualidade, em seu eixo. A liberdade é mais que atributo da vontade, "é na verdade o motivo por que os homens convivem politicamente organizados" (Arendt, *Entre o passado e o futuro*, 1972, p. 192).

Hannah Arendt anota que a emergência do conceito de liberdade como interioridade está ligada à derrocada da experiência política romana. A aceitação da liberdade de consciência coincide com certo refluxo da experiência política.

Posteriormente, ocorre uma reapropriação política da noção de liberdade. Isto se dá com a noção de soberania – uma espécie de hipérbole do livre-arbítrio. Ora, a descoberta da vontade se deu ao mesmo tempo que a descoberta de sua impotência. Na distinção pauliana entre poder e querer, bem como na interpretação agostiniana da monstruosa faculdade que se desdobra em um querer e em um não-querer, percebem-se dois movimentos interiores ao homem, como se houvesse duas vontades presentes no mesmo ser. Essa duplicidade não se resolve pela própria faculdade da vontade. A solução dessa duplicidade desemboca na opressão que evita a paralisia do querer e não-querer. Há a certidão de nascimento da opressão, como coeva da liberdade, como interioridade. O problema da opressão é intrínseco e perene. O retorno à política desse conceito de liberdade relacionado ao querer vai aparecer na soberania. A política e a liberdade passam a referir-se ao sujeito, ao indivíduo que pactua o surgimento do Estado, por exemplo. Da mesma

---

*Sobre el origen y la evolución del ideal filosófico de la vida:* Apêndice I à obra *Aristoteles*, pp. 467-515, 1992. Este texto situa o surgimento da noção de *theoria* a partir da interpretação pitagórica da experiência circense de expectativa, ou seja, de observação das coisas, em contraste com a experiência ativa (*práxis*), participativa, que situa o homem como ser agente e não como observador. Consulte-se, ainda, o texto de Hans Blumemberg, *Il riso della donna di Tracia: una preistoria della teoria*, 1988.

forma que um querer se sujeita ao outro, na vida política a obediência, ainda que racionalmente explicada, é condição para a liberdade.

A autora refuta a necessidade dessa derivação. "*A famosa soberania dos organismos políticos sempre foi uma ilusão, a qual, além do mais, só pode ser mantida pelos instrumentos de violência, i.e., com meios essencialmente não políticos (p. 213)*" Conceituar a liberdade como um querer que depende da submissão não pode instaurar a política. A violência é um expediente sempre necessário, o que mostra que a soberania como cimento do corpo político não garante a fundação da ação política. É preciso, portanto, renunciar à noção de soberania.

### 3. Por uma nova ontologia da liberdade

Tendo em vista estes dilemas, a autora vai explorar a articulação do problema da liberdade como vivenciada apenas no processo da ação e em nada mais. Será um retorno a Agostinho, mas não à matriz cristã que conduziria novamente à noção de livre-arbítrio (*liberum arbitrium*). Se dá um retorno ao Agostinho romano, que assiste à dissolução das instituições políticas romanas. Em sua obra final, *The life of mind*, a autora vai fundar esse retorno, que é um momento de iluminação arendtiano por excelência, na base de uma ontologia política romana, não-cristã. Com efeito, há em Agostinho um conceito de liberdade que não é problema da faculdade da vontade.

O homem é livre porque é um começo (*initium*). Há a referência a Agostinho: *Initium... ergo ut esset, creatus est homo, ante quem nullus fuit*.<sup>13</sup> Enquanto o mundo e os seres foram criados do nada (*ex nihilo*), o homem foi criado após o mundo. Com a criação do mundo foi criado o tempo. O homem é após o tempo. É um início já no tempo. Sempre individualmente, ele é um início, e por isso é pessoa. É porque tem essa peculiaridade de ser criatura temporal, que sabe da sua morte, que conhece seu termo final. O animal é liberto da expectativa da morte, avança eternidade a dentro, como jorram as fontes (Rilke).

Porque é um começo, o homem pode começar. A autora definirá a liberdade como a pura capacidade de começar. Trata-se de um começo não *ex nihilo*, mas de um começo a partir da ação, e da ação situada no terreno público.

---

13. Cf. Arendt, *A vida do espírito*, 1993, p. 348.

O esforço se dirige para preparar as condições do aparecimento da liberdade. O espaço concreto do seu aparecimento. E isto só é possível se se não aceitar o refluxo da interiorização da moralidade. A liberdade se dá na ação no mundo, na exterioridade. É aqui (na exterioridade), e não ali (na interioridade), que se a percebe, se a vislumbra, se a faz acontecer. A tematização da liberdade, nesses termos, é representativa de um olhar fenomenológico. Procurar a clareira para o *quid* da liberdade. E, na ação, aparece a liberdade com seu brilho.

Percebe-se ainda mais, da leitura de seus textos, que ganha ênfase o aspecto ético da conduta humana, que se lastreia na imitação, segundo a melhor tradição da Antigüidade. Há um estudo da virtude da coragem, nos moldes das descrições gregas do *éthos* humano. A liberdade está, para sua ocorrência pública, na estrita dependência de atos de coragem; coragem no início, no "re-início" na fundação, na revolução, no "re-começo" Em verdade, o que há é um esforço de construção de uma "cosmologia" política, com a definição dos milagres – a irrupção improvável no curso do tempo. Neste sentido, mencionam-se os milagres na natureza, como a vida; bem como os milagres da ação do homem, e este é o caso das revoluções. Dos milagres na história, ao menos, conhecemos o autor, é o homem.

Toda a discussão que ora se procura colocar em destaque redundando num momento de suspensão, e esta suspensão final corresponde à não-proposta da autora de enclausurar a liberdade teoricamente, pois se procura enfatizar que: "*Somente os homens, por terem recebido o dúplice dom da liberdade e da ação, podem estabelecer uma realidade que lhes pertence de direito*"<sup>14</sup>

Assim analisado, abordado e discutido, o problema da liberdade em Hannah Arendt parece apontar para o que a própria autora aceita como postulado da liberdade, ou seja, para uma nova ordem (*novus ordu[m] seculorum*), ordem esta que está entre as possibilidades humanas de construção do futuro.

São Paulo, maio de 1999.

## Bibliografia

ARENDRT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Trad. de Mauro W Barbosa de Almeida. 2ª ed., São Paulo: Editora Perspectiva, 1972.

---

14. Arendt, *Entre o passado e o futuro*, 1972, p. 220.

- ARENDDT, Hannah. *A vida do espírito: o pensar, o querer e o julgar*. Trad. de Antônio Abranches, Cesar Augusto R. de Almeida e Helena Martins. 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Relume Dumará, 1993.
- \_\_\_\_\_ *A condição humana*. Trad. de Roberto Raposo. 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1988.
- BITTAR, Eduardo C. B. La reconstruction des droits humains d'après Celso Lafer: points de repère pour l'étude de la problématique de la rupture totalitaire, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 90, São Paulo, 1995, pp. 399-410.
- BLUMEMBERG, Hans. *Il riso della donna di Tracia: una preistoria della teoria*. Trad. de Bruno Argenton. Bologna: Il Mulino, 1988.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *La noción aristotélica de justicia*, in *Atlântica*, Madrid, III/166-194, março-abril, 1969.
- JAEGER, Werner. *Sobre el origen y la evolución del ideal filosofico de la vida: Apêndice I à obra Aristoteles*, Trad. de José Gaos, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 467-515.

***JURISPRUDÊNCIA COMENTADA***



# A CERTEZA E A SEGURANÇA COMO VALORES FUNDAMENTAIS NA DECLARAÇÃO DO DIREITO E NA REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA, E O MODO DE ATINGI-LAS

*Custódio da Piedade Ubaldino Miranda*  
Professor Doutor do Departamento de Direito Civil da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## Resumo:

O artigo pretende demonstrar que as decisões judiciais devem nortear-se, na declaração do direito, no caso concreto, que resultará sempre do que abstratamente se acha previsto nas normas legais, quer de direito material, quer de Direito Processual, aplicadas mediante prévia interpretação teleológica e sistemática das mesmas, pelos princípios gerais da Ciência do Direito, que serão as válvulas de controle da correta aplicação daquelas normas que regerão o mesmo caso concreto. Com isso, alcançar-se-á não-só a realização da Justiça, entendida esta como a prevalência, legalmente fundamentada, de um dos interesses conflitantes em detrimento do outro, mas também a certeza e a segurança jurídicas, valores intimamente ligados ao da Justiça, com a conseqüente uniformização da jurisprudência, além do mais. Procurou-se ilustrar as idéias expendidas com comentários a dois acórdãos de tribunais diferentes do Estado de São Paulo.

## Abstract:

The article intends to show that, in the declaration of law in the concrete case, which will always result from that which is provided in an abstract manner in the legal rules whether of material or Procedural Law, enforced through prior teleological and systematic interpretation of same, the court decisions should guide themselves by the general principles of the science of law, which will be the control valves for the correct enforcement of the same legal rules which shall govern the same concrete case. Thus, not only will Justice be achieved, which is to be understood as the lawfully founded prevalence of one of the conflicting interests to the detriment of the other, but also legal certainty and security, which are values intimately related to the value of Justice, with the consequent uniformity of case law, apart from everything else. An attempt was also made to illustrate the ideas put forward with comments on two decisions held by two different high courts in the State of São Paulo.

**Unitermos:** decisões judiciais; aplicação dos princípios gerais; realização da Justiça; certeza e segurança jurídicas, uniformização da jurisprudência.

O que nos propomos tratar aqui é mostrar como e porque as decisões judiciais deverão nortear-se, na declaração do direito e na realização da Justiça, por critérios científicos, mais precisamente, porque as decisões judiciais haverão de se fundamentar mediante a aplicação das normas legais, atinentes ao caso concreto, e dos princípios gerais que constituem verdadeiras conquistas da Ciência do Direito, princípios, na sua maioria, velhos de séculos, mas sempre revitalizados à luz do que vão desvendando os doutrinadores, no seu paciente labor de investigação científica.

Vêm estas considerações, a propósito do fato, de que dificilmente isso ocorre na maioria das decisões judiciais de nossos juízes e tribunais, especialmente ao nível dos tribunais inferiores, salvo exceções que sempre existem, não-só nos tribunais deste Estado, mas também, e até em maior número, nos do Sul do País, até mesmo quando alcançam resultados satisfatórios na resolução dos conflitos de interesses.

Uma fundamentação convincente pode até desencorajar a parte vencida a recorrer, com o que poderá contribuir-se para o descongestionamento do acúmulo dos processos, com todas as vantagens inerentes. Todavia, e não-obstante, dificilmente os tribunais reconhecem que suas decisões são passíveis de crítica, por forma a que o que já foi decidido possa vir a ser modificado, embora reconheçam até, por vezes, a consistência dos argumentos que lhes são apresentados, em sentido contrário, aferrados, por exemplo em matéria dos embargos de declaração, à idéia de que eles não devem ter caráter infringente.

Embora a jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça já tenha reconhecido, por um lado, que eles se destinam ao aprimoramento da prestação jurisdicional e que os juízes não devem vê-los como crítica ao seu trabalho, mas como instrumento de aperfeiçoamento das suas decisões, e, por outro, que os embargos de declaração podem, em certos casos, ter efeitos infringentes e, como tal, modificar até o julgado, pode se dizer que, não-obstante, rarissimamente, só quando se tratar de erro notoriamente grosseiro os embargos surtem aquele efeito modificativo.

Comentaremos, à luz destas considerações, duas decisões, proferidas por tribunais diferentes deste Estado.

Recentemente, numa decisão de uma das Câmaras do Egrégio Segundo Tribunal de Alçada Civil deste Estado, o juiz relator, acompanhado pelos demais membros da Câmara, chegou a afirmar textualmente no acórdão proferido em embargos:

*"A conclusão do acórdão pode não ser tão-evidente, mas, 'data venia', deve prevalecer"* sendo que anteriormente se afirmara: *"os argumentos da recorrente foram muito bem expostos, mas esbarram com a lógica"*

E qual era essa lógica? É necessário, antes do mais, saber qual era o caso que se julgava.

Tratava-se de um agravo de instrumento, interposto pela exeqüente, do despacho que, mui lógica e coerentemente, indeferira a extração da carta de sentença, porque a apelação, interposta pela executada da sentença proferida nos embargos à execução, havia sido recebida *"nos seus regulares efeitos"* A exeqüente não-recorreu do despacho, deixando-o transitar em julgado, mas requereu a extração da carta de sentença para iniciar a execução provisória, que foi indeferida, precisamente porque a apelação havia sido recebida, como o disse expressamente o magistrado, *"em ambos os efeitos"*

A exeqüente agravou deste último despacho, com o fundamento de que os embargos haviam sido julgados *parcialmente* procedentes e que, tendo ela decaído em parte mínima, *"significa que há parte substancial dos embargos que foi julgada improcedente e, quanto à esta parte, com certeza, só pode haver efeito devolutivo ao apelo interposto"*

Deixaremos para logo mais a crítica à lógica simplista desta argumentação, infelizmente acolhida pelo acórdão, para apontar, antes do mais, dois graves equívocos em que, em nosso entender, ele incorreu e que, não-obstante tacitamente reconhecidos, assim o cremos, não produziram qualquer efeito nos embargos de declaração.

O primeiro é o de ter permitido reabrir-se a discussão sobre uma questão já decidida, ou seja, os efeitos da apelação da sentença que julga os embargos *parcialmente* procedentes, afastando pura e simplesmente a incidência, no caso, do art. 473 do Código de Processo Civil que dispõe: *"É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão"*

Nem se diga, como se fez no acórdão, que *"o recurso é tempestivo, porque a embargada não podia recorrer da decisão que recebeu a apelação 'em seus regulares efeitos' Se ela entendia que só o efeito devolutivo seria regular, não se podia sentir prejudicada pela decisão. Só ocorreu gravame quando o magistrado declarou que 'regulares' eram ambos os efeitos"*

Nada justifica esta conclusão. Antes de mais, não cabe aos tribunais defender a interpretação de uma decisão ou de um despacho, de uma das partes. A sua missão constitucional é a de interpretar a lei para declarar o direito para o caso concreto, *supra partes*. Nessa tarefa, cumpre-lhe apenas dizer se a interpretação que a parte deu a uma determinada decisão ou despacho está ou-não correta, em face da lei.

Por outro lado, não se diga também que a lei deve ser humanamente interpretada<sup>1</sup> e que o rigor da lei, ou seja, a consagração do instituto da preclusão, pode ser relevado na medida em que atende ao interesse de uma das partes, precisamente aquela que venceu a demanda, na sua maior parte. Este argumento confunde-se com o próprio mérito do agravo de instrumento e por isso será tratado mais adiante. Mas há que notar, desde logo, que haveria, nessa conclusão, uma abordagem meramente emocional, já que nenhum argumento racional justifica que se chegue a uma tal conclusão.

Mais ainda, basta dizer que a realização da Justiça supõe sempre, e a isso se limita,<sup>2</sup> um conflito de interesses, dos quais um terá necessariamente de ser sacrificado em benefício do outro. Quando as coisas se colocam deste modo, logo se vê que só uma correta declaração do direito, no caso concreto, vai dizer se é justo que se sacrifique o interesse do executado ao do exequente, já que os dois interesses são conflitantes: este tendo o interesse numa imediata execução da sentença, aquele tendo um interesse contrário, de que isto só se faça após o julgamento da apelação.

Por aqui se vê também que declarar o direito, com acerto, a partir da correta aplicação, mediante prévia interpretação (teleológica e sistemática) das normas legais, além de conferir um certo grau de certeza e segurança às relações jurídicas (cada um passa a saber em que lei vive, com que bens pode contar e quais os planos de futuro que pode traçar), contribui para a própria realização da Justiça, como acima se viu, até mesmo porque aquele, cujo interesse é sacrificado, acaba por se convencer de que aquela era a única solução possível, à luz do ordenamento jurídico vigente.

A humanização da lei, ao que nos parece, só tem sentido quando, na solução desse conflito, a declaração do direito, resultante da aplicação dos preceitos

---

1. Luis Recasens Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, México, Editorial Porrúa S.A., 1973.

2. Hans Kelsen. *O que é Justiça?* tradução de Luís Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 1997.

legais, conduza a uma injustiça, no sentido de que fira o sentimento da Justiça, não-subjetivo ou pessoal do juiz, mas da própria comunidade em que se acha inserido, e de que ele será o intérprete por excelência. Enquanto isso não-ocorre, a declaração do direito deve resultar apenas do que dispõem as normas como parte de um sistema, o que quer dizer que há que interpretá-las corretamente, de acordo com os cânones da hermenêutica e atendendo aos fins sociais a que ela se destina (art. 5º da Lei de Introdução).

Um segundo equívoco do acórdão foi o de admitir um agravo de o despacho que, em nosso entender, era de mero expediente. Na verdade, se os efeitos da apelação já haviam sido fixados anteriormente, em verdadeira decisão interlocutória, em que foi necessário se formar um juízo prévio, ainda que não-expresso, sobre o verdadeiro sentido e alcance de uma norma legal, o citado art. 520 e seu inciso V, do Código de Processo Civil, o despacho que se lhe seguiu, indeferindo a extração da carta de sentença, nada mais era do que uma sua conseqüência, não envolvendo qualquer juízo de valor e conseqüentemente não apresentando qualquer conteúdo decisório.

Posto isto, voltemos ao cerne da discussão, a questão de saber se os "*regulares efeitos*" de uma apelação da sentença, que julga os embargos *parcialmente* procedentes, são "*ambos os efeitos*" o suspensivo e o devolutivo, ou só o devolutivo.

A lógica do acórdão, quando declara que, se a lei confere à apelação da sentença que julga os embargos à execução *improcedentes* apenas o efeito devolutivo, meramente devolutivo será também o efeito dos embargos julgados *parcialmente* procedentes, na parte abrangida pela improcedência (lógica, aliás, do exeqüente, apoiada pela Câmara julgadora), é totalmente insustentável, em nossa opinião, por razões que se passa a expor.

Trata-se de uma conclusão simplista, de uma lógica à primeira vista consistente, no plano do raciocínio *comum*, mas que não se agüenta nos domínios do pensamento jurídico, que deve sempre ser norteado pelos princípios gerais a que acima se referiu. Em suma, aqui só se deve recorrer à lógica *jurídica*.

Os efeitos da apelação estão dispostos no art. 520 do Código de Processo Civil, em que se lê:

*"A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo"*

Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta da sentença que: "*V rejeitar liminarmente os embargos à execução ou julgá-los improcedentes*"

Daqui se vê que há um *efeito normal* (ambos os efeitos, o suspensivo e o devolutivo) e um *efeito excepcional* (só o efeito devolutivo) da apelação, ou seja, a *regra geral* é a de que interposta a apelação ela suspende os efeitos da sentença até que seja julgada, além do que "devolve" à apreciação do Tribunal toda a matéria da apelação (*tantum devolutum quantum appellatum*) e a *regra excepcional* é a de que em certos casos (assim, a rejeição liminar dos embargos e a sua total improcedência) a apelação tem apenas este último efeito, não suspendendo os efeitos da sentença.

Mas a lei nada diz quanto ao caso dos embargos julgados *parcialmente* procedentes, nem se pode concluir que esta hipótese esteja contemplada no espírito do citado inciso V. por forma a poder se dizer que ele deve ser interpretado extensivamente, estendendo-se àquela hipótese a disciplina da sentença que julga os embargos *improcedentes*. Decididamente, a lei não-contemplou tal hipótese, nem na *letra* nem no *espírito* do citado inciso V, podendo mesmo se dizer que a omitiu deliberadamente do âmbito daquele inciso, precisamente por se tratar de uma situação diferente da dos embargos julgados *improcedentes*.

Trata-se assim de uma hipótese omissa, não contemplada na lei, de uma lacuna, que terá de ser integrada com os métodos de integração da lei, prescritos no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, o primeiro dos quais é a analogia. Poderá aplicar-se por analogia a regra do citado inciso V. editada para o caso dos embargos julgados *improcedentes* ao caso dos embargos julgados *parcialmente* procedentes?

A doutrina tradicional sustenta que não, e o argumento baseia-se no seguinte raciocínio: se o legislador não quis apartar uma determinada situação fática para lhe dar um tratamento excepcional, é porque quis sujeitá-la à incidência da regra geral. Logo, a nossa hipótese (embargos julgados *parcialmente* procedentes) estaria contemplada implicitamente na regra geral do *caput* do art. 520.

Todavia, esse raciocínio tem sido questionado pela doutrina moderna com o argumento de que pode haver situações em que o legislador não tenha contemplado nem na regra nem na exceção, tratando-se de casos verdadeiramente omissos e que nada impede que, nessas condições, a regra excepcional seja aplicada,

por analogia, desde que se verifiquem os pressupostos desta aplicação, ou seja, se descubra uma relação de semelhança entre o caso omissivo e o caso previsto.

"De feito, considerada, numa noção geral, a analogia como a aplicação de uma regra de direito, reguladora de certas e determinadas relações, a outras relações, que têm semelhança ou afinidade com aquelas, mas para as quais não está ela estabelecida, pode-se repetir que esse processo tem por fundamento a identidade da ratio legis, inspirando-se no princípio que, onde existe a mesma razão de decidir, deve-se aplicar o mesmo dispositivo de lei – ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio"<sup>3</sup>

Se assim é, pode-se perguntar: procedem para o caso omissivo (embargos julgados *parcialmente* procedentes) as razões que levaram o legislador a estatuir o efeito meramente devolutivo para o caso previsto (embargos julgados *improcedentes*)?

Parece-nos que não, pelas razões que se passa a expor:

Quando a sentença julga os embargos *improcedentes* ou os *rejeita liminarmente*, compreende-se que a apelação não tem efeito suspensivo, já que a sentença anterior, proferida no processo de conhecimento, sendo um título executivo judicial, revestido da força e da autoridade de coisa julgada, só é impugnável por via dos embargos nas hipóteses taxativas do art. 741 do Código de Processo Civil, isto é, a matéria dos embargos é restrita à "*pretensão nascente de vício processual que torna nula ipso iure a decisão, sem qualquer atinência ao seu conteúdo decisório*"<sup>4</sup>

Ora, se essa impugnação não foi atendida e os embargos são julgados *improcedentes* (ou rejeitados liminarmente), admite-se desde logo a execução provisória, pois nessas circunstâncias, entre os dois interesses conflitantes, o do exequente, de ver iniciada de imediato a execução e o do executado, de vê-la suspensa, prevalece aquele, até mesmo porque há uma probabilidade de que a sentença seja confirmada, porque a averiguação da existência dos vícios meramente

---

3. Eduardo Espinola e Eduardo Espinola Filho, *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, atualizada por Silva Pacheco, Rio de Janeiro, Renovar, 1995, v. I, p. 104.

4. Celso Neves, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992, v. VII, pp. 266-267.

processuais funda-se mais em *operações de mera constatação*, do que propriamente em considerações de mérito, que envolvam *juízos de valor*.

Já não se pode dizer o mesmo quando os embargos são julgados *parcialmente* procedentes.

Aqui, a sentença acena com a possibilidade de, em grau de apelação, ser ampliado o benefício conquistado pelo executado na ação dos embargos e não é justo que não se lhe conceda a oportunidade de ver a sua defesa, já parcialmente vitoriosa na primeira instância, apreciada e decidida, em grau de apelação, sem que, entretanto, corra o risco de ver iniciada contra si uma apressada execução, movida pelo credor. A Justiça aqui, a que acima se referiu, também redundará afinal na prevalência que se deve dar, entre os dois interesses conflitantes, a um deles, neste caso ao do executado.

É por isso que o legislador não terá contemplado a situação que vem ser discutida na exceção do inciso V, mas na regra do *caput* do art. 520.

Aliás, uma interpretação sistemática do citado inciso V do art. 520 conduz à mesma conclusão.

Com efeito, a regra excepcional do inciso V deve ser de aplicação restrita às situações nela previstas porque só uma interpretação dessa natureza pode considerar-se conforme à Constituição, mais precisamente ao preceito contido no seu art. 5º, inciso LV, segundo o qual "*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*". Efetivamente, o direito do contraditório e da ampla defesa não seria respeitado numa situação em que, estando-se em dúvida sobre o efeito da apelação por se tratar de uma hipótese não prevista na lei expressamente, se optasse por aquela em que tal direito fosse reconhecido sim (dir-se-ia, não se tirou tal direito do executado tanto assim que ele apelou), mas com um maior gravame para quem apela.

A interpretação de uma norma deve ser sempre teleológica, há que se atender aos juízos de valor legais e parece intuitivo que se a hipótese em questão (embargos julgados parcialmente procedentes) não foi contemplada no inciso V é porque a lei sujeitou a situação à regra geral. Há aqui uma perfeita coincidência entre a conclusão a que se chega (por outros motivos e caminhos) e o pensamento da doutrina tradicional, da inaplicabilidade, por analogia, das regras excepcionais.

Nem se diga que a aplicação dos princípios gerais, que constituem a base e o conteúdo da ciência do Direito, faz-nos incorrer no vício do conceitualismo,

que procurava deduzir dos conceitos as soluções para os casos concretos da vida, quando o que importa são os interesses a serem regulados e as soluções legais com base nas quais devam sê-lo, podendo os conceitos serem formulados apenas a partir dessas soluções, razões essas pelas quais o método conceitual está definitivamente erradicado da Ciência Jurídica. É certo que o que se procura é resolver os conflitos de interesses, saber qual dos dois interesses conflitantes deve afinal prevalecer, mas não é menos certo que isto só pode ser feito, por via racional, pela declaração do direito, no caso concreto, a partir do que se acha abstratamente previsto nas normas que formam o sistema e com a racional observância dos mandamentos ali contidos.

As decisões assim emitidas, como já se disse e nunca é demais repetir, além de oferecerem uma grande margem de certeza e segurança aos jurisdicionados, contribuem, sem dúvida, para a uniformização do Direito, na medida em que os juízes não se afastam dos princípios gerais, deixando, ainda, pouca margem para recursos impertinentes, que assoberbam sem motivo os tribunais.

Por outro lado, *a certeza e a segurança*, vistas assim as coisas, são valores intimamente ligados ao da Justiça, na medida em que uma decisão proferida à base das normas jurídicas que dispõem sobre a atribuição dos bens, sejam eles de que natureza for, e mediante a aplicação dos princípios gerais da Ciência Jurídica, acabará por convencer a própria parte vencida de que o caso concreto não poderia ser decidido de outro modo; por outras palavras, uma decisão que se funde em dados objetivos e racionais e que não seja produto de uma visão puramente subjetiva e pessoal do juiz (não se ignora que haverá sempre um certo grau de subjetivismo nas decisões na medida em que a própria avaliação dos dados objetivos é feita por alguém que tem a sua própria concepção do mundo e da vida, mas isto é outra coisa) terá uma força de convicção a que dificilmente poderá resistir-se.

A título ilustrativo, apontaremos agora uma outra decisão que, se fosse proferida com a aplicação dos princípios gerais e conseqüentemente sustentada com fundamentação erigida naqueles princípios e na estrita aplicação das normas legais, além de prestar um relevante serviço à certeza e à segurança jurídicas, lograria convencer as partes em litígio, especialmente a parte vencida, de que era uma decisão justa, de que não havia outra solução para o caso, senão a de sacrificar aquele interesse conflitante, por razões consistentes, em face das normas legais e dos princípios gerais, aplicáveis ao caso.

Tratava-se de uma liquidação em cujo processo foi proferida sentença que, sob fundamento de que interpretava o acórdão proferido em processo de

conhecimento, alterou, em nosso entender, substancialmente a decisão nele contida, com frontal violação do disposto no art. 610 do Código de Processo Civil, que proíbe expressamente que, na liquidação, se modifique o julgado.

O acórdão em questão, interpretando e integrando os pedidos contidos na petição inicial, esclareceu o que não havia ficado claro na sentença e proferiu o seguinte *decisum*:

*"Adotadas essas premissas é a paleação dos autores provida para a condenação solidária pelas perdas e danos decorrentes da inexecução contratual de C e B. As perdas e danos, na forma do pedido inicial, compreendem o pagamento das importâncias desembolsadas para a formalização do loteamento (fl. 11), os prejuízos resultantes da indisponibilidade da propriedade imobiliária, em razão do contrato inadimplido, tudo como se apurar em execução, juros de mora a partir da interpelação (fl. 88) e correção monetária a partir da edição da Lei n. 6.899, de 1981"*

Apresentemos, em síntese, o histórico do caso. Os autores, proprietários de um imóvel, constituído de duas glebas de terras, compromissaram-no à venda à ré B, uma empresa de engenharia e terraplanagem, a qual se comprometera a implantar no imóvel um loteamento, sendo que o preço do imóvel seria pago aos autores parte em dinheiro e parte com o rateio, na proporção de 50% para cada uma das partes, entre os autores e a ré, do produto da venda dos lotes, assim valorizados com o loteamento. Houve também a intervenção de um banco que, numa operação triangular, garantia o negócio, não interessando aqui entrar nos detalhes dessa operação.

O que interessa, para o efeito do nosso estudo, é salientar que o contrato não foi cumprido pelo réu, houve uma ação com pedido de rescisão do contrato, cumulado com perdas e danos, movida pelos autores, a ação foi julgada procedente, mas em apelação os autores obtiveram a condenação solidária do banco, por a douta Câmara julgadora ter entendido que havia uma evidente comunhão de interesses entre a ré e o banco e tal condenação ter sido pedida expressamente na inicial. A certa altura os autores desistiram da ação contra a empresa de engenharia, já inexistente e insolvente, prosseguindo-a apenas contra o banco.

A condenação em perdas e danos, tal como havia sido pedida na inicial, foi genérica na sentença, mas o tribunal, como acima se disse, interpretando e

até integrando o pedido inicial, houve por bem traçar os limites exatos dessa condenação: "a. o pagamento das importâncias desembolsadas para a formalização do loteamento; b. os prejuízos resultantes da indisponibilidade da propriedade imobiliária em razão do contrato inadimplido, tudo como se apurar em execução, juros de mora a partir da interpelação e correção monetária a partir da edição da Lei n. 6.899 de 1981".

Os autores não-interpuseram embargos de declaração dessa decisão para suprir qualquer omissão eventualmente nela contida, nem interpuseram recurso especial para enfrentarem uma eventual *reformatio in pejus*, mas iniciaram a liquidação que, em nosso entender, já excedia os limites dessa condenação, na medida em que requereram o valor correspondente a 50% do produto da venda dos lotes, caso tivesse sido efetuada, de acordo com o contrato.

Na contestação o réu, como se disse, agora só o banco, contestou a ação, afirmando que tal pedido não era fundado no título executivo, uma vez que o acórdão citado, transitado em julgado, só concedera: a. o pagamento das importâncias efetivamente desembolsadas pelos autores para a formalização do loteamento e b. o valor dos prejuízos sofridos pelos autores por terem ficado com o imóvel, compromissado à venda à empresa ré para a implantação do loteamento, indisponível, durante o período em que estivera compromissado.

A r. sentença julgou a liquidação procedente, concedendo aos autores os 50% pleiteados, além da rescisão do contrato, mas o que mais surpreende é que ela foi confirmada pelo acórdão, com os fundamentos que a seguir serão analisados.

O acórdão, que vem de se comentar, confirmando a sentença que negara a indenização pela indisponibilidade do imóvel, por não-comprovada, começou por afirmar (confirmando a sentença também nesta parte) que a indenização pelo não-cumprimento do contrato deveria corresponder ao que nele fora acordado e, portanto, ao equivalente aos 50% do produto da venda dos lotes, caso o imóvel tivesse sido loteado; e mais: que pouco importava que o acórdão exequendo, na cognição do recurso dos autores, a que deu provimento para incluir o banco apelante na condenação, houvesse feito quanto à extensão das perdas e danos, referências passíveis de serem interpretadas como limitações teóricas ao objeto da liquidação. Tratar-se-ia, de *obiter dicta*, de motivação da decisão, que não faz coisa julgada (quando é claro e inquestionável, como se vê da transcrição acima, que se tratava da parte dispositiva e que faz coisa julgada) sem nenhuma relevância ou repercussão nos limites objetivos da coisa julgada, pois não tendo dado provimento

ao recurso do réu, "não podia nunca, com validade e eficácia, ter restringido a largueza da condenação, prejudicando os recorrentes, pois caracterizar-se-ia, manifestíssima (sic) *reformatio in pejus*" A condenação contida na sentença é que seria, segundo o acórdão, matéria coberta pela *res iudicata*.

Não estamos de acordo com a fundamentação deste acórdão, por mais de uma razão, e isso independentemente do fato de se apurar se pode ocorrer *reformatio in pejus*, quando o acórdão limita-se, interpretando e integrando a sentença, no que ela tem de obscuro e de omissivo, a alterar aparentemente o que ela estabelecera, *sem que o seja em decorrência do recurso de qualquer das partes*. É que a sentença não-lançara quaisquer parâmetros para a quantificação da indenização, nem sequer dissera qual a natureza e a espécie dos danos ressarcíveis, *não-cumprindo adequadamente a prestação jurisdicional*, própria da ação de conhecimento em matéria de perdas e danos.

Neste sentido, ao que nos parece, o magistério do eminentíssimo Pontes de Miranda, quando escreve:

"Se a sentença atingiu todos os assuntos do pedido e houve a apelação, mesmo quanto a todas as partes da sentença, há a hipótese de haver questões a que a lei atribua a examinabilidade e julgamento de ofício, e que pelo juiz recorrido não foram julgados; e a hipótese de haverem sido postos no pedido e não estarem na sentença apelada. Quanto à primeira hipótese, pensemos em se tratar de incidência de lei (quaestiones iuris), e não poderia o órgão ad quem deixar ignorar a lei e fugir à sua missão de prestar o que o Estado prometeu com a sua tutela jurídica" (Comentários ao Código de Processo Civil, Rio-São Paulo, Forense, 1975, t. VII, p. 214).

Mas o que é mais importante saber é que o acórdão que vem se examinando decidiu soberanamente contra a lei e os princípios gerais, que a *reformatio in pejus* (ainda que se suponha ter havido), contida no acórdão proferido na ação de conhecimento, quando, interpretando a sentença, definiu claramente os limites da condenação (no dizer do acórdão ora comentado, *restringindo os limites da sentença* anteriormente fixados), acarreta uma nulidade de pleno direito de tal modo que não foi necessária qualquer alegação nesse sentido da parte prejudicada, que, como se disse, não-interpôs embargos de declaração ou recurso especial para se insurgir contra tal situação, incorrendo o acórdão no absurdo de cometer uma

flagrante ilegalidade, impedindo que a liquidação guardasse fidelidade ao título executivo, ou seja, ao acórdão, proferido na ação de conhecimento, como o preceitua a lei.

Com efeito, é sabido que o regime das chamadas nulidades absolutas, ou de pleno direito, como também são conhecidas, é determinado por motivos de interesse público, é destinado a salvaguardar o interesse público; enquanto as nulidades relativas são estabelecidas por motivos de interesse particular, destinam-se à salvaguarda do interesse particular de certas pessoas.<sup>5</sup>

Se assim é, logo se vê que a proibição da *reformatio in pejus* (que não resulta, aliás, de qualquer disposição expressa do ordenamento processual, mas sendo consagrada pela unanimidade da doutrina e da jurisprudência), cujo conceito está ligado ao agravamento da posição do recorrente que se vê numa situação mais desfavorável por força do recurso com que pretendeu beneficiar-se, não envolve senão o interesse particular do mesmo recorrente em não ser mais prejudicado do que já está por força da decisão de que recorre, precisamente para melhorá-la.

Tendo o acórdão, prolatado na ação de conhecimento, transitado em julgado, ainda que viciado de uma *reformatio in pejus*, teria de prevalecer, não podendo, como foi, ter sido alterado inicialmente por uma sentença, emanada de um juízo inferior e posteriormente por um colegiado, de igual nível, é verdade, mas sem obediência à lei e aos princípios gerais de que vimos falando, com grave prejuízo da certeza e segurança jurídicas e da própria Justiça, como se vai ver.

Com efeito, desta forma, sacrificou-se o interesse do réu arbitrariamente, não porque o ditavam as leis e os princípios em vigor. Praticou-se a *reformatio in pejus*, agora em prejuízo do réu, sem que nada o justificasse, e deste modo cometeu-se para com este uma injustiça. Como acima dissemos, a realização da Justiça envolve a resolução de um conflito de interesses, dos quais um terá necessariamente de ser sacrificado e para saber qual deles deverá sê-lo só se poderá atuar, para se garantir a necessária objetividade e a certeza e a segurança jurídicas a que nos referimos, a partir do que estabelecem as normas legais e os princípios gerais aplicáveis ao caso a decidir.

As perdas e danos destinam-se, como se sabe, a recompor o patrimônio do credor, lesado com o inadimplemento da obrigação; não visam recriar

---

5. Manuel Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Coimbra, Almedina, 1992, v. II, pp. 415-416.

o cumprimento das obrigações que não foram executadas, nem se destinam a ser uma fonte de enriquecimento ou de lucro à custa do devedor. Tal recomposição, no caso, uma vez que, em virtude da rescisão do contrato, o imóvel fora reintegrado na posse dos autores, só podia ocorrer, como muito bem o decidira o acórdão prolatado na ação de conhecimento, mediante o reembolso de quantias eventualmente desembolsadas pelos autores para a implantação do loteamento e pela atribuição de uma quantia a ser paga, pela indisponibilidade da propriedade imobiliária pelo tempo em que ficou na posse da ré.

Nisso consistiria uma autêntica indenização, quando acrescida à rescisão do contrato, uma vez que os autores voltaram a ter a posse do imóvel compromissado, não se operando, portanto, a transferência do domínio do mesmo em virtude da rescisão do contrato. É esta a conclusão a que conduzem as normas legais e os princípios gerais aplicáveis ao caso, e o sentimento do justo não-discrepa de tal resultado, precisamente porque a Justiça se alcança e se realiza com a declaração do direito, captado este através daquelas mesmas normas legais e princípios gerais aplicáveis.

*Concluindo:* por aqui se vê que não deve o juiz, na elaboração da sentença, seguir aquele "método", a que se referia um certo autor como sendo o utilizado atualmente pelos magistrados, por contraposição ao raciocínio subsuntivo e de pura lógica formal a que aludiam os exegetas, e que é o seguinte: o juiz, ao ensejo da elaboração da sentença, finda a leitura do processo, já tem a idéia da decisão que vai proferir, de acordo com o seu próprio sentimento de Justiça (absolutamente subjetivo e pessoal, portanto) e em seguida procura (e nós acrescentaremos, às vezes a todo o custo, se possível com base na lei, sem se importar muito com a correção da sua interpretação, não-obstante disto resultar o acerto da decisão) a fundamentação.

Parece-nos que o caminho deve ser o inverso, com o que não se está fazendo apologia da teoria subsuntiva ou da lógica formal. Toda a decisão deve ser lógica, é certo, mas deve estar sustentada numa lógica jurídica, na medida em que terá de ser proferida à luz dos preceitos legais, de todos os preceitos, quer de direito material, quer de Direito Processual, que regem a matéria, objeto de análise, mediante uma prévia interpretação teleológica e sistemática daqueles preceitos, pelo que ela redundará na declaração do direito e na realização da Justiça, no caso concreto, mediante a prevalência de um dos interesses conflitantes e o sacrifício do outro, valorados à luz daqueles preceitos e princípios, assim aplicados.

Com isto, quer nos parecer, alcançar-se-á a realização dos valores fundamentais que o Direito persegue: a Justiça, a certeza e a segurança jurídicas, sua própria uniformização, etc.

São Paulo, 11 de janeiro de 1999.



***TRABALHOS ACADÊMICOS***



# O DANO MORAL EM CASOS DE MORTE E DE LESÃO CORPORAL\*

*Jaime Meira do Nascimento Júnior*  
Aluno do Curso de Graduação da Faculdade  
de Direito da Universidade de São Paulo

## Resumo:

O trabalho consiste no estudo do dano moral, como forma de lesão a direito subjetivo. O estudo inicia-se pela conceituação do instituto, diferenciando-o do chamado dano material. Em seguida, há uma análise histórica da "iniúria", delito previsto pelo Direito Romano e considerado pelos civilistas como figura jurídica ancestral dos danos morais. No tocante ao problema da reparabilidade ou-não deste tipo de lesão, faz-se uma breve análise das principais críticas atinentes a este instituto, verificando-se que, em face do Texto Constitucional brasileiro, de 1988, o problema que persiste na atualidade refere-se aos critérios de determinação do "quantum" a ser indenizado. Diante desta consideração e, em face da amplitude do tema, o trabalho passa para o estudo do dano moral no Direito brasileiro com base na lei e na jurisprudência, com enfoque em casos relacionados com morte ou lesão corporal. A análise do instituto termina pelo estudo de outras formas de reparação apresentadas pela doutrina com o intuito de resolver o problema da valoração do dano moral. Em face do presente estudo o autor conclui que, em virtude da falta de objetividade do legislador brasileiro no tocante aos critérios de reparação, o aplicador do Direito deve considerar, sobretudo, o seu aspecto compensatório, deixando o punitivo para um segundo plano.

## Abstract:

The work consists in the study of the moral damage, as lesion form to subjective right. The study begins for the definition of the institute, differentiating it of the called material damage. Soon after, there is a historical analysis of the "iniuria", delict foreseen by the Roman Law and considered by many civilists as an ancestral of the moral torts. Concerning to the problem of the reparability or not of this lesion type, a brief analysis of the main critical reporting to this institute is made, being verified that, in face of the brazilian Constitutional Text of 1988, the problem that persists at the present time refers to the determination approaches of the "quantum" to be reimbursed. Due to this consideration and, in face of the width of the theme, the work passes for the study of the moral damage in the brazilian Law, according to

---

\* O presente trabalho foi apresentado como relatório do Programa Institucional de Iniciação Científica – PIBIC/CNPq – 1997/1998. O autor foi orientado pelo professor doutor Eduardo Cesar Silveira Vita Marchi, titular da Cadeira de Direito Romano da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

the legal texts and the jurisprudence, with focus in cases related with death or corporal lesion. The analysis of the institute finishes by the study of another repair ways presented by the doctrine with the purpose to solving the problem of the value of the moral damage. In face of the present study, the author ends that, by virtue of the lack of objectivity of the brazilian legislator concerning the repair approaches, the applicator of Law, should consider, above all, its compensatory aspect, leaving the punitive for a second plan.

**Unitermos:** dano moral; responsabilidade civil.

### I. Responsabilidade civil e dano. Conceitos e conseqüências.

O dano moral é figura jurídica que se encontra disciplinada no capítulo relativo à responsabilidade civil. Antes, porém, faz-se mister uma breve reflexão a respeito deste tema, para que se possa entender o contexto daquele no quadro da teoria geral do Direito Civil.

Segundo Maria Helena Diniz,<sup>1</sup> a responsabilidade civil refere-se à imposição a alguém de medida que o obrigue a reparar um dano causado a outrem. Para que esta surja, basta que sejam preenchidos os seus pressupostos, a saber, ação ou omissão qualificada juridicamente, a ocorrência efetiva de um dano, e o nexo de causalidade entre a conduta (ação ou omissão) e a lesão. Aguiar Dias,<sup>2</sup> a seu turno, explica que, para sua extinção, se faz necessária a reparação efetiva do prejuízo, de modo que se restitua ao lesado o estado existente antes de sua ocorrência.

Mas o que seria exatamente um dano?

Wilson Mello da Silva<sup>3</sup> definirá dano em sentido amplo como toda lesão a um bem jurídico. Etmologicamente, tal expressão é traduzida como qualquer mal ou ofensa pessoal do qual resulte prejuízo ou deterioração de bens pertencentes a uma pessoa.<sup>4</sup>

Ademais, pela interpretação do art. 159 do Código Civil, infere-se que, para o surgimento de responsabilidade civil, necessária se faz a violação de direito,

---

1. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986, v. 7, p. 32.

2. *Responsabilidade Civil*, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, v. II, p. 713.

3. Silva, Wilson Mello da. *O Dano Moral e sua Reparação*, Rio de Janeiro, Forense, 1955, p. 11.

4. Garcia, Hamilcar de. *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Delta, 1980, p. 939.

ou a ocorrência de prejuízo. De qualquer modo, ambos entrarão no mundo do direito, na medida em que, conforme alude Pontes de Miranda,<sup>5</sup> efetivamente representarem uma invasão indevida na esfera jurídica da pessoa lesada.

Independerá, pois, da natureza do bem atingido, podendo, inclusive, recair sobre coisa corpórea ou incorpórea.

Desse modo, entende-se por dano a lesão de interesse patrimonial ou extrapatrimonial da vítima que adquire, em função disso, um direito de crédito decorrente da responsabilidade civil (art. 1.518 do Código Civil).

## II. Classificação do dano: material e moral.

Segundo Jourdain,<sup>6</sup> a lesão a um bem jurídico, dentre vários critérios, pode ser classificada em relação ao bem que é atingido.

Justificando tal assertiva, Wilson Mello da Silva<sup>7</sup> explica que a idéia de dano não se reduz ao universo de prejuízos materiais, mas também pode esta se referir ao desconforto emocional que determinada violação de direito pode produzir.

A seu turno, Pontes de Miranda<sup>8</sup> identifica um certo tipo de lesão que atinge o patrimônio do indivíduo, e outro que recai sobre o ofendido em sua natureza humana. Nesse sentido, há diferença entre uma situação em que, por culpa ou dolo, uma pessoa destrua um bem físico de terceiro (v.g., casa, carro, computador) em face de outra em que alguém tem sua honra, dignidade ou imagem injustamente atingidas.

Desse modo, fala-se em dano econômico, material ou patrimonial, na primeira situação, e em dano moral ou extrapatrimonial, na segunda.

Portanto, o dano moral não se reflete em um prejuízo físico, mas sim no desconforto emocional que se produz. Isto incute a ele uma característica fundamental, que é a sua amplitude e subjetividade. A dor tanto física quanto moral pode variar de pessoa para pessoa, de modo que cabe apenas a ela dizer quando ocorreu ou-não este tipo de lesão.<sup>9</sup>

Em razão disto, fatos diversos podem gerar uma lesão dessa natureza.

---

5. *Tratado de Direito Privado - Direito das Obrigações*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1966, t. 53, pp. 129 e ss.

6. Jourdain, Patrick. *Les Principes de la Responsabilité Civile*, 3ª ed., Paris, Dalloz, 1996, pp. 119 a 126.

7. *Id.*, *ibid.* (nota 3).

8. *Op. cit.* (nota 5), p. 231.

9. Silva, *op. cit.* (nota 3), p. 203.

Pontes de Miranda<sup>10</sup> apresenta algumas hipóteses, destacando, *in verbis*, que "o dano pode consistir em dor física ("Schmerzensgeld"), deformação ("Narbengeld"), afeamento, dor moral (eg., por morte de parentes, vergonha, depressão da energia para a vida), mudança de gênero de vida tornado indispensável, nervosismo oriundo de trauma, diminuição da alegria de viver"

Importante ressaltar que, apesar da diferença entre o dano moral e o material, não se pode afirmar que estes são mutuamente excludentes. É possível, conforme explica Minozzi,<sup>11</sup> a concorrência de ambos em uma mesma situação.

Isto pode ocorrer, v.g., no caso de protesto indevido de título de crédito já quitado:

Haverá prejuízos materiais, no sentido de que a pessoa lesada, ao justificar e regularizar a sua situação perante os órgãos competentes, terá, v.g., despesas com certidões, cópias autenticadas de documentos, isso sem contar o tempo dispendido nas filas dos cartórios, ou eventuais oportunidades de negócio ou de trabalho que possa perder em razão da existência do protesto.

Ao mesmo tempo, haverá dano moral na medida em que a pessoa, pelo fato de ser injustamente considerada má pagadora perante o mercado, o que implica uma lesão à sua honra (reputação), passa por uma situação constrangedora, o que lhe causa um sofrimento psíquico.

Outro exemplo é o caso do homicídio:

O dano material existe na medida em que haverá custos referentes ao funeral, luto, e, dependendo da situação, a perda da renda oriunda do trabalho da pessoa falecida (*damnum emergens e lucrum cessans*).

No âmbito moral, a morte representa grande angústia a toda família, podendo resultar traumas psíquicos extremamente dolorosos.

O mesmo ocorre no caso de lesão corporal, visto que, além do custo referente ao tratamento médico da vítima (dano material), haverá todo um sofrimento psíquico (moral) da pessoa atingida e de seus familiares.

---

10. *Tratado de Direito Privado Parte Especial*, 3ª ed. (reimpressão), Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, t. 26, p. 36.

11. Minozzi, Alfredo. *Studio Sul Danno Non Patrimoniale (Danno Morale)*, 2ª ed., Milão, Società Editrice Libreria, 1909, p. 48.

### III. Aspectos históricos: dano moral no Direito Romano.

#### III. 1. Considerações preliminares: a visão dos estudiosos do dano moral em face do Direito Romano.

Quando se busca estudar algum instituto do Direito Privado, faz-se indispensável uma verificação do legado advindo do Direito Romano, em razão de sua grande influência no pensamento dos juristas até os tempos atuais.

Nesse sentido, vários estudiosos da questão do dano moral<sup>12</sup> sempre defenderam a idéia da existência de sua reparação no Direito Romano, fundamentando-se, inclusive, com trechos retirados das fontes.<sup>13</sup>

Em verdade, a posição doutrinária predominante é a de que se indenizava o dano moral na maioria dos casos, por meio da chamada *actio iniuriarum aestimatoria*.

Lúcio Bove,<sup>14</sup> ao analisar a questão do dano no Direito Romano, conclui que, além do ressarcimento do prejuízo material derivado do ilícito, passou aquele ordenamento, sobretudo após Justiniano, a admitir uma ampliação das diversas hipóteses de indenização.

E isso se teria dado de tal maneira que essa concessão haveria justificado o reconhecimento do dano moral e a admissão de seu ressarcimento.

Desse modo, o ofendido poderia fazer valer seu direito por meio da *actio iniuriarum aestimatoria*.<sup>15</sup>

Desse modo, para que se possa compreender o problema do dano moral na atualidade, faz-se mister um breve estudo da injúria (*iniuria*), considerando-a como sendo o instituto ancestral do dano moral no Direito Romano. Mas antes devemos situá-la dentro da teoria do delito, como fonte das obrigações no

---

12. A respeito, cf. Salazar, Alcino de Paula. *Reparação do Dano Moral*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1943, p. 13.

13. Cf. *El Digesto de Justiniano*, trad. espanhol. por A. D'Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuenteseca, M. Garcia-Garrido e J. Burtillo, Pamplona, Ed. Aranzadi, t. III (Livros 37-50), 1975, p. 641: "Tambien tenemos en nuestro nombre la acción de injuria cuando se hace injuria al cadáver de quien somos herederos civiles o pretorios pues atañe a nuestra dignidad la injuria que se pueda hacer; y lo mismo vale decir quando se difama al cadáver de quien somos herederos." (Ulp. 56 ed. D. 47, 10, 1, 4).

14. Bove, Lucio. *Danno (Diritto Romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 3ª ed., Turim, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1957, t. V, p. 146.

15. A respeito, cf. Silva, Wilson Mello da. *Op. cit.* (nota 3), p. 13.

Direito Romano.

### III. 2. *O delito no Direito Romano.*

Ao elucidar a questão concernente às fontes das Obrigações no Direito Romano, apresenta Girard<sup>16</sup> a figura jurídica denominada delito (*delicta, maleficia*). Trata-se de ato ilícito cometido por uma pessoa em prejuízo de outrem.

Tais atos, pelo fato de ocasionarem uma violação no direito de outra pessoa, implicavam para o autor o dever de pagar uma indenização.

Os delitos são classificados como públicos e privados.

Apesar de ambos os tipos acarretarem a imposição de pena a seu autor, no caso dos delitos públicos buscava-se a proteção do interesse geral, enquanto que nos privados se buscava a reparação do dano.<sup>17</sup>

Desse modo, aqueles ocasionavam a imposição de penas corporais e pecuniárias, que não eram revertidas em benefício das vítimas, visto o caráter público da lesão. Implicavam, pois, um procedimento criminal diante dos tribunais especiais, denominados repressivos.<sup>18</sup>

Em oposição, os delitos privados acarretavam penas corporais que, com a evolução do direito, foram se tornando predominantemente pecuniárias.

Este dever surgiu da degradação do direito de vingança privada, de modo a fazer a obrigação recair sobre o patrimônio do autor do ilícito e não mais sobre seu corpo, sobretudo após a edição da chamada *lex Poetelia Papiria* (326 a. C.).<sup>19</sup>

Tais obrigações eram apreciadas em tribunais civis, mediante ação privada a encargo da vítima, postulando esta o pagamento da indenização para si.

Algumas características terão as obrigações oriundas de atos ilícitos (delitos privados).<sup>20</sup>

---

16. Girard, Paul Frédéric. *Manuel Elementaire de Droit Roman*, 4ª ed., Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1906, p. 388.

17. Cf. Girard, *op. cit.* (nota 16), p. 389.

18. Exemplo de delitos públicos no Direito Romano eram os *crimina*, tais como o *parricidium* e o *perduellio*. Cf. Marky, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 134.

19. A respeito v. Chamoun, Erbert. *Instituições de Direito Romano*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1968, p. 294.

20. *Op. cit.* (nota 16), p. 390.

Em primeiro lugar, quanto ao objeto da prestação, após o desaparecimento das penas corporais, todos os direitos subjetivos derivados dos delitos privados passaram a ter por objeto uma soma em dinheiro.

No que tange ao ato ilícito que faz nascer o delito privado, consiste este numa conduta positiva e não apenas uma simples abstenção, expressamente proibida por uma disposição da lei (*nulla poena sine lege*).

Finalmente, no tocante à pessoa obrigada pelo delito, ela deverá, mesmo no direito mais recente, pertencer a um outro "*domus*" que não o da vítima, podendo, em contrapartida, ser responsabilizado tanto o *sui iuris* quanto o *in patria potestate*; o escravo; a mulher; o louco; e mesmo uma criança (*impubere pubertati proximus*), esses três últimos se considerados em relação à capacidade de fato.<sup>21</sup>

### III. 3. Origem histórica do sistema de delitos privados.

No que toca à questão das origens históricas do sistema de delitos privados em Roma, Girard<sup>22</sup> argumenta que este, assim como ocorre em instituições paralelas de outros povos, explica-se unicamente como uma etapa da história do Direito Penal.

Nesse sentido, no início da civilização, conforme aludem Silvio Meira<sup>23</sup> e Moreira Alves,<sup>24</sup> o Poder Público romano não possuía tamanho alcance e força, a ponto de impor sua vontade em relação aos particulares.

Assim, pode-se identificar quatro fases evolutivas do tratamento jurídico dos delitos privados pelo Direito Romano. Estas apresentam-se da seguinte maneira: vingança privada ou autotutela; composição voluntária; composição obrigatória; e repressão ou vingança pública.<sup>25</sup>

Trata-se a vingança privada da forma mais antiga e imperfeita de repressão à injustiça. Por meio dela, podia o ofendido, de per si, causar um mal a seu agressor, de modo que vingasse a ofensa que houvera sofrido. Não-obstante, podia também a pessoa renunciar a seu uso, chegando até ao perdão.<sup>26</sup>

---

21. A respeito, cf. Girard, *op. cit.* (nota 16), p. 391.

22. *Id.*, *ibid.*, nota 21.

23. *Instituições de Direito Romano*, 3ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1968, p. 328.

24. *Direito Romano*, 10ª ed., revista e acrescentada, Rio de Janeiro, Forense, 1995, v. I, pp. 181 a 192.

25. A respeito, cf., Girard, *id.*, *ibid.*, nota 21.

26. *Op. cit.* (nota 16), p. 392.

Nesse sentido, no Direito Romano mais antigo, a autotutela era desmesurada e, mais tarde, a Lei de Talião representou grande avanço, pois a partir de então, o mal seria retribuído com um mal proporcional.

Com o passar do tempo, a vingança privada vai adquirindo um caráter jurídico de modo que, com o passar do tempo, ela acaba por se convergir num segundo modelo pelo qual, mais racionalmente, se atinge a Justiça. Trata-se, pois, da composição voluntária.

Por meio desta, uma vez havendo concordância das partes, era escolhido um terceiro não-pertencente ao Poder Público que fixaria um valor, tendo por escopo compensar o dano ocasionado pelo delito, de modo que o ofensor se tornaria devedor do ofendido. Essa fase também é denominada de arbitramento facultativo.<sup>27</sup>

A *vindicta* cede passo à pena privada, representando esta a possibilidade de a pessoa lesada escolher, por meio de uma ação judicial, o valor da indenização a ser paga pelo ofensor no caso de um delito privado.<sup>28</sup>

Entretanto, à medida que o Estado romano se consolida como força política e pública, cada vez mais a vítima acaba tendo que se contentar e o ofensor obrigado a pagar uma determinada quantia imposta. Surge, pois, o sistema de composição legal (ou obrigatória) e o ordenamento jurídico passa a repudiar a autotutela de interesses privados.

Segundo Girard,<sup>29</sup> a Lei das XII Tábuas, *v.g.*, faz perceber a transição que se opera no tocante à injúria, na medida em que a composição já era legal para a injúria por agressões e ferimentos leves e ainda voluntária nos casos de ruptura de um membro.

Finalmente, com a evolução histórica, observou-se, no Direito Romano imperial, uma ampliação do poder estatal, o que implicou a transferência da tutela de determinados ilícitos privados para o campo dos delitos públicos.

O Estado, agora com maior força, retira a composição e impõe a vingança pública (agora feita por meio de agente público), do mesmo modo que outrora repudiara a autotutela.

---

27. A respeito *v.* Moreira Alves, *op. cit.* (nota 24), p. 183.

28. Conforme explicado anteriormente, o *ius civile* previa na Lei das XII Tábuas quatro tipos de delitos privados: o *damnum iniuria datum* (dano), a *iniuria* (injúria), *furtum* (furto) e *rapina* (roubo). A respeito, cf. Marky, Thomas. *Op. cit.* (nota 18), pp. 133 a 138.

29. *Op. cit.* (nota 16), p. 393.

Deve-se destacar que a evolução supramencionada ocorreu de maneira lenta, de modo que em diversos momentos os diferentes modelos de apreciação do delito coincidiram, ou seja, coexistiram no tempo para hipóteses diversas.

Assim, v.g., a *iniuria*, como explicado anteriormente, deixou de ser exclusivamente um delito privado para, mais adiante, ser tutelada em determinados casos (*iniuria atrox*) pelo *ius publicum*, para, finalmente, ficar sua disciplina a mercê do Estado imperial.

### III. 4. A iniuria como ancestral dos danos morais no Direito Romano.

Segundo Girard,<sup>30</sup> dentre os delitos privados que acarretam uma pena pecuniária, apresenta-se a injúria como um dos mais importantes.

Explica o autor que, de acordo com o pensamento romano, tratava-se de delito contra a pessoa, não-traduzido por prejuízo pecuniário.

Plescia,<sup>31</sup> por sua vez, afirma que, etimologicamente, *iniuria* é uma composição de *in* e *ius*, representando a primeira uma partícula negativa e o segundo a idéia de direito, ou algo que liga, de modo que o seu significado relaciona-se a todo ato realizado contra o direito, traduzido num sentido amplo pela violação do direito de outrem seja por escrito, seja oralmente.

A injúria, conforme explicam Correia e Sciascia,<sup>32</sup> seria a ofensa física ou moral, de qualquer espécie, feita a uma pessoa injustificadamente.

Maynz,<sup>33</sup> a seu turno, definirá *iniuria* como tudo o que se faz contrariamente ao direito (*quod non iure fit*), no sentido de que será todo ato que gere uma lesão física ou moral à personalidade, seja escrita, verbal, enfim, não importando o meio.

Adentrando ao tema, relata Girard<sup>34</sup> que a injúria, já reprimida na Lei das XII Tábuas, fazia nascer uma ação penal cujas características primitivas mantiveram-se com uma pureza particular.

Nesse sentido, era noxal<sup>35</sup> - no caso em que o autor do delito fosse

---

30. *Op. cit.* (nota 16), p. 398.

31. The Development of "Iniuria". In *Labeo - Rasegna di Diritto Romano*, Nápoles, Jovene, 1977, v. 23-3, p. 271.

32. *Manual de Direito Romano*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1953, v. I, p. 367.

33. *Cours de Droit Romain*, 5ª ed., Paris, A. Durant & Pedone - Lauriel, 1891, p. 470.

34. *Id.*, *ibid.*, nota 26.

35. Pelo regime da noxalidade, o *paterfamilias* seria responsabilizado pelo ato cometido pelo

*alieni iuris*; seria exercida cumulativamente contra os autores do delito em caso de pluralidade; e não-passava aos herdeiros do autor do delito,<sup>36</sup> sendo, porém, uma das raras ações que se extinguíam pela morte da vítima.<sup>37</sup>

De resto, explica Girard<sup>38</sup> que a determinação dos casos em que ocorre tal delito, bem como sua disciplina jurídica, variaram conforme o período histórico. Desse modo, distinguirá o regime estabelecido pela *Lex XII Tabularum* (1), pela *Actio Iniuriarum Aestimatoria* (2), pela *Lex Cornelia de Iniuriis* (3), e a do Direito Imperial(4).

(1). A Lei das XII Tábuas considerava a injúria apenas em algumas situações enumeradas, sobretudo no que se refere aos atentados contra a pessoa física. As hipóteses por ela elencadas eram, a saber, a ruptura de um membro (*membrum ruptum*), a fratura de um osso (*os fractum*) e algumas injúrias ordinárias lesão corporal leve ou vias de fato consideradas de acordo com o autor, como, *v.g.*, um soco.

No tocante à repressão da injúria, conforme explica o mesmo autor,<sup>39</sup> a *lex* marcaria uma fase de evolução da apreciação deste delito, no sentido de que, para determinadas situações, tais como o rompimento de um membro, ainda se admitia a vingança privada, enquanto que, para outros, a composição voluntária ou até mesmo a legal.<sup>40</sup>

Além disso, segundo Correia e Sciascia,<sup>41</sup> previa a *Lex XII Tabularum* penas pecuniárias. Assim, *v.g.*, para o osso quebrado (*os fractum*), trezentos asses, se a pessoa lesada fosse livre; 150, sendo escrava; 25 asses para os casos de *iniuria* simples.

*filiusfamilias*, ou pelo escravo, ou fato de animal. Havia então duas possibilidades para aquele: pagar o valor a que seria condenado; ou abandonar o *filiusfamilias*, que se tornaria pessoa *in mancipio*; ou o escravo, ou o animal em favor da vítima, que se tornaria proprietária deles (a respeito, *v.* Moreira Alves, José Carlos. *Direito Romano*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980, v. II, p. 266). Ainda no que toca à noxalidade da *iniuria*, cf. Vigorita, Tulio Spagnuolo. *Actio Iniuriarum Noxalis*. In *Labeo Rassegna di Diritto Romano*, Nápoles, Jovene, 1969, v. 15-1, pp. 33 a 76.

36. A respeito, vide Simone, Enrico de. D. 47.10.1.6-7. In *Labeo - Rassegna di Diritto Romano*, Nápoles, Jovene, 1966, v. 12-3, pp. 355 a 357.

37. A respeito *v.* Gaio, 4. 76; Gai. 13 ed. prov. D. 47, 10, 34; e Gaio, 4. 112.

38. *Op. cit.* (nota 16), p. 399.

39. *Id.*, *ibid.*, nota 32.

40. A respeito, *v.* comentários anteriores a respeito das origens históricas dos delitos privados.

41. *Op. cit.* (nota 32), p. 367.

(2). Num segundo momento, o pretor, por meio de seu interdito, modificou tanto a pena quanto a definição do delito. Conservou, pois, os antigos casos, acrescentando-lhes novas situações advindas do desenvolvimento da doutrina, que passou a encarar a injúria como todo atentado físico ou moral à personalidade.

No tocante à repressão, decidiram os pretores pela generalização da composição legal. Porém entenderam que as penas discriminadas pela Lei das XII Tábuas já não mais atendiam ao objetivo de punição, sobretudo após o crescimento das fortunas e da redução sucessiva do valor do "as"

Desse modo, a antiga ação do *ius civile* foi substituída por uma ação pretoriana *in bonum et equum conceptum*, pela qual o montante a ser pago era avaliado de acordo com o caso concreto e cuja condenação acarretava a *infamia*. A *actio iniuriarum* acabou tornando-se, então, *aestimatoria*. Tal reforma, com exceção dos casos que envolviam peregrinos, somente operou-se após o surgimento da *Lex Aebutia* (séc. II a. C.).

No tocante à determinação do *quantum debeatur*, explicam Correia e Sciascia<sup>42</sup> que as circunstâncias de tempo, lugar, qualidade das pessoas passaram a ser levadas em consideração na *actio iniuriarum aestimatoria*. Tal ação, porém, deveria ser intentada em até um ano da data da ocorrência do fato.

Ademais, segundo Maynz,<sup>43</sup> por meio dessa *actio*, a pessoa injuriada poderia ela mesma estimar o valor da reparação pecuniária.

Em oposição, havia também a *actio iniuriarum contraria*, destinada a punir todo aquele que tivesse acionado alguém por injúria temerariamente.<sup>44</sup>

(3). O terceiro período concernente ao tratamento do delito da injúria foi o da *Lex Cornelia de Iniuriis*. Esta separou das outras injúrias as lesões e a violação de domicílio (*pulsare, verberare, vir domum introire*) dando-lhes natureza de delito público, provavelmente em conformidade com uma *quaestio perpetua*, permitindo submetê-las ainda à *actio iniuriarum aestimatoria*.<sup>45</sup>

Explica Maynz<sup>46</sup> que a *Lex Cornelia* dava a oportunidade de a pessoa

42. *Id.*, *ibid.*, nota 41.

43. *Id.*, *ibid.*, nota 33.

44. A respeito vide Serangeli, Sandro. C. 7, 16, 31 e Le Azioni Contro Il Litigante Temerario. *In Bulletino Dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*. Milão, Dott. A. Giuffrè Editore Milano, terceira série, 1968, v. X (v. LXXI da coleção inteira), pp. 199 a 226

45. A respeito, vide Marcian. 14 instit. D. 47, 10, 37.

46. *Id.*, *ibid.*, nota 33.

escolher entre a aplicação de uma pena privada ou a perquirição criminal diante de um tribunal permanente e especial, só cabendo esta à pessoa injuriada.

Ademais, segundo o mesmo autor, tal *actio* teria caráter perpétuo.<sup>47</sup> Interessante notar que, em sentido oposto, explicam Correia e Sciascia<sup>48</sup> que a *actio ex lege Cornelia*<sup>49</sup> prescrevia em trinta anos.

(4). Finalmente o Direito imperial manteve a tendência no sentido de atribuir uma repressão pública, tal como iniciada pela *Lex Cornelia*. Deu a todos os casos a possibilidade de a vítima escolher entre a ação de injúria e uma punição física infligida ao culpado *extraordinem* pelo magistrado.<sup>50</sup>

De qualquer modo, pode-se perceber que o Direito Romano aplicou um tratamento, em princípio, punitivo ao delito da injúria. Entretanto, em determinadas situações, havia momentos em que o legislador dava uma certa margem para que a parte ofendida estimasse um valor para a ofensa que sofresse, de modo que para o autor surgisse o dever de indenizar.

A partir desta constatação, defende-se a idéia da existência de indenização do dano moral no Direito Romano, sem porém afirmar-se categoricamente que os juristas romanos tivessem consciência disso.

Certo é que as fontes apresentavam-se contraditórias a respeito da questão da estimação do preço da dor,<sup>51</sup> porém não se pode negar que aquele ordenamento admitiu em determinado período uma indenização pela agressão à honra, seja física ou moral, a título de pena privada ou pública, o que serve de base para um estudo do problema do dano moral no Direito Civil moderno.

47. Segundo Moreira Alves, *id.*, *ibid.* (nota 35), as ações que sancionavam os delitos privados (sobretudo as previstas pelo *ius civile*) eram perpétuas, enquanto que as ações pretorianas deveriam ser invocadas dentro de até um ano da ocorrência do ato ilícito. Assim, perpétua é a ação que não possui prazo de prescrição.

48. *Id.*, *ibid.*, nota 41.

49. A respeito, vide G. 3, 220-225; G. 4, 112; G. 4, 117; e G. 4, 182.

50. A respeito, vide Hermog. 5 <iur.> epit. D.47.10.45.

51. A respeito, vide Gai. 6 ed. prov. D. 9, 3, 7: "*cicatricum autem aut deformitatis nulla fit aestimatio quia liberum corpus nulla recipit aestimationem*" (porém nenhuma estimação se faz da cicatriz ou da deformidade porque o corpo de uma pessoa livre não-comporta estimação).

#### IV. Problemas atinentes à reparação civil do dano moral.

Pontes de Miranda,<sup>52</sup> ao estudar o tema, ressalta que nas pretensões oriundas de dano moral, ao contrário do que ocorre com o material, surgem algumas dificuldades, sobretudo no que toca a determinação do valor da indenização.

Dúvidas como esta foram argüidas pela doutrina, não faltando autores que fossem contra a qualquer tipo de indenização aos danos daquela natureza.

Na doutrina pátria, Lacerda de Almeida<sup>53</sup> foi o maior representante da teoria negativista, afirmando categoricamente a não-existência de reparação de outro dano que não o patrimonial no Direito brasileiro. Sobre este tema escreve o autor, *in verbis*: "Ainda não me pude convencer da existência de *damno civil de ordem não patrimonial*. As coisas inestimáveis repellem a sanção do Direito Civil que com ellas não se occupa, e, se alguma vez entram em linha de conta com o valor de estimação, ou qualquer outra espécie de *damno*, tem de baixar da região superior onde paira e soffrer a simples avaliação em moeda das cousas venais"<sup>54</sup>

Na Alemanha, Savigny<sup>55</sup> entendia que as prerrogativas do ser humano não estariam previstas no domínio do Direito Privado.

Finalmente, no Direito italiano pode-se citar Gabba<sup>56</sup> que, ao defender a tese da não-reparabilidade do dano moral, elencou diversos problemas que geraram todo um debate a respeito do tema e que serão o objeto de estudo deste tópico.

#### IV 1. *Impropriedade da expressão dano moral.*

O fundamento da presente crítica refere-se ao fato de que, segundo Gabba,<sup>57</sup> para se admitir a existência de uma lesão, necessária é a ocorrência de uma diminuição durável do valor de um bem. E na situação em estudo, ao invés de existir um "dano moral" surge apenas uma "ofensa". E não há que se confundir ofensa com

---

52. *Op. cit.* (nota 5), p. 229.

53. *Obrigações*. 2ª ed., São Paulo, Typographia Revista dos Tribunais, 1916, p. 281 e nota 14 bis.

54. *Id.*, *Ibid.*, nota 53.

55. *Système de Droit Romain*. 330. *Apud* Mendonça, Manuel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e Prática das Obrigações ou Tratado dos Direitos de Crédito*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1938, v. II, p. 443, *in* nota 71.

56. *Risarcibilità dei danni morali*, *in* *Questioni di Diritto Civile - Diritto Ereditario e Diritto delle Obligazioni*, 2ª ed., Torino, Fratelli Bocca Editore, 1911, v. II, pp. 210 a 246.

57. Gabba, *op. cit.* (nota 56), pp. 230 e 231.

dano, visto que o fundamento deste é a existência de um efeito penoso durável, enquanto que, naquela, o efeito, apesar de poder ser mais ou menos durável, sempre terá um caráter passageiro. Desse modo, a expressão "dano moral" torna-se vaga e o que existe na realidade é uma "ofensa moral"

Minozzi<sup>58</sup> rebaterá tal assertiva, afirmando que a existência jurídica do dano relaciona-se apenas com ocorrência de um prejuízo, seja material, ou moral, pouco importando sua duração.

Antunes Varella,<sup>59</sup> explicando melhor a questão, afirma que dano é toda lesão a interesse jurídico alheio tutelado pelo ordenamento jurídico, independentemente deste atingir o âmbito patrimonial ou moral.

Desse modo, o dano não é algo relacionado com sua maior ou menor duração, mas sim com a própria lesão cometida em face da esfera jurídica de outrem. Portanto, não há problema algum em se empregar a expressão "dano moral"

#### IV. 2. Incerteza acerca da existência de um direito violado.<sup>60</sup>

Outra questão refere-se à incerteza acerca da existência de um "bem moral" violado. Surge, então a seguinte dúvida: como se prova a efetiva ocorrência de um dano moral? Deveria o aplicador do direito, antes de falar em indenizar o dano moral, preocupar-se com sua efetiva existência, bem como no que consistiria o dano violado.

Concorda Minozzi<sup>61</sup> que se deve verificar tal requisito, mas não admite ser essa dificuldade de comprovação uma negativa de indenização para todos os casos dessa matéria. Afinal, é sabido que de uma mesma situação podem surgir, simultaneamente, danos de natureza patrimonial e moral.

Portanto, nada impede, pois, que o juiz, diante do caso concreto, seja capaz de identificar a efetiva ocorrência ou-não de um dano extrapatrimonial.<sup>62</sup>

Desse modo, melhor que o legislador parta, primeiramente, da

---

58. *Op. cit.* (nota 11), p. 48.

59. *Direito das Obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, v. 1, 1977, p. 240.

60. Gabba, *op. cit.* (nota 56), p. 226.

61. *Op. cit.* (nota 11), p. 50 e 51.

62. Nesse sentido o autor (*id.*, *ibid.*, nota 11) afirma, *in verbis*: "*Il danno morale, ripetiamo, non è l'astratta lesione di diritto, ma l'effetto non patrimoniale di una lesione di diritto.*" (...) "*La injuria (causa del danno) non è materiale o morale, come o vorrebbe il Chironi: esse giuridicamente è sempre una sia materiale o morale, patrimoniale o non patrimoniale il bene o il diritto leso*"

possibilidade de indenizar o dano não-patrimonial, para depois deixar que o aplicador do direito cogite de sua existência no fato concreto.

Assim, a existência ou-não da lesão moral será averiguada na realidade factual, o que não seria possível caso fosse de pronto reputada irreparável.<sup>63</sup>

#### IV 3. *Dano moral: enriquecimento sem causa?*

Parte da doutrina que nega a existência de um dano não-patrimonial reputa que sua reparação implicaria um enriquecimento sem causa.

Nesse sentido, Alfred Martin,<sup>64</sup> ao discutir esta questão, afirma que um benefício pecuniário atribuído à injúria recebida não-satisfazem nem ao direito e nem à lógica.

Ora, conforme explica Martin-Achard,<sup>65</sup> é indiscutível que, nos casos de danos morais, sofre o prejudicado uma lesão que atinge o seu direito de personalidade. Nada melhor do que uma indenização que vise a suprir essa dor sentida.

Não se trata de um pagamento sem motivação, mas sim de uma maneira de compensar, pelo dinheiro, a perda, a lesão ao bem-estar, à honra, ao decoro e à imagem da pessoa. Destarte, não seria um enriquecimento sem causa, mas apenas um legítimo ressarcimento.

#### IV. 4. *Impossibilidade de se estabelecer uma proporção entre culpa e indenização.*

Segundo Gabba,<sup>66</sup> reparabilidade dos danos morais ocasionaria verdadeira ruína à teoria geral do Direito Civil. Isto porque nessa hipótese de dano não se poderia estabelecer uma proporcionalidade entre culpa e ressarcimento.

Minozzi<sup>67</sup> rebate essa argumentação de Gabba explicando que a mesma teoria geral do dano também prevê, sem nenhum problema, a possibilidade de uma responsabilidade sem culpa - o que implica a total desconsideração daquela proporcionalidade.

---

63. *Id.*, *ibid.*, nota 11.

64. De la responsabilité résultant des délits d'après le Code fédéral des Obligations, in *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, Bale, 1889, v. VIII, pp. 1 e ss. *Apud* Martin-Achard, *id.*, *ibid.*, nota 65.

65. *De la Réparation Pécuniaire du Tort Moral*, Genebra, Livraria Künding, 1908, p. 177.

66. *Op. cit.* (nota 56), p. 237.

67. Minozzi, *op. cit.* (nota 11), p. 73.

No mesmo sentido, Pontes de Miranda<sup>68</sup> é bem claro ao afirmar a existência da chamada responsabilidade objetiva, advinda do simples nexos causal entre o ato ilícito e a ocorrência do dano, sem que se cogite de culpa.

Desse modo, assim como qualquer outro dano, o não-patrimonial apresenta-se como consequência de um ato *contra ius* e pode ter a sua responsabilidade oriunda do simples nexos causal entre a ofensa moral e a dor ou sofrimento dela decorrente.

#### IV 5. *Inconvenientes nos casos de pluralidade de sujeitos ativos.*

Outra objeção atinente à reparação do dano moral refere-se ao inconveniente que se verificaria nos casos de pluralidade de sujeitos ativos. Assim, segundo exemplifica França,<sup>69</sup> como e quem indenizar num caso de homicídio, em que a vítima possuísse diversos parentes e amigos? Cada um poderia alegar uma determinada pretensão indenizatória? Como se pode ver, o problema reside na indeterminação do número de pessoas prejudicadas e com pretensão indenizatória.

Minozzi<sup>70</sup> critica tal argumentação e diz que o problema da indeterminação que esta pluralidade de sujeitos ocasiona pode existir em qualquer tipo de dano.

Assim, *v.g.*, se alguém causa um prejuízo material que recai diretamente sobre Tício, este pode repercutir na vida de seus familiares, amigos ou credores.

No entanto, ao invés de, diante dessa situação, o ordenamento jurídico negar-lhe qualquer tutela, estabelece, por intermédio da lei e dos princípios gerais do direito, quem será ressarcido. Assim, no exemplo supramencionado, terá Tício a pretensão à indenização, com base no art. 159 do Código Civil, combinado com o 1.518.

Aplicando tal raciocínio ao dano moral, Wilson Mello da Silva<sup>71</sup> propõe que a solução desse problema pode se dar pela adoção de uma presunção,

68. Para uma melhor compreensão a respeito das fontes da responsabilidade civil, cf. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado* (*op. cit.*, nota 5), t. II, pp. 187 e ss.

69. França, Limongi. *Reparação do Dano Moral*, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 631, maio-1988, p. 33.

70. *Op. cit.* (nota 11), p. 74.

71. Mello da Silva, Wilson, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, p. 274. *Apud* França, Limongi. *Id.*, *ibid.*, nota 69.

sempre *iuris tantum*, de ocorrência do prejuízo para um estrito círculo de relações da família (filhos, pais, irmãos), cabendo aos terceiros (primos, amigos) a prova, *quantum satis*, de que efetivamente sofreram danos.

Outra solução, talvez mais restritiva, seria a delimitação legal de quais pessoas poderiam pleitear tal direito. Assim, *v.g.*, no caso de homicídio, os herdeiros necessários.

De qualquer modo, determinante para a identificação dos sujeitos ativos será a análise do caso concreto. E esta é a atribuição do juiz que, de acordo com a casuística, identificará aqueles que serão merecedores ou-não desta indenização. O que importa ressaltar é que, em face do Direito Positivo, não se deve restringir tal possibilidade ao aplicador do direito.

#### IV. 6. *Dano moral: pena ou indenização?*<sup>72</sup>

Passou-se então a defender a tese de que a indenização do dano não-patrimonial tivesse um caráter penal (punitivo), e não-compensatório num sentido civilístico.

Nesse sentido, escreve Carbonnier<sup>73</sup> que "(...) *los daños y perjuicios [morales] se configuran entonces como una suerte de pena privada que, en lugar de beneficiar al Estado, como la multa del Derecho Penal, aprovecha a la víctima (...)*"

Gabba<sup>74</sup> vai mais além e defende essa tese, citando, primeiramente, o art. 38 do Código Penal italiano, afirmando não se poder confundir ressarcimento de dano moral com a pena prevista na legislação. Assim sendo, tomando-se a premissa de que a reparação do dano moral visaria à punição da pessoa que o cometer, tendo por beneficiária a própria vítima, não se poderia tomá-lo como uma espécie de pena privada, no sentido de uma vingança autorizada pelo Estado?

Minozzi<sup>75</sup> discorda e afirma que, no decorrer da história do Direito,

72. Gabba, *op. cit.* (nota 56), pp. 215 a 218.

73. Carbonier, Jean. *Derecho Civil Situaciones Extracontractuales y Dinámica de las Obligaciones*. Trad. Manuel Maria Zorrilla Ruiz. Barcelona, Bosch - Casa Editorial, 1971, t. II, v. III, pp. 65 e 66.

74. Segundo Gabba (*op. cit.*, nota 56, p. 215), o art. 38 estatui que "(...) *oltre alle restituzioni e al risarcimento dei danni, il giudice, per ogni delitto che offenda l'onore della persona o della famiglia, ancorchè non abbia cagionato danno, può assegnare alla parte ofeesa una somma determinata a titolo di riparazione (...)*"

75. *Op. cit.* (nota 11), p. 65.

havia momentos em que a pena e a reparação do dano confundiam-se e que a evolução do instituto tinha lhe dado, na atualidade, um caráter de reparação civil. Desse modo, indenizar o dano moral não seria uma "punição" mas sim um "ressarcimento".

Certo é que, hodiernamente, a idéia de pena refere-se a um escopo de prevenção e intimidação, enquanto que a reparação civil visa à atribuição ao lesado de uma soma, de uma vantagem econômica a título de indenização (ressarcimento) satisfatória em face do dano sofrido. Em última análise, enquanto que na pena se busca punir, na reparação civil procura-se restituir ao lesado uma situação de direito próxima à anteriormente existente.

Nesse sentido, baseando-se em Fischer,<sup>76</sup> é possível elencar algumas diferenças entre pena e reparação, a saber:

a. a pena está relacionada com a culpa do delinqüente, enquanto a indenização atende à preocupação de reparar o dano;

b. a pena é sempre conseqüência de um delito tipificado, enquanto a indenização tem no ato ilícito uma de suas possíveis fontes;<sup>77</sup>

c. a pena é inseparável da pessoa do delinqüente, enquanto que o dever de indenizar pode ser transferido aos herdeiros do responsável;

d. o menor inimputável não está sujeito à pena, enquanto que o menor relativamente incapaz pode ser responsabilizado nos termos do art. 156 do Código Civil;

e. o dever de reparar o dano pode advir de responsabilidade objetiva e a doutrina majoritária repudia a idéia de punição sem culpa.

Ademais, com o surgimento do Estado moderno, a idéia de pena privada entrou em conflito com a soberania daquele, de modo que adquiriu um caráter excepcional.<sup>78</sup> A História fez com que, tal e qual ocorreu no caso da injúria, o aspecto punitivo de qualquer ato ilícito ficasse, como regra geral, a mercê do Direito Público,<sup>79</sup> enquanto que a vertente satisfativa continuasse na orla do Direito Civil.

---

76. *A reparação dos danos no Direito Civil*, São Paulo, Saraiva, 1938, pp. 228 a 233.

77. *Id. ibid.* (nota 76).

78. A respeito, cf. Aguiar Dias, *op. cit.* (nota 2), p. 733, em que o autor admite a existência, em caráter excepcional, de pena civil no Direito brasileiro (art. 1.530 do Código Civil).

79. Exemplo disso, são os chamados *Crimes Contra a Honra* (arts. 138 a 141 do Código Penal), previstos na lei penal brasileira.

Por esta razão, entende Minozzi<sup>80</sup> que não se pode atribuir à indenização do dano não-patrimonial o caráter de "pena" somente porque teve em sua origem histórica a qualidade de pena privada.

A própria evolução do Direito determina, então, o seu aspecto de ressarcimento, sem que se exclua a apreciação do mesmo fato no âmbito do Direito Penal.<sup>81</sup>

De qualquer modo, os limites entre essas duas vertentes variaram conforme a história de cada povo, prevalecendo, no âmbito do Direito Civil moderno o aspecto compensatório do dano moral, tendo em vista o restabelecimento do direito lesado.<sup>82</sup>

E qual a diferença prática em se considerar o dano moral uma reparação civil, ao invés de uma pena? Basta observar as conseqüências.

Supondo-se que se trate de punição, deverá o juiz aplicá-la restritivamente, em face de expressa previsão legal, uma vez que, em nosso ordenamento, vigora o princípio da *nulla poena sine lege*. Isto implicará um entrave para a consideração do dano moral na medida em que, mesmo se for considerado uma pena civil, o juiz não poderá utilizar-se de recursos tais como a analogia.

Em contrapartida, considerando-se a indenização do dano moral como reparação, haverá vantagens, sobretudo, tendo em vista a maior liberdade que terá o juiz para apreciar o caso concreto e estabelecer um montante justo para a fixação do dano.

Ademais, é impossível que a lei preveja todas as hipóteses de dano moral e, para que se tenha uma idéia da mentalidade do legislador brasileiro, a Constituição Federal, de 1988, em seu art. 5º, incisos V e X, determina uma ampla margem de indenização deste tipo de ilícito.

Entretanto, deve-se destacar que, como se trata de "reparação" a fixação deste *quantum* deve buscar produzir uma satisfação à pessoa lesada equivalente ao sofrimento vivenciado e não um mal proporcional ao agente causador do dano. Não se trata, assim, de uma forma de vingança nos moldes da Lei de Talião. O que se vislumbra é a compensação ao mal injustamente sofrido.

---

80. *Op. cit.* (nota 11), p. 68.

81. Assim reza o art. 1.527 do Código Civil brasileiro: "A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime"

82. Aguiar Dias, *op. cit.* (nota 2), p. 735.

Assim, v.g., se um grande jornal desrespeitar a imagem de uma pessoa, apresentando declarações que atinjam o público de uma grande cidade, pagará indenização equivalente a outro, de menor tamanho, que causar um dano semelhante.

Deve-se repudiar uma indenização que esteja tão-somente vinculada ao agente que causou o dano, uma vez que isto seria apenas uma forma de punição. Deve o causador do dano pagar uma quantia que proporcione ao ofendido condições para se refazer da dor emocional que tenha sofrido.

IV 7 *Imoralidade de se compensar dor pelo dinheiro e a refutação filosófica de sua reparação.*<sup>83</sup>

Falam os opositores da imoralidade de se compensar a dor pelo dinheiro. Tais críticas apresentam-se, conforme explica Martin-Achard,<sup>84</sup> presentes sobretudo na doutrina alemã de fins do século XIX.

Nesse sentido, Reiffel<sup>85</sup> fala que um homem que sabe caminhar no mundo sem mendigar não pode aceitar tal indenização. Hartmann,<sup>86</sup> a seu turno, explica que as decisões que permitissem perdas e danos a esse tipo de delito (moral) não encontrariam respaldo no "*sentimento do povo alemão*"

Finalmente, segundo Gabba,<sup>87</sup> não se poderia pagar pela vida de um marido ou pai. Não haveria que se fazer uma especulação monetária de sua morte.

Quanto a isso, Minozzi<sup>88</sup> afirma que existe uma confusão em tal linha de raciocínio. É claro que os bens morais (vida, integridade física, liberdade, honra) não podem ser cedidos mediante paga. Não há como se estabelecer um preço a um dano dessa natureza, visto que não é possível determinar um valor de troca, tal e qual ocorre nos danos materiais, problema este já discutido quando analisada a questão da equivalência no Direito Civil.

Entretanto, o objetivo da reparação dos danos morais não é o pagamento de um preço. O que se busca, sempre dentro da sistemática da reparação,

83. Gabba, *op. cit.* (nota 56), p. 223.

84. *Op. cit.* (nota 65), p. 170.

85. *Ersatz des moralischen Schaden Zeitschrift für französisches Recht*, v. XX, pp. 691 e ss. *Apud* Martin-Achard, *op. cit.* (nota 65), p. 170.

86. *Archiv. für die Civilische Praxis*, 1888, p. 364. *Apud* Martin-Achard, *op. cit.* (nota 65), p. 170.

87. *Id.*, *ibid.* nota 66.

88. *Op. cit.* (nota 11), p. 75.

é tentar reduzir, ao menos em parte, a turbacão sofrida. É certo que não há como se realizar uma reparação perfeita, visto a imaterialidade do dano moral. Todavia, quando se admite a indenização ao prejudicado, resguarda-se sua personalidade contra um penoso atentado.

No mesmo sentido, Martin-Achard<sup>89</sup> refuta com veemência o argumento dos juristas alemães. Segundo o autor, pensando conforme a mesma "moral da sociedade" ninguém criticaria o pagamento de honorários ao médico que salva a vida do paciente; não se reclamaria caso alguém recompensasse uma pessoa que se jogou ao mar para salvar a vida de um homem que se afoga; ou que encontrasse um objeto de arte, ou papéis de uma família. Ora, se a moral encoraja o pagamento a serviços imateriais, que problema haveria caso o objeto do pagamento se referisse à reparação desses bens?

Dessa maneira, acompanhando a opinião de Minozzi, Martin-Achard<sup>90</sup> entende que não se pode afirmar a existência de imoralidade pela impossibilidade de equivalência entre dinheiro e dano.

Deve-se tão-somente buscar a satisfação de modo que se compense a dor sofrida injustamente e não se permita que o ordenamento jurídico ignore a existência dos bens não-patrimoniais.

Assim, mais imoral que a reparação dos danos morais é o seu afastamento da órbita jurídica. Tal indenização precisa ser cada vez desenvolvida mais paralelamente ao dano material, de modo a se atingir mais casos.<sup>91</sup>

#### IV 8. Danos indenizáveis e não-indenizáveis.

A doutrina também prevê a aceitação parcial da reparação dos danos morais, de acordo com alguns critérios.

Assim, Matthias<sup>92</sup> fala em bens não pecuniários passíveis de uma estimacão geral e objetiva, como a vida, honra, imagem e saúde – indenizáveis –, e dos bens não-pecuniários de valor puramente subjetivos – não-reparáveis pecuniariamente.

---

89. *Op. cit.* (nota 65), p. 173.

90. *Op. cit.* (nota 65), p. 174.

91. Martin-Achard, *op. cit.* (nota 65), p. 176.

92. *Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbucher*, Berlim, 1900, § 847. *Apud* Martin-Achard, *op. cit.* (nota 65), p. 185.

No mesmo sentido, Chironi<sup>93</sup> admitindo-a apenas se o dano fosse suscetível de estimação pecuniária.

Aubry e Rau,<sup>94</sup> por sua vez, entendem ser indenizável apenas o dano moral que também fosse considerado um delito penal.

Von Tuhr,<sup>95</sup> ao seu turno, defende a reparabilidade de danos não-patrimoniais relativos aos chamados direitos da personalidade, a saber, a honra, a imagem, o bom nome no comércio. Entretanto, nos casos de morte ou de lesão corporal (incluindo neste o dano estético), verifica-se que o autor fala apenas em reparação das despesas patrimoniais obtidas com enterro (no primeiro caso) ou tratamento médico e invalidez (no segundo).

Criticando esta última posição, Capitant e Colin<sup>96</sup> afirmam que uma vez um acidente cause a morte de uma pessoa, o fato acarreta aos seus próprios parentes um direito a indenização pela perda de afeição, ou seja, a dor que lhes causou o desaparecimento de um ente querido. No mesmo sentido, a dor física causada à vítima em razão de ferimentos, no caso o *pretium doloris*, deve ser levada em conta para calcular o montante da indenização.

Carvalho de Mendonça,<sup>97</sup> a seu turno, critica Aubry e Rau, afirmando que a opinião deles origina-se de uma idéia antiga que encarava o dever de reparação mais como pena contra o culpado, do que como compensação. Nesse caso, faz sentido só considerar-se dano moral indenizável o previsto na lei penal. Entretanto, conforme visto anteriormente, existe grande diferença entre pena e reparação, o que denota uma flagrante confusão dos autores franceses.

Em razão de toda essa diversidade de opiniões, Martin-Achard<sup>98</sup> critica aqueles que tentam arbitrariamente classificar quais danos devem ou não ser indenizáveis.

Entende o autor pela necessidade de se atribuir ao juiz, em face do

93. *La Colpa nel Diritto Civile Odierno (Colpa extra-contrattuale)*, 2ª ed., Turim, Fratello Bocca Editori, 1906, v. II, p. 329.

94. *Cours de Droit Civil français*, Paris, Imprimerie et Librairie Generale de Jurisprudence Marchal et Billard, 1920, t. VI, pp. 345 e 346.

95. *Tratado de las Obligaciones*. Trad. do alemão por W. Roces, 1ª ed., Madri, Editorial Reus S/A, 1934, t. I, pp. 266 e 267.

96. *Cours Elémentaire de Droit Civil français*, 2ª ed., Paris, Librairie Dalloz, 1953, t. III, p. 213.

97. *Op. cit.* (nota 55), p. 446.

98. Martin-Achard, *op. cit.* (nota 65) p. 182.

caso concreto, a determinação do valor a ser indenizado, uma vez existindo violação ou lesão de ordem moral.

Isso porque, não-obstante a dificuldade de se identificar o valor de afeição ("Schmerzensgeld") de determinadas lesões, nenhuma das teorias que tentaram classificar os danos apresentou critérios totalmente objetivos e isentos de questionamento.

Afirma, *in verbis*, que: "*Limiter d'avance et selon des règles fixes, la protection juridique à certains intérêts, nous paraît une mesure dangereuse et peu conforme à l'esprit du droit moderne*".<sup>99</sup>

Desse modo, não deve a doutrina definir o que é ou-não indenizável, mas sim as contingências do caso concreto a serem verificadas pelo magistrado.

#### IV 9. Inconvenientes sobre um excessivo arbítrio atribuído ao juiz.<sup>100</sup>

De acordo com a presente crítica, reparar o dano moral implica o risco de, em decorrência de um excessivo arbítrio do juiz, surgirem decisões arbitrárias, a ponto de se chegar o dia em que será concebido uma verdadeira indústria dos danos morais. O consenso de qualquer tribunal acerca do valor do dano moral acabaria por ser fruto de uma mera estipulação, não-traduzindo um valor justo que se lhe deveria imputar.

Nesse sentido pode-se citar o caso da Justiça maranhense que, no início de 1997, determinou que o Banco do Brasil pagasse uma indenização de R\$ 255,5 milhões a um empresário que teve um cheque indevidamente devolvido em 1988. O autor alegava que o ocorrido fez com que ele perdesse crédito junto ao meio comercial, após a inclusão de seu nome junto ao Serviço Central de Proteção ao Crédito (SCPC). Isso, mais tarde, teria levado sua empresa à falência. O juiz que prolatou a sentença, tendo em vista a resistência da instituição financeira em pagar tal quantia, mandou arrombar os cofres do Banco.<sup>101</sup>

Interessante notar que tal questão não é desconhecida e sequer negada pelos autores que aceitam a reparabilidade dos danos não-patrimoniais. Assim, *v.g.*, entende Laurent<sup>102</sup> que, apesar de o juiz não poder atribuir uma indenização exata,

99. Martin-Achard, *op. cit.* (nota 65), p. 186.

100. Gabba, *op. cit.* (nota 56), p. 254.

101. A respeito vide Aith, Marcio. "Maranhão tem Indústria de Indenização" in *Folha de S. Paulo*, 2º Caderno, São Paulo, 8 de maio de 1997.

102. *Principes de Droit Civil français*, 3ª ed., Paris, Librairie A. Marescq Aincé, 1878. t. XX, §

não haveria problema, porque este arbítrio é uma característica da própria função jurisdicional. Além disso, pode este ser usado para o bem, de modo a se atribuir penas civis em proporção à gravidade do dano.

Minozzi,<sup>103</sup> acompanhando e complementando Laurent, critica a objeção de Gabba, explicando que há situações em que um dano patrimonial também é de difícil resolução, ficando ao cargo do juiz a determinação do seu valor. Não-obstante existirem tais casos, ninguém cogita de se lhes negarem a reparabilidade.

Isso ocorre todas as vezes em que existe uma análise subjetiva, tal como, *v.g.*, na determinação do comportamento do *diligens paterfamilias*.

Assim, por exemplo, Tício abalroa o veículo de Semprônio, ao passar em um cruzamento. Se ambos afirmam que o semáforo estava fechado para o outro, como irá o magistrado verificar se houve negligência? Em princípio, por meio das circunstâncias do caso concreto, devidamente provadas nos autos. E se não houver como provar? Parte-se de presunções, caso estas existam. E se ainda persistir a dúvida? O juiz, com base na proibição do *non liquet*, deverá dar uma solução à controvérsia e, mesmo em se tratando de dano material, deverá sentenciar utilizando-se de seu bom senso. Enfim, valerá o princípio da verdade formal,<sup>104</sup> e sempre haverá o risco de abusos e arbitrariedades.

Desse modo, pode-se inferir que esse "*inconveniente arbítrio*" é inerente à própria função jurisdicional, que, segundo o critério do livre convencimento motivado, destinará ao juiz o papel de atribuidor do valor dos danos.

Ademais, o próprio ordenamento jurídico estabelece limites à atuação do juiz. Para isso, a Constituição Federal, em seu art. 5º inciso LIV determina o respeito ao devido processo legal; em seu inciso LV se consagra a ampla defesa e o

395, pp. 415 e 416. A esse respeito, escreve o autor, *in verbis*: "*Il est vrais qu'il est impossible d'évaluer en argent le dommage moral, le montant des dommages-intérêt sera donc toujours arbitraire*" (...) "*De ce que le juge ne peut pas accorder une réparations exacte on ne peut pas conclure qu'il ne doit pas accorder aucune réparation. L'arbitraire est ici dans la nature des choses et il peut tourner à bien parce qu'il permet au juge de prononcer des peines civiles sans limite aucune, donc en les proportionnant à la gravité du tort moral*"

103. *Op. cit.* (nota 11), p. 76.

104. Explicam Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra (*Teoria Geral do Processo*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997, p. 65) que verdade formal representa aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas dos autos, em oposição à verdade real que é de natureza material. Aquela vigora no processo civil e tem por fundamento o princípio dispositivo, ou seja, aquele pelo qual às partes caberá a produção de provas para que o juiz julgue com base nelas.

contraditório. Em suma, existem determinados remédios previstos na Carta Magna que buscam impedir abusos, como, *v.g.*, o mandado de segurança. O próprio duplo grau de jurisdição é uma garantia para o cidadão no que tange à proteção em face de arbitrariedade. Uma sentença de primeiro grau não-transita em julgado antes do término do prazo recursal.

Todavia, caso não se admitisse a reparação dos prejuízos morais em virtude de tal característica, ainda restaria ao magistrado, em razão do caso concreto, o dever de determinar qual seria o dano indenizável. E, mesmo assim, poderiam surgir situações limítrofes, de modo que continuaria a existir o tal "arbítrio"

Desse modo, entende Minozzi que o problema da indenização dos danos morais reside somente em seus limites. Apesar de ser perigoso alargar-lhe demais a esfera de reparação, pior seria deixá-lo fora da órbita do Direito. Enfim, trata-se de uma questão de custo-benefício. A dignidade da pessoa humana é um bem que deve ser tutelado pelo Direito, que constitui a primeira dentre as várias ciências ético-sociais.<sup>105</sup>

Porém, para se evitar abusos, poder-se-ia aceitar a idéia de o legislador atribuir critérios ou valores prefixados a determinados delitos dos quais podem originar danos morais, tal como ocorre no art. 53 da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967)<sup>106</sup> e no art. 84 do Código de Telecomunicações (Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962 com as alterações do Decreto-Lei n. 236, de 28 de fevereiro de 1967).<sup>107</sup>

Entretanto, não seria admissível e isso deve ser frisado - a pretensão de uma imposição normativa que visasse a exaurir todas as hipóteses deste delito. A utilidade desta norma, seria apenas a orientação para o juiz determinar o *quantum debeatur*.

---

105. *Op. cit.* (nota 11), p. 78.

106. O art. 53 prescreve que: "*No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente: I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; II - a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de pensamento e informação*"

107. Cabe destacar que, segundo o art. 84, § 1º desta lei, "*O montante da reparação terá o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País*"

IV 10. *Impossibilidade de indenização do dano moral, de acordo com o critério da equivalência.*<sup>108</sup>

A presente crítica reside no fato de que, quando se cogita de indenizar um dano, deve-se ter em mente a busca pela reparação da lesão de acordo com o valor do bem avariado.

Para que isso ocorra, faz-se necessária a possibilidade de se traduzir o valor do prejuízo em termos pecuniários, para que, assim, seja possível calcular o montante a ser pago a título de reposição das perdas.

Eis, pois, o problema principal do dano moral: a impossibilidade de se encontrar uma unidade de medida deste dano e traduzi-la em uma dada quantidade de moeda.

Como se medir o *quantum* de dor que uma pessoa sofreu? E mesmo que surja uma tecnologia capaz de traduzir um sentimento em unidade de medida, como traçar uma equivalência entre a ofensa moral e dinheiro?

Em total contraposição a este raciocínio, Minozzi<sup>109</sup> defende a possibilidade de uma equivalência entre o dano não-patrimonial e a indenização, sendo esta não menos próxima do que aquela aplicada às lesões materiais.

Isso porque a expressão "equivalência" não-significa igualdade. O dano sofrido será ressarcido por um critério de aproximação, pois utópica é a idéia de se conduzir o bem lesado ao estado que se encontrava anteriormente à violação de direito.

Desse modo, *v.g.*, supondo-se um acidente de trânsito sem vítimas, cujo prejuízo seja apenas um carro batido. Mesmo este sendo consertado em uma oficina, nunca voltará à sua condição anterior, por mais caprichoso que seja o mecânico. Nunca mais será um automóvel novo e intacto. Além disso, o proprietário do veículo abalroado ficará privado de seu uso por alguns dias, o que lhe acarretará outros prejuízos, por vezes não-considerados pelo magistrado no cálculo do montante indenizatório.

Destarte, pagando o autor do delito a dívida decorrente do ato ilícito, haverá uma aproximação, de modo a se buscar tão-somente restabelecer ao ofendido situação similar à que existia antes do prejuízo, sem, porém, se ambicionar a

---

108. Gabba, *op. cit.* (nota 56), pp. 231 a 233.

109. *Op. cit.* (nota 11), p. 52.

inatingível igualdade.

Nesse sentido, a impossibilidade de se estabelecer uma igualdade absoluta entre dano moral e indenização não-representa empecilho para o cálculo do montante a ser pago, levando-se em consideração a permissão atribuída pelo ordenamento jurídico ao juiz de, com base em critérios que produzam uma equivalência aproximativa,<sup>110</sup> determinar o valor a ser pago pelo autor do prejuízo não-patrimonial.

Além disso, acrescenta o autor<sup>111</sup> que será obtida a equivalência por meio da chamada "*função satisfativa do dinheiro*". entendida como a capacidade de o valor monetário produzir um sentimento agradável ao ofendido.

Assim, procurar-se-á, por meio do critério de aproximação, produzir um bem-estar à vítima do dano que compense o prejuízo moral decorrente da lesão. Isso fará a pessoa sentir-se satisfeita, sem, entretanto, pretender-se retornar àquela situação preexistente ao ato ilícito.

Nesse mesmo sentido, Pontes de Miranda<sup>112</sup> entende que a tese da não-reparabilidade de danos extrapatrimoniais em virtude da dificuldade de se calcular o valor não se funda. Isso porque, para a indenização, basta o dano ser tão-somente passível de avaliação mesmo que esta seja difícil - de modo a traçar-se uma proporção entre o dano e o valor a ser pago.

Não se cogita, pois, de exatidão. Apenas existe a necessidade de se reparar o dano moral em termos pecuniários, a fim de que o valor pago pelo ofensor possa, de algum modo, compensar a dor sofrida. Assim, *v.g.*, com o dinheiro da indenização, improvisa-se uma viagem ao estrangeiro para que a mulher, que sofreu abalo com o assassinio do marido, se distraia.<sup>113</sup>

Afirma<sup>114</sup> que o argumento já vulgarizado, de que não se deveria reparar o dano moral, porque o ressarcimento não seria completo, não-convence. Entende não ser justo que nada se dê pelo fato de não haver exatidão aritmética.

---

110. Como, por exemplo, analogia em face dos preceitos da Lei de Imprensa (*v. nota 106*).

111. *Id., ibid.*, nota 108.

112. *Op. cit.* (nota 10), t. 26, p. 33.

113. *Id., ibid.*, nota 111.

114. *Op. cit.* (nota 5), t. 53, p. 229. No mesmo sentido, cf. Martin-Achard, *op. cit.* (nota 65), p. 169.

IV 11. *O problema da não-existência de uma unidade de medida que permita comparar dor e dinheiro.*<sup>115</sup>

Entretanto, ainda que se aceite a tese da equivalência aproximativa, o problema ainda persiste. Quem pretende medir uma totalidade sem uma unidade de medida não pode evitar que haja um resultado falso. Como então atingir essa aproximação sem que haja o risco de abuso?

Segundo Minozzi,<sup>116</sup> no que tange às coisas *in commercio* realmente não há dificuldades nessa mensuração. Entretanto, um bem não deixará de ter valor somente porque lhe falta a medida e o preço unitário. Explica, pois, que o método de valoração é único. Todavia sua aplicação varia em virtude da natureza do objeto, da sua comercialidade e do gênero de valor que se considera, qual seja o de uso ou o de troca.

Dessa maneira, a cada dia se dá um valor, *v.g.*, a obras de arte, invenções, sem que se cogite do preço do metro quadrado, peso, e outras formas de medida. Existiria, então, um critério de valorização relacionado à utilidade do bem.

Há diversas maneiras de se obter o valor de uma coisa, sendo uns mais próximos dos bens ordinariamente comercializados e outros em relação aos bens comumente não-negociados.

Transpondo-se o raciocínio para o caso do dano moral, pode-se, em virtude da dificuldade de medi-lo e da não-existência de um preço de troca, através do chamado valor de uso de uma coisa ou utilidade subjetiva, chegar ao que a doutrina e a jurisprudência alemã denominará preço de afeição ("*Schmerzensgeld*").

Destarte, o critério de valoração de um bem será sempre relativo. Não-existe um preço absoluto. A própria moeda pode perder o seu poder de aquisição. O que determina o valor é o grau de atendimento às necessidades humanas. E isso acaba por ser traduzido pela lei da oferta e da procura.<sup>117</sup>

É claro que para certas coisas é possível determinar-se um preço unitário, em contraposição a uma unidade de medida. Mesmo assim, essa correlação preço/unidade decorrerá das leis de mercado. Porém, nem sempre isso será possível.

No próprio caso do dano não há que se falar em precisão matemática,

---

115. Gabba, *op. cit.* (nota 56), p. 233.

116. *Op. cit.* (nota 11), p. 57.

117. Minozzi, *op. cit.* (nota 11), p. 58.

visto que cada vez que se determina o valor do bem lesado, há de se considerar a mudança do valor da própria moeda, ou da *quotação* do bem.

E no tocante às coisas corpóreas, existem situações em que não há como se determinar um preço por unidade, o que fará com que o seu valor seja determinado pela sua utilidade subjetiva. Ora, se não é possível determinar a relação preço por unidade, isso não implicará ausência de valor, como já visto.<sup>118</sup>

Desse modo, determina-se o valor do bem por meio de um critério qualitativo e, a partir desse raciocínio, estabelece-se a equivalência dano não-patrimonial e indenização necessária.

Conclui Minozzi<sup>119</sup> que, como o dano moral não se refere ao patrimônio do indivíduo lesado, não há como se partir de uma valoração objetiva. Demanda-se a vertente qualitativa de acordo com o critério da utilidade subjetiva. Isto porque em momento algum o Direito pede que só se indenize quando houver igualdade.

O autor,<sup>120</sup> então, finalizará sua defesa, dizendo que "(...) *non si tratta di rifare al danneggiato gli identici beni che há perduti, ma di far nascere in lui una nuova sorgente di felicità e di benessere, capace di alleviare le conseguenze del dolore, del male, che há ricevuto*".

## V O dano moral no Direito brasileiro.

Diversas as hipóteses de previsão de indenização do dano moral no Direito brasileiro.

Inicialmente pode-se citar a própria Constituição Federal, de 1988, que, em seu art. 5º. estabelece:

*"V é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;*

*X são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral*

---

118. Nesse sentido escreverá o autor (*op. cit.* (nota 11), p. 61), *in verbis*: "*Poichè questi due dati [la traducibilità della cosa in unità di misura e la traducibilità di tale unità in unità de moneta] di fato non sempre sono possibili. la conseguenza è che certi cose si valutano com criteri soggettivi e non oggettivi, paragonando cioè dolori e piaceri, soddisfazioni perduti e bisogni nati o risorti. con soddisfazioni e bisogni appagati*"

119. *Op. cit.* (nota 11), p. 62.

120. *Op. cit.* (nota 11), p. 65.

*decorrente de sua violação;"* [grifo nosso]

Deve-se destacar que a previsão constitucional da reparação do dano moral é considerada exemplificativa e não exaustiva.<sup>121</sup> A Constituição Federal garante a reparação do dano moral qualquer que seja sua hipótese.

No Direito infraconstitucional há também diversos dispositivos em que se prevê tal indenização de forma clara. Exemplo destes é o já citado Código Brasileiro das Telecomunicações<sup>122</sup> que, em seu art. 84, estabelece critérios para a reparação do dano moral oriundo da calúnia, injúria ou difamação cometida por meio de radiodifusão:

*"Art. 84. Na estimação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa.*

*§ 1º O montante da reparação terá o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País.*

*§ 2º O valor da indenização será elevado ao dobro quando comprovada a reincidência do ofensor em ilícito contra a honra, seja por que meio for.*

*§ 3º A mesma agravação ocorrerá no caso de ser o ilícito contra a honra praticado no interesse de grupos econômicos ou visando a objetivos antinacionais."* [grifo nosso]

No que toca ao Código Civil, juristas, tais como Silvio Rodrigues,<sup>123</sup> defendiam uma previsão limitada de sua reparação, fundando-se nos arts. 1.543; 1.547, parágrafo único; 1.548, inc. II; 1.549; 1.550; e 1.553 do Código Civil.

Outro dispositivo de grande importância para a atualidade é o Código de Defesa do Consumidor<sup>124</sup> que, em seu art. 6º incisos VI e VII estabelece o seguinte:

*"Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:*

*VI a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;*

121. A respeito, cf. Pereira, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, 2ª ed., 1ª tiragem, Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 65.

122. A respeito, v. nota 107.

123. *Direito Civil - Responsabilidade Civil*, São Paulo, Saraiva, 1975, v. IV, p. 206.

124. Lei n. 8.078, de 8 de setembro de 1990.

VII o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;" [grifo nosso]

O projeto do novo Código Civil,<sup>125</sup> aprovado pelo Senado Federal, estabelece em seu art. 186:

"Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito." [grifo nosso]

Desse modo, deve-se destacar que, após 1988, o problema relativo à possibilidade ou-não de se indenizar o dano moral tornou-se incontroverso em face ao Direito brasileiro.

Porém, para que se possa entender o caminho percorrido pela doutrina e jurisprudência no sentido de admiti-lo a ponto de elevá-lo à condição de mandamento constitucional, faz-se mister o estudo da evolução de sua apreciação no Direito pátrio.

#### V 1. Evolução da apreciação do dano moral no Direito brasileiro.

Ao tratar do dano moral, o Direito brasileiro passou por diversas mudanças nos últimos oitenta anos.

Inicialmente tal figura era totalmente negada por parte dos doutrinadores nacionais, tais como Lacerda de Almeida<sup>126</sup> que não lhe aceitava sequer a existência, mesmo após a vigência do Código Civil de 1916.

Mais tarde, como explicado anteriormente, outros juristas, tais como Silvio Rodrigues,<sup>127</sup> defendiam a previsão limitada de sua reparação no Código Civil.

Beviláqua<sup>128</sup> e Aguiar Dias,<sup>129</sup> apesar de também apresentarem uma interpretação limitativa, sobretudo no que toca ao homicídio, consideravam, de uma

---

125. Oliveira, Juarez de; Machado, Antônio Cláudio da Costa (organizadores). *Novo Código Civil*, São Paulo, Ed. Oliveira Mendes, 1998, p. 37.

126. A respeito do tema, v. notas 53 e 59.

127. *Id.*, *Ibid.*, nota 123.

128. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (Comentado)*, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1916, v. I, pp. 310 a 312.

129. O Dano Moral e sua Reparação, in *Revista Forense*, n. 144, Rio de Janeiro, 1952, p. 41.

forma mais ampla, os arts. 76 e 159 como fundamentos da reparabilidade do dano moral no Direito Civil brasileiro.<sup>130</sup>

Outros doutrinadores, tais como Carvalho de Mendonça,<sup>131</sup> bem como ministros do Supremo Tribunal Federal, como Pedro Lessa e Orozimbo Nonato,<sup>132</sup> em posição minoritária, defendiam, desde a primeira metade do século, a tese da reparabilidade.

Entretanto, a doutrina apresentou-se resistente, somente vindo a mudar de posição entre os anos 50 e 60, sendo o saudoso Pontes de Miranda<sup>133</sup> um dos principais representantes dos que defendiam amplamente a tese de sua reparação.

A jurisprudência, por sua vez, foi a que mais resistiu. Atribui-se tal fato sobretudo em razão do positivismo exacerbado que vigorava na mentalidade dos tribunais do início até meados desse século, de modo que, em face da não-existência, até então, de texto expresso permitindo a indenização para determinados casos e, sobretudo, tendo em vista a dificuldade de avaliá-lo, preferiam afastá-lo a correr riscos.<sup>134</sup>

Uma vez o estudo da evolução da jurisprudência apresentar-se de uma forma extremamente ampla, este será direcionado à verificação do dano moral em casos de homicídio e de lesão corporal, este, sobretudo, no que concerne ao dano estético.<sup>135</sup>

## V. 2. Responsabilidade civil por homicídio e lesões corporais físicas e psíquicas de acordo com o Código Civil brasileiro.

### V. 2.1. Considerações gerais acerca do homicídio.

No que tange ao homicídio, o Código apresenta o seguinte dispositivos:

---

130. Tal questão será aprofundada quando do estudo do dano moral no homicídio.

131. *Op. cit.* (nota 57).

132. A respeito destes últimos vide a análise jurisprudencial do dano moral.

133. A respeito veja estudo realizado anteriormente a respeito das teorias que negavam a reparação do dano, confrontadas com a opinião do autor.

134. A respeito cf. Azevedo, José Ozorio de Júnior. O Dano Moral e sua Avaliação, *in Revista do Advogado*, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, n. 49, dezembro de 1996, pp. 8 e 9.

135. Para fins do presente estudo, considerar-se-á lesão corporal toda e qualquer lesão à integridade física da pessoa que não-acarrete morte.

"Art. 1.537 A indenização, no caso de homicídio, consiste:

I no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia"

A partir de então, Pontes de Miranda traçará algumas considerações gerais:

No que concerne ao inciso I, entende o autor<sup>136</sup> que a pretensão à indenização será daquele que efetivamente arcou com as despesas supramencionadas, estando obrigado o responsável pelo ocorrido.

Deve-se ressaltar que, regra geral, àquele que sofre o prejuízo cabe a pretensão indenizatória. Entretanto, como isto não é possível no caso do homicídio, visto a morte da vítima, o ordenamento jurídico atribui tal posição jurídica, primeiramente, àquele que despendeu recursos financeiros para o tratamento médico da vítima, funeral e sepultamento; em seguida, à família e àquele para o qual o defunto devia alimentos.

Destaca o autor que o elemento culpa não é essencial para que surja o dever de indenizar as despesas supramencionadas. O tratamento do homicídio previsto no Código Civil difere daquele constante no art. 121 do Código Penal visto que, independente de sua forma (doloso ou culposos), surge, no âmbito civil, uma mesma sanção, a saber, o dever de indenizar em virtude do simples nexo de causalidade entre a morte e o ato daquele que causou o dano.<sup>137</sup>

Em relação ao inciso II, explica que a pretensão e a ação dos que teriam direito a alimentos dirigem-se contra o mesmo responsável pelo fato.

Além disso, Pontes de Miranda<sup>138</sup> entende que a expressão "família" não deve ser reduzida à "família legítima". A mulher que vive longo tempo com o *de cuius* também merece a prestação de alimentos, caso o falecido lhe a fornecesse (união estável).

Além disso, essa prestação de alimentos não-precisa ser decorrente de uma obrigação legal, como a do pai para com o filho. Pode haver uma situação de fato (criança que não seja parente e nem sequer adotada) que gere, para o

---

136. *Op. cit.* (nota 5), p. 280.

137. *Op. cit.* (nota 5), p. 282.

138. *Op. cit.* (nota 5), p. 283.

prejudicado, a pretensão.

#### V. 2.2. *Homicídio e dano moral.*

Adentrando na questão do dano moral, Aguiar Dias<sup>139</sup> explica que no Direito Civil brasileiro não há como supor que se tenha querido afastar o dano moral de sua esfera de incidência.

O próprio art. 159 em momento algum afasta a sua consideração, visto não-explicitar a natureza do dano que engendraria o dever de indenizar.

Entretanto, segundo o mesmo autor, o Código de 1916 não-admite a cumulação do dano moral com o patrimonial de modo que, havendo elementos deste, não se indenizaria aquele.

Nesse sentido, interessantes comentários faz Beviláqua<sup>140</sup> a respeito do art. 1.537 Explica que, no caso do homicídio, o dispositivo estabelece as bases de sua indenização, sem, entretanto, apreciar o dano moral, uma vez faltar elementos seguros para a sua apreciação. Conclui, nesse ponto, que os fatores "felicidade" e "bem-estar" seriam inapreciáveis, escapando à regulamentação traçada pela lei.

Washington de Barros Monteiro,<sup>141</sup> a seu turno, entende que o Código peca pelo seu casuísmo ao elencar as diversas hipóteses de atos ilícitos que geram dever de indenizar, visto que tal implica restrições. Assim, segundo o eminente civilista, o art. 1.537 ao empregar a expressão "consiste" excluiria de sua esfera de incidência a indenização por lucros cessantes e o dano moral.

Entretanto, admitir-se o pagamento de verba de alimentos quando da morte do filho menor que não-exerce profissão lucrativa não seria uma forma de se indenizar o dano moral pela perda do ente querido?

Eis que tal problema encontrou lugar na jurisprudência que, em decisão citada por Caio Mário,<sup>142</sup> não-obstante a lei falar em alimentos devidos, admitiu, em um caso do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul (ADV, 1985, n. 24.564), tal indenização a título de reparação de dano moral e material.

Nesse sentido, entende o autor que a tendência na aceitação da tese da

139. *Op. cit.* (nota 2), p. 753.

140. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (Comentado)*, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1926, v. V, p. 320.

141. *Curso de Direito Civil*, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 1980, v. IV, p. 413.

142. A respeito do dilema vide Pereira, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990, p. 345. Vide também o estudo jurisprudencial *infra*.

reparação do dano moral em casos de homicídio mostra-se evidenciada quando os tribunais passaram a atribuir indenização em casos de morte de filho menor que não-concorre para a manutenção dos pais.<sup>143</sup>

### V. 2.3. Considerações gerais acerca da lesão corporal.

A respeito da lesão corporal, o Código Civil prescreve o seguinte:

"Art. 1.538 No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente.

§ 1º Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade.

§ 2º Se o ofendido, aleijado ou deformado, for mulher solteira ou viúva, ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito.

Art. 1.539 Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu."

A respeito da reparação do dano moral, Beviláqua<sup>144</sup> observa que, no § 1º do art. 1.538, existe uma combinação entre dano moral e material, enquanto que no 2º somente se cogitaria do não-patrimonial.

Assim, o art. 1.538 *caput* trata de lesões transitórias que não chegam a acarretar um abalo moral. Há uma crítica a este dispositivo no que concerne ao pagamento da "importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente" Verifica-se que o Direito Penal não-prevê tal penalidade.<sup>145</sup>

Pontes de Miranda dirá, então, que a multa prevista no artigo será

---

143. *Op. cit.* (nota 121), p. 69. Ainda a respeito cf. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Extraordinário n. 85.123 – SP, 4º T., j. 9.11.76, rel. min. Thompson Flores, in *Revista Trimestral de Jurisprudência*, s.l., v. 84, jun-1978, pp. 977 a 980.

144. *Op. cit.* (nota 140), p. 324.

145. O art. 129 do Código Penal determina a aplicação de penas privativas de liberdade, que variam conforme a gravidade do delito. Não existe a previsão de multa para esse delito.

imposta por arbitramento, nos termos do art. 1.553 do Código Civil.<sup>146</sup>

O § 1º trata do dano estético, como forma de ofensa à integridade física da pessoa humana. Atenta, pois, contra um dos princípios fundamentais do direito de personalidade.

A duplicação da soma ali prevista trata da indenização pelos danos morais oriundos da deformidade, independente de qual seja o sexo do ofendido, exceto no caso da mulher, as solteiras ou viúvas que estarão amparadas pelo § 2º do mesmo dispositivo legal.

Também estão fora as mulheres que exerçam profissão ou ofício fora do lar, pois que incidirá o art. 1.539.

No caso do homem, havendo diminuição da capacidade laborativa, aplicar-se-á o disposto no artigo supramencionado.

Ainda em relação ao § 1º a indenização será devida desde que ocorra dano estético, independentemente de sua extensão. Isso porque o Direito Civil baseia-se no dano e não na culpa, de modo que, não-obstante o Código falar em lesão de grande monta, a reparação deverá ocorrer uma vez existindo o dano.<sup>147</sup>

Entretanto Teresa Ancona<sup>148</sup> entende que o dano indenizável será apenas o que tiver repercussão patrimonial. Somente por esse critério será possível, pela sistemática da lei, a determinação de um *pretium doloris*.

Nesse mesmo sentido, Caio Mário<sup>149</sup> observa que, segundo o Tribunal de Justiça de São Paulo, o dano moral oriundo de dano estético somente seria indenizável quando produz, por si, dano econômico.

Tal conclusão merece ser refletida, pois que dano moral com repercussão patrimonial não-representa verdadeiro dano extrapatrimonial. Admitir a posição adotada pela eminente civilista e pela jurisprudência supramencionada poderia ser visto como uma espécie de refutação à própria consideração do dano moral uma vez que, na verdade, estaria sendo indenizado o dano patrimonial.<sup>150</sup>

---

146. Assim dispõe o artigo supramencionado: "*Nos casos não previstos neste Capítulo, se fixará por arbitramento a indenização*"

147. Magalhães, Teresa Ancona Lopes de. *Dano Estético (Responsabilidade Civil)*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1980, pp. 97 a 109.

148. *Op. cit.* (nota 147), p. 99.

149. *Op. cit.* (nota 142), pp. 342 e 343.

150. E será a própria jurisprudência que resolverá tal controvérsia, no sentido de se aceitar a reparação, conforme será visto adiante.

De qualquer modo, a evolução da apreciação do tema encontra-se respaldada nas decisões dos tribunais que, partindo da teoria civilista nacional e estrangeira, trouxeram grande contribuição ao pensamento jurídico brasileiro, o que culminou no art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal, de 1988.

### V. 3. *Jurisprudência acerca do dano moral em casos de homicídio e lesão corporal.*

A apreciação do dano moral em casos de homicídio e lesão corporal no Direito Civil brasileiro passou por diversos estágios desde antes da entrada em vigor do Código de 1916.

A jurisprudência brasileira, em face das discussões doutrinárias que assolavam o meio jurídico no decorrer do século XX, passou por uma verdadeira evolução no que tange à aceitação da reparação do dano moral em casos de homicídio e lesão corporal.<sup>151</sup>

#### a. Irreparabilidade (1915-1930)

Desde o início do século até os anos 20 a jurisprudência, baseada nos ensinamentos de Lacerda de Almeida, sequer admitia a existência de um dano não-patrimonial.

Entretanto havia quem defendesse sua existência e reparação. O maior defensor desta figura dentro dos tribunais era o ministro do Supremo Tribunal Federal e professor catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo, Pedro Lessa.<sup>152</sup>

Este, em acórdão proferido em 26 de julho de 1915 que tratava de um caso de morte ocorrida em acidente ferroviário por volta de 1912 (período anterior à vigência do Código Civil), dizia o seguinte: "*o que se protege, quando se ordena a indenização do damno moral, são verdadeiros direitos, que nunca se puzeram em duvida*"<sup>153</sup>

No mesmo texto, o ilustre ministro explica que, em razão das dificuldades doutrinárias existentes na época, muitos países acabaram por adotar a

---

151. Para fins didáticos foram estabelecidos períodos em que as várias posições foram predominantes. Isso não significa que não houve decisões que contrariassem a tendência de cada época.

152. Supremo Tribunal Federal. Autos de embargo n. 1.723, j. 26.6.15, rel. min. Viveiros de Castro, in *Revista Forense*, Belo Horizonte, Imprensa Oficial do Estado de Minas, v. 24, 1915, pp. 473 a 480.

153. *Op. cit.* (nota 151), p. 478.

tese da não-reparabilidade, não-obstante a doutrina francesa defender a indenização deste dano.

Era, pois, a tese do dano moral não-aceita pela Jurisprudência brasileira, que, por vezes, apesar de cogitado pelo ministro Pedro Lessa,<sup>154</sup> sequer discutia a sua possibilidade.<sup>155</sup>

Ao final de seu voto,<sup>156</sup> faz severa crítica ao projeto de Código Civil, que daria origem ao de 1916: "*Lembra o accordam que os nossos projectos do Codigo Civil têm sido unanimes em repellir a indemnização do damno moral, pelo que, dentro em breve, aprovado o que ora discute o Congresso Nacional, nenhuma indemnização mais poderá decretar o poder judiciario brasileiro*"

#### b. Irreparabilidade em função de sua não-previsão legal (1930-1967)

E este foi o fundamento do segundo período da não-reparação do dano moral no Direito brasileiro para os casos de homicídio e lesão corporal. A partir dos anos 30 até o final da década de 60, aceita-se a existência de tal dano, porém o argumento para a sua não-reparação era que o Código Civil admitia em determinadas hipóteses expressamente consignadas no texto.<sup>157 e 158</sup>

154. Em voto proferido em 24 de dezembro de 1920, escrevia o eminente ministro, *in verbis*: "*Não indemnizar o damno moral é deixar sem sanção um direito, ou uma série de direitos. A indemnização, por menor e mais insufficiente que seja, é a única sanção para os casos em que se perdem, ou se teem lesados a honra, a liberdade, a amizade, a afeição, e outros bens moraes, mais valiosos do que os economicos*". Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível n. 3.585, j. 24.12.20, rel. min. Pedro Lessa, *in Revista Forense*, Belo Horizonte, Imprensa Oficial do Estado de Minas Geraes, v. 37, 1921, p. 202.

155. A respeito, cf. Primeira Instância. Ação Ordinária, j. 4.7.29, juiz Laudo Ferreira de Camargo, *in Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 74, maio-1930, pp. 375 a 377.

156. *Op. cit.* (nota 151), p. 479.

157. Assim, *v.g.*, o art. 1.543 do Código Civil que estabelece: "*Para se restituir o equivalente, quando não-exista a própria coisa (art. 1.541), estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avanteje àquele*". [grifo nosso]

158. A respeito cf. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 12.039, j. 6.8.48. min. rel. Lafayette de Andrada, *in Revista Forense*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, v. 127, jan-1950, p. 399. Beviláqua, citado pelo relator do acórdão, argumenta, *in verbis*, que: "*a) todo dano, seja patrimonial ou não, deve ser ressarcido, por quem o causou, salvante a excusa de força maior, que, aliás, algumas vezes não aproveita, por não precedida de culpa. É regra geral sujeita a exceção;*" (...) "*d) mas o dano moral, nem sempre é ressarcível, não somente por se não poder dar-lhe valor econômico, por se não poder apreciá-lo em dinheiro, como, ainda, porque essa insuficiência dos nossos recursos abre a porta a especulações desonestas, acobertadas pelo manto nobilíssimo de sentimentos afetivos. Por isso, o Cód. Civil afastou as considerações de ordem exclusivamente moral, nos casos de morte e de lesões corpóreas não deformantes (art. 1.537 e 1.538)*"

Porém havia opiniões isoladas no sentido da reparação total dessa hipótese de dano para os casos de homicídio e lesão corporal, tais como a do ministro do Supremo Tribunal Federal, Orozimbo Nonato.<sup>159</sup>

### c. Reparabilidade (1967-1988)

A partir de 1967, novo rumo tomou a jurisprudência em matéria de danos morais. A tese ora adotada era a da reparação deste tipo de lesão, reconhecendo-o como espécie de dano previsto no art. 159 do Código Civil.<sup>160</sup>

Assim, um dos grande propagadores desta nova diretriz, o ministro Aliomar Baleeiro,<sup>161</sup> em um caso de acidente de trânsito em cuja vítima fatal foi um menor impúbere, entendeu ser indenizável o dano moral baseando-se na idéia de que o art. 1.537 não exclui a indenização dos danos puramente morais (ao contrário do que aludem os autores supramencionados),<sup>162</sup> na medida em que a mesma lei admite, para os casos não-previstos no capítulo referente à liquidação dos atos ilícitos, a fixação da indenização por arbitramento (art. 1.553).

Desse modo, ao considerar a situação dos pais do menor falecido, conclui que: "*se o responsável pelo homicídio lhes frustra a expectativa futura e a satisfação atual, deve a reparação, ainda que seja a indenização de tudo quanto despenderam para um fim lícito malgrado pelo dolo ou culpa do ofensor*"<sup>163</sup>

E qual o critério para esse "arbitramento"? Deve-se levar em conta sobretudo quanto foi despendido para a criação e a educação do menor, mais honorários e juros compostos desde a data do acidente.

A respeito da lesão corporal, especificamente no caso do dano estético, surgiram algumas questões interessantes, sobretudo no que toca à situação da mulher.

A respeito deste tema, pode-se citar o caso de uma mulher de dezenove anos, solteira, estudante de Filosofia que, ao passar em determinado

---

159. A respeito cf. Supremo Tribunal Federal. Apelação n. 7.526, j. 3.11.42, rel. min. Orozimbo Nonato, in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, v. 94, abr-1943, pp. 477 a 481.

160. A respeito, cf. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 71.128 GB 2ª T., j. 8.5.72, rel. min. Antônio Neder, in *Revista Trimestral de Jurisprudência*, s.l., v. 62, out-1972, p. 104.

161. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 59.940 - SP - 2ª T., j. 26.4.66, min. rel. Aliomar Baleeiro, in *Revista Trimestral de Jurisprudência*, s.l., v. 39, jan-1967, pp. 38 a 44.

162. A respeito cf. as considerações gerais acerca do homicídio e da lesão corporal estudadas no presente trabalho.

163. *Op. cit.* (nota 161), p. 40.

logradouro, foi atingida por grandes pedaços de argamassa que se desprenderam de um edifício, o que implicou a amputação de sua perna direita, na altura do tornozelo.<sup>164</sup>

Teresa Ancona<sup>165</sup> entende ser indenizável o dano moral nos termos do § 1º, do art. 1.538, uma vez a exegese da expressão "*soma a ser duplicada*" referir-se ao valor correspondente à indenização do dano não-patrimonial.

Nesse sentido complementa o ministro Thompson Flores<sup>166</sup> que: "*embora o Código Penal não cogite de multa, para os crimes de ofensa física, e, justamente, por tal fato, cabível a reparação, na esfera civil, a qual, de resto, independe da criminal*"

Ademais, a lei prevê, no § 2º do art. supramencionado, a situação da mulher solteira e em idade de casar que, pelo dano estético, tem esta possibilidade diminuída. Neste caso, cabe indenização a ser paga por meio de um dote.

Porém ela trabalhava e estudava Filosofia. Conforme explica o acórdão suprarreferido, ela, junto com o irmão, era arrimo de família e o acidente acarretou-lhe, além dos danos patrimoniais, imensa angústia diante da hipótese desta não mais poder exercer sua profissão. Nesse sentido, o caso também se enquadraria na previsão do art. 1.539.

Diante da coexistência de diversas hipóteses de incidência qual deve prevalecer?

Segundo o acórdão, todos os dispositivos poderiam ser aplicados, não-obstante a decisão recorrida ter considerado apenas o art. 1.539. Apesar disso, preferiu o Tribunal reconhecer-lhe direito à indenização pelos danos morais sofridos, com base no que havia sido estipulado em decisão de instância anterior, prevalecendo a aplicação do art. 1.539.

Porém, a conclusão relativa ao problema de se determinar o *quantum* a ser pago e a que título (dote ou diminuição da capacidade laborativa) é a de que, em face a dificuldade de avaliação, a quantia deve ser estabelecida com base no princípio estabelecido no art. 1.543.<sup>167</sup>

---

164. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 69.754 - SP - 2º T., j. 11.5.71, rel. min. Thompson Flores, in *Revista Trimestral de Jurisprudência*, s.l., v. 57, jan-1971, p. 787 a 790.

165. *Op. cit.* (nota 147), p. 99.

166. *Op. cit.* (nota 164), p. 788.

167. O artigo, ao falar em se pagar um preço de afeição, sem que o indenizado se avantaje daquele, estabelece o princípio pelo qual o dano moral não deve ser fonte de enriquecimento sem

Desse modo, abandonando o exacerbado positivismo do início do século, os tribunais serão marcados pelo aumento do arbítrio acerca do dano moral, nas hipóteses em que a lei não-fixa desde logo os critérios pelos quais a decisão deve guiar-se.<sup>168</sup>

d. Ampla reparabilidade (após 1988)

Com o advento da Constituição Federal de 1988, nova guinada tomou a jurisprudência brasileira.

Agora, a reparabilidade do dano moral é ponto pacífico, restando dúvidas acerca de como se determinar o *quantum* a ser arbitrado pelo juiz.

Nesse sentido, diversas soluções foram sendo apresentadas pela jurisprudência.

Um exemplo, é o caso de um rapaz que foi assassinado por um policial na Rodovia Rio-Santos, ao parar no acostamento após determinação da autoridade. Em ação ordinária<sup>169</sup> intentada pelos pais da vítima entendeu o juiz pela procedência no tocante à responsabilidade civil do Estado, tendo em vista o nexo de causalidade existente entre a conduta do policial e o dano (morte da vítima).

Para fins de arbitrar o valor da indenização a título de danos morais, considerou-se desde a teoria do risco administrativo até questões de ordem fática de modo a, *in verbis*, "*brecar com a tendência conservacionista e o sentimento de impunidade que pairam neste país*" (fls. 991).

Ainda no tocante a critérios de determinação do *quantum*, o eminente magistrado, citando João Casillo,<sup>170</sup> apresenta alguns retirados da doutrina, a saber, a idade da vítima, a incapacidade relativa ou permanente que sofreu, a privação de outras satisfações pessoais, a importância da lesão ou da dor sofrida, assim como sua duração e seqüelas, o sexo da vítima, o caráter permanente ou-não do menoscabo que ocasiona o sofrimento, o grau de parentesco com a vítima e a valorização da sensibilidade do lesado e de seus familiares.

Com base nos critérios supramencionados, o juiz condenou o Estado a

---

causa.

168. A respeito cf. Casillo, João. Dano Moral. Indenização - Critério para fixação, *in Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 634, ago-1988, p. 235 a 236.

169. Primeira Instância. 7ª Vara da Fazenda Pública SP, Ação Ordinária de Indenização n. 452/94, j. 9.6.95, juiz Danilo Panizza Filho, São Paulo, jun-95.

170. *Dano à Pessoa e sua Indenização. Apud op. cit.* (nota 168), fls. 982 e 983.

pagar a quantia de R\$ 800 mil aos pais da vítima, a título de ressarcimento de danos morais.

Entretanto, tal não é o posicionamento da maior parte da jurisprudência. Os julgados dos tribunais tenderam a uma posição mais comedida e, assim, por meio de critérios diversos atribuem indenizações que dificilmente atingem o valor suprareferido.

Posto isto, antes do estudo dos critérios mais utilizados na Segunda Instância, fazem-se mister algumas ressalvas.

A primeira grande dúvida apresentada refere-se à questão da possibilidade de se acumular dano material com o moral. Tal questão foi respondida por meio da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça que prescreve: "*São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato*"

Pode um ato ilícito culposo ocasionar um dano moral? Como se ofender a moral culposamente? Tal resposta é dada pela jurisprudência que afirma existir nesses casos a responsabilidade pelo simples fato da violação. Havendo o nexo de causalidade entre ação ou omissão e a lesão, surge o dever de reparar, independente a prova da ocorrência de prejuízos.<sup>171</sup>

No tocante à determinação do valor, vigora a tese do arbitramento com base no art. 1.553.

Entretanto, curiosa é a determinação, por parte de diversas decisões, de se aplicar dispositivos legais que não se relacionam diretamente com o homicídio e lesão corporal.

Nesse sentido, interessante é a ementa de acórdão proferido no 1º Tribunal de Alçada Civil que estabelece a aplicação do Código Brasileiro de Telecomunicações (que trata de injúria, calúnia e difamação) para um caso de lesão corporal.<sup>172</sup>

---

171. A respeito cf. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 23.575 - DF, 4ª T., j. 9.6.97, rel. min. César Asfor Rocha, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 746, dez-1997, p. 183 a 187.

172. Primeiro Tribunal de Alçada Civil. Apelação n. 698.188-0 2ª C. j. 15.01.97, rel. juiz Alberto Tedesco, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 740, jun-1997, pp. 308 a 311. Prescreve a ementa do acórdão: "*A lesão à integridade física proveniente de acidente de trânsito, além de acarretar a indenização por danos pessoais e patrimoniais, possibilita também a reparação por danos morais. Na ausência de parâmetros, para que se possa calcular o valor do dano moral a ser indenizado, tem-se utilizado o preceito estabelecido pela Lei n. 4.117/62 Código Brasileiro de Telecomunicações, que adota o critério de que o montante da reparação não será inferior a cinco, nem superior a cem vezes o maior salário mínimo vigente no País, variando de*

Também há julgados<sup>173</sup> que fundamentam a indenização com base no art. 21 do Decreto n. 2.681 de 1912, que prescreve:

*"No caso de lesão corpórea ou deformidade à vista da natureza mesma e outras circunstâncias, especialmente a invalidez para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com o tratamento e os lucros cessantes, deverá ser pelo Juiz arbitrada uma indenização especial"*

De qualquer modo, tendo em vista que, em verdade, não existe previsão expressa de critérios para se determinar o *quantum*, a jurisprudência acaba por atribuir valores os mais diversos, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Nesse sentido, fala-se em cem salários mínimos, de acordo com o Código de Telecomunicações; valor reduzido de 510 para 250 salários;<sup>174</sup> cinquenta salários mínimos;<sup>175</sup> em outro julgado o valor é aumentado de duzentos para quatrocentos salários mínimos;<sup>176</sup> diz-se da fixação do *quantum* "no valor correspondente à importância percebida pelo empregado à época do evento dada a irreversibilidade do quadro e a ausência de aptidão deste para exercer outra atividade laboral";<sup>177</sup> etc.

VI. Breve reflexão a respeito da natureza do dano moral: critérios adotados para a determinação do *quantum*.

Como se pode notar, ainda hoje não-existe uma uniformidade no que se refere aos critérios de determinação do *quantum debeat* a título de dano moral.

O que se reconhece, entretanto, é a sua reparabilidade. A Constituição Federal adota esta tese com toda amplitude, o que implica a não-admissão de qualquer condicionamento em relação à sua atribuição.

*acordo com a natureza do dano e as condições sociais e econômicas do ofendido e do ofensor"*

173. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 65.393 RJ, 4ª T., j. 30.10.95, rel. min. Ruy Rosado de Aguiar, in *Revista dos Tribunais*, v. 731, set-1996, p. 226 a 229.

174. Tribunal de Justiça de Rondônia. Apelação n. 3.454/94 RO, j. 7.3.95, rel. des. Eurico Montenegro Júnior, in *Revista dos Tribunais*, v. 724, fev-1996, p. 425 a 428.

175. Primeiro Tribunal de Alçada Civil. Apelação n. 562.964-5, j. 29.7.94, rel. juiz Carlos Roberto Gonçalves, São Paulo, jul-94.

176. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Ap. 195.039.094 6ª C. j. 20.4.95 rel. juiz Armínio Abreu Lima da Rosa, in *Revista dos Tribunais*, v. 723, jan-96, pp. 467 a 474.

177. Tribunal de Alçada do Paraná. Ap. 64.605-9 3ª C. j. 12.4.95 rel. juiz Ivan Bortoleto, in *Revista dos Tribunais*, v. 723, jan-96, pp. 461 a 467.

Enfim, a analogia é o principal recurso adotado pelos tribunais, de modo que, em última análise, o arbitramento da indenização acaba por pautar-se nos termos do art. 1.553 do Código Civil.

Fato é que o Código Brasileiro de Telecomunicações vem sendo utilizado para casos de homicídio e lesão corporal, não-obstante estabelecer diretrizes para os crimes de injúria, calúnia e difamação cometidos pelos órgãos da imprensa radiodifusora.

Assim, limitando o *quantum* até o teto de cem salários, os tribunais, prudentemente, evitam situações abusivas. Afinal, dano moral deve ser encarado como uma reparação e não como fonte de renda. É óbvio que não-existe a obrigação legal de as decisões seguirem o texto supramencionado, mas já é um ponto de partida para que o legislador possa refletir sobre a questão e criar disposições específicas para casos mais correntes, como, *v.g.*, o homicídio e a lesão corporal.

Ainda no tocante à legislação utilizada, faz-se mister uma reflexão a respeito dos critérios elencados pelo art. 84.

Segundo o dispositivo, já estudado nesse trabalho, a indenização dos danos morais deve ter por base a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender e a gravidade e repercussão da ofensa.

Ao se cogitar da "situação econômica do ofensor" para a quantificação do *quantum*, o que é que se busca? Sabe-se que, se o ofensor é uma empresa de grande porte, a tendência é atribuir-se uma indenização maior. Mas isto não seria uma forma de punição? Representa o dano moral uma resposta do Direito a título de vingança?

Segundo Minozzi, Aguiar Dias e Fischer, conforme estudado anteriormente, a reparação do dano moral não-possui um aspecto punitivo. Aliás, não-obstante a lei brasileira estabelecer a independência da responsabilidade civil em face da penal (art. 1.525 do Código Civil), uma punição dupla poderia representar um *bis in idem*.

Ademais, se o dano moral fosse uma forma de pena privada, aos moldes do Direito Romano, seria necessário a imposição de critérios objetivos e com valores predeterminados. Isto porque, no Brasil, vigora o princípio do *nulla poena sine lege*. Não caberia analogia em matéria de pena, ainda que esta fosse privada.

É verdade que o Direito Civil prevê punições. Existem figuras tais como as arras punitivas (art. 1.095), a cláusula penal (art. 916), e mesmo o dever de

restituir em dobro o valor cobrado antes do vencimento (art. 1.531). Mas todas estas podem ser objetivamente reconhecidas e determinadas, sem que se verifique a necessidade do uso de analogia ou qualquer outra divagação de caráter subjetivo.

Nesse sentido, o fato de os tribunais adotarem, por analogia, o Código Brasileiro de Telecomunicações poderia ser encarado como uma boa solução no sentido de limitar os anseios inquisitivos que possam surgir quando se busca reparar o dano moral.

Como este deve ser indenizado amplamente, nos termos no art. 5º incisos V e X da Constituição Federal, deve ser enfatizado o seu aspecto compensatório, deixando a vertente punitiva num segundo ou até terceiro plano, sob pena de se criar a chamada "indústria do dano moral"

Justiça se faz pelo respeito às leis, pela equidade e, sobretudo, pelo bom senso. Afinal, como bem ressalta o grande jurista romano Celso,<sup>178</sup> *ius est ars bonum et aequum*. E isso deve ser considerado ao se tratar do dano moral.

## VII. Outras formas de reparação.

Outra questão de grande relevância, quando se trata da reparação do dano moral, é a possibilidade de se forjar outras formas de reparação, que não a pecuniária.

Nesse sentido, há aqueles que defendem a possibilidade de se impor ao ofensor uma obrigação de fazer em face do ofendido, não-obstante a condenação ao pagamento de um *quantum* aparentar ser uma forma mais "natural" de reparação.<sup>179</sup>

Assim, conforme explica Carlos Alberto Bittar,<sup>180</sup> os objetivos visados direcionam-se também ao ofensor. Como, por exemplo, se este não possui bens, o que frustraria a pretensão do lesado, poder-se-ia compeli-lo a obrigações de fazer, ou não-fazer.

Nesse sentido, admite-se algumas situações em que se poderia pensar nessa solução.

Poderia ser o ofensor obrigado a, v.g., desmentir uma difamação,

---

178. A respeito, cf. Ulp. I inst. D. 1, 1, 1.

179. A respeito, cf. Yarshell, Luis Flávio. Dano Moral: Tutela Preventiva (ou Inibitória), Sancionatória e Específica, in *Revista do Advogado*, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, n. 49, dezembro de 1996, p. 62.

180. *Reparação Civil por Danos Morais*, São Paulo, Gráfica Editora Ltda., 1992, pp. 215 a 219.

publicando a verdade na primeira página de um jornal de grande circulação; ou poderia ser proibido, durante determinado prazo, de freqüentar certos lugares. Além disso, poder-se-ia restringir o exercício de algum direito, e assim por diante.

Ainda no que toca esse tema, entende a doutrina ser possível a cumulação a título de reparação de danos morais, de uma obrigação de dar, fazer e não-fazer em uma mesma sentença, de modo que, em última análise, tal sanção, além de acarretar o ressarcimento do prejuízo moral, representaria efetivo desestímulo à sua prática.<sup>181</sup>

Entretanto esta teoria merece algumas ressalvas. O segundo escopo, a saber, o desestímulo à prática do ilícito, não-obstante o caráter preventivo, apresenta uma vertente punitiva. E isto não é negado pela doutrina.<sup>182</sup>

É certo que o ordenamento jurídico deve buscar o melhor convívio entre as pessoas, aplicando, quando necessário, sanções punitivas. Entretanto, em se tratando de danos morais, tal meta torna-se arriscada na medida em que sua previsão legal é extremamente vaga. Como visto, os tribunais vêm aplicando o art. 1.553 do Código de modo a arbitrar um valor de acordo com cada caso.

Ademais, segundo o art. 5º, inciso XXXIX, *não há pena* (seja esta de Direito Civil ou Penal) *sem prévia cominação legal*. E este preceito deve ser respeitado, pois, caso contrário, haverá abusos, talvez muito mais graves do que uma quantificação pecuniária excessiva.

Em razão da falta de clareza por parte do legislador, junto ao fato de que é impossível se prever todas as hipóteses de dano moral, soa perigoso pensar em reparação não-pecuniária.

Há muito tempo o Direito Romano, por meio da *Lex Poetelia Papiria*, procurou abolir a responsabilidade corporal do Direito das Obrigações e isto não pode ser esquecido, mesmo em se tratando de um ato ilícito. Uma obrigação de fazer ou não-fazer desmesurada pode equiparar-se a uma situação parecida com o período da *vindicta*, antes mesmo da Lei de Talião.<sup>183</sup>

---

181. *Op. cit.* (nota 180), p. 217.

182. A respeito explica Bittar, *id., ibid.*, nota 181: "*Com efeito, conscientizou-se a doutrina, de um lado, de que é necessário que o agente sinta as conseqüências da resposta do ordenamento jurídico, para que o sistema tenha eficácia, e, de outro, mister se faz dotar-se a reparação cabível de expressão que sirva de exemplo para a sociedade, tudo para a realização efetiva de sua função inibidora*" [grifo nosso]

183. A respeito desse tema, v. a origem histórica do sistema de delitos privados, estudado anteriormente neste trabalho.

Desse modo, a vertente punitiva do dano moral deve ser prevista de forma clara na lei. Caso isto não ocorra, deve-se estudar com calma a chamada "função inibidora"<sup>184</sup>

Finalmente, talvez seja por essa razão que os tribunais vêm adotando a reparação pecuniária.

### VIII. Considerações Finais

Como se pode notar, diversas questões continuam em aberto no tocante à reparação do dano moral. Não-obstante, de acordo com a Constituição Federal, este deve ser amplamente indenizado.

Mas como? Quais os critérios? Como determinar o *quantum*? Dano moral é compensatório ou punitivo?

No tocante ao homicídio e à lesão corporal, a Jurisprudência brasileira apresenta diversas soluções, sendo que a mais interessante é a adoção do Código Brasileiro de Telecomunicações como parâmetro de fixação do valor da indenização.

Certo é que a lei não é clara no tocante a essa matéria, uma vez conferir aos tribunais preceitos extremamente vagos, que dão margem, inclusive, a abusos.

Diante dessa característica negativa, uma possível solução, para que se evite abusos, seria a desconsideração do caráter punitivo do dano moral, enquanto não-houvesse uma previsão legislativa objetiva nesse sentido.

E para defender a presente tese, vale citar a opinião do ilustre civilista Caio Mário<sup>185</sup> que afirma, *in verbis*: "*O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir um sentido compensatório. (...) "Somente assumindo uma concepção desta ordem é que se compreenderá que o direito positivo estabelece o princípio da reparação do dano moral"*

Assim, tendo em vista a inexistência de critérios legais objetivos para que se puna aquele que ofende alguém moralmente, deve prevalecer o caráter compensatório do dano moral, por meio da imposição de indenização pecuniária.

Só assim não haverá problema em se permitir ao aplicador do direito arbitrar o *quantum* nos termos do art. 1.553 do Código Civil, visto que não se

---

184. Cf. nota 181.

185. *Op. cit.* (nota 121), p. 69.

buscará vingar o ofendido, mas sim proporcionar-lhe um bem-estar que reduza a dor sentida. A moderação será consequência da natureza compensatória da indenização.

Desse modo, a Constituição Federal será respeitada e chegar-se-á, concretamente, a uma ampla reparação dos danos morais.

São Paulo, dezembro de 1998.

## IX. Bibliografia

### IX. 1. Livros e artigos

- AITH, Marcio. "Maranhão tem Indústria de Indenização", in *Folha de S. Paulo*, 2º Caderno, São Paulo, 8 de maio de 1997.
- ALMEIDA, Lacerda de. *Obrigações*. 2ª ed., São Paulo, Typographia Revista dos Tribunais, 1916.
- AUBRY e RAU. *Cours de Droit Civil Français*, Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Marchal et Billard, 1920, t. VI.
- AZEVEDO, José Ozorio de Júnior. O Dano Moral e sua Avaliação, in *Revista do Advogado*, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, n. 49, dezembro de 1996, pp. 7 a 14.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brazil (Comentado)*, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1916, v. I.
- \_\_\_\_\_. *Código Civil dos Estados Unidos do Brazil (Comentado)*, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1926, v. V.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*, São Paulo, Gráfica Editora Ltda., 1992.
- BOVE, Lucio. Danno (Diritto Romano), in *Novissimo Digesto Italiano*. 3ª ed., Turim, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1957, t. V
- CAPITANT e COLIN. *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*. 2ª ed., Paris, Librairie Dalloz, 1953, t. III.
- CARBONIER, Jean. *Derecho Civil Situaciones Extracontractuales y Dinámica de las Obligaciones*. Trad. Manuel María Zorrilla Ruiz. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1971, t. II, v. III.

- CASILLO, João. Dano Moral. Indenização - Critério para fixação, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 634, ago-1988, pp. 235 a 236.
- CHAMOUN, Erbert. *Instituições de Direito Romano*. 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1968.
- CHIRONI, Giampietro P *La Colpa nel Diritto Civile Odierno (Colpa extra-contrattuale)*, 2ª ed., Turim, Fratello Bocca Editori, 1906, v. II.
- CORREIA e SCIASCIA. *Manual de Direito Romano*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1953, v. I.
- DIAS, José de Aguiar. O Dano Moral e sua Reparação, in *Revista Forense*, n. 144, Rio de Janeiro, 1952, pp. 41 a 45.
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade Civil*. 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, v. II.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986, v. 7.
- FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no Direito Civil*, São Paulo, Saraiva, 1938.
- FRANÇA, Limongi. Reparação do Dano Moral, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 631, maio-1988, pp. 29 a 37.
- GABBA, Carlo Francesco. Risarcibilità dei danni morali, in *Questioni di Diritto Civile Diritto Ereditario e Diritto delle Obligazioni*. 2ª ed., Torino, Fratelli Bocca Editore, 1911, v. II.
- GARCIA, Hamílcar de. *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Delta, 1980.
- GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel Elementaire de Droit Roman*. 4ª ed., Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1906.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; e CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 13ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997.
- JOURDAIN, Patrick. *Les Principes de la Responsabilité Civile*. 3ª ed., Paris, Dalloz, 1996.
- LAURENT, F *Principes de Droit Civil français*. 3ª ed., Paris, Librairie A. Marescq Ainé, 1878, t. XX, § 395.
- MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *Dano Estético (Responsabilidade Civil)*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

- MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.
- MARTIN-ACHARD. *De la Réparation Pécuniaire du Tort Moral*, Genebra, Livraria Künding, 1908.
- MAYNZ, Charles. *Cours de Droit Romain*. 5ª ed., Paris, A. Durant & Pedone – Lauriel, 1891.
- MEIRA, Silvio. *Instituições de Direito Romano*. 3ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1968.
- MELLO DA SILVA, Wilson. *O Dano Moral e sua Reparação*, Rio de Janeiro, Forense, 1955.
- MENDONÇA, Manuel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e Prática das Obrigações ou Tratado dos Direitos de Crédito*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1938, v. II.
- MINOZZI, Alfredo. *Studio Sul Danno Non Patrimoniale (Danno Morale)*. 2ª ed., Milão, Società Editrice Libreria, 1909.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 1980, v. IV
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 10ª ed., revista e acrescentada, Rio de Janeiro, Forense, 1995, v. I.
- \_\_\_\_\_. *Direito Romano*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980, v. II.
- OLIVEIRA, Juarez de; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (organizadores). *Novo Código Civil*, São Paulo, Ed. Oliveira Mendes, 1998.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade Civil*. 2ª ed., 1ª tir., Rio de Janeiro, Forense, 1991.
- PLESCIA, Joseph. The Development of "Iniuria" *In Labeo Rasegna di Diritto Romano*, Nápoles, Jovene, 1977, v. 23-3.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado Parte Especial*. 3ª ed. (reimpressão), Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, t. 26.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado Direito das Obrigações*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1966, t. 53.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil Responsabilidade Civil*, São Paulo, Saraiva, 1975, v. IV

- SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do Dano Moral*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1943.
- SERANGELI, Sandro. C. 7, 16, 31 e Le Azioni Contro Il Litigante Temerario. In *Bulletino Dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore Milano, terceira série, 1968, v. X (v. LXXI da coleção inteira).
- SIMONE, Enrico de. D. 47.10.1.6-7. In *Labeo - Rassegna di Diritto Romano*, Nápoles, Jovene, 1966, v. 12-3.
- TUHR, Andreas Von. *Tratado de las Obligaciones*. Trad. do alemão por W. Roces. 1ª ed., Madri, Editorial Reus S/A, 1934, t. 1.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das Obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, v. 1.
- VIGORITA, Tulio Spagnuolo. Actio Iniuriarum Noxalis. In *Labeo Rassegna di Diritto Romano*, Nápoles, Jovene, 1969, v. 15-1.
- YARSHELL, Luis Flávio. Dano Moral: Tutela Preventiva (ou Inibitória), Sancionatória e Específica, in *Revista do Advogado*, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, n. 49, dezembro de 1996, pp. 61 a 67.

## IX. 2. *Jurisprudência*

- Primeira Instância. 7ª Vara da Fazenda Pública SP, Ação Ordinária de Indenização n. 452/94, j. 9.6.95, juiz Danilo Panizza Filho, São Paulo, jun-95.
- Primeira Instância. Ação Ordinária, j. 4.7.29, Juiz Laudo Ferreira de Camargo, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 74, maio-1930, pp. 375 a 377.
- Primeiro Tribunal de Alçada Civil. Apelação n. 562.964-5, j. 29.7.94, rel. juiz Carlos Roberto Gonçalves, São Paulo, jul-94.
- Primeiro Tribunal de Alçada Civil. Apelação n. 698.188-0 2ª C. j. 15.01.97, rel. juiz Alberto Tedesco, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, v. 740, jun-1997, pp. 308 a 311.
- Supremo Tribunal Federal. Autos de embargo n. 1.723, j. 26.6.15, rel. min. Viveiros de Castro, in *Revista Forense*, Belo Horizonte, Imprensa Oficial do Estado de Minas, v. 24, 1915, pp. 473 a 480.
- Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível n. 3.585, j. 24.12.20, rel. min. Pedro Lessa, in *Revista Forense*, Belo Horizonte, Imprensa Oficial do Estado de Minas Geraes, v. 37, 1921, pp. 201 a 203.

- Supremo Tribunal Federal. Apelação n. 7.526, j. 3.11.42, rel. min. Orozimbo Nonato, in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, v. 94, abr-1943, pp. 477 a 481.
- Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 12.039, j. 6.8.48, min. rel. Lafayette de Andrada, in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, v. 127, jan-1950, pp. 397 a 400.
- Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 59.940 S.P. 2ª T., j. 26.4.66, rel. min. Aliomar Baleeiro, in *Revista Trimestral de Jurisprudência*, s.l., v. 39, jan-1967, pp. 38 a 44.
- Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 69.754 SP - 2ª T., j. 11.5.71, rel. min. Thompson Flores, in *Revista Trimestral de Jurisprudência*, s.l., v. 57, jan-1971, pp. 787 a 790.
- Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 71.128 - GB 2ª T., j. 8.5.72, rel. min. Antônio Neder, in *Revista Trimestral de Jurisprudência*, s.l., v. 62, out-1972, pp. 102 a 105.
- Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 23.575 DF, 4ª T., j. 9.6.97, rel. min. César Asfor Rocha, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 746, dez-1997, pp. 183 a 187.
- Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 65.393 RJ, 4ª T., j. 30.10.95, rel. min. Ruy Rosado de Aguiar, in *Revista dos Tribunais*, v. 731, set-1996, pp. 226 a 229.
- Superior Tribunal de Justiça. Recurso Extraordinário n. 85.123 – SP, 4ª T., j. 9.11.76, rel. min. Thompson Flores, in *Revista Trimestral de Jurisprudência*, s.l., v. 84, jun-1978, pp. 977 a 980.
- Tribunal de Alçada do Paraná. Apelação n. 64.605-9 3ª C, j. 12.4.95, rel. juiz Ivan Bortoleto, in *Revista dos Tribunais*, Ed. Revista dos Tribunais, v. 723, jan-96, pp. 461 a 467.
- Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Ap. 195.039.094 6ª C., j. 20.4.95, rel. juiz Armínio Abreu Lima da Rosa, in *Revista dos Tribunais*, v. 723, jan-96, pp. 467 a 474.
- Tribunal de Justiça de Rondônia. Apelação n. 3.454/94 RO, j. 7.3.95, rel. des. Eurico Montenegro Júnior, in *Revista dos Tribunais*, v. 724, fev-1996, pp. 425 a 428.

# APONTAMENTOS PARA UMA TEORIA GERAL DA EMPRESA: UMA VISÃO PRAGMÁTICA

*Carlos Maurício Sakata Mirandola*

Aluno do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

*"L'imprenditore si è, l'impresa si governa,  
l'azienda si ha."*

*Mario Ghiron*

## Resumo:

A emergência de fenômenos relacionados com a empresa, que extravasam a concepção dada pelo ordenamento corporativista italiano, faz com que surja a necessidade de se repensar sua natureza jurídica. Considerando-se que a empresa não é regida apenas pela lógica econômica (representada no Direito pela tríade contrato-propriedade-profissão), mas também por princípios publicísticos de proteção ao direito de livre iniciativa e concorrência, direitos difusos (consumidor e meio ambiente) e função social da propriedade, a quebra da concepção que emergiu do ordenamento italiano nas décadas de 40 e 50 e que inspirou nosso Projeto de Código Civil faz com que surjam novos perfis observáveis na noção de empresa que devem ser trabalhados para aplicação doutrinária.

O que se quer aqui é apresentar idéias sobre como rever essa noção, de forma a perceber a natureza da empresa e das relações sociais tuteladas pelo direito que a integram. Para isso, apresenta-se um panorama da doutrina (item 2), um método de trabalho (item 3) e, por fim, uma análise composta de uma série de distinções e classificações, baseadas em núcleos de sentido.

## Abstract:

The emergency of phenomena related with the company that extravasate the conception given by the Italian collectivist ordenment does with that the need appears of rethinking your juridical nature. Being considered that the company is not just governed by the economical logic (represented in the Law by the triad contract-property-profession), but also for publicist principles of protection to the right of free initiative and competition, diffuse rights (consumer and environment) and social function of the property, the break of the conception that emerged of the Italian ordenment in the decades of 40 and 50 - and that inspired our Project of Civil Code - does with

that new profiles appear you observed in the company notion that should be worked for doctrinaire application.

What is wanted here it is to present ideas on how to review that notion, in way to notice the nature of the company and of the social relationships tutored by the right that integrate her. For that, comes a panorama of the doctrine (item 2), a work method (item 3) and, finally, an analysis composed of a series of distinctions and classifications, based on nucleus sense.

**Unitermos:** empresa; natureza jurídica; visão pragmática.

## 1. Premissa

O problema de definir o conceito de empresa para o Direito aparece como uma forma de indicar em que medida se pode oferecer o grau de segurança da chancela jurídica a determinado fato, determinada noção de origem econômico-social a que chamamos empresa. Asquini apresenta-a como *...um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem, sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram.*"<sup>1</sup>

Observem atentamente esta definição; em primeiro lugar, coloca-se a idéia de fenômeno econômico *poliédrico*. O que isso significa? Podemos pensar, de pronto, em algo que escapa a simples cortes epistemológicos. Cortamos, para entender e utilizar, determinado tecido de um "organismo" social e o entendemos como um conjunto (portanto unidade), no qual seus constituintes apresentam algum tipo de relação. Vai de encontro com a segunda parte da definição: seus diversos elementos podem, portanto, ser apresentados na forma de uma diversidade de perfis, ou seja, facetas, cortes, dos quais se pode identificar características do fenômeno inteiro e, mais, utilizar em substituição ao todo.

Notou o comercialista italiano que as diversas noções jurídicas (portanto as reconstruções normativas do fenômeno empresa) não eram propriamente conflitantes mas, longe disso, apresentavam-se como conjuntos dos elementos mais importantes para a finalidade de alguma norma específica. Em outras palavras, considerou ele que o legislador, ao querer que uma razão, forma ou consequência

---

1. Asquini, Alberto. *Profili d'impresa*.

fosse de algum modo imputada à empresa, decidiu por salientar um conjunto de elementos que fossem relevantes a seus objetivos.

Isso leva a dois resultados: (1) cada perfil não se destaca de seu fenômeno-base (único), e (2) que, de outra forma, devem ser observados os elementos e as condições dadas pelo legislador, quando da estipulação da lei.

Em segundo lugar, separam-se aqui dois momentos: um *econômico*, ao qual pertence a figura da empresa como um todo, e o outro *jurídico*, ao qual se reportam os diversos perfis. A pergunta que cabe aqui é: com eles se articulam, sabendo-se que devem reger-se por regras diferenciadas?

## 2. Doutrina - panorama

Para responder ambas as perguntas, precisamos recorrer às definições de empresa em ambos os mundos. Ferri começa por enunciar que a predisposição dos bens ou dos serviços ao mercado em geral não é uma atividade acidental e improvisada, mas especializada e profissional, a qual se explicita, através de um organismo econômico, propositadamente predisposto.<sup>2</sup>

Identifica-se aqui uma *atividade*, por um lado, e uma *organização*, por outro, unidos na direção de uma *finalidade*, indicada pela predisposição, e executada de forma *profissional*. Tal conceito nos serve como ponto de partida.

A doutrina apresenta de diversos modos essa realidade. Já lembrava Oscar Barreto Filho<sup>3</sup> que a noção de empresa e seus reflexos no Direito Comercial foram esmiuçados por escritores de escol. Nada mais condizente com o objetivo de dar um pequeno panorama da matéria do que se começar com definições clássicas. Elas giram em torno da diferenciação dos fenômenos correlatos, como empresa, empresário, empregados, capitalistas, estabelecimento comercial e atividade.

### 2.1. Empresa e estabelecimento

Mossa<sup>4</sup> identifica totalmente empresa com estabelecimento, não vendo os dois senão como momentos na evolução jurídica. Santoro-Passarelli<sup>5</sup> vê entre

---

2. Ferri, *Manuale de Diritto Commerciale*, Torino, 1960.

3. Barreto Filho, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*.

4. *Trattato del nuovo Diritto Commerciale*, p. 337 e nota 3.

5. L'impresa nel Codice Civile, in *Rivista de Diritto Commerciale*, 1942, I, p. 390.

ambos uma relação de *gênero* (estabelecimento) e *espécie* (empresa, estabelecimento comercial estável, produtivo, de grandes ou médias proporções). Greco<sup>6</sup> faz o mesmo, mas em outro sentido: espécie é o estabelecimento, parte do gênero empresa. Ghidini<sup>7</sup> vê, de outra forma, o estabelecimento como uma *universitas facti* e a empresa como *universitas juris*. Já Maroi<sup>8</sup> entende que a empresa não é nada mais que a "*forma de exercício do estabelecimento*"

Carnelutti<sup>9</sup> insere a questão do tempo: vê nos dois termos uma diferença de momento, sendo a empresa o aspecto dinâmico e a fazenda o estático. Ferrara Jr.<sup>10</sup> nos traz também a idéia de que se deve interpretar a lei, dizendo algo do emprego figurado ou impróprio impregnado na letra. Na verdade, fazenda seria organização produtiva que constitui capital e empresa, a atividade profissional do empresário; qualquer uso fora dos padrões deveria ser interpretado como um descuido do legislador (melhor, imprecisão), a ser revisto e entendido devido ao sentido e direcionamento dado pelo texto.

Waldemar Ferreira tem uma concepção sistemática da relação entre empresa, empresário e o fenômeno jurídico; afirma que a "*diferença entre empresa, estabelecimento, quando não se fundem, é o grau*". Imagina, dessa forma, círculos concêntricos, aos quais relacionam os conceitos. O estabelecimento é circunscrito à empresa que, por sua vez, o é à pessoa natural ou jurídica, mercê de cujas vontades aqueles dois se movimentam. O estabelecimento está no centro, formado de bens corpóreos e incorpóreos, uma universalidade de fato. A empresa sobrepõe-se como organização de trabalho e disciplina da atividade no objetivo de produzir riqueza e de pô-la em circulação econômica. Tudo isso, porém, se subordina à vontade e às diretrizes traçadas pela pessoa, natural ou jurídica, que a haja organizado, sujeito ativo e passivo das relações jurídicas, tecidas pela empresa, no funcionamento do estabelecimento produtor de lucros pelo comerciante, como empresários, procuradores e obtidos.<sup>11</sup>

---

6. Apud Ferrara Jr., F. *La teoria giuridica dell'azienda*. n. 34, p. 89.

7. *Disciplina giuridica dell'impresa*, 1950.

8. Apud Roberto Bracco, *L'impresa nel sistema del Diritto Commerciale*, 1960, n. 47.

9. Sulle nuove posizione del Diritto Commerciale, in *Rivista de Diritto Commerciale*, 1942, 1, p. 68.

10. *La teoria giuridica dell'azienda*, 1945, n. 34.

11. *Tratado de Direito Comercial*. VI, n. 1.226, pp. 86-87.

## 2.2. Empresa e empresário, empresa e atividade

Nesse último caso, ataca-se uma segunda imbricação, que é o conceito de empresário visto como relacionado ao de empresa. Barbero observa que o Código Civil italiano, embora fale de empresa, define apenas o empresário. Orientação semelhante assume o Projeto de Código Civil brasileiro:

*Art. 969. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.*

*Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.*

*Exegese:* São elementos dessa definição (1) um *sujeito* quem ou coletividade deles definidos como pessoa física ou jurídica inscrita na forma da lei com devido procedimento, descritos nos arts. 969 a 983. No caso do Projeto, apesar do direito de empresa ser também caracterizado pelo empresário (veja a ênfase dada nos itens que dizem respeito às sociedades: no livro II - direito de empresa, o capítulo II da sociedade é o mais extenso e minucioso), podem existir empresas cujo empresário não seja pessoa sequer personificada. Jorge Rubem Folena de Oliveira<sup>12</sup> vê nisso um desenvolvimento da teoria da empresa e o fim da distinção entre sociedades civil e comercial. Pensa, nessa linha, que a noção de empresa, como organização de fatores de produção para criação ou circulação de bens e serviços, deve prevalecer sobre a de existência de um *objeto* que deva ser intrínseco ao comercial, ou um ato específico, praticado por dada pessoa ou tendo intuito comercial.

Waldírio Bulgarelli<sup>13</sup> afirma que o Projeto marca o abandono do sistema tradicional consagrado no Código Comercial atual, baseado no comerciante

---

12. Desenvolvimento da teoria da empresa e o fim da distinção entre sociedades civis e comerciais. In *Boletim Legislativo Adcoas*, 1997. N. 4, 10 de fevereiro.

13. *Tratado de direito empresarial*, São Paulo, Atlas, 1995.

e no exercício da mercancia, trocando-o pela adoção de um sistema do empresário e da atividade empresarial. Ainda menciona a exposição de motivos de Miguel Reale:<sup>14</sup> “o tormentoso e jamais claramente determinado conceito de ato de comércio é substituído pelo de empresa, assim como a categoria de fundo de comércio cede lugar à de estabelecimento”. A observação que se pode fazer, no momento, é de que cairíamos numa nova tautologia com a permanência da definição dos “atos empresariais”. Definir empresa com relação aos atos empresariais para depois defini-los como atos praticados por empresas é um círculo vicioso, um truísmo, só superável com a exposição de jurisprudência - casos julgados que já tenham contraposto à realidade o conceito de empresa, produzindo Direito.<sup>15</sup>

(2) *exercício profissional*: para que se torne profissional, as exigências comuns incluem não ser esporádica e ser feita com o intuito lucro. Aprofundando-se na estrutura de trabalho da sociedade contemporânea, poderia-se lembrar dos quesitos de produção para o mercado (não é de auto-subsistência, mas direcionada à acumulação), com as devidas técnicas e melhoramentos, ritmo industrial e escala de massa (como definição-síntese do fenômeno na economia contemporânea). A noção sociológica de profissão traz consigo a idéia de papel social. Vide *infra*.

(3) *atividade*: seqüência de atos interligados, orientados teleologicamente (com determinado fim), direcionados a cumprir o fim de produção para o mercado.

(4) *econômica*: diz respeito ao enfrentamento do problema da escassez organização dos fatores de produção para otimização dos recursos naturais e humanos, de forma a tornar mais eficiente a alocação dos fatores de produção.<sup>16</sup> Implica, portanto, em problemas relacionados com mercadoria, distribuição, relações de trabalho, propriedade, consumo, processos... enfim, um rosário de termos econômicos que muitos economistas teriam dificuldades em definir e dizer como eles se relacionam entre si. Considera-se a produção de riqueza e o direcionamento ao mercado como essenciais.

---

14. *Exposição de Motivos do Projeto de Código Civil*, Brasília, Ed. do Senado, 1989. *Apud*, Jorge Rubem Folena de Oliveira.

15. Vide Verçosa, Haroldo Malheiros. Ato de comércio. Mercancia. Matéria de Comércio. Comerciante, in *Revista de Direito Mercantil*, n. 47.

16. Heilbroner, Robert. *A história do pensamento econômico*. Trad. de Teresinha M. Deutsch, São Paulo, Nova Cultural, 1996.

(5) *organizada*: existem duas possíveis abordagens a essa expressão: a. relativa ao sentido do termo, que pressupõe uma organização, uma estrutura nos moldes racionais, com instrumentos de controle, processos e procedimentos próprios, seqüência e divisão de competências e funções, com hierarquização rígida ou mais maleável da cadeia; ou b. relativa à flexão do verbo, particípio passado trazendo consigo a idéia de um sujeito ativo elíptico (já que a frase está na voz passiva). Indica a existência de um sujeito de direito, ligando-se à teoria do empresário, como responsável pela atividade empresarial. Veremos a seguir; por hora, lembremos apenas que ambas as noções juntas trazem consigo a idéia de *profissionalismo*, que embebe a atividade empresarial; o que acontece é uma demarcação de função social, como reflexo da divisão de trabalho imposta pelo sistema produtivo.

(6) *para a produção de bens ou serviços*: indica a finalidade da atividade. Não se menciona o lucro conjuntamente, cabendo a ressalva de que o novo texto consagra a "*função social da empresa*"; não cabe a nós neste momento nos alongarmos no assunto.

(7) há uma restrição quanto ao tipo de atividade que se possa exercer - não pode ter sua natureza na pesquisa científica nem literária ou artística, a não ser que seja subsidiária. Esse elemento dá o objeto dos atos empresariais por definição *a contrario sensu*, negativa.

O resultado final da atividade tem que ser comercializável no sentido de ser *res in commercium*, numa acepção um pouco diferente da romana, que inclui como requisitos não ser produto único e especial, portanto passível de ser comercializado aparte da idéia de existência de seu criador-produtor (não ser fruto de atividade *intuitu personae*).

### 2.3. Ferri

Ferri nos apresenta a empresa como *organismo* econômico, o qual se concretiza na organização dos fatores de produção e que se direciona à satisfação de interesses externos, mais precisamente das exigências do mercado em geral.<sup>17</sup> Essa terminologia econômica nos oferece uma noção de empresário, que é aquele cujo interesse especulativo é observado pela atuação econômica da empresa.

---

17. *Manuale del Diritto Commerciale*, Torino, 1960, p. 31.

Portanto, nota-se na empresa sempre a emergência do gênio criativo e regulador do empresário; por isso, a empresa é necessariamente colada à pessoa do empreendedor. Ela conserva por certo tempo o impulso recebido, mas este se dilui no funcionamento cotidiano. Deste modo, para se definir empresa deve-se definir o empresário e, então, chegar à sua atividade. Dificuldades nesse sentido são muitas: identificar o empresário, devendo passar pela contraposição ao capitalista e ao empregado. O que define e diferencia o empresário de ambos são dois elementos: a. o risco e b. a iniciativa.

Apesar disso, há casos em que ambos não são identificáveis; o risco nas cooperativas e nas empresas socializadas está diluído entre os trabalhadores ou entre a população. No caso da iniciativa, ela pode ser imputada a diversos tipos de pessoas, físicas ou jurídicas e, no funcionamento cotidiano da empresa, deve ser vista como proveniente também dos núcleos gestores profissionais (administradores, portanto empregados) da empresa.

O aspecto mais interessante, por um ponto de vista econômico e técnico, que é o fenômeno produtivo, na opinião de Ferri permanece irrelevante para o Direito se circunscrito ao âmbito de uma só pessoa; a empresa não surge para o Direito como organismo unitário e autônomo nem do ponto de vista subjetivo nem objetivo (p. 35). Só quando vista como organização de atos, isto é, complexo de aspectos e de regras concretamente prepostas a seu funcionamento, a empresa tem sua individualidade e sua objetividade, estruturada como uma entidade orgânica baseada num princípio ordenante e hierárquico, em torno da iniciativa do empreendedor (p. 36).

Toda tentativa de cindir ambos os termos, empresa e empresário, na visão do italiano, naufragaram não tanto frente à realidade econômica quanto frente à positivação. A organização da atividade é pressuposto da noção de empresário (art. 2.082 do Código Civil italiano) e a organização de bens ou obras do empresário é elemento da noção de estabelecimento (p. 38).

Há de se dar valor à noção de atividade, que a lei define como a destinação funcional e orgânica dos bens, criando e caracterizando a fazenda, mas também que cria os aparatos e regula como se deve presidir seu funcionamento. A organização resguarda a atividade, não os bens; não são os bens que asseguram o estabelecimento enquanto organizado pelo empresário, mas este que se define como tal enquanto titular do direito sobre o complexo aziendale, que vem qualificado como

direito sobre a empresa o direito sobre a empresa é algo distinto do direito sobre a propriedade azoidal.

São partes, portanto, da definição de Ferri: a. a empresa como expressão da atividade do empresário; b. a empresa como idéia criadora; c. a empresa como complexo de bens; d. a empresa como conjunto de relações com seus dependentes, todos esses aspectos tutelados por uma disciplina publicística da ordem econômica.

#### 2.4. Ascarelli<sup>18</sup>

A sistemática italiana (citando o mesmo art. 2.082 do Código Civil) também vê necessidade de definição do empresário para se identificar a empresa. Sendo empresa atividade, o que caracteriza o empresário é a atividade econômica. É a natureza e o exercício da atividade que qualificam o empresário (e não o contrário, a qualidade do sujeito que define a atividade). Há, no Direito Comercial, a persistência de um elemento objetivo: a atividade e, portanto, a empresa. Define-se como:

a. significa série de atos (no sentido técnico-jurídico) coordenados entre si em função de uma finalidade comum têm valor instrumental imputáveis ao empresário. Os corolários dessa afirmação são (i) a proibição de uma atividade não-acarreta nulidade nem dos atos isolados, (ii) a nulidade pode fulminar a atividade (portanto o sujeito que a exerce) sem prejudicar os atos (em relação à validade para com terceiros) e (iii) a disciplina privatista dos atos pode permanecer independente da publicista os atos de uma empresa podem ser enquadrados por normas de ordem pública e privada indiferentemente da atividade ser pública ou privada;

b. a atividade deve ser apreciada de modo autônomo: atos podem ser classificados nas díades válido/inválido, existente/inexistente, simulado/real, mas a atividade somente em lícita/ilícita, regular/irregular, real/aparente (o que faz que a atividade não-exclua a imputabilidade, acarretando sanções ao responsabilizado);

c. a falta de habilitação do sujeito persegue a atividade, já que a aquisição de titularidade da empresa tem requisitos que devem ser cumpridos para (i) proteger o próprio sujeito ou (ii) a atividade em si;

---

18. *Corso de Diritto Commerciale*, pp. 145 e ss.

d. O sujeito é o termo de imputação jurídica da atividade, portanto o empresário é a figura à qual se imputa a empresa. Sujeito dos atos singulares que formam a atividade é um conceito jurídico, não-econômico; nele não se encontram noções de direção e risco, no sentido material, mas as conseqüências delas para o ordenamento. Corolários: (i) a certeza de aplicação requer tipificação, (ii) isso faz com que o tipo possa não-permanecer constante, (iii) risco, lucro e organização devem vir na forma da lei não como conceitos econômicos e (iv) podem assim serem encarados: risco - necessidade de adimplemento das obrigações perante terceiros, iniciativa (organização) - vontade juridicamente relevante para a conclusão de negócios, lucro - imputação de responsabilidade por resultados de atos jurídicos. O empresário, em verdade, adquire direitos e obrigações provenientes da atividade empresarial. No mundo jurídico podem não-coincidir com as relações do mundo real. Na realidade econômica, o lucro pode ser imputado ao capitalista ou ao empresário, ou a ambos; a direção ao empresário e aos diretores (funcionários). Na realidade jurídica, primariamente tudo se imputa ao empresário, que pode ser subsumido em diversos entes, dependendo da definição legal em cada caso;

e. a pessoa física tem natureza diferenciada da pessoa jurídica: a atividade só pode ser imputada à pessoa jurídica se obedecer ao escopo como, por exemplo, no caso do sócio de responsabilidade ilimitada, que é sujeito à falência pessoal por via de extinção da sociedade inadimplente, mas não por seus próprios débitos pessoais (na concepção do ordenamento italiano);

f. a atividade é fato para cuja vontade do sujeito é juridicamente irrelevante; desta vontade não dependem as conseqüências jurídicas nem a subsistência da empresa;

g. a atividade se desenvolve no tempo, tem início, fim e localização. No caso do empresário pessoa física, podem ser identificados como os da pessoa mesma empresária; no caso da pessoa jurídica empresária, como os do escopo;

h. atividade não tem destinatário específico (é dirigida ao mercado ou para consumo próprio do empresário);

i. do exercício (pessoa física) ou do escopo (pessoa jurídica) deriva uma qualificação do sujeito;

j. esta é o pressuposto para aplicação da disciplina especial do Direito Comercial;

l. essa qualificação é adquirida e não pode ser transferida a outro empresário;

m. empresário não constitui um *status* jurídico diferenciado;

n. podem-se qualificar os atos de administração como ordinários e extraordinários, de acordo com a relação deles com o exercício da atividade;

o. outra classificação: atividade autônoma e subordinada (esta última se exerce na dependência de outrem e cujos resultados vinculam-se a bens alheios ou são serviços fornecidos por outras pessoas. Exemplos: profissionais autônomos e empresários exercem atividade autônoma; empregados, subordinados). Isso gera a emergência de regulação de caráter publicístico, para que se possa equilibrar o jogo de forças.

A atividade do empresário define-se por:

a. ser econômica criadora de riqueza, vista como bens e serviços patrimonialmente valoráveis. Exemplos: agricultura, indústria, especulação financeira. Não é mero gozo, ainda que este possa acontecer sob uma estrutura de administração e gestão; só é econômica se há direcionamento para outro ente do produto da atividade, para o mercado. O exercício da fazenda implica num não-consumo particular do bem ou serviço produzido;

b. direcionada à produção e ao escambo: o titular da atividade deve ser diverso do destinatário último do produto. Implica na existência e enfrentamento da concorrência, já que a atividade do empresário é sempre direcionado ao mercado (p. 166). A noção geral de empresa encontra sua justificação sobre o terreno da concorrência e na disciplina publicística da economia;

c. o objeto da atividade deve ser coisa ou serviço, portanto estão excluídas as atividades intelectuais. As últimas têm definições jurídicas e condições de exercício rigorosas. Falta, nesses casos, a organização, razão esta por que não se enquadram no fenômeno empresarial. A despersonalização, que de certa forma é decorrente da atividade organizada, não-acontece neste caso por causa do *intuito personae* das atividades; o acesso ao mercado e a produção e oferta de serviços têm uma valoração social diversa, que importa em não-incluir o exercício das profissões intelectuais do âmbito dos empreendedores (p. 170);

d. atividades auxiliares são desenvolvidas também por empresários comerciais. O que dá a característica de auxiliar não é tanto a concatenação com a atividade comercial (principal) propriamente dita, mas a própria natureza da atividade (auxiliar) exercida;

e. a atividade empresarial tem uma finalidade lícita que, de outro modo, se trataria sempre de uma atividade imputável, mas não mais empresarial;

f. a atividade deve ser organizada, mas a organização deve ser entendida independentemente de um complexo de bens (estabelecimento ou fazenda). O trabalho em si não é empresa; diferencia-se o empregado (trabalhador) do empresário sabendo que ambos exercitam objetivamente uma atividade, mas juridicamente não se imputa a produção de bens e serviços ao primeiro.

## 2.5. Casanova:

*"L'imprenditore è un soggetto; l'impresa è un'attività da lui o per lui, organizzata o svolta; l'azienda, lo strumento del qual l'imprenditore o chi opera in suo nome e per suo conto, si serve per esercitare l'impresa"*<sup>19</sup> Nessa definição, são requisitos para o art. 2.082 do Código Civil italiano:

a. *profissionalidade* – sistemática que imprime naquele que a exerce uma qualificação social, *status* sendo, portanto, derivada da única ou principal atividade que o sujeito empresário realiza. Não é necessário que seja ininterrupta. A profissão é um fenômeno social, no qual se reflete o princípio da divisão de trabalho. No caso do produto da atividade, é necessário que seja destinado ao escambo, que o empresário trabalhe para o mercado de outro modo seria empresário no sentido econômico, mas não jurídico;

b. *organização de atividade econômica cujos produtos sejam destinados ao escambo* – a atividade não pode ser personalista, o trabalho do empresário é tipicamente de organização de caráter patrimonial e trabalho de outrem;

c. o lucro não é elemento essencial do empresário, mas da empresa, por ser essa a forma que este organismo tem para prosperar (cita Mossa: *o escopo do exercício, escopo de faturar, não tem valor específico para a formação da figura do empresário comerciante... Não é dela [da figura do empresário] a intenção de lucro, mas do organismo comercial da empresa que se pega na conclusão da qualidade de comercial.*) (p. 80, nota de rodapé). É visível na empresa pública essa diferenciação: a falta de um elemento positivo de receita é compensada pela presença negativa da repartição de despesa. Já que prescinde do empresário privado para executar a atividade, obedece-se ao princípio do menor custo social,

---

19. Casanova, Mario. *L'impresse commerciali*, Torino, Editrice Torinese.

conseguindo, assim, o resultado lucrativo da empresa; o lucro está na atividade custar menos para a sociedade, não nos dividendos do empresário (Estado).

É, pois, empresário, no sentido jurídico, aquele em nome do qual cumpre-se a atividade organizada na forma de empresa, participando ele diretamente ou indiretamente. É responsável perante terceiros e esta responsabilidade comercial, em regra, absorve o conceito de risco econômico. Mas não é exigência que tal seja assim, é coincidência.

É necessária, de outro modo, a efetividade do exercício da atividade; não-basta anunciar publicamente e registrar a empresa em seu nome. Tal critério aplica-se apenas à pessoa física, já que a jurídica se forma em torno de um escopo, não de uma vontade.

Por fim, define-se empresa como todo exercício profissional de uma atividade organizada, com fim de produção e escambo de bens e serviços.<sup>20</sup> É suporte da figura jurídica do empresário, como resguarda da profissionalidade e exercício efetivo; é destinada à troca, ao mercado; essencial ao menos o *intento* de lucro. A empresa não se extingue, mas continua com um novo empresário, substancialmente imutável, se continua a mesma organização real e pessoal, prosseguindo no mesmo escopo, na obra em curso, na relação preexistente. Forma uma realidade discriminada e distinta, organização econômica de pessoas, relações e bens. Não é necessário que estabelecimento e empresa tenham o mesmo dono, apenas que se faça uso daquele pelo mesmo sujeito. Nesse sentido, o conceito de estabelecimento é correlativo ao de empresa, quando constitui um complexo de bens que são instrumentos do trabalho do empresário - portanto, a projeção patrimonial da empresa.

---

20. Há de se observar, na opinião do comercialista italiano, que a relutância da doutrina em exaurir a noção de empresa no conceito de atividade empresarial é determinada pela impressão que, de tal modo, se a traduziria o coeficiente organização no fenômeno empresa, que é uma definição incompleta. É certo que a atividade empresarial se distingue das outras por causa desse coeficiente, ou seja, enquanto é tipicamente uma atividade organizatícia. O estabelecimento é essa atividade objetivamente concretizada o organismo técnico-econômico, mercê do qual a empresa atua e se desenvolve. Nesta forma, a confusão entre esses termos transparece em cinco casos na doutrina: a. a empresa como organização de pessoas, de colaboradores do empresário; o estabelecimento como complexo ou organização de coisas e bens, *stricto sensu* (Valeri, Salandra); b. empresa como organização de bens e pessoas; estabelecimento somente como de bens (Francheschelli, Greco, Santi Romano, Bigiavi); c. ambos como sinônimos (Mossa); d. empresa espécie de estabelecimento (Santoro-Passarelli); e. empresa e estabelecimento constituindo dois aspectos, respectivamente subjetivo e objetivo, do mesmo fenômeno (Ferrarini) (p. 90).

## 2.6. Comercialistas brasileiros:

Carvalho de Mendonça<sup>21</sup> dizia que empresa é a organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob sua responsabilidade. Identifica como essenciais: a. uma série de trabalho e capitais, ou ambos combinados; b. uma série de negócios do mesmo gênero, de caráter mercantil; c. assunção de risco próprio da organização.

Rubens Requião<sup>22</sup> faz de imediato uma observação: o conceito jurídico de empresa assenta-se sobre o econômico, mas em vão os juristas brasileiros tentam construir um conceito jurídico (p. 50). Acompanhando Ferri e, de certa forma, Ascarelli, afirma que *a disciplina jurídica da empresa é a disciplina da atividade do empresário e a tutela jurídica da empresa é a tutela jurídica dessa atividade*. Introduce, nesse momento, um panorama histórico que inclui:

a. Direito francês: conceito de empresa, no Código Civil, de 1807, era desenvolvido em torno da idéia prática de atos de comércio de massa, que se reporta à atividade metódica e profissionalmente organizada, visando a um fim lucrativo qualquer (Maurice Chevrier). É repetição de atos praticados a título profissional, de sorte que a concepção se apresenta como síntese da dupla noção do ato de comércio e de comerciante, que tem como conseqüência confundir os julgamentos que distingam o sistema objetivo da comercialidade do sistema subjetivo (Jean Escarra). A empresa, do ponto de vista jurídico, se confunde com a exploração, pois pouco importa que o comerciante explore com capitais próprios ou alheios, que poderiam ser emprestados ou adiantados (Georges Ripert). Em outra linha, tenta-se dissociar a noção de empresário da de empresa, dizendo que a última é todo organismo que se propõe, essencialmente, a produzir para o mercado certos bens ou serviços e que independe financeiramente de qualquer outro organismo (Michel Despax). Indicação clara do sentido atual da doutrina francesa: a personificação;

---

21. Mendonça, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial brasileiro*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1945, p. 493.

22. *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 1998, v. 1.

b. Direito italiano: o moderno Direito italiano funda-se sobre a teoria da empresa. Vivante identificou o conceito jurídico com o econômico, dizendo que ela é o organismo da economia que, sob seu próprio risco, recolhe e põe em atuação sistematicamente os elementos necessários para obter um produto destinado para troca. Rocco coloca o tema sobre a perspectiva de organização de trabalho, recrutado, organizado, dirigido, fiscalizado e recompensado pelo empresário para os fins de produção. O autor brasileiro então apresenta o cenário no qual se erigiu a concepção do Código italiano, de 1942, sob a égide do corporativismo fascista e discorre sobre a dificuldade dos doutrinadores para, a partir daí, criar seu conceito. Afora os autores tratados já aqui por nosso próprio punho, resta-nos colocar a opinião do comercialista a respeito de Ferrara: *"a empresa supõe uma organização por meio da qual se exercita a atividade; todavia, o conceito de empresa não tem para ele, na realidade, relevância jurídica, pois 'os efeitos da empresa não são senão efeitos a cargo do sujeito que a exercita', isto é, do empresário"*;

c. Direito brasileiro: no Regulamento n. 737, de 1850, ao enumerar os atos de comércio, incluiu-se as empresas. Neste sentido, utilizou-se a definição francesa, de repetição de atos praticados, uma organização de serviços, que explore o trabalho alheio, material ou intelectual. *"Intromissão se dá, aqui, entre o produtor do trabalho e o consumidor (...) com o intuito de lucro.* (Inglez de Souza, nas palavras de Requião). Às vezes se chegou a concluir pela falta de elementos que, combinados com os econômicos, para a formação do conceito jurídico de empresa (Sílvio Marcondes Machado). Ou que, na realidade brasileira, as empresas pautam-se essencialmente pela predominância do aspecto individual do empresário sobre os conceitos de atividade e instituição empresarial, sendo que a adoção de certas fórmulas francesa ou italiana seria deformar o que acontece aqui (Francisco Campos). Rubens Requião, por último, ainda critica a comissão que elaborou o Projeto de Código Civil por se deixar *"dominar pela timidez e perplexidade dos juristas italianos de 1942"* e evitar *"definir o conceito de empresa"*;

d. empresa como abstração: parte-se da premissa básica que é errôneo tratar a empresa como materialização. Percebendo-se nela uma abstração, aproveita-se o argumento de Brunetti de que a relação entre pessoas e os meios de exercício não podem conduzir senão a uma entidade abstrata, devendo-se ligá-la ao empresário (seu titular). Soma-se o de Dalmartello: a empresa é caracterizada pelo exercício da organização produtiva. Sendo organização a conjunção entre o trabalho das pessoas, capital e o complexo de bens dispostos pelo empresário no sentido de produzir,

chega-se que a empresa nasce apenas com a vontade materializada do mesmo. Conclui-se que exercício é uma abstração, como o é a empresa. Desse modo, a atividade pode ser objeto de tutela jurídica, a despeito da crítica de Orlando Gomes a essa possibilidade, o que transforma a empresa em objeto de direito.

Vera Helena de Mello Franco<sup>23</sup> não-consegue escapar à noção de empresa como sendo de atividade (conjunto de atos direcionados a um fim) econômica-organizada. Faz-se a esses atos a exigência de requisitos positivos. A empresa, dessa forma, como conceito econômico, desdobra-se em "*organização de fatores da produção (capital, trabalho e matéria-prima) para a produção de bens e serviços para o mercado*" (p. 67). Sobre este, constróem-se os diversos conceitos jurídicos. A empresa interessa ao Direito Econômico enquanto organização da produção para o mercado ou simplesmente organização produtiva. Não é, portanto, sujeito de direitos (quem o é, é seu titular, o empresário), não tem autonomia jurídica e patrimonial em si mesma e somente algumas têm personalidade jurídica (apesar desta ser a atual tendência, segundo a autora). Nesse caso, precisa-se definir empresário, o que se faz com a idéia de sujeito do sistema econômico. Assim como o consumidor e o titular da força de trabalho, o empresário é sujeito e tem tutelas jurídicas a ele relacionadas. Por ele organizar os fatores de produção na atividade de intermediação, assume o risco econômico e a iniciativa do empreendimento, não se confundindo com o capitalista e com o titular da força de trabalho. Exerce a função de intermediário, especulando sobre a diferença entre o custo do capital e o trabalho no exercício da produção para o mercado, atuando em nome próprio na gestão de sua empresa. Não é especulador puro e simples "*pois não desempenha uma atividade geradora de riquezas*" (p. 89).

Theophilo Azeredo dos Santos,<sup>24</sup> ao comentar a Lei n. 8.934, de 18 de novembro de 1994, diz que, pela conformação atual do Direito brasileiro, prevalece a atividade econômica da empresa para caracterizá-la como comercial. A velha discussão que dividiu os juristas entre os que ficavam presos às regras do Código Comercial (nota-se que este não-oferece um conceito jurídico de comerciante) para considerar mercantis os atos indicados na legislação do Império e os que preferem avalizar a tese da ampliação do conceito de empresa comercial. As sociedades

---

23. *Lições de Direito Comercial - teoria geral do Direito Comercial*, São Paulo, Maltese, 1995.

24. Comercialidade das sociedades de objeto civil, fins econômicos e lucrativos. In *Caderno Especial* n. 236, da Associação dos Bancos do Estado do Rio de Janeiro.

estarão, em consequência, sujeitas à falência e terão direito à concordata, pois são comerciais pela força de lei, cujo objeto social for a produção e a circulação de bens e serviços com ênfase para o setor de serviço, hoje marcadamente desenvolvido, especialmente após a chamada "terceirização". Na opinião do autor, a lei atingiu, ainda, as firmas individuais, cujos titulares serão considerados comerciantes individuais nos mesmos moldes acima estabelecidos.

Por partes: a afirmação de que prevalece a atividade econômica para caracterizar a atividade como comercial traz à tona duas observações: a. que existem outros tipos de empresas, caracterizadas por outros tipos de atividades; b. que a atividade passa a ser determinante à empresa, já que econômico diz respeito à comercial. Logo depois, indica que tal diferenciação é importante para o uso prático de identificação dos atos que são comerciais, não mais como no Código Comercial, no qual se identificavam atos por natureza comercial, não-deduzíveis da comercialidade da atividade. Mas, para daí estender os institutos da falência e da concordata a todas as atividades em que se presume dentro desse conceito ainda vago de comercialidade como organização, cujo objeto de atividade é comercial, isso é passo demasiado grande; tal definição ainda não é aceita por grande parte da doutrina, como observado.

### 3. Análise

#### 3.1. Ponto de partida - a constatação metodológica de Asquini:

*"Um é o conceito de empresa, como fenômeno econômico; diversas as noções jurídicas relativas aos diversos aspectos do fenômeno econômico."*<sup>25</sup> O conceito econômico captado pelo Código Civil italiano é aquele do ordenamento corporativo, de base profissional, do regime fascista - tal como empresa se refere essencialmente à economia de troca, naquele caso, a atividade do empresário pode adquirir caráter profissional. Será que tais premissas cabem ao nosso sistema jurídico contemporâneo (ou até o italiano de hoje em dia?). Note-se bem a data e a prudência do autor em perceber tal; vejamos:

---

25. Asquini, Alberto. Profili d'Impresi. In *Rivista del Diritto Commerciale*, n. 1, v. XII, 1943.

a. A ideologia corporativista<sup>26</sup> que direcionou o Código Civil italiano daquela época final do fascismo teve fundamento numa concepção de sociedade-força. Esta não era um simples agrupamento de indivíduos, mas um organismo<sup>27</sup> que vivia: a imagem é do corpo humano que, longe de ser um amontoado de órgãos e tecidos, é algo distinto da soma deles, tendo uma característica única e maior. A força, a evolução, não-estava mais com o indivíduo, como era nas etapas históricas anteriores, mas agora com o grupo; a imagem preferida era o feixe (*fasce*, de onde fascismo). No Brasil, o símbolo dessa ideologia era a  $\Sigma$ , somatória... Nesse sentido, o Estado passa a ser o representante da Nação, o organismo supremo; as pessoas devem ser entendidas como órgãos do Estado, sendo que sua posição como indivíduos fica reduzida em importância; toma vislumbre o papel social dela na organização.

O Brasil hodierno consagrou a noção de função social da propriedade:<sup>28</sup> a função social inicialmente adstrita à limitação de *uso* do solo e água (Lei n. 6.662, de 25.06.1979 e Decreto n. 89.496, de 29.03.1984 - dispõe sobre a Política Nacional de Irrigação) passou a valer no Estatuto da Terra (Lei n. 4.504) e todas as normas que o regulamentam (Lei n. 6.746, de 10.12.1979, Decreto n. 84.685, de 06.05.1980) como critério para desapropriação para, a partir de 1988, ser consagrada na Constituição Federal, de 1988, pelo art. 5º, XXIII e XXIV para a propriedade; ressalta-se o art. 156, III, § IV. que versa sobre o mecanismo tributário para fazer valer essa concepção; art. 170 (no capítulo da ordem econômica), que retoma a função social da propriedade, agora no aspecto econômico, inserindo-a no contexto dos princípios da atividade de produção (à qual se reporta nosso tema, a empresa); art. 5º XXIX, para a utilização de marcas e patentes de invenção; art. 173, I, que dá os limites da intervenção estatal; art. 182, § 2º, que dá os princípios da política urbana; art. 184 *caput*, da política agrícola fundiária. Também, a Lei n.

---

26. Repare bem na citação feita, de onde se retirou o conceito econômico: "*Lezioni di economia corporativa*" de Papi, "*Economia politica corporativa*" de Vito e "*Economia politica corporativa*" de Gerbino.

27. Para mais sobre a concepção de sociedade como organismo, ver Otto Von Gierke, *La naturaleza de las asociaciones humanas*. Discurso proferido no ato de posse ao Reitorado da Universidade de Berlim em 15 de outubro de 1902; é direito real, portanto oponível *erga omnes*. Observe-se que a evolução do conceito, de essencialmente individualista do Direito Romano e Revoluções Liberais, até o atual (em que o *titulo* só é *justo* se tiver a utilização condigna com sua função social) traz consigo uma mudança de natureza do instituto muito importante.

28. Propriedade no sentido romano: usar, fruir, gozar e dispor da coisa.

8.171, de 17.01.1991, dispõe sobre a Política Agrícola; Decreto n. 433, de 24.01.1992, dispõe sobre a Aquisição de Imóveis Rurais, para Fins de Reforma Agrária, por Meio de Compra e Venda; Lei n. 8.629, de 25.02.1993, dispõe sobre a Regulamentação dos Dispositivos Constitucionais Relativos à Reforma Agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal.

O princípio passou a valer também nos assuntos diretamente relacionados à atividade empresarial; temos: Lei n. 8.884, de 11.06.1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a Prevenção e a Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica e dá outras providências.

Título I - Das Disposições Gerais (arts. 1º e 2º)

Capítulo I Da Finalidade (art. 1º)

Texto:

*Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.*

*Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.*

A função social passa a ser o critério de interpretação das relações sociais:

Lei n. 9.126, de 10.11.1995 - Dispõe sobre a Aplicação da Taxa de Juros de Longo Prazo TJLP sobre Empréstimos Concedidos com Recursos dos Fundos Constitucionais de Financiamento das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e dos Fundos de Investimentos do Nordeste e da Amazônia e do Fundo de Recuperação Econômica do Espírito Santo, e com recursos das Operações Oficiais de Crédito, altera Dispositivos da Lei n. 7.827, de 27 de setembro de 1989, e dá outras providências.

*Art. 1º A partir de 1º de julho de 1995, os financiamentos concedidos com recursos dos Fundos Constitucionais de Financiamento das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, de que trata a Lei n. 7.827, de 27 de setembro de 1989, terão como custo básico o Taxa de Juros de Longo Prazo TJLP*

*§ 1º Os bancos administradores dos Fundos de que trata este artigo poderão, nas operações contratadas a partir de 1º de julho de 1995, cobrar "del*

*credere" compatível com os riscos assumidos pelos financiamentos concedidos e adequados à função social de cada tipo de operação, adicionalmente aos custos previstos no "caput" deste artigo, de até seis por cento ao ano.*

Lei n. 9.279, de 14.05.1996

Regula Direitos e Obrigações Relativos à Propriedade Industrial.

Título VIII Das Disposições Transitórias e Finais (arts. 229 a 244)

Art. 240 - O art. 2º da Lei n. 5.648, de 11 de dezembro de 1970, passa a ter a seguinte redação:

*"Art. 2º O INPI tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica, bem como pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial."*

A lei que disciplina os serviços de telecomunicações relaciona o princípio da função social à atividade de telecomunicações; isso é indicativo de que o ordenamento inclui a propriedade dos meios de produção no rol daquelas que devem se reportar à disciplina publicística da propriedade.

Lei n. 9.472, de 16.07.1997

Dispõe sobre a Organização dos Serviços de Telecomunicações, a Criação e Funcionamento de um Órgão Regulador e outros Aspectos Institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 8, de 1995.

Livro I - Dos Princípios Fundamentais (arts. 1º a 7º)

Texto:

*Art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.*

Livro III Da Organização dos Serviços de Telecomunicações

Título III Dos Serviços Prestados em Regime Privado

Capítulo I Do Regime Geral da Exploração (arts. 126 a 130)

*Art. 127 A disciplina da exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir:*

- I. a diversidade de serviços, o incremento de sua oferta e sua qualidade;*
- II. a competição livre, ampla e justa;*
- III. o respeito aos direitos dos usuários;*
- IV. a convivência entre as modalidades de serviço e entre prestadoras em regime privado e público, observada a prevalência do interesse público;*
- V o equilíbrio das relações entre prestadoras e usuários dos serviços;*
- VI. a isonomia de tratamento às prestadoras;*
- VII. o uso eficiente do espectro de radiofrequência;*
- VIII. o cumprimento da função social do serviço de interesse coletivo, bem como dos encargos dela decorrentes;*
- IX. o desenvolvimento tecnológico e industrial do setor;*
- X. a permanente fiscalização.*

Livro III Da Organização dos Serviços de Telecomunicações  
(arts. 60 a 185)

Título IV - Das Redes de Telecomunicações (arts. 145 a 156)

Texto:

*Art. 146 As redes serão organizadas como vias integradas de livre circulação, nos termos seguintes:*

- I. é obrigatória a interconexão entre as redes, na forma da regulamentação;*
- II. deverá ser assegurada a operação integrada das redes, em âmbito nacional e internacional;*
- III. o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social.*

*Parágrafo único. Interconexão é a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis.*

O novo princípio de função social da propriedade tem uma dupla característica: em primeiro lugar, retira o peso da concepção corporativista da empresa e do empresário por defender a idéia de propriedade individual (corolários: livre iniciativa, participação justa no mercado, competição). Por pregar a igualdade de chances, retira da concepção de *status* social e empresário (consequentemente), a posição de figura em torno da qual se articula o fenômeno empresarial para, em segundo lugar, dar a primazia sobre a articulação dos contornos de como se deve desenvolver a atividade;<sup>29</sup>

b. é claro que este não é o único conceito que serve para corroborar aquela concepção. Só a título exemplificativo, esse foi citado para justificar porque não se pode mais entender a empresa como fenômeno somente econômico, pelo menos para a aplicação jurídica. Ainda assim, salientamos que o método proposto por Asquini vai na direção certa, sob a óptica do Direito. Resta-nos explicar sua concepção:

### 3.2. Asquini:

A primeira parte de seu texto é dedicada à definição do fenômeno econômico da empresa, montado naquela premissa transcrita *supra*, para mostrar como o ordenamento italiano captou-o. Tal conceito refere-se essencialmente à economia de troca, pois somente nessa órbita a atividade do empresário pode adquirir caráter profissional. Retornando à doutrina italiana supracitada, percebe-se como se dá ênfase nessa questão; o fenômeno empresarial só pode ser explicado com recorrência às idéias de empresário e da profissionalidade da atividade, na idéia de organização. O risco, então, é definido como um suportar o adimplemento das obrigações perante terceiros (relação entre o resultado útil da empresa para o empresário e a responsabilidade a ele imputada de relações jurídicas) e o lucro surge como (i) motivação normal da atividade empreendedora e (ii) remuneração do empresário (prêmio) por seu risco e atividade organizatória.

---

29. Para uma discussão mais aprofundada sobre o assunto, ver: Dantas, Francisco W. L. Lineamentos jurídicos da empresa e o código do consumidor. *In RT* v. 67, set. 1991, sobre a aplicação desse conceito no Direito do Consumidor; Wald, Arnoldo. O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional. *In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*, n. 98, abril-junho 1995, sobre a empresa na constituição; e, principalmente, Comparato, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *In RT*, v. 732, out. 1996.

O caráter profissional da atividade do empresário é, nessa concepção, elemento natural da empresa, proveniente do princípio da divisão do trabalho. Em qualquer tipo de economia organizada, na opinião do autor, a empresa é célula fundamental, mais eficaz e mais útil no interesse da nação.<sup>30</sup>

O passo seguinte é, a partir da nova legislação (o Código Civil de 1942), estabelecer comparações com as legislações anteriores:

a. no Código Civil, de 1865 (que retratava o Código napoleônico), a empresa era a prestação do *conductor operis* (empresário, art. 1.627, n. 3) na *locatio operis (contrat d'entreprise)* ou um dos possíveis termos de referência para a determinação da *operae* advindas da *locatur operarum* o empresário era o fornecedor;

b. no Código Comercial, o conceito de empresa era o econômico, porém sob o perfil dos atos objetivos de comércio (prescindindo do elemento comercial) Ex.: art. 3º ns. 6 a 10, 13, 21 sobre a limitação ao setor industrial e exclusão do artesanato, art. 8º sobre o empresário como comerciante;

c. na legislação infortunística, empresa é qualquer organização produtiva que empregue mais de cinco operários. Empresário é sinônimo de empregador, ainda que produza apenas para consumo próprio;

d. na legislação corporativa: (i) na Lei de 3 de abril de 1926 as palavras "empresário" e "empresa" não-aparecem; somente nos (ii) n. 1.130, n. 1251, (iii) n. 150 Código Penal, arts. 330, 331 e (iv) principalmente na *Carta del lavoro*, mantidas pelo Código Civil, "*acolhidas não ligadas a setores particulares da economia, porém abrangendo cada forma de atividade produtiva organizada: agrícola, industrial, comercial, creditícia; nem ligado a especiais dimensões quantitativas, porém envolvendo a grande e média empresa, assim como a pequena*

---

30. Aqui cabe uma nota de rodapé do texto de Asquini: "*Não é verdade, portanto, que no regime de economia corporativa do empresário privado, este se transforme em um funcionário público da máquina econômica burocrática do Estado, sem o próprio risco. (...) goza de uma esfera própria de autonomia e o empresário desenvolve sua iniciativa com o próprio risco, o que implica num trabalho criativo e organizado, baseado no lucro, que é sua remuneração. Somente a aplicação do princípio do risco e do proveito não fica mais entregue ao jogo mecânico das leis econômicas em função das condições de concorrência, mas vem moderada politicamente pelo Estado, de acordo com os fins superiores do interesse nacional.(...) [consideram-se] os empregados (...) colaboradores, (...) [o que] pode influir na estrutura jurídica da empresa (...) sobre o aspecto institucional. Neste sentido a empresa corporativa perde aquele caráter individualista e especulativo que tem a empresa na economia liberal, para assumir uma função não-somente econômica, mas também política e ética."* Profili, nota 5. Lembre-se que o nosso regime não é de economia corporativa; portanto, a orientação que prevalece não é a do fenômeno empresarial centrado no papel social do empresário.

*empresa (...) salvo as pequenas empresas com seu estatuto". (Exposição de Motivos do Novo Código).*

Em um terceiro momento, a partir dessas constatações, Asquini percebe que, apesar da orientação de aceitar um conceito (baseado nos termos econômicos aqui referidos), não se pode adequar forçosamente o fenômeno econômico em um esquema jurídico unitário, cabendo ao intérprete aclará-lo; respeita-se o *nomen iuris* dado pelo código, mas se reconhece que existem casos em que a pobreza do vocabulário e a prática da linguagem dão aos significantes "empresa" e "empresário" um significado diverso. Daí nascem os quatro perfis, que são:

a. *Perfil Subjetivo empresa como empresário.* A organização econômica é considerada pelo seu vértice, o empresário; empresário é sinônimo de empresa. Também pode ocorrer que o vocábulo *empresário* seja usado para se tratar do *estabelecimento*, metonímia justificada por o empresário não-estar só na empresa, mas também por ser sua cabeça e alma;

b. *Perfil Funcional - empresa como atividade empresarial.* Em razão da empresa econômica ser uma organização produtiva que opera por definição no tempo, guiada pela atividade do empresário, é que, sob o ponto de vista funcional ou dinâmico, a empresa aparece como força em movimento, que é a atividade empresarial dirigida a determinado escopo produtivo. Tem uma notável relevância na teoria jurídica da empresa porque serve (1) para se chegar à noção de empresário e (2) da diversidade de atividade (agrícola ou comercial) depende a qualificação do empresário e (3) para a aplicação das normas particulares relativas às relações de empresa;

A atividade resulta (1) de recolher e organizar a força de trabalho e capital para a produção de determinados bens e (2) realizar a troca desses bens ou serviços colhidos ou produzidos. São, por isso, (1) operações fundamentais: (a) passivas— as destinadas à contratação e organização do trabalho e (b) ativas— as operações voltadas às trocas de bens e serviços; (2) acessórias— operações auxiliares das precedentes.

A atividade empresarial se reduz, portanto, em uma série de operações (fatos materiais e atos jurídicos) que se sucedem no tempo, ligadas entre si por um fim comum. A profissionalidade implica no elemento da constância no tempo e seu preordenamento com o fito de lucro, inerente, senão essencial, à empresa econômica.

Afirmar a existência de atividade empresarial significa afirmar a existência de operações fundamentais da empresa;

c. *Perfil Patrimonial e Objetivo* empresa como *patrimônio aziendal* ou *estabelecimento*. O exercício da atividade empresarial dá lugar à formação de um *complexo de relações jurídicas* que tem como centro o empresário (direitos sobre os bens, relações com os empregados, com fornecedores, com clientela). O patrimônio da empresa, portanto, é um distinto do do empresário; daí a regulação do fenômeno da sociedade por ações com um único acionista, a fim de evitar que este meio sirva para superar a personalidade do empresário. A única hipótese que o patrimônio aziendal encontra, no novo Código italiano, disciplina especial como patrimônio separado é aquela da administração judicial prevista no art. 2.091. Asquini, nesse sentido, não adota a doutrina dominante que chamava de estabelecimento o complexo de bens destinados à atividade empresarial (conceito econômico), mas pensa ser este um complexo de direitos heterogêneos (sobre bens e sobre serviços de empregados e terceiros, que se relacionam à atividade). Nesse sentido, estabelecimento não é *universitas rerum*;

d. *Perfil Corporativo* empresa como *instituição*. Nesse sentido, a empresa é considerada como aquela especial organização de pessoas que é formada pelo empresário, empregados e colaboradores. Empresário, colaboradores, dirigentes, operários, não são apenas uma pluralidade de pessoas ligadas entre si por uma soma de relações individuais de trabalho, cada uma com um fim individual, mas formam um núcleo social organizado em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e os individuais dos colaboradores: obter melhor resultado econômico na produção. A *Carta del Lavoro* diz isso claramente quando fala de empresário como "organizador de empresa", do empregado como "colaborador ativo da empresa"; a Exposição de Motivos distingue a *organização do trabalho na qual dá lugar a atividade profissional do empresário*" da *"projeção patrimonial da empresa"* O trabalho é sujeito, não-objeto da economia.<sup>31</sup>

---

31. Clara influência da teoria orgânica de v. Gierke: os agrupamentos sociais não são meros amontoados de indivíduos, mas algo distinto deles todos, de natureza superior. No ponto 13, Asquini indica claramente: "a noção de instituição foi elaborada pela ciência do direito público, na Itália especialmente por Romano e, anteriormente, na Alemanha por Gierke e na França por Hauriou", para depois definir instituição como "toda organização de pessoas voluntária ou compulsória embasada em relações de hierarquia e cooperação entre seus membros, em função de um escopo comum." Por isso, cada instituição cria no seu interior um ordenamento elementar que, ainda que

Considerar uma organização de pessoas nesse sentido como uma instituição não é o mesmo que personificá-la. A outorga de personalidade jurídica tem o sentido de atribuir a um sujeito diverso dos indivíduos as relações jurídicas externas da organização.<sup>32</sup>

### 3.3. Sobre o modelo:

A análise de Asquini até hoje é uma das mais lembradas, quando se trata de utilizar doutrinariamente o conceito de empresa. Pelo método do autor consegue-se perceber a emergência de uma forma de se captar no universo jurídico como se manifesta o fenômeno da empresa: há um fenômeno inicial, que a doutrina se encarrega de definir, procura-se a forma como o legislador o captou e discute-se semelhanças e diferenças, para indicar qual definição doutrinária se aproxima mais da *real*, repara-se que a concepção legal adota esta ou aquela doutrina, com estas e aquelas restrições, classifica-se e comprova-se com textos legais.

Acontece que nem na Itália nem em França, origens doutrinárias das nossas concepções jurídicas de empresa, "(...) *le législateur n'a pas préalablement défini l'entreprise*";<sup>33</sup> "*le législateur a formellement reconnu l'existence de l'entreprise en la nommant mais sans la définir véritablement ni lui reconnaître une personnalité physique ou morale qui l'explicite.*" Assim, continua o autor francês, conferem-se direitos e deveres a pessoas físicas ou morais que têm a qualidade de empresário, senão a lei resultará inaplicável. A. Supiot, afinal, já havia notado que a noção de empresa é uma das mais irritantes que vêm ao jurista na medida em que onde ela aparece é de forma "*insaisissable et incontournable*".<sup>34</sup> Mas Jean Hilaire, em seu ensaio sobre a história do conceito, nota que a empresa aparece para o Direito de acordo com as condições de vida à qual ela está vinculada; essa

---

reconhecido pelo ordenamento jurídico do Estado, é a instituição soberana pode-se considerar como um ordenamento jurídico de grau inferior.

32. Logo em seguida, Asquini trata de definir empresa segundo a teoria de Hauriou da instituição, que coloca três elementos para a gênese do material-conceito de instituição: a. uma idéia-diretriz, b. o poder, e c. as manifestações de comunhão consensual. Para mais: Hauriou, Maurice, *La teoría de la institución y de la fundación*. Trad. para o espanhol de Arturo Enrique Sampay, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968.

33. Hilaire, Jean. Une histoire du concept d'entreprise. In *Archives de Philosophie de Droit*, 41, 1997.

34. Citado por Robé, J.-Ph. L'entreprise en Droit. In *Droit et société* n. 29, 1995.

observação pode ser transportada para a concepção utilizada por Asquini e para os outros comercialistas italianos.

Poder-se-ia fazer aqui uma revisão de como o conceito aparece para o Direito francês, com base em Hilaire; mais isto não nos interessa no momento. O importante é notar que nosso momento necessita de nova concepção. Nota-se uma evolução no Direito Comercial, primeiro (1) identificando um âmbito a que o Direito Comercial se reporta (somente o da corporação de ofício, na Idade Média), em (2) seguida necessita-se identificar certos atos especiais, já que o Direito Comercial não se restringe a um grupo (no Código napoleônico, adotado pelo nosso Comercial), próximo (3), a definição de uma atividade a que se relaciona a empresa, então (4) um organismo ao qual se imputa essa atividade (concepção do ordenamento corporativo italiano, também em nossa Lei de Falências), agora como instituição (5) (no mesmo, de outra abordagem), só que com a discussão doutrinária no sentido de atribuir ou não a personalidade jurídica a esse tipo de instituição.

Apenas que todas essas evoluções permanecem em nosso ordenamento, assim como se pode identificar que a sociedade brasileira não está inteira, ao mesmo tempo, na mesma situação histórica. Identifica-se o Brasil arcaico junto com o contemporâneo; se o Brasil da regulação dos negócios, via Internet, convive com aquele da sociedade comandita (tipo francês dos séculos XVII e XVIII), que deu a flexibilidade necessária à continuação da atividade empresarial, por "*[jouer] à la foi comme moyens de renouveler le capital ou de l'étendre, et encore comme moyen de contrôle par l'aîne au profit de la famille, voire par un groupe de capitalistes, commerçants ou financiers*".<sup>35</sup>

Cabe agora encontrar o atual momento, nos aproveitando do método de Asquini.

A empresa contemporânea não se coloca apenas no sentido econômico (afinal, se a empresa dependesse apenas das relações econômico-materiais, não necessitaríamos do instituto falência...). Para entendê-la, deve-se contextualizá-la como núcleo para onde confluem elementos econômicos (relativos à produção, matérias-primas, logística dos fatores de produção, todas passíveis de valoração numérico-econômica), sociais *stricto sensu* (relações de trabalho, de consumo, conflitos), políticas (prevalência de quais interesses, interesses divergentes, subordinação e coordenação) e ideológicas (função social, liberdade de concorrência

---

35. Hilaire, Jean. *Idem*.

e de iniciativa, igualdade - qual Justiça, a de resultados ou a de chances? Qual Justiça, já que Chaïm Perelman apresenta sete tipos?)<sup>36</sup> Empresa, no momento pré-jurídico, é um sistema de relações sociais que se destaca do restante do ambiente de relações, formando um todo único. Quando reguladas pelo Direito, essas relações surgem na forma do conceito de empresa para o Direito. Nesse sentido (e somente nesse), a empresa é um sistema de relações normatizadas, único, um todo, destacável do complexo de relações sociais, e identificável. A evolução da doutrina procura tratar a empresa como pessoa jurídica; nesse sentido, compartilhamos da opinião de Asquini, no sentido de que personificar a empresa tem um sentido diverso dela ser uma instituição (vide *supra*), substituindo na nossa versão instituição por sistema.<sup>37</sup>

Do ponto de vista pragmático, a noção de empresa é um signo que tem a característica de estabilizar as comunicações, no sentido de ter seu significado preenchido por quem a ele se refere, de acordo com a necessidade; mas, do mesmo modo, corresponde ao uso que aquele que o recebe e entende faz do conceito. O centro do problema, por conseguinte, está em encontrar a forma como o legislador (emissor normativo) o encara, para então perceber que tipo de aplicação ele pode ter. É essa a razão do debate doutrinário: fixar um modo de como o legislador define a empresa e como ela deve ser entendida para que se apliquem as normas relativas a ela.

#### 4. Classificações

Podemos dividir as relações pertencentes ao fenômeno da empresa de vários modos. Entre eles:

I. o citado por nós *supra*, segundo o tipo preponderante de orientação das relações: (1) econômicas, (2) sociais, (3) política e (4) ideológicas;

II. segundo o âmbito a que se referem, se ambos os pólos da relação pertencem ao sistema ou se um é interno e, o outro, externo.

(1) internas, aquelas que dizem respeito à organização da atividade, nas quais ambos os pólos pertencem ao interior do sistema (logística, papéis e funções, hierarquia e poderes, cultura empresarial), e

---

36. *Ética e Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1995.

37. Note-se que não se trata apenas de uma substituição de termos, mas mudança de contexto; achamos correta a opinião de Asquini *sob a nossa óptica sistemática*.

(2) externas, aquelas que dizem respeito à relação daquele núcleo social empresa com os outros núcleos, sejam eles a sociedade como um todo ou em pequenos grupos (de consumidores, fornecedores, associações civis), outras empresas ou até Governos (adquirir matérias-primas e vender produtos, com o meio ambiente, com a concorrência e com o consumidor, com o(s) Governo(s), filosofia e imagem).

A partir daí, poderíamos destacar das relações (1) internas,

(A) as que dizem respeito ao empresário, de como ele se organiza:

i) individual ou sociedade?

a. Individual: *o que* ele pode ou não fazer, *como* ele pode fazer, etc;

b. Sociedade: como são os sócios, qual a natureza de sua condição de sócio (incluindo *em que* ele é sócio, o *modo* como exerce poderes e competências, se é dono do capital ou dirigente, ou ambos, hierarquias, duração, etc.);

ii) que tipo de atividade;

iii) identidade do empresário;

(2) as que dizem respeito à atividade; como ela se organiza

i) organização das relações de objetos pessoais (estatuto dos trabalhadores, funções, deveres e direitos);

ii) organização das relações de objeto real (propriedade titularidade, usar, fruir, dispor - de bens materiais e imateriais).

Quanto às relações (2) externas:

(A) relações com o Governo:<sup>38</sup>

i) imediatas (relação direta empresa-Governo, no sistema de subordinação tanto de um quanto do outro e coordenação);

ii) mediatas (relação na qual entra um terceiro elemento, como um grupo político, social, econômico, Governo de outro país, instituição supranacional, etc., também nas orientações de coordenação e subordinação de duplo sentido).

(B) relações com a sociedade *latu sensu*:

i) imediatas:

a) com outros sistemas (outras empresas, associações, etc);

---

38. Importante lembrar que o Governo nada mais é que um sistema. Aqui, merece tratamento distinto apenas porque apresenta uma relação especial com a empresa, que é de *inteira e completa subordinação* nas questões de ordem pública e alternância de subordinação e coordenação nas questões de ordem privada. Em tese, com o enfraquecimento do conceito de soberania, a tendência é que a subordinação não seja mais verdade absoluta, assim como o observado por Robé, J.-Ph. L'entreprise en droit. *In Droit et Société* n. 29, 1995.

b) com indivíduos (consumidores individuais, fornecedores, grupos heterogêneos de consumidores e fornecedores cidadãos em geral).

ii) mediatas:

a) com outros sistemas, com mediação do Governo ou de outros sistemas (como Governos, empresas, associações e organismos internacionais e supranacionais);

b) com indivíduos (na forma de grupos difusos e pessoas individuais);

III. segundo a que momento da vida do fenômeno se refere:

(1) criação,

(2) funcionamento,

(3) dissolução,

O Direito, como estabilizador de relações sociais, não-regula *todas* as relações que permeiam o fenômeno empresarial. Sendo um tipo de linguagem, na qual as relações de poder são mais pronunciadas,<sup>39</sup> ele também tem a faculdade de *construir* a realidade, na medida em que serve de código para a comunicação humana. Quando normatiza determinada relação, indica de que forma ela deve acontecer.

Nesse sentido, cabe verificar como o fenômeno empresarial é regulado pelo Direito. Assumimos aqui um ponto de vista doutrinário para fazê-lo.

Pensando-se na primeira classificação:

4.1. Considerando o tipo preponderante de orientação das relações (1) econômicas, (2) sociais, (3) política e (4) ideológicas:

---

39. Toda linguagem tem sua forma de poder, dado que é um tipo de relação social, um tipo de comunicação. Nesse sentido, ver Luhmann, Niklas *Social systems*. Trad. de John Bednarz, Jr. e Dirk Baecker. Califórnia, Stanford University Press, 1996 e *Sociologia do Direito*. vs. 1 e 2. Trad. de Gustavo Bayer, Rio de Janeiro, *Tempo Brasileiro*, 1985, Habermas, Jürgen. *Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. de William Rehg, Massachusetts, MIT Press, 1996. *Teoria do agir comunicacional e Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. de Guido A. de Almeida, Rio de Janeiro, *Tempo Brasileiro*, 1989. Para aplicação no Direito, Ferraz Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, São Paulo, Atlas, 1994. *Direito, retórica e comunicação: subsídio para uma pragmática do discurso jurídico*, São Paulo, Saraiva, 1997. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação jurídica*, Rio de Janeiro, Forense, 1997. *Função social da dogmática jurídica*. Tese pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da FDUSP, 1978.

Repare nesse excerto da Constituição da República Federativa do Brasil:

Título VII Da Ordem Econômica e Financeira (arts. 170 a 192)

Capítulo I - Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica (arts. 170 a 181)

Texto:

*Art. 170 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:*

- I. soberania nacional;*
- II. propriedade privada;*
- III. função social da propriedade;*
- IV. livre concorrência;*
- V. defesa do consumidor;*
- VI. defesa do meio ambiente;*
- VII. redução das desigualdades regionais e sociais;*
- VIII. busca do pleno emprego;*

*IX. tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.*

*\* Inciso IX com redação dada pela Emenda Constitucional n. 6, de 15.08.1995 (DOU de 16.08.1995, em vigor desde a publicação).*

*Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.*

A primeira observação que pode ser feita: não é única a relação de que se trata no artigo; ele fala em atividade econômica em geral, o que, sob determinado ângulo, pode incluir a atividade empresarial. Se se considera o sistema "empresa" como formado por relações, dentre elas as econômicas, teoricamente as relações econômicas das empresas devem reger-se sob esses princípios. Só que princípios não são apenas postulados de ordem técnica, mas trazem consigo também determinada visão de mundo, determinada ideologia. Por isso, pode-se considerar que, apesar do caráter eminentemente político, essa norma dá consagração a alguns valores, o que exclui outros a eles diretamente contrapostos. Já fizemos essa observação, quando tratamos da chamada "função social da propriedade" mas não sob este prisma

sistêmico. Em geral, as normas constitucionais têm caráter mais político-ideológico do que econômico ou social. Não dizem como certo aspecto da economia *deve ser* diretamente, mas como ele *não-deve ser* - aquilo que Ferraz Jr. chama de codificação fraca -, sendo que a exatidão da orientação da relação deve aparecer em uma norma menos genérica ou na decodificação autorizada. Essa é, na nossa concepção, a diferença entre o que a doutrina constitucional geralmente chama de normas auto-aplicáveis e não-auto-aplicáveis: têm caráter marcadamente ideológico (por isso genérico). Ainda assim são normas, o que significa que restringem, cercam, em todo ambiente de comportamentos possíveis, aqueles que estão de acordo com sua orientação. Nesse caso, pode-se saber se determinado comportamento é contrário à norma somente se ele for em *demasia* noutro sentido; as nuances não são classificáveis nessa lógica.

Atenhamo-nos à noção de empresa. Para nos certificar que tal norma abrange o conceito de empresa, verificamos que há menção específica a um certo tipo delas: a empresa de pequeno porte. Essa referência nos dá certeza de que dentre as relações que pertencem ao sistema da empresa, aquelas que forem econômicas devem ser regidas por esses princípios. Só que não são ideológicos? Ora, mas podem ser positivadas normas que tratem diretamente dos aspectos econômicos, tendo essas de serem interpretadas segundo os princípios. Implicitamente se descobre uma classificação feita pelo ordenamento, para delimitar a relação à qual ele trata: há uma diferença entre pequenas e grandes. Deve-se procurar no ordenamento algo relativo à essa definição genérica: Lei n. 8.864, de 28 de março de 1994:

Estabelece Normas para as Microempresas ME, e Empresas de Pequeno Porte EPP, Relativas ao Tratamento Diferenciado e Simplificado, nos Campos Administrativo, Fiscal, Previdenciário, Trabalhista, Crédito e de Desenvolvimento Empresarial (art. 179 da Constituição Federal).

\* Vide a Lei n. 9.317, de 05.12.1996, sobre a matéria.

*Capítulo II Da Definição de Microempresa e de Empresa de Pequeno Porte* (arts. 2º e 3º)

Texto

Art. 2º - Para os efeitos desta Lei, consideram-se:

*I* microempresa, a pessoa jurídica e a firma individual que tiverem receita bruta anual igual ou inferior ao valor nominal de duzentas e cinquenta mil Unidades Fiscais de Referência - UFIR, ou qualquer outro indicador de atualização monetária que venha a substituí-la;

*II empresa de pequeno porte, a pessoa jurídica e a firma individual que, não enquadradas como microempresas, tiverem receita bruta anual igual ou inferior a setecentas mil Unidades Fiscais de Referência UFIR, ou qualquer outro indicador de atualização monetária que venha a substituí-la.*

*§ 1º O limite da receita bruta de que trata este artigo, apurado no período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de cada ano, será calculado considerando-se o somatório das receitas brutas mensais divididas pelos valores das Unidades Fiscais de Referência UFIR vigentes nos respectivos meses.*

*§ 2º No primeiro ano de atividade, o limite da receita bruta será calculado proporcionalmente ao número de meses decorridos entre o mês de constituição da empresa e 31 de dezembro do mesmo ano, desconsideradas as frações de mês.*

*§ 3º O enquadramento da firma individual ou da pessoa jurídica em microempresa ou em empresa de pequeno porte, bem como o seu desenquadramento, não implicarão alteração, denúncia ou qualquer restrição em relação a contratos por elas anteriormente firmados.*

*§ 4º (Vetado)*

### *Capítulo III Do Registro Especial e Enquadramento (arts. 4º a 7º)*

*Art. 4º A pessoa jurídica ou a firma individual que, antes da promulgação desta Lei, preencher os requisitos de enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte, comunicará esta situação ao órgão competente, para fim de registro especial, na forma prevista neste Capítulo.*

*Art. 5º Tratando-se de empresa já constituída, o registro será realizado mediante simples comunicação, da qual constarão:*

*I o nome e demais dados de identificação da firma individual ou da pessoa jurídica e de seus sócios;*

*II a indicação do registro de firma individual ou do arquivamento dos atos constitutivos da sociedade;*

*III a declaração do titular ou de todos os sócios de que o volume da receita bruta anual da empresa não excedeu, no ano anterior, os limites fixados nos incisos I e II e no § 4º do art. 2º desta Lei, e de que a empresa não se enquadra em qualquer das hipóteses de exclusão do art. 3º desta Lei.*

*Parágrafo único. O registro especial da microempresa e empresa de pequeno porte será feito em conformidade com a legislação em vigor. Lei n. 8.864 de 28.03.1994 DOU 29.03.1994*

*Art. 6º Feita a comunicação, e independentemente de alteração do ato constitutivo, a microempresa adotará, em seguida ao seu nome, a expressão "microempresa" ou, abreviadamente, "ME" e a empresa de pequeno porte, a expressão "empresa de pequeno porte" ou "EPP"*

*Parágrafo único. É privativo de microempresa e de empresa de pequeno porte o uso das expressões de que trata este artigo. Lei n. 8.864 de 28.03.1994 DOU 29.03.1994*

*Art. 7º O órgão incumbido de registrar as microempresas e as empresas de pequeno porte, conforme o disposto neste Capítulo, comunicará esses registros aos órgãos fiscalizadores da Administração Federal, Estadual e Municipal.*

*Parágrafo único. Feita a comunicação, os órgãos fiscalizadores procederão à imediata inscrição da microempresa e da empresa de pequeno porte em seus registros.*

A lei em tela delimita o conceito de empresa de pequeno porte estabelecendo os requisitos (portanto, normatizando relações). Por exemplo, são normatizações de relações de natureza econômica:

*Receita bruta anual igual ou inferior ao valor nominal de duzentas e cinquenta mil Unidades Fiscais de Referência UFIR, ou qualquer outro indicador de atualização monetária que venha a substituí-la;*

de natureza social:

*O órgão incumbido de registrar as microempresas e as empresas de pequeno porte, conforme o disposto neste Capítulo, comunicará esses registros aos órgãos fiscalizadores da Administração Federal, Estadual e Municipal.*

*Parágrafo único. Feita a comunicação, os órgãos fiscalizadores procederão à imediata inscrição da microempresa e da empresa de pequeno porte em seus registros.*

Trata-se aqui de uma ordem para um órgão fiscalizador de como ele deve proceder (note-se que não há relação de imposição ou criação de competência - não é de ordem política), cumprir seu papel social. Essa relação é externa à empresa, dela com outro órgão do Estado.

#### 4.2. Classificação segundo perfis ou núcleos de significação

Passemos agora para a segunda (II) classificação, que espelha melhor a empresa refletida no Direito nos aspectos que a doutrina clássica indica para delimitá-la. Dizemos isso porque os elementos normativos, dessa forma organizados, dão melhor noção de como o sistema de relações, signo, a que costumamos chamar de empresa, aparece para o Direito.

##### 4.2.1. A empresa no seu aspecto interno:

Nem todas as relações que dizem respeito aos aspectos internos das empresas são normatizadas pelo Direito; algumas relações não se transformaram em objeto de norma, como a cultura empresarial (entendida como conjunto de valores que pautam a organização da empresa e sua atuação);<sup>40</sup> se bem que alguns aspectos dessa cultura podem ser abarcados genericamente pelo Direito como, por exemplo, o imperativo de respeito ao consumidor e o de respeito ao meio ambiente. Apesar disso, o conceito de empresa, para o Direito, forma-se gravitando em torno de alguns núcleos de significado.

##### 4.2.1.1. Organização do empresário.

A exemplo disso estão as normas que dizem como deve ser o empresário. O empresário é um papel social no sentido de conjunto de normas que definem um núcleo de relações sociais, núcleo este ao qual se imputam direitos e deveres, poderes, competências e subordinações. Neste sentido, forma um sistema

---

40. Para algumas noções do assunto, o notabilíssimo Weber, Max. *Theory of social and economic organization*, Oxford, Henderson and Parkson, 1947 e *Basic concepts of sociology*, Nova York, Citadel Press, 1962. Para aplicação na teoria da administração de empresas, ver Kwasnicka, Eunice Lacava. *Teoria geral da administração: uma síntese*, São Paulo, Atlas, 1995 e *Introdução à administração*, São Paulo, Atlas, 1994.

único, identificável dentro do complexo de relações sociais reguladas pelo Direito no que tange à empresa. Sendo uma unidade autônoma, apesar de inserido no contexto da empresa (afinal, como dito *supra* por Ascarelli, é a natureza e o exercício da atividade que qualificam o empresário, não a qualidade do *sujeito* que define a atividade — ele não existe se não-houver a empresa), o empresário deve ter um estatuto jurídico básico.<sup>41</sup>

A doutrina apresenta-o, primeiro, como centro de imputação da vontade jurídica relevante (letra d) da descrição do pensamento de Ascarelli, dando as qualidades dele segundo o Código italiano. Fala-se, em primeiro lugar da dupla característica econômica do empresário: *risco* e *iniciativa*, que podem ser ou não acompanhadas de *lucro*. Casanova, Ferri e Ascarelli constatam que, para o Direito, identificar ambos é complexo, porque as noções não-entram puras (apenas podem ser deduzidas do Direito em algumas ocasiões, exemplificadas pelo terceiro) e, também, porque implicam numa série de relações que podem ser imputadas a sujeitos distintos na realidade.

Colocam então como pré-requisito da imputação a tipificação: certas relações jurídicas (direitos ou deveres agrupados em feixes) que são características do complexo *empresário*. É *como se* ele fosse um *organismo*, o qual é titular de

---

41. Considera-se também que todas as relações que têm como um dos pólos o empresário, por consequência, o tem a empresa (o empresário é subsistema da empresa, todas as relações que fazem parte dele fazem dela). O inverso não é verdadeiro: existem relações que não-podem ser imputadas ao empresário que o são à empresa; estamos falando de relações sociais genéricas aqui. Só que, como dissemos, nem todas as relações sociais são normatizadas; as que interessam ao Direito têm sempre que ter um dos pólos, por derivação, um indivíduo. Assim, quando da imputação de consequências jurídicas, necessitamos individualizar um sujeito (ou um grupo deles, identificável cada um de seus elementos) que será um dos pólos da relação. Como as relações analisadas no caso derivam do fenômeno da empresa, isso significa que, nessas condições, qualquer consequência jurídica imputada àquele (ou àqueles) indivíduos será integrante do fenômeno empresa.

Por exemplo: o princípio da livre concorrência implica em uma série de imperativos, econômicos, sociais, políticos e ideológicos. Esses imperativos se traduzem em uma série de relações. Mas dentre estas, o Direito tutela, grande parte das vezes, apenas as econômicas (algumas sociais, poucas políticas, quase nenhuma ideológica). Por exemplo, livre concorrência significa, *positivamente*, que não se pode cometer determinadas práticas que impliquem em uma empresa produtora de utensílios de plástico, firmar acordos com todos os fornecedores de matéria-prima para que estes não-vendam para suas concorrentes. Esta é uma relação econômica, o que não-impede que, na empresa Plastic, exista um desejo de cometer esse procedimento "imoral"; se desaparecer a norma objetiva econômica, ela firmará os acordos. Mas da cultura empresarial, outra instância de relações, pode fazer parte determinada concepção que, mesmo que a norma econômica positiva desapareça, ela não o fará concepção que é norma moral a qual não tem tutela jurídica.

direitos e deveres, sendo *uno* e *único*.<sup>42</sup> Daí, pode-se identificar dois níveis de relações: (a) as relações da empresa com o Exterior são imputadas todas a ele, como se ele fosse um único organismo. Só que, para a aplicação do Direito, exige-se que pessoas individuais sejam responsabilizadas pelas conseqüências jurídicas da atividade empresarial. Assim, existe um segundo nível de relações (b), internas ao fenômeno do empresário, as quais apontam para as pessoas que devem ser diretamente responsabilizadas pelas relações resultantes da existência da empresa.

Enquanto essa implicação é simples de ser tratada nos casos que a doutrina chama de *empresários individuais*, torna-se mais complexo quando se trata de uma *sociedade empresarial* ou *empresário coletivo*. No primeiro caso, uma única pessoa é pólo de todas as relações que dizem respeito ao empresário; no segundo, há uma distribuição dos direitos e deveres entre as diversas pessoas cujas relações fazem parte do sistema empresário.

Por exemplo no caso da alienação de um imóvel. A empresa individual vende o imóvel X por R\$ 7 mil. Não estando o empresário impedido de fazê-lo por nenhuma disposição normativa (da lei, de contrato válido), o ato é válido e pode ter efeitos. Se há algum impedimento, o empresário é responsabilizado e é punido na forma da lei, se for o caso, ou seu ato é anulado. Como todas as relações que fazem parte do núcleo empresário são imputadas a um único indivíduo, não-existe problema neste processo.

Caso diverso é de uma sociedade empresarial. Vejamos o exemplo da "Pequenina Ltda" As relações, num primeiro nível, transcorrem do mesmo jeito (portanto entre empresário e comprador). Mas, num segundo plano, deve-se observar (1) se o ato poderia, segundo o objeto social da empresa, ser válido. Se *sim*, o passo seguinte (2) é identificar quem poderia ser titular do direito de cometer o ato que dá origem à alienação da propriedade: qualquer um dos sócios? Somente os sócios-gestores? Talvez um dos diretores? Se *sim*, o ato foi executado pelo indivíduo competente, a relação é válida e a operação gera os efeitos esperados. Se *não*, é preciso encontrar as normas que dispõem sobre a hipótese conseqüente; dependendo do ordenamento e do contrato social, a venda pode ser considerada nula, inexistente ou anulável; pode implicar ou-não numa sanção extra de cunho penal ou financeiro, segundo a lei, e/ou uma sanção financeira segundo o contrato social, do tipo multa, e

---

42. Para nós, ele é um subsistema normativo do sistema empresário, que possui uma coesão dada por um estatuto teórico básico, uma estrutura de normas que organiza o repertório de relações sociais positivadas.

destituição do cargo, por exemplo. Se a resposta da pergunta (1) foi *não*, cai-se em conseqüências parecidas com o *não* da pergunta (2).

O titular da relação externa é sempre a sociedade ("Pequenina Ltda" e o indivíduo N contratam a venda do imóvel X). Mas as conseqüências jurídicas são imputadas sempre a indivíduo(s) identificável(is).

Se isto é assim, o que se necessita agora é identificar as normas que fazem parte do empresário. Em primeiro lugar (1), estão as que definem *que* indivíduos<sup>43</sup> têm relações normatizadas pertencentes ao núcleo empresário, ou seja, que delimitam o universo de relações que pertencerão ao núcleo, com base no critério de identificação de um dos pólos. Vale fazer a mesma ressalva anterior: os diversos tipos de relações que compõem cada um dos grupos de normas podem ser imputados a uma só pessoa (no caso do empresário individual) ou cada uma a um indivíduo ou vários, diferentes ou-não; por isso Ascarelli diz que deve haver tipificação. Neste sentido, a doutrina e a lei falam em *requisitos* como:

a. *profissionalidade*: diz respeito ao (i) *status* do empresário - tese esta de Casanova; por exemplo a lei da micro e pequena empresa, citada *supra*. (ii) impedimentos e incompatibilidades relacionados com a situação social e tipo de atividade do indivíduo, identificável na exposição de requisitos de Requião (capacidade, exercício de atos de comércio e profissão habitual).<sup>44</sup> Ex.: antes da Lei n. 4.121, de 27.08.1962, existia o impedimento de mulheres casadas comerciarem, proveniente do art. 6º do Código Civil; menores, (incapacidade relativa art. 9º Código Civil); os da Lei n. 556, de 25.06.1850 (Código Comercial); funcionários públicos e representantes políticos: CF, art. 54, II, Decreto-Lei n. 2.848 de 07.12.1940; também proibições decorrentes do tipo de atividade - art. 55 do Decreto n. 81.771, de 07.06.1978 (Regulamenta a Lei n. 6.507, de 19.12.1977. que dispõe

---

43. Note bem que os conceitos empresa e empresário são sistemas de *relações*; significa, em decorrência, que um mesmo indivíduo pode ter (ser um dos pólos de) algumas relações que pertencem ao núcleo empresário, outras que não; mas todas pertencerem ao núcleo empresa. Neste sentido, um presidente pode ter poderes de alienação do patrimônio da empresa (este pertencente ao núcleo empresário), mas também ser assalariado (titular de um direito de crédito *contra* o empresário, nas condições de contraprestar um determinado serviço - relação externa ao núcleo empresário). A lei traz dificuldades nessa conceituação: Lei n. 5.709 de 07.10.1971 DOU 11.10.1971. Regula a Aquisição de Imóvel Rural por Estrangeiro Residente no País ou *Pessoa Jurídica Estrangeira Autorizada a Funcionar* no Brasil, e dá outras providências. (Regulamentada pelo Decreto n. 74.965, de 26.11.1974). Note-se que, enquanto pessoa jurídica diz respeito ao *empresário*, *funcionar* é somente imputável à empresa - a pessoa jurídica existe ou não-existe, é a empresa que funciona ou-não, no sentido de executar seu objeto social, ou seja, manter as relações sociais a ela impostas.

44. *Curso*, pp. 79 e ss.

sobre a Inspeção e a Fiscalização da Produção e do Comércio de Sementes e Mudas, e dá outras providências); estrangeiros - CF arts. 190 e 222, Dec. n. 1.041/1994, arts. 2º e 33, Instrução Normativa n. 58 do DNRC; e (iii) modo como ele organiza a atividade de produção (toda a teoria de administração). É importante lembrar que, no caso das sociedades, as proibições recaem sobre os indivíduos competentes a certos atos - se eles não-cumprirem determinados requisitos, não-poderão ser titulares de tais competências e, na forma da lei, se estiverem nessa função, a sociedade empresarial deve ser desqualificada coisa não tão-freqüente, por motivos óbvios. É o *ter um papel social definido*, no sentido weberiano de idealização. Também existem os casos em que há vedações de funcionamento de empresa, relativas à consecução ou-não de autorização para exercício de atividade. São os casos da Lei n. 4.595, de 31.12.1964, que exige para o funcionamento das instituições (empresas) financeiras autorização do Banco Central para funcionar no País (art. 10); Lei n. 4.728, de 14.07.1965, que exige autorização da CVM para que corretoras de títulos (art. 10); Decreto-Lei n. 73 de 21.11.1963, que exige autorização da Susep para seguradoras, Lei n. 6.360, de 23.09.1976, que submete ao Sistema de Vigilância Sanitária os Medicamentos, Insumos Farmacêuticos, Drogas, Correlatos, Cosméticos, Produtos de Higiene, Saneantes e Outros e exige adequação da empresa a essa vigilância para que funcione;

b. *atividade econômica*: diz respeito a (i) que tipo de atividade o empresário deverá executar o objeto social e (ii) como ele irá executar ato comercial (ou empresarial, segundo artigo citado quando da exegese). Esse tipo de critério é mais freqüente quando a doutrina trata de sociedades comerciais, nos casos em que alguns dos atos dos indivíduos extrapolam o objeto social da empresa (fala-se em *escopo*), o que leva a uma responsabilização individual; também está relacionada à produção de bens. Há na legislação uma série de regulações que dizem respeito aos atos de comércio, no próprio Código Comercial, além de, por exemplo, a ação renovatória. Há a noção de produção, mas mais importante é o desejo de inserir-se no processo econômico como produtor, conquistando mercado; as relações referentes dizem respeito também ao objeto social da empresa;

c. *exercício efetivo*: refere-se à freqüência e ao intuito do empresário quando pratica atos; é mais um índice da profissionalidade, no sentido de *assumir* seu papel social (portanto ocupar o espaço delimitado por um feixe específico de relações sociais), o agir direcionado pelo e segundo o objeto do contrato social;

d. *lucro* (no mínimo intuito): Asquini nos mostra que o lucro surge para o Direito como motivação normal da atividade empreendedora ou remuneração ou prêmio por seu risco e atividade organizatória. Já Ascarelli relaciona lucro como imputação de responsabilidade sobre resultados da atividade empresarial. Casanova diz que lucro não é elemento essencial do empresário, mas da empresa, pois significa sua subsistência.

A questão aparece para o Direito na forma de imputação de resultados da atividade econômica à qual faz parte do conceito de empresa; pode uma empresa não-lucrativa subsistir? Se pode, tem razão de ser? Podemos relacionar o lucro como elemento do conceito de *animus ou affectio societatis*, nos casos de sociedade empresarial; a reunião de pessoas se dá em torno de vários motivos, entre eles uma idéia central, que é a de conseguir *lucro* em sua atividade, a remuneração por seu investimento, atividade, imobilização de capital. Em sociedades identificadas não mais pelos sócios, mas pelo capital (como as S.As), a falta do lucro é a principal caracterização na jurisprudência do não-cumprimento do fim social (escopo).<sup>45</sup> A companhia deve ser lucrativa e também atender o direito subjetivo do acionista de receber parcela compatível e proporcional ao lucro apurado, sob a forma de dividendos.

Mas a não-observação desse princípio só significa a desagregação do núcleo, quando se transformar em motivo de extinção da *affectio societatis*. É bom lembrar, neste sentido, que mais da metade das empresas brasileiras cujo empresário é sociedade anônima declaram que *juridicamente* não-tiveram lucro no exercício de 1998,<sup>46</sup> e nem por isso estão em processo de liquidação. Dado este motivo, o descontentamento (relação orientada ao conflito) pode ser transformado em motivo de dissolução *observadas as delimitações legais*, como o art. 206, I, c), e II, b), no caso do descumprimento do fim social; assim, um dos sócios pode ser titular de um direito de ação, nesses parâmetros.

Em (2) segundo lugar, estão as que dizem respeito à distribuição de direitos e deveres dentro do núcleo empresarial. No caso das firmas individuais todas as funções estão concentradas na figura de uma só pessoa; já nas sociedades de pessoas ou capitais, a organização é complexa e demanda a consulta à regulação

---

45. Ver Comparato, Fábio Konder. *Op. cit.*; e Carvalhosa, Modesto. *Comentários à lei das S.A.* v. 4, t. I, o comentário ao art. 206, II, b).

46. O jornal *O Estado de S. Paulo* divulgou na semana de 15 de maio a 1º de junho de 1999 as repercussões do depoimento do secretário da Receita Federal na CPI dos bancos, confirmando o fato.

legal e ao contrato social (das sociedades de pessoas) ou ao estatuto (das sociedades de capitais). Não cabe aqui descrevê-las; a nós importa a natureza desse tipo de norma que regulamenta as relações que pertencem ao núcleo empresarial. Elas definem a distribuição de competência e imputam conseqüências aos indivíduos cujas relações pertencem ao núcleo, de forma a estipular responsabilidades e titularidade de poderes (direitos subjetivos) e deveres.

O *objeto social* consta do contrato social ou do estatuto, porque é o fator de agregação; é ele que dá sentido ao núcleo de relações sociais chamado empresarial, sob a idéia de *escopo* é construída a figura do empresário. Portanto, faz parte do núcleo empresarial.

Podemos definir dois tipos de normas, conforme a natureza da relação regulada: a. as que dizem respeito ao conceito, que a doutrina normalmente chama de *iniciativa*, o que significa as que definem competências e responsabilidades de agir e gerir a organização; b. as que dizem respeito ao *risco*, ou a responsabilidade pelo adimplemento das obrigações assumidas pela empresa. São dois tipos de normas altamente dependentes, pois a titularidade de poderes envolve a possibilidade de alienação de direitos patrimoniais da empresa, ligados à responsabilidade patrimonial, e a responsabilidade é definida segundo critérios da função do indivíduo na empresa (posição na organização). Se o *lucro* é visto como um prêmio pelo risco na doutrina, ele aparece para o Direito como imputação de resultados da atividade ao empresário; é este o sentido dele ser positivo ou negativo (se há prejuízo). Desta forma, concordamos com Ascarelli e não com Casanova, que vê o lucro como elemento da empresa (é elemento da empresa, mas não da forma colocada empresário é subsistema da empresa, não unidade separada); é interessante sua concepção da idéia de lucro para as empresas públicas - o *empresário* pode ter prejuízo, mas a *empresa* foi lucrativa porque as benesses sociais foram maiores que as perdas (ela prestou um serviço à sociedade).

No caso da responsabilidade por adimplemento de obrigações patrimoniais, isso acontece deste jeito: a empresa B Ltda., familiar, grande no setor de laticínios, contrai dívida para financiar a compra de um jatinho. A obrigação é firmada entre a empresa, *representada* pelo empresário B, e o Banco C. O ato que dá origem ao contrato e o pagamento ficam imputados a quem, no núcleo empresarial, tem competência para executar o ato de *firmar contrato* e quem tem poderes para saldar a dívida com o dinheiro proveniente do caixa. São etapas (1) após consultar a legislação das Ltda. e o contrato social da empresa, descobre-se que o único que

seria competente para tal é o administrador incumbido de poderes pelos sócios no ato de fundação da empresa (ou na modificação do contrato). Se o contrato foi *sim* por ele firmado, passa-se a (2) quem tem competência para adimplir no nome da empresa. É o tesoureiro, segundo também o contrato social ele transfere *sim* a verba da conta da empresa para a do banco. No caso de *não* ser ele, a relação cai na regulação do Código Civil sobre pagamento (deve-se descobrir se foi executada por terceiro interessado ou-não interessado, com que dinheiro). Se foi outro membro da administração (por exemplo, um sócio não designado como gerente, sem poderes para movimentar a conta da empresa) ele pode sofrer as sanções do contrato social apesar da *empresa* estar adimplente. Também o sócio, se pagou de forma contrária à lei, responde como pessoa física, não em nome da empresa. No caso de (1) ter sido executado por pessoa não-competente, ela responde também em seu próprio nome. Além disso, deve-se lembrar que a medida da competência em (1) é adequação ao *objeto social*, qualquer ato que exorbite será de total responsabilidade pessoal do executor do ato.

Neste sentido, a doutrina<sup>47</sup> apresenta classificações de empresas com base nas características de seu empresário:

- a. segundo o objeto de sua atividade (comerciais e civis);
- b. segundo as dimensões da atividade da empresa (grandes, médias, pequenas e microempresas);
- c. segundo a natureza do empresário (empresa individual ou coletiva);
- d. também segundo a natureza, mas em outro aspecto (empresa pública ou privada);

A legislação dá a definição jurídica ou aceita, de forma indireta, algumas dessas divisões:

- a. empresa comercial (cujo objeto é dado por um caráter de relações comerciais): Decreto-Lei n. 452 de 01.05.1943 - Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 2º e ss.); Decreto-Lei n. 4.014 de 13.01.1942 - Dispõe sobre as Atividades de Despachantes Aduaneiros e dá outras providências (art. 30); Lei n. 2.180 de 05.02.1954 Dispõe sobre o Tribunal Marítimo (arts. 2º e ss.) Lei n. 4.154 de 28.11.1962 Dispõe sobre a Legislação de Rendas e Proventos de qualquer Natureza (arts. 3º e ss.); Decreto-Lei n. 1.248 de 29.11.1972 Dispõe sobre o Tratamento

---

47. Casanova, Mario. *Op. cit.*, pp. 95 e ss. Ascarelli, Tullio. *Op. cit.*, pp. 242 e ss. Ferri. *Op. cit.*, pp. 59 e ss. Barreto Filho, Oscar. *Op. cit.*, pp. 126 e ss.

Tributário das Operações de Compra de Mercadorias no Mercado Interno, para o Fim Específico da Exportação, e dá outras providências (arts. 1º a 14); Decreto-Lei n. 75.572 de 08.04.1975 Promulga a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, Revisão de Estocolmo, 1967; Lei n. 6.404 de 15.12.1976 Lei das Sociedades por Ações; Decreto n. 84.934 de 21.07.1980 - Dispõe sobre as Atividades e Serviços das Agências de Turismo, Regulamenta o seu Registro e Funcionamento, e dá outras providências.

Empresa civil (cujo objeto é dado por um caráter de relações civis): Lei n. 3071 de 01.01.1916 - Código Civil (arts. 1.363 a 1.409); Lei n. 4.504 de 30.11.1964 Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências, (arts. 1º a 5º); Decreto-Lei n. 82 de 26.12.1966 Regula o Sistema Tributário do Distrito Federal e dá outras providências.<sup>48</sup>

b. micro e pequena empresa, ver *supra* a definição legislativa.

Grande empresa: toda que não é pequena.

c. empresa individual (ou firma individual: o empresário se concentra na figura de uma só pessoa): Consolidação das Leis do Trabalho; Lei n. 4.506 de 30.11.1964 Dispõe sobre o Imposto que Recai sobre as Rendas e Proventos de qualquer Natureza; Decreto-Lei n. 1.598 de 26.12.1977 Altera a Legislação do Imposto sobre a Renda; Decreto-Lei n. 1.958 de 09.09.1982 Extingue o Certificado de Regularidade de Situação CRS e o Certificado de Quitação CQ, Reduz os Casos de Exigência de Prova de Quitação para com a Previdência Social, e dá outras providências; Lei n. 8.036 de 11.05.1990 Dispõe sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, e dá outras providências.

Empresa coletiva (uma sociedade de pessoas tem relações pertencentes ao núcleo empresário): todas as que não se tratam das empresas individuais.

d. pública (o núcleo empresário inclui relações de um ente público, com competências ligadas aos conceitos de *iniciativa e risco*): Decreto-Lei n. 759 de 12.08.1969 Autoriza o Poder Executivo a Constituir a Empresa Pública Caixa Econômica Federal e dá outras providências; Lei n. 5.615 de 13.10.1970 - Dispõe sobre o Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro), e dá outras providências; Lei n. 5.895 de 19.06.1973 Autoriza o Poder Executivo a

---

48. A noção de empresa civil é dada, na maioria das vezes, como a atividade exercida pela sociedade civil ou pelo indivíduo, de cunho civil. Discussão doutrinária não nos interessa; para mais, ver as obras citadas.

Transformar a Autarquia Casa da Moeda em Empresa Pública e dá outras providências (arts. 1º a 13), e muitas outras, como a Petrobrás, Eletrobrás..., todas reguladas com base na Constituição da República Federativa do Brasil

*Título VII Da Ordem Econômica e Financeira (arts. 170 a 192)*

*Capítulo I Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica (arts. 170 a 181)*

*Art. 173 Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*

*§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:*

*I sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;*

*II a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;*

*III licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;*

*IV a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;*

*V os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.*

*§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.*

*§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.*

*§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.*

*§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições*

*compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.*

e. privada: todas as outras (aliás, pelas emendas constitucionais, a empresa pública tem sua ação regulada pelas mesmas regras da empresa privada; a diferença são os procedimentos relativos ao empresário, que exigem da empresa pública maior transparência o acionista majoritário, teoricamente, é o povo, representado pelo Estado).

#### 4.2.1.2. Organização da atividade

Um segundo tipo de normas são as que dizem como deve ser a atividade empresarial em si. A principal diferença entre as normas que definem o empresário está na teleologia das normas: enquanto o conjunto de normas que regula a organização e definem o empresário para o Direito têm como idéias unificadoras os conceitos de *iniciativa* e *risco*,<sup>49</sup> tendo, portanto, um caráter nitidamente relacionado com o *movimento*, as normas que regulam a atividade pautam-se pela necessidade de consecução de *estabilidade*. Elas criam uma situação de continuidade, corrigindo conflitos que podem encerrar a atividade empresarial.

A própria noção de *risco* entra em confronto direto com a de *atividade*; enquanto o corolário positivo do risco é o lucro, o da atividade é a *continuidade*; ao inverso, o negativo do risco é o *prejuízo*, enquanto o da atividade é a *cessação*. Quanto maior o risco, maior o lucro, mas também o prejuízo; o benefício maior da atividade é a permanência no mercado, menor é o encerramento. Neste sentido, as relações que preenchem o conceito de atividade têm como escopo a harmonia de interesses desiguais (soma zero), enquanto as relações dos conceitos de risco e iniciativa no direcionamento é no sentido único da maior vantagem (soma maior que zero) - o empresário move-se para ganhar, a atividade luta para permanecer.

Essa constatação leva a um diferente tipo de interpretação das regras relacionadas a cada conceito; enquanto as normas relativas às relações colocadas, como do conceito de empresário, devem ser entendidas de modo a sempre observar

---

49. Note bem, estes são conceitos que facilitam a utilização prática, os quais *resumem* um conjunto de relações sociais normatizadas: eles não-aparecem diretamente para o Direito, pois são construções doutrinárias.

o interesse que leve à maior vantagem, as que regulam a atividade devem ser vistas sob a óptica da maior estabilidade. O interesse público, desse modo, é mais marcante na atividade do que na iniciativa está aí a razão de se encontrar o princípio da função social da propriedade e da livre iniciativa: os direitos de uso, disposição e conservação da coisa devem ser vistos sob a óptica da harmonia e os de risco, sob a óptica do lucro (positivo ou negativo).

Vistas assim, as relações que compõem o núcleo da atividade são basicamente de duas ordens: (i) uma cujo objeto é pessoal e (ii) outra cujo objeto é real. A doutrina mais moderna agrupa esses dois tipos de relações debaixo do conceito de *estabelecimento comercial*, e considera ora como conjunto de coisas que o empresário se utiliza para exercer sua atividade, ora como conjunto de direitos sobre aquilo que o empresário utiliza, incluindo aí direitos reais e (há discussão) e obrigacionais. Formam, portanto, o *patrimônio aziendale* ou *fazenda* da empresa. Preferimos utilizar o conceito de subsistema e núcleo, porque os elementos normativos formam um *repertório* e também uma *estrutura* em que se organiza esse repertório no conceito jurídico de empresário não são mero conjunto ou amontoado de elementos.

O núcleo estabelecimento comercial é formado por direitos e deveres que pertencem ao núcleo *atividade*. Deste fazem parte as relações de objeto real (em si ou legalmente considerado, como direitos sobre marcas e patentes, invenções e tecnologias, imagens), relações de objeto pessoal (prestações de trabalho fazer), relações de organização da atividade.

i) cujo objeto é o comportamento de uma pessoa (ou várias) em si considerado:

Dessa classificação fazem parte as divisões de funções, o código de conduta, as relações trabalhistas (direitos e deveres); o objeto da atividade é parte do núcleo empresário - ele não importa à atividade considerada em si, mas é identificador do empresário; as relações reunidas sob o signo de objeto social não fazem parte do estabelecimento.

As relações trabalhistas têm como pólos (lembre-se: são *internas* ao fenômeno empresa, ambos os pólos da relação devem pertencer ao sistema empresa) o empresário e os trabalhadores; dependendo de como o Direito considera estes últimos (se a ênfase da organização deles é dada no aspecto corporativo empregados vistos como um órgão da empresa, um único corpo, assim como empresário ou no aspecto individual - empregados vistos na sua individualidade),

percebe-se a ideologia dominante no ordenamento. O ordenamento italiano (que inspirou também o brasileiro), por causa da concepção de função social a que os indivíduos estavam adstritos, traz uma concepção corporativista. A profissão era demarcada pelos direitos trabalhistas. No nosso ordenamento ainda persistem ranços dessa concepção, mas se vê uma tendência a mitigá-los.

A disciplina das relações de trabalho acaba por ser considerada de carácter publicístico, dada a necessidade de reequilíbrio de forças; são chancelas de carácter indisponível. É sempre importante lembrar que nem todas as relações que dizem respeito ao Direito do Trabalho são constituintes do conceito de empresa; apenas aquelas em que um dos pólos é o empresário portanto internas ao fenómeno. São exemplos: arts. 4º e 6º do Decreto n. 423 de 12.11.1935 Promulga as Convenções da OIT n. 5, sobre a Idade Mínima de Admissão nos Trabalhos Industriais, e n. 6, sobre o Trabalho Noturno dos Menores na Indústria; art. 2º do Decreto n. 1.361 de 12.01.1937 Promulga a Convenção Concernente à Indenização das Moléstias Profissionais (revista em 1934), Firmada por Ocasião da 18ª Seção da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, reunida em Genebra, a 4 de junho de 1934; art. 1º do Decreto n. 3.233 de 03.11.1938 - Promulga a Convenção relativa ao Emprego das Mulheres nos Trabalhos Subterrâneos nas Minas de qualquer Categoria, firmada em Genebra, a 18 de julho de 1935, por ocasião da 19ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, que se reuniu na mesma cidade, de 4 a 25 de junho de 1935; arts. 2º 10, 13, 36, 40, 47, e ss. do Decreto-Lei n. 5.452 de 01.05.1943 Consolidação das Leis do Trabalho; Lei n. 6.019 de 03.01.1974 - Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras providências; cap. II da Decreto n. 73.841 de 13.03.1974 Regulamenta a Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o Trabalho Temporário; Decreto n. 1.254 de 29.09.1994 Promulga a Convenção n. 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981; art. 27, II, da Lei n. 9.069 de 29.06.1995 Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, Estabelece as Regras e Condições de Emissão do Real e os Critérios para Conversão das Obrigações para o Real, e dá outras providências; art. 1º da Lei n. 9.477 de 24.07.1997 - Institui o Fundo de Aposentadoria Programada Individual - FAPI e o Plano de Incentivo à Aposentadoria Programada Individual, e dá outras providências.

A obrigação básica é a do empregado prestar um serviço contra o pagamento de uma quantia em dinheiro pela empresa. Dessa relação sobremem uma série de outras, entre elas a necessidade de pagar contribuições sociais, de dar condições de trabalho dignas, etc., por parte do empresário, e de cumprir o número de horas acordado, não-faltar, etc., por parte do empregado. Por esses exemplos se vê a busca por uma contemporização de interesses, com reequilíbrio da parte mais fraca. São relações privadas reguladas por princípios de ordem pública indisponíveis. Esses direitos de crédito e ônus (encargos, deveres) fazem parte, portanto, do estabelecimento;

ii) cujo objeto é um comportamento de uma pessoa (ou várias) em relação a um objeto: são créditos ou débitos, tendo como objeto uma coisa, que fazem parte do patrimônio da empresa, ou uma prestação de serviço ou trabalho. São direitos de propriedade sobre bens, utilizados na atividade, que segundo os negócios do empresário podem ser dispostos, ou de propriedade de obrigações de fazer e não fazer, transferidos ou fruídos. Neste caso, não há muita discussão doutrinária; para o Direito, apenas relações jurídicas devem fazer parte do estabelecimento, não a coisa em si considerada.

#### 4.2.2. As relações externas:

São relações do núcleo empresa com elementos exteriores. O processo de individualização, no caso das sociedades (núcleos complexos), já foi explicado. Resta aqui tratar dos casos que essas relações são normatizadas:

##### 4.2.2.1. Relações com o Governo

As mais importantes são as (i) imediatas de ordem tributária: as empresas pagam impostos (dever de adimplência) e podem receber incentivos fiscais (direito de crédito), por exemplo. No primeiro caso, é uma relação de subordinação. No segundo, de coordenação - por isso, para que se faça cumprir incentivos específicos, é necessário firmar contratos nos quais as partes se obrigam a deveres.

Não se pode generalizar os objetivos de uma empresa ao tratar com o Governo; têm natureza diversa, sendo que nas regras de interpretação deve ser identificado o que é *dominante*: a busca da estabilidade ou da vantagem do empresário.

As relações Governo-empresa também podem ser (ii) mediadas por um órgão supranacional, como uma câmara de comércio, ou a OMC. Neste caso, também são de coordenação, já que o que acontece é um contrato que deve ser observado.

#### 4.2.2.2. Relações com a sociedade

A ordem jurídica chancela certas relações sociais que têm como pólos a empresa e determinados grupos ou indivíduos, impondo comportamentos específicos. Essas relações podem ser de duas ordens:

##### 4.2.2.2.1. Imediatas

a. com outros sistemas organizados. É o caso das relações de empresas com fundações por elas mantidas, com sindicatos ou organizações patronais, com partidos políticos. Exemplos: a Lei Eleitoral, que fixa todo ano as regras de contribuição das pessoas jurídicas para a campanha política; Decreto-Lei n. 5.452 de 01.05.1943 - Consolidação das Leis do Trabalho:

*Art. 540 A toda empresa ou indivíduo que exerçam, respectivamente, atividade ou profissão, desde que satisfaçam as exigências desta Lei, assiste o direito de ser admitido no Sindicato da respectiva categoria, salvo o caso de falta de idoneidade, devidamente comprovada, com recurso para o Ministério do Trabalho.*

Decreto n. 61.843 de 05.12.1967 - Aprova o Regulamento do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac) e dá outras providências.

I) com indivíduos ou grupos difusos, como consumidores, concorrentes e fornecedores. Nesses casos, o que se busca é o reequilíbrio das relações, corrigindo distorções principalmente do mercado, tendo em vista o aspecto de poder econômico que as empresas exercem sobre outros núcleos sociais. Pode-se identificar dois tipos de pólos secundários das relações: 1º o mercado (afinal não-existe empresa que não tenha relações com o mercado) e 2º outros tipos de indivíduos e grupos sociais da sociedade civil. Classifica-se aqui assim:

1º Se o outro pólo das relações é o mercado e:

a. o princípio tutelado mais importante é o de livre iniciativa,<sup>50</sup> é direito de concorrência, que é aplicável às relações desde as de competição entre empresas até relações de fornecimento em nichos específico (não são relações de consumo, que são as mais importantes nesse caso, mas o resultado de concentração econômica e monopólio das compras que algumas empresas têm em determinados nichos). Ex.: Decreto n. 93.962 de 22.01.1987 - Promulga o Acordo relativo à Interpretação e Aplicação dos arts. 6º, 16 e 23 do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT), e dá outras providências; Decreto n. 1.745 de 13.12.1995 - que Institui a SDE e o CADE; Lei n. 9.427 de 26.12.1996 - Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica ANEEL, Disciplina o Regime das Concessões de Serviços Públicos de Energia Elétrica e dá outras providências; Decreto n. 2.521 Dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e dá outras providências; Cap. IX Seç. VII do Decreto n. 2.594 de 15.05.1998 Regulamenta a Lei n. 9.491, de 9 de setembro de 1997, que dispõe sobre o Programa Nacional de Desestatização e dá outras providências; Lei n. 4.137, de 10.09.1962 e Decreto n. 93.083 de 07.08.1986 e Lei n. 8.884 de 11.06.1994 dispõem sobre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, e dá outras providências.

b. o princípio tutelado mais importante é o da proteção do consumidor, é Direito do Consumidor. Podem ser titulares de direitos de consumidor tanto pessoas individuais, quanto pessoas coletivas. Ex.: Lei n. 8.078 de 11.09.1990 Código de Proteção e Defesa do Consumidor, regulamentado pelo Decreto n. 2.181 de 20.03.1997 Dispõe sobre a Organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor SNDC, Estabelece as Normas Gerais de Aplicação das Sanções Administrativas Previstas na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, Revoga o Decreto n. 861, de 9 de julho de 1993, e dá outras providências; e Ex.: Lei n. 7.347 de 24.07.1985 - Disciplina a Ação Civil Pública de Responsabilidade Por Danos Causados ao Meio Ambiente, ao Consumidor, a Bens e Direitos de Valor Artístico, Estético, Histórico, Turístico e Paisagístico (Vetado) e dá outras providências.

---

50. Giuseppe Guizzi tem um artigo muito bom sobre a concepção de empresa para a lei *antitrust* em comparação com a da União Européia, e o Código Civil. Chega a conclusões diferentes das nossas, por se manter fiel às classificações de Asquini trata o fenômeno de concentração sob a óptica do perfil empresarial, mas adicionando variáveis da atual concepção de concorrência portanto se livrando em parte do ranço corporativista. Vide Il concetto di impresa tra Diritto Comunitario, legge antitrust e codice civile. In *Rivista del Diritto Commerciale*, n. 3-4 anno 1993.

Art. 5º - A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, *empresa pública*, *fundação*, *sociedade de economia mista* ou por associação que:

I esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil;

II inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao *meio ambiente*, ao *consumidor*, à *ordem econômica*, à *livre concorrência*, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

2º Se o outro pólo é a sociedade civil, não-identificada como mercado e:

a. o interesse tutelado é o meio ambiente, é direito empresarial ambiental. Ex. Decreto n. 94.075 de 05.03.1987 Dispõe sobre o Prazo de Isenção do Imposto sobre a Renda para os Empreendimentos Agrícolas e Industriais nas Áreas de Atuação da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia Sudam e da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste Sudene.

*Art. 3º A fruição da isenção fica condicionada à observância, pela empresa beneficiária, dos dispositivos da legislação trabalhista e social e das normas de proteção e controle do meio ambiente, podendo a Sudam e a Sudene, a qualquer tempo, verificar o cumprimento do disposto neste artigo.*

Decreto-Lei n. 2.452 de 29.07.1988 Dispõe sobre o Regime Tributário, Cambial e Administrativo das Zonas de Processamento de Exportação (ZPE) e dá outras providências.

*Art. 12 As importações e exportações de empresa autorizada a operar em ZPE estarão sujeitas ao seguinte tratamento administrativo:*

*I será dispensada a obtenção de licença ou autorização de órgãos federais, com exceção dos controles de ordem sanitária, de interesse da segurança nacional e de proteção do meio ambiente, vedadas quaisquer outras restrições à produção, operação, comercialização e importação de bens e serviços que não as impostas por esta Lei;*

Decreto n. 96.759 de 22.09.1988 DOU 23.09.1988

Art. 2º *Compete ao CZPE:*

*I traçar a orientação superior da política das Zonas de Processamento de Exportação - ZPE, considerados os seguintes aspectos:*

*b) observância das normas relativas ao meio ambiente;*

Lei n. 7.802, de 11.07.1989 e Decreto n. 98.816 de 11.01.1990 Dispõe sobre a Pesquisa, a Experimentação, a Produção, a Embalagem e Rotulagem, o Transporte, o Armazenamento, a Comercialização, a Propaganda Comercial, a Utilização, a Importação, a Exportação, o Destino Final dos Resíduos e Embalagens, o Registro, a Classificação, o Controle, a Inspeção e a Fiscalização de Agrotóxicos, seus Componentes e Afins, e dá outras providências; Decreto n. 440 de 06.02.1992 Promulga o Acordo Relativo à Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, entre o Governo da República Federativa do Brasil e as Nações Unidas; Decreto n. 783 de 25.03.1993 Fixa o *Processo Produtivo Básico* para os Produtos Industrializados na Zona Franca de Manaus, e dá outras providências; Lei n. 7.347 de 24.07.1985.

Art. 5º - A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, *sociedade de economia mista* ou por associação que:

I esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil;

II - inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

b. o interesse tutelado é outro também tido como difuso. Ex.: Lei n. 7.347 de 24.07.1985, no já citado art. 5º, inciso II:

II inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, *ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;*

#### 4.2.2.2. Mediatas

Relações que incluem um terceiro núcleo mediador entre empresa e os núcleos sociais ou individuais. Também podem ser divididas em núcleos organizados e indivíduos (ou grupos difusos). As mais importantes são aquelas nas quais o mediador é um órgão supranacional, como a ONU, a OMC, a ICC.

#### 4.3. Classificação segundo a "vida" da empresa

O terceiro (III) tipo de classificação das relações normadas tem como critério a que ponto da vida da empresa elas se referem; Ferri retém a noção intuitivamente quando diz que a empresa conserva por certo tempo o impulso recebido, mas esse se dilui no funcionamento do seu cotidiano. Para nomeá-las, recorrem a uma analogia com a vida da pessoa física, vista pelo Direito. São três os grupos:

A) *nascimento*: normas que dizem respeito ao início da tutela jurídica do núcleo. Dão os requisitos e condições formais em que aquelas relações sociais formam para o Direito um núcleo-empresa. Incluem registro, habilitação, formas de sociedades dirigentes, tipos de atividades permitidas;

B) *atividade*: normas que regulam com a empresa já viva. São a maioria;

C) *morte*: normas que regulam a dissolução da empresa e apuração dos haveres. É o caso da lei de falência, por exemplo.

A cada uma dessas fases se articula um núcleo normativo como preponderante; nelas deve prevalecer um sentido. Ex.: no momento de *nascimento* da empresa, o preponderante é o empresário (as normas aplicáveis neste momento devem ser observadas em função de facilitar a livre-iniciativa); na *morte*, a atividade (as normas aplicáveis devem ser interpretadas no sentido de fazer com que a empresa se perpetue, na medida do possível).

## 5. Conclusão

Neste trabalho, buscou-se:

1. As várias formas como a doutrina apresenta o fenômeno empresa;
2. Apresentação e adequação do método de Asquini, para tratar do fenômeno;
3. Fazer apontamentos para uma nova definição jurídica do conceito, a partir da concepção do Direito como um normatizador de relações sociais;
4. Fazer classificações doutrinárias das normas.

A partir dessas classificações, como em Asquini, podem emergir alguns *perfis* de empresas, aqui agora entendidos como sistemas de normas, internos ao sistema empresa, mas que podem ser destacados do todo (para efeitos de estudo) por possuírem um repertório e uma *estrutura*, o que permite a identificação de núcleos de significação. As normas que constróem o fenômeno empresa para o Direito devem ser interpretadas segundo princípios distintos do resto do sistema; da mesma forma, cada um dos perfis, além de a interpretação das normas que os constróem ser feita seguindo aquelas que regem a da interpretação das relações da empresa, tem sua particularidade e, portanto, normas interpretativas próprias.

Deve-se conferir a que perfil pertencem, estabelecer qual o estatuto básico que dá unidade a este perfil (que princípios são preponderantes), definir o interesse (a orientação do comportamento) que prevalece e, então, se as relações são de (i) coordenação ou (ii) subordinação. Só aí aplicar as normas referentes ao caso prático.

Aqui apresentam-se os seguintes perfis:

I. Nas relações internas:

- a. empresa como núcleo empresário (item 4.2.1.1.);
- b. empresa como núcleo atividade (item 4.2.1.2);
  - (i) empresa como sistema de relações empregatícias;
  - (ii) empresa como sistema de direitos de propriedade;

(estabelecimento)

II. Nas relações externas:

- c. Relações com o Governo (4.2.2.1):
  - (i) empresa como sistema de relações fiscais;

d. Nas relações com a sociedade (4.2.2.2):

1º Relações com mercado:

- a. empresa como sistema de relações de concorrência;
- b. empresa como sistema de relações de consumo;
- c. empresa como sistema de relações de parceira e cooperação;

2º empresa como sistema de relações de cidadania (meio ambiente e direitos difusos).<sup>51</sup>

Esses perfis devem ser lidos não na forma apresentada por Asquini, de *facet*as de um mesmo fenômeno, mas como sistemas de normas, núcleos de significados, os quais têm autonomia - e, por isso, regras e significados próprios.

5. Além disso, as normas que formam o fenômeno da empresa para o Direito podem ser organizadas de outros modos, de acordo com a utilização. A primeira classificação apresentada serve para se discutir sobre que aspecto determinada norma vai incidir, entendendo, assim, a que princípios constitucionais ela deve obedecer: se da ordem econômica, da ordem social, da ordem política, ou se aos princípios ideológicos difusos pelo texto constitucional (interpretação axiológica).

6. A última classificação de normas serve para se verificar quais normas são preponderantes àquele momento da empresa (uma interpretação teleológica).

São Paulo, março de 1999.

## Bibliografia

ASCARELLI, Tullio. *Corso de Diritto Commerciale*. 3ª ed., Milano, 1962.

ASQUINI, Alberto. Profili d'Impresi. In *Rivista de Diritto Commerciale*, n. 1, v. XII, 1943.

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo, Max Limonad, 1969.

---

51. Cabe observar que o último item tem valor meramente teórico; as disposições a respeito da noção de cidadania nunca foram colocadas em respeito às atividades empresariais, sendo que o estatuto teórico deste perfil parece pouco delineado. Na maioria das vezes, as normas que dizem respeito ao "comportamento cidadão" são interpretadas como meramente econômicas, já que implicam em multas ou perda de incentivos fiscais. Pensamos que não, baseado na experiência de outros países, como Alemanha (a legislação defendida pelos "Verdes" acaba por tomar um aspecto sistemático próprio, formando um autêntico sistema que encontra projeções sobre aspectos da empresa) e EUA.

- BRACCO, Roberto. *L'impresa nel sistema de Diritto Commerciale*, 1960, n. 47.
- BULGARELLI, Waldírio. *Tratado de direito empresarial*, São Paulo, Atlas, 1995.
- CARNELUTTI, Francesco. Sulle nuove posizione del Diritto Commerciale, in *Rivista de Diritto Commerciale*, 1942, 1.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das S.A.* v. 4, t. I, o comentário ao art. 206, II, b).
- CASANOVA, Mario. *L'impresse commerciali*, Torino, Editrise Torinese, 1962.
- COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. In *RT*, v. 732, out. 1996.
- DANTAS, Francisco W. L. Lineamentos jurídicos da empresa e o Código do Consumidor. In *RT*, v. 67, set. 1991.
- FERRARA JR., F *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, Castelaccio, 1945.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, São Paulo, Atlas, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Direito, retórica e comunicação: subsídio para uma pragmática do discurso jurídico*, São Paulo, Saraiva, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação jurídica*, Rio de Janeiro, Forense, 1997
- \_\_\_\_\_. *Função social da dogmática jurídica*. Tese pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da FDUSP, 1978.
- FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. VI, n. 1.226.
- FERRI, Giuseppe. *Manuale de Diritto Commerciale*, Torino, 1960.
- FRANCO, Vera Lúcia de Mello. *Lições de Direito Comercial - Teoria Geral do Direito Comercial*, São Paulo, Maltese, 1995.
- GHIDINI, Mario. *Disciplina giuridica dell'impresa*, 1950.
- GHIRON, Mario. *L'imprenditore, l'impresa e l'azienda*, Turim, n. 1, p. 4. s.d.
- GIERKE, Otto Von. *La naturaleza de las asociaciones humanas*. Discurso proferido no ato de posse ao Reitorado da Universidade de Berlim em 15 de outubro de 1902.
- GUIZZI, Giuseppe. Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile. In *Rivista del diritto commerciale*, ns. 3-4, anno 1993.

- HABERMAS, Jurgen. *Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. de William Rehg. Massachusetts, MIT Press, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do agir comunicacional*. Trad. de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1989.
- HAURIOU, Maurice. *La teoría de la institución y de la fundación*. Trad. para o espanhol de Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968.
- HEILBRONER, Robert. *A história do pensamento econômico*. Trad. de Teresinha M. Deutsch. São Paulo, Nova Cultural, 1996.
- HILAIRE, Jean. Une histoire du concept d'entreprise. In *Archives de Philosophie de Droit*, 41, 1997.
- KWASNICKA, Eunice Lacava. *Teoria geral da administração, uma síntese*, São Paulo, Atlas, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Introdução à administração*, São Paulo, Atlas, 1994.
- LUHMANN, Niklas *Social systems*. Trad. de John Bednarz, Jr. e Dirk Baecker. California, Stanford University Press, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Sociologia do Direito*. vs. 1 e 2. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1985.
- MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial brasileiro*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1945.
- MOSSA, Lorenzo. *Trattato del nuovo Diritto Commerciale*, Padova, Cedam, 1958.
- OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. Desenvolvimento da teoria da empresa e o fim da distinção entre sociedades civis e comerciais. In *Boletim Legislativo Adcoas*, 1997, n. 4, 10 de fevereiro.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1995.
- REALE, Miguel. *Exposição de Motivos do Projeto de Código Civil*, Brasília, Ed. do Senado, 1989. *Apud* Jorge Rubem Folena de Oliveira.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v. 1. São Paulo, Saraiva, 1998.
- ROBÉ, J.-Ph. L'entreprise en Droit. In *Droit et Société*, n. 29, 1995.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco. L'impresa nel codice civile, in *Rivista de Diritto Commerciale*, 1942, I, p. 390.

- SANTOS, Theophilo Azeredo dos. Comercialidade das sociedades de objeto civil, fins econômicos e lucrativos. In *Caderno Especial*, n. 236, da Associação dos Bancos do Estado do Rio de Janeiro.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros. Ato de comércio. Mercancia. Matéria de Comércio. Comerciante. In *Revista de Direito Mercantil*, n. 47.
- WALD, Arnoldo. O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional. In *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, Financeiro*, n. 98, abril-junho 1995.
- WEBER, Max. *Theory of social and economic organization*, Oxford, Henderson and Parkson, 1947.
- \_\_\_\_\_. *Basic concepts of sociology*, Nova York, Citadel Press, 1962.

***CONTRIBUIÇÃO ÀS  
MEMÓRIAS ACADÊMICAS***



## **ORAÇÃO EM HOMENAGEM AO PROFESSOR WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO**

*Rui Geraldo Camargo Viana*

Professor Titular do Departamento de Direito Civil da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Faleceu no dia 13 de abril de 1999, na Capital, aos 88 anos de idade, o professor e desembargador Washington de Barros Monteiro. Natural de Areias (SP), fez seus primeiros estudos em São Paulo, no Grupo Escolar da Várzea do Carmo. Aos dezesseis anos, prestou concurso para a Faculdade de Direito da USP, conquistando o primeiro lugar, posição que manteve durante todo seu curso na velha Academia. Concomitantemente, começou a trabalhar nos Correios. Concluiu o curso de Direito com distinção, sempre obtendo a nota máxima em todas as matérias. Em 1931, aos 21 anos recebeu o diploma. Aprovado em concurso público para o cargo de delegado de Polícia, exerceu essa função na Delegacia de Jogos, em São Paulo, até completar a idade mínima exigida para ingressar, em 1935, na magistratura. Participou ativamente da Revolução Constitucionalista de 1932, tendo combatido na região de Águas da Prata. Em São José do Rio Preto, Taquaritinga, Presidente Venceslau, Barretos e Itapetininga, foi juiz de Direito. Em 1945, nomeado juiz da Primeira Vara da Família e Sucessões da Capital foi promovido (1951) para o Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, onde exerceu a presidência (1952/1953) e (1956/1957). Em 1959, nomeado desembargador do Tribunal de Justiça, entrou em disponibilidade porque o irmão - Raphael já era desembargador e o regimento interno vedava o exercício simultâneo de dois irmãos. Então começou a advogar, abrindo escritório no Prédio Glória, na Praça Ramos de Azevedo. Quando o ilustre irmão foi nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal, aposentou-se na Magistratura. Paralelamente, em 1949, descobriu a sua segunda vocação: o magistério. Convidado pelo professor Agostinho Neves de Arruda Alvim para lecionar Direito Civil na Pontifícia Universidade Católica, da primeira turma foi professor e paraninfo. Permaneceu na PUC até 1975, exercendo o cargo de professor titular. Em 1959, conquistou a cátedra de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP, em concurso público que teve banca examinadora assim constituída: Vicente Ráo, Serpa Lopes, Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes e Jorge Americano.

Em 1980, foi alcançado pela compulsória, sendo nomeado, no ano seguinte, professor emérito da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. As apostilas esboçadas para os alunos foram transformadas no *Curso de Direito Civil* (seis volumes), Parte Geral, Direito de Família, Direito das Coisas, Direito das Obrigações (1ª e 2ª partes) e Direito das Sucessões, com cerca de trinta edições publicadas. Deixou de advogar em 1993, ocupando-se apenas dos livros. O desembargador Washington de Barros Monteiro filho do dr. Phidias de Barros Monteiro também magistrado e de d. Erothides de Carvalho Monteiro, pertencentes a famílias de Queluz -, fora casado em primeiras núpcias com d. Benedicta Novaes Monteiro, falecida em 1971, com quem teve duas filhas - Maria Cecília e Ana Cristina. Em segundas núpcias se casou com d. Lucinda Queiroz Monteiro.

Nessa sua fulgurante jornada foi sempre "*primus inter pares*"

Dele pode-se dizer que alcançou tudo que almejou na vida. Orador primoroso, suas preleções sempre traduziram exercício de eloquência, cultura e maestria com que mesclava suas lições, sempre escorreitas, do Direito Civil.

Afável, simples, sem jamais perder a altivez e o porte de verdadeiro varão de Plutarco, foi, sem dúvidas, na constelação de valores da nossa querida Faculdade, figura solar.

Sua trajetória, na magistratura e no magistério, desenvolveu-se em duas paralelas, retilíneas, sendo difícil detectar em qual delas preexceliu.

Duas vocações que abraçou com amor e coragem, a serenidade da magistratura e a instigante atividade de professor, em ambas realizado, como dá testemunho seu discurso de posse na Cátedra:

*"Vivia encerrado nas funções judiciárias que, por irresistível vocação, elegera na juventude. Não imaginava existir outro mundo. Bastavam-me suas alegrias e seus desencantos, suas flores e seus espinhos. Afinal, era um mundo plano, liso, sem marcos, sem acidentes, mas tranqüilo e feliz.*

*Certo dia, no entanto, movido por convite do ilustre professor Agostinho Alvim, diretor da Faculdade Paulista de Direito e cujo nome declino com admiração e amizade, principiei a reger, naquele estabelecimento de ensino, uma de suas cadeiras de Direito Civil.*

*Descobri, então, surpreendido, que o mundo não se esgotava naquelas remansosas paragens, em que até então me movimentara. Outras regiões, desconhecidas, fascinantes e misteriosas, descortinei à minha frente: o magistério superior, a comunicação intelectual entre professores e alunos, a formação espiritual destes, numa palavra, ser-lhes o iniciador, o mentor de seus estudos."*<sup>1</sup>

Sua rica experiência judiciária foi de valia extrema e refletida nas lições deixadas em sua obra perene, o *Curso de Direito Civil*, em seis volumes, alcançando uma vintena de edições.

Seu Curso, anotou o professor Antonio Chaves, "*também tem uma personalidade, ou melhor, é um reflexo da personalidade do autor. Se este é simples, informal, acessível, direto, o produto de sua elaboração não poderia deixar de revelar as mesmas excelsas qualidades.*"<sup>2</sup>

*"Abeberando-se sempre das fontes mais puras e mais autorizadas, intercala aqui e ali, como se enrubescendo de dar mostras de sua cultura diversificada, breves oportunas referências às melhores obras de história, de filosofia ou de ficção, principalmente francesas e italianas.*

*Todos os quadrantes da imensa árvore do Direito Civil são percorridos com a mesma segurança e a mesma maestria."*<sup>3</sup>

Juiz e professor, ditou sempre de Cátedra; se a magistratura o ensinou a amar a Justiça e a odiar a iniquidade, o magistério revelou-lhe toda a grandeza do

---

1. Discurso de posse da Cátedra, *Revista da Faculdade de Direito*, v. LV, p. 388.

2. Antonio Chaves - Saudação ao professor emérito Washington de Barros Monteiro, *Revista da Faculdade de Direito*, v. LXXV, pp. 248 e ss.

3. *Ibidem*.

Direito, que Tobias Barreto ensinou a amar como se ama a liberdade e a senti-lo como se sente o calor e a luz do sol, conforme seu depoimento à ocasião da outorga do título de professor emérito.<sup>4</sup>

Como pôde produzir tanto e com tal brilho?

Por certo porque atento à sua vocação, homem de caráter sem jaça, gerado em família modelar e no lar constituindo sua cidadela, traduzindo com sua vida a lição que fixou em seu Curso:

*"Realmente, no seio desta (a família) originam-se e desenvolvem-se hábitos, inclinações e sentimentos que decidirão um dia da sorte do indivíduo. No colo da mãe, assevera Planiol, forma-se o que há de maior e de mais útil ao mundo, um homem honesto.*

Foi no seio de sua família, celeiro de virtudes que, à sombra do pai Phidias, magistrado, e do irmão Raphael, outra glória de nossa magistratura e do magistério, acalentou os sonhos que veio a realizar.

Educou suas duas filhas, Maria Cecília e Ana Cristina com acendrado amor e a ajuda constante de sua amada esposa Benedicta e, recasando-se após a viuvez, usufruiu o carinho e a assistência permanente de d. Lucinda.

Ninguém melhor do que ele descreveu o que representou para si, na sua fulgurante trajetória, sua família:

*"Como disse Fornari, quando somos adolescentes, a família educa nosso coração. Adultos, ela torna-se escola de moral, afastando-nos as más ações pelo exemplo dos nossos pais, pela honra de sermos casados, a que acresce a força do trabalho. Velhos, impomo-nos*

---

4. Washington de Barros Monteiro, Discurso agradecendo à outorga do título de professor emérito da FDUSP - *Revista da Faculdade de Direito*, v. LXXV, p. 256.

*a obrigação dos bons exemplos, a fim de que nossos  
descendentes se tornem melhores do que nós.* <sup>5</sup>

Ao deixar materialmente o nosso convívio, Washington de Barros Monteiro nos lega o imperecível exemplo de sua vida modelar e, como prenúncio de sua imortalidade, bem poderia parafrasear Ovídio, com relação a seu *Curso de Direito Civil*:

*"Exegi Monumentum Aere Perenius!"*

São Paulo, abril de 1999.

---

5. Washington de Barros Monteiro, Discurso agradecendo à outorga do título de professor emérito da FDUSP - *Revista da Faculdade de Direito*, v. LXXV, p. 259.



Professor Dr. Washington de Barros Monteiro



**Regimento Interno da Comissão de Publicação  
da Revista da Faculdade de Direito**

Art. 1º A Revista da Faculdade de Direito é publicação periódica em princípio, anual - destinada exclusivamente à divulgação de temas relacionados com o Direito ou com a vida acadêmica.

Art. 2º Os trabalhos encaminhados à Revista serão distribuídos equitativamente entre os membros da Comissão para apreciação. Em caso de necessidade, poderão ser utilizados consultores *ad hoc*. Compete à Comissão a decisão final sobre os trabalhos a publicar.

Art. 3º Os autores de artigos de Direito deverão ser sempre professores, ex-professores, professores visitantes ou alunos de graduação ou pós-graduação da Faculdade.

Parágrafo Único - Os trabalhos de alunos, se de curso de pós-graduação, deverão vir acompanhados de parecer ou recomendação de professor orientador e os de alunos de graduação, de professor da disciplina a que diz respeito a matéria a ser publicada.

Art. 4º Todos os artigos deverão ter unitermos (palavras-chaves), resumo em inglês e, se possível, também em outra língua como francês, italiano ou alemão. Também deverão vir acompanhados de disquete e sua respectiva impressão.

Art. 5º A bibliografia final deverá ser apresentada segundo as normas técnicas em vigor na data da publicação.

Art. 6º Não serão publicados: a. os trabalhos com mais de 40 (quarenta) páginas impressas; b. os exclusivamente em língua estrangeira; c. os já publicados em

periódicos de grande circulação no meio jurídico e; d. sentenças, votos, acórdãos e pareceres.

Art. 7º Também não serão publicados mais de um artigo do mesmo autor, no mesmo número da Revista.

Art. 8º Os casos omissos serão resolvidos pela Comissão de Publicação.

Art. 9º Este regulamento entra em vigor nesta data (17/03/99).

São Paulo, 17 de março de 1999

Antonio Junqueira de Azevedo  
Presidente

Fábio Maria De-Mattia  
Membro

Enrique Ricardo Lewandowski  
Membro

Newton De Lucca  
Membro

Antonio Augusto Machado de Campos Neto  
Membro





## ORIENTAÇÕES PARA O USO

Esta é uma cópia digital de um documento (ou parte dele) que pertence a um dos acervos que fazem parte da Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP. Trata-se de uma referência a um documento original. Neste sentido, procuramos manter a integridade e a autenticidade da fonte, não realizando alterações no ambiente digital – com exceção de ajustes de cor, contraste e definição.

**1. Você apenas deve utilizar esta obra para fins não comerciais.** Os livros, textos e imagens que publicamos na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP são de domínio público, no entanto, é proibido o uso comercial das nossas imagens.

**2. Atribuição.** Quando utilizar este documento em outro contexto, você deve dar crédito ao autor (ou autores), à Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP e ao acervo original, da forma como aparece na ficha catalográfica (metadados) do repositório digital. Pedimos que você não republique este conteúdo na rede mundial de computadores (internet) sem a nossa expressa autorização.

**3. Direitos do autor.** No Brasil, os direitos do autor são regulados pela Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998. Os direitos do autor estão também respaldados na Convenção de Berna, de 1971. Sabemos das dificuldades existentes para a verificação se uma obra realmente encontra-se em domínio público. Neste sentido, se você acreditar que algum documento publicado na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP esteja violando direitos autorais de tradução, versão, exibição, reprodução ou quaisquer outros, solicitamos que nos informe imediatamente ([dtsibi@usp.br](mailto:dtsibi@usp.br)).