

Em tempo

Revista da Faculdade de Direito de Marília - V.4 - Agosto 2002

ISSN 1516-8964

ENTREVISTA

Com Marcelo dos Santos, indigenista da FUNAI por 25 anos



ARTIGOS



ENCARTE

Poesias e contos



ENSAIO FOTOGRÁFICO

Com Luís Paulo Neves e Marcelo Sampaio

Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha

FACULDADE DE DIREITO DE MARÍLIA

Em tempo

Revista da Faculdade de Direito de Marília
Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha

V. 4 - Agosto/2002

*Coordenação editorial
Heloisa Helena Siqueira Correia*

Em tempo	Marília	V. 4	p.1-144	2002
----------	---------	------	---------	------

**Fundação de Ensino Eurípides
Soares da Rocha”**

Mantenedora das Faculdades

Presidente

Luiz Carlos de Macedo Soares

Vice-Presidente

Terêncio Bertolini

1º Tesoureiro

Hildebrando Tenório Gomes

2º Tesoureiro

Fernando Terciotti

1º Secretário

Mauro Ortega Golin

2º Secretário

Gilberto Antonio Temple

1º Procurador

Arnaldo Mas Rosa

2º Procurador

Luiz Nunes

Diretoria Acadêmica

Diretor Acadêmico Geral

Telmo Correia Arrais

Vice-diretor Acadêmico

Márcio Antonio Rodrigues Sanches

Secretário Geral

Joviro Gati Magnani

Bibliotecária Geral

Sônia Regina Machado

Faculdade de Direito de Marília

Diretor da Faculdade de Direito

Edinilson Donisete Machado

Coord. Adjunto do curso de Direito

Flávio Bento

Coordenador do Programa

de Mestrado em Direito

Jayme Wanderley Gasparoto

Em tempo

Em tempo é uma publicação anual
da Faculdade de Direito de Marília – Fundação
de Ensino Eurípides Soares da Rocha.

Conselho Editorial

Edinilson Donisete Machado

Flávio Bento

José Geraldo A. B. Poker

Samyra Haydeé Dal Farra Naspolini

Benedito Pereira Filho

Antônio Carlos Segatto

Vinício Carrilho Martinez

Oscar Vilhena Vieira

Luiz Fernando Coelho

Coordenação editorial: Heloisa Helena Siqueira Correia

Jornalista responsável: Bahiji Haje (Reg. 19.458)

Revisão: Antônio Vicente S. Pietroforte, Maria Cláudia Gale-
ra, René de Santis, José Perozim.

Revisão bibliográfica: Aline Oliveros Corrêa.

Revisão das versões: Juliana Gabriela Spadoto de Barros,
Caroline Calvoso Nakaguma.

Assistente editorial: Rogério Florentino Pereira.

Ilustrações: Karmo

Endereço: Av. Hygino Muzzi Filho, 529 - Caixa Postal 2041 - Marília - São Paulo

Cep: 17.525-901 - Tel: (14) 421-0833 - Fax: (14) 423-2516

E-mail: revista@fundanet.br

Site: www.fundanet.br

Todos os direitos reservados. É proibida, de acordo com
a lei, a reprodução total ou parcial desta revista sem a
expressa autorização de seus editores.

Em tempo / Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha.
Faculdade de Direito de Marília.
- v.4, (Ago. 2002) -. Marília : Fundação de Ensino Eurípides
Soares da Rocha, 2002.

Anual

ISSN 1516-8964

1. Direito 2. Direitos Humanos 3. Cidadania I. Fundação de
Ensino Eurípides Soares da Rocha

Apresentação

Entre a suposta ordem da realidade e a ordem da linguagem, quantas inumeráveis ordens? Quantos signos por ler, reler, ou ainda por inventar? Cada ato, por sua vez, é um vínculo vertical perpassando as camadas inconciliáveis das interpretações, fazendo história de modo nem unânime nem solitário.

No espaço plástico da arena social, aos que de longe avistam, os direitos parecem se bater com as forças do privilégio, proteger-se do espetáculo da degeneração, reverenciar interesses não conhecidos, tornarem-se ex-direitos, reclamarem nome próprio, ou, ainda, trabalharem para se fazerem existir.....aos que se inscrevem no espaço plástico é possível reconhecer os sujeitos por trás dos direitos, por baixo deles, acima, ao lado, e no seu interior. Direitos existem em relação condicional; a vida, sobrevida ou anulação de tais direitos se devem à vulnerabilidade e/ou decisão dos sujeitos-objetos humanos. E em se tratando de tal obviedade há muito conhecida, a despeito de sua antiguidade, ainda nos perguntamos sobre os sujeitos, saímos a procurá-los como seres raros, quando é possível que estejam (os) por todas as partes, apenas equivocados, esquecidos. Daí a primeira obviedade: a necessidade imperativa da palavra, leitura dos signos, invenção de sentido, aderindo incansavelmente à verticalidade da ação constante.

Professores da Graduação e do Mestrado da Faculdade de Direito de Marília, juntamente com professores de outras instituições e leitores, revelam-se como os que buscam interseccionar incontáveis signos, a fim de emitir palavra própria, não uníssonas nem isoladas.

Sumário

Apresentação	5
Entrelinhas	
<i>Entrevista com Marcelo dos Santos</i>	7
Reticências	
ASPECTOS REFERENTES AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS E SEUS ELEMENTOS DE CONEXÃO	
<i>Antonio Carlos Segatto</i>	15
O DISCURSO JURÍDICO ATRAVÉS DO DISCURSO POÉTICO	
<i>Antonio Vicente Seraphim Pietroforte</i>	24
PECULIARIDADES DE UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	
<i>Claudia de Freitas Felicíssimo</i>	34
RUI BARBOSA: DIREITO E LITERATURA	
<i>Eduardo Augusto Paglione</i>	41
BIODIREITOS E DIREITOS REPRODUTIVOS	
<i>Elida Séguin</i>	47
O ESTUDO DA ÉTICA PROFISSIONAL NO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO	
<i>Flávio Bento</i>	53
O REALITY SHOW DAS PRISÕES BRASILEIRAS	
<i>Gilson César Augusto da Silva</i>	58
A INFÂNCIA RECENTE	
<i>Ivana Martini</i>	66
TRIBUNAL DO JÚRI: GARANTIA FUNDAMENTAL OU INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA?	
<i>José Benjamim de Lima</i>	71
HUMANISMO = DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	
<i>La Fayette Pozzoli</i>	78
FILOSOFIA E JURISPRUDÊNCIA NOS PRIMÓRDIOS DO PRAGMATISMO: CHARLES S. PEIRCE E OLIVER WENDELL HOLMES, JR.	
<i>Lauro Frederico Barbosa da Silveira</i>	83
O FUTURO DO DIREITO COMERCIAL E O NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	
<i>Marcelo Gazzzi Taddei</i>	98
POLÍTICA: O DIREITO DE NASCER, A OPÇÃO DE EXISTIR	
<i>Marcos da Fonseca Conforti e Vinício Carrilho Martinez</i>	110
A OUTRA NARRATIVA DE O PROCESSO	
<i>Maria Cláudia Galera</i>	116
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA	
<i>Raquel Rosan Christino Gitahy e Tatiana Aguiar Nonato</i>	122
NOME: ATRIBUTO DA PERSONALIDADE NA VISÃO DO NOVO CÓDIGO	
<i>Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior</i>	130
Outro Olhar	
<i>Ensaio fotográfico com Marcelo Sampaio e Luís Paulo Neves</i>	138
Normas técnicas para publicação	142
Encarte	

Entrelinhas

Direitos humanos e cidadania

Entrevista com Marcelo dos Santos



Índio é problema para nossos políticos, nunca solução

Recém-aposentado da Fundação Nacional do Índio, Marcelo dos Santos ingressou no órgão em 1976 e, na maior parte do tempo, atuou em áreas do estado de Rondônia. Nos primeiros 14 anos na Funai, o indigenista teve uma convivência diária com os Nambiquaras do Norte. Na aldeia Aroeira, foi o responsável pelo reagrupamento de mais de 60% das famílias Nambiquaras do Norte, muitas delas dispersas em fazendas da região, onde trabalhavam como semi-escravas. Ao longo dos anos, vivenciou invasões e a dilapidação de áreas indígenas por madeireiros, sofreu pressões de políticos e dos coronéis da região. “De madeireiros, garimpeiros, colegas de trabalho corruptos e de fazendeiros inconformados por terem a posse de suas terras questionadas como sendo indígenas”, revela. Santos lembra que a legislação sobre o assunto é avançada, mas de “difícil aplicabilidade”. Para ele, “a questão indígena passa por duas questões fundamentais: terra e desenvolvimento econômico sustentável, que permita aos índios adquirir bens industrializados sem perder sua identidade étnica, sua cultura”. Na entrevista a seguir, o indigenista conta como era o trabalho na época da ditadura militar, relata as pressões sofridas e denuncia o jogo de interesses que circulam pela Funai:



Marcelo dos Santos trabalhou 25 anos na Funai, teve contato com povos isolados e esteve no centro de conflitos com madeireiros no Norte do país

Em tempo: Você começou a trabalhar com a questão indígena em plena ditadura militar. Como foi trabalhar naquele contexto?

Marcelo dos Santos: A Funai não poderia fugir da estrutura montada pelo poder executivo de então, totalmente militarizado. Os cargos diretos estavam ocupados por militares. Os coronéis coordenavam as diversas diretorias, com uma mentalidade rigidamente hierarquizada. Além de não discutirem as questões meramente administrativas, tinham aversão à visão antropológica da questão indígena. Lembro-me bem de escutar estupefato os absurdos vomitados por uma professora de “Desenvolvimento Comunitário”, li-

gada ao SNI, durante nosso curso de indigenismo na Funai. Ela apregoava a necessidade de incluímos a nossa proposta de trabalho ao segundo PND (Plano Nacional de Desenvolvimento), que eram as metas anuais da política macro econômica do governo do general Ernesto Geisel. Pedia para não darmos ouvidos às “besteiras” que os antropólogos nos ensinavam etc etc. As questões fundiárias (seja a eleição de áreas, demarcações, regularização etc) ficavam à mercê dos imediatismos políticos, sem critérios definidos. Lembro-me de uma antropóloga recém-formada, filha de um dos coronéis de então, afirmar que a dimensão de uma área indígena não poderia basear-se no direito dos índios de viverem como tal; ela dizia que caça, coleta, pesca etc não justificavam uma eleição de terra indígena.

Em tempo: Qual era a situação dos índios durante a ditadura militar?

Santos: Certamente, mais fragilizada. Os atos institucionais, famosos AIs, legislavam ao sabor das vontades dos generais. Como minoria, também os índios estavam órfãos dessas intempéries. Várias etnias foram diretamente afetadas pelos megaprojetos de grandes hidroelétricas e rodovias monumentais, como a Transamazônica e o asfaltamento da BR 364.

Em tempo: Já havia pressões de organismos externos para se regulamentar a questão indígena?

Santos – Sim, mas acredito que pontuais. Como exemplo, cito a questão da BR 364, que acompanhei de perto. A BR 364 cortou o estado de Rondônia de norte a sul. Os índios de Rondônia estavam praticamente abandonados até meados da década de 70. Não só os contatados e mais aculturados, na era da borracha, na década de 40 e 50, mas também os recentemente contatados propositalmente e desastrosamente, no início da década de 60, para a abertura da BR 364, e finalmente os índios ainda sem contato, fugindo das frentes de expansão agropecuária. Todo este contingente indígena estava desamparado, sem regularização fundiária, ou seja, sem o direito à terra, já garantido pela nossa Constituição de então. Os processos de eleição, demarcação e registro só se desencadearam, após muita discussão entre os tecnocratas do governo Figueiredo e os técnicos do Banco Mundial, pressionados por sua vez pelas instituições mundiais de defesa dos direitos humanos. Foi uma correria desenfreada, várias áreas indígenas foram criadas simultane-

amente, com critérios duvidosos, mas de qualquer forma estabelecidas.

Em tempo: Houve mudanças no trabalho da Funai, e no seu, a partir da Nova República, no final dos anos 80 em diante?

Santos: Praticamente houve a desmilitarização do órgão e a substituição dos militares por um quadro funcional mais técnico. No meu caso particular, em Rondônia, houve um aporte maior de recursos oriundos do Banco Mundial, que possibilitou uma melhoria significativa da questão assistencial, com a contratação de profissionais de saúde e de educação. Tive, pela primeira vez, a oportunidade de questionar ideologicamente o meu papel como interlocutor de uma sociedade dominante e etnocêntrica, pois até então só podia me preocupar em salvar vidas. Esse quadro específico não pôde ser extrapolado para o resto do país, pois cada região dependia da uma conjuntura política, sempre imediatista.

Em tempo: Quais foram os principais problemas que você enfrentou para fazer o seu trabalho?

Santos: Nesses 25 anos de prática indigenista, foram vários os problemas que enfrentei. Os principais foram: 1) A permanente falta de interesse governamental pela questão indígena, a corrupção oficial e oficiosa e a violência acobertada pela impunidade jurídica. Posso citar o caso do madeireiro Sebastião Bronski, que se enriqueceu às custas do roubo de mogno (7.000 metros quadrados de madeira nobre, ao valor de então de 800 dólares o metro) das áreas indígenas Nambiquaras em Mato Grosso. Apesar de ter contra si diversos processos tecnicamente bem embasados desses furtos, até hoje, passada praticamente uma década, Bronski não foi preso, muito menos obrigado a ressarcir os índios ou a União pelos danos causados, sejam eles pecuniários ou sequer ambientais. Infelizmente, no Brasil a Justiça ainda está atrelada a leis retrógradas, a um rito processual desestimulante, extremamente moroso e a uma dependência investigatória altamente questionável, com uma polícia atrelada ao executivo e não ao judiciário como deveria ser. 2) A questão da corrupção afeta todos os níveis de trabalho, desde a interferência direta através do seu superior hierárquico, da manipulação política de senadores e deputados e da proposital retenção das investigações policiais. 3) Vivenciei a sistemática interferência da classe política, seja ela de executivos ou de legisladores, sempre defenden-

do seus interesses particulares ou eleitores. Infelizmente, no governo do senhor Fernando Henrique Cardoso essa prática chegou a níveis inimagináveis. Senadores e deputados ditam regras e determinam a ocupação de cargos em todos os níveis da administração federal. Particularmente, tive a perseguição persistente do senador Amir Lando junto à presidência da Funai, solicitando insistentemente meu afastamento de Rondônia, pois uma fazenda sua, Convento, registrada em nome de um laranja, parente seu, teve a sua posse questionada quando nela encontrei sobreviventes de uma família de índios isolados, sobreviventes de massacres. Lando não me perdoou quando abri inquérito pela ilegal retirada de madeira durante a interdição da mesma. Outro exemplo gritante foi ter sido arrolado como réu na recente CPI da Ocupação de Terras Públicas na Amazônia, logo eu que não tenho um metro quadrado em lugar nenhum. No entanto, o coronel e fazendeiro Antenor Duarte, proprietário de imensas fazendas, constante alvo de investigações policiais, por escravidão branca, por participar do massacre de Corumbiara, foi o herói da mesma CPI, o grande provedor do “desenvolvimento” regional. Ele é dono de dezenas de lotes de 2.000 hectares na citada região, quando o edital de leilão promovido pela União restringia a posse de apenas um por pessoa jurídica ou física. Afirmaram os senhores fazendeiros e deputados que eu estava “plantando” índios na fazenda com o intuito de entregá-las para grandes mineradoras internacionais...

Em tempo: Você sofreu ameaças durante os anos em que trabalhou na Funai? De quem? Teve apoio da Justiça?

Santos: Sim, em várias oportunidades. De madeireiros, garimpeiros, colegas de trabalho corruptos e de fazendeiros inconformados por terem a posse de suas terras questionadas como sendo indígenas. Casualmente, me saí em duas oportunidades de tocaias preparadas por pisto-

leiros para meu assassinato. Tive sorte. Algumas vezes, estive acompanhado pela PF, em outras a PM teve que tomar conta da residência onde viviam meus filhos e acompanhá-los até a escola. Parceria mesmo, sempre do Ministério Público Federal, que nunca deixou de apoiar e mesmo me orientar, apesar de não ser mais um órgão consultivo.

Em tempo: Qual é a situação dos povos isolados hoje, em termos de números, localização, contato etc?

Santos: O levantamento efetuado pelo Departamento de Índios Isolados da Funai calcula que haja aproximadamente meia centena de grupos nessa situação. Desde pequenas famílias ou mesmo apenas um indivíduo, como o que encontramos em Rondônia, a grupos ainda relativamente numerosos, como é o caso das centenas de índios isolados que percorrem a divisa entre Brasil e Peru no alto rio Jordão.

Em tempo: Quantos índios há no Brasil, hoje? Estão desaparecendo ou não?

Santos: Tivemos avanços em muitos sentidos. A repopulação indígena brasileira é uma realidade inquestionável. Em meio século, os índios passaram de 150.000 para mais de 300.000. Aliando um número significativo de novas demarcações de terras para os índios com a crescente conscientização dos seus direitos, sinto-me otimista, mesmo que de uma maneira um pouco cética. Acredito num futuro mais promissor. Nosso povo tende a aprender a votar em políticos mais confiáveis, mesmo com toda a máquina da mídia e do poder econômico pressionando no sentido contrário.

Em tempo: Quais são os principais problemas dos índios brasileiros atualmente? O governo FHC dá conta desses problemas?

Santos: A questão indígena passa por duas questões fundamentais: terra e desenvolvimento econômico sustentável, que permita aos índios adqui-

Infelizmente, no Brasil a Justiça ainda está atrelada a leis retrógradas, a um rito processual desestimulante, extremamente moroso e a uma dependência investigatória altamente questionável.

rir bens industrializados sem perder sua identidade étnica, sua cultura. No primeiro caso, houve um avanço significativo nestes últimos dez anos, com um aumento de áreas identificadas e demarcadas. Mas ainda são inúmeros os casos nos quais sequer foi iniciado esse levantamento e outros que necessitam urgentemente de serem revistos, onde populações expressivas, como os Kaiowa em MT, os Kaingang no RS, os Pataxó na BA, os Krenak em MG, os Terena em MS etc, vivem confinados em pequenos quintais de pasto, sem qualquer possibilidade de sobreviverem com o mínimo de dignidade. A questão da demarcação de áreas para os índios isolados é outro espinho institucional. O Departamento de Índios Isolados, que também trabalha com essa questão, está ridiculamente dimensionado para atender essa demanda, a de recolher informações sobre a ocupação territorial desses grupos indígenas. São quatro equipes minúsculas para atender toda a Amazônia Legal, com aproximadamente 50 referências da presença de isolados. Não pode haver prazo institucional para essa demarcação, como ocorre hoje, pois o executivo nunca cumpriu esses prazos. A outra questão é extremamente complexa e demandaria um trabalho de uma equipe multidisciplinar, de antropólogos, agrônomos, ecólogos e técnicos indigenistas com experiência no trato da questão indígena e uma qualificação técnica específica, hoje inexistente na Funai.

Em tempo: Do seu ponto de vista, como deveria ser o trabalho da Funai para resolver estes problemas? Por que isso não acontece?

Santos: A Fundação Nacional do Índio é hoje um órgão super burocratizado e vazio, que não promove um concurso público para formação de quadros técnicos há mais de 15 anos. Além de estar subdimensionado para atender seu univer-

so de atribuições, continua atrelado a uma estrutura administrativa retrógrada. Passamos por vários ministérios, sendo que deveria estar ligada diretamente à Presidência, evitando assim grande parte das interferências políticas, prática exacerbada no governo FHC. Deputados, senadores, governadores e prefeitos acham-se no direito de nomear ou afastar funcionários e, infelizmente, essa é uma triste realidade, que só atrasa, descaracteriza e impede uma melhor qualificação do seu quadro técnico.

Em tempo: Em termos de legislação, o que protege os índios? Eles têm direitos garantidos nas leis?

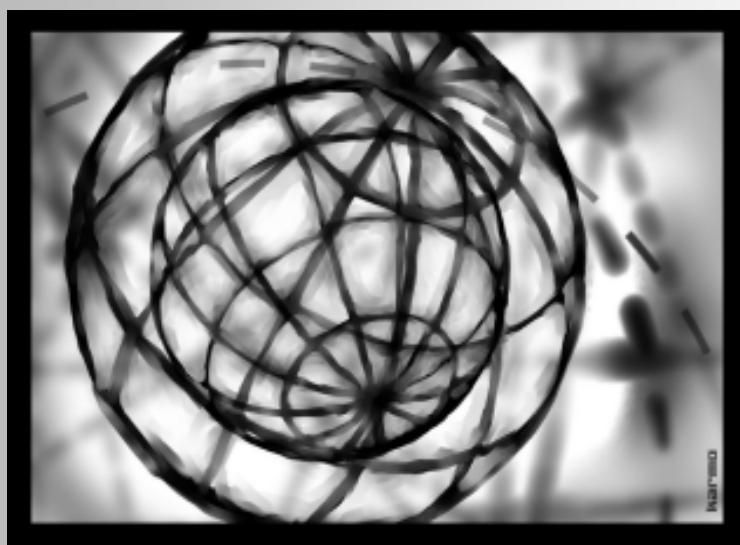
Santos: Nossas Leis estão entre as mais avançadas do mundo quanto à questão indígena. Nossa Constituição de 1988 enfatiza vários desses direitos, alguns já consolidados no Estatuto do Índio, como o direito à terra e ao seu modo de vida. O problema fundamental, como acontece em todo o resto do país, está na sua aplicabilidade. Estamos vivendo uma situação deprimente, de violência exacerbada em todos os níveis. Os índios não poderiam estar vivenciando uma realidade diferente. Índio é problema para nossos políticos, nunca solução. Não rendem voto e vivem aparecendo na mídia mundial, geralmente questionando e denegrindo a imagem do nosso governo, que depende tanto da sua faceta externa para angariar empréstimos e mais empréstimos... Acredito que somente uma mudança profunda de governo altere esse quadro. Um que realmente acredite numa perspectiva de desenvolvimento social e não apenas nos hipócritas discursos eleitores tão conhecidos. Somente assim é que poderemos ter uma mudança nesse triste quadro. Sei que vai demorar, mas tenho que acreditar nessa perspectiva.

Reticências



ASPECTOS REFERENTES AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS E SEUS ELEMENTOS DE CONEXÃO

Antonio Carlos Segatto*



Abstract

On the current globalized scene it is impossible to imagine international trade and economic relations without their submission to the instrumental requirements which are connected to pacts and conventions, thus making international contracts the very propulsion center of international trade. It is important to note that the clauses which shape international contracts present certain interpretation rules called *Incoterms*.

The agreement signed in international contracts engenders an element of foreignness, which makes the difference between an international and an internal contract.

Keywords

Contract, International Relations, *Incoterms*, Connection.

Resumo

É impossível imaginar nos dias atuais, em face do cenário globalizado, o comércio internacional e as relações econômicas internacionais, sem a sua submissão às exigências instrumentais que se vinculam ao sabor dos pactos e das convenções, sendo, portanto, os contratos internacionais o centro propulsor, no seu sentido estrito, do comércio internacional. Vale dizer que as cláusulas que integram os contratos internacionais apresentam denominadas regras de interpretação que são os INCOTERMS. O acordo firmado nos contratos internacionais faz surgir um elemento de estraneidade, que diferencia o contrato internacional do contrato interno.

Palavras-chave

Contrato, Relações Internacionais, Incoterms, Conexão, Estraneidade.

*Professor de Direito Constitucional e Administrativo do Curso de Graduação da Faculdade de Direito de Marília – Fundação Eurípides Soares da Rocha; Mestre em Direito pela UEL – Universidade Estadual de Londrina. Doutorando em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela PUC-SP.

Introdução

O presente trabalho, vinculado à área de Direito das Relações Econômicas Internacionais, tem por objetivo analisar algumas questões relacionadas à figura do contrato internacional de compra e venda.

Para tanto, procurou-se abordar questões referentes ao conceito de contrato, seus elementos de conexão e alguns aspectos concernentes à figura da autonomia da vontade dentro de um contexto interno e internacional.

Efetivamente, a multiplicação e diversidade de sistemas jurídicos são dados de fato, logo, cada Estado possui o seu ordenamento jurídico, em princípio, aplicável dentro dos limites de seu território, isto é, onde exerce a sua soberania.

Todavia, as relações internacionais de caráter comercial, em face de uma economia globalizada e sem fronteiras, cada vez mais, passa a exigir regras jurídicas para regular essas situações. Daí a real necessidade de codificação de um Direito Internacional, a fim de minimizar os conflitos advindos da aplicação da lei de regência dos contratos internacionais.

Esse pequeno estudo, pretende, de forma sucinta, analisar essas questões, demonstrando apenas e tão somente, o crescimento dessas relações em face de uma nova ordem econômica global, surgida, mais especificamente, a partir da década de 90.

Conceito de contrato e alguns aspectos relativos ao princípio da autonomia da vontade

Costuma-se dizer que o contrato é substancialmente constituído pela vontade, à que se adicionam efeitos (LORENZETI, 1998, p. 534)¹ o direito pátrio a figura do contrato encontra-se prevista, através da definição conferida pelo Código Civil, artigo 81, que preceitua a figura do ato jurídico, como todo “ato lícito que tenha por fim imediato, adquirir, resguardar, criar, modificar ou extinguir direitos,” (BRASIL, 2002, p.35), devendo para tanto, ser acrescido o elemento *acordo de vontades*, para sua efetiva caracterização.

Verdade é que, o contrato, como uma lei feita por particulares, tendo em vista determinado negócio, implica na criação de uma norma jurídica particular, ou seja, na possibilidade da criação de normas dentro de um sistema jurídico, por particulares (MONTEIRO, 1985)².

Desta forma, torna-se imprescindível no estudo das obrigações, onde se encontra inserido o contrato, analisar o princípio da autonomia da vontade, uma vez que o mesmo, durante muito tempo, preconizava que a vontade das partes era soberana, devendo o Judiciário apenas apurar o efeito das

disposições desejadas pelas partes.

Importante destacar que o princípio da autonomia da vontade teve seu ápice nos séculos XVIII e XIX, através dos ensinamentos trazidos pelas obras de Demolombe e Laurente, em que, a partir da doutrina formulada por Hauss, chegou-se ao exagero de deixar a critério das partes a escolha do direito a ser observado em questão de direito internacional privado (ENGELBERG, 1997, p. 23). Por certo, ao se tratar da figura do contrato, deve-se analisar disposições de três espécies que o envolvem diretamente, *in casu*: disposições de natureza *imperativas, facultativas e supletivas*. Isso ocorre por uma razão muito simples, ou seja, no que se refere à autonomia da vontade, esta determina que as partes contratantes elejam a lei para reger o ato. Todavia, mesmo sendo o contrato, em geral, dominado pela liberdade das convenções, isso não implica admitir que as partes possam fugir do direito que lhes deva ser imposto, escolhendo outro de seu interesse (CASTRO, 1977, p.441). E arremata Castro (1977, p. 443):

As partes não fazem direito como e quando queiram, nem podem escolher direito a capricho: na esfera do direito primário, ou na esfera do direito internacional privado, estão sempre à mercê do direito independentemente de sua vontade efetiva, sem ou contra esta.

Logo, pode-se afirmar que a autonomia da vontade é livre, no entanto, ao mesmo tempo, encontra-se vinculada ao Direito. Haverá de se aceitar que as partes, atuando nos limites das normas interpretativas ou facultativas, poderão colmatar os espaços livres do contrato³.

Contratos internacionais

A internacionalização do contrato é um fenômeno irreversível em face do mercado global, na medida em que se verifica uma tendência cada dia mais acentuada de eliminação de fronteiras.

Esse processo se confunde com a derrocada do comunismo, mais precisamente, com a queda do muro de Berlim em 1989, e de todo o bloco totalitário (a famosa Cortina de Ferro), no início da década de 90.

Partindo-se dessa nova realidade, a economia de mercado passa a ser o novo ponto de referência das relações internacionais, diante da extraordinária velocidade do capital obtido com o melhoramento tecnológico de transportes e comunicações, vindo a provocar profundas mudanças nas estruturas de produção e, também, nos modelos de gestão (MOREIRA NETO, 1995, p. 219)⁴.

Nesse cenário a figura do contrato é peça da maior importância para regular as relações in-

ternacionais. Impossível imaginar o comércio internacional, sem a sua submissão às exigências instrumentais que vinculam-se ao sabor dos pactos e convenções, cuja natureza reflete necessidades concretas, nascidas de uma criatividade impositiva.

Como muito bem assevera Strenger (1992, p. 21), os contratos internacionais são o motor, no sentido estrito, do comércio internacional e, no sentido amplo, das relações internacionais em todos os seus matizes.

A partir desse raciocínio, pode-se conceituar o contrato internacional como sendo um acordo de vontades, mediante o qual, as partes contratantes tendem a alcançar um objetivo, todavia, esse instrumento se apresenta de forma distinta do contrato interno, por estar vinculado a mais de um ordenamento jurídico. Vale dizer, o que diferencia um contrato internacional de um contrato de direito interno é que o primeiro traz, em si mesmo, um elemento de estraneidade, que o mantém ligado a dois ou mais sistemas jurídicos.

Da formação dos contratos internacionais

A formação dos contratos internacionais não difere dos contratos internos quanto à sua essência propriamente dita, especificamente em relação à figura da oferta e da aceitação, pois, como todo negócio bilateral, dependem de um acordo de vontade entre as partes.

Portanto, preliminarmente, para a sua formação, são necessárias duas ou mais declarações de vontade que se encontrem emitidas por duas ou mais partes, ou a atuação da vontade de oblato (GOMES, 1990, p. 59).

Assim, o instrumento que vai conferir a possibilidade de aproximação das partes, em se tratando de contratos internacionais, são, precisamente, as exposições, feiras, salões, além de existir um incomensurável número de revistas especializadas, com elenco minucioso de empresas existentes, acompanhando informes econômico-financeiros, bem como a natureza de suas atividades e estrutura.

Por outro lado, saber ou não se houve esse acordo de vontades em relação às partes, não suscita maiores dificuldades quando estas estão presentes. Os problemas começam a surgir quando as partes estão ausentes. Nesse caso, as soluções encontradas nos diversos sistemas jurídicos, passam, necessariamente, por três modalidades principais: (I) a aceitação se dá quando o aceitante expede a sua manifestação de vontade, ou (II) quando esta chega à residência do destinatário, ou (III) finalmente, quando este, dela toma conhecimento (BASTOS, 1990, p. 12).

Vale destacar, ainda, que no plano internacional, segundo as tradições, a fase preliminar do

contrato, ou pré-contrato, como alguns denominam essa modalidade, quase sempre, tem força obrigatória, diferentemente do que ocorre em relação ao direito interno, onde existe a contestação dessa circunstância, tendo como parâmetro de decisão a natureza negocial definitiva (STRENGER, 1992, p. 92).

Elementos de conexão

Veiculou-se no presente trabalho que o contrato internacional quase em nada difere do contrato interno, a não ser o fato de que o primeiro, encontrar-se vinculado a mais de um sistema jurídico.

A diversidade de sistemas jurídicos internos é um fato incontestável, na medida em que os Estados possuem o seu ordenamento jurídico, aplicável nos limites do seu território.

Entretanto, essa limitação não pode ser admitida de forma absoluta, considerando-se o fato de que, muitas vezes, as relações jurídicas excedem os limites de determinada organização política e social. Daí a real necessidade de interferência do Direito Internacional Privado na solução de problemas relacionados aos contratos internacionais privados, de natureza comercial para a indicação dos direitos que deverão ser aplicados a cada caso.

Vale ressaltar que os instrumentos utilizados para a solução de conflitos, prevêm a hipótese de se escolher a lei aplicável, tendo por base os elementos e regras de conexão que, por sua vez, irão indicar a norma de resolução (RODAS, 1995, p. 10-11)⁵.

Por sua vez, os elementos de conexão, como parte da norma indicativa do direito internacional privado, diferenciam-se, conforme o direito de cada Estado. No entanto, analisando-se o direito comparado, este informa que determinados elementos de conexão são idênticos ou similares entre si em um considerável número de países.

Em se tratando de pessoa física, é de fundamental importância a análise da personalidade, como aptidão para adquirir direitos. Denomina-se, também, capacidade de direito ou de gozo, traduzindo-se num fenômeno jurídico, ou seja, atributo concedido pelo Direito a alguém para que ele possa ser titular de direitos e obrigações.

Portanto, a personalidade é pré-condição, pressuposto e ponto de apoio de todos os direitos e obrigações; daí por que, da personalidade emana a capacidade para a aquisição de direitos e para exercê-los diretamente por si mesmo, ou por intermédio ou com a assistência de outrem (RODAS, 1995, p. 12-13). Importante destacar o fato de alguns países como Itália, Chile, México, Peru, Haiti serem silentes quanto a distinção da personalidade e da capacidade, o que não ocorre no Brasil, devendo-se levar em conta a realidade da Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro de

1916 (com vigência até janeiro de 2003), o qual destaca, taxativamente, personalidade de capacidade: “Art. 7º. A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família” (BRASIL, 2002 p. 3).

É inegável que a personalidade e a capacidade têm fundamental relevância para o Direito Internacional Privado, uma vez que importa a este a dicção da norma aplicável (ROCHA, 1986, p. 98-99)⁶.

Quanto aos sistemas adotados para determinação da lei a ser aplicada em matéria de personalidade, três são os mais específicos, a saber: o primeiro sistema diz respeito à territorialidade, ou, *lex for, o*; segundo é o da nacionalidade, ou, *lex patriae* e o terceiro o do domicílio, ou, *lex domicilii*.

No que se refere ao primeiro sistema, implica afirmar que a lei do Estado sobre capacidade se aplica a todas as pessoas que estejam no seu território, não importando a nacionalidade de origem ou mesmo se estão em trânsito pelo território do Estado ou venham ser domiciliados neste. A crítica que se faz a esse sistema é que, uma vez aplicável única e exclusivamente, o Direito Internacional Privado desaparecia (ROCHA, 1986, p. 104).

Para outros autores, a aplicação desse sistema importa em aderir ao passado, uma vez que, atualmente, os sistemas jurídicos se dividem entre os sistemas da nacionalidade e do domicílio. A título elucidativo, o Direito Soviético foi o clássico exemplo de adoção do sistema de territorialidade. Embora a URSS tenha deixado de existir há de se deduzir que o seu direito continue a ser utilizado pela Rússia e, talvez, por outros Estados que sucederam a União, até o advento e novas leis (RODAS, 1995, p. 12). Já o sistema da nacionalidade tem relevante interesse no campo do Direito Internacional Privado, tendo em vista o fato de que esse sistema reflete sobre dois aspectos fundamentais, ou seja, os elementos de conexão e a questão prévia (RECHSTEINER, 1996, p. 128)⁷. Especificamente, no tocante aos elementos de conexão, importa destacar a sua adoção pela Convenção de Haia, na Europa, e, na América Latina, além do Código de Bustamante⁸, que confere às partes, a prerrogativa de contratarem utilizando a nacionalidade como principal elemento de conexão, em face do estatuto pessoal da pessoa física.

Quanto ao conceito de nacionalidade, este se traduz num vínculo jurídico e político entre o Estado soberano e o indivíduo que integra a comunidade estatal.

Todavia, esse vínculo político, que se estabelece entre o indivíduo e o Estado, recebe uma disciplina jurídica de direito interno, ou seja, a cada Estado incumbe legislar sobre sua própria nacionalidade, desde que respeitadas, no âmbito do direito

internacional, as regras gerais, assim como as regras particulares às quais tenha se comprometido, no sentido da prevalência da dignidade da pessoa humana (REZEK, 1991, p. 180)⁹.

Esse princípio encontra-se consagrado como regra expressa no artigo 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, firmada em 1948, estabelecendo que o Estado não pode, arbitrariamente, privar o indivíduo da sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade, portanto, todo indivíduo tem direito a uma nacionalidade, a fim de se evitar a figura do *heimatlos*, mais conhecido como apátrida.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2001), seguindo o preceito ditado pela Declaração Universal de Direitos da ONU, de 1948, prescreve, em seu artigo 12, as condições de aquisição e perda da nacionalidade brasileira, estabelecendo critérios mistos para atribuição do direito à nacionalidade.

Configura-se, portanto, matéria constitucional, integrando a categoria de direitos humanos fundamentais, protegidos contra qualquer tentativa de abolir, por parte de emendas, por tratar-se de *cláusulas pétreas*, preceito este que se encontra contido no artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2001, p. 56), por integrar o patrimônio de direitos do indivíduo.

Importa esclarecer que o texto constitucional brasileiro distingui a figura do brasileiro nato e naturalizado. A essência do brasileiro nato consubstancia-se no fator *nascimento*, ou seja, será brasileiro nato, aquele que nascer na República Federativa do Brasil, ou, caso tenha nascido no exterior, venha a optar pela nacionalidade brasileira com efeitos retroativos (artigo 12 da Constituição Federal).

Nota-se que a regra geral, para se atribuir a nacionalidade, é o *jus soli*. Entretanto, esse dispositivo comporta exceções, uma vez que não serão brasileiros natos, embora nascidos no Brasil, os filhos de pais estrangeiros que aqui se encontrem a serviço do seu país.

Efetivamente, serão brasileiros natos, os nascidos no estrangeiro, de pai ou mãe brasileiros, desde que qualquer deles esteja a serviço do Brasil. Vê-se que, nesse caso, o critério adotado pela C.F. de 1988 (BRASIL, 2001), é o vínculo de sangue, ou *jus sanguinis*, uma vez que, por derivação, o filho adquire a nacionalidade dos seus genitores ou genitor.

Prevê o texto constitucional brasileiro, em seu artigo 12, a possibilidade de aquisição da nacionalidade brasileira, mediante o processo de naturalização. Trata-se de um meio derivado de aquisição da nacionalidade, onde se permite ao estrangeiro, que detém outra nacionalidade, ou ao apátrida, que não possui nenhuma, assumir a nacionalidade brasileira, mediante o preenchimento de requisitos consti-

tucionais e legais. Neste caso, a concessão da nacionalidade é ato de soberania estatal, uma vez que, foge aos critérios adotados para a atribuição da nacionalidade originária (jus soli e jus sanguinis).

Com efeito, no que alude às convenções internacionais, tem-se verificado que o princípio da nacionalidade perdeu importância, contudo, não foi abolido totalmente e, muito menos, substituído pelo domicílio ou residência. No entanto, esse elemento de conexão no direito internacional privado deverá ser levado em consideração na medida em que uma pessoa possua mais de uma nacionalidade¹⁰.

Nunca é demais reforçar, pois, a característica fundamental de um contrato internacional é a presença de um elemento de estraneidade que o vincula a dois ou mais ordenamentos jurídicos nacionais, ou seja, basta que uma das partes seja domiciliada em um país estrangeiro ou que um contrato seja celebrado em um determinado Estado, para ser cumprido em outro.

Sendo assim, as partes integrantes do contrato têm a possibilidade de buscar, dentro do direito material, as regras que vão solucionar possíveis situações que poderão surgir em face do seu cumprimento e, ainda, determinar onde e como o litígio dali decorrente será julgado: por meio de cláusula de arbitragem ou eleição de foro.

Desta forma, é impossível às partes contratantes fugirem de todo de uma lei nacional aplicável ao contrato, lei esta que deverá ser determinada pelo ordenamento jurídico do Estado onde o litígio, oriundo do contrato, deverá ser apreciado.

Os elementos de conexão e o direito brasileiro

Analisando o sistema jurídico pátrio, conclui-se que no Brasil adota-se a extraterritorialidade moderada.

Implica dizer, portanto, encontrar-se aberta a possibilidade de ser aplicado, no território brasileiro, o direito estrangeiro, desde que seja indicado pelas regras de conflito previstas nos artigos 7º ao 15, da Lei de introdução ao Código Civil (BRASIL, 2002, p. 3-6).

Importante notar que ordenamentos jurídicos dos Estados, não são idênticos; logo, as normas que integram esses sistemas, muitas vezes, consagram formas diferenciadas para a solução de conflitos advindos dos contratos internacionais.

Nesse sentido, posiciona-se Engelberg (1997, p. 20) ao afirmar que,

...no Brasil o estado e a capacidade são regidos pela lei do domicílio da pessoa; já o sistema francês e italiano manda aplicar a lei da nacionalidade da pessoa. Essa diferença entre regras internas de conflitos dá nascimento a um tipo de conflito de leis no

espaço, isto é, o conflito entre normas de Direito Internacional privado.

Breves considerações sobre o contrato internacional de compra e venda

Após breve estudo no tocante à figura dos contratos, isto é, seu conceito, elementos, bem como do contrato internacional e os seus elementos de conexão, lei aplicável e autonomia da vontade, passa-se ao estudo do contrato de compra e venda internacional, por tratar-se de instrumento fundamental para a compreensão do tema ora em análise.

Em primeiro lugar, faz-se necessária uma breve digressão a respeito do contrato de compra e venda, por ser um dos contratos mais freqüentes e de maior importância social como instrumento de circulação de bens.

Com efeito, pode-se conceituar o contrato de compra e venda, como instrumento em que uma das partes se obriga a transferir a propriedade de uma coisa à outra, recebendo, em contraprestação, determinada soma em dinheiro ou valor fiduciário equivalente (GOMES, 1990, p. 244).

Sua finalidade, portanto, é a alienação de bens, onde os protagonistas desse cenário são, respectivamente, comprador e vendedor. Acrescenta-se que tem como características o fato de ser um contrato bilateral, consensual, oneroso, comutativo ou aleatório de execução instantânea ou diferida.

O contrato de compra e venda internacional não foge a essas características, pois, é o mais elementar de todos, no que diz respeito à compreensão das relações contratuais internacionais.

Entretanto, caracteriza-se o contrato de compra e venda internacional, pelo acordo de vontades que surge em face de um vendedor de um país, e um comprador em outro, evidenciando o aparecimento de mais de uma ordem jurídica a disciplinar as relações contratuais de natureza internacional; daí o elemento de estraneidade a diferenciar o contrato interno do contrato internacional (BASTOS, 1990, 2-3)¹¹.

Quanto às principais cláusulas de um contrato de compra e venda internacional, vale destacar que o mesmo se assemelha, no momento da sua elaboração, mais especificamente, no que alude às considerações preliminares, a um verdadeiro ato administrativo, em face das *exposição de motivos* utilizados pelas partes, a fim de se estabelecerem os objetivos a serem alcançados.

Importante acrescentar que os bens comercializados devem ser perfeitamente individualizados e descritos, com o intuito de não deixar qualquer margem de dúvida. Desta forma, a sua elaboração requer um cuidado todo especial, pois, a descrição completa e amplamente detalhada implica em redu-

zir a possibilidade de futuros desacordos ou divergências, quanto à conformidade e bens do contrato, sendo de fundamental importância o domínio do idioma a ser utilizado (FILKESTEIN, 2001)¹².

É de se assegurar, ainda, que as partes são livres para fixar a qualidade e as condições dos bens; o que levará em conta a sua destinação, como elemento importantíssimo para a fixação do preço. Veja-se que poderá ser consignada cláusula excluindo a responsabilidade do vendedor pela qualidade dos bens, especialmente quando o comprador, em razão do preço extremamente favorável, prática de mercado ou de outras conveniências, preferir assumir os riscos (BASTOS, 1990, p. 15).

Outro fato a ser destacado diz respeito à responsabilidade pela entrega dos bens, tais como, transporte, seguro, armazenagem. Para a sua efetivação, existem cláusulas padronizadas que funcionam como instrumento para simplificar os contratos de compra e venda. Essas cláusulas são denominadas *Incoterms*.

Os *Incoterms* são regras para interpretação de termos comerciais, resultantes de uma vasta pesquisa feita em plano mundial. Definem-se por abreviações padroniza-

das, reconhecidas universalmente, traduzidas através de uma brochura de sessenta e nove páginas, editada pela primeira vez em 1936.

A título de exemplo, basta apontar os *Incoterms* de 1953, que indicam, para a venda *FOB*, quais as condições em que o vendedor deve entregar a mercadoria, o tipo de frete, as licenças, os certificados e documentos que devem ser fornecidos para o comprador (STRENGER, 1992, 261)¹³. Por sua vez, também, são especificadas as obrigações do comprador no que alude à forma de pagamento, disponibilidade para o transporte, responsabilidade sobre certos fretes ou ao fornecimento de documentos.

No comércio internacional, o pagamento do preço das mercadorias, objeto do contrato, está condicionado às autorizações governamentais. Não obstante as partes terem a liberdade de contratar livremente a forma de pagamento, a sua aprovação final dependerá de autorização da autoridade responsável pela condução administrativa no exterior, principalmente, quando as partes estipulam o pagamento em moeda estrangeira.

Em relação ao pagamento do preço em moeda estrangeira, a lei brasileira admite exceções, em se tratando de contratos de compra e venda internacionais.

Efetivamente, são nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer outros documentos, bem como obrigações, uma vez estas exequíveis no Brasil, que venham a estipular o pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por qualquer forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal da moeda nacional.

Esse preceito encontra-se inserido através da norma contida no Decreto-Lei nº 857, de 11 de setembro de 1969, em seu artigo 1º (BRASIL, 2002, p.589). Porém, essa disposição não se aplica aos contratos e títulos referentes à importação ou exportação de mercadorias; é o que se depreende da leitura do artigo 2º, inciso I, do Decreto-Lei acima mencionado, prevalecendo, assim, a liberdade contratual no que alude aos contratos internacionais de compra e venda para pagamento em moeda estrangeira.

Dessa forma, em se tratando de contrato de compra e venda internacional, estão as partes autorizadas a con-

tratar o pagamento em moeda que não seja a nacional. Por outro lado, o dispositivo legal não estabelece distinções, ou seja, o pagamento poderá ser feito em moeda do país vendedor ou do país comprador, e também, poderá ser em moeda de um terceiro país. Portanto, se uma empresa brasileira contrata a venda de mercadorias com uma empresa alemã, o pagamento do preço poderá ser estipulado, tanto em reais, como em marcos alemães, ou em euro ou dólar, tendo em vista a liberdade prevista no Decreto-Lei n. 857/69 (BRASIL, 2002, p. 589); não se caracterizando a nulidade da cláusula que prevê a forma de pagamento.

Conclusões

1. O contrato é ato jurídico por excelência, implicando na criação de uma norma jurídica particular (possibilidade de se criar normas dentro do sistema), uma vez que é, substancialmente, constituído pela vontade à que se adicionam efeitos.

2. O princípio da autonomia da vontade teve seu

O conceito de nacionalidade se traduz num vínculo jurídico e político entre o Estado soberano e o indivíduo que integra a comunidade estatal.

ápice nos séculos XVII e XIX, por meio dos ensinamentos trazidos pelas obras de Demolombe e Laurent, chegando-se ao exagero de deixar, a critério das partes, a escolha do direito a ser observado em questão de direito internacional privado.

3. Tendo em vista o cenário globalizado, sem fronteiras, impossível imaginar o comércio e as relações econômicas internacionais, sem a sua submissão às exigências instrumentais que se vinculam ao sabor dos pactos e convenções. São, portanto, os contratos internacionais, o motor, no sentido estrito do comércio internacional.

4. Os contratos internacionais implicam, também, num acordo de vontades; no entanto, esse instrumento se apresenta de forma distinta em relação ao contrato interno, tendo em vista um elemento denominado estrangeidade, pois, os contratos internacionais, encontram-se vinculados a dois ou mais sistemas jurídicos.

5. A formação dos contratos internacionais não difere dos contratos internos quanto à sua essência propriamente dita, especificamente em relação à figura da oferta e aceitação, pois, como todo negócio bilateral, dependem de um acordo de vontade entre as partes.

6. O problema ínsito a todo contrato é a questão da norma aplicável. Daí a importância do Direito Internacional Privado, na solução de problemas relacionados aos contratos internacionais privados, de natureza comercial, para a indicação dos direitos que deverão ser aplicados a cada caso.

7. Os instrumentos utilizados para a solução de conflitos, em matéria de contratos internacionais, prevêem a hipótese de se escolher a lei aplicável, tendo por base os elementos e regras de conexão.

8. Analisando-se o direito comparado, este informa que determinados elementos de conexão são idênticos ou similares entre si em um considerável número de países (território, nacionalidade, domicílio).

9. Em se tratando de pessoa física, é de fundamental importância a análise da personalidade, como aptidão para adquirir direitos. Portanto, a personalidade é pressuposto e ponto de apoio de todos os direitos e obrigações.

10. No que tange às convenções internacionais, tem-se verificado que o princípio da nacionalidade, como elemento de conexão, perdeu importância, contudo não foi abolido totalmente e, muito menos substituído pelo domicílio ou residência. No entanto, esse elemento de conexão no direito internacional privado, deverá ser levado em consideração na medida em que uma pessoa possua mais de uma nacionalidade.

11. O Direito Brasileiro, adotou a territorialidade moderada como elemento de conexão, em face dos preceitos contidos nos artigos 7º a 15 da Lei de introdução ao Código Civil (BRASIL, 2002, p. 3-6).

12. As cláusulas que integram os contratos internacionais de compra e venda apresentam denominadas regras de interpretação que são os INCOTERMS.

13. O objeto fundamental dos INCOTERMS é disciplinar regras internacionais, de natureza facultativa, precisando a interpretação dos principais termos utilizados nos contratos de venda com o estrangeiro.

14. Quanto à figura do contrato de compra e venda internacional, o Decreto-Lei nº 857, de 11 de setembro 1969 (BRASIL, 2002, p. 589) - recepcionado pela Constituição Federal de 1988) - não proíbe às partes contratantes a estipulação do pagamento em moeda estrangeira, no entanto, o mesmo diploma legal, fulmina de nulidade os contratos, títulos e quaisquer documentos, desde que executáveis no território brasileiro, que estabeleçam o pagamento em moeda diversa daquela adotada na República Federativa do Brasil.

NOTAS

¹ Esta tese voluntarista afirma que há um aspecto fundamental, que é a vontade, que não pode ser modificada porque é autônoma. Contudo podemos advertir que a vontade não é um fenômeno real, porque, desde a sua formação, está infiltrada de regulamentações jurídicas que lhe dão um sentido. Estas normas modificam AB INITIO a presumida autonomia da vontade e são intervencionistas.

² “ De nossa parte podemos conceituá-lo como o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito” . (MONTEIRO, 1985) . Por essa definição percebe-se, para logo, a natureza e a essência do contrato, para sua validade, em consonância com o art. 82, do Código Civil, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita e não defesa em lei

³ O complexo de poderes enfeixados no princípio da liberdade de contratar vem perdendo a elasticidade original. A evolução do direito desenrola-se flagrantemente na direção oposta às teses do individualismo jurídico. Compreende-se . A regra da autonomia da vontade representa menos um princípio do que uma política negativa, de abstenção, de não intervenção. Corresponde, no plano jurídico, à concepção liberal do Estado. O movimento de reação às conseqüências dessa filosofia irradiou-se com tamanha veemência, que ninguém mais defende a conservação de suas primeiras concepções. O sentido novo a dos seus postulados fundamentais precisa, assim, ser fixado, para uma definição precisa das atuais matrizes filosóficas do direito contratual. O sentido da evolução ainda não foi apontado com segurança. Seria prematuro afirmar-se que o princípio da autonomia da vontade será eliminado, ou tão restringido que a liberdade de contratar se reduz a

escolha do tipo contratual definido na lei, com todos os efeitos regulados imperativamente. Em vez de especular sobre a sua sorte ou a respeito da evolução do direito das obrigações, mais vale, para não fugir à realidade, enunciar os processos técnicos que o direito positivo da atualidade utiliza para evitar ou coibir as consequências inadmissíveis da aplicação dos dogmas individualistas em sua pureza original. Esses meios técnicos são: 1º) a conversão de leis supletivas em leis imperativas; 2º) o controle da atividade de certas empresas; 3º) a discussão cooperativa (GOMES, 1990, p. 27).

⁴ De acordo com MOREIRA NETO (1995, p. 219.) “Não por outro motivo, os recursos básicos das economias deixam de ser o capital, a terra e o trabalho, como no ensinamento da economia clássica, para ser o conhecimento: o seu acesso e a capacidade de utilizá-lo na produção, transformação, circulação, distribuição e consumo das riquezas nas sociedades contemporâneas em rápida transformação.”

⁵ Para Rodas (1995, p. 10-11), in *verbis*: “Dessa forma é problema ínsito a todo o contrato internacional, a questão do direito aplicável. Nesse particular, duas tendências se divisam. Aqueles que, objetivando manter a unidade contratual e o espírito do direito a ser aplicado, pugnam pelo sistema unitário. E os outros que, se apegando a um realismo aceitam que o contrato internacional seja regido por uma de um sistema jurídico. A verdade é que, mesmo o sistema unitarista, como exemplificativamente NIBOYET, viram-se forçados a reduzir a unificação ao fundo do contrato, deixando eventualmente para outros direitos a regência da capacidade e da forma. Os partidários da pluralidade regencial aceitam ademais a *depeçage* ou *morcellement*., da substância ou fundo contratual com a consequente aplicação de vários direitos.”

⁶ Para ROCHA (1986, p.98-99), in *verbis*: “Nas relações internacionais o problema da personalidade provoca questão fundamental: a pessoa (ente humano ou não) que tenha determinada personalidade, de acordo com um Direito, deve ou não continuar a tê-la se ultrapassa as fronteiras do seu país de origem? Isso é, se um brasileiro, que, por exemplo, é maior, em seu país, porque já atingiu 21 anos de idade, deve ou não continuar maior se estiver na Dinamarca, onde a maioridade só se atinge aos 25 anos? É evidente que essa disparidade de tratamento é uma consequência da autonomia das várias jurisdições, que podem determinar atribuição de personalidade por critérios próprios e autônomos. Por isso mesmo, não passa de idealismo a preocupação de encontrar norma única para a questão. Isto é, ter ou não ter determinado direito, ser maior ou ser menor, poder ou não adquirir direitos, tudo isso depende, sempre e inevitavelmente, da lei do país onde se discutir o problema. Não há na verdade, possibilidade jurídica de identificação dos direitos da personalidade. Cada ente humano terá personalidade na medida em que esta lhe for concedida no país onde se encontre. É óbvio, porém, que essa realidade não implica na eliminação dos esforços e das conquistas político-internacionais que vêm resultando na adoção em muitos países, de normas idênticas sobre o reconhecimento da personalidade do ente humano. É inegável que, cada vez mais, se vá procurando fazer com que, em todos os países: a) a todo ente humano se qualifique de pessoa; b) que a todo ente humano se concedam direitos o mais possível idênticos.”

⁷ Para Rechsteiner (1996, p. 128), in *verbis*: “Quanto à questão prévia, implica afirmar que o juiz não pode apreciar a questão jurídica principal sem ter-se pronunciado anteriormente à respeito de uma outra que, pela lógica, a precede. Vale dizer, o julgamento da questão jurídica principal pelo

magistrado, está diretamente condicionada à sua decisão anterior. Cita-se como exemplo, o caso do de cujus que teve o seu último domicílio no estrangeiro e deixou um filho cuja qualidade como tal é juridicamente duvidosa, é necessário avaliar, em primeiro lugar, a sua capacidade para suceder-lo. Tão somente quando definida a sua qualidade de filho nos termos da lei será possível ao juiz decidir a questão jurídica principal, que é a da sucessão do de cujus”. A questão prévia, na prática, causa dificuldades, principalmente para o juiz, quando o direito estrangeiro for aplicável à questão jurídica principal, conforme as normas de direito internacional privado da *lex fori*.

⁸ A convenção de Direito Internacional Privado dos Estados Americanos - Código de Bustamante, Havana, 1928, promulgada pelo Brasil, em 13 de agosto de 1929, pelo Decreto n. 18.871, determina em seu artigo 7º: “Cada Estado contratante aplicará como leis pessoais as do domicílio, as da nacionalidade ou as que tenha adotado ou adote no futuro a sua legislação interna.”

⁹ (REZEK 1991, p. 180), in *verbis*: “Todo o substrato social e histórico do instituto da nacionalidade tende a apontar, de modo inequívoco, apenas o ser humano como titular. É por extensão que se usa falar em nacionalidade das pessoas jurídicas, a até mesmo em nacionalidade de coisas. No primeiro caso não há como negar valor jurídico ao vínculo, sem embargo de que fundado quase sempre na mera consideração da sede social ou do lugar de fundação da empresa. No segundo, o uso do termo nacionalidade não excede à metáfora. Assim, a constância com que ouvimos referência a aviões brasileiros ou a sociedades brasileiras de capital aberto, dotado de amplo lastro na historiadas sociedades humanas, com mera sujeição de ordem administrativa, mutável ao sabor da compra e venda.”

¹⁰ Veja-se a propósito Estados que adotam o critério do *jus sanguinis*. Aos descendentes dos seus nacionais será atribuída a nacionalidade em face do vínculo sanguíneo, e por outro lado, ser-lhe-á conferida a nacionalidade do Estado onde nasceu, pelo critério do *jus soli*. Com exemplo clássico, tem-se a figura de um ex-governador do Estado de São Paulo, que adquiriu a nacionalidade italiana, pelo fato do seu genitor ser um nacional italiano, o que vem a configurar um conflito positivo de nacionalidade, uma vez que, o Brasil e a Itália o reconhecem como nacional

¹¹ Bastos (1990, p. 2-3) “A qualificação internacional que aparece na expressão contrato de compra e venda internacional merece uma atenção mais detida. A compra e venda não se rege por um direito internacional propriamente dito. A palavra internacional quando conjugada com a palavra direito pode ter na verdade duas significações. Quando ela surge na expressão direito internacional público, significa um conjunto de normas não emanadas exclusivamente de um só Estado, mas que formam um corpo de preceitos que regem a convivência internacional. Contudo, essa lei regula o relacionamento entre os Estados quando no exercício de seus poderes soberanos. Daí porque, mesmo na hipótese de uma compra e venda entre Estados, ela não é regida pelo direito internacional público. Na compra e venda, os Estados abdicam de sua condição de pessoas soberanas, para se colocarem numa posição de contratantes comuns, equiparados aos particulares. É certo, todavia, que os Estados podem invocar certas prerrogativas que decorrem do direito internacional público, como, por exemplo, algumas imunidades de que estão investidos.

Contudo, não há dúvida de que inexistente um contrato de compra e venda regido pelo direito internacional, como de resto não existe nenhuma modalidade contratual submetida a tal ordem jurídica. Quando conectada à expressão direito privado, a palavra internacional significa algo bastante diverso. A primeira observação que se impõe é que o assim chamado direito internacional privado é um direito nacional, criado por um Estado, para ser aplicado internamente, e visa a disciplinar os conflitos de leis. Daí porque em alguns países o direito internacional privado é chamado de conflict of law. E é internacional porque visa determinar qual o direito aplicável quando há mais de um ordenamento estatal em condições de ser aplicado à espécie. Portanto, o contrato internacional é sempre regulado por uma lei nacional – e não internacional – determinada a partir dos critérios fornecidos pelo direito internacional privado.”

¹² FILKESTEIN, Cláudio. Aula ministrada junto à disciplina de Direito das relações Econômicas Internacionais, no curso de Pós Graduação da PUC-SP em 06 mar. 2001.

¹³ Strenger (1992,p. 261), in verbis: “O objeto fundamental dos INCOTERMS, em inglês conhecido como *International rules for interpretation of trade terms, ou em português, Regras Internacionais para a Interpretação de Termos Comerciais*, é disciplinar regras internacionais, de natureza facultativa, precisando a interpretação dos principais termos utilizados, nos contratos de venda com o estrangeiro. Seu escopo principal é harmonizar os negócios internacionais, dando aos seus partícipes maior solidez relativamente aos diferentes entraves que surgem inevitavelmente no processo comercial. Apoiados nessas regras, de caráter uniformizador, os comerciantes não só impõem às suas atividades maior segurança, como evitam as incertezas decorrentes das diversidades sistemáticas dos diferentes países. Assim, para possibilitar aos comerciantes sanear ou evitar tais dificuldades, a Câmara de Comércio Internacional de Paris publicou, em 1936, regras internacionais para interpretação dos termos comerciais conhecidos pela denominação INCOTERMS 1936, depois revisadas, e chamadas até os nossos dias de INCOTERMS 1953. Entretanto, com a evolução e a prática do comércio internacional, foram aparecendo várias dificuldades, principalmente nas relações entre importadores e exportadores, devidas na sua maior parte à incerteza concernente à lei nacional aplicável ao contrato, à diversidade de interpretações e à insuficiência de dados informativos, que o emprego dos INCOTERMS conseguiu grandemente reduzir. Ao elaborar essa série de regras, o Comitê de Termos Comerciais da Câmara inspirou-se nos seguintes princípios fundamentais: a) as regras visam a definir, com o máximo de precisão, as obrigações das partes; b) essas regras foram estabelecidas segundo práticas as mais correntes do comércio

internacional, a fim de que pudessem ser adotadas pelo maior número possível.”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro ; KISS, Eduardo Amaral Gurgel. *Contratos internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. *Código Civil*. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 53.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 27.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

CASTRO, Amílcar de Castro. *Direito Internacional privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

ENGELBERG, Esther. *Contratos internacionais do comércio*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1997.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. MERCOSUL – Minimalismo e Metaconstitucionalismo. *Revista de informação legislativa*. Brasília, ano 32, n. 128, out./dez. 1995.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROCHA, Osires. *Curso de direito internacional privado*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

RODAS, João Grandino. *Contratos Internacionais: elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

O DISCURSO JURÍDICO ATRAVÉS DO DISCURSO POÉTICO

Antonio Vicente Seraphim Pietroforte*



Abstract

The legal speech is normally understood as the one that is made through legislative codes, theses and comments on legal doctrine, etc. Many speech and textual ways are recognized by social and legal connotations as well. In general, they are characterized by the thematic treatment they give to Law issues and its applications. Nevertheless, beside them, there are other kinds of speeches, such as the scientific and the poetic ones, which give themes to the Law in a different way. As enunciation products, both legal and poetic speeches are subordinate to the same speech mechanisms. However, through different speech strategies, each one of them gives themes to the Law in a particular way. In this paper, we analyze these specificities and discuss how a poetic speech, in this case the song *Hino de Duran*, by Chico Buarque de Holanda, can give theme to the legal speech.

Keywords

Speech analysis, semiotic, enunciation, poetic speech, legal speech.

Resumo

O discurso jurídico, comumente, é entendido como aquele que se realiza por meio de códigos legislativos, de teses e comentários sobre a doutrina jurídica, etc. Enfim, há uma série de formas discursivas e textuais que são reconhecidas, por meio de conotações sociais, como propriamente jurídicas. Elas são caracterizadas, em geral, pelo tratamento temático que dão às questões da lei e de sua aplicação. No entanto, ao lado delas, há outros tipos de discurso, como o científico e o poético, por exemplo, que tematizam a lei de modo diferente.

Como produtos da enunciação, tanto o discurso jurídico quanto o discurso poético estão subordinados aos mesmos mecanismos discursivos, contudo, por meio de estratégias discursivas diferentes, cada um deles tematiza as questões da lei de um modo particular. Analisando essas especificidades, em nosso trabalho tratamos de como um discurso poético, no caso a canção *Hino de Duran*, de Chico Buarque de Holanda, tematiza o discurso jurídico.

Palavras-chave

Análise do discurso, semiótica, enunciação, discurso poético, discurso jurídico.

* Antonio Vicente Pietroforte é professor do Departamento de Linguística da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo e professor da Faculdade de Tradução da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha. É bacharel em Linguística e Língua Portuguesa pela FFLCH-USP e mestre e doutor em Semiótica pela FFLCH-USP.

Essa vivência de uma nova ordem durante a temporalidade da fruição artística não é algo alienante, mas, ao contrário, altamente revolucionário, porque indica ao homem que a alteração do que é estabelecido pode ser feita. (José Luiz Fiorin)

A palavra *através*, em língua portuguesa, muitas vezes é utilizada quando se deveria, de acordo com as normas gramaticais, utilizar a locução *por meio de*. Não se ganha o pão *através* do trabalho, mas *por meio dele*. *Através* quer dizer *por entre, pelo centro de*, de modo que se vê *através* da janela e nada-se *através* de águas caudalosas, e não *por meio delas*.

Assim, no título deste trabalho, pode haver um erro de português, já que se trata de estudar o discurso jurídico por meio de uma referência que se faz a ele em um discurso poético. No entanto, embora a análise realize-se por meio do poético, pois ela parte da poesia para o estudo do direito, o discurso jurídico está presente por entre as tematizações do texto poético, ou seja, *através dele*.

É com esse mesmo sentido que Luiz Tatit utiliza a palavra *através* no título de seu trabalho *Análise semiótica através das letras* (TATIT, 2001). Por meio de letras de canções da música popular brasileira, o autor apresenta a semiótica *através delas*:

Esperamos, assim, que os conceitos possam emergir da atividade descritiva como uma necessidade inerente ao trabalho reflexivo. Daí o emprego próprio, no título deste volume, da expressão “através das letras”. Tudo ocorre como se as noções técnicas surgissem das entranhas do corpus, atravessassem seus estratos de sentido e se projetassem a um quadro teórico que vai se constituindo gradativamente. (TATIT, 2001)

O texto poético com o qual vamos ilustrar nosso trabalho também é uma letra de canção. Trata-se do *Hino de Duran*, de Chico Buarque de Holanda:

Se tu falas muitas palavras sutis
E gostas de senhas, sussurros, ardis
A lei tem ouvidos pra te delatar
Nas pedras do teu próprio lar

Se trazes no bolso a contravenção
Muambas, baganas e nem um tostão
A lei te vigia, bandido infeliz
Com seus olhos de raio X

Se vives nas sombras, freqüentas porões
Se tramas assaltos ou revoluções
A lei te procura amanhã de manhã
Com seu faro de dobermann

E se definitivamente a sociedade só te
Tem desprezo e horror

E mesmo nas galeras és nocivo, és um
Estorvo, és um tumor
A lei fecha o livro, te pregam na cruz
Depois chamam os urubus

Se pensas que burlas as normas penais
Insuflas, agitas e gritas demais
A lei logo vai te abraçar, infrator
Com seus braços de estivador

Se pensas que pensas etc.
(BUARQUE, 1989, p. 177)

Essa canção faz parte do texto da *Ópera do malandro*. Ela é a primeira canção depois da abertura e quem a canta é a personagem Fernandes de Duran. No encarte da gravação das músicas da peça, que acompanha o LP, lançado em 1979, Duran é descrito como um cidadão “zeloso da lei”, que “todas as manhãs exercita o seu hino, dura advertência aos contraventores do mundo inteiro”. No entanto, Duran, junto com sua esposa Vitória Régia, dirige uma rede de bordéis de alto meretrício e, durante a peça, corrompe os representantes da lei por meio de chantagem.

Zelar quer dizer tratar com cuidado, administrar diligentemente, mas também quer dizer vigiar com interesse. Duran zela pela lei neste último sentido, ele interessa-se por ela enquanto pode administrá-la a favor de seus próprios interesses. Trata-se, portanto, de um criminoso. Ironicamente, é ele quem canta um hino cujo tema é uma lei imperativa e infalível que, por deixá-lo impune, mostra-se, ao contrário do que pretende seu cantor, frouxa e falível.

Duran, porém, não está fora da lei, mas pretende-se acima dela, já que a pode administrar. No texto da ópera, Duran extorque o inspetor Chaves quando descobre que ele e Max Overseas, inimigo público nº 1, são amigos. Desse modo, às escondidas, Max e Chaves agem por baixo da lei. Assim, como o próprio executor da lei já não a cumpre, ele pode ser chantageado fora dela ou, como pretende Duran, acima.

Por meio dessa trama, o texto de Chico Buarque nos conta uma estória em que o importante é antes como colocar-se diante da lei do que necessariamente respeitá-la. Isso é dito, pelo menos, de dois modos no *Hino de Duran*: um é citando a lei, sua extensão e seus castigos; outro é mostrando a conduta das personagens diante dela, ou seja, a práxis social. Assim, sistema judicial e conduta social são colocados lado a lado, mostrando que, antes do cumprimento da lei, o que ocorre é sua manipulação.

O *Hino de Duran*, no entanto, discute o direito em um discurso poético, o que, aparentemente, pode colocar sob suspeita uma discussão sobre o discurso jurídico. Pode-se argumentar que o poético apresenta em seu discurso um tom subjetivo, que

deve ser descartado quando se trata de uma reflexão sobre a objetividade das leis. O discurso poético, porém, tem a propriedade de complexificar tópicos que, em outros discursos, tendem a ser tratados com mais unilateralidade, de modo que, ao lado de seu tom subjetivo, há uma objetividade poética que pode focar detalhes que uma discussão doutrinária sobre as leis tende, muitas vezes, a nem sequer tocar. Portanto, é com essa objetividade do discurso poético que vamos estudar o discurso jurídico.

A análise do discurso

Um dos textos clássicos da lingüística geral é *Os níveis de análise lingüística*, de Émile Benveniste (BENVENISTE, 1979, p. 127-140). Nele, seu autor discute a postura científica de um estudioso da linguagem que, frente a um objeto complexo como o seu, vê-se obrigado a estudar suas partes sem descuidar da compreensão do todo.

Partindo do ponto de vista proposto por Ferdinand de Saussure (SAUSSURE, 1969), É. Benveniste analisa a língua como sistema, ou seja, como uma rede de elementos relacionados entre si. Nesse sistema, é possível isolar níveis de análise, de modo que uma língua pode ser estudada em seu nível fonológico, morfológico, lexical e sintático. Analisando as propriedades de cada nível e como eles estão integrados entre si, é possível deter-se nas partes sem descuidar-se do todo e fazer uma descrição da rede de relações que forma o sistema lingüístico.

Além de descrever essa dimensão sistemática da língua, Benveniste chama a atenção para a sua dimensão discursiva. Quando analisa o estatuto lingüístico da frase, Benveniste estabelece que:

A frase, criação indefinida, variedade sem limite, é a própria vida da linguagem em ação. Concluímos que se deixa com a frase o domínio da língua como sistema de signos e se entra num outro universo, o da língua como instrumento de comunicação, cuja expressão é o discurso. (BENVENISTE, 1979, p. 139)

Eis aí verdadeiramente dois universos diferentes, embora abarquem a mesma realidade, e possibilitem duas lingüísticas diferentes, embora os seus caminhos se cruzem a todo instante. Há de um lado a língua, conjunto de signos formais, destacados pelos procedimentos rigorosos, escalonados por classes, combinados em estruturas e em sistemas; de outro, a manifestação da língua na comunicação viva.

O que se chama de análise do discurso vem a ser, justamente, o estudo dessa dimensão discursiva a que se refere É. Benveniste. Um dos tópicos dessa teoria diz respeito à tipologia dos dis-

cursos, classificando-os, de acordo com suas conotações sociais, em discursos políticos, científicos, religiosos, jurídicos, etc.

Desse modo, separando sistema de discurso, evidencia-se o fato de que o conhecimento do sistema lingüístico não garante a compreensão de sua realização discursiva. Deve-se conhecer, além do sistema, os procedimentos de cada tipo de discurso para garantir a eficácia de uma comunicação lingüística. Isso quer dizer que, por exemplo, não basta saber o Português para que se possa compreender um tratado científico realizado nessa língua. Deve-se saber, também, quais são os procedimentos discursivos que definem e constroem um discurso científico. O mesmo se dá com os discursos jurídicos e poéticos, de modo que um bacharel em direito é diferente de um bacharel em letras, pelo menos, pelo foco de seus estudos em relação a esses dois últimos tipos.

No entanto, a análise do discurso, ao lado de seus estudos tipológicos, trabalha na elaboração de modelos teóricos capazes de descrever a produção discursiva como processo lingüístico, independentemente do tipo de discurso realizado. Estuda-se, assim, o tópico da enunciação.

A realização lingüística dá-se por meio de uma enunciação, em que há um enunciador que constrói seu enunciado em relação a um enunciatário. Assim, define-se a instância de enunciação entre duas relações: a relação enunciador-enunciatário, que se refere aos sujeitos da enunciação; e a relação enunciação-enunciado, cujos termos se referem, respectivamente, à produção discursiva e ao seu resultado, o enunciado produzido.

De acordo com a teoria semiótica dita greimasiana, na instância da enunciação define-se um nível discursivo de produção do sentido, que pode ser formalizado em termos de uma sintaxe e de uma semântica. Na sintaxe discursiva descrevem-se os mecanismos de colocação em discurso das categorias de pessoa, tempo e espaço, e, na semântica discursiva, os mecanismos de colocação em discurso de temas e figuras.

Vamos exemplificar o tópico da enunciação com a fábula de La Fontaine *O Asno carregado de relíquias*, traduzida por Ferreira Gullar:

Um asno, de relíquias carregado,
Vendo que se faziam reverências
Quando passava,
Julgou-se ele o reverenciado.

Por que iriam reverenciá-lo
Já que não merecia a distinção?
Mas isso o Asno não se perguntava.
Seguia em frente, todo presunção.

Até que um cidadão que ali passava
Fê-lo voltar ao bom senso:

- Lembre, seu Asno, que a vaidade cega.
Não é para o senhor que queimam incenso,
Mas para essas relíquias que carrega.

Também ao mau juiz não se respeita,
e sim, somente, à toga que o enfeita.
(GULLAR, 1999, p. 15)

Na sintaxe discursiva desse texto encontram-se os dois processos básicos de enunciação. Em um primeiro momento, o discurso é colocado em terceira pessoa: há um asno, carregado de relíquias, que caminha entre algumas pessoas, de modo que, nesse tipo de enunciação, o enunciador e o enunciatário não aparecem explicitados no enunciado. A categoria de tempo determina uma concomitância em relação a uma referência de tempo colocada no passado, que pode ser verificada nos usos dos pretéritos perfeito e imperfeito, e a categoria de espaço referencializa um lugar qualquer, por onde o asno “segue em frente, todo presunção”.

Em um segundo momento, quando um cidadão repreende o asno, há uma enunciação em que o enunciador e o enunciatário são explicitados. Em “Lembre, seu Asno, que a vaidade cega”, é um discurso construído em primeira pessoa, nele há um eu, responsável pela fala do cidadão, e um tu, marcado pelo vocativo “seu asno” e pelo pronomes de tratamento “senhor”. A categoria de tempo determina uma concomitância em relação a uma referência de tempo colocada no presente, que pode ser verificada no uso do presente do indicativo dos verbos “queimar” e “carregar”, e a categoria de espaço referencializa o lugar do enunciatário, que pode ser verificado no uso do pronome demonstrativo “essas”.

Desse modo, no enunciado, o enunciador e o enunciatário ou aparecem marcados em um discurso construído em primeira pessoa, mostrando no enunciado o processo de enunciação, ou eles aparecem implícitos, em um discurso construído em terceira pessoa. Em cada caso, a colocação de pessoa está condicionada às colocações das categorias de tempo e de espaço.

A formalização teórica desses procedimentos dá conta de descrever estratégias de persuasão discursiva. Um discurso em primeira pessoa gera um efeito de sentido de subjetividade, contrariamente àqueles construídos em terceira pessoa, dotados do efeito de objetividade. Entre outros recursos, é esse um que diferencia uma carta de amor de um artigo científico.

No texto de La Fontaine encontram-se também os dois procedimentos básicos da semântica discursiva: a discursivização de um tema e o seu

recobrimento por figuras. Chamam-se figuras os elementos da semântica discursiva que se relacionam com elementos do mundo natural. O asno, o cidadão e as relíquias são exemplos de figuras do discurso. Essas figuras, no entanto, só fazem sentido em relação a, pelo menos, um tema responsável pela sua orientação. No caso dessa fábula, a estória do asno e de suas relíquias só faz sentido em relação ao tema das relações sociais e da construção de símbolos de poder. O texto *A eficácia simbólica*, de Claude Lévi-Strauss (LÉVI-STRAUSS, 1885, p. 215-236), aborda o mesmo tema, no entanto, ele não é recoberto por figuras, ele é tratado de forma abstrata e conceitual.

Assim, há discursos figurativos, como o da fábula em questão, e discursos temáticos, que são aqueles em que apenas o tema é lexicalizado. Os mitos, os romances e as parábolas religiosas são discursos figurativos, já os códigos legais e os tratados científicos e filosóficos são discursos temáticos.

Separando no discurso uma sintaxe e uma semântica, é possível determinar, com mais precisão, as relações entre linguagem e ideologia. A sintaxe do discurso é de ordem relacional (FIORIN, 1989, p. 18), nela podem-se determinar os mecanismos de colocação das categorias de pessoa, tempo e espaço, mas não é possível verificar, nessas relações, investimentos ideológicos. Em épocas de eleições, os candidatos, independentemente das ideologias defendidas em suas campanhas, constroem discursos enunciados tanto em primeira quanto em terceira pessoas. Esses mecanismos sintáticos garantem apenas os efeitos de sentido de subjetividade e de objetividade investidos nos enunciados produzidos, de modo que nada dizem a respeito a vinculações a ideologias de esquerda ou de direita por parte dos pretendentes aos cargos políticos.

Em termos de semântica discursiva, porém, já é possível encontrar conteúdos ideológicos. No nível das figuras, esses conteúdos só são identificados na medida em que as figuras têm orientações temáticas, por isso, é na tematização que a ideologia pode ser estudada. Assim, é no modo de orientar o tema que um discurso pode ser considerado como justificando valores em um ponto de vista ideológico qualquer.

Um tema, entretanto, não se constrói sozinho, ele é o resultado de uma tensão dialética. Sempre há, na discursivização de um tema, uma polêmica discursiva responsável pela sua definição. No caso da fábula, o tema da eficácia simbólica dos valores sociais é definido entre, no mínimo, dois discursos contrários: um que cuida em afirmar a certeza da credibilidade nesses valores, figurativizado pela atitude do asno; e um que cuida de afirmar a probabilidade

de de se acreditar neles, figurativizado pela repreenda do cidadão.

Na estória d' *O Asno carregado de relíquias*, a afirmação da desconfiança sobre tais valores prevalece sobre a afirmação de sua certeza, o que pode ser verificado no julgamento negativo dado às atitudes do protagonista e ao alerta da moral "também ao mau juiz não se respeita, e sim, somente, à toga que o enfeita". Desse modo, em todo enunciado há uma interdiscursividade, o que quer dizer que um discurso, em suas afirmações e negações, sempre cita outro discurso.

Nesse processo interdiscursivo, o discurso citado pode ou não aparecer explicitado. Assim, há enunciados ditos monofônicos, que são aqueles que camuflam a interdiscursividade, e enunciados ditos polifônicos, que são aqueles que a expõe. Há estratégias discursivas para garantir esses dois procedimentos. Uma forma de esconder monofonicamente, por exemplo, é apagar as referências a outros discursos ou citá-las somente de acordo com o ponto de vista afirmado. Outra é, em uma enunciação em terceira pessoa, ocultar o papel social do enunciador e apresentar o enunciado na forma de uma afirmação consensual. Contrariamente, uma forma de explicitar a interdiscursividade é, por meio da ironia, afirmar no enunciado e negar na enunciação.

O discurso jurídico e o Hino de Duran

Voltando aos discursos jurídicos e poéticos, podem-se verificar, à luz de alguns dos tópicos da análise do discurso apresentados, as suas diferenças e semelhanças enquanto formas distintas de discursos sociais. Enquanto realizações discursivas, ambos estão subordinados aos mecanismos que fazem funcionar o aparelho formal da enunciação, de modo que, uma forma de distingui-los, é verificar os usos que cada um faz desse mesmo aparelho formal e os seus respectivos efeitos de sentido.

Vamos comparar o enunciado deste trecho da Constituição Federal do Brasil com o do *Hino de Duran*:

Constituição Federal
Título VII
Da ordem econômica e financeira
Capítulo III
Da política agrícola e fundiário e da reforma agrária

Art.184 - Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte

anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.
§ 1º - As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º - O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º - Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º - O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º - São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

Art.185 - São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único - A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

Art.186 - A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;
II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.
(FRANCO; CARRAZZA, 1999, p. 88)

Como não se trata aqui de fazer uma análise do ponto de vista jurídico, mas discursivo do texto citado, vamos nos limitar a analisar, com mais atenção, este trecho do artigo 184:

Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

A sua análise sintática mostra que o sujeito do verbo *competir*, utilizado com o sentido de *ser da competência de*, é todo o restante do período composto, de modo que ele pode ser substituído pelo pronomine demonstrativo *isto* em “Isto compete à União”. No entanto, apesar de ocupar o lugar sintático do objeto indireto, o agente semântico da ação é o substantivo “União”.

União é um substantivo próprio, já que está escrito com letras maiúsculas. União, no caso, é sinônimo de federação, o que quer dizer que se trata do sujeito coletivo formado pelo povo brasileiro. Portanto, a palavra União está no lugar do pronome *nós*, mais adequado para representar a primeira pessoa no plural. No entanto, usar uma pessoa no lugar da outra, sem configurar um erro, mostra o uso de uma estratégia de persuasão discursiva.

Em termos de sintaxe discursiva, quando se usa a terceira pessoa no lugar da primeira, simula-se uma enunciação em terceira pessoa, em que tanto o enunciador quanto o enunciatário não são explicitados no enunciado. Essa estratégia de persuasão do discurso garante um efeito de sentido de objetividade, de modo que, aparentemente, pelo ocultamento dos sujeitos da enunciação, o que é dito ganha um estatuto de impessoalidade. Ora, parecer impessoal significa que há um apagamento dos traços que indicam o enunciador e o enunciatário, que, como sujeitos da enunciação, por sua vez, poderiam indicar os donos daquele discurso e mostrar os possíveis traços de subjetividade nele presentes. Isso faz com que a lei enunciada soe como se ela independesse daqueles que a enunciam, o que lhe garante um valor de transcendência em relação à práxis política responsável pela sua elaboração. Desse modo, a lei aparece como um correlato da justiça, que, miticamente, por pretender-se cega, é impessoal. Ao facilitar essa identificação entre a lei, produto da práxis social, com um conceito metafísico de justiça, por meio de uma enunciação em terceira pessoa, o discurso jurídico não se faz objetivo, mas gera um efeito de sentido de objetividade que oculta, por meio de uma estratégia discursiva, a sua subjetividade.

No que diz respeito ao tratamento dado ao tempo, é difícil não fazer uma digressão pela retórica antiga e mencionar, ainda que brevemente, as suas origens. Roland Barthes nos ensina que:

A retórica (como metalinguagem) nasceu do processo de propriedade. Por volta de 485 antes de J.C., dois tiranos sicilianos, Gelon e Hieron, fizeram deportações, transferências de população e expropriações, para povoar Siracusa e distribuir porções de terras aos mercenários; quando foram destronados por uma sublevação democrática e o povo quis voltar ao status ante quo, houve inúmeros

processos, pois os direitos de propriedade eram ainda bastante obscuros e confusos. Tais processos eram de um tipo novo: mobilizavam grandes júris populares, diante dos quais, para convencer, era necessário sobretudo ser “eloquente”. Essa eloquência, participando simultaneamente da democracia e da demagogia, do judiciário e do político (o que se chamou depois de deliberativo), transformou-se rapidamente em objeto de ensino. (COHEN, 1975, p. 151).

Em seu princípio, a retórica distinguia dois gêneros de discurso: o judiciário e o político ou deliberativo. Em relação ao tratamento dado ao tempo, o gênero judiciário é aquele que, em sua prática, reporta-se ao passado para nele buscar a relevância de suas colocações; já o gênero deliberativo, contrariamente, por tratar do aconselhamento a respeito das decisões a serem tomadas, dirige-se ao futuro.

No trecho do artigo 184 que se está analisando, o verbo *competir* está conjugado no presente do indicativo. Isso quer dizer que a referência temporal do discurso está marcando uma concomitância do tempo do enunciado em relação ao tempo da enunciação, de modo que, quando o texto do artigo é enunciado, há sempre uma presentificação da ação designada pelo verbo, o que garante a atualidade constante da lei apresentada.

Contudo, há também verbos no presente do subjuntivo, quando se trata de definir as propriedades do imóvel que se deve desapropriar, e no futuro do presente, quando se trata de definir a sua indenização.

No caso do presente do subjuntivo, ele está sendo usado para referencializar uma concomitância em relação ao verbo *competir* da oração principal, à qual ele está subordinado. Isso significa que o estado dessas propriedades está definido no mesmo presente referencializado por este verbo, o que ratifica a atualidade da lei sempre que uma propriedade se encontra nessas condições.

O futuro do presente, em português, pode referencializar tanto uma posterioridade em relação ao momento da enunciação enunciada, quanto uma concomitância que ainda irá se realizar em um futuro construído no enunciado. No caso do trecho do artigo 184, o seu segundo uso está colocado no lugar do primeiro, já que a referência temporal dada pelo verbo *competir*, por marcar uma concomitância do enunciado em relação à enunciação, referencializa o primeiro tipo de futuro. Quando o futuro do presente marca uma concomitância em relação ao futuro, ele referencializa um momento que se dará posteriormente ao momento da enunciação. Ele diz o que será feito depois, como no gênero deliberativo, dirigindo-se ao porvir.

Ora, quando referências temporais demarcam uma concomitância no futuro, o tempo do discurso torna-se o tempo do então, de modo que há um distanciamento dos fatos enunciados em relação ao seu enunciador. Em decorrência desse distanciamento temporal, gera-se um efeito de sentido, em relação ao tempo, semelhante àquele que decorre da enunciação em terceira pessoa. Tudo se passa como se aquilo que é enunciado independesse do ponto de vista do enunciador, já que os fatos narrados ainda acontecerão.

Também há verbos conjugados no presente do indicativo com a função de estabelecer identidades entre conceitos e suas respectivas definições, buscando, assim, uma precisão maior em relação aos significados dos termos definidos. Esse uso do presente é próprio das definições tomadas como verdades absolutas, afirmações como “a soma dos ângulos internos de um triângulo é 180°” ou “todo homem é mortal” são enunciadas no presente, o que garante a sua validade independentemente do momento da enunciação. Gera-se, assim, um efeito de sentido de que, sempre que enunciadas, tais *verdades* nunca percam tal estatuto veridictório.

O termo “União”, além de designar uma pessoa do discurso, designa também o seu espaço, quando é usado para englobar tanto o povo quanto o seu território. Trata-se, no caso, do território brasileiro como um todo, o que referencializa, espacialmente, um lugar do aqui. No entanto, por meio de adjetivos como *fundiário*, *agrário* e *rural*, demarca-se o lugar determinado para a aplicação da política prescrita como se ele fosse um lá, e não um aqui, o que faz com que o espaço colocado em discurso seja referencializado em um lugar demarcado fora da instância da enunciação. Se na colocação do tempo fica estabelecido um distanciamento temporal entre a enunciação e o enunciado, na colocação do espaço fica estabelecido um distanciamento espacial entre este e aquela, o que gera um efeito de sentido de que os fatos enunciados, por ficarem em outro lugar que não o do enunciador, apareçam no discurso independentemente de seu ponto de vista.

No que tange à sintaxe discursiva, esses procedimentos de enunciação de pessoa, tempo e

espaço garantem a eficácia persuasiva do discurso sem nada dizer a respeito de suas articulações ideológicas. Na análise de sua semântica, porém, isso já pode ser feito. Trata-se de um discurso temático, cujo tema é o da política agrícola e fundiária e da reforma agrária do Brasil. Ao longo do trecho citado, a questão político-jurídica tematizada surge como que resolvida, em um discurso em que, monofonicamente, ocultam-se os outros discursos entre os quais as questões desse tipo estão definidas.

Neste seu trecho, fica evidente, por meio do léxico utilizado, as relações políticas e econômicas que são tomadas como pressupostos para a aplicação jurídica: “*exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.*” Quanto se fala em *proprietário*, está implícita a ideologia capitalista da propriedade privada dos meios de produção, que, no campo, identifica-se com a posse da terra. Assim, a ideologia do capitalismo e da política de direita ocorrem no discurso, aparentemente, sem dialogar com as posições de esquerda em relação às quais elas estão definidas, tomando como ponto pacífico de discussão um tema que é, antes de mais nada, definido

A análise do discurso trabalha na elaboração de modelos teóricos capazes de descrever a produção discursiva como processo lingüístico, independentemente do tipo de discurso realizado.

em uma polêmica ideológica.

Desse modo, tanto em seus aspectos sintáticos quanto semânticos, o que se apresenta no discurso em questão é um efeito de sentido de objetividade e distanciamento jurídico e político em relação aos fatos enunciados, cuja função é antes esconder a subjetividade do que necessariamente opor-se a ela.

A enunciação do *Hino de Duran* é diferente. Como na letra da canção há uma reiteração de procedimentos discursivos semelhantes em cada uma de suas cinco estrofes, vamos citar somente a primeira para justificar nossas demonstrações:

Se tu falas muitas palavras sutis
E gostas de senhas, sussurros, ardis
A lei tem ouvidos pra te delatar
Nas pedras do teu próprio lar

A colocação de pessoa é feita em primeira pessoa, explicitando, assim, o enunciador e o enunciatário do discurso. O enunciador é Duran, apresentado no título da canção e no texto da ópera, enquanto que o enunciatário é qualquer um que

possa ser identificado, em seus termos, como um fora da lei. Quem são eles?

Estes são os enunciatórios do *Hino de Duran*, aqueles que respondem pelo “tu” de cada parte da canção:

Se tu falas muitas palavras sutis
E gostas de senhas, sussurros, ardis

Se trazes no bolso a contravenção
Muambas, baganas e nem um tostão

Se vives nas sombras, freqüentas porões
Se tramas assaltos ou revoluções

E se definitivamente a sociedade só te
Tem desprezo e horror
E mesmo nas galeras és nocivo, és um
Estorvo, és um tumor

Se pensas que burlas as normas penais
Insuflas, agitas e gritas demais

Ao longo do texto, esses foras da lei são descritos de forma heterogênea, ou seja, não há só um tipo de bandido descrito nas diferentes estrofes, mas descrevem-se, pelo menos, dois tipos diferentes. As senhas, os sussurros, os ardis, enfim, todos os modos de expressão velada descritos no texto então em função de tramar assaltos e revoluções. Ora, uma revolução não é necessariamente um crime, caso contrário, todos seríamos criminosos enquanto produtos culturais tanto da Revolução Francesa quanto da Independência dos Estados Unidos da América. No caso específico da cultura brasileira, ninguém se imagina homenageando um criminoso no dia 21 de abril, que é como foi tratado, em sua época, nosso Martir da Independência. No entanto, qualquer lei de segurança nacional trata um revolucionário como um fora da lei. O bandido, no caso, não é simplesmente um ladrão, que viola o direito da propriedade privada, mas pode ser, também, todo aquele que se manifesta em uma posição que entra em desacordo com a lei que garante a vigência de uma política econômica qualquer.

Além dessa complexificação no que diz respeito à definição de um fora da lei, há uma concessão, no que tange à sua aplicação, quanto a esse tipo de bandido ou revolucionário, que é colocada nos versos “Se trazes no bolso a contravenção / Muambas, baganas e nem um tostão”. Quem traz os seus tostões está acima da lei, já que escapa dos seus olhos de raio X. Assim, ao lado do conceito de crime, há uma observação a respeito da pertinência da posição social dos infratores, em relação à impunidade, quando se trata de fazer valer as normas penais.

Há mais uma pessoa colocada em discurso que se deve analisar com atenção, trata-se da *lei*.

A *lei* é invocada com o papel de vigiar e punir todos os bandidos avisados por Duran, portanto, ela assume o papel de sancionar, positiva ou negativamente, o seu enunciatório.

A *lei* está colocada em discurso em terceira pessoa e na forma de um substantivo comum e abstrato. Contudo, no texto da ópera, a lei é figurativizada pelo inspetor Chaves que, por sua vez, é manipulado por Duran. Desse modo, o substantivo abstrato ganha, na encenação do texto, uma dimensão mais concreta na práxis social das personagens Chaves e Duran. O *Hino de Duran*, assim, é o hino da lei administrada por Duran e por todos aqueles que participam de seu círculo de corrupção. Ao que tudo indica, a *lei* é uma terceira pessoa usada no lugar da primeira, já que Duran participa da sua execução. Novamente, a terceira pessoa é usada para objetivizar, por meio de uma estratégia discursiva, uma subjetividade.

O tempo é o tempo do agora, pois, conjugados no presente do indicativo, os verbos referencializam uma concomitância entre enunciação e enunciado. O espaço, construído pela presentificação do enunciador e do enunciatório no enunciado, referencializa o espaço do aqui. Por isso, as colocações em discurso de tempo e de espaço aproximam a enunciação do enunciado, confirmando o efeito de sentido de subjetividade gerado pela colocação da categoria de pessoa já que, como ela, garantem uma aproximação entre essas duas instâncias do discurso.

Em termos semânticos, trata-se de um discurso figurativo. Quando um discurso figurativo é realizado, mais de um tema pode estar sendo recoberto por figuras. É o que geralmente acontece, por exemplo, nos discursos poéticos devido ao uso de metáforas e de palavras polissêmicas. Devido a essa pluralidade temática, pode parecer que o discurso poético seja difuso e que tenha sentido pouco definido, mas não é o que de fato acontece. Longe de ser indefinido e vago, o discurso poético, por ser plural, pode ser acusado de ter muitos sentidos, mas não de não tê-lo.

Esses sentidos, longe de ocorrerem em desordem, nos textos poéticos bem construídos apresentam-se bem ordenados no que diz respeito às relações entre temas e figuras.

Um bom exemplo dessa ordenação é esta outra canção de Chico Buarque de Holanda, *Rio 42*:

Se a guerra for declarada
Em pleno domingo de carnaval
Verás que um filho não foge à luta
Brasil, recruta o teu pessoal

Se a terra anda ameaçada
De se acabar numa explosão de sal
Se aliste, meu camarada
A gente vai salvar o nosso carnaval

Vai ter batalha de bombardino
A colombina na Cruz Vermelha
Vai ter centelha na batucada
Rajada de tamborim

A melindrosa mandando bala
O mestre-sala curvando a Europa
A tropa do general da banda
Dançando samba em Berlim

Se a guerra for declarada
A rapaziada ganha na moral
Se aliste, meu camarada
A gente vai salvar o nosso carnaval
(BUARQUE, 1989, p. 230)

Trata-se de um discurso figurativo em que, pelo menos, dois temas são recobertos por figuras. Um deles é o tema do carnaval, mais explícito; contudo, há também o tema da luta armada, construído pelas alegorias de uma colombina na cruz vermelha, de uma melindrosa mandando bala, de rajadas de tamborim e de batalhas de bombardino, que se referem tanto a um tema quanto ao outro. Assim, longe de ser confuso, o sentido de um discurso poético é complexo.

Em sua complexidade, um de seus temas pode ser isolado e analisado separadamente. Assim, embora o *Hino de Duran* possa recobrir outros temas com suas figuras, o tema enfocado neste estudo é o tema jurídico. Uma vez em nível temático, nada impede que o discurso jurídico seja estudado através de um discurso poético, já que, tanto em sua manifestação temática quanto figurativa, o que é pertinente é verificar o tratamento semântico dado ao tema jurídico ao lado das estratégias sintáticas que o realizam.

Na realização da canção no texto da *Ópera do malandro*, contrariamente ao trecho constitucional tomado como exemplo, há uma tematização dialógica do tema jurídico. Ao mostrar seu enunciador, antes de singularizar um comportamento em relação às leis próprio dele, o *Hino de Duran* mostra, como nas fábulas, um exemplo de comportamento que, longe de ser individual, só de Duran, é de todos os que agem como ele, ou seja, é da ordem da práxis social.

Nessa práxis, como nos mostra Duran e a *Ópera do malandro*, não é a aplicação da lei que funciona, mas sua manipulação. Ao mostrar o sujeito da enunciação na figura de Duran, mostra-se também como sua práxis social executa a lei encenando, no mínimo, um diálogo entre a sua prescrição, o que se deve fazer, e a liberdade de manipulá-la, o que se pode fazer. A prescrição está tematizada no enunciado do hino e, a liberdade de manipulá-la, no papel temático do enunciador, já que Duran fi-

gurativiza o papel do corrupto que, além da contração, traz no bolso muitos tostões.

O julgamento das leis

O que se pretende com o que foi dito? Substituir os códigos das leis por canções ou poemas? Claro que não. Evidentemente, cada discurso tem a sua pertinência no seio da práxis social, e não é de nossa alçada e nem de nossa vontade contestar a eficácia e a pertinência do discurso jurídico.

No entanto, as conotações sociais investidas em cada tipo de discurso, antes mesmo que ele se realize, já determinam valorizações que, à priori, já conduzem a sua interpretação. O discurso científico, por exemplo, tem um estatuto semiótico diferente do discurso religioso, já que há um consenso de que razão é científica, enquanto que a fé é própria da religião. A Física Moderna, no entanto, constrói o seu discurso em torno de um paradoxo parecido com os paradoxos religiosos. Quando se estuda algo que ora se comporta como onda e ora, como partícula, trata-se do estudo de uma complexidade, semelhante àquelas que aparecem nos mitos religiosos. Jesus, por exemplo, tem uma natureza humana e divina, ou seja, tem uma natureza complexa. Desse modo, é possível verificar que o consenso sobre a objetividade da ciência deve ser, no mínimo, considerado suspeito.

O discurso poético, a literatura, as artes, enfim, todas as formas de expressão artística gozam de, pelo menos, duas conotações sociais na medida em que, ou são consideradas fruto da genialidade ou são consideradas falsificações do real. Comentários como “isso só acontece nos livros” ou “de verdade, essas coisas não existem”, são comuns entre muitos leitores. Isso revela, antes de tudo, um desconhecimento, por parte deles, de como se deve interpretar discursos desse tipo. A arte tem a propriedade de, por meio das estratégias discursivas de que se vale, fazer complexificações que outros discursos não podem fazer. O discurso poético opera com figuras de linguagem capazes de traduzir, por exemplo, a complexidade de Duran. Por meio da ironia, Duran é apresentado como um servidor da lei e, ao mesmo tempo, como um criminoso. Assim, objetivamente, o discurso poético revela a complexidade que existe entre os que fazem a lei e os que a sofrem.

O discurso jurídico não pode lançar mão dessas figuras, ele deve ser construído por meio de denotações, ou seja, seu conteúdo não pode permitir mais de uma interpretação como, no caso, o texto da canção *Rio 42*, citado acima, permite. No entanto, essa sua condição de existência não nos autoriza a identificar seus efeitos de sentido com uma noção ingênua de objetividade. Antes de ser objeti-

vo, como demonstramos, o discurso jurídico não passa de mais uma prática ideológica como são, aliás, todos os tipos de discurso. Sua objetividade é, antes de tudo, um efeito de sentido que, por meio do discurso poético, pode ser julgado e colocado à mostra por um texto como o da *Ópera do malandro* e, em destaque, por canções como o *Hino de Duran*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, D. L. P. de; FIORIN, J. L. *Dialogismo, polifonia, intertextualidade*. São Paulo: EDUSP, 1994.

BENVENISTE, É. *Problemas de lingüística geral*. São Paulo: USP / Nacional, 1979.

BUARQUE, C. *Letra e música 1*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

COHEN, J. *Pesquisas de retórica*. Petrópolis: Vozes, 1975.

FIORIN, J. L. *Linguagem e ideologia*. São Paulo: Ática, 1988.

_____. *Elementos de análise do discurso*. São Paulo: Contexto-EDUSP, 1989.

_____. *As astúcias da enunciação*. São Paulo: Ática, 1996.

FRANCO, V. H. de M.; CARRAZZA, R. A. *Código comercial - código tributário - constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GULLAR, F. *La Fontaine - fábulas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

LÉVI-STRAUSS, C. *Antropologia estrutural*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

SAUSSURE, F. *Curso de lingüística geral*. São Paulo: Cultrix, 1969.

TATIT, L. *Análise semiótica através das letras*. São Paulo: Ateliê, 2001.

DISCOGRAFIA

BUARQUE, C. *Ópera do malandro*. Philips, 1979.

PECULIARIDADES DE UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Claudia de Freitas Felicíssimo*



Resumo

O trabalho hermenêutico deixa um espaço em aberto que vai ser preenchido pela atividade criadora do magistrado.

O direito tem nesses espaços abertos deixados à interpretação, sobretudo quando se trata da Constituição, o absorvedouro maior das mutações sociais.

Nesse processo, surgem múltiplas opções de escolhas que serão tanto mais complexas quanto menos clara for a ordem jurídica. Deve-se levar em conta as realidades políticas pelas quais passa o país e as discussões que mobilizam o espírito de todos os setores da sociedade, que são altamente ideológicos para que se alcance a desejável estabilidade jurídica, adequando-se a letra seca da lei à evolução operada no seio da sociedade.

Palavras-chave

Hermenêutica constitucional, criação de direito, interpretação, ideologia dinâmica, ideologia estática, letra da lei.

Abstract

The hermeneutic work has an open space to the magistrate's creative activity.

In terms of Law, these open gaps for interpretation represent the biggest absorber of social changes, mainly regarding the Constitution.

This process generates several options, and the more complex they are, the less clear the juridical order is.

The present political reality of our country has to be taken into consideration, as well as the discussions that orientate all the society's sectors, which are highly ideological, in order to reach the desired juridical stability, adapting the Law's strictness to the Society's evolution.

Keywords

Constitutional hermeneutics, legal creation, interpretation, dynamic ideology, static ideology, strictness of Law.

...quando o arbítrio e a ilegalidade se aventuram audaciosamente a levantar a cabeça é sempre um sinal certo de que aqueles que tinham por missão defender a lei não cumpriram o seu dever. (IHERING,1999)

O direito pode ser concebido não apenas como um sistema jurídico, mas uma realidade que pode e deve ser concebida de modo sistemático pela ciência, para facilitar seu conhecimento e manejo pelos que o aplicam. A função do jurista não é transcrever normas, fatores e valores, mas os descrever e interpretar, determinando suas conseqüências e efeitos. (DINIZ, FERRAZ JR., GEORGAKILAS, 1989, p. 63)

A doutrina brasileira suscita, amplamente, o problema acerca da legitimidade das decisões judiciais quando, a pretexto de aplicação do direito, os juizes interpretam-no criativamente, legislando para o caso concreto. A crítica feita é no sentido de que, não obstante não serem os órgãos do poder judiciário eleitos pelo povo, e, portanto, não terem representatividade alguma que lhes sustentem as opções políticas, adotam-nas em suas decisões, seja explícita seja implicitamente.

No campo jurídico a interpretação é fundamental. Ela é levada a efeito com um sentido prático de aplicar o objeto interpretado, que é a norma. Pela via do estético e do emocional, pode-se motivar fortemente os comportamentos humanos num sentido ou noutro. As parencas, porém, cessam aí. No parecer de Bastos (1997, p. 26-28), o direito prescinde de efeitos emocionais, atuando racional e logicamente ao interpretar a norma.

Usera (1988, p. 55) pondera que:

...es la materia objeto de cada interpretación la que, en esencia, otorga uno u outro carácter a la labor hermenéutica que sobre ella recae; por ejemplo, podríamos hablar de una mercantilización de la interpretación del derecho mercantil y así en todos los demás casos. A pesar de gozar de un irrefutable carácter jurídico (las que más si aplicamos el principio de jerarquía stricto sensu), las disposiciones constitucionales regulan, no cabe duda, situaciones profundamente políticas. Esa naturaleza política da personalidad al Texto Fundamental y justifica, por ende, su interpretación con arreglo a una dogmática distinta, en parte para dar cumplida satisfacción a problemas diversos de los surgidos en otras ramas del Derecho.¹

Nessa linha, anota o citado autor (USERA, 1988, p. 62) que:

...la indeterminación (...) tiene carácter, efectivamente, intencional (...) Además de pro-

mover el consenso entre los grupos políticos, la ductilidad de las disposiciones ambiguas permite también una adaptación a las nuevas situaciones y cambios que sufrirá una nación durante el período más o menos largo de vigencia de cada Constitución en cuestión.²

Portanto, a própria indeterminação de que se revestem as normas constitucionais é produto de um consenso político, vale dizer, é algo premeditado. Não há decisão do constituinte a ser descoberta pelo intérprete simplesmente porque ela não existiu. O que terá havido, nesses casos, será um mero compromisso político que, no mais das vezes, acaba por gerar, nas constituintes, normas de cunho pragmático.

No mesmo diapasão, Bonavides (1980, p. 297) enfatiza esta particularidade:

As relações que a norma constitucional, pela sua natureza mesma, costuma disciplinar, são de preponderante conteúdo político e social e por isso mesmo sujeitas a um influxo político considerável, senão essencial, o qual se reflete diretamente sobre a norma, bem como sobre o método interpretativo aplicável.

Mas isso não significa, de forma alguma, que a interpretação que se realiza da Carta Magna seja de natureza política. Por outro lado, não se pode negar a influência que o político comina ao jurídico. A partir dessa constatação, conclui Enterría (1986, p. 178):

Será certo, e sem dúvida o é, que os conflitos que haverá de resolver o tribunal constitucional terão necessariamente substância política, como é comum em todos os tribunais desta espécie, supondo que operam sobre uma norma penetrada por essa substância em sua mais nobre expressão.

As ciências sociais sempre tiveram e continuam tendo uma mescla de ciência e política. No campo do direito constitucional, Kelsen (1998) demonstrou, com infatigável empenho, de que maneira grandes setores daquele têm sido escritos para defender interesses de um regime existente. Com grande maestria, expõe as manipulações e imposturas que as atitudes políticas empregam, consciente ou inconscientemente, tentando atribuir-se, assim, de forma enganosa, a autoridade que o nome da ciência acorda. Em relação com a economia, Myrdal (1944), em sua obra clássica, *The political element of the development of economic theory (1045 y 95)*, demonstrou, em brilhante análise, como as atitudes políticas afetam secretamente os conceitos fundamentais e a elaboração da teoria econômica. No conceito de valor, na teoria dos preços e dos interesses,

nas idéias do “bem-estar público”, “harmonia de interesses”, “balança”, “equilíbrio”, “estabilidade”, nas idéias de “funcionamento natural”, “liberdade”, “administração econômica”, e em muitas outras partes elementares da economia teórica, deslizam componentes ocultos, que dão à doutrina um sentido político oblíquo, ao mesmo tempo que esta doutrina é oferecida como uma descrição objetiva e científica da realidade. Em obra posterior, Myrdal demonstrou que na sociologia as coisas ocorrem de modo semelhante.

Em tempos recentes, experimentou-se, em muitas áreas das ciências sociais, uma poderosa reação contra a retrógrada influência da política sobre a teoria. Na obra de Kelsen (1998), na de alguns jovens juristas suecos e na de muitos proeminentes sociólogos norte-americanos, por exemplo, encontramos a exigência metodológica de que a ciência se atenha estritamente aos fatos e a sua explicação teórica, e se abstenha de todo intento de converter o conhecimento adquirido em guia para os esforços práticos; esse aspecto deve-se deixar aos políticos. O lema é: “a ciência é uma coisa; a política, outra” (ROSS, 1997, p. 388/389).

Seguindo a linha de Kelsen, Usera (1988, p. 36) entende que o tribunal é, antes de tudo, um órgão constitucional, para concluir que se exerce, preferentemente, uma atividade de natureza jurisdicional, sem embargo de, em algumas ocasiões, revestirem-se de caráter político.

Lembra ele a esse respeito a importante questão de se saber até que ponto a jurisdição constitucional é realmente jurídica e até que ponto é política. Escreve:

En general, las magistraturas constitucionales son reclutadas, en su mayor parte, por métodos de elección que incluyen la participación del Parlamento y en ocasiones, como nuestro caso, de otras instituciones. Ello supone una necesaria e inevitable politización a que puede darnos la clave a la hora de considerar los rasgos definitivos de su naturaleza. No debemos, evidentemente, pasar por alto quiénes son y por quiénes son elegidos. Frente a las críticas de su absoluta politización podemos, no obstante, oponer la exigencia de mayorías muy cualificadas en lo que, al límite, convertiría esa pretendida politización en consensuada.⁴

O intérprete não pode, nem deve, desvincular a Constituição de seu “manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental, do sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-la.”

Stern (1985, p. 957) anota que jurisdição

sobre matéria política não é o mesmo que jurisdição política, no sentido de jurisdição que segue o tipo e o método da decisão política, posto que continua a ser, de acordo com o autor, jurisdição segundo o tipo e o método da decisão judicial de litígios.

Na verdade, o problema não está em admitir que se trata de um julgamento político, pois que evidentemente não o é, mas, sim, de um problema conexo, o de que, pelas interpretações constitucionais, é possível chegar ao que Canotilho (1991, p. 236-239) denomina “mutação normativa informal”, ou seja, o processo com que se muda o sentido da norma sem se alterar seu texto. Esse problema presente em todo o ordenamento jurídico, embora mais acentuadamente na Constituição. Mesmo assim, não se escapa de um problema metodológico aludido por Bonavides (1980), quanto aos modernos métodos de interpretação, que ampliaram demasiadamente a importância do fator político, ao ocuparem-se de matéria social, (BONAVIDES, 1980, p. 326) “empobrecendo assim a consistência jurídica da Constituição normativa ou conduzindo-a a um estado de crise e carência que se avizinha da desintegração.”

A esse respeito, observou Usera (1988, p. 56) tratar-se da pretensão do poder legislativo de se ver livre de todo e qualquer controle (extrajudicial) exercido por meio da interpretação.

Não se pode compreender como seja possível ao legislativo criar uma regra que retirasse qualquer poder de controle da esfera judicial. Equivaleria a paralisar o judiciário ou, ao menos, pretender transformar os juizes em meros autômatos. Pelo controle judicial, o magistrado entra no âmbito da discricção legislativa, para verificar se ela foi bem exercida, nos termos constitucionais a que deve respeito. O que não pode ocorrer é o controle ir ao ponto de substituir a opção política manifestada pelo legislador pela opção política individual do julgador.

Outro ângulo de penetração da política na interpretação encontra-se na fixação do conteúdo normativo dos princípios constitucionais. Esses princípios são, na maior parte das vezes, de índole política, que só graças ao trabalho do legislador constituinte é que ganharam foros de juridicidade. Mas, isto, como bem observou Bonavides (1980, p. 299) “...não quebranta de modo algum o elo axiológico necessário que os prendem às matrizes sociais donde brotaram e donde continuam aliás a receber inspiração, calor e vida”.

A ciência jurídica tem por missão conhecer — de fora, por assim dizer — o direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento. O jurista tem de investigar as idéias e os valores que tiveram os homens que criaram a lei, a vontade do legislador no sentido da clássica teoria da interpretação. Deve ele integrar-se o mais possível no espírito do legislador (ENGLISH,

p. 171). Os órgãos jurídicos têm — como autoridade jurídica — antes de tudo, por missão, produzir o direito para que ele possa então ser conhecido e descrito pela ciência jurídica. É certo que também os órgãos aplicadores do direito têm de conhecer — de dentro, por assim dizer — primeiramente o direito a aplicar. O legislador, que, na sua atividade própria, aplica a Constituição, deve conhecê-la; e igualmente o juiz, que aplica a lei, deve conhecê-las.

O poder legislativo interpreta o texto supremo quando elabora determinada lei de acordo com o que estipula a Constituição, ou, ainda, quando considera as possíveis interpretações que, em situações futuras, possam ter as regras que irá aprovar. Também quando altera a própria Constituição tem de obedecer aos limites por ela impostos. Mas é certo que a interpretação mais relevante é aquela efetuada pelo poder judiciário, seja na adequação, a cada caso concreto, da norma abstrata, seja na verificação em abstrato da constitucionalidade de determinada regra.

As leis são sempre uma obra inconclusa. Segundo English, (1996, p. 171) “a lei é a expressão da vontade do legislador, o conteúdo da lei é aquilo que se reconhece ter sido querido pelo legislador, a vontade do legislador”. O seu significado é completado com a norma individualizada, obtida mediante a interpretação efetuada pelo aplicador da lei.

A textura aberta das palavras da lei permite uma atividade judicial criadora dentro dela. Às vezes, o próprio legislador cria situações de via de escape interpretativa deliberada. A interpretação operativa põe em relevo a figura do juiz, que já era considerado por Aristóteles a justiça viva ou animada, como peça essencial ou indescartável da ordem jurídica. (ANDRADE, 1992, p. 18/19)

Na vida moderna, é efetivamente a lei que, em primeira linha, nos informa sobre o dever-ser jurídico. A determinação daquilo que é *in concreto* juridicamente devido ou permitido é feita pelos órgãos aplicadores, de modo autoritário, isto é, os tribunais e as autoridades administrativas, sob a forma de decisões jurisdicionais — sentenças dos tribunais — e atos de administração (ENGLISH, 1996, p. 77). Mas é considerada legítima a função mediadora da interpretação pelos tribunais, a saber, a escolha, de caso para caso,

daquele método de interpretação que conduza a resultados satisfatórios (ENGLISH, 1996, p. 77-145).

Usera (1988, p. 25) destaca, tomando em consideração sua força, apenas três operadores da interpretação: “el tribunal constitucional; el poder judicial; y el legislador”.⁵

Cronologicamente, a primeira interpretação da lei é a do legislador, que tem de extrair o verdadeiro significado da norma para compreender seu próprio âmbito de atuação, uma vez que ele há de

ser, minimamente, um legislador constitucional. Embora em regra a atividade de legislar caiba fundamentalmente ao legislativo, não há que se olvidar aquelas constituições que consagram formas para a participação do executivo nessa tarefa, como é o caso da brasileira, com as medidas provisórias e a lei delegada.

Quando edita uma lei, o legislador ordinário terá de proceder a uma verdadeira interpretação do dispositivo constitucional, que traçará os limites válidos de sua atuação. Se extrapoladas essas balizas ou ignoradas outras determinações constitucionais, a lei torna-se passível de uma fulminação pelo poder judiciário.

O estado moderno ampliou as suas atividades e,

destarte, acabou por tornar necessário um alargamento do texto constitucional para abordar questões sociais, econômicas e, mais recentemente, ecológicas, a que esteve imune o constituinte do século passado. Mas um texto reconhecidamente longo, provocado pelo encontro e desencontro ideológico de várias tendências, profundo em princípios e normas programáticas, está a exigir do hermeneuta o domínio correto e funcional das técnicas interpretativas capazes de atender às exigências da atualidade. Se um velho preceito da hermenêutica constitucional exige o postulado da harmonia dos dispositivos, tanto mais exige do intérprete, diante da nova constituição, um esforço redobrado capaz de uma orientação, o quanto possível, coesa. (DINIZ, FERAZ JR., GEORGAKILAS, 1989, p. 9)

Observe-se o pensamento de Canotilho (1991), sensível a realidades que podem ocorrer em certos ordenamentos jurídicos e que chega a reconhecer a força de uma interpretação diferente, vale dizer, a partir das leis para atingir os princípios constitucionais. Mas ele mesmo alerta, ao final do

Pelo controle judicial, o magistrado entra no âmago da discricção legislativa, para verificar se ela foi bem exercida, nos termos constitucionais a que deve respeito.

trecho que se segue, para os perigos de um tal procedimento (CANOTILHO, 1991, p. 239):

A recente concepção de Constituição como concentrado de princípios, concretizados e desenvolvidos na legislação infraconstitucional, aponta para a necessidade da interpretação da Constituição de acordo com as leis, a fim de encontrar um mecanismo constitucional capaz de salvá-la em face da pressão sobre ela exercida pelas complexas e incessantemente mutáveis questões econômico-sociais. Esta leitura da Constituição de baixo para cima, justificadora de uma nova compreensão da Constituição a partir das leis infraconstitucionais, pode conduzir à derrocada interna da Constituição por obra do legislador e de outros órgãos concretizadores do direito e a uma formação e uma constituição legal paralela...

Quando se opõem procedimentos interpretativos de bloqueio e de legitimação, surge o problema de como captar o sentido das constituições no momento em que, concebidas estas como sistema de valores, a hermenêutica transforma-se em instrumento de realização política, com base na qual a legislação procurará concretizar princípios e programas implicitamente agasalhados pelo texto constitucional. Ou seja, a questão hermenêutica deixa de ser um problema de correta subsunção do fato à norma — com sua carga lógica, histórica, sistemática, teleológica e valorativa — para tornar-se um problema de conformação política dos fatos, isto é, de sua transformação conforme um projeto ideológico. (DINIZ, FERAZ JR., GEORGAKILAS, 1989, p. 9)

Ao órgão aplicador do direito compete a tarefa de, em caráter preliminar à aplicação, proceder a uma interpretação a partir das normas supremas da nação, consubstanciadas em seu documento político básico, analisando todas as demais emanações normativas do estado, para verificar a compatibilidade de seu conteúdo com o querer constitucional. A importância de um tribunal constitucional e de suas decisões, é, nesse contexto, muito ampla.

Segundo Hesse, em uma série de severas críticas ao Tribunal Constitucional Federal Alemão:

...las “reglas tradicionales de interpretación” sólo ofrecen una explicación parcial acerca del modo e manera como el Tribunal construye sus sentencias. Si en lugar de aquéllas lo que aparece es una multitud de consideraciones variadas, de modo que sólo de forma imperfecta resulta posible reconocer principios seguros relativos a la utilización de estas consideraciones, la razón no estriba en una falta de corrección jurídica — por más que algunas sentencias del

Tribunal Constitucional Federal puedan ser merecedoras de crítica — sino en el reiterado fracaso de dichas reglas.⁶

Realmente, há o que o autor denomina uma “multitud de consideraciones variadas”⁷ de modo que não é possível reconhecer-se uma série de princípios absolutamente seguros quanto à utilização das diversas considerações empregadas por aquele Tribunal. A mesma linha de raciocínio pode ser transplantada para a realidade brasileira. (BASTOS, 1997, p. 69) Tanto lá como aqui, a jurisprudência oscila dentro de uma ampla e infundável gama de considerações, que não obedecem a critérios sérios ou previamente fixados.

Como anota Usera (1988):

...la posibilidad de desarrollar directamente la Constitución no está atribuida ni al Parlamento ni al Tribunal Constitucional, sino a ambos. En último término, es verdad, el Tribunal puede rebasar unos límites contenidos en la Constitución y sobre los cuales el juez constitucional elabora una interpretación definitiva. En conclusión, esta competencia de desarrollo compartido se desequilibra a favor del Tribunal, que se sitúa por encima, como vigilante de la acción del otro operador de la Constitución.⁸

O sistema jurídico não deixa de, pela interpretação, ir destilando nuances, torneando pensamentos e idéias que acabam por conferir uma evolução à ordem jurídica. Às vezes, isso é feito com rompimentos da tradição. Outras vezes, ela é imperceptível, evolutiva mesmo, quando ao cabo de um lapso de tempo acaba produzindo os mesmos efeitos das grandes rupturas.

Pela via dos tribunais é que se coloca o ordenamento jurídico como algo mais seguro, oferecendo menos opções de dúvidas que os textos normativos do direito que brota puro da fonte legislativa, muitas vezes extremamente confusos.

Existem dois tipos de ideologias, que invariavelmente surgem na discussão sobre a atividade interpretativa realizada a nível constitucional. Numa primeira, supõe-se que as regras constitucionais tenham um significado fixo e que seja politicamente necessário cumprir as regras ali contidas, devido ao papel que desempenha a Constituição para o sistema jurídico em conjunto. Há um procedimento especial para modificação das regras constitucionais e, ao seu lado, um núcleo de normas que não pode ser modificado, tudo para salvaguardar a estabilidade das instituições mais essenciais. Todo esse aparato pressupõe uma ideologia estática da interpretação constitucional, de seus valores, bem como uma cons-

trução de significado de suas regras que seja não-cambiante.

Segundo a ideologia dinâmica, a interpretação constitucional tem de se adaptar às necessidades políticas, dentro de um contexto variante das atividades do Estado. Não se pode deixar de abonar essa vertente da doutrina, posto que não se compreende a interpretação senão como um ato de vontade e, enquanto tal, um que imprima à regra uma parcela de construção de significado por parte do intérprete que, tanto quanto possível, deverá corresponder aos anseios decorrentes da evolução social.

A última das teses é abonada pela constatação que se faz no sentido de que a Constituição, além de utilizar-se em inúmeras passagens de uma linguagem de caráter totalmente aberto ao preenchimento *a posteriori*, contém uma série de princípios. Essas verdadeiras “cláusulas gerais”, para utilizar uma expressão cunhada pelo jurista polonês, Wróblewski (1988, p. 69/80), são interpretadas segundo a política dominante. Nesse sentido, as normas constitucionais carecem de um sentido fixo, imutável. Resulta, daí, a importância da construção jurisprudencial interpretativa.

É mister lembrar que o elemento literal, a letra da lei, constitui sempre o ponto de referência obrigatório para a interpretação de qualquer norma, seja constitucional, infraconstitucional ou, até mesmo, de índole contratual.

E isso num sentido dúplice, pois a letra da lei é o ponto de partida de sua interpretação, consistindo no limite dela mesma. (BASTOS, 1997, p. 110)

As palavras de uma constituição devem ser tomadas em sua acepção natural e óbvia, evitando-se o indevido alargamento ou restrição de seu significado. O que deve permanecer como o norte ao intérprete é o conteúdo comum do texto analisado. Muito próximo do que seria essa linguagem comum estão as noções de ordem políticas. Como acentua Rojas (1975, p. 55):

Debe también tomarse en consideración que el lenguaje constitucional rebasa la terminología estrictamente jurídica y contiene un gran número de conceptos de orden político cuya extensión y significado debemos buscar en los terrenos de la ciencia política.⁹

À regra constitucional deve ser atribuído o significado que estiver de acordo com a intenção perseguida pelo legislador contemporâneo ao momento da interpretação, discutida doutrinariamente entre a busca da *voluntas legis* ou da *voluntas legislatoris*. Essas duas correntes perfilham caminho, num certo sentido, único, ou seja, inserem-se no contexto mais amplo das teses subjetivas.

Bonavides (1980, p. 287) elenca alguns autores e teorias a esse respeito, que procuram justificar a superioridade do método de interpretação subjetiva baseada na vontade do povo, pessoa soberana, ou no caráter primordialmente político de alguns institutos essenciais do direito constitucional, cujo entendimento não dispensa uma sondagem das intenções primordiais do constituinte. Considerando-o, assim, um direito político e, por conseguinte, de natureza geral e indeterminada, esses juristas dão preferência ao método subjetivo.

A Constituição, ao mesmo tempo que é o supremo texto jurídico da nação, é também o que mais se presta à interpretação, com o caráter mais aberto da sua linguagem e mesmo da estrutura das normas constitucionais. Ela quer preservar o essencial, o profundo, o que é importante, para exatamente deixar ao livre jogo das forças políticas o ir fazendo ou levando a cabo a evolução social.

Conforme afirma Bastos (1997, p. 183/185), no texto constitucional nada é suficientemente claro que não demande interpretação. E essa há de ter por meta os valores e os princípios arrolados pela própria Constituição e que, por sua vez, sofrem o embate dos fatos sociais que regulam. O direito evolui também por esse caminho, pelo confronto com a realidade. Ele não se aplica às coisas mortas, mas a processos, em maior ou menor ritmo, em mutação. E desse entrelaço do fato com a norma, esta também resulta gradativamente alterada, assimilando os desejos imperantes na sociedade em um dado momento histórico.

NOTAS

¹ É a matéria objeto de cada interpretação a que, em essência, outorga um ou outro caráter ao trabalho de hermenêutica que sobre ela recai; por exemplo, poderíamos falar de uma mercantilização da interpretação do direito mercantil e, assim, em todos os demais casos. Apesar de gozar de um inegável caráter jurídico (às que mais aplicamos o princípio da hierarquia *stricto sensu*), as disposições constitucionais regulam, sem dúvida, situações profundamente políticas. Essa natureza política dá personalidade ao texto constitucional e justifica, portanto, uma interpretação lastreada em uma dogmática distinta, em parte para poder satisfazer problemas diversos de outros ramos do direito.

² A indeterminação (...) tem caráter, efetivamente, intencional (...) Além de promover o consenso entre os grupos políticos, a maleabilidade das disposições ambíguas permite também uma adaptação às novas situações e mudanças que sofrem uma nação durante o período mais ou menos extenso de vigência de cada Constituição em questão.

⁴ Em geral, as magistraturas constitucionais são recrutadas, em sua maior parte, por métodos de eleição que incluem a participação do Parlamento e, em ocasiões, como em nosso caso, de outras instituições. Supõe-se uma necessária e inevitável politização, que podemos explicar na hora de considerar os efeitos definitivos de sua natureza. Não devemos, evidentemente, passar por alto quem são e por que são eleitos.. Frente às críticas de sua absoluta politização podemos, no entanto, opor a exigência da maioria muito qualificada no que, ao final, converter-se-ia essa pretendida politização em consensual.”

⁵ O tribunal constitucional; o poder judicial; e o legislador.

⁶ As ‘regras tradicionais de interpretação’ só oferecem uma explicação parcial acerca do modo e maneira como o Tribunal constrói suas sentenças. Se em lugar daquelas o que aparece é uma multiplicidade de considerações variadas, de modo que só de forma imperfeita resulta possível reconhecer princípios seguros relativos à utilização dessas considerações, a razão não se apóia em uma falta de correção jurídica – por mais que algumas sentenças do Tribunal Constitucional Federal possam ser merecedoras de crítica – e sim, no reiterado fracasso de ditas regras.

⁷ Multiplicidade de considerações variadas.

⁸ A possibilidade de desenvolver diretamente a Constituição não está atribuída nem ao Parlamento nem ao Tribunal Constitucional, mas sim a ambos. Em último caso, é verdade, o Tribunal pode ultrapassar alguns limites contidos na Constituição e sobre os quais o juiz constitucional elabora uma interpretação definitiva. Concluindo, essa competência de desenvolvimento compartilhado se desequilibra a favor do Tribunal, que se situa por cima, como vigilante da ação de outro operador da Constituição.

⁹ Deve, também, tomar-se em consideração, que a linguagem constitucional ultrapassa a terminologia estritamente jurídica e contém um grande número de conceitos de ordem política cuja extensão e significado devemos buscar nos terrenos da ciência política.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Christiano José de. *O problema dos métodos da interpretação jurídica*. São Paulo, RT, 1992.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC), 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

DINIZ, Maria Helena. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson. *Constituição 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1986.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro-RJ.: Forense, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MYRDAL, Gunnar. *An American Dilemma*. _____, 1944.

ROJAS, Miguel Limón. Algunas Consideraciones sobre Interpretación Constitucional. In. _____. *La Interpretación Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1975:

ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Eudeba E.E.M., 1997.

STERN, K. *Das Staatsrecht, II*. _____ 1985.

USERA, Raúl Canosa. *Interpretación Constitucional y Formula Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

WRÓBLEWSKY, Jerzy. *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1988.

RUI BARBOSA: DIREITO E LITERATURA

Eduardo Augusto Paglione*



Resumo

Rui Barbosa é geralmente lembrado por sua atuação como jurista ou político. No entanto, é inegável a preocupação com o estilo e a construção poética que se observa no conjunto de sua obra. Ressalte-se, nesse sentido, que se pode encontrar em Rui Barbosa textos voltados essencialmente para a criação literária, sejam estudos críticos, crônicas ou tradução de poesia. Figura polêmica na história, também não são convergentes as opiniões a seu respeito na literatura. Este texto expõe posições divergentes sobre o jurista e escritor, buscando incentivar a pesquisa da obra de Rui Barbosa, principalmente sob a ótica literária.

Palavras-chave

Rui Barbosa, direito, literatura, *Oração aos moços*, crítica literária.

Abstract

Rui Barbosa is generally remembered as a jurist and a politician. However, it is undeniable the concern he had with style and poetic structure in his writings. It should be emphasized, along these lines, that one may find among his writings many texts written mainly for literary purposes such as textual criticism, literary columns, and translations of poetry. Being a polemical historical person, his literary figure was also subject to controversy. The paper shows such divergent opinions about the jurist and the writer, trying to encourage further research into Rui Barbosa's writings, mainly in regard to the literary point of view.

Keywords

Rui Barbosa, law, literature, *Oração aos moços*, literary criticism.

* Formado pela Faculdade de Direito de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, em 1987. Delegado de Polícia em Assis e Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Letras, área de Teoria Literária e Literatura Comparada na Unesp, Campus de Assis.

Amei sempre as letras sem pretensão, apenas com um prazer do espírito. Nunca tive tempo de ser artista, e ambicionar entre artistas a admiração. Da pena e da palavra nunca me servi senão como de instrumentos espontâneos do dever e da luta. No uso de uma, ou de outra, nunca tive a aspiração de loiros. (Rui Barbosa – Como quiserem)

Toda vez que se menciona Rui Barbosa (1849-1923), é lembrada sua atuação como parlamentar e advogado. Poucos sabem que ele foi um dos fundadores da Academia Brasileira de Letras e até mesmo chegou a presidi-la, sucedendo Machado de Assis.

Político combativo, de discursos inflamados, sua atuação como advogado não foi menos apaixonada. Defensor da doutrina do *habeas corpus*, inspirada no modelo inglês, impetrou várias destas ações, sobretudo aos perseguidos politicamente. Duas vezes concorreu à Presidência da República, opondo-se às candidaturas militares, daí serem suas campanhas conhecidas como *civilistas*. Em 1907, advogando em prol das nações mais fracas, em Haia, na Holanda, discutiu e discursou a respeito de prisioneiros e contrabando de guerra, bloqueio, inviolabilidade da propriedade privada no mar, deveres dos neutros em terra. Passou a ser conhecido, desde então, como *Águia de Haia*.

Recusava, no entanto, ser reconhecido como literato. Em discurso célebre, por ocasião de seu jubileu cívico, em 1918, indagou: “Mas qual é, na minha existência, o ato da sua consagração essencial às letras? Onde o trabalho, que assegure à minha vida o caráter de predominante ou eminentemente literária?” (1995, p.685)

Trata-se de pergunta eminentemente retórica, feita em discurso que proferiu durante solenidade em sua homenagem, que se realizava na Biblioteca Nacional. A resposta negativa, assim como o rol de obras que cita, mais parecem uma afirmação de quem reconhece o próprio valor literário:

Não conheço. Traços literários lhe não mingam, mas em produtos ligeiros e acidentais, como o “Elogio do Poeta”, a respeito de Castro Alves; a oração do centenário do Marquês de Pombal; o ensaio acerca de Swift; a crítica do livro de Balfour; o discurso do Liceu de Artes e Ofícios, sobre o desenho aplicado à arte industrial; o discurso do Colégio Anchieta; o discurso do Instituto dos Advogados; o parecer e a réplica acerca do Código Civil; umas duas tentativas de versão homométrica da poesia inimitável de Leopardi; a adaptação do livro de Calkins e alguns artigos esparsos de jornais literários pelo feito ou pelo assunto. Que mais? Não sei, ou de pronto me não lembra (1995, p.685)

É sabido que, nessa época, homens públicos recebiam ser reconhecidos como homens das letras. Em ensaio publicado em 1836, Domingos de Magalhães, por exemplo, já dizia que o Brasil era:

... um país no qual ainda hoje o trabalho dos literatos, longe de assegurar-lhes, com a glória, uma independência individual, e um título de mais, ao contrário parece desmerecê-los, e desviá-los da liga dos homens ‘positivos’, que desdenhosos dizem: é um poeta; sem distinguir se apenas é um trovista, ou um homem de gênio; como se dissessem: eis aí um ocioso, um parasita, que não pertence a este mundo; deixai-o na sua mania. (1999, p.33).

Como se observa, o autor ressalta o preconceito da época com relação ao fazer literário. É natural que em uma nação recém-saída da fase colonial, a cultura, mais particularmente a literatura, não contasse com incentivos. Depreende-se do texto que a cultura equivalia a uma excentricidade pernicioso. Domingos de Magalhães exerceu forte influência na inteligência brasileira do século XIX, com sua defesa do literato. Rui Barbosa, como ávido leitor das produções contemporâneas, provavelmente recebeu influência dessas idéias.

Na década de 50 do século XX, Brito Broca analisa a questão mais detidamente e, após notar que tanto Manoel Antônio de Almeida (*Memórias de um Sargento de Milícias*) como José de Alencar (*O Guarani*) publicaram obras inicialmente sob o anonimato, conclui que “...a literatura, nessa época, já constituía em si mesma um mister secundário”. (1957, p. 104-5) Lembra o fato de que os alunos do Largo de São Francisco preocupavam-se em imitar os versos de Byron, mas deixavam o poeta de lado tão logo adquiriam o diploma, “estabelecendo sempre uma separação nítida entre o literato, o poeta e o magistrado, o parlamentar, o homem sério” (1957, p. 104-5) Por essas colocações constata-se que, efetivamente, não eram bem vistos na sociedade os *homens das letras*. Os estudantes, ainda sem compromisso profissional, poderiam divertir-se com leituras e escrituras, o que se aceitava como arroubo da juventude ainda em formação. O profissional, entretanto, haveria de ser *sério*, entendendo-se por isso a pessoa que se mantivesse afastada de produções literárias.

Apesar desse panorama, é inegável, no entanto, a preocupação de Rui Barbosa com o estilo e o caráter literário de sua obra. Tanto que no mesmo ano em que recebe a homenagem na Biblioteca Nacional e faz o discurso já referido (1918), sai pela livraria baiana Catilina seu livro intitulado justamente *Páginas literárias* e, no ano seguinte, pela mesma editora, suas *Cartas políticas e literárias*.

O Brasil, na época de Rui, acabara de rom-

per com Portugal e voltava-se para a cultura francesa, recebendo, de forma significativa, a influência do romantismo, cuja fase áurea se havia iniciado com a Queda da Bastilha (1789). Os livros franceses eram aguardados com ansiedade e lidos em voz alta pela elite. Balzac, Victor Hugo, Chateaubriand, Lamartine, Mme. De Staël, Dumas, Sainte-Beuve, dentre outros, marcaram, direta ou indiretamente, a formação da intelectualidade que procurava criar um estilo puramente brasileiro, com a busca da “cor local” e o afastamento dos “grilhões” lusitanos. No Brasil surgiram, assim, escritores do porte de Machado de Assis, Gonçalves Dias, José de Alencar, Álvares de Azevedo, Joaquim Manuel de Macedo, Franklin Távora, Taunay, muitos deles estudantes de Direito da academia de São Paulo ou Recife.

Rui Barbosa, que iniciou seus estudos jurídicos em Recife, transferiu-se para São Paulo, quando chegou a morar na mesma república de estudantes que Castro Alves e disso deu testemunho em seu *Elogio de Castro Alves*, de 1881:

Estava reservada aos mais saudosos da nossa passagem pelos estudos superiores uma intimidade, que a comunhão do mesmo teto estreitou, na formosa São Paulo, onde a sua musa celebrou uma vez a aliança do Paraguaçu com o Ipiranga, entre as flores agrestes de cuja várzea desfiou prodigamente as pérolas do seus versos, e cujas neblinas, ainda muito mais tarde, vagamente flutuavam nas cismas da sua poesia. Vós conheceis a fraternidade republicana, a incomparável familiaridade de um lar acadêmico, onde uma transparência singular mutuamente revela na mais perfeita limpidez as inteligências e os caracteres (1995,p. 611).

Essa homenagem ao poeta, feita após sua morte, decorre não apenas da admiração pelo literato, mas de uma situação de vida comum. Ambos baianos, estavam distanciados da família, dividiam o mesmo teto e foram influenciados pelo romantismo literário, construindo, a partir desse movimento, as suas produções. Seguiram, a história nos mostra, destinos diferentes, mas não necessariamente opostos, uma vez que ambos foram artífices da palavra.

Rui Barbosa chegou a escrever poesia, embora isso não o tenha notabilizado. Traduziu Leopardi, procurando manter a métrica original do poeta italiano, mas estas traduções são hoje de difícil acesso. O que é especificamente literário, no universo de sua obra, permanece oculto, conforme conclui um de seus mais ferrenhos críticos, Humberto de Campos:

“Escritor abundante, ele é como uma flo-

resta espessa e rica, mas de exploração difícil, pela extensão. Só os indígenas, os que nela nasceram, sabem o lugar em que se encontram os seus tesouros vegetais”. (1940, p.33)

O crítico, percebe-se, parece querer desestimular a pesquisa da obra e limitar a capacidade de apreensão dos estudiosos que, sem terem vivido Rui Barbosa e sua época, interessam-se por essa “floresta espessa e rica” e dedicam-se a exploração dos seus “tesouros vegetais”. Humberto de Campos é feliz na metáfora da floresta, principalmente porque, ao pesquisar as *Obras completas* do autor, o estudioso depara-se com livros, artigos, razões forenses, discursos, críticas literárias, traduções, enfim, uma variedade muito grande de textos, que deram origem a diversas coletâneas.

A crítica contemporânea a Rui Barbosa e posterior a ele dividiu-se, ora endeusando-o, ora condenando-o. Se analisarmos os mais famosos críticos literários do final do século XIX e começo do XX, encontraremos, por exemplo em José Veríssimo (1977,p.45), considerações ácidas e mesmo irônicas à atuação de Rui Barbosa no episódio da redação do Projeto de Código Civil. Procurando fazer uma análise mais psicológica, mas sem deixar de ser apaixonada, Araripe Júnior (1966,p.225-47) não hesita em diminuir a importância de Rui, principalmente em artigo em que o compara a Euclides da Cunha. Sílvio Romero (1943,p.446-8), no entanto, conhecido por suas críticas ferinas, diversas vezes elogiou Rui Barbosa, reconhecendo nele seu valor literário, da mesma forma que o fizeram Agripino Grieco (1968,p.127), Ronald de Carvalho (1922,p. 346), Xavier Marques (1933,p. 39), Afrânio Peixoto (1931,p. 329), entre outros. Na década de 50 do século XX, o crítico Eugênio Gomes (1958,p.318) chegou a comparar Rui Barbosa ao Padre Vieira, comparação essa que não agradaria, na atualidade, a um profundo conhecedor da obra vieirense, Alcyr Pécora (1994,p.44), que os considera incompatíveis.

Hoje em dia, porém, apesar de nome de escolas e avenidas, Rui Barbosa parece ter entrado no ostracismo, tanto literário quanto jurídico. Na década de 70 do século XX, Antonio Candido, dos mais respeitados críticos literários da atualidade, vaticinou:

Rui Barbosa diminui impressionantemente de estatura à medida que desaparecem os que ainda o ouviram e puderam, assim, testemunhar plenamente a sua verdadeira natureza de produtor de falas, não escritos. Mais uma geração e ele aparecerá (simbolizando quicá toda uma época da literatura brasileira) como o terrível palrador que na verdade é, inerte ante o silêncio da leitura (1975,p.44).

Candido tentava, com esse argumento, demonstrar que, naquele período, o Brasil padecia de uma *falta de escritores*, o que deu *maior viabilidade ao discurso e ao recitativo* (*Ibid.*). Candido enfatiza, portanto, o caráter de orador de Rui Barbosa e reduz drasticamente a importância do escritor na literatura brasileira, no que foi seguido por Alfredo Bosi: “Há algum tempo, porém, o próprio ‘mito’ (Rui Barbosa) começou a desintegrar-se. Restará, de certo, o símbolo de um estilo de pensar e dizer em que se reconhece de pronto a mentalidade de uma época. Para a história da cultura, não é pouco” (2001,p.259).

Como se observa, Bosi destaca o escritor no espaço da história cultural e, assim como Candido, exclui Rui Barbosa do campo literário, qualificando como *datada* a sua obra. O mérito apontado por Candido, no entanto, de que a obra de Rui era para ser ouvida, não encontra apoio em Humberto de Campos, que, contemporâneo de Rui, chegou a ouvi-lo pronunciando um de seus discursos e narra como isso ocorreu no Senado Federal do Rio de Janeiro, então capital da República:

De repente, ouço uma voz irritante, antipática, martelada, quebrando o silêncio sepulcral do recinto.

- É ele! - diz-me um dos companheiros, aguçando o ouvido.

- É ele, quem?

- O Rui.

Subi para a tribuna que me haviam destinado. E senti, no meu espírito, o desmoronamento de um castelo de ouro. Pequeno, de sobrecasaca negra, Rui Barbosa tinha diante dos olhos, ao alcance da vista segura, sobre a carteira da bancada, um maço volumoso de tiras de papel, que ia folheando, uma por uma, e passando a taquígrafia, paulatinamente, pois que a sabia de cor! Desci as escadas do velho Senado com uma profunda tristeza no coração. Esmorecia a minha fé, à vista da divindade, diante do santuário (1940,p. 32).

Humberto de Campos, como já dito, era um dos críticos mais ferozes que Rui Barbosa teve. É evidente no texto sua intenção de diminuir a grande-

za do orador que chegou a tornar-se lenda. Não é de se crer que sua figura, discursando, fosse tão desprezível como ele refere. Mas esse trecho é um contraponto interessante à posição de Antonio Candido.

Ressalte-se, em outra direção, que o pensamento de Humberto de Campos ganha maior relevância se o relacionarmos com as posições assumidas por Hélio Sodré. Em sua *História universal da eloquência*, o estudioso avalia expressamente as idéias do crítico literário ao concluir que *mais que um homem*

eloqüente era Ruy um retórico, que cansava seus ouvintes. Não tinha porte. Nem voz agradável. Nem gesticulação elegante (1948,p.410-11). Logo a seguir, como recurso argumentativo, Sodré transcreve o trecho citado de Humberto de Campos, enfatizando, com tal procedimento, sua antipatia à figura de Rui Barbosa.

Contudo, o fato a destacar é que, sendo Rui Barbosa político experiente, sua atuação em Haia e nas campanhas presidenciais são o melhor testemunho de suas qualidades de orador.

A propósito, em 1920 Rui Barbosa comemorava seu jubileu jurídico quando foi escolhido paraninfo pelos formandos da Faculdade de Direito do Largo de São Francis-

co. Relutou, mas acabou aceitando o convite. Entretanto, doente (iria falecer três anos depois), não pôde comparecer à solenidade. Elaborou, então, um discurso que foi lido pelo Prof. Reinaldo Porchat e emocionou os presentes e depois foi publicado pelo jornal *O Estado de São Paulo*. Os alunos, todavia, resolveram publicá-lo em uma separata da “Revista Dyonisos”. Faltava ainda um nome para a obra e os próprios alunos o escolheram: “Oração aos moços”. Texto da maturidade do escritor, os recursos literários ali são utilizados com abundância. Eles não se dissociam, entretanto, das idéias do jurista. Aconselhando os novos bacharéis, Rui Barbosa dá um testemunho de tudo o que aprendeu em sua vida. Àqueles que se dedicariam à magistratura e aos que se dedicassem à advocacia, orienta-os e faz exortações. Ao final, retomando idéias que já havia pregado quando de seu exílio na Inglaterra, adverte os *moços* sobre os perigos de uma dominação estrangeira, já vendo o crescimento e a força massacrante da cultura estadunidense.

Uma característica importante desse dis-

Rui Barbosa chegou a escrever poesia, embora isso não o tenha notabilizado. Traduziu Leopardi, procurando manter a métrica original do poeta italiano, mas estas traduções são hoje de difícil acesso.

curso, que Batista Pereira denominou de *canto do cisne* (1956,p.XXVI), é que Rui Barbosa não padece de modéstia. Em diversas passagens cita a si mesmo como modelo e exemplo, sugerindo que fosse seguido pelos formandos. Mas o que merece destaque nesse texto é, particularmente, sua atualidade. Sua leitura, por aqueles que pretendem melhor conhecer a ação dos chamados “operadores do Direito” é obrigatória. Sua leitura, por aqueles que pretendem deleitar-se com o correto uso do vernáculo e eficiente emprego de recursos literários, é recomendada. Sua leitura, por aqueles que pretendem dedicar sua vida ao Direito, é imprescindível.

Queiram seus detratores ou não, Rui Barbosa tornou-se, na literatura brasileira, um clássico. Em recente entrevista à Revista Veja (10/04/2002), o historiador francês radicado nos Estados Unidos Jacques Barzum pondera que “os clássicos parecem estar afundando rapidamente no esquecimento”. O fato não é novo, uma vez que a Renascença trouxe de volta obras da Antiguidade que estavam completamente perdidas. Sem dúvida, os clássicos a que se refere o autor pertencem à literatura universal e é provável que ele sequer conheça Rui Barbosa. Contudo, o argumento é útil para se entender o motivo do esquecimento do autor brasileiro, pois em países onde a cultura é bem mais valorizada, os livros são mais facilmente adquiridos e autores de maior peso acabam tendo o mesmo destino.

Já sob uma outra ótica, o filósofo Miguel Reale, na década de 30 do século XX, publicou artigo com o título *Rui Barbosa e uma revisão necessária*, no qual defende as idéias do jurista baiano e aponta o motivo de seu esquecimento:

Morto precisamente quando o mundo se despedia da civilização burguesa com todos os seus padrões mentais característicos, a figura do grande jurista tomou tamanho vulto, que, de símbolo da política liberal, passou a representar toda uma cultura vencida (1983,p. 105).

Miguel Reale assinala desta forma um importante aspecto sobre o desinteresse pela produção de Rui Barbosa, ou seja, a sociedade que ele lutou para mudar com seu liberalismo, realizada a mudança, dele se esquece, vendo-o, injustamente, como símbolo do passado. Reale conhecia bem o pensamento de Rui Barbosa, sendo célebre a conferência que proferiu, em 1950, intitulada “Posição de Rui Barbosa no mundo da Filosofia”, que foi editada no mesmo ano pela Fundação Casa de Rui Barbosa.

Em síntese, Rui Barbosa não merece o esquecimento a que foi relegado. Sua obra é um importante monumento cultural que, infelizmente, encontra-

se obliterado, aguardando reconhecimento. Além disso, seus ensinamentos são perfeitamente aplicáveis à sociedade contemporânea.

Embora pouco se estude Rui Barbosa hoje em dia e se ignore o seu estilo literário, sua obra está aí, repleta de idéias e ideais que apóiam posições de juristas e discursos de políticos, em detrimento de toda a celeuma que a envolve. A título de ilustração, saliente-se que os historiadores o condenam por sua política de encilhamento, que implantou quando era Ministro da Fazenda. Não vem ao caso discutir aqui, mas execrar a obra por uma ação de seu autor, seria o mesmo que nos privarmos das óperas de Wagner em virtude de sua discutível conduta pessoal e política. Por outro lado, alguns juristas recordam-se de Rui Barbosa apenas quando tratam da doutrina do *habeas corpus* e outros o acusam de, na elaboração do Código Civil, ter-se estendido em considerações filológicas, sem atentar para a parte jurídica. Em que pesem comentários os mais variados que se possam fazer a respeito da polémica gramatical em que se envolveu com seu antigo mestre Carneiro Ribeiro, no início do século XX, há de se admitir que o anteprojeto elaborado por Clóvis Bevilacqua, excetuadas as falhas de língua, não precisava de outros reparos.

Quanto aos literatos, influenciados pela Semana de Arte Moderna de 1922, desvalorizam sua produção literária. Os ideais pregados pelos *modernistas de 22* levaram mesmo um de seus mentores, Oswald de Andrade, em seu *Manifesto da poesia Pau-Brasil*, de 1924, a referir-se a Rui Barbosa como *uma cartola na Senegâmbia* (1983,p.326), tal a idéia que faziam do deslocamento de sua obra na cultura brasileira.

Não obstante, Rui Barbosa, jurista e literato (além de jornalista, político, administrador, filólogo), tem uma obra que necessita e merece ser revista e valorizada. Por ser ampla (mais de cem volumes, alguns com diversos tomos), aparentemente desestimula a pesquisa. Entretanto, convida e desafia aqueles que acreditam na capacidade humana de produzir obras de arte com as palavras, convertendo-as em ferramentas para modelar a realidade, criando ou sugerindo as idéias que, divulgadas e difundidas, criam valores e influenciam o meio social.

Notas

¹ Há um sem-número de biografias sobre Rui Barbosa. Uma das primeiras, publicada ainda quando o biografado vivia, é de 1916 (*Ruy Barbosa na política e na história*, de Mário de Lima Barbosa). A mais conhecida e ainda editada, no entanto, é a de Luís Viana Filho, *A vida de Rui Barbosa*.

² A quem tiver interesse em melhor conhecer a história da Academia Brasileira de Letras e, particularmente, os motivos políticos que levaram Rui Barbosa a ser eleito presidente, ainda que não o desejasse, recomenda-se a leitura de *A encenação da imortalidade*, de Alessandra El Far.

³ Defendeu, por meio dessa ação, até mesmo opositores políticos. E explicava: *De cada vez que a lei sofra num dos nossos semelhanças, estaremos invariavelmente ao seu lado. Não temos nada com o seu passado. A sua impopularidade pouco importa. Professa opiniões inconciliáveis com a nossa? Tanto melhor. Assim justamente se assinalará a santidade de um princípio em cuja presença se desarmam e fraternizam as mais fundas divergências* (1995: 28-29).

⁴ A respeito da atuação de Rui Barbosa em Haia, ver *O Brasil em Haia e dez discursos de Rui Barbosa*, do jornalista inglês William T. Stead, traduzido por Arthur Bomilcar, edição definitiva de 1925.

⁵ Gonçalves de Magalhães, no artigo citado, após duras críticas à cultura portuguesa, afirma: *Hoje o Brasil é filho da civilização francesa; e como nação é filho desta revolução famosa, que balançou todos os tronos da Europa (...) Assim tem sempre o Brasil medrado, olhando para a França, e nós nos lisonjeamos que ele não retrograda, tomando esta grande mestra por guia* (1999: 35-6).

⁶ Para melhor se compreender o sentimento da época, é imprescindível a leitura do ensaio *Instinto de nacionalidade*, publicado inicialmente nos Estados Unidos da América em 1873, e, no Brasil, apenas em 1910, de autoria de Machado de Assis.

⁷ Nem as mais autorizadas coletâneas literárias de Rui Barbosa trazem suas poesias ou mesmo as traduções de Leopardi. Estas últimas, no entanto, podem ser verificadas no livro *Os membros da Academia Brasileira em 1915*, de autoria do advogado Pereira Carvalho e editado no Rio de Janeiro no ano seguinte.

⁸ Nessa obra, Hélio Sodré defende que o maior orador que o Brasil teve foi Moniz Sodré, de cuja biografia descreve detalhes, inclusive da infância, e afirma, sem apontar sua fonte, que Rui Barbosa temia duelar com ele na tribuna. Moniz Sodré, segundo o autor informa, foi Senador pela Bahia.

⁹ Os alunos da Faculdade de Direito de São Paulo, durante muito tempo, mantiveram revistas literárias. *Dionisos* foi uma delas, que durou apenas seis números, entretanto, o suficiente para eternizar-se como sendo o mensário acadêmico que obteve de Rui Barbosa a autorização para publicar seu discurso de paraninfo.

¹⁰ Embora no discurso não haja referência direta aos Estados Unidos da América, Rui Barbosa diz expressamente sobre o perigo dessa dominação em dois artigos: *Lições do Extremo Oriente*, de 1895 (depois incluído em suas *Cartas de Inglaterra*) e *Chinas americanas*, de 1896.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Oswald de. Manifesto da poesia pau-brasil. In: TELES, Gilberto M. *Vanguarda européia e modernismo brasileiro*. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 1983. p. 326-31.

ARARIPE JUNIOR, Tristão A. *A obra crítica de Araripe Júnior*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura e Casa Rui Barbosa, v. IV, 1966.

BARBOSA, Rui. *Cartas políticas e literárias*. Salvador: Catilina, 1919. 384 p.

_____. *Páginas literárias*. Salvador: Catilina, 1918. 420p.

_____. *Obras seletas de Rui Barbosa*: Campanhas jornalísticas. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1957, v. VIII. 361p.

_____. *Escritos e discursos seletos*. Rio de Janeiro: Casa Rui Barbosa e Nova Aguilar, 1995. 1094p.

_____. *Oração aos moços*. São Paulo: Casa Editora O Livro e Mensário Acadêmico Dionysos, 1921. 53 p.

BARZUM, Jacques. Apagão na cultura (entrevista). In: *Veja*. São Paulo, 10 de abril de 2002.

BOSI, Alfredo. *História concisa da literatura brasileira*. 38ª ed. São Paulo: Cultrix, 2001. 528p.

BROCA, Brito. *Horas de leitura*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1957. 306p.

CAMPOS, Humberto de. *Crítica*: primeira série. 4ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1940. 354 p.

CANDIDO, Antonio. *Formação da literatura brasileira*: momentos decisivos. 5ª ed. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1975. 427p.

CARVALHO, Ronald de. *Pequena história da literatura brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: F. Briguier & Comp., 1922. 401p.

EL FAR, Alessandra. *A encenação da imortalidade*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2000. 156p.

GOMES, Eugênio. *Visões e revisões*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1958. 323p.

GONÇALVES DE MAGALHÃES, Domingos J. Ensaio sobre a história da literatura no Brasil (art.) *Cadernos do Centro de Pesquisas Literárias da PUCRS*. Porto Alegre: 1999, v. 5, n° 2.

GRIECO, Agripino. *Poetas e prosadores do Brasil*. Rio de Janeiro: Conquista, 1968.

MACIEL, Maximino. *Os membros da Academia Brasileira em 1915*. Rio de Janeiro: Liga Marítima Brasileira, 1916. 630p.

MARQUES, Xavier. *Letras acadêmicas*. Rio de Janeiro: Renascença, 1933. 232 p.

PÉCORA, Alcir. *Teatro do sacramento*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; Campinas: Editora da Universidade de Campinas, 1994. 285 p.

PEIXOTO, Afrânio. *Noções de história da literatura brasileira*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1931. 349p.

PEREIRA, Batista. Prefácio. In: BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1956. 100 p.

REALE, Miguel. *Obras políticas: 1ª fase - 1931/1937*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983, t. III. 251p.

ROMERO, Silvio. *História da literatura brasileira*. 3ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, t. V, 1943.

SODRÉ, Hélio. *História universal da eloquência*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1948. 441p.

STEAD, William T. *O Brasil em Haia e dez discursos de Rui Barbosa*. Tradução de Arthur Bomilcar. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1925. 190p.

VERÍSSIMO, José. *Estudos de literatura brasileira*: sexta série. Belo Horizonte: Itatiaia e Universidade de São Paulo, 1977.

VIANA FILHO, Luís. *A vida de Rui Barbosa*. 8ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio-MEC, 1977. 406p.

BIODIREITO E DIREITOS REPRODUTIVOS

Elida Séguin*



Resumo

O presente artigo tem por objetivo apresentar e discutir problemas de ordem ética e jurídica decorrentes do desenvolvimento de novas técnicas de Reprodução Assistida, como inseminação artificial, fertilização *in vitro* e aluguel de útero. São enfatizadas as deficiências existentes na legislação atual sobre tais questões bem como no Código Civil que entrará em vigor em 2003.

Palavras-chave

Biodireito, Reprodução Assistida, Relação Médico-Paciente, Ética.

Abstract

This paper is intended for presenting and discussing ethical and juridical problems resulting from the development of new techniques of Assisted Reproduction such as artificial insemination, *in vitro* fertilization and womb for rent. It emphasizes the deficiencies in the current legislation on these issues, as well as on the Civil Code, which will come into effect in 2003.

Keywords

Biowlaw, Assisted Reproduction, Physician-Patient Relationship, Ethics.

* Defensora Pública e Presidente da Sociedade Brasileira de Vitimologia. Membro Efetivo da Comissão de Bioética e Biodireito do Conselho Federal da OAB e do IAB (elidaseguin@openlink.com.br)

Antes de entrar no cerne do tema, gostaria de enfatizar que, em face da extensão da proposta, ficarei restrita à Reprodução Assistida, passando ao largo da questão da esterilização, voluntária ou compulsória, e do abortamento. Deixo claro que meu objetivo não foi esgotar o tema, mas incitar a uma reflexão.

Inicialmente deve ficar claro que o relacionamento médico-paciente, em especial de quem se submete a um procedimento de fertilização, torna-se uma relação jurídica complexa e cinemática, de Direito Privado, com vários tópicos de ordem pública, em face do dirigismo contratual, das regras do Código de Defesa do Consumidor e da regulamentação profissional dos técnicos envolvidos no procedimento. A omissão legislativa, decorrente do descompasso entre a lenta e tortuosa elaboração legislativa e o desenvolvimento da Ciência Médica, desponta como fator complicador. Para meu espanto, constato que o novo Código Civil, que entrará em vigor em 2003, não suprirá tais lacunas. Comandos de bioética surgem para facilitar esta transposição, mas são insuficientes para atender às novas angulações de relações possíveis ante o admirável mundo novo que a ciência médica descortina diante de nosso olhar estupefato.

O paciente tem duas demandas básicas: curar ou prevenir doenças e procurar recursos para uma melhor qualidade de vida. Na relação médico-paciente, este sofre as influências e pressões do grupo familiar a que pertence e o primeiro está sujeito às regras institucionais e às decisões do seu órgão de classe e de seu vínculo empregatício, que influenciam seu agir. Este modelo repercute no meio social, retroalimentando-se dentro de uma teoria social sistêmica e autopoética.

O Direito é um sistema que obedece a princípios harmônicos, contudo, Perlingieri alerta que

não existe, em abstrato, o ordenamento jurídico, mas existem os ordenamentos jurídicos, cada um dos quais caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, por valores e por princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora. (1997, p. 5)

O não estabelecimento de uma principiologia do Biodireito induz a problemas na solução dos conflitos que surgem na relação médico-paciente. As soluções jurídicas que despontam devem considerar o problema, sem apego a premissas preconceituosas de uma legislação do século passado. Assim, o descompasso entre Tecnologia e Direito abre fissuras nos ordenamentos jurídicos desprovidos de instrumentos legais para enfrentar situações novas.

Na reprodução assistida (RA), além

de aspectos jurídicos, avultam os psico-sociais decorrentes do contexto em que vive o paciente e dos papéis sociais que desempenha, principalmente quando está em jogo a sua sexualidade e a perpetuação da espécie. Este poder, de vida e de morte, cria uma mística da atividade médica envolta em grande corporativismo, o que os levou a serem conhecidos como a "Máfia de Branco". Este corporativismo fica patente quando se luta pelo reconhecimento de erros médicos.

A procriação

Procriar é gerar um ser semelhante. Ter filho é o caminho natural da perpetuação das espécies. Na Natureza, ela pode ocorrer de forma sexuada ou assexuada. A reprodução humana tradicionalmente acontecia de forma sexuada, por isto algumas religiões justificam a sexualidade pela procriação, negando o sexo como forma de prazer e auto-realização. Este entendimento prejudicou que os temas sexuais fossem tratados com a simplicidade despida de preconceitos, em especial em opções sexuais onde não pode haver reprodução.

A decisão de, em determinado momento da vida, ter ou não prole embute uma contextualização ampla, pois, mesmo quando ela é desejada, a reprodução pode extrapolar a simples esfera da opção individual. Algumas vezes a pessoa deseja uma descendência e não a consegue. Estima-se que dois em cada dez casais tenham problemas de fertilidade. São infertéis por variadas razões. No entanto, a impossibilidade de procriar é vista socialmente como uma doença; para tanto a ciência tenta vencer a batalha contra a infertilidade, o que praticamente já foi obtido em relação à esterilidade masculina.

Antes de falar em inseminação, vamos definir o que é gestação: é o período de desenvolvimento do óvulo fecundado (inicialmente denominado zigoto, depois embrião e mais tarde, feto) no útero, desde a concepção até o nascimento. Nosso Código Civil, fincado em lições tradicionais napoleônicas do Código de 1804, adotou o parentesco centrado na figura da mãe, pois a maternidade era uma certeza visual, e a paternidade uma presunção jurídica - pai seria o marido da mãe. A maternidade, em sua dimensão jurídica, é a relação de parentesco que une a mãe ao filho.

O planejamento familiar, previsto no § 7º do art. 226 da CRF, disciplinado pela Lei nº 9.263, de 12.01.96, é reconhecido como um direito de todo cidadão, mas que na prática fica restrito aos bem aquinhoados financeiramente. Ele abrange o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garante direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo

casal. Esta lei, no art. 8º, limitou a pesquisa científica no campo da regulação da fecundidade humana. Paralelamente a Lei que dispôs sobre planos e seguros de saúde excluiu de sua cobertura a inseminação artificial. Na verdade, o planejamento familiar está praticamente vedado aos hipossuficientes por motivos meramente econômicos, de acesso à informação e pela falta de políticas públicas eficientes.

A Lei nº 8.974, de 05.01.1995, ao disciplinar os incisos II e V do § 1º do art. 225 da CRF, vetou, no art. 8º, a manipulação genética de organismos vivos ou manejo *in vitro* de ADN, natural ou recombinante; a manipulação genética de células germinais humanas; a intervenção em material genético humano *in vitro*, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitados os princípios éticos. O art. 13 dessa lei, ao criar os tipos penais correspondentes, tem sofrido severas críticas por sua falta de técnica.

A Lei nº 9.434, de 04.02.1997, que regulamentou a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, expressamente excluiu de sua incidência o sangue, o esperma e o óvulo (art. 1º, parágrafo único). Como se pode observar, a matéria ainda é um campo a ser semeado pela normatização jurídica.

Ante a lacuna legal e para sanar problemas relativos a procriação, a ciência começou a lançar mão de técnicas destinadas a driblar a esterilidade humana através de meios não naturais, sem contudo constituir técnica de engenharia genética. Inicialmente o escopo da reprodução assistida não era modificar o patrimônio genético, apenas criar um novo ser. As alterações surgiram como um procedimento para atingir o fim almejado.

As tentativas de induzir a reprodução ou a reprodução medicamente assistida (RA) foram iniciadas no final do século XVIII. Em 1778, ganhou celebridade o nascimento, na Inglaterra, do primeiro ser gerado *in vitro*: Louise Brown. Na verdade, Louise foi concebida numa placa chamada de Petri, uma espécie de pires de vidro bem espesso, pelos pesquisadores ingleses Patrick Steptoe e Robert Edwards. Em 1984 nasceu Zoe Leyland, na Austrália, primeiro bebê desenvolvido a partir de um embrião criopreservado. Em 1987 a Igreja Católica, na "Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e à dignidade da procriação" repudiou a prática que se iniciava, tendo sistematicamente se manifestado no mesmo sentido. Em 1995 o bebê Elisabetta, em Roma, criou polêmica por ter vindo ao mundo dois anos depois da morte de sua mãe e do útero da irmã de seu pai. Em 2000 a comunidade científica anunciou o nascimento de bebês com genes de três pessoas, que ficaram conhecidos como "bebês transgênicos".

Inseminação artificial

A inseminação artificial é a que não segue os métodos tradicionais da natureza, ou seja, ocorre por procedimento diverso da cópula. A inseminação artificial consiste em uma injeção de sêmen previamente colhido e selecionado, na cavidade uterina ou no canal cervical, no período em que o óvulo está maduro para fecundação. Antes de ser aplicado em seres humanos foi largamente, e ainda é, utilizado na pecuária para aprimoramento de raças bovinas.

Meirelles (1998) aponta a multiplicidade de denominações para o coloquial "barriga de aluguel", fazendo expressa menção à Resolução nº 1.358, de 11.11.1992, do CFM que trata de "gestação em substituição", tais como maternidade de substituição, gestação por outrem, cessão de útero, maternidade de aluguel, maternidade por sub-rogação, mãe portadora, mãe por procuração, mãe interina, mãe de aluguel, mãe por comissão, entre outras.

Ante a omissão legal, para minimizar a questão, o CFM exige a existência de problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética, bem como que a doação temporária do útero não tenha caráter lucrativo ou comercial, e que esta pertença à família da doadora genética, com parentesco até 2.º grau, sendo os demais casos sujeitos a autorização do CRM. Isto é uma falácia, pois é sabido que o procedimento de reprodução assistida é dispendioso e que os planos de saúde não cobrem essa técnica. Com isto os hipossuficientes estão excluídos do acesso a esta tecnologia, salvo na posição de doadores ou na relação de locação de útero. Outra forma que está sendo utilizada para burlar a vedação do CFM consiste no casal com problemas de fertilidade e boas condições financeiras patrocinarem o tratamento para pessoas carentes economicamente em troca da doação de óvulos.

Os defensores da licitude do contrato de aluguel de útero alegam o direito constitucional de constituir família, permitindo aos inférteis recorrerem a vários meios de reprodução assistida. Outro argumento é a diferença entre as intenções de adoção, que pode ser impulsionada apenas pelo gosto de cuidar de uma criança, e do contrato de gestação. Entendo que esta alegação, no ordenamento jurídico brasileiro, esbarra na igualdade entre filhos vigente desde 1988 (CRF).

A barriga de aluguel seria um contrato de prestação de serviços, onde a contratante tem como mote apenas o lucro financeiro, fazendo com que após o nascimento surjam problemas de pedidos de suplemento à quantia pactuada, sem respeito à dignidade da criança que nascerá ou mesmo daquela que se aluga por dinheiro, como uma pros-

tituta. A prostituição voluntária não é crime na nossa legislação penal, mas nem por isto é objeto de aplausos sociais.

Outro conflito que pode surgir é o arrependimento da locatária que, após o parto, deseja ficar com a criança. Para alguns doutrinadores, o arrependimento da mulher deve ser considerado com mais força do que o seu compromisso prévio. O consentimento somente seria válido se expresso um mês após o parto. Este período de espera, essencial para a validade da manifestação da vontade, deixaria os contratantes em posição de grande fragilidade, pois, ante a contratada, em geral de parcas condições financeiras, não teria como indenizar os decepcionados futuros pais. As questões surgidas não estão sendo trazidas às barras dos tribunais, aparentemente sendo resolvidas de forma cambial: assina-se mais um cheque para suplementar o pagamento inicialmente pactuado. Como medida de segurança os contratantes marcam uma cesariana, e o obstetra fornece uma declaração, para fins de comprovação no Registro de Pessoas Físicas, de que a mulher contratante deu a luz à criança, inexistindo na relação que se estabelece a figura da mulher contratada. Inegavelmente isto seria o tipo de dar parto alheio como próprio; apesar de acompanhar, não encontrei na jurisprudência o crime de parto suposto ligado a RA.

A inseminação artificial pode ser *homóloga*, quando os doadores formam um casal, e *heteróloga*, ou extraconjugal. A primeira é socialmente aceita, sendo entendimento corrente que não fere princípios da Moral e do Direito. A segunda gera mais polêmica por afetar várias pessoas simultaneamente. Por outro lado esta prática científica permite a realização de uma tão sonhada maternidade em mulher sem útero, mas com ovários, desde que consiga uma Barriga de Aluguel, ou, quando a infertilidade é masculina, por meio da doação de sêmen.

Semião (1998, p. 178) aborda os direitos do nascituro, com implicações cíveis, criminais e do biodireito, alertando para a questão da destruição de embriões congelados ou de sua comercialização. Estes são aspectos ainda não disciplinados nem enfrentados pelos tribunais, mas urge que a doutri-

na, desempenhando o papel social que lhe cabe, se posicione, sinalizando o caminho a ser seguido.

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina, mediante a Resolução CFM 1.358/92, já mencionada, instituiu as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida (RA), para resolver problemas de infertilidade humana.

Existe um consenso de que essas técnicas não sejam utilizadas para escolha de sexo ou qualquer característica biológica, só para evitar do-

enças ligadas ao feto. Os aspectos éticos mais importantes são os relativos à utilização de material sem consentimento, uma vez que toda a técnica tem que ser obrigatória e extensivamente exposta, denominando-se de consentimento informado, principalmente possíveis conseqüências sociais, biológicas e jurídicas. Visando-se a evitar problemas futuros toma-se ciência por escrito, em formulário especialmente preparado, submetido à concordância e assinatura de todos: pacientes inférteis e doadores.

O estado civil dos participantes pode ser um obstáculo jurídico, quando a mulher não tem a concordância do cônjuge ou companheiro para o procedi-

mento, visto que este, apesar de não ser o doador, terá que manifestar seu consentimento. Um óbice foi superado com a possibilidade da ação de investigação e negatória de paternidade não ter um prazo exíguo para sua propositura, uma vez que a paternidade hoje pode ser uma certeza científica, pelo exame de DNA, deixando de ser uma suposição jurídica.

A equipe médica também enfrenta problemas na RA, posto que o Código de Ética Médica (CEM), no art. 43, veda ao médico descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou tecidos, esterilização, fecundação artificial e abortamento. Obriga ainda no art. 68 que a prática da fecundação artificial seja precedida de consentimento e esclarecimentos de todos os participantes.

Dentro deste moderno arsenal de técnicas científicas, nasce um manancial de questões jurídicas não solucionadas pelo Direito Positivo, tais como:

· a determinação da maternidade em caso de
1. heteroimplantação;

Os defensores da
licitude do contrato
de aluguel de útero
alegam o direito
constitucional de
constituir família,
permitindo aos
inférteis recorrerem a
vários meios de
reprodução assistida.

2. se o óvulo não é o da esposa;
- a determinação da paternidade em fecundação heteróloga;
 - o estupro científico (DINIZ, 1994, p. 210)
 - a responsabilidade médica, na fecundação na proleta, por iatrogenias como a síndrome Prader-Willi ou a de Angelman;
 - a possibilidade da inseminação *post mortem*;
 - o direito de a pessoa conhecer sua ascendência, no caso de ter a concepção ocorrido com material doado, e o doador desejar o anonimato.

O estupro científico ocorreria quando uma mulher fosse, por violência, ameaça ou erro justificável, submetida a uma inseminação artificial. Poderia ocorrer que ela acreditasse estar sendo utilizado sêmen de seu marido, quando na verdade o seria de terceiro. Advoga-se a tese de que haveria base legal para um aborto, na forma do art. 128 do CP, por ter ocorrido um *estupro científico*.

A *heteroimplantação*, quando o óvulo fecundado *in vitro* é implantado em outra mulher, cria a figura da mãe de suporte ou mãe hospedeira, que recebe o embrião alheio, mediante altas somas, comprometendo-se a entregar o bebê. O contrato de locação do útero, para alguns proibido pela legislação brasileira (CRF art. 199 § 4º), é dissimulado com compromissos de pagamento de despesas ou promessa de recompensa.

Na infertilidade masculina pode-se recorrer a um Banco de Sêmen, desde que a doação não tenha caráter lucrativo ou comercial e seja preservado o sigilo da identidade dos doadores e dos receptores, salvo informações de caráter clínico. A escolha do doador é responsabilidade da Clínica que, para evitar constrangimentos sociais, deve garantir que o doador tenha semelhança física com o marido ou companheiro da receptora, sendo proibido que qualquer membro que participe dos programas da RA seja doador de sêmen.

Preconceitos naturais e o medo de ações de investigação de paternidade fazem com que existam poucos doadores, tornando a compra e venda de esperma/óvulos um lucrativo mercado paralelo, onde o percentual de material aproveitado não é controlado e os doadores são movidos por objetivos econômicos. Para evitar que clínicas inescrupulosas utilizem embriões excedentes, os médicos são obrigados a informar aos pacientes quantos foram produzidos, para que o casal decida quantos pré-embriões serão implantados e se haverá criopreservação do excedente, valendo ressaltar a incerta da fidelidade da informação fornecida. Nesta hipótese os cônjuges devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado ao pré-embrião, em caso de divórcio, doença grave ou morte de um deles ou de ambos.

Ferraz (1991, p. 55) determina a maternidade e paternidade nos seguintes termos:

Em qualquer hipótese, mãe é aquela que gerou o óvulo, ou cujo parceiro fecundou-o com seu sêmen; ou ainda, no caso de fecundação heteróloga total (nem o sêmen, nem o óvulo, são do casal), a mulher que buscou a mãe substituta. E pai, na fecundação heteróloga, é não o doador do sêmen, mas o que consentiu na doação.

As novas técnicas reprodutivas

As novas técnicas reprodutivas, em especial a fertilização *in vitro*, trouxeram implicações inéditas de ordem ética e jurídica, desencadeando um processo que permite chegar, por exemplo, à mãe de aluguel ou à pesquisa em embriões. A esse respeito, cabem as indagações: Quem é a mãe da criança gerada mediante as técnicas de reprodução assistida - aquela que gerou, a que forneceu o óvulo ou a que contratou? Quais os direitos dos embriões congelados? Que tipo de especialização se exigirá dos médicos que poderão atuar no setor e que órgão será encarregado da sua fiscalização?

O único instrumento normativo disponível hoje a respeito da reprodução assistida é a Resolução nº 1.358, de 1992, do CFM. Mas aquele Conselho não tem competência para resguardar direitos e garantias de médicos e pacientes, e também da sociedade, o que só será possível com o esforço conjunto de legisladores e juristas. A lei deverá igualmente prever e permitir a aplicação autônoma de sanções civis ou penais para os que descumprirem as normas.

Em 1991, quando foi iniciada a injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI), discutiu-se sobre a possibilidade de danos e lesões na estrutura genética do novo ser, durante o procedimento de se introduzir a agulha no óvulo, o que já é considerado superado pelos cientistas, mas que somente o tempo irá confirmar.

A revista "Science", de 20/4/2001, anunciou os primeiros 15 seres humanos com modificação genética da linhagem germinativa resultando em crianças normalmente saudáveis. (SITE...) O procedimento, conhecido como transferência ooplásmica, consiste em melhorar a qualidade do óvulo feminino, com o acréscimo de 10% a 15% do citoplasma (fluido que recheia as células) do óvulo de uma doadora fértil e injetá-los no óvulo da mulher infértil por mau funcionamento do citoplasma. No citoplasma encontra-se o DNA mitocondrial transmitido apenas pelas mulheres. Posteriormente o óvulo é fecundado por espermatozoide em uma fertilização *in vitro* e o embrião implantado no útero da mulher infértil, onde é gerado. Os bebês nasci-

dos dessa técnica adquirem pedacinhos de DNA de outra mulher, podendo ter genes de três adultos.

Com o citoplasma são injetadas suas organelas, entre elas mitocôndrias, que contêm 13 genes (contra mais de 30 mil nos cromossomos do núcleo); o óvulo e as crianças assim geradas carregam uma mistura de DNA mitocondrial de duas mulheres. Para os cientistas o procedimento seria legal, sendo questionável sua ética. Associa-se a técnica da injeção citoplasmática ao risco de doenças mitocondriais (mutações no DNA da organela, que podem provocar distúrbios de vários tipos, entre eles cardíacos e neurológicos). O tema é polêmico, em especial porque legislações alienígenas impedem alteração da linhagem germinativa, bem como a incerteza da perfeição dos óvulos das doadoras. Os problemas éticos e morais decorrentes dessa prática têm provocado repúdio de alguns segmentos sociais.

A mitocôndria é uma estrutura que fica solta no citoplasma, mas distante do núcleo da célula, que abriga a maior parte do genes. A técnica da transferência de citoplasma está sendo empregada em clínica paulista de reprodução assistida. Exige-se das candidatas que assinem um termo de consentimento, ante a possibilidade de contaminação pela quantidade injetada de DNA mitocondrial da doadora (DIREITO..., 2001). Assustam os efeitos iatrogênicos da alteração do material genético ante o desconhecimento de efeitos futuros da mesma forma que preocupam as perspectivas do uso de tecnologias de 'reprogenética' para modelar futuras crianças, em que pese a afirmativa dos médicos de que a técnica não manipula genes, apenas acrescenta "inócuo material genético adicional". O procedimento de transferência de citoplasma pode acarretar que o bebê receba material genético do pai, da mãe e da doadora do citoplasma, numa modificação genética, o que ocorreu com dois dos 15 bebês gerados a partir dessa técnica. Foi divulgado que dois fetos, que não constam da estatística acima mencionada, foram abortados por serem portadores de um distúrbio genético raro - a síndrome de Turner, na qual um cromossomo inteiro é perdido (WEISS, 2001, p.21). O diagnóstico da anomalia é feito por meio de biópsia embrionária, na qual uma célula do embrião fertilizado é retirada antes de ele ser implantado no útero.

O Instituto de New Jersey aplicou o tratamento em 30 mulheres inférteis, das quais 17

não engravidaram; uma engravidou e sofreu um aborto involuntário. As outras doze deram à luz, sendo que três mulheres tiveram gêmeos.

Até o momento as crianças estão bem, apesar de duas delas apresentarem mitocôndrias misturadas. Segundo pesquisadores americanos, o procedimento pode até evitar a herança de certas doenças genéticas. A diretora da Autoridade Britânica para Embriologia e Fertilização Humana, Ruth Deech, alertou sobre a incerteza se os benefícios deste tratamento compensariam os riscos.

O órgão que controla tratamentos de fertilidade na Grã-Bretanha anunciou que está disposto a analisar pedidos de cientistas que queiram usar a nova técnica que altera o código genético dos bebês. O pioneiro em tratamentos contra a infertilidade, o britânico Lord Winston, do Hammersmith Hospital, em Londres, declara suas reservas em relação ao método, posto que o material genético da doadora altera minimamente o código genético do bebê e será transmitido às próximas gerações.

Como disse no início, não esgotei o tema mas partilhei com os que lerem este artigo as minhas dúvidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINIZ, Maria Helena, Reflexões sobre a problemática das novas técnicas científicas de reprodução humana assistida e a questão da responsabilidade civil por dano moral ao embrião e ao nascituro. In: LIVRO de Estudos Jurídicos. Rio de Janeiro: S.n., 1994. n.8, p. 210.

FERRAZ, Sergio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MEIRELLES, Jussara. *Gestação por Outrem e Determinação da Maternidade: "mãe de aluguel"*. Genesis, Curitiba, p. 23, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SEMÍÃO, Sérgio Abdalla. *Os Direitos do Nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SITE DA ONG ISIS - Instituto de Ciência na Sociedade, com sede em Londres. Disponível em: www.isis.org

WEISS, Rick. (Reportagem). *Jornal O Globo*, 19 maio 2001. Caderno Ciência e Vida, p. 29.

O ESTUDO DA ÉTICA PROFISSIONAL NO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Flávio Bento *



Resumo

O presente trabalho demonstra a importância do estudo da Ética Profissional no Curso de Graduação em Direito. Esse valor pode ser confirmado por dois argumentos principais: a) a esperança, que a sociedade possui, de que o formando em Direito se torne um profissional com conduta ética exemplar; e b) a perceptível crise ética que envolve as profissões jurídicas na atualidade, em função da constante divulgação de comportamentos de profissionais jurídicos que suscitam sérios questionamentos éticos.

Palavras-chave

Ética, ética e educação, ética profissional, ensino jurídico.

Abstract

This paper presents the importance of studying Professional Ethics in undergraduate courses in Law. This value can be confirmed by two major arguments: a) the society expects for the graduate in Law to become a professional whose ethical conduct is exemplary; and b) there is a perceptible ethical crisis that nowadays involves legal professions due to the frequent manifestation of the behavior of legal professionals who give rise to serious legal issues.

Keywords

Ethics, ethics and education, professional ethics, legal teaching.

* Professor dos Cursos de Direito da Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha" e da Universidade do Oeste Paulista; mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina; doutorando em Educação na UNESP, Campus de Marília.

Os cursos [...] que não problematizam os temas axiológicos e éticos, mutilam os estudantes e estiolam os futuros profissionais. (LÓBO, 1996).

Introdução

As questões éticas normalmente representam preocupações constantes na vida profissional; afirmar-se que isso normalmente acontece, pois, em muitas situações, é necessário reconhecer que o comportamento ético deveria preocupar os profissionais mas, efetivamente, isso não se verifica.

Em contrapartida, a sociedade está cada vez mais atenta para as questões éticas em suas várias áreas: na política, nos meios de comunicação, na educação, no exercício profissional etc. Uma matéria, publicada em jornal de circulação nacional, questionou o comportamento ético do Presidente da República com relação à proposta de criação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) sobre a corrupção. Segundo a reportagem, o Presidente teria barganhado a liberação de verbas orçamentárias em função da retirada de assinaturas de parlamentares do requerimento de abertura da CPI (ÉTICA ..., 2001). Essa notícia serve para destacar que tanto o Presidente da República, como qualquer profissional, experiente ou principiante, estão sujeitos a críticas, no plano da conduta, por seus atos e omissões.

É sabido que o ser humano é falível e que está sujeito a incorreções. Essa é uma característica da condição humana. O homem, entretanto, tende para a correção, para a prática do bem. Como afirma José Renato Nalini, o homem “tende naturalmente para o bem” (2001, p. 39). O estudo e a discussão da Ética, do comportamento adequado, é uma necessidade da sociedade para recordar ao homem o comportamento correto que ele precisa observar, em benefício de uma harmônica convivência social. Essa orientação deve ser feita durante todo o processo educativo do cidadão e, especialmente, no ensino superior, voltada para a futura atuação profissional do formando.

É necessário esclarecer, ainda, que não está inserida nos propósitos deste estudo a análise aprofundada do conceito de ética e de sua relação com a moral, em função da complexidade dessas questões e dos objetivos restritos deste artigo. Pode-se considerar, entretanto, que a ética procura compreender o comportamento humano, os costumes do ser humano, e esse entendimento não pode ser cumprido sem se observarem os valores que balizam a atitude humana, vigentes em uma determinada sociedade, o que a aproxima da moral. A ética se preocupa em compreender a conduta humana, e seu objeto é a moral. A moral, por sua vez, pode ser compreendida como uma regulação subjetiva de valores consi-

derados legítimos por uma determinada sociedade, em certo momento histórico. A ética, neste contexto, procura analisar a validade da moral, refletir criticamente sobre a moralidade e seus reflexos na conduta dos sujeitos. A ética objetiva traçar princípios e ações (aspecto objetivo), visando a orientar a conduta humana, baseada nessa reflexão sobre a moralidade (aspecto subjetivo) que se julga válida em determinada cultura.

Pretendemos abordar nesse pequeno estudo algumas questões relacionadas com a Ética Profissional Jurídica ou Deontologia Jurídica. O momento mostra-se muito oportuno em função de diversas questões éticas que estão em discussão nos últimos meses e que envolvem, especialmente, a Ética e a atuação de operadores jurídicos e, também, de políticos.

A atualidade da discussão ético-jurídica

É possível afirmar que, mais do que em qualquer outra época, a Ética Jurídica nunca esteve tanto em evidência. Essa evidência, ao contrário do que seria adequado acontecer, mostra-se sob aspectos negativos. O que está em evidência, de forma direta, não são as normas éticas ou a discussão ética suscitada naturalmente no contexto social, o que está em destaque são os comportamentos de profissionais jurídicos, que suscitam questionamentos éticos.

Nesse sentido, destacam-se algumas situações mais relatadas. O juiz Nicolau dos Santos Neto, ex-presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, um dos maiores e mais importantes do país, é acusado de desviar importâncias que estavam destinadas à construção do edifício-sede do tribunal, em um esquema de desvio de verbas que levou à cassação do então senador Luiz Estevão de Oliveira Neto e à prisão de ambos. Esse mesmo magistrado foi, durante determinado período, o foragido mais famoso e procurado do país. A edição de 11 de dezembro de 2000, de uma das maiores revistas semanais do Brasil, teve como manchete: *A rendição do juiz ladrão* (ÉPOCA, 2000). Há, ainda, as denúncias de nepotismo nos tribunais, de favorecimento em julgamentos, de regalias oferecidas por grandes empresas a magistrados, entre outras situações. Isso sem contar os diversos problemas locais, que ficam afastados do noticiário nacional e que não chegam ao conhecimento geral, envolvendo tanto advogados, como juizes, promotores e outros.

Um dos caminhos que deve ser trilhado para se discutir essa realidade ético-profissional passa pelos Cursos de Graduação em Direito. O aluno deve ser adequadamente orientado sobre as exigências éticas que lhe serão impostas quando passar a exercer qualquer das profissões jurídicas; o formando deve,

ainda, conhecer, discutir e pensar a realidade ético-profissional dos dias atuais, para que possa refletir sobre sua atuação enquanto estudante, e para que possa formar sua convicção nesse campo.

A ética profissional como matéria do currículo do curso de graduação em direito

A educação jurídica, executada pelos Cursos de Direito, visa essencialmente à formação de recursos humanos aptos para o exercício das diversas profissões jurídicas. Para cada Curso executar esse objetivo de modo adequado, destacam-se, como fatores importantes, o projeto pedagógico e o currículo, ou conjunto de disciplinas adotado pela instituição de ensino.

Não obstante a destacada preocupação com o preparo de futuros operadores jurídicos, entende-se que a formação dos alunos não se pode restringir apenas às informações técnicas. Espera-se que o formando de Direito adquira, durante o Curso, não somente uma sólida formação profissional, imagina-se, também, que o aluno adquira uma adequada formação geral e humanística, o que envolve a questão ética.

A sociedade espera que o formando de Direito adquira, durante o Curso de Graduação, algumas características indispensáveis à sua futura vida profissional. Dentre essas características, destaca-se o alcance de uma consciência quanto à necessária conduta ética, associada à responsabilidade social e profissional (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2001). Essa foi a orientação expressa pela comissão nomeada pelo Ministério da Educação para elaborar a proposta de alteração das diretrizes curriculares dos Cursos jurídicos. A sugestão apresentada pela comissão, entretanto, foi substituída pelo polêmico Parecer n. 146/2002, do Conselho Nacional de Educação, Câmara de Educação Superior, que fixou as Diretrizes Curriculares Nacionais dos cursos de graduação em Direito, Ciências Econômicas, Administração, Ciências Contábeis, Turismo, Hotelaria, Secretariado Executivo, Música, Dança, Teatro e Design (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2002). No texto aprovado do Parecer desapareceu a expressa preocupação com a formação ética do discente. Consta no Parecer n. 146/2002 que:

...quanto ao perfil desejado, o curso de Direito deverá oportunizar ao graduando uma sólida formação geral e humanística, com a capacidade de análise e articulação de conceitos e argumentos, de interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e visão crítica que fomente a capacidade de trabalho em equipe, favoreça a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica,

além da qualificação para a vida, o trabalho e o desenvolvimento da cidadania (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2002, p. 11).

Para proporcionar condições ao aluno de atingir a formação ético-profissional esperada, julga-se ser de vital importância a inserção de uma disciplina específica no currículo dos Cursos de Graduação.

Com relação à possibilidade de previsão de uma disciplina de Ética Profissional no currículo dos Cursos de Direito, é necessário destacar a importância da Portaria n. 1886, de 30 de dezembro de 1994, do então Ministério da Educação e do Desporto, que fixou as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do Curso Jurídico (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E DO DESPORTO, 1996, p. 167-169).

Antes de se analisar a Portaria em questão, é preciso salientar que o tema *ética* é tradicionalmente incluído dentro de um segmento do conhecimento humano mais amplo, representado pela filosofia (REALE, 1999, p. 34-37).

Ao analisar a evolução dos currículos do Curso Jurídico, desde a sua criação, que ocorreu em 1827, verifica-se que somente em 1891 o Curso passou a contar, obrigatoriamente, com uma disciplina de filosofia, ministrada em conjunto com a história do Direito (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 1997, p. 193). Em 1895, a legislação que reorganizou as Faculdades de Direito desmembrou a disciplina Filosofia e História do Direito, e previu a disciplina de Filosofia do Direito para o primeiro ano letivo (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 1997, p. 195).

A partir de 1931, a legislação que disciplinava o ensino superior previa o ensino do direito em dois cursos: o bacharelado e o doutorado em Direito. A disciplina de Filosofia do Direito deixou de ser obrigatória no Curso de bacharelado. As Faculdades, entretanto, tinham autonomia para instituir o ensino de outras matérias, além daquelas indicadas como inevitáveis. A Filosofia do Direito era disciplina obrigatória somente no curso de doutorado (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 1997, p. 199-202).

Somente com o advento da Portaria n. 1886, a Filosofia voltou a ser considerada como matéria obrigatória do curso jurídico. Ao fixar o conteúdo mínimo do curso, o artigo 6º, nos incisos I e II, elenca as matérias obrigatórias, que podem estar contidas em uma ou mais disciplinas do currículo, dividindo-as em dois grupos: as disciplinas fundamentais e as profissionalizantes¹.

Entre as disciplinas fundamentais está a Filosofia Geral e Jurídica, que pode incluir a Ética Geral e Profissional. Assim, o curso jurídico deve prever, no mínimo, uma disciplina de Filosofia, que po-

derá abranger a Filosofia Geral e a Jurídica e a Ética Geral e Profissional, ou a matéria desmembrada em quatro disciplinas: Filosofia Geral, Filosofia Jurídica, Ética Geral e Ética Profissional.

Alguns Cursos de Graduação, seguindo a permissão traçada pela Portaria n. 1886, têm inserido em seus currículos a disciplina Ética Profissional, de forma independente da matéria fundamental, que é a de Filosofia. Cita-se, como exemplos, os currículos da Universidade Estadual Paulista, Faculdade de História, Direito e Serviço Social, onde consta a disciplina *Ética Profissional*, com carga de 60 horas (UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA, 2002), e a Faculdade de Direito de Marília, mantida pela Fundação de Ensino *Eurípides Soares da Rocha*, com a disciplina *Ética Profissional*, também com carga de 60 horas (FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA", 2002).

Quanto à previsão da disciplina de Ética Profissional no conteúdo curricular, o Parecer n. 146 manteve a orientação da Portaria 1886, ao estabelecê-la como uma das disciplinas de conteúdo de formação fundamental, junto com a Ciência Política (com Teoria Geral do Estado), a Economia, a Sociologia Jurídica, a Filosofia, a Psicologia Aplicada ao Direito e a Ética Geral (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2002, p. 11) ².

O conteúdo programático da disciplina ética das profissões jurídicas

O conteúdo programático da disciplina, representado pelo conjunto de temas básicos necessários à compreensão do assunto, dependerá da carga horária fixada para a matéria. É possível recomendar, todavia, alguns tópicos relevantes quando a disciplina for prevista com uma carga horária menor, e itens complementares que poderão ser agregados quando a previsão de horas for mais extensa.

Indica-se como conteúdo básico da disciplina os seguintes itens: 1) conceito de Ética, diferenças e semelhanças entre a Ética e a Moral; Ética e Justiça; 2) relação da Ética com o Direito: normas, doutrina, jurisprudência; bioética; 3) ética do estudante; 4) Ética

Profissional ou Deontologia; 5) Deontologia Forense: princípios; 6) ética do advogado: Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. O conteúdo, quando possível, pode ser estendido para os seguintes pontos: 7) regras deontológicas específicas dos demais operadores jurídicos: magistrado, promotor de justiça, delegados, procuradores; 8) a Ética, os novos desafios da atualidade e as repercussões nas relações jurídicas: avanços nas ciências biológicas; globalização; serviços de informações; *internet*.

Os objetivos da disciplina

O propósito que o estudo da Ética Profissional propõe a atingir, isto é, qual o resultado que se pretende em função da matéria, foi claramente definido na proposta das diretrizes curriculares do Curso de Direito, elaborada pela comissão de especialistas de ensino jurídico, que traçaram o perfil desejado do formando. Nesse sentido, considerando como objetivo geral do estudo da Ética Profissional, o Curso de Direito

...deve proporcionar condições para que o formando possa, ao menos, atingir as seguintes características em sua futura vida profissional: [...] (b) conduta ética associada à responsabilidade social e profissional; [...] (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2001).

Outros objetivos, que representam desdobramentos do anterior, podem ser assim estabelecidos: a) estimular e auxiliar o aluno a pensar sobre questões éticas sociais e profissionais; b) despertar o interesse para a formação humanitária, suscitando a preocupação em conciliar as normas jurídicas com os imperativos éticos e valores que devem nortear a conduta humana; c) delimitar a fronteira entre o moral e o jurídico, suas diferenças e proximidades; entre outros propósitos.

O estudo da Ética Profissional deve procurar conciliar o aspecto técnico-jurídico e os valores morais vigentes que devem ser protegidos pelos operadores jurídicos. Não basta ao estudante conhecer as normas jurídicas, é preciso interpretá-las, tendo em vista noções de ética, de justiça, de cidadania, entre outras.

Conclusões

O presente trabalho demonstra, em poucas

O que está em evidência não são as normas éticas ou a discussão ética suscitada naturalmente no contexto social, mas sim os comportamentos de profissionais jurídicos.

palavras, a importância do estudo da Ética Profissional no Curso de Graduação em Direito. A relevância do estudo da Ética está presente na formação de qualquer profissional e na própria formação do cidadão, daí a importância e atualidade do tema.

Além de orientar o conhecimento técnico dos futuros profissionais jurídicos, o Curso em questão deve formar pessoas conscientes de sua necessária atuação ética, social e profissional.

Como observa Horácio Wanderlei Rodrigues, os Cursos de Direito têm a peculiaridade de formar academicamente:

...a maioria dos políticos do país e também grande parte da burocracia estatal, isso para não falar que é de sua responsabilidade a formação dos membros do Poder Judiciário. Esses são espaços fundamentais. A formação de juristas realmente preparados para ocupá-los e exercê-los eticamente é fundamental. (RODRIGUES, 1995, p. 20)

Espera-se que os responsáveis pelos Cursos de Graduação e os docentes do ensino jurídico estejam atentos para a importante missão de formar profissionais comprometidos com a atuação ética. A relevância das profissões jurídicas e a importância de suas instituições para toda a sociedade exigem esta preocupação.

Notas

¹ Art. 6º O conteúdo mínimo do curso jurídico, além do estágio, compreenderá as seguintes matérias que podem estar contidas em uma ou mais disciplinas do currículo pleno de cada curso: I - Fundamentais: Introdução ao Direito, Filosofia (geral e jurídica, ética geral e profissional), Sociologia (geral e jurídica), Economia e Ciência Política (com teoria do Estado); II - Profissionalizantes: Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, Direito Processual Penal, Direito do Trabalho, Direito Comercial e Direito Internacional. Parágrafo único. As demais matérias e novos Direitos serão incluídos nas disciplinas em que se desdobrar o currículo pleno de cada curso, de acordo com suas peculiaridades e com observância de interdisciplinaridade.

² Segundo o Parecer 146, quanto ao conteúdo curricular: "Os cursos de graduação em Direito deverão contemplar, em seus projetos pedagógicos e em sua organização curricular, conteúdos que atendam aos seguintes eixos interligados de formação: I - Conteúdos de Formação Fundamental, que tem por objetivo integrar o estudante no campo do Direito, estabelecendo ainda as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo estudos que envolvam a Ciência Política (com Teoria Geral do Estado), a Economia, a Sociologia Jurídica, a Filosofia e a Psicologia Aplicada ao Direito e a Ética Geral e Profissional; II - Conteúdos de Formação Profissional, abrangen-

do, além do enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação do Direito, observadas as peculiaridades dos diversos ramos do Direito, de qualquer natureza, estudados sistematicamente e contextualizados segundo a evolução da Ciência Jurídica e sua aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil e suas harmônicas relações internacionais; III - Conteúdos de Formação Prática, que objetiva a integração entre a prática e os conteúdos teóricos desenvolvidos nos demais eixos, especialmente nas atividades relacionadas com o estágio curricular durante o qual a prática jurídica revele o desempenho do perfil profissional desejado, com a devida utilização da Ciência Jurídica e das normas técnico-jurídicas" (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2002, p. 11-12).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÉPOCA, São Paulo, ano 3, n. 134, 11 dez. 2000.

ÉTICA jornalística e ética política. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 20 maio 2001, p. A3.

FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA". Disponível em: <http://www.fundanet.br/cursos/cur_direito_grade.htm>. Acesso em: 8 fev. 2002.

LÓBO, Paulo Luiz Neto *et al.* Uma cartografia dos problemas. In: CONSELHO FEDERAL DA OAB. *OAB ensino jurídico: diagnóstico, perspectivas e propostas*. 2 ed. Brasília, DF: [s.n.], 1996.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Diretrizes curriculares do curso de direito. Disponível em: <http://www.mec.gov.br/sesu/ftp/curdiretriz/direito/dir_dire.doc>. Acesso em: 11 maio 2001.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E DO DESPORTO. Portaria n. 1886, de 30 de dezembro de 1994. Fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Brasil). *OAB ensino jurídico: novas diretrizes curriculares*. Brasília, DF: Conselho Federal da OAB, 1996.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Parecer n. 146/2002, Conselho Nacional de Educação, Câmara de Educação Superior, 03 abr. 2002. Diretrizes Curriculares Nacionais dos cursos de graduação em Direito, Ciências Econômicas, Administração, Ciências Contábeis, Turismo, Hotelaria, Secretariado Executivo, Música, Dança, Teatro e Design. Disponível em: <<http://www.mec.gov.br/sesu/ftp/pareceres/14602DCEACTHSEMDTD.doc>>. Acesso em: 4 jul. 2002.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Brasil). *Ensino jurídico OAB: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil*. Brasília, DF: OAB, Conselho Federal, 1997.

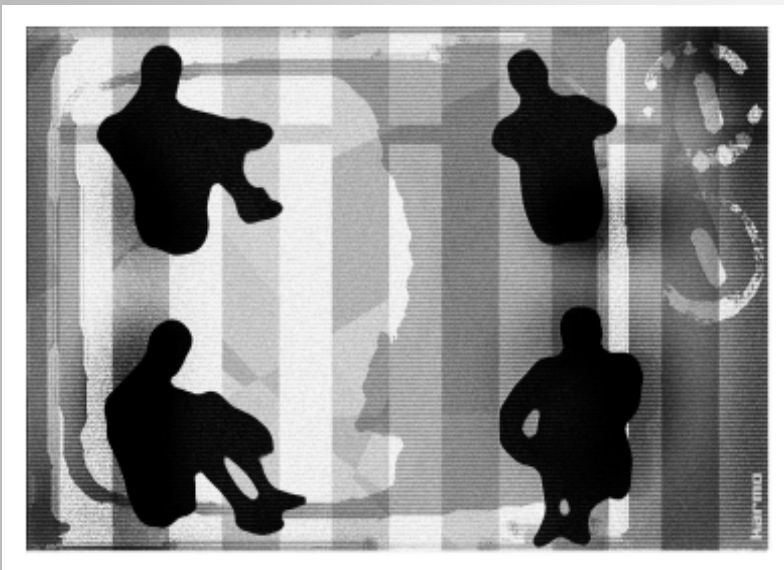
REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Novo currículo mínimo dos cursos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA. Disponível em: <<http://www.franca.unesp.br/graduacao/currid2001.htm>>. Acesso em: 8 fev. 2002.

O REALITY SHOW DAS PRISÕES BRASILEIRAS

Gilson César Augusto da Silva*



Abstract

This paper is intended for discussing the serious crisis concerning Brazilian penitentiary system. It describes briefly the history of punishment since ancient times until today and the beginning of the penalty humanization in the eighteenth century a. C. This paper also demonstrates that the present situation of jails and prisoners has not improved significantly since that time, and that there has been retrocession in some cases. It is studied the functions that penalty must have as being a form of social control, emphasizing the deprivation of rights, which is applied to the authors of serious crimes. There is a large number of reality shows on television nowadays, and we use this fact to draw a superficial analogy between the situation of their participants and the situation of the prisoners. Finally, we present the problems of Brazilian penitentiary system and highlight the importance of settling a criminal person in society again.

Keywords

Penalty, penitentiary, re-socialization, penitentiary system, reality show, criminal.

Resumo

O texto procura abordar a grave crise do sistema penitenciário brasileiro. Em breve relato, mostra a história da forma de se punir o criminoso, desde a antigüidade até os dias de hoje, passando pela humanização da pena iniciada no Século XVIII d.C. Demonstra que as atuais condições carcerárias dos detentos não melhoraram muito desde o referido período humanitário. Em alguns casos, houve até retrocessos. Depois, trata as funções que a pena deve ter como forma de controle social, com maior ênfase as penas privativas de liberdade, que são as destinadas aos autores de crimes graves. Aproveitando a onda televisiva dos *reality shows*, fizemos uma analogia superficial das condições dos participantes desses programas com as dos presos. Por fim, são mostradas as mazelas do sistema carcerário brasileiro, destacando a importância que deve ter a recuperação do criminoso.

Palavras-chave

Pena, penitenciária, ressocialização, sistema carcerário, *reality show*, criminoso.

* Professor de Direito Penal e Processual Penal da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha . Mestre em Direito Processual Penal – PUC/SP, promotor de Justiça.

Crise no sistema prisional

Muito se tem falado sobre o sistema penitenciário brasileiro. A frase mais ouvida quando se inicia o debate é *o sistema está falido*. E realmente está. Mas poucos perguntam os motivos dessa *falência*, poucos se dão conta das razões desse estado de coisas. Pretendemos nesse texto traçar algumas das causas que levaram a essa triste realidade sem, evidentemente, a pretensão de esgotar o assunto, e, sim, fomentar ainda mais o debate, até porque o tema é por demais complexo e não seria possível, mesmo condensando, tratá-lo em um único artigo.

O assunto envolve a problemática da pena, especificamente a pena privativa de liberdade. Muito se fala, muito se legisla, muito se debate sobre as chamadas *penas alternativas*, mas pouco se faz e quase não se discute acerca do que fazer com os criminosos dos chamados crimes graves. Quem observa nossa legislação penal e a própria doutrina a respeito da matéria, verifica que nossa preocupação está resumida nas infrações de menor potencial ofensivo, nos chamados crimes leves, como se não houvesse crimes graves e criminosos de alta periculosidade no Brasil. Só para lembrar, no período de um ano são quarenta mil assassinatos, ou seja, morrem no país - por morte violenta - o total de americanos mortos na Guerra do Vietnã na metade do século passado. Para a Organização das Nações Unidas - ONU - quinze mil mortos por ano, em razão da violência, já são indicadores de guerra em um país (LOBATO, 2002, p.6). Apenas na Grande São Paulo ocorrem, aproximadamente, cento e dez homicídios por semana. Vale dizer, o problema existe e é gravíssimo. Vivemos uma guerra civil.

É verdade que, em face do visível aumento da criminalidade ocorrido nas décadas de oitenta e noventa, houve um endurecimento da legislação penal, resumida na edição da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072, de 25-07-1990). Mas não se pode falar que referida lei ordinária - circunscrita a poucos crimes e de constitucionalidade contestada - trouxe ao debate a discussão do problema carcerário. Isso não aconteceu, como também não houve diminuição, ao contrário houve aumento, da incidência dos crimes nela previstos. O endurecimento da pena, por si apenas, não deve ser visto como único recurso para o controle da criminalidade (GOMES, 2000, p.9).

O sistema penal realmente está em crise. O pior é que não é uma crise setorial, particularizada em um Poder ou em uma Instituição. Como se sabe, a individualização da pena tem três fases distintas. A fase legislativa, em que é fixado o *quantum* da pena abstrata, seu mínimo e máximo. A fase de *aplicação da pena*, em que o juiz ou tribunal transforma a pena abstrata em concreta. Por fim a fase de *execução da pena*. Os proble-

mas iniciam-se ainda na fase de elaboração da lei. O legislador, sem nenhuma preocupação lógica, realista e, às vezes, até constitucional, diuturnamente edita leis penais, como se fosse a norma a única solução dos problemas existentes. Legisla-se sem a preocupação realista operacional de colocar em funcionamento o que a norma prevê. Não se pode atribuir apenas à legislação a responsabilidade por um problema que envolve muitos outros fatores, até porque a lei é obra humana e, como tal, imperfeita na forma e no fundo, e dará duvidosos resultados práticos se não verificado com esmero o sentido e o alcance de suas prescrições (KORKOUNOV, 1903 apud MAXIMILIANO, 1996, p.11-12).

Na segunda fase, embora o juiz ou tribunal disponha de um grande leque de opções na fixação da pena, na prática, não consegue implementá-las por absoluta falta de condições operacionais que, na maioria das vezes, não é atribuição do judiciário e sim do executivo. Vale dizer, a lei fica apenas no *papel*.

Os problemas, todavia, não terminam quando a pena, finalmente, torna-se definitiva. Ao contrário, eles apenas transmudam para uma nova seara, a do respectivo cumprimento. E é nesse problema que nos atemos. Mais precisamente no que se refere à pena privativa de liberdade.

Histórico da pena

O surgimento da pena é bem remota, tornando-se difícil situá-la na origem (BITENCOURT, 2000, p.401), até porque sua história se confunde com a própria história da humanidade. Ela surge com o homem e o acompanha através dos tempos, posto que o crime de nós nunca se afastou (NORONHA, 1993, p.20). Em um breve histórico da pena, observamos que na antigüidade a punição do infrator era extremamente desproporcional à infração cometida. Na fase da *vingança privada*, como na fase da *vingança divina*, a punição ao autor do delito era absurdamente desproporcional ao crime praticado. A única pena existente, praticamente, era a pena de morte. Na fase da vingança privada, a princípio era a reação do indivíduo contra o indivíduo, depois, não apenas contra ele, mas contra sua família e, mais tarde, contra seu grupo social. Essa forma de vingança acabava dizimando famílias e grupos sociais.

A Lei de Talião¹, considerada por muitos como severa demais, impensável nos dias atuais, foi um grande avanço para a época porque, pelo menos, a vingança não se estendia à família ou grupo social do infrator. Mitigava, outrossim, a pena de morte. Era o "olho por olho, dente por dente", adotada no Código de Hamurabi, Rei da Babilônia, no Século XXXIII a.C². Referido Código, considerado a mais antiga legislação criminal de que se tem notí-

cia, adotava o seguinte princípio:

Se alguém tirar o olho de outro, perderá o seu igualmente; se alguém quebrar o osso de outro, partir-se-lhe-á um também; se o mestre de obras não construiu solidamente a casa e esta, caindo, mata o proprietário, o construtor será morto e, se for morto o filho do proprietário, será morto o filho do construtor.

Paralelamente à vingança privada, surgia a vingança divina. O princípio da repressão era punir em nome de Deus. A punição do infrator tinha por escopo satisfazer a divindade ofendida pelo crime, bem como purificar a alma. A par disso, a pena continuava rigorosa demais, desproporcional ao crime praticado, porque não havia um parâmetro para a punição divina. Cortavam-se os dedos e as mãos do ladrão. Cortava-se a língua do infame. Queimava-se o adúltero em cama ardente, enquanto a adúltera era entregue aos cachorros.

O surgimento da vingança pública não veio acompanhada da esperada proporcionalidade crime-punição. Era também por demais exacerbada. Punia-se em nome do rei, imperador, não raras as vezes, matando o infrator por um simples furto de ovelha.

A pena humanizou-se apenas na Idade Média. As legislações criminais da Europa em meados do século XVIII - *Século das Luzes* - primavam pelo rigorismo da pena. O Direito era um instrumento gerador de privilégios, que permitia ao Juiz, em seu livre arbítrio, julgar as pessoas de acordo com a sua condição social. Para mudar este estado de coisas, filósofos, moralistas e juristas dedicaram suas obras a censurar a legislação penal, defendendo as liberdades do indivíduo e enaltecendo os princípios da dignidade do homem. As correntes iluministas e humanitárias, das quais Voltaire, Montesquieu e Rousseau foram fiéis representantes, faziam severas críticas aos excessos da legislação criminal, sustentando que a pena não pode consistir em atormentar um ser sensível.

A pena deveria ser proporcional ao crime, devendo-se levar em conta, quando impostas, as condições pessoais do agente, seu grau de malícia e, sobretudo, produzir a impressão de ser eficaz sobre o espírito dos homens, sendo, ao mesmo tempo, a menos cruel para o corpo do delinqüente (GARRAUD apud PRADO, 1995 ; BITENCOURT, 1995, p.28). A esse movimento de idéias deu-se o nome de *Iluminismo*, que atingiu seu ápice na Revolução Francesa e influenciou consideravelmente o Direito punitivo da época. O grande nome desse período, pelo menos o mais famoso deles, foi Cesare Bonesana Beccaria, o Marquês de Beccaria. Os postulados formulados por Beccaria marcaram o início do Direito Penal moder-

no, baseado numa concepção utilitarista da pena. Em seu tempo, já dizia o nobre pensador, era melhor prevenir do que castigar:

Em realidade, muitas das reformas sugeridas por Beccaria foram propostas por outros pensadores. O seu êxito deve-se ao fato de constituir o primeiro delineamento consistente e lógico sobre uma bem elaborada teoria, englobando importantes aspectos penológicos. Beccaria constrói um sistema criminal que substituirá o desumano, impreciso, confuso e abusivo sistema criminal anterior. (BITENCOURT, 2000, p.33)

É importante lembrar que esses princípios reabilitadores ou ressocializadores da pena, idealizados por Beccaria, ainda não perderam vigência, até porque muitos dos problemas que outrora suscitava ainda continuam presentes e sem solução aparente.

Não se pode esquecer, quando se fala em sistema penitenciário, de John Howard, *Sheriff de Bedford*, posteriormente alcaide do referido Condado, que inspirou uma corrente penitenciarista, preocupada com as condições desumanas em que os presos cumpriam suas penas. Com o seu sentido humanitário, nunca aceitou as péssimas condições dos presídios em que ficavam depositados os presos ingleses. Em que pese não ter alcançado o sucesso em seu próprio país, suas idéias marcaram época. Com Howard, inegavelmente, nasce o penitenciarismo (ASÚA, 1997, p.58). Sua obra marca o início da luta, até hoje não vencida, da tentativa da humanização das prisões e da reforma do delinqüente. A prisão, até então, era apenas provisória. O criminoso ficava preso aguardando a punição final, que era a de morte, banimento, mutilação, etc.

Funções da pena

A pena como conceito, aplicação e, principalmente, como finalidade, evoluiu ao longo dos tempos. Ainda hoje, não obstante suas mazelas e suas excrescências, não podemos dela abrir mão. Não se vislumbra como possível viver em sociedade sem esse recurso. O Estado não pode ainda prescindir da pena como um dos meios de controle social, mas também não pode continuar sendo vista apenas como um "mal", como defendida pelos retribucionistas, e sim como uma necessidade social.

Várias são as teorias acerca da finalidade da pena. Há os que defendem a pena pelo seu simples caráter retributista (teoria absoluta). Para eles, o agente deve ser castigado pelo simples fato de ter delinqüido. Não vêem nenhuma consideração so-

bre a utilidade da pena para o criminoso ou para a sociedade. Referida teoria é defendida, entre outros, por Kant e Hegel. O primeiro chega a sustentar que caso um Estado fosse dissolvido voluntariamente, necessário seria antes executar o último assassino, a fim de que sua culpabilidade não recaísse sobre todo o povo (SHECARIA; CORRÊA JR, 1995, p. 41).

Outros sustentam um caráter preventivo apenas (teoria relativa). Defendem que a punição se faz necessária para que o sujeito não volte a delinquir. Assim como a teoria absoluta, a preventiva também não se sustenta. Se se tivesse a certeza de que o criminoso não voltaria a delinquir, não seria necessário puni-lo.

Surgiu, posteriormente, a teoria mista ou eclética, procurando reunir em um único conceito as teorias absoluta e relativa. Surgiu no início do Século XX, na Alemanha, pregando que a pena deve ter uma caráter retributivo e preventivo. Retributivo no sentido de castigar o criminoso. Deve ser cumulativamente preventiva para intimidar o delinqüente a não voltar a reincidir.

A par dessas teorias e de outras que surgiram ao longo dos anos e vão continuar aparecendo, fato é que a pena, fundamentalmente, terá de ter o caráter ressocializador e educacional. Não é possível que continuemos a tratar os detentos de uma forma vil. É a certeza da punição que desvia o homem do crime e não o teatro da exemplar punição (FOUCAULT, 1999, p.13).

Os Reality Shows da televisão e o sistema penitenciário brasileiro

Vejamos o caso da Casa de Detenção de São Paulo, o Complexo Penitenciário do Carandiru, como é mais conhecido. É um presídio com cerca de sete mil e duzentos presos, o maior presídio da América Latina e um dos maiores do mundo. Felizmente parece estar sendo desativado pelo Governo do Estado. O presídio tem população superior a muitas cidades brasileiras. É composto por nove pavilhões. Só o Pavilhão Cinco abriga 1700 prisioneiros, mais de seis vezes a população carcerária do presídio americano de Alcatraz, desativado nos anos 60.

O médico Dráusio Varella, que desde o ano de 1989, faz um trabalho de prevenção à Aids na Casa de Detenção de São Paulo, escreveu o livro *Estação Carandiru*, falando sobre as experiências passadas no referido complexo penitenciário, e constatou:

A Detenção é um prédio velho e malconservado. Os pavilhões são prédios cinzentos de cinco andares (contado o térreo como o primeiro), quadrados, com um pátio interno, central, e a área externa com a quadra e o campinho de futebol. (VARELLA, 2000, p.18)

O pior é constatar que quem efetivamente manda na penitenciária são os presos. A reportagem "Os donos do inferno", publicada na Revista Veja (OS DONOS..., 2000, p.86-89), mostra bem quem é a "casta dirigente" do presídio. Para zelar pelas regras de conduta na cadeia e dar a última palavra para punir os faltosos, contam os presos com uma espécie de juiz: o "encarregado geral da faxina". Um preso. Oficialmente responsável pela limpeza de sua ala, na prática nem chega perto de um esfregão. É uma espécie de autoridade "moral" da cadeia, perfeitamente aceita pelos demais presos, pelos guardas e pela própria direção do presídio.

Na Casa de Detenção os encarregados são sete, um para cada pavilhão. Para bem elucidar como funciona referido sistema, ilustramos o caso de um desses "dirigentes", o "Pastel", citado pela reportagem:

Condenado até 2045 por assalto a mão armada, é veterano no cargo ... ele é há três anos responsável pelo Pavilhão 2, abrigo de quase 600 criminosos. Do instante em que acorda até a hora em que vai dormir, passa o dia ouvindo solicitações dos companheiros. Os presos circulam livremente pelos pavilhões durante a maior parte do dia. Entre os pedidos que recebe dos detentos estão desde autorizações para mudança de celas até sinal verde para promover um 'acerto de contas' com o inimigo. (OS DONOS..., 2000)

Veja o paradoxo, enquanto do lado de fora da penitenciária os bandidos matam livremente, dentro dela, necessitam da anuência do "encarregado" para vingar um desafeto. Até plano de fuga tem que passar pelo crivo do "dirigente penitenciário".

Ao descumprir qualquer das *normas*, o preso é punido pelos demais, após *sentença* do *encarregado*, com surra, morte ou exílio em galeria isolada. Mas lá, como cá, existem os privilegiados. Se o caso envolver um detento excepcionalmente respeitado, a pena poderá ser menor: a transferência do faltoso para a ala dos evangélicos.

Um outro fato contado no livro de Dráusio Varella (VARELLA, 2000, p. 101-102), elucida bem essa assertiva. Certa vez, um detento apelidado de "Zico", com fama de bandido na Vila Guarani, reconheceu a fisionomia de um recém-chegado no Pavilhão Nove e foi conversar com o "encarregado-geral", conhecido como "Bolacha", ladrão de longa carreira, e pediu-lhe permissão para dar uma lição no "novato". Disse que ele era um estuprador e havia abusado da amiga de sua irmã. Após tal relato, "Bolacha" disse ao solicitante: "Se é como você diz, que ele desrespeitou a honestidade da moça, que a mãe dela deu parte na delegacia de polícia, deve de

existir um boletim de ocorrência. É moleza, escreve para a tua vizinha e manda ela trazer cópia desse beó, que será liberado”. “Zico” seguiu a orientação. O flagrante, de fato, havia sido lavrado e o xerex comprovava a versão apresentada ao “encarregado”. Foi autorizado a matar o estuprador.

Como se vê, o exemplo mostra bem como não há qualquer razão lógica, pragmática, para se manter um presídio desse porte. Não há como controlar uma “cidade” de mais de sete mil pessoas, que precisam ser reeducadas, ressocializadas, antes de voltarem à sociedade.

O que esperar do egresso de uma penitenciária deste tipo?

A situação nos permite relatar outro fato verídico. Um indivíduo, no Rio de Janeiro, cujas iniciais são P.A.D., foi condenado a uma pena de três meses de prisão, não obtendo na época a suspensão condicional da pena. Preso, foi recolhido ao então Presídio Policial (hoje Instituto Hélio Gomes). Louro, de baixa estatura, era bem jovem na ocasião. Logo no segundo ou terceiro dia reagiu a investida de conhecido pederasta ativo, matando-o. Imediatamente foi transferido para a Ilha Grande, uma vez que seu proceder denotava ser um indivíduo *perigoso*. Ali começou a ser perseguido por um velho delinqüente, extremamente forte e que o queria como sua *mullher*. Como única alternativa, teve que matar o criminoso pelas costas. Por esse crime foi condenado a uma pena alta. Mais tarde, aliando-se a outros detentos, tentou tomar de assalto uma lancha para fugir da ilha. Na refrega, um dos marinheiros morreu. Depois, praticou outras irregularidades. Em 1966, estava condenado a mais de cem anos de reclusão (THOMPSON, 2000, p.77).

Como se vê, não se pode colocar em um mesmo local criminosos graves junto com autores de crimes leves. O prognóstico para estes últimos é o pior possível.

O que causa espécie é que as demais penitenciárias do Estado e do País, salvo raras exceções, têm condições iguais ou até piores que a Casa de Detenção. No Rio de Janeiro, e agora em São Paulo, os presos absurdamente comandam quadrilhas de dentro da própria penitenciária. Basta ver o que ocorreu no dia 18 de fevereiro de 2001, em que o

grupo intitulado Primeiro Comando da Capital, o PCC, simultaneamente, promoveu a maior rebelião da história do País. Comandou vinte e nove presídios em dezenove cidades do Estado, com mais de dez mil reféns. O título da reportagem da Revista Veja resume o problema: *Eles tomaram o poder* (ELES TOMARAM..., 2001, p. 26).

Nos últimos meses, a televisão brasileira, seguindo uma tendência de outros países, vem adotando na sua grade de programação os chamados “reality show”.

Colocam-se em uma casa cerca de doze a quinze pessoas, que passam de noventa a cem dias ali “trancadas”, sob supervisão “implacável” de câmaras de televisão, vinte e quatro horas por dia. Semanalmente, um participante é eliminado pela conjunção da escolha entre os próprios participantes e voto dos telespectadores. Estes, de suas residências, tomam parte da intimidade dos competidores.

Embora de discutível gosto, os programas mostram o quão difícil é a convivência humana. As casas onde são protagonizados esses *reality shows* são verdadeiras mansões, providas de piscina, amplos quartos, sala de ginástica, banheiros lim-

pos, ótima mobília, enfim, são excelentes locais de moradia, muito melhores que a quase totalidade das residências do país. Há, ainda, boa comida, psicólogos, psiquiatras comportamentais, médicos, entre outras regalias.

Além do mais, os competidores podem deixar o programa quando quiserem. Se ficarem até o fim do período estipulado, que não passa de cem dias, podem ganhar uma portentosa quantia em dinheiro, mais a probabilidade de sucesso individual que a fama traz.

A par disso, e do fato de estarem sendo monitorados, filmados vinte e quatro horas por dia, o que se vê após poucos dias de convivência? Pessoas extremamente estressadas, depressivas, agressivas, com reclamações de toda a ordem, brigas, choros, ofensas recíprocas.

É difícil a referida convivência? Sem dúvida. Mas se é difícil para os referidos participantes, com todas essas benesses, imaginem para os presos. Comparemos as condições desses últimos: estadia péssima, na maioria das vezes insalubres; alimenta-

Apenas na Grande São Paulo ocorrem, aproximadamente, cento e dez homicídios por semana. Vale dizer, o problema existe e é gravíssimo. Vivemos uma guerra civil.

ção precária; a mobília se resume a uma cama e um colchão; lazer inexistente; trabalho não há; prêmio, só a liberdade antecipada, se tiver um bom comportamento carcerário.

E quando deixam a prisão? Os egressos dos *reality shows* ganham dinheiro e fama. Os egressos da prisão, de outro lado, saem do cárcere sem dinheiro, sem emprego, e estigmatizados pela pecha de delinqüente, ou seja, em pior situação da que quando ingressaram.

Como se vê, as condições dos presos não são as mesmas dos “colegas de televisão”. É claro que estes últimos não cometeram nenhum crime, mas são, como os presos e todos nós somos, seres humanos e, como tais, merecem tratamento digno.

Não há nenhuma razão lógica, pragmática, humana, para se manter presídios dessa magnitude. Os casos ora narrados mostram que os infratores estão submetidos tão-somente a outros presos. Os *encarregados* dos pavilhões acumulam as *funções* de disciplinador, médico, psicólogo, inquisidor, juiz, enfim, são os responsáveis pelo cumprimento da pena e *ressocialização* das pessoas ali enviadas. Um descalabro!

O que esperar do egresso de uma penitenciária desse nível? Ao invés de ressocializar os detentos, não raras as vezes os transformam em pessoas piores do que quando ali ingressaram. O furtador virando latrocidá; o agressor, homicida; o criminoso ocasional, delinqüente contumaz, e assim por diante. Um relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito destinado a proceder ao levantamento da situação penitenciária nacional, instituída na Câmara dos Deputados em 1975, colheu um vasto material que caracteriza o retrato do antagonismo entre os ideais da lei e a situação dos presos. Entre outras coisas concluiu Dotti:

Grande parte da população carcerária está confinada em cadeias públicas, presídios, casas de detenção e estabelecimento análogos, onde prisioneiros de alta periculosidade convivem em celas superlotadas com presos ocasionais, de escassa ou nenhuma periculosidade e até com presos provisórios. (DOTTI, 1998, p.110)

Ao contrário do que se fala, o problema é menos legal e muito mais de implementação da legislação vigente. Basta observar que a nossa primeira Constituição, outorgada por D. Pedro I (BRASIL..., 1986), já prescrevia o tratamento a ser dado aos presos (art. 179: 21°): “As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme suas circunstâncias, e a natureza de seus crimes”.

A atual Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210,

de 19-12-1984), nos artigos 87 e 88, por sua vez, “assegura” aos presos cela individual, em condições de salubridade adequadas à existência humana, em área mínima de seis metros quadrados. Como se sabe, praticamente não há uma única penitenciária no Brasil que assegure esses e outros direitos garantidos na legislação. Nossa lei de execução penal, como tantas outras, fica apenas no *papel*.

Ora, se no caso em questão o Estado não cumpre com suas obrigações impostas pela lei, o preso deve se perguntar, porque eu, um excluído social, deveria cumprir!? É claro que um erro não justifica o outro, mas que o Estado tem que cumprir a sua parte, para depois, exigir do preso a sua, isso tem. A lei não constrói presídios, não trata o criminoso, não lhe dá trabalho, não lhe dá auxílio moral.

Não há, outrossim, um acompanhamento do egresso. O preso sai do cárcere para o convívio social sem nenhum período de adaptação. Os estágios de progressão de regime previstos na lei – fechado, semi-aberto e aberto – não são cumpridos. O regime aberto é uma falácia. Não há qualquer fiscalização, tanto que a nova proposta de mudança do Código Penal em trâmite no Congresso tende a extingui-lo.

Uma outra forma de promover gradativamente o retorno do preso à sociedade seria a implementação do livramento condicional, largamente utilizado nas principais legislações democráticas do mundo, mas pouco aproveitado no Brasil em razão, mais uma vez, do desinteresse judicial e governamental. Países como os Estados Unidos e a Suécia utilizam referido instituto como forma de aferir se o libertado condicional reúne condições de voltar ao convívio social, inclusive com monitoramento eletrônico. Coloca-se uma pulseira no egresso e sempre que se pretendem contatá-lo acionam o dispositivo. O monitorado deve entrar em contato com uma Central para informar onde se encontra e o que está fazendo. Caso não faça o contato será advertido, podendo perder o benefício (OLIVEIRA, 1998, p.12). Com referido sistema poderíamos, por exemplo, reduzir o prazo para concessão do livramento condicional. Ora, por quê esperar um terço, metade ou dois terços do cumprimento da pena, como acontece hoje, para conceder o benefício se em menos tempo o preso se mostra merecedor da liberdade antecipada?

O egresso, por ser culturalmente um excluído social, requer um tratamento especial. Não se pode liberar o preso sem um período de adaptação. Como saber se ele está recuperado para o pleno convívio social? A forma escalonada de reintegração social parece a melhor alternativa para isso. Do cárcere absoluto deveria passar para um regime menos rigoroso – colônias agrícolas e industriais. Depois, para o regime de semi-liberdade. Seguindo,

com o devido acompanhamento, para a liberdade condicional. Por fim, para a liberdade plena. Esse escalonamento vai permitir sua readaptação à sociedade, e esta a ele. Hoje, infelizmente, os presos estão saindo do cárcere absoluto para a liberdade plena sem qualquer acompanhamento, enfim, sem saber se estão preparados para isso.

Um observador mais atento poderá dizer que a nossa legislação penal e a Lei de Execução Penal já prevêem essa forma escalonada de cumprimento de pena. Realmente é verdade. Mas o que acontece na prática? O preso em regime fechado, em regra, após o cumprimento de um sexto da pena (art. 112, da Lei de Execução Penal), preenchidos os requisitos da lei, poderá ser progredido para o regime semi-aberto. Quando isso acontece, quase não há vagas neste regime. Aí, de duas uma: ou ele aguarda no regime fechado a progressão direta para o regime aberto (depois de cumprir mais um sexto da pena), ou vai diretamente para este regime sem passar pelo semi-aberto. No regime aberto, deveria ficar em liberdade durante o dia e, à noite, se recolher às Casas do Albergado. Como referidas casas praticamente não existem - no Estado de São Paulo, por exemplo, não há nenhuma casa desse tipo (Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. dez. 2000) - o infrator vai direto para o regime de prisão albergue domiciliar. Ou seja, do regime fechado vai para a liberdade plena, posto que este regime - aberto domiciliar - como os outros, também existe apenas no papel, pois não é fiscalizado.

Não podemos esquecer, outrossim, que a pena é também um problema social. Não se efetiva uma legislação, por melhor que ela seja, sem apoio popular. Não se recupera o egresso sem ajuda da comunidade. Ademais, a sociedade, queira ou não, cedo ou tarde, vai ter que conviver com essas pessoas que, se forem tratadas como seres indesejáveis, não se poderá aguardar delas uma volta dócil e serena, ao contrário, a tendência é tornarem-se ainda mais revoltados e perigosos. Os números de reincidentes mostram bem isso. Um levantamento feito pelo Ministério da Justiça concluiu que "Ao final de suas penas, sete em cada dez criminosos voltam à prisão" (VEJA, 1994, p. 55). A participação da sociedade é importante. Pode ela trazer à rigidez da administração penitenciária o *sopro da vida livre*, agindo como fiscal ou auxiliando na tarefa de assistir o encarcerado (REALE JÚNIOR, 1983, p. 77).

As graves e diuturnas crises carcerárias pelas quais o país vem assistindo nos últimos tempos impõe à sociedade e ao Estado uma discussão sobre como tratar e punir os autores de crimes graves. Aproveitemos o momento para repensar o que vem sendo feito e o que se pode fazer para mudar esse

estado de coisas. Certamente é muito menos custoso e muito mais humano tratar o preso para, ressocializado, voltar ao convívio social, do que investigar, processar e condená-lo novamente em razão da reincidência, que é uma das provas do fracasso da punição outrora imposta.

A pena, destarte, não pode ser apenas uma punição para aquele que comete um delito. Deve também cumprir uma função preventiva e ressocializadora, sem as quais não se justifica a punição. Não se pode continuar a punir apenas pela vingança ao crime cometido, como se fazia na antiguidade. Esse não é o papel do Estado. Esse não é o papel do Direito.

NOTAS

¹Lei Mosaica introduziu o princípio da proporcionalidade entre a pena e o delito ao prescrever "olho por olho, dente por dente". A expressão talião vem do latim *talis*, que significa tal, semelhante, igual, donde retaliação (*Êxodo* 21.23-25).

²Hamurabi (2067-2025), rei da dinastia amorrita, foi o reunificador da Mesopotâmia e fundador do Primeiro Império Babilônico. A centralização jurídica - sua maior realização - foi possível devido à elaboração de um código de leis - O Código de Hamurabi. Referido código, composto de 282 artigos, continha dispositivos a respeito de praticamente todos os aspectos da vida da sociedade babilônica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASÚA, Jimenez. *Tratado de Direito Penal*. Buenos Aires: Losada, 1997. v. 2, t. 1

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil. Carta de Lei de 25 de março de 1824. In: CONSTITUIÇÕES do Brasil. Brasília: Senado Federal. 1986. v. 1

OS DONOS do inferno. *VEJA*, ed. 1675, ano 33, n. 46, 15 nov. 2000.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ELES TOMARAM o poder. *VEJA*, ed. 1689, ano 34, n. 8, 26 fev. 2001.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 20ed. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1999. Título original: *Surveiller et punir*.

GARRAUD. *Traité I*, p. 150-3 apud PRADO, Luiz Régis; BITENCOURT, Cezar Roberto.

-
- Elementos de Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- KORKOUNOV. *Cour de Théorie Générale du droit*. Tradução Tchernoff. 1903. p. 525 apud MAXIMILIANO, Carlos.
- LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Lei n. 7.210, de 19 de dezembro de 1984.
- LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. Lei n. 8.072, de junho de 1990
- LOBATO, Euvira. Brasil vive guerra social, diz relator da ONU. *Folha de São Paulo*, 18 mar. 2002. Caderno Brasil, p. 6.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 30. ed. São Paulo: 1993. v. 1.
- OLIVEIRA, Edmundo. O futuro da prisões no mundo. *Consullex*, ano 2, v. 1, n. 20, 31 ago. 1998.
- PRADO, Luiz Régis; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Elementos de Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- SAREDO, Gilseppe. *Tratado delle Leggi*. 1866. n. 605 apud MAXIMILIANO, Carlos.
- SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Penas e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2000.
- VARELLA, Dráusio. *Estação Carandiru*. São Paulo, Companhia das Letras: 2000
- VEJA, 30 out.1994.
-

A INFÂNCIA RECENTE

Ivana Martini*



Resumo

Apresentação histórica do conceito de criança e adolescente como sujeitos de direito na Lei 8.069/90 - ECA, apontando os limites e a necessidade da difusão desses conceitos.

Palavras-chave

ECA, direitos fundamentais, criança, adolescente, limites, lei.

Abstract

This paper is a historical presentation of the concept of children and adolescents as citizens of rights in the Law 8.069/90 – The Charter of Children’s Rights. It also points the limits and needs to spread these concepts.

Keywords

The Charter of Children’s Rights, fundamental rights, children, adolescent, limits, Law.

* Professora Doutora em Sociologia pela Universidade Estadual Paulista- UNESP – Araraquara. Leciona Sociologia Geral na Faculdade de Direito de Marília. É professora orientadora do Núcleo de Direitos Humanos e Cidadania da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha.

Hoje em dia, as pessoas compreendem claramente a diferença que existe entre criança e adulto. Isto é quase óbvio; no entanto, nem sempre foi assim na história da humanidade.

Este artigo enfoca a concepção da infância e tenta explicar *como* a criança é *sujeito de direito* aqui no Brasil. Autores como Ariès (1981), Badinter (1985), Donzelot (1980), Mesgravis (1974), Freire (1984), Russel-Wood (1981), e outros enfocaram a questão da infância e alguns problemas pertinentes à mulher, à mãe. Com isso podem-se alargar os horizontes que contextualizam a compreensão do universo dos Direitos Humanos na presente reflexão que envolve a conquista dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Para tal, vinculam-se os Direitos da Criança com os Direitos Humanos – do Homem e da Mulher, ou seja, mostrando que nenhum desses indivíduos está desassociado um do outro e a criança como conseqüência da relação de gênero na sociedade em que está inserida.

Ariès (1981), no seu estudo histórico realizado na Europa, defende duas teses: 1. Buscou interpretar as sociedades tradicionais e conhecer como a criança era vista, tratada, educada, e, em seguida sua relação com a família e com os meios de sobrevivência, ou seja, suas relações com o trabalho familiar, até o fim da Idade Média seguida de um longo processo de enclausuramento da criança (como dos loucos, dos pobres e das prostitutas), levando ao processo de escolarização; 2. O papel imposto para a família, tendo em vista a ação dos agentes moralizadores promovidos pelos católicos, protestantes, higienistas aliados ao Estado e conseqüentemente às Leis. Mas para tanto, era preciso uma cumplicidade sentimental da família, na nascente sociedade industrial.

Ao amadurecer as reflexões que envolvem as questões da criança e suas relações com a família, pode-se dizer que a contribuição de Ariès (1981) não se restringe apenas às teses expostas acima. Ele desencadeia uma reflexão muito mais abrangente, que começa na relação familiar e se reflete no meio social e em todas as áreas das relações humanas. De seus estudos, pode-se ainda concluir que estudar a criança é um processo indireto de auto conhecimento do ser humano. Isto não fica apenas restrito àquela fase inicial da vida. Tal afirmativa funda-se nos estudos na área da Sociologia e breves leituras na Psicologia, adquiridas no decorrer da minha vida acadêmica. Ter consciência da criança, da infância, é ter consciência do processo de ser adulto. É o caminho da construção da consciência do que se é. Diga-se: é um amadurecimento da espécie humana, ao reconhecer a fragilidade e tentar mobilizar-se para a proteção adequada da

criança, nos estágios de infância e adolescência.

Quando Ariès (1981) demonstra a limitação da compreensão dos adultos, no capítulo *As Idades da Vida*, quanto à capacidade de discernir as fases da infância e do ser adulto, ele prova a fragmentação da compreensão do ser humano quanto à sua compreensão em relação ao mundo e a ele próprio. Assim, não conhecer a si mesmo é não conhecer o mundo e não respeitá-lo.

O adulto na Idade Média é influenciado pela ideologia da Igreja Católica, cuja crença se fundava “numa unidade essencial entre a natureza e Deus” e acreditava também que se houvesse qualquer intervenção de análise, isolando qualquer um dos elementos da natureza, isto provocaria a destruição da ordem do mundo. (ARIÈS,1981, p.34)

Essa unidade entre o natural e o sobrenatural, como algo coeso, desencadeava um sentimento de determinismo. Os homens, no fim da Idade Média, dentro do determinismo da concepção religiosa, associavam suas vidas aos fenômenos da natureza, às estações do ano, aos números dos planetas existentes, aos signos do zodíaco. Desta forma também dividiam as idades da vida da seguinte maneira:

A primeira idade da vida seria a infância, que se estenderia até aos 7 anos de idade; e “*enfant*”, que era o termo utilizado, significa não falante. Após vem a segunda idade, a “*pueritia*”, assim chamada porque nesta idade a pessoa é ainda como a menina do olho, como diz Isidoro, e vai até os 14 anos. A seguir vem a terceira idade denominada adolescência que, para uns, vai até os 28 anos, para outros até os 30 ou 35 anos. É assim chamada, porque a pessoa é bastante grande para procriar. Segue-se a juventude e recebe este nome devido à força que está na pessoa, para ajudar a si mesma e aos outros, perdurando até 45 a 50 anos. Aí vem a senectude que, segundo Isidoro, está a meio caminho entre a juventude e a velhice – é chamada a idade da gravidade – porque a pessoa é grave nos costumes e nas maneiras e nessa idade a pessoa não é velha, mas passou da juventude. E finalmente a velhice que, para uns, vai até 70 anos e, segundo outros, vai até a morte. É assim chamada porque as pessoas velhas já não têm os sentidos tão bons como já tiveram, e por isso caducam. (ARIÈS,1981, p.36)

Essas idades e a terminologia atribuídas aos indivíduos não eram algo preciso como são hoje em dia, eram diferentes das utilizadas e aceitas atualmente. Na França, somente após o século XVII começam a utilizar o termo *bebê* para nomear os recém-nascidos, até então *enfants*. A adolescência tam-

bém era tida como tempo indefinido e quanto à velhice bastava ser calvo ou ter cabelos brancos para tê-la atingido.

Existiam dificuldades para nomear as várias idades da vida e sua função, e a idéia de criança era uma noção muito vaga para os adultos. Assim, na Idade Média, a criança era representada, na iconografia, como um adulto pequeno, como um anão. Além disso, havia a idéia volátil de infância, que era atribuída ao alto índice de mortalidade infantil; por esse motivo considerava-se desnecessário registrar um ser que *provavelmente* morreria em breve. No caso de não morrer, a infância era tão rápida que se considerava desnecessário o seu registro.

E assim também se confundiam os trajes com que as crianças de ambos os sexos eram vestidas, bem como suas funções em meio aos adultos. Não havia uma educação diferenciada por fator idade. A criança e os adultos se mesclavam nas atividades e no lazer.

Por isso Mesgravis (1974), autora brasileira, afirma que, na alta Idade Média, na Europa, a criança não era abandonada como no sentido atual, devido às relações propiciadas pelo regime feudal que absorvia o exposto ou filho adúltero, e o utilizava como soldado para lutar nas inúmeras guerras ou como servo para dividir melhor as tarefas que envolvia a servidão. Aquele que não ocupava nenhuma dessas funções ia para os mosteiros, pois seu número não era considerável.

Na Baixa Idade Média, com a mudança de interesses motivada pelo advento do capitalismo, o contingente humano constituído pelos enjeitados ou órfãos passa a ser utilizado como mão-de-obra barata na Inglaterra, porém, tal aproveitamento foi insuficiente, pois, a partir dessa época, aumenta o número de crianças abandonadas a perambular pelas ruas, demonstrando suas necessidades e misérias. (MESGRAVIS, 1974, p.169)

É somente no século XVII que aparece uma nova moral, que avilta as misturas entre plebeus e nobres, até estes últimos serem substituídos quanto à sua função social pela burguesia. É, a seguir, no século XVIII, que surgem as roupas, diferenciando as classes e as funções sociais. É o advento do capitalismo gerindo as relações das famílias.

Durante a sociedade medieval não havia o sentimento de infância. Esse sentimento não significa o mesmo que afeição pela criança; corresponde à consciência da particularidade infantil, que a distinguia do adulto e mesmo do jovem.

Portanto, segundo Áries, o processo de aburguesamento na relação infantil e família, o primeiro sentimento de infância a surgir foi a “paparicação”, que seria aquele sentimento “de coisinha bonitinha e engraçadinha” que a criança provoca no adulto, e este sentimento só surge no seio da família com o início de mentalidade burguesa. (ARIÈS, 1981, p.54)

O segundo sentimento de infância veio do exterior, dos eclesiásticos, dos homens de lei, dos moralistas do fim do século XVII que se preocupavam com a disciplina e a racionalidade dos costumes.

Este último sentimento gera a vigilância nas escolas e no lar. A criança já não pode mais misturar-se aos adultos em todas as atividades, nem com os criados. A vigilância, que visava à formação moral e intelectual da criança, começava a separar a educação entre nobres e plebeus. A seguir, com o advento do império da disciplina, separavam-se as crianças em idades, em classes de aulas, ou segundo as dificuldades. (ARIÈS, 1978, p.156-168)

É preciso enfatizar que conhecer a criança é compreender, aceitar, respeitar um ser em processo de construção, de amadurecimento e, ao mesmo tempo, é projetar-se nela na busca de uma vida melhor, pois elas serão os seres adultos do futuro. Este processo é auto-reflexivo ante a multiplicidade de determinantes da vida.

Respeitar a fragilidade e limitação da infância é capacidade perceptiva aprimorada. Para Marx

...O caráter social é, pois, o caráter geral de todo o movimento; assim como é a própria sociedade que produz o homem enquanto homem, assim também ela é produzida por ele. (MARX, 1978, p.9)

É neste sentido que está sendo usado o termo auto-reflexivo. Parafraseando Marx, assim como socializamos e humanizamos os nossos sentidos pela vivência social, construindo a noção do estético, do belo, do aprimoramento do prazer do paladar, do

Se no século XVII,
na França, não
tivesse sido
apreendida a
noção de infância,
hoje não teríamos
aqui no Brasil o
Estatuto da
Criança e do
Adolescente.

som, da plástica, assim também acontece com a compreensão do processo da infância como meio de humanização do ser até tornar-se adulto.

Assim, mesmo a formação de nossos cinco sentidos, como diz Marx: é um trabalho de toda história universal até os nossos dias. Os sentidos as qualidades humanas devem se fazer “humanas” na relação do conhecimento, isto é, sociais. Assim, o olho humano torna-se humano e seu objeto um objeto social, humano, vindo do homem para o homem. (MARX apud HÜHNE, 1987, p.42)

Quanto à questão da conscientização das várias fases da vida dos seres humanos e sua autoconsciência, propicia a conscientização das suas necessidades específicas, e conseqüentemente da criança, permitindo o seu crescimento e maior tempo de vida, como veremos mais adiante.

Segundo Marx o homem apropria-se do ser global de forma global, isto é, como homem total. Cada uma das suas relações humanas com o mundo - ver, ouvir, cheirar, saborear, sentir, pensar, observar, perceber, querer, atuar, amar, - em resumo, todos os órgãos de sua individualidade, como os órgãos que são imediatamente coletivos em sua forma, são, em seu comportamento para o objeto, a apropriação deste.... Os sentidos e o gozo dos outros homens convertem-se (...) em órgãos sociais na forma da sociedade... É somente graças ao social que a riqueza da sensibilidade humana subjetiva é em parte cultivada, é em parte criada, que o ouvido torna-se musical, que o olho percebe a beleza da forma, em resumo, que os sentidos tornam-se capazes de fruição e deleite humanos. (MARX apud HÜHNE, 1987, p.42)

No entanto, deve-se ressaltar que nem sempre a apropriação é global, deve nesse contexto ser relativa, pois o ser raramente está totalmente envolvido, ele depende das circunstâncias históricas e emocionais que está vivendo no momento analisado.

Associando a descoberta de Ariès quanto à incapacidade do ser humano até a Idade Média de entender a especificidade da criança e a visão marxista de homem como agente da história e dominador da natureza, conclui-se que ter consciência da criança é ter compreensão das diferentes fases do ser humano, reconhecer a fragilidade e a importância social da manutenção da dignidade deste ser, protegendo-o como parte integrante da sociedade que ele um dia deverá ser. No entanto, estas reflexões constituem a apreensão do conhecimento ci-

entífico nas áreas da história e ciências humanas e que foram agregadas pela ideologia burguesa no mundo capitalista e que no Brasil são contempladas com a promulgação da Lei 8.069/90, o ECA, que considera a criança como ser em desenvolvimento, passível do Direito de proteção.

Em certo grau, na Europa, mulher e criança tinham mais ou menos a mesma importância secundária na definição dos papéis sociais.

Retomando a análise deste estudo, de maneira paulatina está-se reconstruindo aqui a história da conquista dos Direitos Humanos pertinentes à mulher e à criança na Europa, tendo em vista a associação futura de outros direitos, até se chegar à realidade brasileira. A ênfase que se assinala aqui é associar sempre as interpretações sociais e os problemas expostos com a conquista do Direito, pois os problemas começam a ser geridos somente após o reconhecimento deles como uma violação de justiça. Logo, com uma consciência de que algo está errado, ao legislar, insere-se a questão ou o problema na norma jurídica, ou seja, no âmbito do Direito.

Se no século XVII, na França, não tivesse sido apreendida a noção de infância, hoje não teríamos aqui no Brasil o Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim ressalta-se quantos milênios se passaram de inúmeras histórias de violência, ignorância, carências econômicas e emocionais, falta de compreensão do processo de desenvolvimento físico e intelectual até chegar a esta lei.

Apesar da conquista legal aqui no Brasil, corre-se o risco desse direito adquirido ser apenas formal, legal, sem o correspondente de realidade vivida pela sociedade, tendo em vista a imensidão de casos de violência doméstica que são denunciados a cada dia.

Violência doméstica pode ser caracterizada pela violência física - os castigos excessivos corporais; violência psicológica caracterizada pela falta de atenção, carinho, desprezo, comparações negativas, etc. e a violência sexual que ocorre em todas as classes sociais, produzidas por familiares, amigos e conhecidos da família da criança e em todas as classes sociais. Desta forma, se existem no âmbito acadêmico e jurídico a consciência da peculiaridade da criança e do adolescente, observa-se que existe ainda muita omissão de profissionais que não conhecem a lei, que se omitem não denunciando violações, consciente ou inconscientemente, pais ignorantes e presos nas lutas do cotidiano e na ignorância, que não conseguem ver a criança como ser em desenvolvimento com necessidades e cuidados específicos. Mesmo os agentes aplicadores da lei, até que ponto compreende a verdadeira profundidade da importância de suas atribuições e a sensibilidade de que precisam revestir-se para atuar na área?

Existe ainda uma outra apresentação de violência sexual, que aqui caracterizaríamos como todos os estímulos impróprios encontrados na mídia, aos quais se encontram expostas as crianças desde a sua mais tenra idade, assimilando-os como participantes na formação de suas personalidades, sem crítica assistida pelos responsáveis. Não há espaço neste artigo para maior aprofundamento desse fenômeno também recente, mas deve ser assim caracterizado, pois inúmeras imagens produzidas pela mídia induzem a estimulação precoce da sexualidade adulta nesta população infantil. Cabe aos profissionais da mídia sensibilizarem-se quanto à avaliação das conseqüências destas produções, se benéficas ou não para a nossa sociedade, bem como buscar conhecimento de outros profissionais ligados à área da sociologia, política, saúde e da psicologia, associados principalmente à Teoria Psicanalítica iniciada por Freud, como apoio de uma produção mais diferenciada para esta clientela infantil. Afinal, o que a sociedade brasileira está buscando ao se distanciar dos valores e da ética na formação de seres humanos?

Portanto, a idéia de infância e adolescência aqui no Brasil, embora formalmente admitida, não é conceito e valor socialmente vividos pelo imenso contingente de excluídos do processo produtivo no Brasil e, assim, alienados do patrimônio científico que permeia o mundo jurídico e social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIÈS, P. *História da criança e da família*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

BADINTER, E. *Um amor Conquistado: o mito do amor materno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

COSTA, Jurandir Freire. *Ordem Médicas e Norma Familiar*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

DONZELOT, Jacques. *A Polícia das Famílias*. Tradução de M. T. da Costa Albuquerque; revisão técnica de J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro. Edições Graal. 1980.

HÜHNE, Leda Miranda(org). *Metodologia Científica: caderno de texto e técnicas*. Rio de Janeiro: Agir, 1987.

LEI Nº 8.069 DE 13 DE JULHO DE 1990. DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. São Paulo: Imprensa Oficial, 1997.

MARX, Karl. *Manuscritos econômicos-filosóficos e outros textos escolhidos*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

MARX, Karl. Teoria e processo histórico da revolução social. Prefácio à Contribuição crítica da Economia Política. In: MARX, K., ENGELS, F. *História*. São Paulo: Ática, 1984.

MBAYA, E.-R. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. *Estudos Avançados*, São Paulo, v.11, n.30, p.17-41, maio/ago.1997.

MESGRAVIS, L.. *A Santa Casa de Misericórdia de São Paulo (1599?-1889)*. n.30, p.17-41, maio/ago. 1997. São Paulo: Conselho Estadual de Cultura, 1974.

TRIBUNAL DO JÚRI: GARANTIA FUNDAMENTAL OU INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA?

José Benjamim de Lima*



Abstract

This article discusses the meaning and fundamentals of the jury trial in the current Brazilian criminal procedure. Throughout history, the Jury has been an individual warranty opposed to God's judgment and the abuse of political power in Middle Age and Absolutism. Today, there is an organized, independent and impartial Legal System and therefore there is no need to consider the Jury a fundamental warranty anymore. Its meaning and politic-social fundamentals come from the fact that it is an important democratic tool of popular participation in the administration of Justice, which is sufficient to justify its presence in the system. However, there is a great need to reformulate its procedure, so that it can be more simple and efficient.

Keywords

Jury trial, fundamental warranties and rights, citizen judges, magistrate judges, popular participation, Justice administration.

Resumo

O presente artigo discorre sobre o sentido e fundamento do tribunal do júri no sistema processual penal brasileiro, na atualidade. Historicamente, o Júri se impôs como garantia individual, em oposição às ordálias, aos juízos de Deus e aos abusos do poder político, na Idade Média e no Absolutismo. Hoje, existindo um Poder Judiciário devidamente organizado, independente e imparcial, não mais se justifica considerar o Júri como garantia fundamental. Seu sentido e fundamento político-social devem ser buscados no fato de ser importante instrumento democrático de participação popular na administração da Justiça, o que é suficiente para justificar sua permanência entre nós. É necessário, contudo, proceder a urgente reforma de seu procedimento, de modo a dar-lhe maior eficiência e simplicidade.

Palavras-chave

Tribunal do júri, direitos e garantias fundamentais, juízes cidadãos, juízes magistrados, participação popular, administração da Justiça.

* Professor de Processo Penal da Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", Marília/SP. Mestrando em Direito do Estado pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro/Jacarezinho-PR.

1- Aspectos históricos do júri

1.1- Origens do Tribunal do Júri

Não é pacífica a origem do Tribunal Popular. Para alguns, remonta aos judeus e à lei mosaica. Outros apontam sua origem no Aerópago e na Heliéia, tribunais gregos que conferiam a cidadãos o poder de julgar os crimes segundo sua consciência e íntima convicção, após ouvirem a defesa do réu.

Ésquilo, na tragédia “As Eumênides”, imortalizou o mito da criação do Aerópago, atribuído à deusa Palas Atenas, e seu primeiro julgamento – o de Orestes – por crime de sangue, o assassinato da própria mãe, crime do qual acabou absolvido pelo “voto de minerva” da deusa.

As *quaestiones perpetuae* do processo romano também são apontadas como embrião do Tribunal do Júri. Na conceituação de Tucci (1999, p. 16) a *quaestio* era um

órgão colegiado constituído por cidadãos, representantes do *populus* romano, presidido pelo pretor, e cuja constituição e atribuições – assim como os *crimina* determinantes de sua competência, e respectivas penas – eram definidos em *leges*, prévia e regularmente editadas.¹

Segundo a doutrina mais aceita, a forma moderna do júri tem origem anglo-saxônica. Os conquistadores normandos teriam introduzido na Inglaterra a atuação judicial popular, segundo um modelo imperfeito e rude haurido dos romanos. No século X da Era Cristã já existia um tribunal popular, composto por vinte e quatro pessoas escolhidas entre vizinhos do acusado e moradores do local onde praticada a infração penal (TUCCI *et al*, 1999, p. 27).

Importante lembrar também que a Magna Carta do Rei João Sem Terra, promulgada em 1215, mantinha, para os homens livres, a idéia básica do tribunal popular, qual seja, a garantia de serem julgados “por um júri de vizinhos honestos” (cláusula 20) e de terem direito a “um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país” (cláusula 39).

Marques (1963, p. 3-4) observa que o Júri nasceu na Inglaterra, depois que o concílio de Latrão, que data de 1215, aboliu as ordálias e os juízos de Deus. Na verdade, conforme ficou acima consignado, o júri nasceu antes mesmo do concílio de Latrão e da abolição das ordálias e dos juízos de Deus pela Igreja. Mas foi somente a partir do concílio que se criaram as condições para que a prática judiciária do julgamento popular se disseminasse.

Da Inglaterra, irradiou-se para o continente europeu, sobretudo na época da Revolução Francesa, onde não teve tanto sucesso como no

mundo anglo-saxônico.

Nas colônias inglesas na América do Norte, o júri inglês tornou-se a modalidade de julgamento adotado para a maioria das causas. Com a independência dos Estados Unidos, foi consagrado pela Constituição norte-americana e pelas constituições dos Estados federados, sendo visto como um dos baluartes da liberdade.

Sua adoção na maioria dos países da Europa continental simbolizou, segundo TUBENCHLAK (1990, p. 3-4), “vigorosa forma de reação ao absolutismo monárquico, vale dizer, um mecanismo político por excelência”.

1.2- Aspectos históricos do Júri no Brasil

Em nosso país, o tribunal popular surgiu pouco antes da Independência. Decreto de 18 de junho de 1822 instituiu-o para julgar crimes de imprensa. Era composto por vinte e quatro *juízes de fato* recrutados entre cidadãos “bons, honrados, inteligentes e patriotas”. De suas decisões cabia apelação para o Príncipe.

A Constituição Política do Império, de 25 de março de 1824, previa expressamente que o Poder Judicial fosse composto por juízes e jurados, sendo que estes se pronunciariam sobre os fatos, enquanto aqueles aplicariam a lei (arts 151 e 152 da Constituição de 1824). Posteriormente, Lei de 20 de setembro de 1830 instituiu o Júri de Acusação e o Júri de Julgação.

O Código de Processo Criminal do Império, de 29 de novembro de 1832, seguindo a orientação das leis inglesas, norte-americanas e francesas, ampliou a competência do Tribunal do Júri.

Com a República e a nova Constituição Republicana de 1891, o júri foi mantido, adquirindo *status* de garantia individual.

A Carta de 1934 voltou a tratar do tribunal popular na parte do Poder Judiciário. A Constituição de 1937, a *Polaca*, não trouxe qualquer disposição sobre o Tribunal do Júri, permanecendo válidas as disposições de lei ordinária relativas à Instituição. Em 1938, o Decreto-lei 167 aboliu, na prática, a soberania dos veredictos, ao prever apelação quanto ao mérito, nas decisões do Júri consideradas injustas, conferindo poder de reforma das decisões do Tribunal do Júri pelo Tribunal de Apelação.

A Carta de 1946 inseriu a previsão de julgamento popular no capítulo das garantias individuais e devolveu-lhe a soberania. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 também mantiveram expressamente a Instituição como garantia individual; a Emenda de 1969, entretanto, não foi expressa em garantir a soberania dos veredictos, o que, à época, deu margem a controvérsias.

Finalmente, seguindo a tradição de nosso Direito Constitucional, a Carta Magna de 1988 inse-

riu o Tribunal do Júri no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, incluindo-o no capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, mais precisamente no inciso XXXVIII do artigo 5º, nos seguintes termos: “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; e d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

2- Tribunal do Júri: pró ou contra?

2.1- O Tribunal do Júri é órgão do Poder Judiciário?

O legislador constituinte de 1988 não incluiu o Tribunal do Júri entre os órgãos do Poder Judiciário elencados no seu artigo 92, inserindo-o apenas, como acima mencionado, no título dos direitos e garantias fundamentais. Apesar disso, não se pode negar que seja órgão judiciário, embora não sujeito totalmente à disciplina dos órgãos elencados no artigo 92.

As Constituições de 1891, 1946, 1967 e a Emenda n. 1, de 1969, também não incluíam expressamente o Júri como órgão integrante do Poder Judiciário, mencionando-o apenas no capítulo dos direitos e garantias individuais. As Constituições de 1824 e 1934, entretanto, a ele se referiram no título relativo ao Poder Judiciário (PORTO, 1984, p. 27-28). E a atual Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 54, inciso IV, inclui os Tribunais do Júri entre os órgãos do Poder Judiciário do Estado.

Se é certo que os julgamentos do Tribunal do Júri se orientam pelo voto de consciência, sigiloso, fundado na íntima convicção e, portanto, sem a necessidade de qualquer fundamentação, enquanto os órgãos previstos no artigo 92 de nossa atual Constituição, estão vinculados a julgamentos públicos e à obrigação de fundamentar todas as suas decisões (CF/88, art. 93, inciso IX), não é menos certo que o tribunal popular é presidido por um Juiz de Direito e toda a organização burocrático-administrativa relativa a sua constituição e atuação é atribuição do Poder Judiciário.

Apesar da soberania de seus veredictos e de tratar-se de tribunal leigo, composto por cidadãos sem qualquer vínculo administrativo-funcional com o Estado, não se pode negar ser órgão do Poder Judiciário e a ele vinculado, devendo-se atribuir a omissão enumerativa no capítulo do Poder Judiciário, na atual Constituição Brasileira tão somente ao fato de a previsão do Júri figurar no capítulo dos direitos e garantias fundamentais.

2.2- O Tribunal do Júri é garantia fundamental?

A inclusão do Tribunal do Júri entre os direitos e garantias fundamentais tem sido criticada

pela doutrina. É claro que do ponto de vista formal não há qualquer dúvida que o Tribunal do Júri, entre nós, é garantia fundamental, pois foi inserido pelo legislador constituinte no título e capítulo referente aos direitos fundamentais. A questão é saber se, substancialmente, justifica-se incluí-lo entre as garantias e direitos fundamentais.

Porto (1984, p. 28-29) considera

forçada a presença da instituição do Júri no rol dos direitos primeiros e naturais do homem, necessários à sua integral dignidade na vida social, especialmente quando o exercício da atividade jurisdicional está equacionado por garantias constitucionais.

Tornaghi (1977, p. 97) entende também, não se poder mais sustentar seja o júri uma garantia individual, porque desapareceram nas sociedades modernas as “razões históricas que, em pleno feudalismo, fizeram com que ele assumisse o papel de paládio da liberdade, dando a todos um julgamento por seus pares”, inexistindo, portanto, “motivo para que figure na Constituição no capítulo ‘Dos direitos e das garantias individuais’”.

A nosso ver têm razão esses e outros autores ao defenderem não se justificar mais a inclusão do Tribunal do Júri entre os direitos e garantias fundamentais, especialmente no Direito Brasileiro, em que o julgamento pelo júri é restrito aos crimes dolosos contra a vida. Se se tratasse de efetivo direito e garantia fundamental sua competência deveria impor-se a todos os crimes.

Historicamente, o julgamento popular surgiu como garantia de um julgamento imparcial e justo, para contrapor-se às ordálias e aos juízos de Deus, assim como aos abusos de poder dos governantes, sobretudo na Idade Média e no período do absolutismo.

Oportunas as considerações de Greco Filho a propósito desse tema:

Talvez à época da Revolução Francesa, quando os juízes de carreira não tinham garantias e eram, na verdade, instrumentos inquisitivos do poder real, conforme demonstrou Beccaria em seu trabalho *Dos delitos e das penas*, o júri representasse uma garantia de justiça e de proteção aos direitos de liberdade. Todavia, com a alteração da estrutura do Poder Judiciário, que adquiriu independência em face do Executivo, o júri perdeu seu caráter de garantia política [...]. (1989, p. 87)

Assim, em nosso entender, o Tribunal do Júri, hoje, entre nós, não se constitui, de um ponto de vista que denominamos substancial, como direito e garantia fundamental, mas apenas como uma modali-

dade de prática judiciária, com *status* próprio e diferenciado em relação à justiça técnica ou togada.

2.3- Quem deve julgar: juízes-magistrados ou juízes-cidadãos?

Posicionar-se contra ou a favor do Tribunal popular é questão vinculada ao modelo de Justiça e particularmente ao modelo de juiz pelo qual uma determinada sociedade opte.

Marques (1963, p. 4) considera que o Júri, na terra do *common law*, é “instituto secular e florescente, cuja prática tem produzido os melhores resultados”, enquanto nos países onde impera a tradição romanística, o Júri “nunca teve o prestígio e a eficiência demonstradas na Inglaterra”.

São conhecidos os argumentos pró ou contra o Júri e os acalorados debates que o tema sempre provocou.

Os que o defendem, vêem-no como uma manifestação direta da soberania popular, um exercício de democracia direta, uma forma de justiça menos técnica, menos burocratizada e, por isso mesmo, supostamente mais humana, mais próxima do sentimento comum de justiça do homem médio de uma dada comunidade. No dizer de Tourinho Filho (1997, p. 76), um de seus defensores: “Não se duvida que os Juízes togados também tutelam a liberdade individual, mas a soberania leiga do tribunal popular parece tocar no sentimento do povo.”

Nessa mesma linha de defesa, proclama Tornaghi:

O julgamento pelo júri é o meio seguro de verificar se a legislação penal se conforma ao sentimento popular e permitir a equidade, isto é, a justiça do caso concreto, a justiça que leva em conta as circunstâncias previstas ou não na lei, para decidir. [...] afirma-se que a insciência do jurado em matéria jurídica desaconselha a atribuição de tais poderes. Mas, em primeiro lugar, por esse argumento também não deveria dar-se o poder de legislar a quem não fosse jurisperito e, no entanto, as leis são feitas por leigos. Em segundo lugar, esse argumento confunde ciência com sabedoria. É certo que o povo não tem ciência; mas que lhe sobra a sabedoria, que é o gosto, o paladar, o sentido da ciência, que é a experiência acumulada e polida pela prudência, ele próprio o revela nas máximas, nos brocardos em que exprime de forma concisa e lapidar o que os filósofos não sabriam dizer. (1997, p. 99)

Os que condenam o júri apontam a grande incidência de erros, a injustiça e os absurdos das decisões, a sujeição a influências e manipulações, o critério mais político-social e não técnico-jurídico de

seus julgamentos.

Garofalo, visceralmente contrário à Instituição, atribui à ignorância dos jurados a parte principal das injustiças cometidas no Júri. No seu entender, um julgamento pelo Júri:

...é sempre um jogo de azar de que podem esperar-se as mais absurdas surpresas. Nenhuma, com efeito, é a certeza de ver condenado o delinqüente contra quem se levantam as provas mais indiscutíveis; por outra parte, o inocente não pode confiar seguramente na sua absolvição. (s.d., p. 268-269)

Marques (1963, p. 5), também contrário ao júri, realça a superioridade do juiz criminal especializado, provido de conhecimentos jurídicos e criminológicos para julgar o fato e o homem delinqüente, afirmando que

entre o julgamento inspirado na lei e na razão, no direito e no conhecimento técnico, e aquele ditado pelo arbítrio e pela intuição cega, não há hesitação possível.

O fato de ocorrerem erros, injustiças ou equívocos nas decisões do Tribunal do Júri, entretanto, não deve impressionar. Também os juízes togados e Tribunais técnicos cometem erros e injustiças. O célebre e clamoroso erro judiciário conhecido como o caso dos Irmãos Naves não foi de responsabilidade do Tribunal do Júri, que os absolveu, mas do Tribunal de Apelação, que reformou a sentença absolutória dos jurados e os condenou².

A esse respeito, Magarino Torres, grande entusiasta e defensor do Júri, dizia, de forma contundente, para rebater o argumento dos contrários ao tribunal popular: “O STF corrige, todo dia, decisões de todos os tribunais togados do País... E não dá conta da incumbência!” (MAGARINO TORRES, *apud* TUBENCHLAK, 1990, p. 3).

Jefferson (1973, p. 37), um dos principais mentores e ideólogos do federalismo norte-americano, entendia indispensável, para o fortalecimento da democracia, a participação do povo em todos os ramos de governo. E a mais importante, a seu ver, seria a participação popular na execução das leis, através do Júri. Na sua visão, os juízes permanentes estariam mais sujeitos a adquirir *esprit de corps*, a ser tentados pelo suborno ou desencaminhados pelos favores, relações, espírito partidário e devoção ao Executivo ou Legislativo, do que doze jurados honestos.

Na doutrina processualista clássica, lembremos a posição de Giovanni Carmignani³, veementemente contrário ao juiz popular, por entender que os juízes não técnicos jamais teriam condi-

ções de motivar suas sentenças, exigência que considerava essencial para garantia do cidadão.

Tal posição era contrariada com igual veemência e firmeza por Francesco Carrara, para quem o juiz popular era expressão de valores democráticos e antídoto contra “as perversões burocráticas e inquisitivas dos juízes profissionais” (FERRAJOLI, 1998, p. 575). Carrara chega mesmo a identificar o instituto do jurado, como um dos elementos do que chamava “quadrilátero das liberdades constitucionais” ao lado da guarda nacional, da imprensa livre e do parlamento.

Aliás, a cultura ilustrada, de um modo geral, “reusou de modo unânime a idéia do juiz técnico e de profissão, optando em seu lugar por um juiz não técnico e popular” (Ferrajoli, 1998, p. 576). A essa opinião filiam-se, por exemplo, Montesquieu, Beccaria, Bentham e Kant.

Entretanto, desde as reformas do século XVIII, consolidando-se depois com a legislação napoleônica, na Itália, assim como na Europa continental, tem prevalecido a opção pelos *juízes-magistrados*, providos da garantia da independência, e obrigados à motivação de sua livre convicção, reduzindo-se bastante a participação do povo na administração da justiça, limitada essa participação ao escabinado (FERRAJOLI, 1998, p. 577).

Somente nos Estados Unidos o Júri foi extremamente bem sucedido, passando a ser utilizado amplamente tanto para causas criminais como para demandas cíveis, mercê da importância política que os norte-americanos lhe deram, atribuindo-lhe *status* de uma das mais importantes salvaguardas constitucionais e instrumento de efetiva participação do povo na administração da justiça.

A esse respeito, confira-se texto de H. Zeisel e H. Kalven Jr.⁴ :

O esforço para introduzi-lo fora da órbita jurídica anglo-americana falhou; na Inglaterra mesma, seu uso foi limitado por lei a uma limitada categoria de casos; portanto, os Estados Unidos emergiram hoje como a terra do sistema do júri, tanto para as causas criminais quanto para causas cíveis. Cerca de 120.000 julgamentos pelo júri são realizados anualmente, o que re-

presenta mais de 90% dos julgamentos realizados no mundo todo. (ZEISEL; KALVEN, Jr.. 1990 apud ARAÚJO, 1996, p. 211)

Com relação a esse tema, nosso entendimento é o de que os argumentos habitualmente veiculados para desmerecer os julgamentos populares devem ser relativizados. Embora o julgamento técnico tenha aparentemente melhores condições de produzir boa justiça, isso nem sempre ocorre. Também o juiz profissional está sujeito a pressões, seja da opinião pública, seja do poder, também comete erros e também se deixa levar, em seus julgamentos, até inconscientemente, pelas ideologias que professa e por idéias preconcebidas e preconceitos.

A justiça popular pode produzir tão boa justiça quanto a justiça técnica, se aceitarmos que seus parâmetros e valores são e devem ser, ao menos em grau, diferentes dos valores e parâmetros do juiz togado. É apenas uma questão de opção político-social.

Nos Estados Unidos o júri desempenha um importantíssimo papel na administração da justiça. No Brasil, esse papel é um pouco marginal, restrito, reduzi-

do, o que coloca a questão da conveniência ou não de se manter entre nós essa Instituição.

2.3- O júri brasileiro na atualidade

2.3.1- Rápida apreciação crítica

O sistema de julgamento popular no Brasil tem sofrido severas críticas. A forma de recrutamento de jurados, limitada a alguns setores da comunidade, bem como a sua pouca rotatividade, não seriam condizentes com a representatividade social que o corpo de jurados deve ter e com o ideal democrático de ampla participação popular.

Além disso, a sua complexidade, mormente no que se refere à votação do questionário envolvendo conhecimento de detalhes ou filigranas técnicas que o jurado não domina, tem sido causa de muitas nulidades ocasionando a repetição de julgamentos, com um custo social significativo e descrédito para essa prática judiciária. Bem por isso o anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, atualmente em discussão no Congresso Nacional, cogita acertadamente da simplificação do questio-

Historicamente, o julgamento popular surgiu como garantia de um julgamento imparcial e justo, para contrapor-se às ordálias e aos juízos de Deus, assim como aos abusos de poder dos governantes.

nário a ser submetido aos jurados, reduzindo os quesitos a apenas três: um relativo à materialidade, outro à autoria e participação e um terceiro, indagando se o réu deve ou não ser condenado.

Também, erros e decisões injustas ou absurdas têm sido imputados com freqüência aos juízes leigos acusados também de excessiva benevolência, proferindo absolvições injustificáveis.

Com relação à severidade menor do Tribunal do Júri, comparado com a justiça togada, Streck (1993, p. 45) lembra que no ano de 1991, no Rio Grande do Sul, de acordo com relatório da Corregedoria-Geral do Ministério Público, “o júri condenou 1011 réus e absolveu 790, enquanto no juízo singular foram absolvidos 15.837 réus, contra 13.956 condenações”.

Nem todas as críticas, portanto, são pertinentes. De qualquer modo, não resta dúvida de que boa parte das críticas feitas ao tribunal popular, pelo menos da forma que vem funcionando no Brasil, são procedentes, o que tem levado os juristas a propor sua reforma, de modo a dar-lhe maior eficiência e simplificar seus procedimentos.

2.3.2- Deve ser abolido o júri no Brasil?

O júri brasileiro, com a limitação de sua competência apenas para os crimes dolosos contra a vida e conexos, ocupa posição quantitativamente secundária no conjunto de nosso sistema processual penal.

Sob esse aspecto, não se configura, portanto, como verdadeira garantia fundamental; se o fosse não se justificaria que os outros crimes não fossem também submetidos ao julgamento popular.

Não se pode afirmar também que seus julgamentos sejam, na essência, melhores ou piores, mais ou menos justos que as decisões dos juízes técnicos, se aceitarmos que são outros os seus parâmetros.

Ao contrário do que afirma, com certo exagero, o professor Marques (1963, p. 5), se seus julgamentos não são estritamente técnicos, também não são necessariamente ditados pelo arbítrio e pela intuição cega. Afinal, os jurados orientam-se pelas manifestações técnicas do juiz, da acusação e da defesa e seu objetivo é igualmente aplicar a lei, embora não fiquem presos, como os juízes de direito, à interpretação restrita da norma.

É preciso considerar que os parâmetros e valores pelos quais os juízes cidadãos podem guiar-se são diferentes dos que devem guiar os juízes togados. O Tribunal do Júri tem uma dimensão política, que os tribunais técnicos não têm, ou pelo menos não deveriam ter (mas quem pode garantir que juízes e tribunais técnicos não tomam às vezes decisões políticas?)

Para Rui Barbosa, e não somente para ele,

o Tribunal do Júri é, essencialmente, um tribunal político, através do qual se manifesta a vontade popular. Nesse sentido, a avaliação de sua atuação não pode levar em conta os mesmos critérios pelos quais se avalia a aplicação da lei pelo juiz técnico.

Como já foi dito acima, a opção pelo juiz-cidadão não deve ter por referência suas eventuais vantagens ou desvantagens em relação ao juiz-magistrado. Trata-se apenas de uma opção política da sociedade. E ao que parece a Instituição do Júri ainda é bem vista no imaginário popular e é uma das poucas instituições que permitem uma efetiva participação do povo na administração da Justiça.

Sob esse prisma, pensamos ser justificável sua manutenção, desde que o procedimento atual seja substancialmente modificado, não apenas simplificando-se o questionário e ampliando-se mais o universo de recrutamento de jurados, mas também proporcionando a estes o contato direto com toda a prova de instrução, de modo a que seu voto ou decisão se firme em sua avaliação direta e pessoal das provas, e não apenas nos discursos da acusação e da defesa. Também seria interessante ampliar-se a sua competência, de modo a garantir uma participação maior do povo na administração da justiça.

Conclusões

Pode-se concluir genericamente que o Tribunal do Júri nem é garantia individual, nem deve ser entendido como instituto processual e político-jurídico anacrônico ou superado. Mantém ainda relativa importância entre nós, enquanto instrumento democrático de participação popular na administração da justiça.

Como conclusões específicas, podemos extrair as seguintes:

1. O Tribunal do Júri é órgão do Judiciário, muito embora não conste do rol do art. 92 da CF/88.
2. No passado, o julgamento popular, por razões históricas, se constituiu como direito e garantia fundamental, em oposição às ordálias, aos juízos de Deus, e aos abusos do poder político, na Idade Média e no absolutismo.
3. No mundo moderno, com a consolidação de uma Justiça togada, técnica, independente e imparcial, o julgamento popular não se configura mais como direito e garantia fundamental.
4. No Brasil, o Tribunal do Júri é garantia fundamental formal, porque assim previsto na Constituição Federal; entretanto, em face de termos uma justiça togada devidamente estruturada, independente e imparcial, não se justifica, do ponto de vista substancial, considerá-lo uma garantia fundamental. Ademais, na prática judiciária brasileira, a compe-

tência do Júri está limitada aos crimes dolosos contra a vida, limitação que não seria justificável se se tratasse de efetivo direito ou garantia fundamental.

5. O juiz-cidadão não é necessariamente pior que o juiz-magistrado. De um ângulo, poder-se-ia considerar sua atuação menos garantista, porque não técnica; de outro, seria mais favorável à defesa, porque menos sujeito à interpretação estrita da lei, com possibilidade de levar em conta no julgamento, em favor do réu, causas extraleais de justificação ou isenção de pena.

6. Embora na sociedade moderna, com a especialização de funções e a independência e autonomia do Poder Judiciário, não pareça razoável continuem a existir juízes leigos, a manutenção do Tribunal do Júri no Direito Brasileiro se justifica como opção política do legislador constituinte, por pelo menos duas razões: a) trata-se de Instituição bem aceita no imaginário popular; b) é importante expressão da participação popular na administração da justiça.

7. Deve-se, contudo, proceder a urgente reforma do procedimento do júri, de modo a dar-lhe eficiência e simplicidade.

NOTAS

¹ Para as referências históricas sobre as origens remotas do *Tribunal do Júri*, cf. TUCCI, Rogério Lauria. *Tribunal do Júri – Origem, evolução, características e perspectivas*. In: TUCCI, Rogério Lauria (Coord.) et al. *Tribunal do Júri – estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: RT, 1999, p. 12-25.

² Na época, vivia-se o Estado Novo, de Getúlio Vargas, o Tribunal do Júri perdera a soberania e seus veredictos podiam ser, no mérito, reformados pelo Tribunal de Apelação.

³ As referências a Carmignani, Carrara, Montesquieu, Beccaria, Bentham e Kant, que se seguem, foram extraídas da obra *Derecho y razón*, de Ferrajoli (1998, p. 574-578).

⁴ ZEISEL, H. & KALVEN Jr., H. *Judicial and arbitrational systems*, in *Encyclopedia Britannica*, 1990, p.486 (apud ARAÚJO, 1996, p. 211).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Ricardo R. O tribunal do júri

nos Estados Unidos – sua evolução histórica e algumas reflexões sobre seu estado atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, 1996, v. 15.

BRASIL. Decreto de 18 de junho de 1822. Crêa juizes do facto para julgamento dos crimes de abuso de liberdade de imprensa. In: PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983, p. 339-340.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824.

BRASIL. Lei – de 20 de setembro de 1830. In: PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983, p. 361-369.

BRASIL. Código de processo criminal do Império, de 29 de novembro de 1832. In: BRASIL. Constituição de 24 de fevereiro de 1891.

BRASIL. Decreto-Lei n. 167 – de 5 de janeiro de 1938. Regula a instituição do Júri. In: PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983, p. 511-522.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição do Estado de São Paulo. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado S.A. – IMESP, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*, trad. espanhola. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

GAROFALO, R. *Criminologia*. Campinas: Péritas, s/d.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

INGLATERRA. Magna Carta do Rei João Sem Terra (Magna Charta Libertatum). In: FMU DIREITO – *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas*. São Paulo, 1990. v. 4.

JEFFERSON, Thomas. Escritos políticos. In: FEDERALISTAS. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores).

MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. São Paulo: Saraiva, 1963. v. 1.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983, p. 213-245.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri: procedimento e aspectos do julgamento, questionários*. 4 ed. ampl. e atual. São Paulo: RT, 1984.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri – símbolos e rituais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18 ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 4 .

TUCCI, Rogério Lauria (Coord.) et al. *Tribunal do júri – estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: RT, 1999.

TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri – contradições e soluções*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

HUMANISMO = DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Lafayette Pozzoli*



Resumo

O artigo procura responder às seguintes perguntas: como se tornou possível a crença numa lei comum que se estende “*erga-omnes*”, e que por isso transcende a lei particular de uma determinada comunidade política? Ou melhor, como se tornou possível o tema dos direitos humanos, ou seja, dos direitos e deveres humanos? Analisa as várias épocas da história da humanidade em que ficam ressaltados aspectos relevantes para a afirmação e primazia da dignidade da pessoa humana. Enfoca como o humanismo inspirou o constitucionalismo, encampando as transformações do chamado direito natural. Conclui identificando no direito um instrumento promocional da pessoa humana, não o considerando tão somente um direito punitivo.

Palavras-chave

Humanismo, Dignidade, Direito Natural, Direitos Humanos, Função Promocional, Constituição.

Abstract

The paper tries to answer the following questions: how was it possible for us to come to believe in a common law that reaches *erga-omnes*, and, therefore, transcends the particular law of a certain political community? Or, in other words, how did the human rights topic become possible, that is to say, the human right and duties topic? It analyzes the different phases of human history in which aspects important to the assertion and primacy of dignity of the human being are highlighted. It focuses on the way humanism inspired constitutionalism, embracing the transformations of the so-called natural right.

It concludes identifying the right as a promotional instrument of the human being, not considering it only as a punitive right.

Keywords

Humanism, Dignity, Natural Right, Human Rights, Promotional Function, Constitution.

* Advogado, Pós-doutorando pela Universidade “La Sapienza” - Itália; Professor no Mestrado em Direito da Fundação Eurípides; Professor na PUC/SP; Doutor em Filosofia do Direito e do Estado PUC/SP; Consultor da OIT - Organização Internacional do Trabalho (África - Angola, como Perito em Legislação sobre Pessoa Portadora de Deficiência); Secretário Executivo licenciado do Instituto Jacques Maritain do Brasil; Membro do Tribunal de Ética da OAB/SP – TED-1; Sócio efetivo do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo, desde 1994.
E-mail: Lafayette@sti.com.br Home: <http://www.academus.pro.br/lafayette.htm>

Introdução

Como se tornou possível a crença numa lei comum que se estende “*erga omnes*” (para todos), e que por isso transcende a lei particular de uma determinada comunidade política? Ou melhor, como se tornou possível o tema dos direitos humanos, ou seja, dos direitos e deveres humanos?

Celso Lafer, professor na Faculdade de Direito da USP, no seu livro *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, examinando o assunto, observa que no Livro do *Gênesis, da bíblia*, está dito que “Deus criou o ser humano à sua imagem”. O ser humano, portanto, é o ponto culminante da criação, tendo importância suprema na economia do universo. Nesta linha os hebreus sempre sustentaram que a vida é a coisa mais sagrada que há no mundo, e que o ser humano é o ser supremo sobre a terra. Todo ser humano é único, e quem suprime uma existência é como se destruísse o mundo na sua inteireza.

Na elaboração judaica deste ensinamento, isto se traduz numa visão da unidade do gênero humano, apesar da diversidade de nações, que se expressa por meio do reconhecimento e da afirmação das Leis de Noé, que na verdade não deixa de ser o direito comum a todos, pois constituem a aliança de Deus com a humanidade e representam um conceito do *jus naturae et gentium* (direito natural das gentes), ou seja, o direito internacional.

Na vertente grega, Lafer (1988) menciona o estoicismo¹ que na época helenística², com o fim da democracia e das cidades-estado, atribuiu à pessoa que tinha perdido a qualidade de cidadão, para se converter em súdito das grandes monarquias, uma nova dignidade. Esta nova dignidade resultou do significado filosófico conferido ao universalismo de Alexandre. O mundo é uma única cidade - cosmópolis - da qual todos participam como amigos e iguais. À comunidade universal do gênero humano corresponde também um direito universal, fundado num patrimônio racional comum, daí derivando um dos precedentes da teoria cristã da *lex aeterna* (lei eterna) e da *lex naturalis* (lei ligada à natureza humana), igualmente inspiradoras dos direitos humanos.

O cristianismo retoma o ensinamento judaico e grego, procurando aclimatar no mundo, por meio da evangelização, a idéia de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual, pois Jesus chamou a todos para a salvação. Neste chamamento não “há distinção entre judeu e grego”³, pois, “não há judeu, nem grego, não há escravo nem livre, não há homem nem mulher, pois todos vós sois um só em Cristo Jesus”⁴. Neste sentido, o ensinamento cristão é tido como um dos elementos formadores da mentalidade que tornou possível o tema dos direitos humanos.

O valor da pessoa humana, historicamente, se agregou àquilo que se convencionou chamar de Direito Natural ou humanismo. Este evidentemente é um tema mais amplo porque na concepção d’alguns filósofos - como foi o caso de Locke - abrangia até mesmo a propriedade privada. Aliás, tanto a Declaração de Virgínia, dos Estados Unidos da América, de 1776, quanto a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, absorveram esta tendência *lockiana* e nelas a propriedade aparece no rol dos direitos naturais.

Afirmação do direito humanista

O direito natural ou humanista representaria um padrão geral, a servir como ponto de Arquimedes na avaliação de qualquer ordem jurídica positiva, de modo que o Direito Natural teria preeminência sobre o direito positivo, uma vez que este se caracteriza pelo particularismo de sua localização no tempo e no espaço.

A afirmação de um Direito Natural como forma de resgatar a justiça teve efeitos práticos na obra de codificação das leis. Esses efeitos aparecem claramente na Declaração de Direitos de Virgínia, dos Estados Unidos da América, de 1776:

Artigo 1º - Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade (...).

Na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e dos Cidadãos de 1789, no preâmbulo: “os representantes do povo francês, constituídos em Assembléia Nacional... resolvem expor uma declaração solene dos direitos naturais, inalienáveis, imprescritíveis (...)”. No artigo 11: “O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem (...)”

O Brasil recebeu o direito humanista por via da tradição portuguesa. A lei de 11 de agosto de 1827 (Criação dos Cursos Jurídicos) estabeleceu a inserção da cadeira de Direito Natural, justificando da seguinte forma:

...o direito natural, ou da razão, é a fonte de todo direito, porque, na razão apurada e preparada por boa e luminosa lógica, se vão achar os princípios gerais e universais para regularem todos os direitos, deveres e convenções do homem.

Lei e direito natural

Efetivamente, a burguesia chegou ao poder

desfraldando a bandeira do Direito Natural que serviria de sustentáculo na aparência da ordem fundada na justiça participativa. Não obstante, no século XIX, assistimos ao mesmo tempo a destruição e o triunfo do sistema legado pelo jus-naturalismo. Como isto aconteceu?

Transposta e positivada pelos códigos e pelas constituições, a visão jus-naturalista de um direito natural foi perdendo significado. A codificação terminou por constituir-se em ponte involuntária entre o jus-naturalismo e o positivismo jurídico.

O positivismo esteve ligado, inegavelmente, à necessidade de segurança da sociedade burguesa, em virtude mesmo da falta de unidade e coerência no conjunto de normas vigentes em quase todos os países da Europa.

A codificação surge em virtude de um duplo imperativo sócio-econômico: o primeiro era a necessidade de pôr em ordem o caos do Direito Privado para garantir a segurança com justiça das expectativas, e atender, dessa maneira, às necessidades do cálculo econômico-razional de uma economia capitalista em expansão. O segundo era de fornecer ao Estado, por meio da lei, um instrumento eficaz de intervenção na vida social.

Assim, se o Direito Natural fora apanhado totalmente pela legislação, então não se poderia duvidar da plenitude da lei, que contém todo o direito, inclusive o Direito Natural, como ficou expresso na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e dos Cidadãos de 1789. Está aí a gênese do movimento que pretendeu reduzir a Ciência do Direito a uma simples técnica jurídica, à simples interpretação do texto legal.

Segundo a maestria do eminente jurista Assis (1993), no Brasil o Direito Natural começa a perder força a partir dos pareceres de Ruy Barbosa sobre o ensino em geral, onde realça a importância da ciência e do método experimental e propõe a substituição da Cadeira de Direito Natural. Esses ataques culminaram, na Faculdade de Direito de São Paulo, com a substituição da cátedra de Direito Natural pela de Filosofia do Direito, sendo esta ocupada pela primeira vez pelo jurista e professor Pedro Lessa

O humanismo ressurgiu com extraordinário vigor na Alemanha Ocidental, durante o nazismo, para resistência e notadamente após ele, para a restaura-

ção da democracia. Depois de ficar subjacente a todo julgamento dos criminosos levados ao Tribunal de Nuremberg (onde foram julgados, após a Segunda Guerra Mundial, os dirigentes nazistas), o direito natural serviu de fundamento às sentenças da Justiça alemã, anulando velhas decisões, baseadas em leis nazistas, e empolgou as cátedras universitárias daquele país.

Direito natural versus direito positivo

No humanismo, que inspirou o constitucionalismo, os direitos do ser humano eram vistos como direitos inatos e tidos como verdades evidentes. A positivação desses direitos nas constituições, que se inicia no século XVIII com a Revolução Francesa, almejava, ao menos teoricamente, conferir-lhes uma dimensão permanente e segura. Esta dimensão, acreditava-se, seria o dado de estabilidade, que serviria de contraste e tornaria aceitável e variável, no tempo e no espaço, do Direito Positivo.

À guisa de ilustração, transcrevemos os artigos I, II e III da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

I - O governo é instituído para garantir ao homem o gozo destes direitos naturais e imprescritíveis.

II - Estes direitos são a igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade.

III - Todos os homens são iguais por natureza e diante da lei.

Nesta mesma linha, os direitos naturais da pessoa humana encontram-se hoje compilados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas - ONU - em 1948. A maioria destes direitos fundamentais foram ratificados em Constituições dos diversos países signatários da mencionada declaração, dentre eles o Brasil.

Veja isto no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988:

Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Efetivamente, a burguesia chegou ao poder desfraldando a bandeira do Direito Natural que serviria de sustentáculo na aparência da ordem fundada na justiça participativa.

Objetivando mais facilmente alcançar a paz entre as nações, para que os Estados-membros da ONU pudessem convalidar em seus respectivos ordenamentos jurídicos da Declaração, foram aprovados em 1966 dois pactos: Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Com isto, Estados-membros assumiram a condição de coadjuvantes partícipes da paz.

O Brasil já convalidou em seu ordenamento jurídico os respectivos pactos⁵.

Os direitos e deveres humanos

Os Direitos Humanos foram concebidos como proposta de um sistema de vida integral que abarcasse os âmbitos cultural, econômico, político e social, tanto em nível individual como coletivo, e aplicável a todos, sem qualquer discriminação.

Exprimem um desejo de sobrevivência cada vez mais profundo à mediada que cresce a ameaça. Não se contentam em proclamar a sede de vida dos seres humanos, mas tentam permitir concretamente a sobrevivência.

Assim, os direitos humanos conscientizam e declaram o que vai sendo adquirido nas lutas sociais e dentro da história, para transformar-se em opção jurídica indeclinável.

A lei provinda do órgão competente para legislar no Estado - o Poder Legislativo - foi, gradativamente, assumindo a quase exclusividade da condição de fonte do direito. Vale observar que o crescente intervencionismo estatal, que ampliou o processo de positivação do direito pelo Estado, resultou em base para a convicção de que ele, o direito, não tem por função simplesmente qualificar como boas ou más as condutas das pessoas, mas também servir de instrumento de gestão da própria sociedade.

A correlação entre direito, Estado e organização social permitiu encarar o direito como uma instituição que é um ordenamento, ou seja, uma totalidade organizada que não perde a sua identidade mesmo com a mudança de seus elementos. Assim, a teoria do ordenamento acabou por se configurar como uma teoria do direito, que se ocupa das normas e dos ordenamentos na sua estrutura e não no seu conteúdo.

Conclusão

Finalmente, o que caracteriza o direito positivo, no mundo contemporâneo, é a sua contínua mudança. Por isso mesmo torna-se difícil identificar o jurídico só pelo conteúdo. Daí a necessidade de conhecer, identificar e qualificar as normas como jurídicas pela sua forma. A este respeito Hans Kelsen deu uma contribuição teórica, de admirável ri-

gor, ao elaborar, no âmbito da sua teoria, o princípio da dinâmica do direito, graças ao qual uma norma é válida não porque tem um certo conteúdo, mas sim porque foi formalmente criada de acordo com as normas previstas no ordenamento.

Assim não é difícil identificar no direito um instrumento promocional da pessoa humana, não sendo tão somente um direito punitivo. É neste sentido que afirma Montoro (1999, p. 252):

O fim do Direito é ordenar a vida da sociedade, orientando a conduta de seus membros e a atividade de suas instituições. Para esse objetivo, ele estabelece normas e procura garantir a eficácia das mesmas, atribuindo conseqüências positivas a seu cumprimento e negativas ou punitivas à sua violação. *Ver no Direito apenas o aplicador de sanções punitivas é diminuí-lo. (grifo nosso).*

É a nova forma de ver/analisar/aplicar o direito. Aliás, o uso de estímulos positivos de maneira preponderante em relação aos aspectos negativos passa a ser uma característica das diversas ciências, não se circunscrevendo tão somente ao direito; afinal os humanistas, o humanismo, estão presentes nos diversos setores da sociedade.

NOTAS

¹ Doutrina greco-romana caracterizada pela severa consideração da questão moral.

² Período da Grécia antiga que mais conhecemos, Século V ao III, a.C., aproximadamente.

³ São Paulo, Epístola aos Romanos, 10, 12.

⁴ São Paulo, Epístola aos Gálatas, 3, 28.

⁵ Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotados pela Resolução nº 2.200-A (XXI) da ONU, em 16 de dezembro de 1966 e ratificados pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1982.

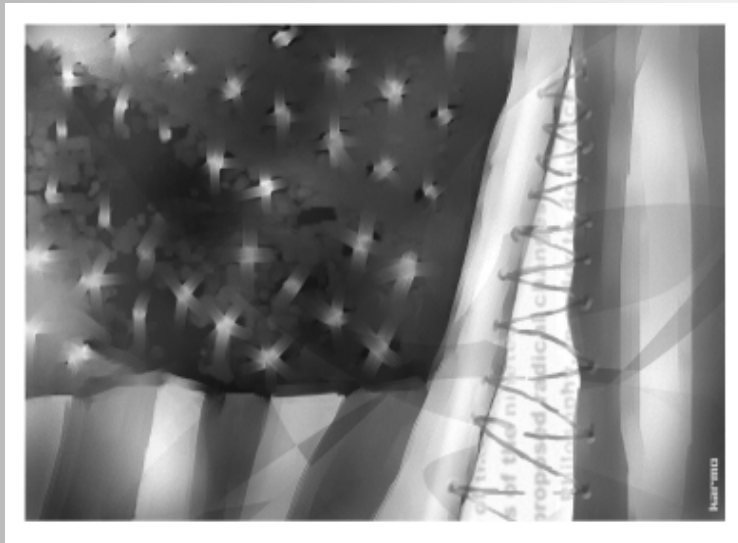
AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Tradução Alexandre Correa. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

-
- ARENDDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1979.
- ARISTÓTELES. *Política*. Brasília: Ed. UNB, 1988.
- ASSIS, Olney Queiroz; PUSSOLI, Lafaiete. *Manual da microempresa - Teoria e Prática*. 3.ed. São Paulo: Lúmen, 1993.
- _____. *Manual do Simples - regime jurídico da microempresa e empresa de pequeno porte*. São Paulo: Lúmen, 1998.
- BALERA, Wagner. *O Direito dos pobres*. São Paulo: Paulinas, 1982.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Minden, 1998.
- CHARDIN, Pierre Teilhard. *Hino do universo*. São Paulo: Paulus, 1994. (Coleção Educadores da Humanidade).
- COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- ENCÍCLICA Fides Et Ratio (Sobre as relações entre fé e razão). Papa João Paulo II. 14 set. 1998.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- GIORDANI, Igino. *Diário de fogo*. São Paulo: Cidade Nova, 1986.
- IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo direito*. Tradução João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia. das Letras, 1988.
- LIMA, Alceu Amoroso. *O problema do trabalho*. Rio de Janeiro: Agir, 1956.
- LIMA, Jorge da Cunha; PUSSOLI Lafaiete. (Coord.) *Presença de Maritain: testemunhos*. São Paulo: LTr, 1995. (Coleção Instituto Jacques Maritain).
- MACHADO, Edgar de Godói da Mata. *Direito e coerção*. São Paulo: Unimarco, 1999.
- MARCÍLIO, Maria Luiza. RAMOS, Ernesto Lopes. (Coord.) *Ética na virada do milênio - busca do sentido da vida*. São Paulo: LTr, 1999. (Coleção Instituto Jacques Maritain).
- MARITAIN, Jacques. *Humanismo integral*. Tradução Afranio Coutinho. Rio de Janeiro: Nacional, 1945.
- _____. *Os direitos do homem*. Tradução Afranio Coutinho. Prefácio de Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967.
- _____. *O homem e o estado*. Tradução de Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Agir, 1952.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: RT, 1991.
- _____. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: RT, 1999.
- _____. *Participação: desenvolvimento com democracia*. São Paulo: Nossa Editora, 1990.
- MORENTE, Manuel Garcia. *Fundamentos de filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1980.
- NALINI, José Renato. *Uma nova ética para o juiz*. São Paulo: RT, 1994.
- PLATÃO. *A República*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.
- POZZOLI, Lafayette. *Maritain e o Direito*. São Paulo: Loyola, 2001.
- PUSSOLI, Lafaiete. *Justiça dos tribunais ou da cidadania?* São Paulo: Cidade Nova, 1996.
- _____; ASSIS, Olney Queiroz. *Pessoa deficiente - direitos e garantias*. São Paulo: Edipro, 1992.
- _____. MARCÍLIO, Maria Luiza. (Coord.) *Cultura dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 1998.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *A filosofia contemporânea no Brasil: conhecimento, política e educação*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- SILVA, Jair Militão da. *A autonomia da escola pública*. Campinas: Papirus, 1996.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência - um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996.
- _____. *Direitos humanos, urgente!*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
-

FILOSOFIA E JURISPRUDÊNCIA NOS PRIMÓRDIOS DO PRAGMATISMO: CHARLES S. PEIRCE E OLIVER WENDELL HOLMES, JR.

Lauro Frederico Barbosa da Silveira*



Abstract

In the face of the transformation the American society has lived since the last decades of the nineteenth century, a group of intellectual personalities of Harvard proposed radical changes in the way of considering Law, Religion and Philosophy, in order to do justice to people coming to America from the most different parts of the world. Either in Philosophy and Law, Charles S. Peirce and Oliver Wendell Holmes, Jr. distinguished themselves due to the fact they considered that the essential approach to reality should no longer be the search for the origins of Thought and Law, but the anticipated representation of the results of an hypothesis. This new approach differentiates the Pragmatism of the traditional tendencies of transcendental philosophy from the doctrines of natural law.

Keywords

Pragmatism, natural law, transcendental philosophy.

Resumo

Diante da transformação vivida pela sociedade norte-americana desde as últimas décadas do século dezenove, um grupo de intelectuais de Harvard propôs mudanças radicais no modo de se considerarem o direito, a religião e a filosofia a fim de se fazer justiça ao povo vindo para a América desde as mais diversas partes do mundo. Tanto na filosofia quanto no direito, Charles S. Peirce e Oliver Wendell Holmes, Jr. destacaram-se dos outros devido ao papel que ambos exerceram ao não considerarem que a abordagem essencial da realidade não fosse mais a de buscar as origens do pensamento e do direito, fosse a representação antecipada dos resultados de uma hipótese. Esta nova abordagem diferencia o Pragmatismo das tradicionais tendências da filosofia transcendental e das doutrinas do direito natural.

Palavras-chave

Pragmatismo, direito natural, filosofia transcendental.

* Professor do Mestrado em Direito - Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha". Marília, SP.

A teoria semiótica de Charles Sanders Peirce surge em um contexto cultural bastante intenso vivido nos Estados Unidos da América da segunda metade do século XIX até ao final da segunda década do século XX. Ao mesmo tempo em que Peirce estava formulando sua teoria, outros autores estavam também desenvolvendo seu pensamento, voltados para as profundas transformações que o país vivia ao procurar encontrar seus caminhos próprios de nação independente e emergente no cenário mundial.

Não é de se estranhar que uma universidade tradicional como já era Harvard, já que foi fundada na segunda metade do século XVII e vinha formando a intelectualidade autóctone desde os tempos coloniais, estivesse envolvida nessas profundas mudanças intelectuais. Participara através de vários ex-alunos da defesa da autonomia dos cidadãos diante da coroa britânica e conheceu o movimento revolucionário que deu origem à declaração da independência, desde seus primeiros dias. Especialmente, após o final da guerra de secessão, com a vitória dos estados do norte sobre os do sul, mais claramente ficou nítido para os profissionais formados na Universidade, o dever de se comprometerem em encontrar formas para pensar uma nova sociedade que a interiorização rumo ao oeste, a grande imigração de mão-de-obra para a indústria em expansão e as relações internacionais, sobretudo com a Europa estavam rapidamente constituindo.

O pragmatismo foi uma das expressões mais importantes desse momento. Ele certamente correspondeu às exigências de se encontrar novos critérios para a ciência, o direito e a convivência religiosa dos inúmeros grupos de imigrantes que acorriam aos Estados Unidos. Com o pragmatismo, esses intelectuais deixavam, principalmente, de se preocupar com as origens do conhecimento, das leis ou das igrejas, passando a valorizar os fins que determinavam a conduta em qualquer um desses campos da atividade social.

A intolerância religiosa que grassou durante o período colonial, levando freqüentemente ao isolamento das diversas comunidades, tende então a se voltar para o texto evangélico e a ressaltar a passagem em que se diz que dos frutos é que se avaliará a bondade da árvore (SCHULTZ, 1991).

O direito, até então, predominantemente dedutivo a partir de princípios gerais, começará a ser visto como um processo de previsão das decisões judiciais, tomando por base a prática dos tribunais e o levantamento histórico dessas mesmas práticas, para, através desse último, encontrar o sentido originário das leis.

A ciência e, com ela, a própria filosofia, procurará representar os fenômenos pelo esforço de explicitar quais os efeitos práticos concebíveis que

decorrerão da experimentação sobre eles.

No interior desse ambiente, será possível encontrar a produção intelectual de duas personalidades que, de modo excepcional, o representam. Trata-se do físico, químico, lógico e filósofo Charles Sanders Peirce (1839-1914) e do jurista Oliver Wendell Holmes, Jr.¹ (1841-1935). O primeiro, entre os diversos domínios do saber com os quais se preocupou e produziu excelentes trabalhos, propôs com total originalidade uma lógica da determinação da conduta de qualquer ser capaz de aprender com a experiência à qual, respeitando a tradição, conferiu o nome de Semiótica. O segundo exerceu durante longos anos a profissão de advogado e sobretudo de juiz, e legou um vasto trabalho de jurisprudência que conferiu bases sólidas ao direito norte americano, como Common Law.

Segundo os estudiosos do pensamento de ambos os autores, todo o relacionamento pessoal que mantiveram entre si limitou-se à participação durante algum tempo de um grupo de estudos denominado Clube Metafísico de Cambridge, sendo Cambridge, Massachusetts, a cidade sede da Universidade Harvard. Nessas reuniões discutiam-se as questões acima expostas e delas decorreu, com certeza, a proposta pragmatista lançada por Peirce num artigo datado de 1878, intitulado *How to make our Ideas clear*, (HARTSHORNE, WEISS, v. 5, pt. 388-410) tendo sido traduzido para o português com o título *Como tornar claras nossas Idéias* (HEGENBERG, MOTA, 1972). A convergência da proposta de ambos, porém, é muito significativa da importância que elas tiveram para o pensamento e a atuação dos intelectuais norte-americanos naquele momento.

Em um texto intitulado *Peirce and Holmes*, (KEVELSON, 1991, p.187-202.) John Valauri compara duas proposições muito significativas de ambos os autores e faz ressaltar quanto elas mutuamente se aproximam. Peirce, no artigo de 1878, acima citado, lança sua máxima pragmática na seguinte versão:

Considere quais efeitos que podem concebivelmente ter conseqüências práticas, que concebemos ter o objeto de nossa concepção. Assim, nossa concepção desses efeitos é o conjunto total de nossa concepção do objeto.

Holmes, Jr., mais tarde, levará à consideração de um auditório de jovens formandos em Direito, o seguinte conselho:

Caso vocês pretendam conhecer a lei e nada mais, devem encará-la do mesmo modo como faz o homem mau, que se preocupa somente com as conseqüências materiais que um tal conhecimento o habilita a predizer; não como faz um homem bom,

que encontra razões para sua conduta, seja dentro, seja fora lei, nas sanções mais vagas da consciência. (1991, p. 192)

Um certo cinismo parece percorrer o pensamento do jurista, mas dele também não escaparia o filósofo e cientista que fora Peirce, com afirmações e conselhos de natureza muito semelhante. Esta primeira impressão não será, necessariamente, definitiva, pois poderá dar lugar a conclusões que iriam reservar às exigências éticas e, mesmo, estéticas um domínio insubstituível e incondicional de atuação.

Com efeito, ambos os conselhos aqui reproduzidos visam primordialmente evitar invasões indevidas da sensibilidade e da moral, naquele campo que é exclusivo da conduta racional enquanto auto-controlada.

Holmes não está menosprezando os ditames da consciência e a superioridade de uma conduta moralmente íntegra. Peirce de modo algum está excluindo de sua máxima a dimensão concreta moral e afetiva da conduta do cientista ao questionar a natureza e com ela interagir.

Em um famoso texto de 1905, intitulado *What pragmatism is* (HARTSHORNE, WEISS, 1976, v. 5, pt. 411-437), que em português se traduziu *O que é Pragmatismo* (PEIRCE, 1977, p. 283-299), após reformular de maneira mais explícita e bem menos sujeita a equívocos a máxima que já há anos vinha propondo, Peirce, há uma certa altura, faz questão de deixar claros os limites da proposta metodológica que vinha fazendo e explícita o que lhe parece ser mais importante em todo procedimento científico. Dirá, então:

...a riqueza dos fenômenos se encontra em sua qualidade sensível. O pragmaticismo não pretende definir os equivalentes fenomênicos de palavras ou idéias gerais, mas ao contrário, eliminar seu elemento sensual, e se empenha em definir seu conteúdo racional, e este conteúdo ele encontra no efeito intencional da palavra ou da proposição em questão. (HARTSHORNE, WEISS 1976, v.5,pt.428)

Holmes, por seu lado, aconselhando ao advogado a restringir seu trabalho na predição da sentença e no estrito interesse de seu cliente de não sofrer as consequências adversas da lei, encontra igualmente ocasião para desfazer qualquer dúvida quanto às suas convicções sobre a superioridade moral de uma atitude íntegra da parte do cidadão e, isto ele faz explicitamente ao declarar que:

...tomo como perfeitamente aceito que nenhum de meus ouvintes irá interpretar o que tenho a dizer como linguagem do cinismo. A lei é a testemunha e o depósito

externo de nossa vida moral. Sua história é a história do desenvolvimento moral da raça. Sua prática, apesar das pilhérias populares, tende a produzir bons cidadãos e bons homens. Quando enfatizo a diferença entre lei e moral refiro-me ao simples fim de aprender e entender a lei. Para tal propósito deve-se dominar de modo definido suas marcas específicas, e é por causa disto que lhes peço que se imaginem como indiferentes a qualquer coisa outra ou maior.

Não digo {continua o texto} que não haja um ponto de vista mais amplo a partir do qual a distinção entre lei e moral se torne secundária ou sem importância, como todas as distinções matemáticas se desvanecem na presença do infinito. Mas digo que a distinção é de primeira importância para o objeto que temos aqui a considerar - um estudo correto da lei e seu domínio, como um empreendimento dentro de limites bem compreendidos, um corpo de dogmas enclausurado entre linhas definidas. (POSNER, 1992,p.161-162)

Para ambos, Peirce e Holmes, o que está em jogo é a especificidade das atividades que recaem sobre capacidade de decisão e, mais ainda, do que é público, independentemente dirá Peirce ao se referir ao Real, do que eu, vocês ou qualquer conjunto de homens possa pensar (HARTSHORNE; WEISS; 1976, v. 2, pt. 758, v. 5, pt. 405, 408; v. 8, pt. 12, 41). Nossos sentimentos e os ditames de nossa consciência são de máxima importância mas restringem-se àquilo que nos é particular. Tanto no domínio da ciência como representação do real e objeto público de aprendizagem, como no domínio da lei e, por consequência, na lide forense, todo critério de avaliação deve restringir-se ao que é publicamente compartilhado e observável. O resto é questão de foro íntimo!

Dada, porém, a frequência com que as questões pertinentes ao foro íntimo se imiscuem no domínio público e na representação que dele é feita, ambos os autores, cada um em seu campo específico de consideração, insistem em manter claramente esta distinção, mesmo que a primeira vista causem espanto e repúdio ao leitor ou a seu ouvinte. E isto eles fazem muito especialmente porque crêem que, ao longo do tempo, doutrinas se criaram comprometendo ambos os domínios e dando lugar a aporias perfeitamente evitáveis se tal mistura for desde logo denunciada e evitada.

Peirce terá ocasião de defender veementemente a independência da verdade lógica das proposições com relação às asserções que, por seu meio, fazemos, assim como com relação a um instinto de racionalidade suposto pela lógica prevalecente entre os autores alemães. Denunciará, igualmente, a

falsa dependência da lógica quer à psicologia, quer a uma metafísica defensora de um a priori da razão, implicada na obra daqueles mesmos autores.

Holmes encontrar-se-á igualmente constrangido a denunciar na área do direito a mesma ilusão da prevalência na origem do direito de uma lei natural, anterior a qualquer lei positiva, à qual toda lei remeteria como à sua primeira e transcendente fonte de legitimidade.

A discussão levada a cabo por ambos os autores, com as teses legitimadoras de uma instância a priori da razão, parece conveniente de ser acompanhada, para melhor esclarecer-se a posição por eles defendida.

Em *The Fixation of Belief* (HARTSHORNE, WEISS, 1976, v.5, pt. 358-387), publicado em português com o título de *A Fixação das Crenças* (HEGENBERG, 1972), datado de 1877, e publicado imediatamente antes de *How to Make our Ideas Clear*, Peirce enumera e discute vários fundamentos que a razão encontra para fixar sua crença. Após apontar a tenacidade pela qual alguém fixa sua crença em seus próprios preconceitos e fecha os ouvidos para qualquer outra voz ou para qualquer experiência; a autoridade, pela qual uma comunidade participa de uma crença por que alguém a doutrina; e antes de apresentar a fixação da crença baseada em um critério experimental, em que a reação dos fatos põe em cheque as representações que deles fazemos e, com isso, alcança-se o estágio verdadeiramente científico e público de determinação da conduta, Peirce denuncia um critério de fixação da crença que passou a dominar o pensamento ocidental a partir do cartesianismo e que se encontra presente nas diversas doutrinas filosóficas que elegem a consciência, seja ela individual ou coletiva, como instância última da determinação da conduta. Denomina a esse modo de fixação da crença, de *a priori* e o denuncia como profundamente ilusório. Com efeito, sob a aparência de ser o instaurador da máxima objetividade no domínio do conhecimento, esse modo de fixação da crença coloca-se em atitude servil ao agrado de uma certa representação da razão, radicalmente equivocada, pois irremediavelmente particular e subjetiva. Faz Peirce observar que ao se adotar tal método de determinação da conduta fica a razão incapaz de sensibilizar-se diante dos fatos mais flagrantes que se oponham à representação que deles é feita, para só se perturbar se lhe for apontada alguma inconsistência diante da doutrina que abraçou como verdadeira.

Em outros momentos de sua obra a mesma crítica será dirigida mais especialmente à lógica predominante entre os autores alemães ou, ainda, em outros momentos, especialmente ao pensamento de Hegel e de alguns de seus seguidores.

A crítica à lógica predominante entre os autores alemães incide sobre determinadas teses que, aos olhos de Peirce, submete aquela ciência ao sentimento de quem a pratica. Embora o texto peirciano estenda-se em minúcias tanto para a apresentação das teses quanto à sua refutação, talvez não falsearia, na essência, seu pensamento procurar resumir-las. As teses sustentadas pela lógica de tradição alemã, seriam enumeráveis em cinco tópicos:

- 1) A uma operação fisiológica, tal como é o raciocínio, não pode ser atribuída bondade ou maldade, salvo numa concepção pré-científica sem qualquer garantia racional
- 2) Anteriormente a qualquer atribuição de bondade ou maldade ao raciocínio, deve-se reconhecer a semelhança que mantém entre si a estética, a ética e a lógica.
- 3) Supor, com a lógica de tradição inglesa, que exista uma tal entidade objetiva como a Racionalidade, seria abandonar bruscamente todo pensamento moderno, desde Descartes. O fator essencial da doutrina inglesa da racionalidade é que haveria um elemento radicalmente irracional no Fato, um elemento de força bruta, que [Peirce], este novo defensor da doutrina, afirma ser antigeracional.
- 4) Mesmo que se adote a doutrina inglesa, de que a verdade lógica independe da aceitação de quem a pratica, nossa última e única segurança deve se encontrar na precisão dos juízos naturais da mente sobre o que é racional. Praticamente devemos assumir que aqueles juízos são infalíveis. Pois, qualquer critério de racionalidade que possamos adotar, adotando esse critério ele será necessário para a razão. Assim, fazemos apelo, em última instância, ao testemunho da mente sobre o que é um bom raciocínio; e se fazemos tal apelo, é supérfluo convocar qualquer outra testemunha.
- 5) O universo tem uma constituição racional. Ora, se todos os homens, em qualquer lugar e sempre, sem hesitação afirmaram alguma coisa como sendo uma necessidade da razão, isto se constitui num argumento muito forte não somente para a mente humana, mas, para toda mente enquanto tal, ele seria de igual necessidade. Mas isto, se for verdadeiro, será somente um outro aspecto da proposição de que ele é inerentemente racional. Portanto, daí, em conexão com a constituição racional do universo, seguir-se-á que alguém que raciocine, nisto confiando, não poderá achar que os fatos desapontarão a expectativa que esta racionalidade justifica. De acordo com isto, esta concordância dos fatos com as promessas de um argumento que os ingleses vêem como *constituindo* a racionalidade do argumento é, na verdade, simplesmente um corolário do argumento ser

agradável a Razão, enquanto Razão, do qual sua aceitação católica (ou seja, universal) por todas as mentes humanas é uma evidência suficiente.

Tanto ao segundo quanto ao quinto argumento Peirce oferece uma resposta tão logo os apresenta. Aos outros três, dedicará um espaço à parte.

Em resposta ao segundo argumento, o qual desqualificava qualquer critério independente da subjetividade para se avaliar a bondade ou maldade de um raciocínio, já que identificava como pertencendo à mesma família as considerações sobre o belo, o bom e o verdadeiro, todos eles caracterizados como sentimentos, Peirce, faz questão de esclarecer que a existência de uma tal homogeneidade é ilusória. O bem estético, dizendo respeito ao sentimento, é predominantemente subjetivo. O bem ético assume uma posição intermediária em que há decisão da vontade e guarda um certo viés objetivo, pois, embora intransferível em sua soberania, ouve, freqüentemente, a voz da razão sobre o deve ser o bem ultimamente procurado. O bem lógico, ou a verdade, impõe-se à razão independentemente de qualquer sentimento ou de qualquer decisão moral, guardando, pois, total objetividade.

Ao quinto argumento, que fazia a conformidade à experiência, aceita pelos ingleses, decorrer do pressuposto de que o universo é intrinsecamente racional, Peirce responde com as seguintes considerações:

Impusesse-se este argumento, minha resposta a ele seria de que alguém que raciocina, enquanto tal, não se preocupa se esta é a constituição metafísica do universo ou não. Ele somente se preocupa com que os fatos não desapontem as promessas de suas argumentações. Portanto, a racionalidade de um raciocínio, no sentido daquele caráter de um raciocínio que quem raciocina tem em mira, não consiste precisamente naquele acordo necessário dos fatos com o que é proferido no argumento, tal como doutrina inglesa faz com que consista. (HARTSHORNE, WEISS, v.2 1976, pt.159)

A objeção principal de Peirce a este argumento repete-se com freqüência em sua obra. Uma tese metafísica, como é a da racionalidade intrínseca do universo, afirma Peirce, decorre de uma boa fundamentação lógica e das exigências que esta produz, e não o inverso. Para bem raciocinar não é exigido que se defenda uma tese metafísica, mas que se verifique a capacidade representativa do raciocínio, diante do objeto estritamente fenomênico que se quer representar e com ele interagir no futuro. Pode e deve a razão, propor teoricamente hipóteses

de como seria um universo para o qual nossas representações fossem consistentes, mas a representação jamais poderia servir de premissa maior para que se tirassem conclusões sobre a verdade e a correção de nossos raciocínios. Esta inversão indevida, sempre Peirce se sentirá na obrigação de repetir, é um dos principais equívocos do pensamento lógico alemão.

As respostas aos demais argumentos são precedidas de algumas considerações sobre a natureza do raciocínio, enfocado segundo a lógica de tradição inglesa e que o autor plenamente assume como a mais apropriada para considerar a bondade lógica.

Tudo leva a crer que tanto o raciocínio científico quanto o do senso comum se fazem por via da observação e da generalização. Tomam-se os dados, constroem-se para eles diagramas cujas relações devem corresponder àquelas que articulam entre si os componentes dos dados observados. Todos os casos análogos aos dados observados, estarão sendo igualmente representados no diagrama construído.

O que diferenciaria a construção científica da resultante do senso comum seria tão somente o grau de autocontrole mais rigoroso procurado pela primeira. Do senso comum à ciência somente o rigor, aumentando o autocontrole diante de possíveis erros, estabeleceria a diferença, tudo sendo, por conseguinte uma questão, de disciplina da conduta tendo em vista o objeto desejado.

Centrado na correspondência procurada entre o diagrama construído e o objeto a ser alcançado, o homem do senso comum, e mais especialmente o lógico, segundo a tradição inglesa, sustenta sua inferência na crença da inteligibilidade do real e não em algum instinto de que as mentes seriam possuídas para conferir verdade às representações. Em resumo, pode-se ler no texto peirceano a apresentação desta postura:

O lógico inglês, portanto, não somente mantém que a maneira apropriada de decidir-se se um dado argumento é válido ou não é a de considerar se há alguma coisa na constituição do universo e na natureza das coisas que garanta que os fatos serão tais como o argumento promete que eles serão, e irá tão longe a ponto de sustentar que nossos juízos ordinários do senso comum, com respeito à validade dos argumentos, são formados do mesmo modo, e diferem dos juízos da lógica científica somente por se asentarem num pensamento mais vago e menos distinto. Solicitar-lhe, pois, que abandone seu método de estimar a validade dos argumentos em favor do método alemão de fazer apelo aos juízos naturais do bom senso é, em sua apreensão, nada mais nem

menos do que lhe pedir que abandone o pensamento exato para adotar uma espécie de pensamento que somente difere do dele por ser frouxo e confuso. (HARTSHORNE, WEISS, 1976, v.2,pt.161)

Seguem-se as respostas a cada um dos argumentos que a lógica alemã apresentaria em sua defesa contra a lógica de tradição inglesa, salvo aquela resposta que já tinha sido dada ao segundo argumento.

No primeiro argumento, apontava-se o justo absurdo de que uma função fisiológica, portanto, anterior a qualquer controle racional, pudesse ser julgada boa ou má. Peirce concorda plenamente com essa observação, mas coloca em questão, precisamente, se o raciocínio reduz-se a uma função dessa natureza. O raciocínio é um meio e não um fim para a conduta, e como meio deve ser julgado quanto à sua adequação à função que se espera deva exercer. Não é, pois, da simples natureza do sentimento, nem se mede por ela, embora ninguém negue que o raciocinar implique sentimentos. Sua função é objetiva, dada sua natureza exclusivamente mediadora. Submisso ao autocontrole, será bom, o raciocínio capaz de representar adequadamente o objeto e mau, o que não o fizer.

O raciocínio, lê-se no texto, não é uma operação fisiológica; sendo um método, perfeitamente sob nosso controle, de se atingir um fim, aquele de afirmar como aparecerão os fenômenos futuros. Quanto ao propósito de uma operação fisiológica, nada sabemos, embora possamos presumir que seu destino seja realizar a função que de fato realiza. Os alemães, com sua disposição para tudo encarar subjetivamente, isto é, em sua intimidade como sentimento, querem que gostemos ou não gostemos de raciocinar, como podemos fazer com uma peça musical; mas eles encaram o juízo natural de racionalidade como um mero juízo de sentimento, subestimando o fato de que o homem, tanto quanto o lógico inglês, deseja asseverar sobre fatos verdadeiros; encaram o raciocínio como meio de fazer isto, e adotam o modo de raciocinar que de fato adotam, porque, tanto quanto o estado confuso de suas idéias lhe permite julgar, devem leva-lo à verdade, como uma regra. (HARTSHORNE, WEISS, 1976, v.2,pt.165)

O terceiro argumento, acusava a lógica inglesa de voltar a defender questões que a filosofia desde Descartes tinha superado. Defenderia a realidade de alguma instância fundadora da verdade que independeria do sujeito que conhece. O fato representado em nada dependeria da representação e a ela conferiria verdade ou falsidade. Mais ainda, as

posições defendidas por lógicos como Peirce, contrariariam aos mais recentes lógicos ingleses, que já teriam aderido às modificações introduzidas pela modernidade na concepção do conhecimento e de sua fundamentação.

A resposta dada por Peirce, mais uma vez concorda com o princípio geral evocado, mas discorda de sua aplicabilidade ao que se pretende defender. O respeito à tradição e a busca de consenso e a necessidade de cooperação entre os investigadores são plenamente compartilhados por Peirce. A tradição, como anteriormente já tinha sido apontada, na verdade, estaria sendo muito melhor respeitada por aqueles que encontravam desde Aristóteles a fundamentação da verdade lógica em uma esfera independente de quem raciocina. O consenso e a cooperação entre os investigadores só serão alcançados quando sustentados em fundamentos lógicos do bem raciocinar, e não, em meras suposições metafísicas sobre uma origem transcendental do conhecimento.

Ao quarto argumento, atribui a maior importância dado que defende explicitamente um instinto natural de racionalidade, considerando esta racionalidade como juízo decorrente desse instinto. A resposta a um tal argumento, fundamentar-se-á no princípio da continuidade e, com este, na noção de hábito e de aprendizagem.

A opinião de que se tenha um instinto originário de racionalidade, à qual só caberia ouvi-lo e deixá-lo expressar-se, é, de fato, compreensível a quem não observar com cuidado, sobretudo nos casos mais complicados, como a conduta racional procede para produzir inferências e determinar-se face ao futuro. Hábitos profundamente adquiridos subtraem à consciência o modo mesmo como são formados e no que se constituem. O exemplo mais adequado que Peirce supõe poder oferecer para a reflexão sobre a natureza mediata, adquirida e eminentemente falível, do processo pelo qual a mente infere conclusões de uma determinada situação é o do jogo de dados. Se chacoalhado o copo e antes de serem lançados os dados, tivermos que adivinhar se o resultado será uma dupla ou não, não é a um instinto que recorreremos para adquirir algum domínio sobre a resposta que daremos mas a uma construção formal em que, diz o texto:

...faço um diagrama mental de todas as possíveis jogadas, e nele confiando, respondo que creio que o próximo lance não apresentará um duplo. Esta é inquestionavelmente uma inferência provável. Fazendo-a, da única coisa de que estou consciente ao responder, é de meu diagrama mental, como representando o curso provável da experiência. (HARTSHORNE, WEISS, 1976 v.2,pt.169).

Haverá casos para os quais a aprendizagem se fez em momentos muito iniciais de nossa existência, como é o caso da língua materna; outros em que a aquisição tenha se dado por via da evolução e passam a manifestar-se na forma do instinto. Nenhum deles dispensa para sua aquisição, um processo de aprendizagem e de aperfeiçoamento, podendo ser perdidos ou recuperados. O procedimento implicado será sempre o da construção e do desenvolvimento de diagramas que generalizam para casos análogos o que se representou para um determinado caso.

O texto, então, irá dizer que o procedimento se fará da seguinte maneira:

Imaginamos casos, colocamos diagramas mentais diante dos olhos de nossa mente, e multiplicamos esses casos, até que se forme um hábito de esperar que sempre aconteça aquele caso, visto ser o resultado em todos os diagramas. Fazer apelo a um tal hábito é uma coisa muito diferente de fazer apelo a qualquer instinto imediato de racionalidade. Não há qualquer dúvida de que o processo de formação de um hábito de raciocínio pelo uso de diagramas é frequentemente levado a efeito. Ele está perfeitamente aberto à consciência. Por que não podem todos os nossos juízos naturais sobre o que é bem raciocinar ser fundados em hábitos formados daquele mesmo modo? Se assim for, a doutrina alemã cai por terra; pois, formar-se uma noção de raciocínio correto, a partir de diagramas mostrando o que acontecerá, é formar aquela noção virtualmente de acordo com a doutrina inglesa da lógica, raciocinando a partir da natureza das coisas. Isto equivale a dizer que um hábito é involuntariamente formado a partir da consideração de diagramas, cujo processo quando deliberadamente aprovado torna-se um raciocínio indutivo. (HARTSHORNE, WEISS, 1976 v.2,pt.170)

A proposição de sentimento imediato instintivo de racionalidade, muito diverso de um instinto formado ao longo de um processo evolutivo, pela formação e interiorização de hábitos, enfrentaria sérios óbices, diante do caráter falível de toda conduta. Mesmo que essa restrição não fosse levada em conta, seria ela supérflua e, portanto, desaconselhável para explicar um fenômeno que uma hipótese mais simples e universal é capaz de perfeitamente dar conta.

Com efeito, nesse momento, a incompatibilidade entre o imediato da sensibilidade instintiva proposta pelos lógicos alemães e a falibilidade universal das representações, não é enfatizada por Peirce. Em sua resposta, contudo, voltar-se-á para o

caráter supérfluo da proposição da existência de tal sensibilidade, e, conseqüentemente, da inconveniência de mantê-la. Diz, desse modo, o texto:

A não ser que haja, adicionalmente, algum sentimento imediato instintivo de racionalidade a teoria alemã não pode estar correta. Mas não se tem anúncio de prova da existência de um tal sentimento instintivo adicional. Sequer uma pretensa prova é oferecida, sequer algo semelhante a uma tal prova, tão mais alto se mantém os lógicos alemães acima das obrigações usuais das obrigações científicas. (HARTSHORNE, WEISS, 1976,v.2,pt.170)

Mais ainda, Peirce faz notar que nossa experiência ao pensar, manifesta com muita freqüência profunda discrepância entre o pendor dos instintos e as exigências do bem agir. Embora, contudo, possamos aperfeiçoar nossos conhecimentos de lógica e criticar concepções passadas, não experimentamos em nenhum momento o conflito tão comumente presente na esfera ética. Tão logo descobrimos nossos erros na esfera da lógica, os abandonamos sem guardar qualquer resquício da crença anterior. Se essa crença fosse da natureza de um sentimento inato de racionalidade, experimentaríamos no domínio lógico as mesmas resistências que experimentamos no domínio ético e, mais ainda no domínio do gosto.

Peirce termina sua longa discussão reafirmando o caráter mediador das representações lógicas, inseridas que estão no âmbito mais geral da busca de fins últimos no contexto fenomenológico insuperável da mente. Nesse contexto, são os fatos que se impõem a serem queridos e, por conseqüência, representados. Somos fadados a representar a realidade, como único recurso que nos resta para dirigirmos nossa conduta em direção do que nos atrai, em última instância, nossa volição. Não se nega poder haver um comprometimento dos sentimentos ao se raciocinar, mas o bom exercício racional não supõe necessariamente o atendimento a algum prazer intrínseco ao executá-lo. Em suma, nas palavras de Peirce, cremos poder encontrar essas mesmas considerações:

Os fatos são coisas duras que não consistem em eu pensá-los como sendo de um jeito ou de outro, mas permanecem imóveis quer você, eu, ou qualquer homem ou geração de homens possamos opinar sobre eles. São a esses fatos que eu quero conhecer, de modo que evite desapontamentos ou desastres. Uma vez que em última instância eles estão fadados a pressionar-me, que eu os conheça quanto mais cedo possível, e me prepare para eles. Este é, em última análise, meu

único motivo de raciocinar. Pura e simplesmente, pois, desejo raciocinar de tal modo que os fatos me causem desapontamento nem possam causá-lo, quanto às promessas feitas por meu raciocínio. (HARTSHORNE, WEISS, 1976, v.2,pt.173)

A crítica de Peirce a Hegel e a seus seguidores expressa-se de diversas maneiras ao longo de toda a obra. Essa crítica, nos Estados Unidos da América, dirige-se aos escritos de Josiah Royce, especialmente no que diz respeito à objetividade e independência da verdade lógica relativamente a qualquer instância subjetiva ou a alguma expressão da consciência.

Para a apresentação dessa crítica, agrupei os textos em cinco tópicos, sendo que algumas vezes o mesmo texto aparece em mais de um tópico. Esses tópicos representariam os principais aspectos do pensamento de Hegel e de seus seguidores que julga Peirce trazerem consigo graves defeitos atribuíveis à concepção de lógica por eles adotada.

O primeiro tópico diz respeito aos erros lógicos que pretendem legitimar a produção de uma conclusão falsa a partir de premissas verdadeiras ou a restringir a via principal da inferência à conclusão de uma verdade a partir de premissas falsas; o segundo tópico refere-se à redução do pensamento ao conceito; o terceiro, denuncia a redução adotada por Hegel e seus seguidores, por via da negação, de todas as conclusões possíveis de serem tiradas de um raciocínio a uma só delas; o quarto tópico denuncia a redução levada a cabo do ser ao ser representado e, finalmente, o quinto tópico, aponta como indevida a subordinação da lógica à metafísica, levando à elaboração de um pensamento de caráter teológico

Quatro textos parecem-me exemplares do primeiro tópico. Em 1868, em *Grounds of Validity* (HARTSHORNE, WEISS, 1976, v..5, pt. 330-332) quando Peirce ainda centralizava o estudo do argumento na forma silogística e não na construção diagramática considerada em sua plena generalidade, opunha-se ele à proposta hegeliana sob ao menos três aspectos: Hegel teria considerado parcial e insuficiente o raciocínio ordinário para o conhecimento completo do objeto e, para Peirce, tal posição implicava na introdução do incognoscível de direito no domínio da razão e, conseqüentemente, de verdadeiro suicídio da razão ao conceber o inconcebível para definir seu próprio domínio. Tal confusão continuará a ser apontada por Peirce em momentos posteriores de sua obra, como sendo aquela que não distingue a questão de direito da questão de fato, e atribui ao futuro as características de particulares, exclusivas do passado: o fato de sempre haver o que a razão não vai conhecer como atributo do futuro, domínio do *poder ser* como representação do geral e do contínuo, ser tomado como a exis-

tência de algum aspecto do real que escapa, de direito, à investigação racional.

A articulação conclusiva do silogismo, teria sido considerada por Hegel e, posteriormente a ele, por quase toda tradição da lógica alemã, como de natureza subjetiva incluída na ordem do conhecimento. Sendo assim, o silogismo não representaria, de direito, como *as coisas realmente são*. Caso, no entanto, a realidade dos fatos representada na conclusão não for menor que aquela representada nas premissas, a conexão entre os fatos determinados nas premissas e os da conclusão - cuja validade formal não está sendo posta em questão - será igualmente objetiva. A inferência da conseqüência a causa, referindo-se a fatos, reconhece a validade de direito desta conexão, independente do convencimento meramente subjetivo de quem produz a inferência, já que ela não se reduz à particularidade dos *fatos* mas representa a conexão geral a ser verificada no futuro. Esta ampliação não é, conseqüentemente, decorrente de uma adivinhação, mas do estabelecimento de um prognóstico como condição experimental.

Hegel teria denunciado a insuficiência do silogismo para garantir de premissas verdadeiras, a verdade da conclusão, já que haveria conclusões falsas decorrentes das premissas e de princípios determinantes de conseqüências verdadeiras. Seguiam-se exemplos que, como tenta demonstrar Peirce, de nada valeriam, pois, ou não respeitam regras fundamentais da silogística ou pretendem introduzir regras não aceitas tradicionalmente: silogismos com quatro termos, o que faz com que o predicado na conclusão não esteja contido nas premissas; a cópula não ser a mesma na atribuição do predicado ao sujeito (a troca do verbo ter pelo verbo ser); o termo médio não ser o mesmo (tomado uma vez como uma abstração e a outra como uma qualidade a ser predicada); o sujeito ser tomado coletivamente na maior e distributivamente na menor e na conclusão; entre outras.

Em 1877, em *The Fixation of the Belief* (HARTSHORNE, WEISS, 1976, v. 5, pt. 385-386) as críticas apresentadas acima tomaram uma dimensão mais ampla caracterizando a insuficiência da lógica formal denunciada por Hegel e as transgressões aceitas pela dialética, como decorrentes do vício geral do método a priori de fixação da crença. Conferindo à consciência um poder transcendental, este método consistiria essencialmente, nas próprias palavras de Peirce, *sem se pensar conforme se é inclinado a pensar*. Sub-repticiamente, o psicológico invadiria o domínio lógico e conferiria ao subjetivo e às suas instabilidades, dimensões ontológicas absolutas e totalizantes.

O sistema hegeliano, muito especialmente, consagraria esta posição, constituindo-se como lógica geral da sucessão conflitante das tendências da fi-

xação da opinião. Não discrepando muito do estado da ciência em sua época, a proposta hegeliana encontra nos frutos históricos do pensamento uma comprovação de suas pretensões. Os fatos, não guardando autonomia real face à razão, a ela se submetem, desde o início, estando garantido que as conclusões a serem alcançadas satisfarão confortavelmente as pretensões da razão de plena soberania quanto ao real.

Em *The Essence of Reasoning*, datado de 1893 (HARTSHORNE, WEISS, 1976, v.4, pt. 69-70), a restrição que Peirce faz aos lógicos de tendência hegeliana não é tanto a de aceitarem conclusões falsas de premissas verdadeiras, caso que Peirce toma como absolutamente inaceitável, mas de restringirem-se à aceitação de que premissas falsas conduzem a conclusões verdadeiras, não conferindo igual peso aos demais casos igualmente sustentáveis.

Do falso, concluir-se o verdadeiro, no presente texto, enseja a distinção entre um pensamento que privilegia a profundidade da alma e, poder-se-ia dizer, do movimento provindo dos seminários teológicos, dirá Peirce, da conversão como superação de si e, de outro, a hegemonia da experiência e do embate com o fato e a natureza, que caracteriza a investigação científica, caso em que se valoriza igualmente a inferência a partir de premissas verdadeiras e a própria redução ao absurdo. Como toda inferência se sustenta num princípio condutor, o primeiro termo da comparação, privilegiará a iluminação interior, enquanto que o segundo se restringe a professar que a verdade, se for alcançada, o será pela persistência no método experimental e no confronto isento com os fatos, embora não se exclua da ciência a dedução a partir de um diagrama imaginário como modo de se estabelecer antecipações da experiência.

Finalmente, um manuscrito intitulado *Modus Ponens* (Ms. 748)² (EISELE, 1976, v.3, fasc.1, p. 753-4), não datado, que após definir o princípio de contradição e do terceiro excluído, se encaminha para mostrar que o valor de ambos é desigual já que os valores verdade e falsidade são reciprocamente excludentes, mas que a respeito de certos assuntos não há verdade ou *falsidade*. Peirce atribui, pois, à lógica hegeliana um estatuto diferente daquela que rege o pensamento dos homens comuns. Ao comentar, com efeito, o

princípio de contradição como a recíproca exclusão de verdade e da falsidade, diz que Hegel somente professou a absoluta coexistência de ambas como atributo de uma única proposição. Isto seria devido ao fato de Hegel ter se confundido sobre a relação existente de fato entre seu próprio pensamento e o dos homens comuns. Sem dúvida, o texto deixa vaga a referência a esta diferença, a qual no entanto pode situar-se na dimensão temporal intrínseca à lógica hegeliana que, para Peirce, deve ser eliminada de modo

a não se confundirem relações lógicas e relações epistemológicas. Esta dimensão, aliás, faria corpo com a centralização da lógica na consciência e com o caráter subjetivo do valor da proposição.

O segundo tópico sobre o qual incide a crítica de Peirce à dialética de Hegel e de seus seguidores, diz respeito ao *aufheben* e à redução de toda forma de pensamento ao conceito (Begriff). Certamente é a respeito deste tópico que mais frequentemente, embora não desde tão cedo, Peirce tece seus comentários.

Em 1885, numa resenha do livro de Josiah Royce, *The Religious Aspects of Philosophy* (BURKS, 1958, v.8, pt. 39-54), Peirce inicia

sua crítica à redução dialética do real ao modo de ser do conceito. Tal crítica configurar-se-á cada vez mais claramente, como crítica ao *aufheben* e, conseqüentemente, ao princípio motor da dialética hegeliana. Dependente do contexto da filosofia alemã que, se de um lado valorizava a lógica, de outro a submetia aos interesses da teologia e da razão pura, Josiah Royce teria atribuído ao termo geral de uma proposição a função denotativa relativamente ao sujeito de atribuição. Peirce, então, insiste na função indicativa irreduzível a qualquer generalidade objetiva dos demonstrativos sem a qual qualquer proposição não pode dizer respeito ao real do mundo da existência. Esta ponte necessária para com o real não pode, desde Kant, ser exercida pelo conceito ou ser a ele reduzida. Se não for necessário atribuí-la à forma da intuição, cabe atribuí-la ao ato de pensar, à volição não distanciada das próprias exigências biofísicas de quem emite o juízo, como prefere assumir Peirce, embora consciente das críticas que contra ele se dirigiriam. Não ter reconhecido esta irreduzibilidade do que é outro e da experiência fa-

A crítica à lógica predominante entre os autores alemães incide sobre determinadas teses que, aos olhos de Peirce, submete aquela ciência ao sentimento de quem a pratica.

tual do confronto e de não a ter levado em conta na elaboração da lógica, teria sido *o erro capital de Hegel*, nas palavras do texto.

Em *A Guess at the Riddle*, datado de 1890 (HARTSHORNE, WEISS, 1976, v.5, pt. 366-3, 68), após mostrar que conjuntos triádicos de relações, ou tríades, embora sob formas degeneradas, estão presentes na natureza e não somente nas representações mentais, como leis gerais e efetivas, irredutíveis às meras relações de ação e reação, ou mesmo quando permitem o agrupamento das classes de indivíduos em História Natural, Peirce relembra que a tríade em filosofia por ele próprio adotada, não só pertence a uma velha tradição, como tem em Hegel um proeminente propositor. Insiste, no entanto, na diferença entre sua filosofia e a de Hegel, muito especialmente por este ter desconhecido a irredutibilidade das relações diádicas ou *secundidade*, constituídas de “um mundo real com ações e reações reais” e que tenha, como posteriormente será visto, reduzido as possibilidades de aplicação do cálculo em metafísica às puras operações permitidas por um arbitrário e artificialmente restrito método dialético.

Em *The Logic of Mathematics* (HARTSHORNE, WEISS, 1976, v.1, pt. 409-499), encontra-se uma argumentação que, posteriormente, será desenvolvida como crítica *ao imediato* em Hegel. Considerando a tríade categorial em que *primeiridade*, *secundidade* e *terceiridade* se distinguem,³ como ser primeiro, ser segundo e ser terceiro, e como potencialidade, atualidade e generalidade, Peirce faz notar que na investigação dos elementos componentes do pensamento obtém-se por via abstrativa a idéia de primeiro a partir da idéia de terceiro, característica de qualquer representação, mas que isto não implicava ser a primeiridade corno forma elementar da realidade mais abstrata, posterior à de secundidade ou à de terceiridade. A mônada ou primeiridade não *envolve* a diáda ou secundidade, mas evolui para ela como ao mais complexo. O mesmo se dá para com a tríada ou terceiridade. Ao tentar desfazer o equívoco entre o processo involutivo e o processo evolutivo que relacionam as três noções categoriais elementares, Peirce é levado a criticar a restrição que faz Hegel ao que pode se seguir, em termos de lei e hábito à potencialidade e, conseqüentemente, a criticar a restrição imposta pela dialética hegeliana aos modos de ser no universo fenomênico. Esta tentativa permite também que se apresente o caráter irredutível da primeiridade e da secundidade à terceiridade, ao conceito, e à lei.

No ano de 1903, vários textos insistem repetem o mesmo teor da crítica acima apresentada. Embora reconhecendo o avanço de Hegel com relação a Kant no estabelecimento da tríade categorial, Peirce insiste em *The Principles of Philosophy* na inde-

vida desvalorização da secundidade como fato bruto, e da primeiridade como potencialidade positiva. (HARTSHORNE, WEISS, 1976, v.1, pt. 521-524). No projeto deste livro, nunca levado a termo, Peirce ainda insiste em que toda investigação, ao se perguntar sobre a essência de alguma coisa, pergunta sobre primeiridade ou o poder-ser desta coisa ou desta reação: uma série infinita de primeiridades se estabelece, o que não é inútil mas imprescindível, embora inesgotável e de si só insuperável. Não procedendo à síntese por superação, não coincide com a proposta hegeliana e não corre o risco de tomar-se obscura ao se aprofundar a investigação. Subjacente a esta proposta, pode-se esperar encontrar a irredutibilidade recíproca das categorias peirceanas e que, para ultrapassar a investigação da essência, seja necessário experimentar o objeto, e para representar a lei, que se interprete a relação da essência à existência. (HARTSHORNE, WEISS, 1976, v.1, pt. 543-544).

No mesmo ano, em *Pragmatism and Pragmaticism*, volta Peirce a criticar o reducionismo hegeliano. De início (HARTSHORNE, WEISS, 1976, v.5, pt. 44), Peirce opõe-se à pretensão de tratar a primeiridade ou, em termos hegelianos, o imediato, como uma forma abstrata do pensamento ou do ser. A confusão entre o modo de se explicitar uma idéia e a própria concepção desta idéia, já exposta anteriormente, é pressuposta; insiste, no entanto, Peirce em sua crítica, perguntando exemplarmente se a poesia que faz o presente aparecer enquanto tal, é mais abstrata que as outras formas de expressão ou se ela é abstraída, como acredita querer significar o abstrato para Hegel, de uma forma, guardando consigo um caráter de negatividade e reação. A qualidade de ser primeiro insiste Peirce, é positiva e não reativa, caracterizando aquilo que é tal como é: a talidade (*suchness*) do real. No decorrer do texto (HARTSHORNE, WEISS, 1976, v.5, pt. 90-92), o modo específico de ser, tanto da primeiridade quanto da secundidade, é reafirmado contra o *aufhebung*. Peirce denuncia a *possessão* de Hegel ao identificar o *absoluto* com o uno, e ao considerar uma contradição “in adjecto” como a copresença de três absolutos. Se o geral, como terceiridade, envolve a secundidade e a primeiridade, não as reduz a si. Ao contrário, exige para garantir sua própria realidade mediadora, que o fato continue tal como é, assim como a potência se mantenha enquanto tal. Ação e reação são irredutivelmente reais a seu modo, assim como qualquer conceito não substitui o *vermelho* em sua *qualidade*, ou *totalidade*.

Esta mesma proposição, Peirce retoma em 08 de junho de 1903 numa carta a William James ao dizer que:

... para mim a doença fatal da filosofia de Hegel é que, vendo que o Begriff, num cer-

to sentido, implica secundidade e primeiridade, não conseguiu ver que, apesar disso, elas são elementos do fenômeno que não podem ser *aufgehoben*, mas que devem ser tão reais e capazes de manter-se em seus fundamentos quanto o próprio Begriff. (BURKS, 1958, v. 8, pt. 267).

O Pragmaticismo seria, no dizer de *What Pragmatism is*, mais perfeitamente triádico do que o hegelianismo, pois não consideraria a terceira categoria nem como um novo estágio de pensamento nem como capaz de construir auto-suficientemente, o mundo. Comporia, com efeito, com as outras duas categorias, no papel de elementos independentes e distintivos, uma realidade triúna. (HARTSHORNE, WEISS, 1976, v. 5, pt. 436).

O terceiro tópico, a saber, a restrição das conclusões permitidas pela inferência dialética de Hegel, concentra-se em textos produzidos no período de 1893 a 1902.

Em *Evolutionary Love*, texto datado de 1893, ao discutir, em nível metafísico, os três modelos interpretativos da evolução cósmica - um, exclusivamente baseado no acaso (*ticasmo*); um outro, baseado na estrita necessidade (*anancasmo*) e um terceiro, baseado na tendência a aquisição de hábitos a partir de uma afinidade originária (*agapasmo*) -, Peirce localiza a concepção hegeliana de evolução no interior da segunda tendência, sob a forma de um necessitarismo interior à consciência. Uma lógica inexorável conduzirá os passos tateantes para uma única direção, conferindo à lógica, diríamos, um caráter ontológico, de não só servir de guia para o pensamento, mas de ser a própria manifestação do pensamento. O equívoco subjacente a tal pretensão seria exatamente o de restringir a uma única conclusão possível as inferências lógicas, sejam estas necessárias ou prováveis, excluindo a possibilidade da livre escolha. A inexacta compreensão da forma da inferência, que não a representa no contexto da rede de relativos, e a falta de trato com a matemática que, em outra ocasião, Peirce aponta em Hegel, seriam responsáveis por esta indevida restrição. (HARTSHORNE, WEISS, 1976, v. 5, pt. 368).

Hegel teria tomado a lógica pelo seu produto e não pelo seu procedimento. No texto de 1896, *The Logic of Mathematics*, já aqui mencionado a respeito da redução de todo pensamento ao conceito, Peirce denuncia naquele autor, o desconhecimento do caráter observacional e experimental do argumento. Hegel restringir-se-ia a adotar a forma do dilema e a proceder negativamente para concluir a partir de premissas. Nesta ocasião, Peirce contrapõe a dialética hegeliana ao método diagramático adotado desde Euclides, que experimenta num quadro de relações, as diversas conclusões possíveis, todas

elas dotadas de força apodítica, mas que não se excluem umas às outras.

Introduzir uma visão evolucionária no processo de conhecimento, embora assumida pelo próprio Peirce, supõe, diz o autor, que se evite forçar os passos para uma meta preconcebida, e não permitir a observação isenta de toda a gama de possibilidades que a apreensão da forma permite. De modo mais analítico, critica-se novamente a visão anancástica, necessitarista, determinada pela dialética hegeliana que reduz o que, no máximo, pode ser considerado um encaminhamento especial, num amplo campo de possibilidades a uma única via necessária da evolução, iludindo-se quanto à possibilidade de se prever uma meta única a ser alcançada - e de novamente conferir ao futuro características de passado (HARTSHORNE, WEISS, 1976, v.1, pt. 481).

A auto-correção pertence, segundo Peirce, em *Methods for Attaining Truth* a toda forma de pensamento e não privilegia nenhuma. A indução como teste de hipóteses, devidamente deduzidas em suas conseqüências, ao longo da experiência é a forma mais evidente de tal propriedade. Mas tanto a dedução que igualmente supõe a observação e a experimentação no diagrama, quanto a retrodução ou construção de hipóteses, que supõe a insistência na observação dos fatos na convicção de que uma idéia surgirá que poderá explicá-los, apresentam, cada uma a seu modo, esta propriedade. (HARTSHORNE, WEISS, 1976, v. 5, pt. 579-582).

É a observação concomitante ao processo de construir o pensamento como campo de experimentação, que permite à razão inferir as conseqüências. Em *Why Study Logic?* (HARTSHORNE, WEISS, 1976, v. 2, pt. 216), texto de 1901 ou 1902, Peirce faz menção, no entanto, à dialética como um método defendido por certos lógicos como sendo observacional não matemático, porque não diagramático, mas que seria dotado de inevitabilidade em suas conclusões. Recusando-se, no momento, a tomar uma posição pessoal a este respeito, Peirce, contudo, faz notar que, para outros lógicos, tal método não só é extremamente inseguro quanto é gerador de ilusões em quem o pratica.

O quarto tópico, sobre o qual baseia-se a crítica peirceana à dialética de Hegel e de seus seguidores, é a confusão que em tal método aceita entre ser e ser representado. Os textos que criticam a redução dos modos de ser e de pensar ao conceito, certamente implicam na crítica a esta identificação; mas existe, ao menos, um texto que aborda este tópico especificamente e que merece ser considerado.

Em 1902, em *Parts of Carnegie Application* (L75)⁴ (EISELE, 1976, v.4, p. 30), Peirce especialmente aborda esta questão, embora ela implique na denúncia da irredutibilidade da secundidade e do mun-

do exterior ao pensamento. Identificando o ser e o ser representado, Hegel não teria, além de rejeitado a categoria de reação, reduzido-a ao pensamento como uma etapa a ser negada e conservada; teria não só submetido o ser ao ser do conceito, mas conferido a este um caráter pretensamente concreto, particularizando sua ação no mundo. Esta ação se apresentaria, ela mesma, como uma atividade representada.

Assumindo, por sua vez, a fatalidade como um modo irreduzível de ser, Peirce libera o conceito de qualquer restrição para caracterizar-se como real, e lhe confere uma causalidade específica na representação geral, tal como a de verdade e de direito, no sentido aristotélico e evolucionário de uma causalidade final irreduzível a causalidade eficiente.

Finalmente, o quinto tópico que proponho encontrar na crítica de Peirce à dialética hegeliana não é de modo algum o que mais tardiamente se apresentou nos escritos peirceanos. Desde 1887 até 1903, pelo menos, Peirce denunciou a submissão imposta por Hegel da lógica à metafísica e desta, a uma visão originariamente teológica.

Em *The Fixation of Belief* (HARTSHORNE, WEISS, 1976, v.5, pt. 385), o método a priori de fixação da crença, como já foi visto, é apresentado como aquele que caracteriza o sistema hegeliano. Este o teria assumido de tal modo, a ponto de converter a própria variação sucessiva de tendências da razão em sua própria lógica, conferindo-lhe foro de transcendentalidade. Medir-se pela tendência embora conflitante da razão, seria bem aceito por metafísicos na medida mesma em que, de modo apressado, considerassem a forma experimentada do pensamento como paradigma da realidade e submetessem, sub-repticiamente, esta própria forma aos seus interesses. A razão, convencida de ser dotada de um caráter fundante absoluto, não experimentaria a necessidade irreduzível de confrontar-se com a rudeza dos fatos e de explorar muito mais amplamente sua potencialidade de pensar, livre da pretensão de instaurar a totalidade do real.

No comentário ao *The Religious Aspect of Philosophy* de Josiah Royce, em 1888, a mesma crítica é retomada, apontando o equívoco dos metafísicos alemães ao pretenderem sustentar, na lógica formal, teses transcendentais metafísicas e teológicas sem antes cuidadosamente verificar a plena capacidade do aparato lógico o qual as teses iriam fundamentar-se. Descuidando-se desta tarefa preliminar, teriam deformado a razão e concebido erroneamente a função do termo, da proposição e do conceito. A Kant, esta crítica só se aplicaria parcialmente; a Hegel e a seus seguidores, porém, ela se dirige frontal e nominalmente.

A falta de experiência com o trabalho matemático, de que jamais Peirce acusaria Kant, é apon-

tada como a razão decisiva para as ilusões lógico-teológicas de Hegel. Desconhecendo a real experiência construtiva da razão que se confronta com a potência da idéia e a resistência do fato da própria experiência, teria Hegel pretendido absorver a totalidade do real na terceiraidade como síntese conceptual. Familiarizado somente com o trato teológico da palavra revelada, aquele filósofo lançaria mão de rudimentares recursos do cálculo para desenvolver questões metafísicas, definindo-as numa pretensa exclusividade que, de modo algum, a lógica *existia* e contra a qual a experiência protestava.

O que teria sido uma deficiência de Hegel no interior de um projeto cujos méritos, em 1903, Peirce plenamente passara a reconhecer (HARTSHORNE, WEISS, 1976, v.1, pt. 521-523), infelizmente, não foi superada pelos discípulos ao longo do século. Ao contrário, a vaidade da razão continuou a ser entretida e, somente, mudanças superficiais teriam sido tentadas, sem tocar no material quebradiço com que tão promissor sistema teria sido construído.

Os discípulos conhecidos por Peirce, certamente eram os que encaminhavam o hegelianismo para as questões da religião e da subjetividade. Em nenhum momento parece-me ter Peirce dedicado algum estudo ao pensamento da assim denominada esquerda hegeliana ou, especialmente, de Marx ao qual somente faz uma menção indireta em uma resenha ao livro de Maurice Barrès, *L'Enemi des Lois*, datada de 1893 (KETNER, 1975, p. 206).

Por seu lado, Holmes encontrar-se-á, igualmente, constrangido a denunciar na área do direito a mesma ilusão da prevalência na origem de uma lei natural, anterior a qualquer lei positiva e toda lei remeteria como à sua primeira e transcendente fonte de legitimidade.

A crítica encaminhada pelo jurista à redução do fundamento do direito à consciência e, em especial, quando expressa em termos de lei natural, é certamente motivada por preocupações muito semelhantes às que levaram Peirce, com tanto empenho, a denunciar a redução da lógica àquela mesma consciência por via de submissão a uma certa metafísica e, em última instância, à teologia.

Datado de 1918, quatro anos após o falecimento de Peirce e coincidindo com o último ano de duração da Primeira Grande Guerra Mundial (1914-1918), Holmes escreve um texto ao qual intitula *The Natural Law*, (POSNER, 1992, P. 180-183) título que pode ser traduzido com Lei Natural, ou Direito Natural. A pretensão de elevar ao superlativo nossos quadros de valores e de conferir ao que nos é mais precioso e indubitável um caráter universal e incondicionado, parece a Holmes tão natural quanto ingênuo. A tendência predominante entre os homens é tomar o que pertence à esfera subjetiva como para-

digma de toda objetividade. E desta tendência decorrem grandes monumentos do pensamento tanto filosófico quanto jurídico. Se conseqüências graves daí não decorressem, pouco adiantaria criticar tal tendência. Sobre ela contudo, assenta-se a intolerância e a prepotência de uns homens sobre outros. O próprio espírito de justiça exige, pois, que se examine a origem dessas crenças que se pretendem universais e que se verifique quão particulares elas são. A experiência de vida vem confirmar essa perigosa presunção. Nesse sentido, a certa altura, o texto irá declarar:

A certeza subjetiva não é o teste da certeza objetiva. Estivemos muitas vezes absolutamente convictos de muitas coisas que não eram do modo que pensávamos.... Ninguém pode ser arrancado das bases rochosas nas quais cresceu por muitos anos sem sentir ter sofrido um ataque em sua própria vida. O que mais amamos e reverenciamos geralmente está determinado por antigas associações. (POSNER, 1992, p.181)

A força de nossas convicções encontra sua origem, freqüentemente, no que, na infância mais estimamos e que, em nosso juízo, se transformaram em forças universais da natureza. Essas mesmas convicções, nós as herdamos, com certeza, de nossos pais e da tradição que nos viu nascer. Difícil se torna, pois, aceitar que tal experiência seja comum a todos os homens e que, portanto haverá quem defenda com igual convicção, princípios e valores em frontal conflito com os nossos. Nossos valores, quando transformados em dogmas, tornam-se fonte de graves injustiças e perigosa intolerância. Desenvolvendo esse pensamento, o texto irá transmitir seu conselho de pacífico ceticismo e profunda sabedoria, opondo ao impensado a seguinte advertência:

Mas enquanto a experiência de alguém torna para ele certas preferências dogmáticas, o reconhecimento de como elas chegaram a se constituir torna alguém livre para ver que outras, pobres almas, podem também ser dogmáticas a respeito de alguma outra coisa. É isto novamente significa ceticismo. Não se está querendo dizer que a crença ou o amor de alguém não permaneça. Ou que não se iria lutar ou morrer por ela se isso for importante - Todos nós, saibamos ou não, estamos lutando para produzir um certo tipo de mundo que gostaríamos - mas que aprendamos a reconhecer que outros irão lutar e morrer para fazer um mundo diferente, como igual sinceridade e crença. (POSNER, 1992, p.181)

Não é o caso de se renunciar à consideração de qualquer fundamento para o direito e a lei. A

advertência se faz àquela pretensão de universalizar regras e princípios sob a forma dogmática dos imperativos categóricos. O desejo de viver de modo íntegro no interior da vida social, enraíza-se profundamente entre os homens e é indiscutivelmente legítimo como fonte de direitos e deveres. São contudo decorrentes de decisões humanas e podem se expressar diferentemente segundo os povos e as culturas. Muitas de suas exigências podem, pois, ser contestadas por quem compartilha de regras e princípios divergentes daqueles predominantes numa certa sociedade. Alçá-los ao nível do incondicionado, como lei natural, ou, como diz o texto, à instância de um dever ser categórico, manifesta na atitude de muitos juristas e de muitos teóricos aquela atitude impensada de tornar superlativo o que lhe aparece, com muita razão, o mais caro bem. Nas palavras de Holmes, pode-se ler:

Os juristas que crêem na lei natural parecem-me estar naquele estado mental ingênuo que aceita o que é familiar e aceito por todos em todos os lugares. Sem dúvida é verdade que, enquanto nos é possível vislumbrar, alguns arranjos e rudimentos de instituições familiares parecem ser elementos necessários em qualquer sociedade que podem surgir a partir da nossa e que nos pareceria civilizada - alguma forma de associação permanente entre os sexos - algum resíduo de propriedade possuída individualmente - algum modo de comprometer-se com referência a uma conduta futura - no fundo de tudo, alguma proteção para a pessoa. Mas, sem que se especule se um grupo é imaginável no qual tudo isso possa desaparecer, e que seja sujeito a qualificações que a maior parte de nós abominaria, a questão permanece sobre o Dever ser da lei natural. (POSNER, 1992, p.181)

A vida em sociedade é suficiente para justificar a adoção de normas que assumirão formas institucionais para fazê-las cumprir. O desejo comum de viver, leva a aceitação da existência das leis e da legitimidade de quem as promulga e as faz cumprir. O cidadão precede às instituições as quais cabe sustentar o respeito às condições para a efetivação do desejo comum de viver. A restrição que a lei significa decorre da manutenção de uma vivência em comum dos mesmos desejos. Por essa razão, Holmes, em outro texto, datado de 1897, (POSNER, 1992, p.160-177) irá defender a proposição de que a lei existe para o homem mau e deve ser interpretada como este último a vê: - o cidadão e quem o representar diante da justiça deve ter em vista evitar que o interessado incorra nas conseqüências adversas que a lei lhe imporá se não obedecer a seus ditames. Toda potencialidade vem da parte do desejo e

as condições impostas pela experiência, pela vida social e pelas instituições públicas, inclusive as jurídicas, nada mais fazem do que restringir e diversificar o exercício desse mesmo desejo. Não há, pois, porque postular alguma instância transcendente ou a priori para que a função real da lei seja exercida, já que tal função, em última instância, é reativa ao desejo e, diante dele, meramente negativa. Da lei só se deve esperar as decisões que a partir dela serão tomadas, ou seja, como diria a máxima pragmata, seus efeitos práticos concebíveis, devendo ser ela considerada do mesmo modo como o são as leis da física na teoria de Newton: - formas para se prognosticarem os efeitos decorrentes de sua aplicação.

Não vejo qualquer dever a priori em viver com os outros e viver de uma certa maneira, mas simplesmente um enunciado sobre o que devo fazer se quiser permanecer vivo. Se efetivamente eu viver com os outros, eles me dirão o que devo fazer e me abster de fazer várias coisas ou irão por ferrolhos em mim. Creio que o farão, e agindo do mesmo modo quanto à sua conduta, não somente aceito as regras mas, com o tempo, venho a aceitar os deveres e os direitos. Quanto aos propósitos legais, um direito é tão somente a hipóstase de uma profecia - a imaginação de uma substância suportando o fato que o poder público será levado a agir sobre aqueles que façam coisas que sejam contrárias a ele - do mesmo modo como falamos da força da gravitação atuando sobre a conduta dos corpos no espaço. Uma frase não acrescenta nada mais do que outra quanto ao que sabemos sem ela. (POSNER, 1992, p.182)

Subjacente à lei, encontra-se simplesmente o desejo de viver comum à toda natureza:

Sem dúvida, por trás desses direitos legais encontra-se a vontade de lutar do sujeito para os manter, e o espalhamento de suas emoções até as regras gerais pelas quais são mantidos; mas isso não me parece a mesma coisa do que o suposto discernimento a priori de um dever ou da asserção de um direito pré-existente. Um cachorro lutará por seu osso. (POSNER, 1992, p.182)

A experiência da vida social não sugere mas, ao contrário, contraria com frequência os pressupostos de um direito natural, não oferecendo sustentáculo indutivo a uma hipótese que lhe seja favorável. A história e as diversas culturas constantemente estão a manifestar total desprezo mesmo ao mais fundamental direito: a manutenção da vida. Somente uma postura teórica, seguindo o exemplo de Kant ou Hegel, que se deslocasse do âmbito em-

pírico para a esfera do incondicionado ou que tentasse encontrar na história um sentido que a transcendesse poderia ainda supor que os direitos não decorressem dos interesses humanos e que a estes não estivessem submissos. Assim dirá o texto:

O mais fundamental dos supostos direitos pré-existentes - o direito à vida - é sacrificado sem qualquer escrúpulo não somente na guerra, mas toda vez que o interesse da sociedade, isto é, do poder predominante na comunidade, parece exigilo. Seja esse interesse o interesse da humanidade no decorrer do tempo, ninguém pode dizer, e do mesmo modo, em qualquer acontecimento, para aqueles que não pensam do mesmo modo que Kant e Hegel, ele é somente um interesse, desaparecendo a santidade. (POSNER, 1992, p.182)

A própria defesa de uma instância a priori seria, portanto, melhor compreendida, se fosse interpretada como a hipótese de desejos há muito arraigados nas mentes humanas de localizar em uma origem transcendente um princípio que eximisse ao homem de enfrentar, sem qualquer subterfúgio, sua própria realidade. Além dessa realidade, tomada como mera aparência, a proposição de uma instância a priori originária do direito supõe uma profundidade inalcançável por qualquer experiência e, portanto, incognoscível. A esta fuga se opõe Holmes, como já se opunha Peirce à opinião daquele que afirmava que

o físico procura alguma coisa mais profunda do que as leis conectando os objetos possíveis da experiência e que seu objeto é a realidade física, não revelada nos experimentos, e que a existência de uma tal realidade não experimental é a fé inalterável da ciência

replicando que, ao sentido de uma tal declaração, o experimentalista, com o qual se identificava, em sua mente era irremediavelmente daltônico (HARTSHORNE, WEISS, 1976, v. 5, pt. 411). É no contexto dos desejos e interesses dos homens que se deve atuar, procurando mesmo encontrar os motivos que os levaram a formular suas leis e suas teorias do direito. Essas jamais vão lhes dizer o que pertence à nossa natureza e que transcendentalmente a atenderia. Em outros textos irá Holmes dizer que no estágio atual da ciência, é o estudo da história que nos ensinará a origem e o porque das leis. A tal estudo, com efeito, dedicou grande parte de sua obra (HOLMES JR, 1991). Tais advertências, encontram-se presentes no trecho a seguir:

Os homens que defendem o a priori geral-

mente chamam os dissidentes de superficiais. Mas eu plenamente concordo com eles crendo que a atitude de alguém nesses assuntos está intimamente conexa com a atitude geral desse alguém com relação ao universo. Aproximadamente, como já se sugeriu, ela, em grande parte, é determinada por associações muito antigas e pelo temperamento, associados com o desejo de ter um guia absoluto. Em grande parte, os homens crêem naquilo que eles querem – embora eu não veja nisso qualquer base para uma filosofia que nos diga o que deveríamos querer. (POSNER, 1992, p.182)

O ceticismo assumido por Holmes, mais uma vez aponta para uma dimensão de humildade e respeito diante da situação humana. Tanto quanto para Peirce, a dimensão do homem irá se colocar para Holmes não em alguma instância transcendente, mas em sua própria e muito real inserção no cosmos. Nele encontramos todo nosso sentido, e a razão suficiente para a procura da justiça e os gestos da maior e irrestrita grandeza:

Para nós é suficiente que o universo nos tenha produzido e que nele haja tudo que cremos e amamos. Se não pensarmos nossa existência como a de um pequeno deus colocado de fora do universo, mas como a de um gânglio nele inserido, temos o infinito atrás de nós. Isto nos confere nossa única mas adequada importância. Um grão de areia tem a mesma importância, mas que pessoa competente supõe compreender um grão de areia? Isto se encontra além da capacidade de apreensão de um homem. Caso nossa imaginação for suficientemente forte para aceitar a visão de nós mesmos como partes inseparáveis do resto, e estender nosso interesse final para além dos limites de nossa pele, justifica-se o sacrifício de nossas vidas em vista de fins outros que nós mesmos. O motivo para isso, com certeza, é a vontade e o ideal comum que encontramos no homem. (POSNER, 1992, p.182)

NOTAS

¹ Usar-se-á, igualmente, Holmes e Holmes Jr. quando referirmo-nos a Oliver Wendell Holmes Jr.

² Pela abreviatura Ms.748, indica-se o manuscrito dotado daquela numeração, segundo Robin (1967)

³ Peirce, desde os últimos anos do século XIX e, especialmente, desde os primeiros anos do século seguinte, adotou a tríade categorial constituída pelas idéias de primeiridade (*firstness*), secundidade (*secondness*) e terceiridade (*thirdness*), para ordenar todo o universo fenomênico. A elas, fez corresponder as formas monádicas, diádicas e triádicas da lógica dos relativos, como as mais simples formas relacionais possíveis de serem construídas, a partir das quais qualquer outra forma relacional poderia ser construída. As três formas, contudo, demonstram-se ser irreduzíveis umas às outras e a qualquer outra forma possível de ser construída.

⁴ L 75 corresponde à carta número 75, constante de Robin, op.cit.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BURKS, Arthur. *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1958. v. 7-8.

EISELE, Carolyn. *The New Elements of Mathematics of Ch. S. Peirce*. The Hague: Mouton, 1976.

HAACK, Susan. Fallibilism and necessity. *Synthese*, v. 41, Dordrecht, ND.: Kluwer, 1979.

HARTSHORNE, Charles ; WEISS, Paul (Eds.) *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University, 1976, v. 1-6.

HEGENBERG, Leônidas; MOTA, Octany Silveira da. (ORG.) *Semiótica e Filosofia de C. S. Peirce*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. Rio de Janeiro: Cultrix, 1972. p. 49-70.

HOLMES, JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. New York, NY: Dover, 1991.

HOLMES, JR., Oliver Wendell. The path of law. In: POSNER, Richard A. *The essential Holmes*. Chicago/ London: The university of Chicago Press, 1992.p.180-183.

KETNER, Kenneth Lane (Ed.) *Contributions to the Nation (1869-1893)*. Lubock, TX: Texas Tech University Press, 1975. v.1, p. 206.

PEIRCE, C. S. *Semiótica*. Tradução J. Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1977. p. 283-299.

POSNER, Richard A. (Ed.) *The Essential Holmes*. Chicago/ London: The University of Chicago Press, 1992. p. 180-183.

ROBIN, Richard. *The Annotated Catalogue of the Papers of Ch. S. Peirce*. Amherst, MA: The University of Massachusetts, 1967.

SCHULZ, Lorens. By their Fruits You Shall Know Them: Eschatological and legal Elements in Peirce's Philosophy. In:

KEVELSON, Roberta (Ed.). *Peirce and Law, Issues in Pragmatism, Legal Realism, and Semiotics*. New York: Peter Lang, 1991. p. 131 -152.

SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa. Pensar é Estar em Pensamento. In: SILVA, Dinorá Fraga da e Renata Vieira. *Ciências cognitivas em Semiótica e Comunicação*. São Leopoldo, RS: Unisinos, 1999. p. 51-65.

O FUTURO DO DIREITO COMERCIAL E O NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Marcelo Gazzi Taddei *



Abstract

When the new Brazilian Civil Code deals with the fundamental rules of Commercial Law on the book “Do Direito de Empresa”, it ruptures the transitory period which the Brazilian Commercial Law has been going through since 1970, and submits the legal discipline of economic activities to the Italian theory of enterprise, to the detriment of the old and problematical French theory of trade acts in Brazilian Commercial Code of 1850. The adoption of the enterprise theory in the new Civil Code amplifies the scope of the Commercial Law as it attracts economic activities, which were previously considered civil, to the commercial regime. The aimed legislative unification of private Law and Brazilian Civil Code adjusted the fundamental rules of Commercial Law to the present economic reality and it is in accordance with the special legislation, which used to adopt the enterprise theory in Brazil in order to discipline the main commercial juridical institutes.

Keywords

Enterprise, businessman, enterprise theory, economic activities, Civil Code of 2002, Enterprise Law.

Resumo

O novo Código Civil brasileiro, ao tratar das normas fundamentais do direito comercial em seu Livro “Do Direito de Empresa”, rompe o período transitório vivido pelo direito comercial no país desde 1970, submetendo a disciplina legal das atividades econômicas à teoria italiana da empresa, em detrimento da ultrapassada e problemática teoria francesa dos atos de comércio presente no Código Comercial de 1850. A adoção da teoria da empresa no novo Código Civil amplia a abrangência do direito comercial ao atrair para o regime comercial atividades econômicas anteriormente consideradas civis. A pretendida unificação legislativa do Direito Privado com o novo Código Civil adequou as normas fundamentais do direito comercial à atual realidade econômica e encontra-se em consonância com a legislação especial, que já adotava a teoria da empresa no país para disciplinar os principais institutos jurídicos comerciais.

Palavras-chave

Empresa, empresário, teoria da empresa, atividade econômica, direito comercial, Código Civil de 2002.

* Mestre em Direito pela UNESP de Franca/SP. Professor de Direito Comercial na graduação e pós-graduação *lato sensu* da Faculdade de Direito de Marília/SP – Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha” e da graduação da Universidade Paulista – UNIP, câmpus de São José do Rio Preto/SP. Advogado.

Introdução

Em janeiro de 2002 foi promulgado, finalmente, o novo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), criticado por muitos em razão do longo tempo em que esteve em trâmite no Congresso Nacional, já que o projeto é de 1975 (Projeto nº 634/75). O novo Código Civil destaca-se por disciplinar a matéria civil e também a matéria comercial, realizando no país, a exemplo do que ocorreu na Itália em 1942, a unificação legislativa do Direito Privado tradicional.

O novo Código Civil entrará em vigor em janeiro de 2003, revogando expressamente o Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916) e a Parte Primeira do Código Comercial (Lei nº 556, de 25 de junho de 1850), que trata do “Comércio em Geral”. Em razão da referida unificação legislativa, é necessário destacar alguns aspectos referentes à autonomia jurídica do direito comercial e à evolução proporcionada a esse ramo do Direito Privado com o surgimento do novo Código, afastando-se, de imediato, qualquer entendimento precipitado que possa sugerir o fim ou o desprestígio do direito comercial no país pela inserção de suas normas fundamentais no Código Civil.

A autonomia legislativa de determinado ramo do direito resulta de uma opção do legislador. O fato do direito comercial possuir as suas normas fundamentais inseridas em um Código ao lado das normas do direito civil não prejudica a sua autonomia jurídica. No novo Código Civil, a matéria de natureza comercial é disciplina no Livro II da Parte Especial, que possui 229 artigos e denomina-se “Do Direito de Empresa”, não se confundindo a natureza comercial desses dispositivos com os demais artigos do Código. Portanto, a matéria comercial não se confunde com a matéria civil no novo Código Civil, sendo um dos fatores que evidenciam a autonomia jurídica do direito comercial.

Embora possam ser apresentadas várias críticas ao novo Código Civil, não se pode deixar de ressaltar os benefícios proporcionados ao direito comercial, como por exemplo, a adoção da teoria da empresa nas suas normas fundamentais, que vem consolidar a ampliação da abrangência do direito comercial no país, tendência verificada nos últimos trinta anos na doutrina, na legislação e na jurisprudência. O novo Código Civil brasileiro, ao adotar a teoria da empresa para disciplinar a matéria comercial, rompe o período de transição vivido pelo direito comercial desde 1970 no Brasil, afastando-o da antiga idéia francesa da enumeração artificial de atos de comércio na lei segundo o gênero da atividade, que excluía do regime comercial importantes atividades econômicas, como por exemplo, a prestação

de serviços em geral e a atividade imobiliária.

A teoria da empresa elaborada pelos italianos não se preocupa com o gênero da atividade econômica, o que importa para a teoria da empresa é o desenvolvimento da atividade econômica mediante a organização de capital, trabalho, tecnologia e matéria-prima, que resulta na criação e na circulação de riquezas. Com a teoria da empresa, o direito comercial passa a ser baseado e delimitado na atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, libertando-se da arbitrária divisão das atividades econômicas segundo o seu gênero, como previa a teoria dos atos de comércio.

O novo Código Civil brasileiro surge como referência do início de uma nova fase do direito comercial brasileiro, contribuindo para a sua evolução no país, ao contrário do que possa sugerir, de imediato, a unificação legislativa realizada. O Código Civil de 2002 aparece para transpor o período de transição do direito comercial, consolidando-o como o direito da empresa, maior e mais adequado para disciplinar o desenvolvimento das atividades econômicas no país. Questiona-se, entretanto, se essa evolução não poderia resultar de uma legislação autônoma que reformasse o Código Comercial sem inserir normas comerciais no bojo do Código Civil.

Do direito comercial ao direito empresarial

Para entender o atual direito comercial mostra-se necessário ressaltar os principais aspectos de sua evolução histórica. O surgimento do direito comercial relaciona-se à ascensão da classe burguesa, originando-se da necessidade dos comerciantes da Idade Média possuírem um conjunto de normas para disciplinar a atividade profissional por eles desenvolvida. Reunidos em corporações de ofício, os comerciantes *criaram* o direito comercial com base nos usos e costumes comerciais difundidos pelos povos que se dedicaram à atividade comercial, dentre os quais destacam-se os gregos e os fenícios. Esses povos antigos trouxeram importantes contribuições na área do comércio marítimo, permitindo o surgimento de importantes institutos jurídicos incorporados pelo direito comercial no decorrer de sua evolução histórica.

O direito comercial aparece na Idade Média com um caráter eminentemente subjetivista, já que foi elaborado pelos comerciantes reunidos nas corporações para disciplinar suas atividades profissionais, caracterizando-se, no início, como um direito corporativista e fechado, restrito aos comerciantes matriculados nas corporações de mercadores. Criado para disciplinar a atividade profissional dos comerciantes, o direito comercial nasce como um direito especial, autônomo em relação ao direito civil, o

que lhe permitiu alcançar autonomia jurídica, possuindo uma extensão própria, além de princípios e métodos característicos, que contribuíram para a sua consolidação como disciplina jurídica autônoma.

O prestígio e a importância das corporações começaram a se enfraquecer com o mercantilismo, que fortaleceu o Estado e afastou das corporações de mercadores a elaboração das normas comerciais e sua respectiva aplicação pelos cônsules, que eram os juízes eleitos pelos comerciantes nas corporações para decidir os conflitos de natureza comercial. As primeiras codificações das normas comerciais surgiram na França, com as Ordenações Francesas. A primeira Ordenação, de 1673, tratava do comércio terrestre e ficou conhecida como Código Savary. Em 1681 surgiu a Ordenação da Marinha, que disciplinava o comércio marítimo.

As Ordenações Francesas tiveram vigência por um longo tempo e o Código Savary foi a base para a elaboração do Código de Comércio Napoleônico de 1807, responsável pela objetivação do direito comercial, afastando-o do aspecto subjetivo da figura do comerciante matriculado na corporação. Com o Código Comercial francês de 1807 o direito comercial passou a ser baseado na prática de atos de comércio enumerados na lei segundo critérios históricos, deixando de ser aplicado somente aos comerciantes matriculados nas corporações.

De acordo com a teoria francesa dos atos de comércio, a matéria comercial deixa de ser baseada na figura do comerciante da Idade Média e passa a ser definida pela prática dos atos de comércio enumerados na lei. Assim, para se qualificar como comerciante e submeter-se ao direito comercial, deixou de ser necessário à pessoa que se dedica a exploração de uma atividade econômica pertencer a uma corporação, bastando a prática habitual de atos de comércio. Essa objetivação do direito comercial atendia aos princípios difundidos pela Revolução Francesa em 1789.

Na enumeração realizada nos artigos 632 e 633 do Código francês, o legislador considerou de natureza comercial os atos que eram tradicionalmente realizados pelos comerciantes na sua atividade, não sendo possível identificar nessa enumeração legal qualquer critério científico para definir quando um ato é ou não de comércio. Ao enumerar os atos de comércio, o legislador baseou-se em fatores históricos, sendo esse o grande problema da teoria francesa, que se mostrou bastante limitada diante da rápida evolução das atividades econômicas, tornando-se uma teoria ultrapassada por não identificar com precisão a matéria comercial, já que não foi possível a identificação de um elemento de ligação entre os atos de comércio previstos na lei.

A enumeração legal dos atos de comércio

apresenta natureza exemplificativa e, sabendo-se que novas atividades econômicas surgiriam, coube à doutrina elaborar uma fórmula para se definir a comercialidade das relações jurídicas. Entretanto, jamais se conseguiu criar um critério seguro para se definir a comercialidade de um ato com base na teoria francesa, já que os atos de comércio foram selecionados e inseridos na lei tendo como referência apenas o fato de serem praticados pelos comerciantes no exercício de sua profissão. Assim, atividades econômicas que tradicionalmente não eram desenvolvidas pelos comerciantes, como a atividade imobiliária, a prestação de serviços em geral e a atividade agrícola, foram afastadas do regime comercial. A ausência de um critério científico na separação das atividades econômicas em civis e comerciais e a exclusão de importantes atividades do regime comercial, em razão do seu gênero, constituíram os principais fatores para o desprestígio da teoria francesa, contribuindo para a sua superação.

Em consonância com o desenvolvimento das atividades econômicas e de acordo com a tendência de crescimento do direito comercial, surgiu na Itália uma teoria que substituiu a teoria francesa, superou os seus defeitos e ampliou o campo de abrangência do direito comercial. Essa teoria, denominada de teoria jurídica da empresa, caracteriza-se por não dividir as atividades econômicas em dois grandes regimes, como fazia a teoria francesa, e foi inserida no Código Civil italiano de 1942, que ficou conhecido por ter realizado a unificação legislativa do direito privado na Itália.

A teoria da empresa elaborada pelos italianos afasta o direito comercial da prática de atos de comércio para incluir no seu núcleo a empresa, ou seja, a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços. Com a teoria da empresa, deixa de ser importante o gênero da atividade econômica desenvolvida, não importando se esta corresponde a uma atividade agrícola, imobiliária ou de prestação de serviços, mas que seja desenvolvida de forma organizada, em que o empresário reúne capital, trabalho, matéria-prima e tecnologia para a produção e circulação de riquezas.

De acordo com a teoria da empresa, o direito comercial tem o seu campo de abrangência ampliado, alcançando atividades econômicas até então consideradas civis em razão do seu gênero. A teoria da empresa, ao contrário da teoria francesa, não divide as atividades econômicas em dois grandes regimes (civil e comercial), prevê um regime amplo para as atividades econômicas, excluindo desse regime apenas as atividades de menor importância, que são, a princípio, as atividades intelectuais, de natureza literária, artística ou científica. Segundo a teoria da empresa, a atividade agrícola tam-

bém pode estar afastada do direito comercial, já que cabe ao seu titular a opção pelo regime comercial, que ocorre mediante o registro da atividade econômica no Registro Público de Empresas, realizado no Brasil pelas Juntas Comerciais.

Considerando o núcleo que delimita a matéria comercial ao longo de sua evolução histórica, pode-se dividir o desenvolvimento do direito comercial em três períodos. O primeiro período, do Séc. XII ao Séc. XVIII, denominado de período subjetivo corporativista ou período subjetivo do comerciante, tem como núcleo do direito comercial a figura do comerciante matriculado na corporação. O segundo período, compreendido entre o Séc. XVIII e o Séc. XX, inicia-se com o Código de Comércio Napoleônico de 1807 e tem como núcleo os atos de comércio. O terceiro e atual período de evolução histórica do direito comercial inicia-se com o Código Civil italiano de 1942 e tem como núcleo a empresa, compreendendo o Séc. XX até nossos dias.

A evolução do direito comercial brasileiro

O direito comercial brasileiro tem origem em 1808 com a chegada da família real portuguesa ao Brasil e a abertura dos portos às nações amigas. Da sua origem até o surgimento do Código Comercial brasileiro, disciplinavam as atividades comerciais no país as leis portuguesas e os Códigos Comerciais da Espanha e da França, já que entre as leis portuguesas existia uma lei (Lei da Boa Razão) prevendo que no caso de lacuna da lei portuguesa deveriam ser aplicadas para dirimir os conflitos de natureza comercial as leis das nações cristãs, iluminadas e polidas. Por essa razão, nessa primeira fase do direito comercial brasileiro a disciplina legal das atividades comerciais mostrava-se bastante confusa.

Em 1834, uma comissão de comerciantes apresentou ao Congresso Nacional um projeto de Código Comercial, que após uma tramitação de mais de 15 anos originou o primeiro código brasileiro, o Código Comercial (Lei nº 556, de 25 de junho de 1850), que foi baseado nos Códigos de Comércio de Portugal, da França e da Espanha. O Código Comercial brasileiro adota a teoria francesa dos atos de comércio, podendo-se, entretanto, identificar traços do período subjetivo na lei de 1850, em razão do art. 4º prever que somente os comerciantes matriculados em alguns dos Tribunais de Comércio do Império poderão gozar dos privilégios previstos no Código Comercial.

Cumprе ressaltar que embora o Código Comercial brasileiro seja baseado na teoria dos atos de comércio, em nenhum dos seus artigos ele apresenta a enumeração dos atos de comércio, como faz o Código Comercial francês de 1807 nos artigos 632

e 633. Essa ausência da enumeração dos atos de comércio no Código Comercial foi proposital, justificando-se pelos problemas que a enumeração causava na Europa, onde eram conhecidas grandes divergências doutrinárias e jurisprudenciais referentes à caracterização da natureza comercial ou civil de determinadas atividades econômicas em razão da enumeração legal dos atos de comércio.

Temendo que essas divergências e disputas judiciais se repetissem no país, o legislador brasileiro preferiu, após grandes discussões na fase de elaboração do Código Comercial, não inserir a enumeração dos atos de comércio na Lei nº 556, de 1850. Entretanto, não foi possível ao legislador brasileiro escusar-se de apresentar uma enumeração legal dos atos de comércio no país, que foi realizada no Regulamento nº 737 de 1850, especificamente nos artigos 19 e 20. O Regulamento nº 737 tratava do processo comercial e a enumeração dos atos de comércio baseou-se no Código de Comércio francês.

Até 1875, a enumeração dos atos de comércio constante no Regulamento nº 737 era utilizada para delimitar o conteúdo da matéria comercial para o fim jurisdicional e para qualificar a pessoa como comerciante no país. Em 1875 os Tribunais de Comércio foram extintos e com a unificação do processo deixou de ser necessário para o fim jurisdicional diferenciar a atividade comercial da atividade civil. Assim, sob o aspecto processual, a teoria dos atos de comércio perdeu a sua importância no Brasil, mas continuou a ser necessária para diferenciar o comerciante do não comerciante, já que a lei prevê um tratamento diferenciado para aquele que desenvolve uma atividade econômica de natureza comercial, sendo o principal exemplo dessa diferenciação a Lei de Falência (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945), pela qual somente se podem beneficiar da concordata e submeter-se à falência aqueles que exercem atividade econômica de natureza comercial.

O Regulamento nº 737 de 1850 foi revogado em 1939 pelo Código de Processo Civil e desde então deixou de existir no país um diploma legal que apresente a enumeração dos atos de comércio, dificultando a definição da comercialidade das relações jurídicas no Brasil a ponto de não existir até o surgimento do novo Código Civil um critério seguro para se definir o conteúdo da matéria comercial. Essa dificuldade justifica-se por vários motivos. A teoria dos atos de comércio, por sua própria natureza, não permite a criação de um critério científico para se definir a natureza comercial de um ato, surgindo um grande problema quando determinado ato não se encontra enumerado na relação da lei.

No Brasil, esse problema intensifica-se porque desde 1939 não existe nem mesmo na legislação vigente a enumeração dos atos de comércio. Se

não bastasse, nas últimas décadas, várias leis brasileiras de natureza comercial passaram a apresentar fortes traços da teoria da empresa e a doutrina nacional passou a se dedicar ao estudo dessa teoria italiana, prestigiando-a em detrimento da teoria francesa, o que acabou refletindo em várias decisões dos Tribunais brasileiros.

Todo esse contexto fez com que a definição da comercialidade das relações jurídicas no país se transformasse em um grande problema. Nessa difícil tarefa em delimitar o conteúdo da matéria comercial utilizou-se como referência os atos de comércio enumerados no revogado Regulamento nº 737 de 1850, o disposto em lei como sendo matéria comercial (sociedades anônimas, empresas de construção civil) e a jurisprudência, já que várias decisões envolvendo complexos casos passaram a definir a natureza comercial de certas atividades econômicas.

Na delimitação do conteúdo da matéria comercial pode-se identificar em várias ocasiões a adoção da teoria da empresa para definir como comercial a natureza de determinada atividade econômica, evidenciando a influência e o prestígio da teoria italiana no direito brasileiro. Nesse sentido, destacam-se decisões que consideram de natureza comercial clínicas de serviços médicos, salões de cabeleireiros, empresas de publicidade e também a atividade pecuária. Essas atividades, pela teoria dos atos de comércio estariam, em regra, afastadas do regime comercial e, conseqüentemente, não estariam submetidas à falência e não poderiam obter concordata.

As dificuldades encontradas na definição da comercialidade das relações jurídicas e a adoção da teoria da empresa para caracterizar determinadas atividades econômicas como comerciais caracterizam o período de transição do direito comercial brasileiro nos últimos 30 anos. Esse período transitório entre a teoria dos atos de comércio, presente no Código Comercial e na Lei de Falência, e a teoria da empresa, prestigiada pela doutrina e pela jurisprudência e presente em importantes leis comerciais (p. ex.: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 - Lei das Sociedades Anônimas; Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994 - Lei de Registro Público de Empresas; Lei nº 8.884, de 20 de julho de 1994 - Lei de Defesa da Livre Concorrência; Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 - Lei da Propriedade Industrial; Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999 - Novo Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), é finalmente superado com o surgimento do novo Código Civil brasileiro.

O direito de empresa no novo Código Civil brasileiro

O novo Código Civil brasileiro possui 2.046 artigos e divide-se, fundamentalmente, em Parte Ge-

ral e Parte Especial. A Parte Geral possui três Livros: I. Das Pessoas; II. Dos Bens; III. Dos Fatos Jurídicos. A Parte Especial contém cinco Livros: I. Do Direito das Obrigações; II. Do Direito de Empresa; III. Do Direito das Coisas; IV. Do Direito de Família; V. Do Direito das Sucessões. As disposições finais e transitórias estão previstas no Livro Complementar.

As normas fundamentais do direito comercial estão presentes no Livro II da Parte Especial do Código Civil de 2002, denominado *Do Direito de Empresa*. Esse Livro II foi baseado no Código Civil italiano de 1942, famoso por ter realizado a unificação formal ou legislativa do Direito Privado na Itália, mas que se destaca realmente sob o aspecto jurídico por apresentar uma teoria nova para disciplinar as atividades econômicas, a teoria da empresa, que substitui com vantagens a imprecisa e ultrapassada teoria dos atos de comércio.

Em relação ao direito comercial a grande evolução proporcionada pelo novo Código Civil foi a introdução da teoria da empresa nas suas normas fundamentais e a conseqüente revogação da Parte Primeira do Código Comercial de 1850, permitindo a superação da teoria dos atos de comércio e a harmonização do tratamento legal da disciplina privada da atividade econômica no país. Para Inacarato (1990),

...por ironia a entranhados comercialistas, o conceito diferenciador do novo direito comercial nos virá do bojo de um Código Civil, nem por isto, pelo grande significado prático e científico que representa, devemos deixar de o exaltar.

Com o novo Código Civil, o direito comercial afasta-se daquela equivocada imagem de uma disciplina retrógrada e envelhecida, associada ao vetusto Código Comercial de 1850 e espera-se, para a harmonização dessa nova fase do direito comercial brasileiro, entre os ajustes que se mostram necessários, a reforma da Lei de Falência (Decreto-Lei nº 7.661, de 1945), que ainda apresenta traços da teoria dos atos de comércio.

O Livro II da Parte Especial não trata de todos os institutos jurídicos comerciais em seus 229 artigos. Importantes temas comerciais não estão disciplinados no novo Código Civil. O Livro *Do Direito de Empresa* não disciplina a falência e a concordata, não trata dos títulos de crédito em espécie, remete para a lei especial a disciplina legal da sociedade anônima, não se refere aos bens industriais (marcas de produtos ou serviços, desenho industrial, invenção e modelo de utilidade), não disciplina a concorrência empresarial e não faz referência a importantes contratos empresariais.

O fato desses importantes institutos jurídicos não serem abordados pelo novo Código Civil, se por um lado é objeto de críticas da doutrina, por

outro lado evidencia a característica fragmentária do direito comercial, que dificulta a codificação dos seus principais institutos jurídicos e contribui para a existência de uma grande quantidade de leis especiais, mais adequadas ao dinamismo exigido para as normas comerciais. O direito comercial é um ramo do direito privado que adota o método indutivo, acompanhando o desenvolvimento das atividades econômicas, o que torna as suas normas extremamente dinâmicas. Esse fato caracteriza a fragmentariedade do direito comercial, afastando desse ramo jurídico a tendência da codificação, mais adequada ao direito civil, de normas estáticas e de caráter conservador em razão da utilização do método dedutivo, que valoriza as tradições de uma sociedade, mostrando-se pouco receptivo às novas tendências.

As normas dinâmicas do direito comercial adequam-se melhor em leis especiais, a tendência inovadora e a dinamicidade desse ramo jurídico de tendências profissionais devem estar disciplinadas, preferencialmente, fora da estrutura pesada de um Código. Em consonância com a característica fragmentária do direito comercial, Newton de Lucca destaca a tendência atual de descodificação do direito privado, ressaltando ser “cada vez maior o número de leis esparsas ou de microsistemas” (LUCCA, 2000, p. 53).

Paralelamente às críticas levantadas sobre a ausência de certos institutos jurídicos no novo Código Civil, lembra-se a necessidade premente da organização no país da disciplina legal dos títulos de crédito, tão almejada por Rubens Requião (REQUIÃO, 1998, p.343), principalmente no que se refere à letra de câmbio e à nota promissória, disciplinadas pela confusa conjugação do Dec. n° 2.044, de 1908 e pelo Dec. n° 57.663, de 1966. O Código Civil de 2002 refere-se aos títulos de crédito no Livro I da Parte Especial (Do Direito das Obrigações), entretanto, o Título VIII (Dos Títulos de Crédito) apresenta dispositivos que tratam de forma genérica os títulos de crédito, não os disciplinando em espécie.

Os dispositivos referentes aos títulos de crédito no novo Código Civil apresentam vários pontos de conflito com a legislação cambiária especial, prevendo, por exemplo, a vedação do aval parcial e a desvinculação, como regra, da responsabilidade do endossante pelo pagamento do título transferido. Os dispositivos referentes aos títulos de crédito presentes no novo Código possuem importância reduzida e tudo indica que terão eficácia bastante limitada, conforme se percebe pela previsão do art. 903: “salvo disposição diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste Código”.

Nesse aspecto, questiona-se se a disciplina legal dos títulos de crédito constante no Código Civil de 2002 é mais importante do que a consolida-

ção do direito cambiário brasileiro, mediante a criação de uma lei geral para os títulos de crédito. O novo Código Civil ao tratar dos títulos de crédito apresenta dispositivos conflitantes, deixando de harmonizar o tratamento legal da letra de câmbio e da nota promissória. Sob o aspecto do direito cambiário, o novo Código Civil nada acrescenta de importante, tanto que Fábio Ulhoa Coelho ressalta que as normas cambiárias presentes no Código Civil de 2002 são normas *quase-supletivas*, sendo aplicáveis somente quando há normas compatíveis na lei especial (COELHO, 2002a, p.384).

Em relação ao conteúdo do Livro II da Parte Especial, são disciplinados no livro *Do Direito de Empresa*: a caracterização do empresário; as sociedades empresárias; a sociedade simples (nova denominação para a sociedade civil); a sociedade em comum (sem arquivamento do ato constitutivo na Junta Comercial); sociedade cooperativa (caracterizada como sociedade simples, independentemente de seu objeto, conforme o parágrafo único do art. 982 do Código Civil de 2002); sociedades coligadas; liquidação da sociedade; transformação, incorporação, fusão e cisão das sociedades; sociedade dependente de autorização; sociedade nacional e sociedade estrangeira; estabelecimento empresarial; registro público de empresas; nome empresarial; prepos- tos; gerentes; contabilistas e escrituração.

Ao caracterizar o empresário no art. 966, o novo Código Civil introduz definitivamente no direito brasileiro a definição de empresário que já vinha se cristalizando no Brasil durante o período transitório. De acordo com referido dispositivo, empresário é aquele que exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços. O parágrafo único do art. 966 exclui da definição de empresário quem exerce atividade intelectual, de natureza literária, artística ou científica, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

O novo Código Civil afasta do direito comercial a antiga figura do comerciante, que se caracterizava pela prática habitual de atos de comércio. Sob o enfoque da teoria da empresa o enigmático e impreciso conceito de ato de comércio é esquecido, surgindo a empresa (a atividade econômica) como o novo núcleo do direito comercial atual. A antiga figura do comerciante transforma-se no empresário, que passa a ser o principal elemento do direito comercial, já que é ele quem organiza o estabelecimento empresarial e exerce a atividade econômica. Em sentido jurídico, empresa corresponde à atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, surgindo da vontade do empresário, que exerce a atividade econômica a partir da organização dos

bens que integram o estabelecimento.

Caracteriza-se como empresário segundo o art. 966 a pessoa física (empresário individual) ou a pessoa jurídica (sociedade empresária) que promove profissionalmente a produção ou circulação de bens ou serviços, excluindo-se dessa definição, segundo o parágrafo único do referido artigo, quem exerce atividade intelectual, de natureza literária, artística ou científica. Assim, a princípio, estão excluídos do regime comercial os profissionais liberais (dentista, médico e engenheiro, por exemplo), que podem ingressar no regime comercial se fizerem do exercício da profissão um elemento de empresa, ou seja, se inserirem a sua atividade numa organização empresarial, se constituírem uma sociedade empresária (COELHO, 2002a, p.24).

Pela caracterização do empresário prevista no art. 966 identifica-se o regime geral estabelecido pela teoria da empresa para as atividades econômicas, do qual são excluídas apenas as atividades econômicas de menor importância. Em relação aos agricultores (empresários rurais), o novo Código Civil prevê no art. 971 ser facultativa a opção pelo regime comercial:

O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

O art. 970 do novo Código Civil prevê que “A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes”. Nota-se que referido dispositivo não prevê a dispensa da inscrição aos agricultores (conforme visto, a inscrição nesse caso é optativa para submetê-los ao regime comercial) e aos pequenos empresários, como previa o antigo texto do artigo correspondente do projeto que sofreu emenda no Senado Federal.

O atual art. 970 do Código Civil de 2002 corresponde ao art. 973 do projeto, que foi objeto da Emenda n.º 68 no Senado Federal. O texto original da Câmara dos Deputados reformado pelo Senado previa:

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; II- o pequeno empresário, tal como definido em decreto, à vista dos seguintes elementos, considerados isoladamente ou em conjunto: a) natureza artesanal da atividade; b) predominância do trabalho próprio e de familiares; capital efetivamente empregado; renda bruta anual; condições peculiares à atividade, reveladoras da exiguidade da empresa exercida. (OLIVEIRA, 1998, p.166).

O conceito de pequeno empresário previsto no art. 970 não se refere ao microempresário e ao empresário de pequeno porte, já que esses são definidos no art. 2º da Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999 (Novo Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte). Referido dispositivo também não prevê expressamente a dispensa da inscrição do pequeno empresário no Registro Público de Empresas Mercantis, embora exista entendimento diferente (COELHO, 2002a, p.76), que não deve prevalecer diante do atual texto modificado pela emenda do Senado Federal.

O pequeno empresário referido no art. 970 aproxima-se do pequeno comerciante dispensado da escrituração pelo Dec.-Lei nº 486, de 3 de março de 1963, e definido pelo art. 1º do Dec. nº 64.567, de 22 de maio de 1965, como a pessoa natural inscrita no Registro Público de Empresas Mercantis que exercer em um só estabelecimento atividade artesanal ou outra atividade em que predomine o seu próprio trabalho ou de pessoas da família, auferindo receita bruta anual não superior a cem vezes o salário mínimo e cujo capital efetivamente investido no negócio não ultrapassar vinte vezes o salário mínimo. Percebe-se essa aproximação pelo dispensa da realização da escrituração e do levantamento anual do balanço patrimonial e do resultado econômico prevista para o pequeno empresário pelo §2º, art. 1.179, do novo Código Civil. Para Rubens Requião, o conceito de pequeno comerciante, fundado no aspecto subjetivo ou funcional da atividade e em seu resultado econômico, não foi superado pela conceituação de microempresa e empresa de pequeno porte, que se baseia fundamentalmente na receita bruta (REQUIÃO, 1998, p. 74).

O art. 4º da Lei nº 9.841, de 1999 prevê que o enquadramento do empresário como microempresário ou empresário de pequeno porte realiza-se por meio de comunicação à Junta Comercial para o fim de registro. O art. 32, II, d, da Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994 (Lei de Registro de Empresas Mercantis) apresenta entre os atos compreendidos no Registro Público de Empresas Mercantis, o arquivamento das declarações de microempresa. Assim, parece difícil prevalecer o entendimento pelo qual o art. 970 do novo Código Civil estaria dispensando o microempresário e o empre-

sário de pequeno porte da inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis.

O novo Código Civil, no art. 967, prevê a obrigatoriedade da inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede antes de iniciar a atividade empresarial. O art. 967 refere-se ao arquivamento do ato constitutivo do empresário na Junta Comercial, disciplinado pela Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, que já apresentava traços da teoria da empresa ao ampliar o âmbito do registro (arquivamento) realizado na Junta Comercial em seu art. 2º:

“Os atos das firmas mercantis individuais e das sociedades mercantis serão arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, independentemente de seu objeto, salvo as exceções previstas em lei”. Em relação às exceções previstas em lei, destaca-se a sociedade voltada a prestação de serviços de advocacia, que deve ter os seus atos constitutivos encaminhados à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), conforme determina o §1º, art. 15, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia).

Ao prever a possibilidade de registro aos empresários individuais e às sociedades empresárias sem considerar a natureza da atividade desenvolvida (independentemente de seu objeto), a Lei nº 8.934, de 1994, demonstra claramente a adoção da teoria da empresa (regime geral para as atividades econômicas sem considerar o gênero da atividade, mas a sua importância) e a superação da teoria dos atos de comércio (divisão das atividades econômicas em razão do gênero da atividade). A adoção da teoria da empresa pela Lei nº 8.934, de 1994, foi ressaltada pelo relator do projeto, deputado José Carlos Aleluia, que salientou:

...a principal inovação do Projeto diz respeito a mudança de denominação do registro de empresas mercantis, fazendo prevalecer, portanto, a chamada teoria da empresa, em detrimento da ótica restrita de levar a registro apenas atos de comércio, cuja interpretação conceitual causa inúmeras controvérsias sobre a competência registral. (OLIVEIRA, 1999, p.143)

As sociedades empresárias devem ter os

seus atos constitutivos arquivados na Junta Comercial, ao passo que as sociedades que não se configuram como empresárias, em razão de não prevalecer nessas sociedades a organização de capital e trabalho sobre a profissão intelectual de seus integrantes possuem os seus atos constitutivos arquivados no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, correspondendo às sociedades simples. As sociedades empresárias adquirem personalidade jurídica com o registro na Junta Comercial (art. 985, Código Civil

2002), enquanto as sociedades simples tornam-se pessoas jurídicas com o registro no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas (artigos 45 e 1.150, Código Civil 2002).

Na disciplina jurídica do novo Código Civil, existem seis espécies de sociedades empresárias: sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade em conta de participação, sociedade limitada, sociedade em comandita por ações e sociedade anônima. A sociedade de capital e indústria prevista no Código Comercial de 1850 deixou de existir, não podendo mais os sócios constituírem sociedade dessa espécie a partir de janeiro de 2003.

Em relação à manutenção no novo Código das soci-

edades em nome coletivo, em comandita simples, em comandita por ações e em conta de participação, discute-se sobre a sua necessidade em razão da rara utilização dessas espécies de sociedades empresárias no país. Na substituição de uma sociedade empresária para a exploração de uma atividade econômica, os sócios preferem optar por aquelas em que a responsabilidade de todos os sócios, em regra, é limitada pelas obrigações contraídas pela sociedade empresária no desenvolvimento da atividade econômica. No Brasil, as sociedades empresárias mais utilizadas são a sociedade limitada e a sociedade anônima em razão da limitação da responsabilidade, em regra, de todos os seus sócios.

A partir da vigência do Código Civil de 2002, a sociedade limitada, anteriormente denominada sociedade por quotas de responsabilidade limitada, passa a ser disciplinada pelo Código Civil, aplicando-se os dispositivos previstos no Capítulo IV (Da Sociedade Limitada). Sendo omissa o Código Civil na disciplina da sociedade limitada, aplica-se supletivamente as normas da sociedade sim-

Apesar das críticas
ao novo Código
Civil, não se pode
deixar de ressaltar os
benefícios ao direito
comercial, como por
exemplo, a adoção
da teoria da empresa
nas suas normas
fundamentais

ples (art. 1.053, Código Civil 2002) ou da sociedade anônima, caso o contrato social assim dispuser (parágrafo único, art. 1053, Código Civil 2002). Portanto, se o contrato social da limitada apresentar cláusula prevendo a disciplina supletiva dessa espécie societária pelas normas da sociedade anônima, aplica-se a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas) nas omissões do Capítulo IV do Código Civil, do contrário, a lei prevê que nas omissões do referido capítulo devem ser aplicadas as normas das sociedades simples. Ressalta-se que o Código Civil é a lei aplicável na constituição e dissolução da sociedade limitada, ainda que o contrato social eleja a lei das sociedades anônimas para a regência supletiva.

Em relação à sociedade anônima, o Código Civil, no art. 1.089, remete para lei especial a sua disciplina jurídica. Assim, a sociedade anônima continua a ser regida pela Lei nº 6.404, de 1976, que recentemente passou por uma nova *reforma* (Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001), não apresentando repercussão útil ao direito comercial os dois dispositivos referentes à sociedade anônima presentes no Código Civil de 2002.

O novo Código Civil disciplina especificamente o estabelecimento empresarial no Título III (Do estabelecimento), dedicando oito artigos que apresentam a sua definição, sua natureza como objeto de direito, os efeitos do contrato de compra e venda do estabelecimento (denominado contrato de *trespasse*), os requisitos para a eficácia da sua alienação, a questão da sucessão empresarial como regra e a proibição do restabelecimento do empresário alienante do estabelecimento nos 5 anos seguintes à transferência do mesmo, ressaltando a estipulação das partes em contrário no contrato de *trespasse*.

O estabelecimento empresarial, chamado antigamente de fundo de comércio e conhecido na Itália por *azienda*, corresponde ao conjunto de bens corpóreos e incorpóreos organizados pelo empresário para a exploração da atividade econômica. Juntamente com o empresário e a empresa, o estabelecimento empresarial corresponde a um dos elementos da empresarialidade destacados por Waldirio Bulgarelli na sua obra *Tratado de Direito Empresarial* (BULGARELLI, 1997, p.109).

No que se refere às inovações que deixaram de ser previstas no novo Código Civil em relação ao direito comercial, pode-se apontar a ausência da disciplina legal do comércio eletrônico realizado pela *internet*. Essa ausência pode ser justificada pela rápida evolução que o tema comporta, mostrando-se mais adequada a utilização de uma lei especial para tratar da matéria. Se a ausência da disciplina legal do comércio eletrônico é justificável no novo Código, o mesmo não se pode dizer em relação à limitação da

responsabilidade do empresário individual.

O Código Civil de 2002 perdeu uma excelente oportunidade de introduzir no país a limitação da responsabilidade do empresário individual como forma de incentivo à exploração da atividade econômica de menor vulto mediante a limitação dos riscos do negócio. Essa ausência, criticada por uma parte da doutrina que valoriza a exploração de atividades econômicas de menor porte, é apontada por Newton de Lucca como um exemplo da distonia do Código com o entendimento da maioria da doutrina nacional (LUCCA, 2000, p.69). A limitação da responsabilidade do empresário individual poderia ter sido adotada pelo novo Código para acabar com a necessidade da criação de sociedades empresárias formadas com a finalidade exclusiva da obtenção da limitação da responsabilidade dos sócios no desenvolvimento da empresa.

Procurando a limitação dos eventuais prejuízos decorrentes da exploração da atividade econômica, formam-se no país sociedades empresárias *pro forma*, em que uma pessoa decidida a explorar uma atividade econômica constitui uma sociedade limitada juntamente com um sócio engajado para não se submeter, de forma ilimitada, aos riscos inerentes da atividade empresarial. É comum encontrar no Brasil sociedades limitadas constituídas somente por marido e mulher com a finalidade exclusiva de obter a limitação da responsabilidade na exploração da atividade econômica (o Código Civil de 2002, no art. 977, faculta aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não estejam casados sob o regime de comunhão universal de bens ou no da separação obrigatória).

A limitação da responsabilidade do empresário individual existe, por exemplo, na França, Itália, Alemanha e Portugal (HENTZ, 2000, p.100). A Alemanha introduziu em seu sistema normativo a *societade unipessoal* em 1980, sendo seguida pela Itália. Em 1985 a França também aderiu a idéia da limitação da responsabilidade do empresário individual. Em 1986, foi criado em Portugal o Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada (EIRL), utilizando uma denominação mais adequada, sob o aspecto técnico, já que *societade unipessoal* destoa da boa técnica jurídica. No EIRL o empresário individual destaca uma parcela do seu patrimônio pessoal para o exercício da empresa. Essa parcela destacada, denominada de patrimônio afetado, constituirá o valor do capital inicial do EIRL e corresponderá ao limite da responsabilidade do empresário, ou seja, o quanto ele irá arriscar na exploração da atividade empresarial.

Tema de grande relevância para o direito

comercial encontra-se previsto no art. 50 do novo Código Civil. Trata-se da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*), que pode ser definida como a teoria destinada ao aperfeiçoamento da pessoa jurídica, permitindo que o juiz ignore a personalidade jurídica da sociedade empresária nos casos concretos de fraude e de abuso de direito para atingir os bens pessoais do sócio que agiu de forma indevida.

A finalidade da teoria da desconsideração é possibilitar a coibição de fraude e de abusos, sem comprometer o próprio instituto da pessoa jurídica e sem questionar a regra da separação da personalidade e do patrimônio da sociedade empresária em relação aos de seus sócios. A teoria objetiva preservar a pessoa jurídica e a sua autonomia, sem deixar desamparados terceiros vítimas de fraude. A personalidade jurídica da sociedade é desconsiderada apenas para o caso concreto em que foi utilizada de forma indevida, permanecendo válida e eficaz para todos os demais atos não relacionados com o ilícito praticado. A aplicação da teoria não significa a nulidade ou a extinção da personalidade jurídica, mas apenas a sua suspensão episódica.

A antiga redação do art. 50 do projeto do Código Civil previa que:

A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins que determinaram a sua constituição para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos ou abusivos, caso em que caberá ao juiz, a requerimento do lesado ou Ministério Público, decretar-lhe a dissolução. Parágrafo Único. Neste caso, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, responderão, conjuntamente com os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração. (OLIVEIRA; MACHADO; 1998, p. 13)

Conforme se observa, contrariando a finalidade originária da teoria, o art. 50 do projeto previa a dissolução da pessoa jurídica quando fosse utilizada para fraude ou abuso de direito. A distinção entre suspensão e extinção ou dissolução é fundamental, pois a grande vantagem da desconsideração em relação aos demais mecanismos de coibição de fraude previstos pelo Direito é a preservação da pessoa jurídica naquilo que não se relaciona com o ilícito praticado, preservando a sociedade empresária e os legítimos interesses envolvidos, como são os dos demais sócios, empregados e da própria comunidade.

Da forma como se encontrava inserida no art. 50 do projeto, a desconsideração não atendia aos objetivos pelos quais foi criada, razão pela qual sofreu emenda no Senado Federal. Atualmente, o art. 50 do novo Código Civil prevê:

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, o juiz pode decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

A nova redação ao artigo 50 preserva a finalidade da teoria, não prevendo mais a dissolução da sociedade empresária. Na justificação da emenda realizada, o relator do projeto no Senado, Senador Josaphat Marinho, faz a importante distinção entre despersonalização e desconsideração, destacando que na desconsideração “subsiste o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, que é afastada, provisoriamente e tão só para o caso concreto” (TADDEI, 1998, p.31).

De acordo com a sua formulação original, a teoria da desconsideração somente deve ser aplicada quando se encontra especificamente caracterizada a fraude ou abuso de direito por meio da personalidade jurídica. O simples prejuízo de credores decorrente da separação de patrimônios entre sócios e sociedade empresária não se mostra, de acordo com a formulação original da teoria, suficiente para autorizar a aplicação da teoria.

Esses pressupostos de aplicação da desconsideração não são respeitados nas leis que a prevêem expressamente no Brasil (art. 28, Lei nº 8.078, de 1990 – Código de Defesa do Consumidor, art. 18, Lei nº 8.884, de 1994 – Lei de Defesa da Livre Concorrência, art. 4º. Lei nº 9.605, de 1998 – Nova Lei Ambiental). No novo Código Civil, procurou-se mediante o encaminhamento de emenda modificativa ao art. 50 (TADDEI, 1998, p.30), além da preservação da personalidade jurídica da sociedade empresária na aplicação da teoria, a previsão da fraude e do abuso de direito como pressupostos necessários para a aplicação da teoria, prevalecendo no texto alterado a previsão do abuso, do desvio de finalidade e da confusão patrimonial como elementos autorizadores para a aplicação da desconsideração.

Conclusão

Questiona-se se a inserção das normas fundamentais do direito comercial no Código Ci-

vil levaria à extinção do direito comercial no país, ou seja, se essa disciplina jurídica perderia a sua autonomia jurídica e também a didática com a vigência do novo Código Civil. Surpreendentemente, o fato da matéria comercial estar prevista no Código Civil, para alguns, seria suficiente para a absorção das normas comerciais pelo direito civil, o que prejudicaria o futuro do direito comercial, já que o seu conteúdo passaria para o direito civil. Nada mais equívocado que entendimento semelhante ou igual a este.

Conforme apresentado ao longo do presente artigo, a unificação legislativa realizada trata-se da questão de organização do legislador e em nada afeta a autonomia de determinado ramo do direito. O direito comercial, tenha ou não as suas normas inseridas em um código próprio, sempre terá autonomia jurídica, da qual decorre a autonomia didática. O direito comercial possui método próprio, princípios próprios e uma extensão delimitada, o que evidencia a sua autonomia jurídica.

Com a vigência do novo Código Civil brasileiro, o direito comercial continuará como disciplina jurídica autônoma no país, assim como ocorre na Itália e na Suíça, países em que o direito privado foi unificado sob o aspecto legislativo. O Código Civil de 2002 não atribui aos civilistas a necessidade cogente da ampliação de seus estudos somente pelo fato de possuir normas de natureza comercial. A matéria comercial e a matéria civil não se confundem no novo Código Civil, a teoria da empresa não extingue a dicotomia do direito privado tradicional, amplia, isso sim, a abrangência do direito comercial ao alterar os limites de incidência das normas comerciais, que passam a tratar de atividades econômicas anteriormente destinadas ao regime civil pela teoria dos atos de comércio.

A autonomia jurídica do direito comercial é assegurada pela Constituição Federal, que no art. 22, I, prevê que "Compete privativamente à União legislar sobre: I. direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho". Ao dispor sobre o rol de competências legislativas privativas da União, o dispositivo constitucional separa claramente o direito civil do direito comercial, impedindo que normas inferiores contrariem as autonomias das disciplinas jurídicas mencionadas.

O novo Código Civil, embora mostre-se de grande importância para o direito comercial por constituir um marco para a evolução dessa disciplina jurídica no Brasil, não altera de forma significativa o conteúdo do direito comercial no país, já que, conforme se destacou, o novo Código Civil deixa de disciplinar muitos temas comerciais. A exem-

plo do que ocorria com o Código Comercial de 1850, o estudo do direito comercial na vigência do novo Código Civil não será concentrado nesse diploma legal, destacando-se a importância da legislação especial.

O Código Civil de 2002 será a base para a caracterização do empresário, que também permite a delimitação da matéria comercial segundo a teoria da empresa, contribuindo para a definição da comercialidade das relações jurídicas no país. Outras temas específicos e importantes do direito comercial também são disciplinados no novo Código, como o estabelecimento empresarial, o nome empresarial, a sociedade limitada, a sociedade simples e as outras sociedades empresárias de menor importância previstas no Livro II, além de alguns contratos que interessam aos empresários.

Os temas de direito comercial não disciplinados no novo Código Civil, que integram o conteúdo programático dessa disciplina jurídica nas faculdades de direito, continuam a ser regidos por leis especiais, que não sofreram alterações com o surgimento do Código Civil de 2002. Assim, o registro de marcas e de desenhos industriais, a patente de invenções e de modelos de utilidade, são tratados pela Lei nº 9.279, de 1996; a sociedade anônima continua a ser regida pela Lei nº 6.404, de 1976; os títulos de crédito típicos continuam disciplinados pela legislação correspondente (letra de câmbio e nota promissória - Dec. nº 2.044, de 1908 e Dec. nº 57.663, de 1966, cheque - Lei nº 7357, de 1985, duplicata - Lei nº 5.474, de 1968), a concorrência desleal é disciplinada pela Lei nº 9.279, de 1996, enquanto a Lei nº 8.884, de 1994, disciplina a livre concorrência, tratando das infrações à ordem econômica e do controle dos atos de concentração empresarial no país, a falência e a concordata permanecem disciplinadas pelo Dec.-Lei nº 7.661, de 1945.

Em relação ao Registro Público de Empresas Mercantis, embora o novo Código apresente alguns dispositivos referentes à *inscrição* do empresário, o registro realizado nas Juntas Comerciais permanece disciplinado pela Lei nº 8.934, de 1994, regulamentada pelo Dec. nº 1.800, de 1996. As operações e as ligações societárias, responsáveis pela transformação da espécie societária ou de sua estrutura, compreendendo a transformação, incorporação, fusão e cisão, devem obedecer ao regime do Código Civil de 2002 caso não envolvam sociedades por ações. Se envolver sociedades por ações (sociedade anônima e sociedade em comandita por ações), deve-se aplicar a disciplina da Lei nº 6.404, de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas). Se a operação é a cisão total, independentemente da espécie socie-

tária envolvida, aplica-se a Lei nº 6.404, de 1976, conforme o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho (COELHO, 2002b, p.478).

A Parte Primeira do Código Comercial, que será expressamente revogada pelo Código Civil de 2002, trata das obrigações comerciais e disciplina algumas espécies de contratos mercantis (mandato mercantil, comissão mercantil, compra e venda mercantil, entre outros). O novo Código Civil unificou as obrigações comerciais e as obrigações civis no Livro I da Parte Especial (Do Direito das Obrigações) e disciplina alguns contratos de interesse dos empresários, como o contrato de compra e venda, comissão, agência e seguro, mas não disciplina outros importantes contratos empresariais, como, por exemplo, o contrato de *leasing*, representação comercial autônoma, franquia, *factoring*, locação empresarial e licença de direito industrial.

O novo Código Civil brasileiro, sob a perspectiva do direito comercial, é importante por ser o marco inaugural de uma nova fase dessa disciplina jurídica no país, muitas vezes desprestigiada pela existência do Código Comercial de 1850. O grande trunfo do Código Civil de 2002 em relação ao direito comercial foi a adoção da teoria da empresa, que se mostra mais adequada às atuais conjunturas econômicas e permite a ampliação da abrangência do direito comercial no país, tornando-o mais importante. Ao contrário do que a unificação legislativa realizada possa sugerir, o direito comercial não perdeu seu brilho com a inserção de suas normas fundamentais ao lado das normas civis num mesmo Código, pelo contrário. A unificação legislativa representa critério de organização do legislador e foi apenas parcial, não alcançando todos os temas da vida empresarial. Por ironia, a evolução do direito comercial e a conseqüente ampliação de sua importância no país decorreram do surgimento do Código Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Código de Processo Civil. 31 ed. São Paulo: Saraiva. 2001. 1.072 p.
- BRASIL. *Código Civil*. 7 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. 1.199 p.
- BRASIL. *Código Comercial*. 47 ed. São Paulo: Saraiva. 2002. 1.368 p.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 29 ed.. São Paulo: Saraiva. 2002. 349 p.
- BULGARELLI. Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial*. 3 ed.. São Paulo: Atlas. 1997. 287 p.
- COELHO. Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 6 ed.. São Paulo: Saraiva. 2002a. v.1. 497 p.
- COELHO. Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 3 ed.. São Paulo: Saraiva. 2002b. v.2. 479 p.
- CONSULEX. Ano 2. v. 1. n.18. p.30-31. 30 jun. 1998.
- HENTZ, Luís Antonio Soares. *Direito comercial atual de acordo com a teoria da empresa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 177 p.
- INACARATO. Márcio Antônio. Os novos rumos do direito comercial e falimentar no Brasil. *Revista de Direito Mercantil. Industrial. Econômico e Financeiro*. n.78. p. 52-57. abr./jun. 1990.
- LUCCA. Newton de. A atividade empresarial no âmbito do projeto de Código Civil. In: OLIVEIRA. Juarez de. MACHADO. Antônio Cláudio da Costa. *Novo Código Civil - Projeto aprovado pelo Senado Federal*. São Paulo: Oliveira Mendes. 1998. 431 p.
- OLIVEIRA. Jorge Rubem Folena de. A possibilidade jurídica da declaração de falência das sociedades civis com a adoção da teoria da empresa no direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Mercantil. Industrial. Econômico e Financeiro*. n. 113. p.136-147. jan./mar. 1999.
- REQUIÃO. Rubens. *Curso de direito comercial*. 21 ed.. São Paulo: Saraiva. 1998. V.2. 640 p.
- SIMÃO FILHO. Adalberto. DE LUCCA. Newton (Coord.). *Direito Empresarial contemporâneo*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2000. p. 29-83.
- TADDEI. Marcelo Gazzi. Desconsideração da personalidade jurídica. *Revista Jurídica CONSULEX*. Ano 2. v. 1. n.18. p.30-31. 30 jun. 1998.

POLÍTICA: O DIREITO DE NASCER, A OPÇÃO DE EXISTIR

Marcos da Fonseca Conforti*
Vinício Carrilho Martinez**



Resumo

O artigo está dividido em duas partes: na primeira, procuramos desenvolver o conceito de política como atividade intrinsecamente social, coletiva e pública. Portanto, política não se confunde, por um lado, com a ânsia dos indivíduos abastalhados pelo mando - o poder sem autoridade - e, por outro, com a *política real* que se mantém muitas vezes sob a tutela da corrupção. Na segunda, sob a ótica da Psicologia Política, enfatizamos a figura do indivíduo particular, enquanto motivado para a ação no mundo, inclusive a ação política, com seu psiquismo (pensar, sentir e querer) e sua necessidade essencial de reconhecimento como parte indissociável de sua condição humana.

Palavras-chave

Política, coletividade, indivíduo particular, motivação, psiquismo, Psicologia Política.

Abstract

The paper is divided into two parts: first, we try to develop the concept of politics as an intrinsically social, collective and public activity. Therefore, politics cannot be understood as the craving for power – the power without authority – and neither as “real politics” that is kept under the protection of corruption. Second, from the viewpoint of the Political Psychology, we emphasize the role of the individual, while motivated to act politically in the world, with his psyche (to think, to feel and to wish) and his essential necessity of gaining recognition as an inseparable part of his human condition.

Keywords

Politics, collectivity, particular individual, motivation, psyche, Political Psychology.

* **Marcos da Fonseca Conforti** é psicólogo clínico e psicoterapeuta antropósofo; pós-graduado especialista em Educação e Psicologia Antroposófica, com formação em Pedagogia Social, mestrando em Ciências Sociais (Unesp-Marília); professor de Psicologia Aplicada à Administração da Faculdade de Administração da Fundação Eurípides de Marília.

** **Vinício Carrilho Martinez** é advogado: Doutor em Educação (USP), professor de Teoria Geral do Estado e Fundamentos Sociológicos do Direito da Faculdade de Direito da Fundação Eurípides de Marília.

A política do desentranhamento

No Brasil, já na década de 60, pesquisa realizada no Congresso Nacional revelou que cerca de 30 por cento dos deputados consideravam as atividades parlamentares como profissão. Isto é, a atividade política – condição inerente a todo ser racional – tornou-se ou foi apropriada como requisito e especificidade que poucos (*os escolhidos*) podem ou devem ostentar. De arte de governar ou dirigir a cidade (*Polis*), a política foi afixada a pretensos diplomas ou certificados de autorização. Não poderia ter sofrido maior deturpação, porque a política não é profissão ou atividade exclusiva e reservada a poucos (WEFFORT, 1986).

Na verdade, a corrupção aparece associada, estruturalmente, à história dos governantes autoritários. Como ensina Padre Vieira:

Antigamente os que assistiam ao lado dos príncipes chamavam-se Laterones. E depois, corrompendo-se este vocábulo (...) chamavam-se Latrones. E que seria se assim como se corrompeu o vocábulo, se corrompessem também os que o mesmo vocábulo significa. (VIEIRA, 1992, p.39).

Outro exemplo de deturpação, derivada da profissionalização, é a que ocorreu com o vocábulo e a atividade política do vereador: na origem, *um bom vizinho*. A referência etimológica também interliga-o ao *Homem Bom* - em Portugal: *pai de família exemplar*. Insigne e prestante: o que pode *verear* a cidade. E na própria conjugação dos termos (verbo e substantivo), teríamos: *verear* – administrar; *vereador* – derivado de *verear* – conexo de *vereda*; *vereda* (atalho ou caminho); *vereador* – aquele que indica o caminho, assim como o complemento devido ao Poder Executivo reservou ao Prefeito a posição da cúpula. Seguindo a etimologia, *prefeito é o que está posto na frente*. E ao local de tão relevantes funções, o Município, a localidade de maior proximidade da vida pública, temos no latim (*Munus*) outra reserva de valor político, conferindo Dom, Mérito aos que têm privilégio, *esse* privilégio (RESENDE, 1993, p.186). Quem pensaria isso hoje em dia?

Dessa forma - tomando-se exatamente o que já foi e, de certa forma, o que restou: o realismo político - pode-se dizer que a política é a arte de não ser idiota, não se passar por tal ou de não se permitir ser idiotizado. Principalmente se temos em conta o que deveria ser sempre, e que é como apreendemos desde a tradição clássica grega:

Não é por acaso que a palavra grega *politikós*, com a qual se designa tudo aquilo que é próprio da política (*politiké*), significa

também polido, cortês, delicado. Não é por acaso que o termo grego *polis*, de onde vem política, se estende no latim *urbe*, de onde vem urbano, que tanto diz respeito a cidade quanto a urbanidade, civilidade, afabilidade. Nem mesmo a palavra *polícia* (do grego *politeia* e do latim *politia*) escapa dessa raiz: tem a ver não tanto com repressão, como pensamos hoje, mas com a atividade administrativa dedicada a tutelar e proteger a coletividade e suas partes (...) na antiga Grécia a comunidade (*koinonia*) reunia os indivíduos singulares (*ídion*) e quando o indivíduo exagerava na sua singularidade a ponto de cancelar qualquer vínculo comunitário, o *ídion* virava *idiotes* (palavra com que os gregos designavam o absolutamente singular, aquele que não tem nada em comum com os outros e por isso não se comunica ou oferece algo). Mais tarde, o *idiotes* derivou “*plebeu*”, daí para “*ignorante*”, com o que se aproximou do “*idiotota*” que conhecemos hoje. (NOGUEIRA, 2001, P. 28-29).

Na verdade histórica e antropológica, o nascimento da razão política – de ser conhecedor de que aí está o átomo da organização social complexa e diversificada – é parte do processo de hominização que se inicia no Neolítico (invenção da política, da arte e da técnica refinada). Período, portanto, em que o *ídion* já não se bastava e desentranhando-se de sua pequenez, solidão ou reclusão individualista, tornou-se o que poderíamos chamar de ser político. Seu nascimento se dá na vida pública, na praça pública, direto da *ágora*. Por isso, a política abre-nos o mundo, tal qual o teatro (outra técnica de representação) nos faz ver ou, mais precisamente, *o teatro da política faz ver além de si mesmo*. O que corresponde a dizer que aí estão os elementos do *direito de nascer politicamente* – certamente, a essência dos chamados direitos políticos subsequentes – e sem o qual ainda estaríamos embalados no ninho do paternalismo, sob o domínio dos patriarcas.

Pela imposição do contraditório, a lógica que opõe contrários, adversos, não-conexos - mas não díspares, opostos ou antagônicos - deve resultar a confluência, e que não supõe combinação textual, aceitação máxima e integral, sem reservas, discordâncias, mas propondo a concordância mínima, abrangente, integradora e não-restritiva de direitos, participação e interação. Trata-se de um princípio ativo, atrativo, consultivo, construtivo e muito além de mero dispositivo de força que exclui, segrega, elimina, anula.

A política, assim, é a vida na adversidade, complementariedade e soma de diferenças – sua soma é sempre de *mais um*. Já a violência, exercício da força ou arbítrio sem autoridade, é subtração, ou *soma-zero*

– seguindo a tradição que vem de Maquiavel. A política, portanto, implica solidez, armazenagem e estoque de compostos que se (re)compõem com a iniciativa da composição. Tal qual solidariedade vem de sólido (*solidum, solidus*), e que hoje nos permitiria compreender como solidariedade política:

Cuando dos o tres, varios hombres, son llamados a decidirse em forma contradictoria acerca de un asunto, de la eliminación resulta que son llevados a hacer, respectiva y recíprocamente de su subjetividad – es decir de lo absoluto que afirma y representa el yo – una manera común de ver, que no se parece ya, en lo más mínimo, ni por el fondo ni por la forma, a lo que habría sido sin esse debate su manera de pensar individual. (DUVIGNAUD, 1990, p. 119-120).

Com isso, vemos também que a própria maneira individual de ver ou perceber o nosso estado de coisas altera-se profundamente se contatada aos demais interesses em jogo. Isto é, do mais individualista - em choque provavelmente com outros tantos, talvez ainda mais individualistas - o ser político resulta diferente, do mínimo de contato e troca (com perdas e ganhos) sai impositiva uma espécie de lógica do *mais do mínimo*, pois um mínimo foi estabelecido, e esse mínimo é muito mais do que o conteúdo requerido pela vontade inicial isolada, entranhada. A política, assim, é sempre desentranhamento e se há outro sentimento, de *estranhamento* a tudo que foi dito, é porque uma *idiotia* nos sufoca:

A política exacerba o ideal de vida coletiva. Exatamente por isso, ela tende a se acomodar com dificuldade em épocas nas quais o individualismo encrespa e se expande (...) é um individualismo de tipo egocêntrico, fechado em si e, portanto, não-libertário (...) Perdem, em suma, os homens e as mulheres em suas comunidades, que ficam sem rumo, dilaceradas, sujeitas a todo ipo de turbulência, frustração ou manipulação. (NOGUEIRA, 2001, p.30).

Sem política, só há perdas; sem política, só há terror. Daí um sentimento de abandono, de crise, de falta de projeto e perspectiva que assombra a todos. O que também implica, pela ordem, na crise de legitimidade, autoridade e representação política. E de forma complementar, podemos indagar se a crise não é uma crise revelada pela extenuante procura de satisfação dos objetivos egocêntricos. Portanto, uma crise individualista, *antipoliticista* e não da política. Uma crise do indivíduo e não dos indivíduos; uma crise que afeta a solidez das comunidades, mas que não é originária da ausência de solidariedade na vida comum (*communitate*: o que é comum).

A política também será a fonte do direito, de todo direito, e em vários sentidos, se assim preferirmos. Em sentido amplo, é atividade que organiza e corrobora o senso de coletividade para além do ego. É a atividade que designa as *obrigações* sociais e deste modo define as regras sociais de convivência, consensuais, interconexas ou os próprios princípios do Direito. Como destaca Lévy-Bruhl (1964), lembrando Ulpiano: *honeste vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudicar ao próximo), *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que lhe pertence). É a atividade da política que formula o bom senso e, portanto, o que é duradouro e permanente (*ubi societas, ubi jus*). Em sentido estrito, é a atividade que promulga, direciona e orienta a partir dos colegiados e parlamentos, pois da pluralidade e diversidade partidária ou lobista nasce a fórmula da lei – esta sim, nem sempre apaziguadora e socializante. Aliás, para muitos, a lei é, via de regra, rua de mão única: *proteção à propriedade*.

Política é descontentamento, posto que é desentranhamento, mas está longe de induzir ao descomprometimento; a política nos remete para além do indivíduo, mas não se diz, evidentemente, que está aquém do interesse comum. Em suma, a política descortina continuamente o significado ativo da vida pública. Mas a política é também um direito; o *direito ao desentranhamento* e deve ser garantido pelo Estado como tal, da mesma forma como, evidentemente, deve ser requerido pela comunidade política, a *Polis*, onde o *ídon* não perde sua identidade; antes, afirma-a, em decorrência de sua abertura para o mundo da cultura política. Daí também não ser atividade e compreensão *estranha*, e nem admitir *estranhamento*, falarmos em Psicologia Política, ou *psicologia do ser político e moral*.

A psicologia do ser político e moral

Para analisarmos a psicologia do ser político, temos que necessariamente compreender, além do psiquismo de que cada indivíduo singular é portador, a noção mais ou menos clarificada da motivação humana. O tema amplamente tratado hoje no âmbito das organizações, principalmente as industriais, é, porém, quase esquecido no que diz respeito aos motivos que levam o indivíduo para o cenário político, indivíduo singular e único em seu psiquismo, em sua biografia, em sua cultura de origem, enfim, em tudo aquilo de idéias, sentimentos e desejos que formam a psique humana particular e a consequente ação no mundo. Mesmo na política partidária a ênfase em pesquisa é direcionada às preferências do eleitor e a mídia se ocupa em divulgar notícias de aceitação ou rejeição deste ou daquele candidato e uma interpretação, já reificada, das frases, ações e

articulações dos atores no teatro político.

A motivação humana não é tema estranho para a filosofia do século XVIII. Embora não fosse analisada com essa nomenclatura, as idéias dos filósofos iluministas já se contrapunham, desde Rousseau, à antiga concepção de que os homens vivem em seu *estado natural* em luta contínua por poder e dominação e a guerra sendo quase um estado permanente e natural da sociedade humana. A idéia de indivíduo singular, como a temos hoje, não era levada em conta ou, se o era, destinava-se apenas a analisar a subjetividade humana como perigosa se fosse deixada livre para atuar no mundo, com as paixões e o egoísmo natural do homem, destrutivo e avassalador. Pois, seria necessário o esforço humano em compartilhar socialmente leis e princípios de convivência tanto para os governados como para os governantes que pudessem atuar como um regulador do assim chamado *apetite insaciável do homem*, reger as relações humanas, e as cidades e reinos que desde séculos anteriores já concentravam grande número de habitantes.

Predominava a idéia de Plauto do *homo homini lupus*, o homem como lobo do homem, retomada por Bacon e Hobbes: o homem como um ser naturalmente solitário e egoísta, que somente no convívio com outros homens pode ser *domesticado*, para agir socialmente. A sociedade, então é tida como uma espécie de cura à selvageria humana, seu estado natural. No século XVIII, Rousseau, retomando aristotelicamente a idéia de que a sociedade nasce da fraqueza do homem, sendo assim um mal necessário, introduz em seu discurso - não esqueçamos que Rousseau foi também um contratualista, assim preocupado com a noção de Estado e as relações de poder - a visão de um ser humano que se torna solitário porque a sociedade lhe é hostil, porque para ele o ser humano, como ser incompleto em sua solidão, tem necessidade do outro para complementá-lo, para realizar de fato sua condição humana.

Adam Smith, em sua *Teoria dos sentimentos morais* de 1759 (GIANETTI, 1998), embora não citando Rousseau de maneira pontual, tem este autor refletido em sua obra no que diz respeito à relação com o outro; se Rousseau enfatiza o *olhar* que se lança de um ser humano a outro, em Smith, para expli-

car as motivações humanas, é contemplada a busca da *simpatia*, a partir da *vaidade*, inerente à espécie humana, do reconhecimento e da aprovação do outro: o desprezo é o pior mal de pode acontecer ao ser humano. Smith não descarta a aquisição de bens materiais como busca incessante do homem, mas coloca essa busca como meio (e não fim) para adquirir respeito, consideração e a simpatia da sociedade, algo que a *condição vergonhosa do pobre* não permite.

Em seu *Tratado da natureza humana* de 1740,

Hume (1973) destaca três bens de auto-interesse que são notadamente perseguidos pelos agentes (indivíduos): bens da mente, do corpo e bens externos. Há uma proposta geral em ambos, Hume e Smith, de uma teoria geral da motivação humana, na busca de bens externos (Hume), baseada na vaidade. Em ambos fica clara a idéia de que não podemos formar um desejo que não se refira à sociedade. Segundo eles, a imaginação e os sentimentos de simpatia e estima, enfim, a vaidade e não o estômago é que governa a humanidade.

Segundo Hume (1973), o objetivo da educação é dirigir a vaidade para objetos que possam ser alvos de admiração e que fortaleçam a auto-

estima daquele que alcança tais bens materiais externos, através da aprovação do outro. Smith (GIANETTI, 1998), por seu lado, ao mesmo tempo que expõe sua teoria dos desejos humanos e da opinião favorável do outro sobre o objeto de desejo, alerta para o perigo de formarmos um raciocínio moral deficiente, se confundirmos o desejado (o objeto de nossos desejos) com o desejável, que são as virtudes, a formação de considerações imparciais e objetivas das coisas que podem nos fazer experimentar estima ou aversão. Atenta ainda para a efemeridade do prazer proporcionado pela aquisição de bens externos, que “perdem seu ofuscante esplendor” (GIANETTI, 1998) assim que nos tornamos seus proprietários.

Velho (1999, p.86), analisando as idéias de Schutz (1979), nos dá uma dimensão sócio-antropológica da motivação distinguindo os “motivos a fim de” dos “motivos por quê”. Os primeiros referem-se ao futuro, os segundos ao passado. Nos “motivos por quê” há a necessidade de reconstrução da história de vida do indivíduo ou grupo, suas condições de vida anteriores, crenças, valores, contexto

Na verdade histórica e antropológica, o nascimento da razão política é parte do processo de hominização que se inicia no Neolítico (invenção da política, da arte e da técnica refinada).

histórico. Essa reconstrução é acessível ao observador, àquele que estuda o fato social provocado pelas ações do indivíduo. Há aí um campo de possibilidades e uma rede de significados em jogo. Mas não é o projeto pessoal em si “que é o motivo a fim de”, mas a decisão, que é a ação materializada no mundo, voluntariamente. Por exemplo: posso imaginar a destruição do Empire States, mas nunca realizá-lo. Pode-se indagar: há aqui espaço para o desenvolvimento da consciência e do senso crítico, do ato total voluntário, dependente exclusivamente do indivíduo, enquanto ser único? Em termos. Convém lembrar, e esta é uma grande contribuição das Ciências Sociais, que o indivíduo tem a sua rede de significados limitada por sua cultura, valores, crenças, atitudes e tipificações próprias que lhe fornecem um campo de possibilidades específico e explica para o observador o porquê de suas ações.

Não há, portanto, para uma tentativa de compreensão da motivação humana como ignorar aspectos históricos, culturais, econômicos e políticos, aparentemente distantes do indivíduo singular, mas que, somados à sua biografia, socialização, temperamento e personalidade, lhe dão um repertório simbólico e um campo de possibilidades único para suas decisões particulares na vida.

Mas para traçarmos um caminho para a compreensão, mesmo que parcial, do indivíduo singular nesse cenário, é necessário não esquecer que além de u’á má compreensão e um certo *psicologismo* ao qual se submete algumas análises que misturam principalmente idéias, frases vazias, falácias - mente-se muito na política, às vezes com alguma argúcia, qualidade dos répteis - há estatísticas duvidosas, interesses pessoais e muito emocionalismo: principal causa da reificação e da alienação a que está submetida a pessoa que não desenvolveu o senso crítico. Além disso, ainda agem sobre nós sentimentos como *estranhamento* e *incompletude*.

O estranhamento diz respeito àquelas situações em que temos a sensação - emoções e sentimentos culturalmente instalados em nós, dos quais não temos consciência - de que, continuando com a metáfora teatral, perante a cena em que nos encontramos no palco, simplesmente não saberemos qual o nosso papel, nossa fala, pois mal conhecemos o texto, os atores e o diretor. Há, portanto, uma vaga consciência - sensação, na verdade - de que não estamos no papel certo, no momento certo, na montagem teatral certa.

Relacionado diretamente ao estranhamento há a certeza de que estamos sendo observados, notados, e a aprovação ou desaprovação do outro nos dá idéia de nossa incompletude. Em suma, em nosso intimíssimo temos uma consciência geral de quem somos, mas em nossa incom-

pletude precisamos agir socialmente para validar nossa ação como ação humana, isto é, ser ou não considerado socialmente.

É nesse ponto que precisamos analisar brevemente a motivação. Segundo Todorov (1996) “é o reconhecimento que determina, mais que qualquer outra ação, a entrada do indivíduo na existência humana”. A existência é, portanto, um reconhecimento contínuo, implicando ou não jogos de poder. Todorov afirma:

Um indivíduo que investiu o essencial da demanda de reconhecimento no domínio público e não mais recebe qualquer atenção se vê de repente privado de existência [...] por não mais existir publicamente, tem a impressão de não mais existir. (TODOROV, 1996, p. 90-91).

Quanto à incompletude, esta, segundo Todorov (1996, p. 100), é *incurável*:

senão seríamos também ‘curados’ de nossa humanidade [...] o reconhecimento de nosso ser e a confirmação de nosso valor são o reconhecimento de nossa existência.

A raiz da violência, tema tão contemporâneo, pode ser encontrada abaixo desse *húmus* orgânico-social, formado de relações de estranhamento, incompletude e necessidade de reconhecimento. Mas esse é um tema a ser analisado em uma outra ocasião.

Considerações finais

O mundo globalizado de hoje, para alguns mais interativo - portanto mais visível em seu todo - atua na motivação humana, e na ação do agente político enquanto individualidade e coletividade. O fascínio do tema está na sua contemporaneidade, mas igualmente na recorrência histórica no decorrer de séculos de preocupação sobre qual o sentido e as razões dos atos humanos, permitindo visualizar a união nas diferenças, nas contradições, nas divergências e nas convergências, na busca da concórdia mundial e valorização da dignidade humana através do respeito às diversas tradições e culturas políticas.

Através desse nexos, ao longo do texto, vimos que a política é conexa à liberdade e transforma o indivíduo atado a si mesmo, amesquinçado - restrito aos interesses individuais -, em um sujeito aberto ao espaço público, ao interesse coletivo, em defensor da coisa pública (*Res publica*), em admirador da República. Em assim, na primeira parte do texto tentamos demonstrar que política não

se confunde com autoritarismo ou individualismo extremado em busca de força, mando – reações típicas de um poder sem autoridade -, e nem com as mazelas da corrupção. Pois, a corrupção é atividade mesquinha e costumeira àqueles que margeiam os detentores ou os próprios focos do poder de mando. Enfim, vimos que política é poder, enquanto substrato social, e é comando, uma vez que não se manda ou outorga, antes, define-se a ação em conjunto, promulga-se e por isso (co)manda-se.

Na segunda parte, de forma complementar, destacamos a necessidade de não perdermos de vista a análise do indivíduo singular em sua incompletude e que, embora esta possa ser considerada um universal, é sentida e manifestada de forma pessoal e íntima por todo ser humano. Uma espécie de fragmentação do repertório humano no agir, a ação última da motivação, e que tem levado a equívocos ou pelo menos ilusões cognitivas na tentativa de explicar o comportamento humano no limitado leque disponível de ações e na relativa liberdade que está muito mais presente no âmbito do pensar, na imaginação, fantasia e atividade intelectual, do que propriamente na ética de suas ações. Porque se é passível de aceitação a vocação do ser humano à liberdade no plano das idéias, deve-se ver com reservas essa liberdade no agir, isto é, nas ações sociais e políticas, dado que somos uma combinação de múltiplas relações humanas e nossa liberdade é permeada, instigada, elevada pela liberdade do *outro*. E assim também se efetiva a relação política, pois a liberdade provém da interação dos interesses pessoais e da liberação dos anseios coletivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. *O que é política?* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

_____. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

_____. A crise na Educação. In: _____. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1992.

_____. *Entre o passado e o futuro*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

_____. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. Educação para a democracia. *Lua Nova, revista de Cultura e Política*, São Paulo, nº 38, 1996.

_____. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. São Paulo: Ática, 1991.

CONFORTI, Marcos da Fonseca. *Algumas idéias do século XVIII e sua influência sobre os conceitos de motivação*. Artigo científico (Requisito para conclusão da disciplina Teoria Política Clássica-Mestrado em Ciências Sociais). UNESP-Universidade Estadual Paulista. Marília, 2002.

DUVIGNAUD, Jean. *La solidariedad: vínculos de sangre y vínculos de afinidad*. México-DF: Fondo de Cultura Económica, 1990.

GIANETTI, Eduardo da Fonseca. A psicologia do agente econômico em David Hume e Adam Smith. In: GALVÃO QUIRINO, Célia; VOUGA, Cláudio et MARÇAL BRANDÃO, Gildo (orgs.). *Clássicos do pensamento político*. São Paulo: EDUSP/FAPESP, 1998.

HUME, David. *Traité de nature humain: essai pour introduire la méthode expérimentale dans les sujets moraux*. Trad. Andrei Leroy. Paris: Montaigne, 1973. 2 t.

LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do Direito*. São Paulo : Difusão Européia do Livro, 1964.

MARTINEZ, Vinício Carrilho. Ciências cognitivas: para uma tecnologia política. In: *Encontro com as ciências cognitivas, 1997*, Marília. Anais, Marília: UNESP, Faculdade de Filosofia e Ciências, 1997a.

_____. *O cidadão do silício*. Marília: UNESP, Faculdade de Filosofia e Ciências, 1997a.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Em defesa da política*. São Paulo: SENAC, 2001.

RESENDE, Otto Lara. *Bom dia para nascer: crônicas*. São Paulo: Cia. das Letras, 1993.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. 2. ed. Tradução Lourdes Machado; introdução e notas Paulo Arbousse-Bastide et Lourival G. Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1978. 432 p. (Os Pensadores).

TODOROV, Tzvetan. *A vida em comum: ensaio de Antropologia Geral*. Tradução Denise Bottmann et Eleonora Bottmann. Campinas: Papyrus, 1996. 175 p. [Título original: La vie commune: essai d'Anthropologie générale.] ISBN 85-308-0411-2.

VELHO, Gilberto. *Individualismo e cultura: notas para uma Antropologia da sociedade contemporânea*. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. 149 p. (Antropologia Social). ISBN 85-7110-010-1.

VIEIRA, (Pe.) Antonio. *Sermão do bom ladrão*. São Paulo: Princípio, 1993.

WEFFORT, Francisco. *O que é deputado*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

A OUTRA NARRATIVA DE *O PROCESSO*

Maria Cláudia Galera*



Resumo

Este texto apresenta uma leitura de *O Processo*, obra ficcional, escrita por Franz Kafka. Considerado um clássico da literatura do século XX, o romance faz uma surpreendente incursão pelo mundo da justiça institucionalizada e sugere uma reflexão crítica acerca do tema. Considerando o fato de que o escritor também era advogado, procuramos analisar os procedimentos de escrita empregados na elaboração de um texto que brota do diálogo da literatura com o Direito.

Palavras-chave

sujeito, objeto, identidade, alteridade, processo, justiça.

Abstract

This paper presents a study of *DER PROZESS*, a fictional work, by Franz Kafka. The novel, regarded as a classic of literature in the twentieth century, brings a surprising research on the institutionalized justice field and suggests a critical reflection on the subject.

Considering the fact that the writer was also a lawyer, we analyzed the writing procedures used in the elaboration of a text that comes from the relation between literature and law.

Keywords

Subject, object, identity, otherness, trial, justice.

* Licenciada em letras, Mestre e doutoranda em Literatura Comparada.

1- A matéria literária de Kafka

É notável que *O Processo* (1999), um dos textos ficcionais mais impactantes do século XX, escrito sob os efeitos da Primeira Guerra Mundial, no ano de 1914, seja, na prática, uma obra inacabada. O autor Franz Kafka, judeu nascido em Praga em 1883, viria a abandonar o manuscrito, assim como também faria com *O Castelo* (2000), obras somente publicadas após a sua morte em 1924. Na ocasião, o desejo expresso do escritor de que parte significativa de seus textos fosse incinerada foi contrariado pelo amigo Max Brod que terminaria por conseguir a edição dos mesmos textos. Foi desta forma que, além das obras de ficção, também os diários de Kafka chegaram ao alcance de seus leitores, e continuam, até hoje, sendo traduzidos para os mais diversos idiomas.

Entre as inúmeras informações que os referidos diários oferecem para os leitores e críticos da obra kafkiana, há uma passagem particularmente destacada por um importante tradutor de Kafka no Brasil, Modesto Carone, que registra um certo descontentamento e uma dificuldade de dar prosseguimento à narrativa de *O Processo*. Tal passagem chama a atenção, não pelo tom desesperançado que caracterizou o momento passageiro de renúncia da escrita, por parte de Kafka, mas pelo que se referia à concepção que deixa entrever da criação literária: “Numa entrada dos Diários, de 6 de agosto desse ano, afirmava ter perdido “para sempre” a capacidade de dar livre curso à representação de sua vida interior” (CARONE, 1999, p.317).

Do pequeno trecho é possível depreender duas noções bastante importantes: a da obra literária como *mimesis*, ou seja, como recriação da realidade; e da *vida interior*, da subjetividade como lugar de onde são colhidas as aventuras a serem apresentadas literariamente. Para Kafka, portanto, fazer literatura era encontrar formas de expressar, pelo texto escrito, suas experiências subjetivas.

Os vestígios desta relação entre vida e obra de fato ocorrem em diversos níveis na escrita do autor em questão. Logo de início, poder-se-ia pensar na *coincidência* entre a escrita de *O Processo* e o fato de que Kafka fosse advogado. Também a forma como são referidos os protagonistas de *O Processo* e de *O Castelo*, sempre pela misteriosa inicial K., não deixa de sugerir alguma analogia destas personagens com a inicial do próprio autor.

No entanto, para além destes diálogos mais pontuais e concretos entre vida e obra, há uma identificação mais abstrata entre o que se lê em seus diários e em seus textos ficcionais. Um sentimento de *estranhamento*, de mal-estar decorrente de estar no lugar errado permeia toda a sua escrita e é o ponto de parti-

da da construção formal de seus textos. Como ressalta o crítico Gunter Anders sobre o homem Kafka:

Como judeu, não pertencia totalmente ao mundo cristão. Como judeu indiferente - pois foi-o a princípio - não se integrava completamente com os judeus. Por falar alemão, não se amoldava aos tchecos. Como judeu de língua alemã, não se incorporava de todo aos alemães da Bohemia. Como bohemio, não pertencia integralmente à Áustria. Como funcionário de uma companhia de trabalhadores, não se enquadrava por completo na burguesia. Como filho de burguês, não se adaptava de vez ao operariado. Mas também não pertencia ao escritório, pois sentia-se escritor (ANDERS, 1993, p.23-24).

A espécie de sentimento de *estranheiridade* apontada pelo crítico, a respeito de Kafka, aparece como mediador entre as personagens criadas pelo autor e os seus respectivos entornos e acaba ocupando o lugar de tema em sua obra. Não de tema de um ou outro texto, mas de um grande tema, como matéria literária subjacente à sua prosa de ficção, de um modo geral. E para expressar este tema, o autor desenvolve uma técnica narrativa que também é evidenciável em mais de um texto.

2- A técnica narrativa de Kafka

A técnica narrativa adotada por Kafka costuma sintonizar-se bem com o tema dos textos. Inicialmente é preciso dizer que sua ficção é classificada pela crítica como *fantástica*, ao mesmo tempo que sua forma de narrar é considerada *realista*. O paradoxo aparente explica-se pelo fato de que seus textos façam relatos minuciosamente descritivos de situações insólitas. Tomemos *A metamorfose* e *O Castelo*, ao lado de *O Processo*, para que possamos apontar elementos característicos de sua escrita, mais do que específicos de um texto.

Nos três casos, o narrador em terceira pessoa, ou seja, que conta a história sem participar efetivamente como personagem dela, é uma constante. O efeito é que este narrador se vai *acostumando* com a ausência de sentido que caracteriza a trajetória de cada uma das personagens em questão. Simplesmente registra o absurdo sem espanto e cria uma distância entre o leitor e a personagem, reforçando o emudecimento de que estas últimas costumam ser alvo nestas narrativas. Não ouvimos nunca suas vozes, mas sim a dos narradores que registram *friamente* situações de angústia e de aniquilação vivenciadas pelas personagens.

Também nos três casos, é uma situação absurda que inaugura a narrativa. Em *A metamorfo-*

se, a personagem acorda transformada em um inseto. Em *O Castelo*, é a contratação de um agrimensor por uma aldeia que não precisa do referido profissional o motivo inicial. No caso de *O Processo*, é a passagem à condição de réu, sem que para tanto houvesse qualquer motivo real ou acusação específica, o que inicia a seqüência de acontecimentos, igualmente ilógicos. Pode-se procurar atribuir sentidos alegóricos, seja à metamorfose em inseto, seja à condenação sumária, e, no entanto, o sentido literal de todas estas situações é o que se confirma a cada linha dos textos, por meio de descrições realistas de realidades absurdas.

Se é possível saber de onde partem os três textos em questão, do ponto de vista das técnicas narrativas, nem sempre é possível apontar aonde chegam. Enquanto o final da personagem de *A metamorfose* é a morte, no caso dos outros dois romances, como já destacamos, obras inacabadas, não temos mais do que a expressão máxima do *sem-saída* experimentado pelo autor em relação ao seu *sem-saída* temático. Nem mesmo Kafka conseguiu sair do labirinto em que aprisionou suas personagens.

3- O Processo

3.1- A escolha da personagem

Se retomamos as perspectivas literárias por nós comentadas a partir dos diários de Kafka, de relações entre a vida do autor e sua obra, pensamos que a representação do universo referencial da profissão, apreendido de um ponto de vista subjetivo, fez com que o autor-advogado escolhesse a posição de réu para expressar a sua percepção acerca da Justiça. Se é o discurso jurídico o lugar onde a sociedade expressa suas normas de funcionamento, o discurso literário, neste caso, foi o lugar de expressão do sujeito - e não da coletividade de sujeitos, o Estado ou a sociedade- acerca do mesmo tema.

A relação apontada entre o sujeito e a Justiça em *O Processo* define-se pela alienação e resulta em um progressivo aniquilamento daquele por esta última. O fato de desconhecer as regras do jogo leva a personagem a um estado de estranhamento em relação à realidade que se prolonga por toda a narrativa.

É preciso reconhecer que a imagem do réu é bastante expressiva, enquanto construção literária. Não é um réu objetivo o que está em questão, mas sim a imagem literária construída a partir deste dado da realidade, do papel que ele desempenha na narrativa do mundo. Na rede de envolvidos em um processo, o réu é, na maioria das vezes, a figura mais despreparada em relação ao discurso jurídico, a que menos o detém e, portanto, a que circula por ele com menos fluência. A escolha de uma personagem assim é, talvez, tão forte quanto a do inseto

em que se transforma Gregor Samsa na esfera doméstica, junto a sua família, o protagonista de *A Metamorfose*, do mesmo autor.

3.2- A seqüência de absurdos em O Processo

Na manhã do dia em que completa trinta anos, Josef K. vê seu cotidiano bruscamente alterado. No lugar da visita da cozinheira, incumbida de trazer o desjejum, é acordado com a presença insólita de dois guardas que lhe comunicam sua detenção em consequência de um processo. Inicialmente, é dentro da lógica presumível, no âmbito das relações vigentes de causa e consequência, que reagem tanto narrador quanto personagem. Não é por outra razão que a narrativa é iniciada com as seguintes deduções do narrador: "Alguém certamente havia caluniado Josef K. pois uma manhã ele foi detido sem ter feito mal algum". (KAFKA,1999, p.3)

O narrador procura uma explicação condizente com os acontecimentos. Ora, se K. não cometera nenhum delito, o mais provável é que tivesse sido caluniado, para então ser processado e detido. Da mesma forma reage a personagem que, após experimentar o transtorno da suspensão da causalidade, surpreende-se diante de uma nova ruptura de conceito:

- Como posso ir ao banco se estou detido?
- Ah, sim - disse o inspetor, que já estava perto da porta.- o senhor me entendeu mal. É claro que o senhor está detido, mas isso não deve impedi-lo de exercer sua profissão. Tampouco deve ficar tolhido no seu modo de vida habitual.
- Então estar detido não é tão ruim- disse K. e se aproximou do inspetor.
- Nunca afirmei o contrário - replicou este. (KAFKA, 1999,p.25)

Se em algumas circunstâncias, como a da passagem citada, a ruptura de padrões preestabelecidos pode chegar a ser coadjuvante da personagem, é também verdade que o caráter sistêmico que tais rupturas assumem converte-se em um fator de alienação e emudecimento progressivo do sujeito. O desconhecimento das regras do jogo impede a personagem de agir, de elaborar suas estratégias porque tudo é sempre imprevisível; rouba-lhe a comunicabilidade, pois não há uma interlocução possível com o "outro" figurativizado pelas instituições. Este *outro* é tão absoluto quanto fragmentado:

- O senhor não tem permissão para sair. O senhor está detido.
- É o que parece- disse K. - Mas por quê? - perguntou então.
- Não fomos incumbidos de dizer-lhe. Vá para o seu quarto e espere. O procedimento acaba de ser iniciado e o senhor ficará

sabendo de tudo no devido tempo.
(KAFKA,1999,p.11)

A situação, além de romper com as normas vigentes, por exemplo de informar ao detido a razão que o leva à detenção, não estabelece outras regras. O *devido tempo* é completamente imprevisível e o emissor da mensagem trazida pelas guardas é invisível e portanto inalcançável. O resultado é que a trajetória deste herói é da condição de sujeito à sua supressão, da possibilidade de agência ao seu apagamento, em uma perspectiva que aponta o sem-sentido do mundo. E esta é, sem dúvida, uma grande habilidade do autor. A alienação do sujeito em relação ao mundo que o circunda, mas do qual ele jamais consegue ser partícipe, desde o absurdo que inaugura o texto, como vimos, é um idéia que ganha corpo a cada página de *O Processo*. Ainda mais pela forma de *realismo* descritivista praticado, que se detém em situações cujo caráter insólito contribui para a derrocada não só da personagem, em sua condição de sujeito, como também aponta a ubiquidade da desconstrução dos sujeitos. É o que se revela no trecho seguinte que se refere aos guardas que prendem K. e que parecem ser desprovidos de individualidade. Deles, não sabemos os nomes, e são apresentados sempre em primeira pessoa do plural, como se não possuíssem movimentos independentes :

Principalmente o último tinha uma estatura bem mais avantajada que a de K. e lhe dava freqüentes tapinhas nos ombros. Os dois examinaram o camisolão de K. e disseram que agora teria de vestir um muito pior, mas que eles zelariam por ele, bem como pelo restante de suas roupas íntimas; se a causa terminasse a seu favor, eles as devolveriam.

- É melhor que o senhor deixe as coisas conosco e não no depósito - disseram -, pois no depósito sempre ocorrem desfalques e além disso lá as coisas são vendidas depois de certo tempo, não importa se o respectivo processo terminou ou não. E como demoram os processos desse tipo, principalmente nos últimos tempos! (KAFKA,1999,p.12)

A minuciosidade e o detalhamento com que são apresentados espaços e personagens contrasta com o absurdo deles mesmos. A forma como os guardas são apresentados, ou os homens que supomos que sejam guardas, uma vez que não há uma marca objetiva que nos garanta isto, tende a desumanizá-los. Assim como a dupla de ajudantes do senhor K. de *O Castelo*, aparecem sempre juntos, reduzem-se às suas funções, não permitindo que se evidencie o mais remoto sinal de humanidade, de existência para

além do posto de trabalho que devem ocupar. Além disto, a naturalidade com que descrevem a forma como a fraude encontra-se integrada aos procedimentos normais, bem como a obscuridade de vários trechos de suas falas - "E como demoram processos desse tipo" -, todos esses elementos são responsáveis por uma dicção muito particular aos textos de Kafka e vão produzindo a sensação de estranhamento da personagem em relação ao seu mundo e, na intercessão deste mundo representado com o mundo do leitor, acabam impregnando também este último.

Se o fato em si de que contra um indivíduo seja movido um processo sem que se esclareçam os motivos, epi-

sódio que resume toda a narrativa, já é revelador de uma certa desconexão entre as coisas e os lugares que por elas devem ser ocupados, o desenvolver da narrativa, como um todo, o ritmo que isto implica, não se dá sem sucessivas rupturas da mesma espécie, que desconstroem progressivamente a expectativa que podemos alimentar, enquanto leitores, da continuidade da história. E não são personagens ou lugares surpreendentes ou inusitados nem tão pouco o recurso aos universos maravilhosos povoados de monstros ou fantasmas a nos tirar a possibilidade de previsão dos acontecimentos. São antes as formas pelas quais as coisas se relacionam, como ocorre com Josef K. que se depara, a cada página, com uma nova ruptura de expectativas, cada uma das quais reveladora também do seu estado de exclusão em relação às regras do mundo que ocupa timidamente.

A seqüência de rupturas de *O Processo* é inabarcável em sua totalidade, uma vez que figura no texto como uma espécie de motor que faz a narrativa caminhar. É justo este *exagero*, esta exclusão

Pode-se procurar atribuir sentidos alegóricos, no entanto, o sentido literal de todas estas situações é o que se confirma a cada linha dos textos, por meio de descrições realistas de realidades absurdas.

que se vai efetivando em pequenas doses e a aceitação compulsória dos acontecimentos insólitos por parte da personagem, o que vai criando em nós, leitores, a sensação de estranhamento que faz fronteiras com uma espécie de mal-estar.

Tudo anda fora de lugar na insólita trajetória de Josef K.. O primeiro inquérito é marcado para um domingo, sob a justificativa de não prejudicar as atividades profissionais do processado. A alternativa oferecida são as noites dos dias de semana. O lugar onde se dá o inquérito é um apartamento de um edifício de moradia num subúrbio; embora K. não seja informado da hora exata em que deve comparecer, é severamente repreendido pelo seu atraso; por fim, o livro do juiz, descrito como uma "...espécie de caderneta escolar velha, disforme de tanto ser folheada" (1999,p.55), é mais um exemplo de "coisa fora do lugar". Mais adiante, K. presença, por uma casualidade total, o espancamento a que deviam ser submetidos os guardas dos quais ele fizera alguma queixa. A sucessão de acontecimentos que não conseguimos explicar cria, como já apontamos, o mal-estar da percepção da fragilidade da ordem das coisas, tal qual a conhecemos e a possibilidade de que outras ordens se articulem à nossa revelia. Tudo parece ser impróprio na sucessão de acontecimentos mencionada. O lugar e a hora da audiência, a forma como K. é convocado, o tipo de punição que se destina aos guardas, tudo isto surgindo junto em um relato de cunho descritivista-realista, situado em um tempo e em um espaço em que tais procedimentos não seriam usuais, não deixam entrever, nem ao leitor, nem à personagem, qual a base sobre a qual se erigem as regras do processo em questão. Josef K., como as demais personagens kafkianas, reage nos limites da sua condição humana.

3.3- A justiça pelas lentes kafkianas

Perda da possibilidade de ação, fragilidade do sujeito, supremacia das instituições, totalitarismo destas últimas contra impotência dos indivíduos podem ser apontados como as marcas mais fortes, os efeitos de sentido criados pelos textos de Kafka. A justiça, no seu âmbito institucional, é o alvo da reflexão de *O Processo* e, no texto, os efeitos de sentido mencionados colocam-se à disposição do autor, para que ele expresse sua percepção acerca do tema. Kafka abre mão de fazer uma crítica desde fora. No lugar disto, opta por implodir conceitualmente aquilo que eleger como tema a ser criticado. Vale-se, para tanto, de uma justiça-personagem do texto, que se apresenta como algo indecifrável, arbitrário, imprevisível, tanto quanto a instituição familiar em *A Metamorfose* e o trabalho em *O Castelo*.

Em uma conversa com o advogado, o Senhor K. fica sabendo que os processos são secretos até mesmo para os acusados e seus advogados, de maneira que a primeira petição é sempre feita sem que se conheça o teor da acusação e, na maioria das vezes, é perdida ou esquecida. Também é informado de que a defesa é no máximo tolerada, embora não seja vista com bons olhos. A fala do advogado prossegue e explica como o atalho vira caminho oficial:

Nos inquéritos os defensores, em geral, não podem estar presentes por isso precisam tirar do acusado todas as informações possíveis, (...) Apesar disso, continuam sendo mais essenciais as relações pessoais do advogado: é nelas que repousa o principal valor da defesa. (KAFKA, 1999,p.114)

Apesar de deparar-se com uma série de incongruências, K. continua sendo presa da mesma situação. A consciência do absurdo não serve para absolvê-lo, e essa grande personagem justa vai-se caracterizando ao longo de todo o texto, por meio de passagens que, como esta última, normalizam o que jamais deveria ser normalizado. O que surpreende é o parentesco entre o mundo do leitor e o estranho mundo da personagem. Tudo o que acontece em *O Processo* talvez pudesse acontecer no mundo de fora do livro, embora seja inconcebível que toda a série de acontecimentos inexplicáveis ocorram com um único sujeito. Aquilo que fora do livro ocupa o lugar do erro, ascende, na ficção, ao patamar de regra. A justiça, nesse sentido, ganha o mesmo tratamento que o autor destinaria em outras obras a outras instituições. São estas últimas o alvo maior de sua reflexão. E o estranhamento, que normalmente decorre do contato com o *outro*, vem, na obra de Kafka, regado de uma boa dose de identidade.

4- Conclusão

O que defendemos aqui é que aquilo que sucede na narrativa de *O Processo* repete-se nos outros textos de Kafka, embora figurativizado por outras relações sociais. O mundo do poder totalitariamente institucionalizado vai revelando a excentricidade dos sujeitos representados pelos heróis das narrativas. À seqüência de absurdos de uma parte, e à minuciosidade descritivista, de outra, devem-se os produtos finais de textos que submetem a um exame crítico pouco convencional as mais importantes instituições sociais que regulam as relações humanas. Enquanto o romance convencional da era burguesa define-se, entre outros aspectos, pelo fato de mostrar a progressiva integração do sujeito no mundo, seja pela educação, pelo amor, etc., no tex-

to Kafkiano deparamo-nos precisamente com a trajetória inversa.

A inexistência do desfecho das narrativas não implica na incompreensão do sentido das obras. Os exemplos das três narrativas mencionadas são suficientes para que se veja na obra do escritor uma rede de imagens que se prestam a metaforizar uma mesma realidade subjetiva. A relação entre os sujeitos e as instituições é que parece ser o grande tema subjacente a todas essas imagens e, claro, às narrativas. Mais do que isto, é a percepção de um incrível desequilíbrio de forças entre os partícipes desta relação a especificidade do ponto de vista da obra kafkiana. Vista sob o prisma da relação deste sujeito com a instituição familiar, no âmbito privado, originou *A metamorfose*; do ponto de vista da relação do sujeito com o trabalho, originou *O Castelo*; por fim, da perspectiva do sujeito com a justiça, veio à luz *O Processo*, que, assim, acaba descrevendo uma outra narrativa de um processo, extra-oficial, de cunho mais subjeti-

vo e, sobretudo, de um ponto de vista diferente daquele que é absorvido pelos processos oficiais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERS, Gunter. *Kafka: Pró e Contra*. Tradução de Modesto Carone. São Paulo: Perspectiva, 1993.

CARONE, Modesto. Posfácio. In: KAFKA, F. *O Processo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

KAFKA, F. *A metamorfose*. São Paulo: Noa Época Editorial, sd.

_____. *O Processo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. *O Castelo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TODOROV, Tzvetan *Introdução à Literatura Fantástica*. 2 ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NA CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA

Raquel Rosan Christino Gitahy*
Tatiana Aguiar Nonato**



Abstract

Due to the endless search for a lasting beauty, a medical science's line able to satisfy, at least partially, the desires of those who worship the body comes out: the esthetics plastic surgery.

The number of esthetic clinics is increasing and also the obligation of the Law to regulate this profession, for the damages deriving from this kind of surgery cannot be excluded of the Judiciary Power's appreciation.

The plastic surgeon responsibility in the civil field consists in the obligation to repair the esthetic damage caused to the patients, independently of their consents, considering that the plastic surgeon is treated with more strictness than the other physicians of other fields.

Keywords

Civil responsibility of the surgeon, esthetic plastic surgery, esthetic damage.

Resumo

Com a busca incessante pela beleza duradoura surge o ramo da ciência médica capaz de atender, pelo menos parcialmente, os desejos dos que fazem culto ao corpo: a cirurgia plástica estética. Cresce o número de clínicas estéticas e, para o Direito, o dever de regulamentar tal profissão, haja visto que os danos oriundos desta espécie de cirurgia não podem ser excluídos da apreciação do Poder Judiciário.

A responsabilidade do cirurgião plástico no campo civil consiste no dever de reparar o dano estético ocasionado aos pacientes, independentemente do consentimento destes, visto que o profissional nesta área é tratado com maior rigor do que os outros médicos de outros ramos.

Palavras-chave

Responsabilidade civil do médico, cirurgia plástica estética, dano estético.

* Professora de Direito da Fundação Eurípides Soares da Rocha e da Unoeste, doutora em Educação pela Unesp.
E-mail: gitahy@fundanet.br

** Aluna do curso de Direito da Fundação Eurípides Soares da Rocha. E-mail: tatytonato@yahoo.com.br

MÉDICOS E MEDICINAS

*Honra o médico por causa da necessidade,
Pois foi o Altíssimo quem o criou.
(Toda a Medicina provém de Deus),
e ele recebe presentes do rei:
a ciência do médico o eleva em honra;
ele é admirado na presença dos grandes.
O Senhor fez a terra produzir os medicamentos:
O homem sensato não os despreza.
Uma espécie de madeira não
adoçou o amargor da água?
Essa virtude chegou ao conhecimento dos homens.
O Altíssimo deu-lhes a ciência da medicina
Para ser honrado em suas maravilhas;
E dela se serve para acalmar as dores e curá-las;*

Livro do Eclesiástico, capítulo 38, versículos 1-7.

Introdução

A sociedade brasileira vem passando por uma revolução em seus costumes dada à evolução das indústrias em todos os setores e ramos da ciência. Assim, cada dia mais é exigido das pessoas o esforço de atualização e acompanhamento das exigências do mercado de trabalho.

Dentro de todo o contexto da tecnologia, nasce uma grande preocupação com a aparência externa. Os empregadores passaram a exigir dos seus empregados, além de conhecimentos técnicos e essenciais ao exercício da profissão, excelente apresentação. Conforme se verifica em vários anúncios nos jornais, além dos requisitos de idade, profissão e experiência na área pretendida, exige-se a denominada *boa aparência*, que pode ser entendida como uma exortação à beleza física.

Não apenas com relação à área profissional, mas a boa aparência física tornou-se pressuposto essencial para uma melhor aceitação no meio social. A televisão exerce um importante papel na divulgação da moda atual, com programas voltados para o embelezamento e as pessoas, cada vez mais, desejam enquadrar-se nos padrões estéticos divulgados.

Com esta busca incessante pela beleza duradoura, nasce o ramo da ciência médica capaz de atender, pelo menos parcialmente, os desejos dos que fazem culto ao corpo: a cirurgia plástica estética. Dessa forma, cresce o número de clínicas estéticas e surge para o Direito o dever de regulamentar tal profissão, haja visto que os danos oriundos desta espécie de cirurgia não podem ser excluídos da apreciação do Poder Judiciário.

Tal apreciação deixa o cirurgião plástico em posição desvantajosa pois ele é tratado com maior rigor do que os médicos de outros ramos.

Em geral, para que exista a obrigação de

indenizar, faz-se necessária a existência de determinados fatores, denominados pela doutrina de *presupostos da responsabilidade civil*, que se encontram consubstanciados no artigo 159 do Código Civil, a saber: ação ou omissão do agente, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano. No caso do trabalho do cirurgião estético, porém, a maioria doutrinária admite a hipótese da responsabilidade objetiva, vendo-a como obrigação de resultado, fazendo com que a vítima não fique à mercê de provas quanto à culpa ou dolo.

Este trabalho, portanto, tem como objetivo, auxiliar na conscientização da possibilidade de indenização pelos danos estéticos e morais sofridos pelo paciente. Passa-se, então, a questionar a responsabilidade do cirurgião plástico no campo civil, a partir dos seguintes pontos:

- a obrigação do cirurgião plástico, é de meio ou de resultado?;
- há a cumulação da indenização do dano estético com o dano moral?;
- como se dá o dever de reparo do dano estético?;
- há relação entre os direitos da personalidade e o dano estético?;
- há limites no que diz respeito ao dever do médico de informar o seu paciente quanto aos riscos do dano estético?

Refletir-se-á sobre tais questões nas seções que se seguem.

O dano estético

O dano é o prejuízo sofrido pela vítima, que pode repercutir tanto na sua esfera patrimonial, caso em que se configura o dano material ou patrimonial, como também pode ocasionar-lhe prejuízo psíquico, consistindo, nesse caso, no dano moral. O dano estético, por sua vez, é o que recai sobre a aparência física da vítima, podendo acarretar-lhe tanto prejuízos morais, como também materiais.

Segundo Diniz (1999, p. 74), há certas situações em que o dano estético atinge diretamente a profissão da vítima ocasionando prejuízos financeiros, como verifica-se nos exemplos citados pela autora para elucidar a questão

(...) se a vítima fosse uma atriz de cinema, uma bailarina, uma modelo publicitária, uma cantora, que, para exercerem sua profissão, têm necessidade de aparecer em público. (DINIZ, 1999, p.74)

Sendo o dano estético uma modalidade incluída no gênero dano moral, para sua caracterização é necessário que ocasione lesões ao físico de uma pessoa, entretanto deve-se estar atento para o que seja o belo, que constitui o objeto da estética. Como

ressalva Lopez(1999, p. 37), o conceito de belo não é absoluto, tendo em vista que cada filósofo o definiu de acordo com suas verdades e teorias e, nesse caso, o que importa não é saber de modo preciso a definição de belo, mas sim "...ter em mira a modificação sofrida pela pessoa em relação ao que ela era".

Para Diniz o dano estético pode ser conceituado como:

(...) toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeimento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa.. (1999, p. 73)

De acordo com Lopez "...o dano estético é dano moral..." (1999, p. 19), tendo em vista que sempre uma lesão física provocará alterações psicológicas na vítima, que se sentirá com um profundo mal-estar diante da sociedade, devido à sua aparência estética deformada.

Partindo dessa conclusão, a autora conceitua dano estético como

...qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarrete um enfeamento e lhe cause humilhações e desgostos dando origem portanto a uma dor moral. (LOPEZ, 1999, P. 38)

Consoante essa autora, quando se define o dano estético como qualquer modificação na aparência externa, o importante para caracterizar a responsabilidade civil do médico é que seu ato tenha transformado a aparência física da pessoa em algo pior do que era. Assim, não há necessidade de, em uma cirurgia estética, as conseqüências serem gravíssimas, transformando o paciente em um ser monstruoso, pois sempre no campo da responsabilidade civil do médico, deve-se estar atento para o princípio da integridade física do ser humano. Dessa forma, havendo um "...desequilíbrio entre o passado e o presente...", (LOPEZ, 1999, p.42) o que pode ser compreendido como uma simples marca, caracteriza-se dano estético, surgindo a possibilidade de indenização.

Analisando a definição, o próximo elemento para caracterizar o dano estético é ele ser duradouro ou permanente. Segundo a autora (LOPEZ, 1999), se o dano estético não provocar efeito longo, não é considerado dano moral, haja vista que, nesses casos, há possibilidade de a vítima submeter-se

à cirurgias reparadoras e receber indenização por danos materiais.

A modificação, além de ser permanente, deve ter ocorrido na aparência externa da pessoa. Referir-se à aparência externa significa imaginar lesões no físico da vítima, ainda que nas partes íntimas, mesmo que não sejam habitualmente visíveis.

Além de o dano modificar a aparência externa, é imprescindível que acarrete enfeamento na pessoa, tornando-a com aparência pior que antes, já que, se por exemplo, depois de uma cirurgia plástica o paciente fica com a aparência igual ou melhor que antes, não há porque se cogitar em dano estético.

Por fim, toda essa transformação externa acarreta um sofrimento psíquico, deixando a vítima triste e humilhada diante da sociedade. Esse sofrimento interior é o pressuposto principal para caracterizar o dano estético, conforme explica Lopez:

Em resumo, o dano estético é sempre um dano moral e, na maioria das vezes, concomitantemente, também dano material, mas se dele somente advierem prejuízos de ordem econômica pode-se, quando muito, falar em ofensa passageira à estética pessoal ou em dano estético transitório, pois, para nós, para que exista tal tipo de lesão é necessário, pelo menos, a existência de um sofrimento moral. (1999, p.45)

Portanto, o surgimento do dano estético enseja ação de indenização e, sobre a legitimidade para propor essa ação, informa Kfourri Neto que:

No Brasil, só é parte legítima para pleitear indenização a vítima da ofensa, da qual resultou o dano. Admite-se, na doutrina alienígena, notadamente em França, a possibilidade de terceiro pleitear a indenização por dano estético. Se a estabilidade conjugal, p. ex., resultar abalada pela deformidade da mulher, o marido poderia pleitear a reparação: vendo a mulher desfigurada, foi ele acometido de trauma nervoso, caindo doente, daí surgindo o dever indenizatório. Ou, ainda, pais de filho inválido - que também sofrem o dano moral. (1994, p. 87)

O dano estético e os direitos da personalidade

Os direitos da personalidade, segundo Bitar, podem ser entendidos como:

(...) os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos. (1995, p.1)

O artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988 assegura que

São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Esse inciso garante o direito à integridade física, ou seja, a prerrogativa do homem de pleitear indenização por eventuais danos que venha a sofrer. Expressamente está garantido na Carta Magna a indenização pelo dano material ou moral, partindo desta afirmação, será que poderíamos enquadrar o dano estético como ofensa a esse direito da personalidade?

Segundo ensina Lopez (1999), a aparência estética do ser humano envolve a integridade física e, como o dano estético é dano moral, a autora afirma que o dano estético constitui ofensa aos direitos da personalidade.

Bittar afirma que, como esse direito é disponível, predomina no caso da cirurgia estética a autorização do paciente, tendo em vista que é “...admissível o lesionamento, não só para a cura, mas também para o embelezamento do interessado...” (1995, p. 73).

Esse consentimento do paciente, porém, não predomina no sentido de isentar o médico da responsabilidade civil, como veremos adiante, pois a partir do momento em que o paciente sofrer dano estético em decorrência da cirurgia plástica estética, surgirão as conseqüências materiais e, principalmente as morais. Assim, o prejuízo estético sempre virá acompanhado do prejuízo moral, enquadrando-se perfeitamente o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal como fundamento jurídico para a ação de indenização.

Destarte, conclui Lopez que:

Portanto, tal ofensa não pode ficar impune e, dentro do campo da responsabilidade civil, a sua reparação tem que ser a mais integral possível para que, caso não possam as coisas voltar ao estado em que se encontravam antes, tenha a vítima do dano, pelo menos, alguma satisfação ou compensação e, desta forma, possa ver minorado o seu padecimento. (1999, p.49)

Cumulação do dano estético com dano moral

Conforme explicado anteriormente, o dano estético é dano moral dado os sofrimentos psíquicos causados à vítima em razão da deformidade estética sofrida. Partindo dessa assertiva, é possível, em uma ação de indenização, condenar um cirurgião plástico a reparar o prejuízo estético e o prejuízo

moral separadamente?

Lopez admite a possibilidade de cumular o dano estético com o dano moral por existirem vários tipos de danos morais, “...cada qual com autonomia de tratamento” (1999, p.126).

A autora explica que o dano estético é o dano moral objetivo, ou seja, aquele em que não há como provar o sofrimento da vítima pela lesão à integridade física. Esse dano moral presume-se, e como exemplifica Lopez:

...não é preciso provar, por exemplo, que ficar sem um braço, ter as pernas amputadas ou ficar com o rosto cheio de cicatrizes causa grandes sofrimentos e humilhações (1999, p.24).

Já o dano moral que pode ser cumulado com o dano estético representa a dificuldade da vítima em se adaptar ao meio social e à presença de uma piedade no olhar das pessoas recaindo sempre sobre a vítima.

Admitir a cumulação do dano estético com o dano moral não é incorrer em *bis in idem*, consoante explica Lopez:

(...) essas indenizações concorrentes são dadas a título diferente, ou seja, uma pelo dano estético, como grave deformação física, e outra pelas tristezas e sofrimentos interiores que acompanharão sua vítima para sempre (1999, p. 126).

Esclarece Diniz (1999) que nem sempre haverá esta cumulação, porque há casos em que somente é afetado o estado psicológico da vítima, sem que haja uma deformação estética profunda e grave e, em outros casos, inobstante a lesão estética, a recuperação psíquica da vítima é superada rapidamente.

Barros (2001), assessor jurídico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, em seu artigo, manifestou-se a favor da possibilidade de cumular o dano estético com o dano moral de forma autônoma.

De acordo com Lopez (1999), os tribunais algumas vezes admitem a cumulação e, em outros casos negam esta indenização dupla, sob o fundamento de que o dano moral está absorvido pelo dano estético.

A autora conclui que a cumulação somente será possível nos casos em que a deformação causar vexame para a vítima, caso em que se tem o dano estético na modalidade de dano moral objetivo e se essa lesão estética importar na sua rejeição no meio social.

Portanto, se em decorrência de uma cirurgia estética o paciente enquadrar-se dentro das hipóteses supramencionadas pela autora, é perfeitamente possível pleitear indenização: por dano estético na modalidade de dano moral objetivo e por dano moral de forma autônoma.

Dever de informação do médico e o consentimento do paciente

O contrato médico, conforme mencionado anteriormente, traz em seu bojo alguns deveres implícitos, dentre os quais está o dever de informar o paciente acerca de qualquer tratamento ou intervenção.

Como o médico cirurgião plástico é julgado com maior rigor do que o cirurgião geral, devido ao fato de a intervenção cirúrgica ser feita em pessoa sã, segundo Kfouri Neto " ...a obrigação de informar é extremamente rigorosa" (1994, p. 153).

O médico deverá informar o paciente sobre os eventuais riscos da intervenção cirúrgica, bem como das possibilidades de sucesso ou fracasso da mesma, a fim de que o paciente possa decidir de forma consciente e motivada se vai ou não se submeter à cirurgia.

De acordo com Lopez (1999), a informação defeituosa pode acarretar a responsabilidade do médico dependendo da natureza da intervenção a ser feita, ou seja, deve-se diferenciar as intervenções indispensáveis daquelas que são dispensáveis.

Se a intervenção for indispensável e o médico não esclareceu de forma muito clara ao paciente as possibilidades de insucesso, desde que não tenha havido erro técnico, não haverá responsabilidade por parte daquele nessa situação, diante do estado de necessidade ou iminente perigo de vida.

Com relação às intervenções dispensáveis, em que se inclui a cirurgia estética, a informação defeituosa gera o nexos causal entre o defeito de informação e o dano, pelo fato de não existir urgência, nem a necessidade de se intervir.

Segundo Kfouri Neto (1999), o procedimento do médico "deve em primeiro lugar, apreciar a veracidade das informações prestadas pelo paciente; depois, sopesar os riscos a enfrentar e resultados esperados; a seguir, verificar a oportunidade da cirurgia".

Após todo esse procedimento, o médico deverá expor suas conclusões ao paciente a fim de que este dê seu consentimento. Toda intervenção médica necessita do consentimento do paciente ou, não sendo isso possível, de seus familia-

res ou do responsável legal.

Conforme explicado acima, esse consentimento é exigido para as intervenções que oferecem um certo perigo, porque segundo Dias " ...o consentimento para tratamento que, não ofereça inconveniente, é coisa perfeitamente dispensável" (1998, v.1, p.258).

Consoante ensina Lopez "...somentemente o estado de necessidade pode elidir a responsabilidade do médico que não pediu consentimento..." (1999, p.89-90), e tal situação é incompatível na cirurgia estética em que o consentimento deverá sempre ser exigido.

Conforme ensina Dias, a regra geral é que "o consentimento do paciente libera o médico de responsabilidade..." (1998, v.1, p.259), e essa prova é feita geralmente mediante presunções, pois é raro ter contrato escrito na relação médico-paciente.

A regra acima não se aplica à cirurgia estética, como explica Lopez:

(...) se os perigos forem maiores que as vantagens, deve negar-se a operar; não vale, para nenhum efeito, neste particular, a prova do consentimento do cliente. Na matéria em que predomina o princípio da integridade do corpo humano, norma de ordem pública, não vale a máxima *volenti non fit injuria* (...). (1999, p.91-2)

Nesse sentido, também afirma Dias que:

O consentimento do paciente libera o médico de responsabilidade, ficou visto. Mas há casos em que não pode o médico invocá-lo. Assim, em geral, em todos os casos em que as vantagens do tratamento ou da intervenção estejam em desproporção com os riscos ou as desvantagens correspondentes e, em particular, no que respeita à cirurgia estética. (1998, v.1, p. 259)

Diante do exposto acerca do consentimento, dependendo da natureza do tratamento e da real necessidade da intervenção, poderá ser dispensada esta anuência mas, nos casos de cirurgia estética em que predomina a integridade do corpo humano que constitui matéria de ordem pública, é obrigatória a "...aplicação do binômio informação-consentimento" (LOPEZ, 1999, p.90).

Em geral, para que exista a obrigação de indenizar, faz-se necessária a existência de determinados fatores, denominados pela doutrina de *pressupostos da responsabilidade civil*.

Cirurgia estética: obrigação de meio ou de resultado?

Na obrigação de meio, o médico emprega todos os recursos da ciência médica com a diligência necessária para obter a cura do doente, porém, sem jamais assegurar essa cura. Na obrigação de resultado, o médico compromete-se a alcançar o resultado pactuado sob pena de arcar com eventuais conseqüências.

A regra geral é que o médico assume obrigação de meio no contrato com o cliente, sempre tendo em vista que a Medicina não é uma ciência exata e, por isso, o médico não é infalível.

Entretanto, no campo da cirurgia plástica estética, os doutrinadores discutem se essa cirurgia enquadra-se como uma simples obrigação de meio ou se deve ser incluída dentre as obrigações de resultado.

Lopez (1999) defende a tese de que a obrigação assumida pelo cirurgião plástico é de resultado e não de meio. Para a autora, o paciente que se submete a essa cirurgia é aquele que está bem de saúde mas não está satisfeito com sua aparência e, por esse motivo, procura o cirurgião visando a um resultado específico de melhora aparente e psíquica.

A autora ensina que um dos motivos para se enquadrar a cirurgia estética na obrigação de resultado é o fato de essa intervenção ser feita em pessoas saudáveis e, por isso, o médico deve agir da forma mais prudente possível.

Sustentando esta tese, Lopez afirma que:

Este enquadramento da operação plástica vai ter como conseqüência a presunção de culpa do médico pela inadimplência do contrato, havendo, então, a reversão do ônus da prova, tendo a vítima apenas que provar que o resultado que deveria ter sido alcançado pelo contrato não o foi. (1999, p.91)

Segundo LOPEZ, a responsabilidade do cirurgião plástico deve ser avaliada com maior rigor do que a responsabilidade daquele cirurgião que realiza "(...)operações necessárias à saúde e à vida do doente (...) "(1999, p.329).

Dias (1998) ensina que a cirurgia plástica estética deve ser considerada como obrigação de resultado, já que o médico transmite ao paciente a plena confiança de que o resultado desejado por este será alcançado.

Gonçalves também adere à opinião dos autores retrocitados e aponta que:

Quanto aos cirurgiões plásticos, a situação é outra. A obrigação que assumem é de resultado. Os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia estética, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir um de-

feito, um problema estético. Interessa-lhes, precipuamente, o resultado. (1995, p.269)

Com relação à obrigação de resultado, a jurisprudência tem se manifestado a favor desta tese:

RESPONSABILIDADE CIVIL - Cirurgião plástico - Abdominoplastia. Paciente que, após o ato cirúrgico, apresenta deformidades estéticas. Cicatrizes suprapúbicas, com prolongamentos laterais excessivos. Depressão na parte mediana da cicatriz, em relação à distância umbigo/púbis. Gorduras remanescentes. Resultado não-satisfatório. Embora não evidenciada culpa extracontratual do cirurgião, é cabível o ressarcimento. A obrigação, no caso, é de resultado, e não de meio. Consequentemente, àquele se vincula o cirurgião plástico. Procedência parcial do pedido, para condenar o réu ao pagamento das despesas necessárias aos procedimentos médicos reparatórios. Dano estético reduzido. Ressarcimento proporcional. Custas e honorários de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação. (BRASIL, 1993)

RESPONSABILIDADE CIVIL - Médico - cirurgia Plástica - Onus probandi - Obrigação de resultado - Tabagismo pós-operatório. A cirurgia plástica, com fins exclusiva ou preponderantemente estéticos, é cirurgia embelezadora e, por isso, a obrigação não é de meio e sim de resultado. Na hipótese de o resultado ser negativo e oposto ao que foi convencional, presume-se a culpa profissional do cirurgião, até que ele prove sua não-culpa ou qualquer outra causa exonerativa. Inobstante o fumar no período pós-operatório possa provocar os danos ocorridos, há necessidade de o réu provar que a cliente fumou, embora a contra-indicação médica. Prova suficiente. Responsabilidade civil reconhecida. (BRASIL, 1992)

Assim, adotando as teses defendidas pelos autores retrocitados, a natureza do contrato médico será objetiva, pois verifica-se a inversão do ônus da prova, consistindo em exceção à regra geral estabelecida pelo Código civil e pelo Código de Defesa do Consumidor.

A questão da cirurgia estética, se enquadra como obrigação de resultado, não é absoluta entre doutrinadores e jurisprudência. O jurista Foster defende tese oposta, ou seja, a cirurgia plástica estética, na verdade, gera obrigação de meios. Sustenta o autor que a cirurgia estética ocorre "(...)na mesma área onde se processam os demais atos médicos" (1997, p. 85). Dessa forma, é imprescindível o

que pode acontecer, porque boa espécie de cirurgia comporta um risco, tendo em vista que cada organismo reage de um jeito ao ato cirúrgico.

Para o jurista, a obrigação de resultado só estaria configurada na cirurgia estética se o médico "...previamente definir sua conduta perante o paciente". (FOSTER, 1997, p.88)

O jurista finaliza sua tese defendendo que:

Portanto, exigir do médico obrigação de resultado quando ele atua em procedimento cirúrgico estético é impor-lhe ônus que ele não tem condições de atender. Na intervenção de propósitos estéticos, o objeto dela é o mesmo que em qualquer outra intervenção cirúrgica, isto é, o corpo humano. (FOSTER, 1997, p.88)

A obra *Responsabilidade Civil por erro médico* aponta um desembargador que defende a obrigação do cirurgião plástico como de meios, e sintetiza que:

(...)São eles profissionais liberais, pelo que sua responsabilidade civil e pessoal deve ser aferida pela teoria da culpa provada, até mesmo porque o §4º do artigo 14 do CDC não faz qualquer distinção entre as especialidades médicas (...). É evidente, entretanto, que se o cirurgião plástico assegura ao paciente o êxito, exibindo-lhe, inclusive, uma projeção virtual de como ficará, após a cirurgia, estará assumindo uma obrigação de resultado, pelo que sua responsabilidade será objetiva. Tudo dependerá, portanto, das condições em que foi celebrado o contrato de prestação de serviços, entre o médico e o paciente, não se devendo adotar posições radicais, em detrimento de especialistas que merecem igual respeito ao que devotamos aos demais médicos. (2001, p. 14)

O jurista platino Adorno, citado por Kfourri Neto, também é adepto da corrente que considera a cirurgia estética como obrigação de meio, asseverando que:

A nosso juízo, o cirurgião plástico não está obrigado a obter um resultado satisfatório para o cliente, mas somente a empregar todas as técnicas e meios adequados, conforme o estado atual da ciência, para o melhor resultado da intervenção solicitada pelo paciente. (1994, p.156)

Nesse sentido, já se manifestou a jurisprudência pátria:

Cirurgia Estética - Obrigação de Meio.
O profissional que se propõe a realizar cirurgia, visando melhorar a aparência físi-

ca do paciente, assume o compromisso de que, no mínimo, não lhe resultarão danos estéticos, cabendo ao cirurgião a avaliação dos riscos. Responderá por tais danos, salvo culpa do paciente ou a intervenção de fator imprevisível, o que lhe cabe provar. (MIRIO, 1997, p. 162)

Apesar de existirem essas duas correntes, a predominante é a que considera a cirurgia estética como obrigação de resultado pois, segundo Teresa Lopez, o médico sempre responderá caso não alcance o prometido ao paciente, excluindo, assim, a álea que está inerente às outras espécies de cirurgias.

Considerações finais

Acerca do que foi exposto sobre a responsabilidade civil do médico na cirurgia plástica estética, verificou-se a importância desse tema para os operadores do direito, os quais devem estar atentos à evolução desse ramo, que cada dia mais desperta o interesse das pessoas e no qual os riscos de erro médico aumentam em grande proporção.

Não só os juristas, porém, devem estudar cuidadosamente o tema, mas também deve haver um alerta entre os próprios cirurgiões plásticos estéticos, haja vista o grau de desinformação entre eles, no sentido de desconhecimento da possibilidade de serem responsabilizados civilmente. É importante para os médicos estarem sempre atualizados no que concerne às novas teorias jurídicas que estão surgindo, a fim de melhor definição da responsabilidade civil.

Assim, por ser um tema novo e de muita relevância social, precisa ser melhor explorado pelos juristas, necessitando de regulamentação legal específica, tendo em vista os avanços deste ramo da ciência médica e o comprometimento cada vez maior da integridade física do ser humano.

Observamos que a regra geral da responsabilidade civil do médico é considerar sua responsabilidade como subjetiva, de acordo com o preceito do artigo 159 do Código civil e, também, a regra determinada pelo artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor, que expressamente declara a necessidade de ser comprovada a culpa ou dolo dos profissionais liberais. Mas, no caso da cirurgia plástica estética, ficou demonstrado que a maioria dos juristas e das jurisprudências entendem que está presente a obrigação de resultado e, conseqüentemente, haverá inversão do ônus da prova, ficando, nesse caso, a vítima de eventual dano estético em posição mais vantajosa.

Nas ações de indenização por dano estético, também deve-se estar atento para a possibilidade ou não de serem cumuláveis o dano estético e o dano moral. Se o dano estético engloba o dano moral, será

que é possível realmente pleitear indenização por dano estético e dano moral de forma autônoma? Ora, a vítima de dano estético já sofre uma grande dor interior devido à aparência deformada e à consequente rejeição no meio social e, sendo assim, a indenização pelo dano estético sofrido já deveria ser arbitrada pelo juiz englobando o dano moral, sem a necessidade de arbitrar indenizações de forma separada.

Com relação ao consentimento do paciente exigido pelo médico, pelo que foi estudado, a regra geral é que o consentimento será exigido sempre para as intervenções que gerem perigo, salvo nas hipóteses de estado de necessidade em que a impossibilidade de o médico obter o consentimento do paciente ou dos familiares não gera sua responsabilidade, haja visto estar ele, nesse caso, acobertado pela excludente de responsabilidade civil admitida pelo Código Civil.

Por outro lado, na cirurgia plástica estética, mesmo que o médico obtenha consentimento escrito do paciente, tal prova, segundo os doutrinadores, não tem força para ilidir sua responsabilidade, sob o fundamento de que deve predominar o princípio da integridade do corpo humano, constituindo matéria de ordem pública.

Também nesse caso deve haver uma maior conscientização dos juizes e Tribunais ao se debaterem com um caso nesses moldes. Quando o paciente procura o auxílio de um cirurgião plástico estético, na maioria dos casos está bem consciente do que quer e sabe que o médico não tem o *poder divino* de alcançar o resultado exato pretendido. Acaba, dessa forma, por assumir o risco de vir a sofrer um dano estético que pode mudar sua vida para sempre.

Diante de todo o exposto, esperamos que haja um maior empenho por parte dos juristas e médicos em aperfeiçoar-se melhor na tentativa de obter resultados práticos mais justos, tanto do ponto de vista do paciente, como também no que diz respeito à classe médica, a fim de que haja um verdadeiro equilíbrio entre direitos e deveres civis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Felipe Luiz Machado. *O Dano Estético e a Responsabilização Civil*. Disponível em: <www.jus.com.br/doutrina/estetico.html>. Acesso em: 12 jun. 2001.

BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *Os Direitos da Personalidade*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – 1ª Câmara; Apelação Cível nº 95.005038-5; Relator Desembargador Tupinambá M.C do Nascimento; julgado em 05 maio 1992. Disponível em <www.aasp.org.br/boonline/mono2065.htm>. Acesso em: 12 jun. 2001.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – 5ª Câmara. Apelação Cível nº338-93. Relator Desembargador Marcus Faver; julgado em 04 jun. 1993. Disponível em <www.aasp.org.br/boonline/mono2065.htm>. Acesso em: 12 jun. 2001.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná – 2ª Câmara, Apelação Cível nº 25.622-2 – Maringá – PR; Relator Desembargador Sidney Zappa; j. 30 mar. 1994. Disponível em: <www.aasp.org.br/boonline/mono2065.htm>. Acesso em: 12 jun. 2001.

BRASIL. *Código Civil*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Antonio Luiz de Toledo Pinto e Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt. 49.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. *Código de Ética Médica* (Aprovado pela Resolução CFM nº 1246/88 e divulgado pelo DOU de 26 de Janeiro de 1988, p. 1574 – Seção I). In: *Medicina Legal*. 5.ed. Rio de Janeiro: Guanabar Koogan, 1998, p. 421-426.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1 e 3, 1998.

_____. *Cláusula de não-indenizar*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 13.ed., São Paulo: Saraiva, 1999, v.7.

DIREITO Médico. *Consulex* – Revista Jurídica, Brasília/DF, ano 5, n. 110, p. 6-9, ago. 2001.

FOSTER, Nestor José. Cirurgia Plástica Estética: obrigação de resultado ou obrigação de meio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.738, p. 83-89, abr. 1997.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Noções de Jurisprudência Médica*. 2.ed. João Pessoa: Universitária/UFPB, 1997.

_____. *Medicina Legal*. 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabar Koogan, 1998.

_____. *O Código do Consumidor e o exercício da Medicina*. Disponível em: <www.infojus.com.br/area7/genivalveloso.htm>. Acesso em: 16 out. 2000.

GOMES, Julio Cezar Meirelles, FRANÇA, Genival Veloso de. *Erro Médico: um enfoque sobre suas origens e consequências*. Montes Claros/Minas Gerais: Editora Unimontes, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 6.ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O Dano Estético – Responsabilidade Civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Responsabilidade Civil do Médico*. In: _____. *Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 315-338.

MELO DA SILVA, Wilson. O Dano estético. *Revista Forense*, v. 194, ano 58, p. 23-39.

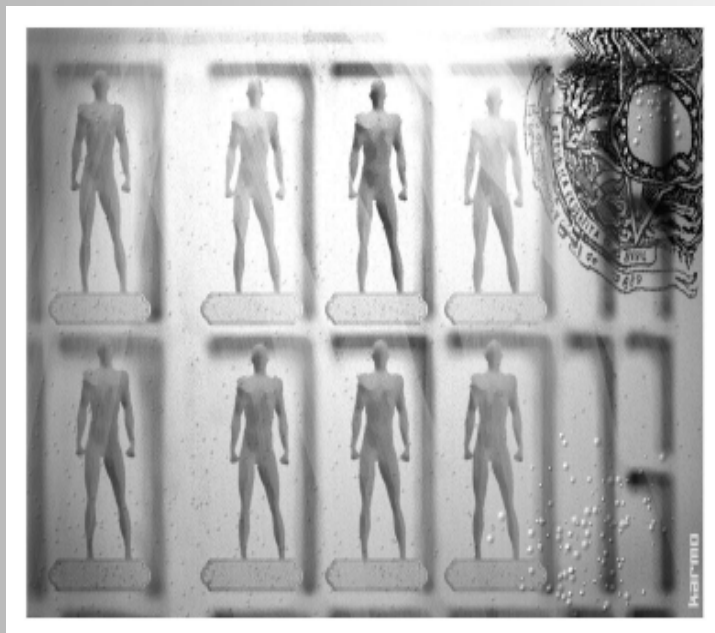
MIRIO, Carmem O., FERNANDES, Rute A.J. *Erro Médico visto pelos Tribunais*. 2.ed. Bauru, São Paulo: Edipro, 1997.

PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

RESPONSABILIDADE Civil por Erro Médico. *Consulex* – Revista Jurídica, Brasília/DF, ano 5, n. 113, p. 12-14, set. 2001.

NOME ATRIBUTO DA PERSONALIDADE NA VISÃO DO NOVO CÓDIGO

Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior*



Resumo

Esse trabalho busca sistematizar, com a ótica do novo Código Civil, um dos mais importantes atributos da personalidade da pessoa humana – o nome – trazendo inovações da legislação, caracteres e a possibilidade de mutação do nome no direito positivo, acompanhado do progresso na jurisprudência.

Palavras-chave

Nome, direito, personalidade, civil, código.

Abstract

This work systemizes the name, one of the most important person human being's personality attributes, with the optics of the new civil law, bringing innovations of the legislation, characters and possibility of mutation of the name in the positive law, followed of the process in the jurisprudence.

Keywords

Name, right, personality, civil, law.

*Professor da Faculdade de Direito de Marília, mantida pela Fundação Eurípides Soares da Rocha, Mestre em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e advogado militante.

Ao nascer com vida o ser humano passa a ter personalidade e, assim, torna-se sujeito de direitos e obrigações na ordem civil. Dentre os atributos da personalidade, um dos mais importantes para individualizar a pessoa é o nome.

Stükelberg sabiamente ponderou que é por meio do nome que a personalidade se realiza, individualizando-se, isto é, enchendo de vida o nome, e ao mesmo tempo enchendo com o nome a vida individual (*Der Privatname im modernen bürgerlichen Recht*, p. 134, *apud* MIRANDA, 1971, tomo VII, p. 68).

O nome é o sinal pelo qual as pessoas são conhecidas ou identificadas na sociedade. Da mesma forma que um produto traz gravado no seu exterior um rótulo ou uma etiqueta, o ser humano traz o nome como sinal caracterizador da personalidade. Por meio dele o indivíduo se distingue dos demais e é conhecido durante toda sua existência e mesmo depois de sua morte. Sem o nome a pessoa perde a identidade, não pode casar, votar, exercer emprego ou contratar.

Não se atribui um nome apenas às pessoas naturais, mas também às pessoas jurídicas, como associações, fundações e sociedades civis ou comerciais; aos seres vivos, como bactérias, animais, vegetais; aos produtos e até aos planos governamentais, furacões, carros, motocicletas, navios, aeronaves, praças, ruas, avenidas etc. O nome civil da pessoa natural tem valor moral, é inalienável e não é exclusivo; já o nome empresário (comercial) tem valor econômico (pecuniário), é transmissível, é exclusivo.

Em janeiro de 2002, editou-se o novo Código Civil brasileiro, que trouxe claras disposições a respeito do nome. Todavia enfrentou com timidez o assunto. Esse diploma tem o período de vacância (*vacatio legis*) até dezembro do corrente ano e, com o nascer de 2003, em seus primeiros dias, principia sua vigência e seus efeitos.

A segunda parte do art. 16 do novo Código Civil diz ser o nome composto por dois elementos: prenome e sobrenome.

O prenome é a parte inicial do nome do sujeito de direito. No ato do registro civil da pessoa natural, os pais o escolhem livremente (*ad libitum*), dentro da onomástica nacional ou estrangeira, para individualização do filho portador. Na falta de um deles, o cônjuge sobrevivente pode escolhê-lo livremente. O prenome é também chamado de nome de batismo, entre os cristãos. Ele pode ser simples (Marcelo, Patrícia, Joana, Renato) ou composto (Vitor Hugo, Roberto Carlos, Maria Clara, Ana Paula). O nome composto pode ser múltiplo, como era comum na nobreza na época do Brasil-colônia. O prenome na tradição pátria costuma anteceder o sobrenome, o que é invertido em países como a Itália.

O sobrenome, também chamado patronímico ou apelido de família, designa a filiação e passa dos genitores para a prole. Indica a procedência ancestral do filho, sua estirpe. Pode advir do sobrenome paterno ou do materno, como da soma de ambos. Também pode ser simples (Barros, Leão, Rocha) ou composto (Souza e Silva, Pais de Mendonça, Coelho Guimarães). O sobrenome pode ser adquirido pela filiação, adoção, designação administrativa (art.75 da Lei dos Registros Públicos) ou pelo casamento. De pleno direito o filho adquire o sobrenome dos pais, que deve ser lançado no Registro Civil, com caráter meramente declaratório.

Além do prenome e do sobrenome, a doutrina nacional traz outros elementos não essenciais ao nome, mas que o integram. Trata-se de partículas, do agnome e de títulos obtidos pelo titular em vida.

Existem partículas de ligação entre os prenomes ou sobrenomes, simples ou compostos, tais como e, da, de, do, das, dos, ou a tradução desses sinais em outro idioma.

Para diferenciar pessoas da mesma família que tenham o mesmo nome, acrescenta-se ao nome completo a figura do agnome, tal como as expressões, filho, júnior, neto, sobrinho, primeiro, segundo.

Além dessas figuras que o sujeito de direito recebe ao nascer e o inscreve no registro civil de pessoas naturais, pode adquirir direito a nomes por meio de títulos que conquistou, tais como os títulos acadêmicos ou científicos (mestre, a quem se outorgou por defender a dissertação de mestrado; doutor, a quem se concedeu por defender a tese), títulos qualificativos de identidade oficial (delegado, promotor, procurador, juiz, desembargador, deputado, senador, presidente etc.), títulos nobiliários ou honoríficos, também chamados axiônimos (rei, príncipe, duque, conde etc.) e títulos eclesiásticos (papa, santidade, padre, frei, cardeal, pastor etc.).

A pessoa natural, no decorrer da vida, pode receber pseudônimos, alcunhas, cognomes, popularmente conhecidos por apelidos.

O pseudônimo é a designação especial dada ao indivíduo para designar alguma particularidade sua, física ou moral, abreviação do nome, tipo de trabalho que exerce etc., podendo, no mais das vezes, agregar-se à personalidade do sujeito. Encontramos pessoas na sociedade conhecidas por pseudônimos, mas por seus nomes de registro, desconhecidas.

A proteção jurídica dada ao nome, por meio de uma norma de extensão, abarcou o pseudônimo. Muito comum o uso de pseudônimos por escritores e artistas, para a projeção de seus pensamentos, idéias e trabalhos. Voltaire, George Sand, Marc Twain, El Grecco, segundo Caio Mário da Silva Pereira, são pseudônimos ou designações fanta-

sias, identificadoras de sua produção. A proteção ao pseudônimo tem importância em razão do interesse valioso que liga à identidade autoral (Instituições de Direito Civil, 2002, p. 157).

Tiradentes, designativo do mártir da independência, é exemplo histórico do pseudônimo de Joaquim José da Silva Xavier; o escritor Alceu de Amoroso Lima usava o pseudônimo Tristão de Ataíde. O rei do futebol mundial, Édson Arantes do Nascimento, é famoso no mundo todo pela alcunha Pelé; o político Luiz Inácio da Silva, de há muito conhecido por Lula, acrescentou esse apelido ao nome por meio de pedido judicial. Os apresentadores Carlos Massa e Maria da Graça Meneguel, conhecidos por Ratinho e Xuxa; o ex-presidente norte-americano Bill tem o nome de registro William Jefferson Clinton. O famoso trapalhão Didi chama-se Renato Aragão.

Na rede mundial de computadores (internet) é comum o *nickname*, utilizado para conversa nas salas de bate-papo. Nos Estados Unidos, usam-se muito as abreviações de nome, tal como Joe por Joseph, Ted por Edward, Bob por Robert, Meg por Margaret etc., o que não muda muito no Brasil, Bia por Beatriz, Tião por Sebastião, Nando por Fernando, Malu por Maria de Lourdes ou Maria Luíza, Maitê por Maria Tereza, Carol por Carolina etc. O nome dado de forma abreviada normalmente manifesta expressão de carinho e a doutrina o intitula *hipocorístico*.

O civilista Sílvio de Salvo Venosa bem lembra existir o chamado nome vocatório, pelo qual as pessoas são conhecidas ou costumeiramente chamadas na sociedade e cita o exemplo do Professor Pontes de Miranda, conhecido por esse nome e poucas pessoas sabem ter o prenome Francisco (2002, p. 177). O mesmo acontece com Limongi França e Magalhães Noronha, onde poucos sabem seus prenomes: Rubens e Edgar, respectivamente.

A Lei dos Registros Públicos (Lei 6015/73, art. 63) prevê a hipótese de irmãos gêmeos e estabelece que mesmo que se queira dar a eles o mesmo prenome, com o fito de distingui-los, deverão ser inscritos com duplo prenome ou nome completo diverso.

Não mereceu unanimidade a discussão a respeito de o nome ser matéria de ordem privada ou pública. Para alguns, é de alçada privada, pois o nome pertence aos cidadãos, individualmente considerados, servindo, tão-somente, para distingui-los dos demais. Segundo outros, trata-se de matéria eminentemente pública por ser de interesse estatal regulamentar a matéria e suas relações. Posicionamos-nos com a segunda corrente – mesmo sabendo da existência de desdobramentos no campo do direito civil –; as normas reguladoras do nome são em essência de ordem pública, por cuidarem dos inte-

resses da coletividade como um todo.

“Toda pessoa tem direito ao nome”, estabelece o art. 16 do novo Código Civil. Pontes de Miranda, em seu Tratado de Direito Civil, há muito dizia que toda pessoa tinha “direito a ter um nome” (v.7, p.68 e seguintes), o que a legislação atual acabou por consagrar. O nome adere à personalidade da pessoa e não se transfere a outrem.

O novo Código Civil coloca ponto final à discussão de o nome ser ou não de um direito. Clóvis Beviláqua, fundado em Ihering, negava a existência de um “direito ao nome”. Fundava-se no fato de ele não constituir um bem jurídico e ser impossível sua apropriação, tendo em vista que o nome não é individual, pode ser repetido por outras pessoas em outros registros. Hoje é texto expresso de lei o “direito ao nome”, inserido dentro do Livro I, Título I, Capítulo II, “dos direitos da personalidade” do Código Civil de 2002.

O direito ao nome – direito à identidade pessoal – é absoluto, produz efeitos erga omnes, pois todos têm o dever de respeitá-lo. Como todos os direitos da personalidade, o nome é intransmissível, imprescritível e irrenunciável (AMARAL, 2000, p. 267). Apesar de poder ser repetido, o nome civil é intransmissível, pois não pode ser vendido (inter vivos ou causa mortis, a título oneroso ou gratuito), emprestado ou alugado; entretanto, pode ser cedido para fins de uso comercial em propagandas, anúncios etc., precedido de autorização do titular. É imprescritível, por não se sujeitar a prazo ou validade; a pessoa adquire-o ao nascer e, por ato declaratório é levado a registro e, também, não se perde pelo desuso ou com o passar do tempo. É irrenunciável, de vez que, para que a pessoa natural possa alterar o nome, precisa deduzir fundamento jurídico razoável, o que dá ao nome o caráter definitivo.

Dois faculdades são atribuídas ao indivíduo em razão do direito ao nome:

- a) direito de usá-lo: todo homem tem direito a ser chamado pelo nome e quando for alterado tem direito de exigir a retificação;
- b) direito de defendê-lo (GOMES, 2002, p. 161).

Extraí-se daí (item b) a consequência relevante de protegê-lo em caso de agressão ou ameaça de lesão, pois o uso de nome alheio pode gerar responsabilidades e sanções, tanto na órbita civil como na penal (arts. 186 e 927 do novo Código Civil).

Toda vez que o nome for negado a quem dele fizer jus, ao titular facultar-se o direito de reivindicá-lo. Por exemplo, no caso de uma investigação de paternidade, o filho reivindica do pai a de-

claração da paternidade e a conseqüente atribuição de um sobrenome; o juiz, por meio de sentença, concede ao filho o direito de receber o sobrenome paterno. Toda vez que o nome for usado indevidamente, surge, para o titular, o direito de reclamá-lo. Por exemplo, quando o nome é grafado erroneamente pelo editor de um livro ou periódico; é desfigurado em um artigo jornalístico; pichado ou por ato de vandalismo atinja placa comercial etc.

Ninguém pode impedir a lavratura, no assento de registro civil, de nomes idênticos ou a repetição de nomes já existentes; contudo a utilização ilícita do nome gera responsabilidades.

O particular prejudicado em seu direito ao nome, assegurado pela lei, em qualquer hipótese concreta, de dano material ou moral, tem o direito a obter reparação contra o causador (PEREIRA, 2001, p. 28). Basta a violação do bem jurídico - nome - para gerar em favor do ofendido ou prejudicado o direito subjetivo de invocar o poder estatal por meio de ação, tais como as seguintes hipóteses concretas: uso em propaganda comercial, utilização de forma que traga desprezo público para o titular do nome, de forma difamatória ou quando exista a usurpação do nome etc.

Para o uso do nome em propaganda comercial, em qualquer forma de comunicação ou publicidade por meio da imprensa, da televisão, rádio, painéis, estampas etc., deve preceder autorização do titular do nome, se esse for capaz e, no caso de incapacidade, necessária a anuência do representante legal (Art. 18 do novo Código Civil). Tal dispositivo visa a afastar aproveitadores que objetivam se beneficiar e obter proveito político, artístico, eleitoral e até mesmo religioso. Protege-se, destarte, a honra objetiva, consistente na reputação, conceito pelo qual cada pessoa é tida e conhecida na sociedade, aquilo que os outros pensam a respeito do cidadão no tocante a seus atributos físicos, morais e intelectuais etc. Não podemos confundir tal conceito com a honra subjetiva do indivíduo, que é o sentimento próprio de cada um a respeito de seus próprios dotes, atributos físicos, morais e intelectuais, ou seja, o que cada um pensa a respeito de si mesmo.

Representações ou publicações que conte-

nam o nome da pessoa não podem, de forma alguma, expor a pessoa a situações vexatórias, ao ridículo ou ao desprezo público. Em acontecendo, cabível é ação para a reparação dos danos materiais e morais sofridos. Não importa se o autor da representação ou publicação tenha intenção difamatória ou não, pois em ambos os casos, a vítima está colocada em situação constrangedora, surgindo, dessa forma, o direito à ação (Art. 17. do novo Código Civil).

Admite-se, entretanto, o uso do nome em

hipóteses sem quaisquer finalidades lucrativas, tais como citações em obras científicas ou culturais. Situações como essas não constroem. Ter o nome citado em obra cultural, científica ou literária enaltece a pessoa. Silvio Rodrigues acrescenta que mesmo em hipótese de crítica desfavorável à obra ou trabalho, se o intuito não for achincalhar o criticado, é totalmente permitido (2002, p. 94).

Com o fito de proteger o direito autoral, o Código Penal vigente traz tipificada a conduta de usurpação de nome ou pseudônimo alheio, ou seja, responsabiliza criminalmente aquele que por meio de vontade livre e consciente atribui fal-

samente a alguém, mediante o uso do nome, pseudônimo ou sinal por ele adotado para designar seus trabalhos, a autoria de obra literária, científica ou artística. (CP, art. 185). Impõe-se ao usurpador, do nome ou do pseudônimo, a pena como sanção.

Além da proteção ao nome que consta no Registro Civil das pessoas naturais, por meio de uma norma de extensão, o Código Civil de 2002, traz em seu art. 19, a proteção ao pseudônimo, alcunha ou apelido, desde que ele seja usado por seu titular em atividades lícitas.

Dessa forma, a proteção foi estendida aos pseudônimos, protegendo assim os chamados "nomes artísticos" ou "nomes de guerra".

Se o "nome de guerra", por exemplo, for usado em atividades ilícitas, contrárias à moral e aos bons costumes, perde a proteção legal. Assim, caso os pseudônimos sejam utilizados para identificar chefe de quadrilha criminosa ou dona de casa de prostituição, esses, para as referidas finalidades, não recebem a proteção legal que empresta o art. 19 do novo Código Civil.

O sobrenome,
também chamado
patronímico ou
apelido de
família, designa a
filiação e passa dos
genitores para a
prole. Indica a
procedência
ancestral do filho,
sua estirpe.

Possibilidade de alteração do nome

O nome, como regra geral, deve ser imutável, definitivo, pois representa interesse geral da coletividade. Sua mudança indiscriminada, sem critério, é altamente nociva, traz perigo à sociedade, pois representa interesse público. Não devemos aceitar, por exemplo, um indivíduo registrado com o prenome Manoel, por simples capricho, mude-o para Joaquim.

O prenome será *imutável*. Era o que estabelecia o art. 58, da Lei dos Registros Públicos (Lei 6015, de 31 de dezembro de 1973). O legislador atenuou esse dispositivo legal, alterando-o, em 18 de novembro de 1998, por meio da Lei 9.708, que dispôs: “O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”.

Apesar de a Lei consagrar sua imutabilidade como regra geral, estabelece a possibilidade de mutação do nome todas as vezes que o interesse particular se sobrepuser ao interesse público. Nota-se que a imutabilidade não é absoluta. Admite-se, excepcionalmente, em casos justificados, a alteração, nos estritos limites previamente estabelecidos pelo legislador. Na verdade, a regra geral de o nome ser definitivo, em razão da diversidade de casos em que a lei possibilita a alteração, quase se torna exceção.

Admite-se a mudança do nome:

a) Erros gráficos: No ato do registro, o nome pode vir grafado com erros materiais. Tal acontece, no mais das vezes, por ignorância das pessoas que levam o nome ao registro ou por erro de digitação dos oficiais de registro. Por exemplo, um nome que deveria ser grafado com “Z” é grafado com “S”; outro, “J” trocado por “G” ou escrito no diminutivo. Essas hipóteses tratam, não propriamente de mudanças de prenome, mas de simples retificação dos erros gráficos. Tem-se notícia de prenomes grafados erroneamente, tais como Zilvia, retificado para Silvia, Jeralda para Geralda, Arnardo para Arnaldo, Erton para Elton, Teresinha para Teresa.

b) Tradução do nome: Havia nos tribunais corrente jurisprudencial majoritária no sentido da admissão da tradução de nomes estrangeiros para a onomástica nacional, com o fito de melhor compreensão e pronúncia. O legislador, mais uma vez, transformou a jurisprudência em norma, ao editar a Lei 6.815 de 19 de agosto de 1980. Dispôs que quando o nome tiver pronúncia e compreensão difíceis e puder ser traduzido ou adaptado à prosódia da língua portuguesa, poderá ser alterado (art. 43). O nome do estrangeiro pode também ser modificado quando comprovado o erro, tiver sentido pejorativo ou expuser o titular ao ridículo.

c) Pseudônimos: O acréscimo do pseudônimo ao

nome já vinha sendo admitido pela jurisprudência. Encontramos diversos julgados, dentre eles um bem esclarecedor:

Se o prenome lançado no Registro Civil, por razões respeitáveis e não por mero capricho, jamais representou a individualidade de seu portador, a retificação é de ser admitida. (...) sobrepunhando as realidades da vida ao simples apego às exigências formais (RT 412:178, 517:106, 534:79, 537:75).

Silvio de Salvo Venosa cita decisão que determinou a mudança do prenome Maria Aparecida para Maria Luciana, visto que era conhecida no meio social por esse prenome (2002, p. 180).

O legislador consagrou a jurisprudência por meio da Lei 9.708, de 11 de novembro de 1998, que alterou o art. 58 da Lei dos Registros Públicos, estabelecendo que será admitida substituição do nome pelos apelidos públicos notórios, desde que não proibidos por lei. Assim, deve prevalecer a maneira pela qual a pessoa é identificada no meio social, possibilitando, a lei, a troca do nome pelo pseudônimo de uso.

Euclides de Oliveira cita alguns casos como o de uma Senhora registrada como “Sebastiana”, que não gostava do nome e se sentia com ele diminuída, vindo a adotar o nome Fabiana, pelo qual era conhecida no ambiente de suas relações. Insistiu até conseguir a almejada retificação do registro. Igualmente já se entendeu possível a troca de prenome composto, em razão de distúrbios psicológicos por ele acarretados ao portador. Foi o caso de uma tal “Maria do Socorro”, que padecia de depressão por carregar o mesmo nome de irmã falecida, vindo a obter o reconhecimento judicial para o nome “Sarah Regina”, que elegera para sua identificação social (RTJTSP 134/210, votação de maioria). O mesmo autor lembra julgamento do Superior Tribunal de Justiça (Resp 66.643-SP, rel. do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira), “em interessante caso de renegação de nome paterno e sua substituição do nome da mãe, por inconformismo do interessado em vista do seu abandono pelo genitor. Foram lembradas as palavras de Sá Pereira “soberana não é a lei, mas a vida (...) e que em matéria de nome civil o aplicador da norma há de curvar-se à realidade que o cerca, buscando a “real individualização da pessoa perante a família e a sociedade” (*Tribuna da Magistratura, março de 1.999*).

d) Nomes que exponham o portador ao ridículo: Muitos nomes expõem o titular à irrisão, ao escárnio popular, ao ridículo. Pessoas que são objeto de chacotas, zombarias, expostas constantemente a situações vexatórias. Toda vez que o titular do nome

sentir-se diminuído em razão de ser colocado em situações como essas, pode pleitear, judicialmente, a alteração do nome. Por meio de dados de censos, arquivos do INSS ou de julgados, chegamos a nomes exóticos, tais como: Himineu Casamentício das Dors Conjugais, João Cara de José, Vitória Carne e Osso, Um Dois Três de Oliveira Quatro, Manuolina Terebentina Capitulina de Jesus do Amor Divino, Rolando pela Escada Abaixo, Agrícola Beterraba, Rodo Metálico, Oderfla (Alfredo invertido), Antonio Dodói, Graciosa Rodela, Joaquim Pinto Molhadinho, Inocência Coitadinho, Casou de Calças Curtas, Neide Navinda Navolta Pereira, Pedrinha Bonitinha da Silva, Remédio Amargo, Restos Mortais de Catarina, Último Vaqueiro, Antônio Noite e Dias; Antônio Treze de Julho de Mil Novecentos e Dezesete, Céu Azul do Sol Poente, Sun Tin Na, dentre outros (DINIZ, 2002, p. 188; MONTEIRO, 1999, p. 91; VENOSA, 2002, p. 179).

Apesar de o nome poder ser escolhido livremente (*ad libitum*), essa escolha não pode ser indiscriminada ou arbitrária, pois determinados nomes podem afetar o convívio de pessoas na sociedade, sendo objeto de gozações, causadores de diminuição, psicológica ou emocional. Assim, o legislador, no art. 55, Parágrafo único, da Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/73), criou um filtro para que as pessoas não recebessem nomes que provoquem a irrisão, ao estabelecer que “os oficiais do Registro Civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores”.

Ainda que os oficiais do Registro Civil cumpram seu dever, muitos nomes acabam por ser registrados nessas situações. Alguns nomes, comuns em determinada região, em outras, têm sentido pejorativo; dessa forma, o portador que se sentir afetado com um nome que leve ao escárnio, pode ingressar com ação judicial de retificação de assento, trazendo os fatos e fundamentos jurídicos que o levem a pedir a alteração.

e) Nomes que manifestam carga negativa: Algumas pessoas sentem-se diminuídas com o nome de registro que represente pessoa ou significação que transmita carga negativa. O entendimento majoritário da jurisprudência, para esses casos, é de que o titular pode ter alterado seu nome. Já foram alterados nomes como *Lúcifer, Satã, Hitler, Mussolini*.

f) Acréscimos ou diminuição do nome: A Lei de Registros Públicos dispunha no art. 58 a possibilidade de acréscimos ou diminuições do nome ao já usado pelo registrado. Hoje, esse dispositivo legal foi suprimido; no entanto, a jurisprudência continua admitindo tal possibilidade. Assim, nomes simples podem ser transformados em compostos e vice-versa, tais como: Carlos Eduardo para Carlos, Maria

Cecília para Cecília, Pedro para Pedro Henrique. Constantemente o Judiciário vem indeferindo a mudança de nomes consagrados ou célebres, dados em homenagem a pessoas que fizeram história, tais como João Batista, Júlio César, Marco Antônio etc. Deve ser admitida essa alteração somente quando o titular do nome apresente motivo justificado.

g) Em razão da maioridade: Estabelece o art. 56 da Lei dos Registros Públicos que o nome civil da pessoa pode ser alterado no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, desde que não prejudique os apelidos de família. Sugere-se a adição de apelidos de família paterno, materno ou avoengo que não constem do registro. Alteração posterior do nome somente é admitida por meio de sentença judicial, após oitiva do Ministério Público e publicação pela imprensa (art. 57 da Lei dos Registros Públicos).

h) Homonímia: Pessoa que tem o mesmo nome de outras, seja na grafia ou fonética ou nome comum dentro da sociedade em que vive. Caso o indivíduo objetive livrar-se de embaraços no trabalho, na atividade comercial ou na vida social, pode requerer a alteração do nome. Sugere-se, nesses casos, que se acrescentem os apelidos de família paterno, materno ou avoengo que não constem do registro, por exemplo, José da Silva, além do sobrenome paterno “Silva”, acrescenta-se o materno “Schimith” e a pessoa passa a ser chamada de José Schimith da Silva.

i) Filho ilegítimo ou natural não reconhecido: A expressão “filho ilegítimo”, após a Constituição Federal de 1988, deve ser extirpada, de vez que vedada foi qualquer discriminação referente a filho, havido fora ou dentro do casamento ou por adoção. Aos filhos havidos do casamento, a lei civil criou uma presunção de paternidade, tanto para a mãe quanto para o pai. Aos filhos havidos fora do casamento, a Lei dos Registros Públicos de 1973, anterior à Constituição de 1988, em seus arts. 59 e 60, estabelece distinção possível pelo sistema, ao propor àqueles não será lançado o nome do pai, sem que este expressamente autorize e compareça.

Há algum tempo, o filho havido fora do casamento não podia ser reconhecido pelo pai. Hoje, a Lei 883, de 21 de outubro de 1949 (Art. 1º, §1º) estabelece que, ainda na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável.

Com o fito de proteger a criança recém-nascida de “mães solteiras”, em dezembro de 1992, foi editada a Lei 8.560, que obriga os escrivães do Registro Civil, no ato de declaração do registro, solicitar o nome, prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai ou da suposta mãe e reme-

ter os dados ao juiz. O suposto genitor ou genitora será convocado para reconhecer o filho, voluntariamente, perante o magistrado. Em caso de ser negado o reconhecimento, os dados serão encaminhados ao Ministério Público que poderá promover a ação de investigação de paternidade.

j) adoção: Com a adoção pode o adotante conferir seu sobrenome ao adotando e, a pedido, poderá alterar inclusive o prenome. É o que estabelece o art. 47, §5º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90). O adotando poderá formar seu sobrenome conservando os dos pais de sangue, acrescentando os do adotante, ou somente os do adotante, com exclusão dos pais de sangue (Art. 2º, Parágrafo único, da Lei 3.133/57, RT 433:76, RT 328:187).

k) casamento: Com a celebração do casamento, qualquer dos nubentes poderá acrescer ao seu sobrenome o do outro cônjuge (Art. 1565, §1º do novo Código Civil). A Lei Civil é clara: o cônjuge “poderá crescer”, o que significa a soma aos seus sobrenomes o do outro cônjuge e não a supressão de um para acréscimo de outro. Via de regra, o cônjuge casado perde o direito de usar o nome de seu consorte com a anulação do matrimônio, separação judicial, se culpado(a) e divórcio (arts. 17, 18 e 50 da Lei do Divórcio - Lei 6515/77). O cônjuge não perde o direito ao uso do nome de seu consorte com a viuvez; no entanto, deverá suprimir o nome em caso de novo casamento.

A jurisprudência tem admitido, em casos diversos, o direito ao cônjuge de manter o nome do consorte mesmo em casos de separação, divórcio ou segundas núpcias, todas as vezes que seja pessoa conhecida no seio social ou no meio artístico com aquele nome. São exemplos típicos as atrizes Luiza Brunet e Lucinha Lins, que mantêm, mesmo depois de divorciadas e casadas pela segunda vez, o sobrenome do primeiro marido, ou seja, “Brunet” e “Lins”.

l) Companheiros ou conviventes: Admite-se a adoção do sobrenome mesmo nas hipóteses de concubinos ou amantes. Em casos em que estejam envolvidas tais pessoas, para adoção do sobrenome de família do concubino, faz-se necessário o preenchimento de alguns requisitos:

- que algum dos concubinos tenha impedimento matrimonial;
- que o concubino concorde com o acréscimo de seu nome ao do(a) concubino(a);
- se tiver filho em comum ou a vida em conjunto perdure por mais de cinco anos (art. 57, §2º da Lei dos Registros Públicos).

Assim, se duas pessoas solteiras formarem uma união estável, uma não poderá crescer o nome da outra, visto que elas não contam com impedimento matrimonial. União estável é reconhecida, hoje, pelo

novo Código Civil em seu art. 1.723, como entidade familiar formada entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição da família; a união estável é formada por conviventes ou companheiros que não contam com impedimento matrimonial. Já o concubinato é entendido, atualmente, como as relações permanentes (não eventuais) entre homem e mulher, impedidos de casar.

m) Transexuais: São transexuais, segundo Euclides de Oliveira, aqueles que sofrem de uma inversão da identidade psicossocial, com obsessiva compulsão por comportamento diverso do sexo anotado em seu registro (Tribuna da Magistratura, março de 1999). A doutrina e a jurisprudência não colocaram ponto final à celeuma.

Primeiramente, bom afirmar que em determinados casos, majoritariamente, a jurisprudência e a doutrina entendem possível a retificação do nome daqueles que se encontram com anomalias no aparelho sexual. Pessoas que no momento do nascimento encontram-se com o sexo inconcluso, indefinido ou disforme, como nos casos de má formação congênita hipospádia ou apresentem, aparentemente, dois sexos e, após alguns anos, mais precisamente com a puberdade, o corpo se forme com maior definição sexual. Nessas hipóteses tem-se admitido a mudança do prenome, de masculino para feminino, ou vice-versa. Também se comprovado o erro na identificação do sexo da pessoa, admite-se a retificação do nome.

A polêmica maior está no caso de transexuais que, por meio de cirurgias, transmudam o formato do aparelho sexual, mudando aparentemente de sexo. Pergunta-se: Admite-se a mudança do prenome, de feminino para masculino ou vice-versa no caso dos transexuais? Essa polêmica ainda será decidida pelos Tribunais e a doutrina tem enfrentado o assunto com muita dificuldade.

Maria Helena Diniz cita um julgamento de 1992, da 7ª. Vara de Família e Sucessões de São Paulo, no qual determinou o juiz, pela primeira vez, ao Cartório de Registro Civil que averbasse a retificação do nome de João para Joana e consignasse a expressão “transexual no campo destinado ao sexo, não admitindo o registro como mulher, apesar de ter sido feita, na Suíça, uma cirurgia plástica, com extração do órgão sexual masculino e inserção de vagina. O magistrado não permitiu a inscrição do sexo feminino no registro e, ao que parece, criou um terceiro estado referente ao sexo. Mandou registrar, não o sexo masculino, nem no feminino, mas como o terceiro gênero: “transexual” (criativo o magistrado!). A razão de fazer constar “transexual” visou deixar explícito que aquela pessoa de sexo feminino não estaria habilitada para o casamento, e objetivava impedir que terceira pessoa fosse induzida a erro (Feito nº 621/

89). Na verdade, essa pessoa ficou inabilitada para o casamento tanto com cônjuge do sexo masculino como do sexo feminino (2002, p. 188).

Poderíamos dizer, por meio de uma interpretação extensiva da lei, ser admissível a adição de “nomes de guerra” (Art. 19 do novo Código Civil), tanto masculinos como femininos, na forma que mencionamos acima (art. 58, parágrafo único da Lei de Registros Públicos), pois a pessoa deve ser intitulada da maneira que é reconhecida na comunidade em que vive. No entanto, não comungamos desse entendimento, de vez que entendemos deva a pessoa receber o nome de acordo com a natureza humana decorrente de seu nascimento, isto é, se nasceu homem, deve receber nome masculino; se mulher, o nome feminino. Até que seja admitida a mudança de nome, jamais se deve aceitar a mudança de sexo, porquanto a legislação só admite dois sexos: masculino e feminino. O Tribunal de Justiça de São Paulo já enfrentou o problema, negando a alteração do nome de um transexual de Edison para Edy (RJTJ, 134/213), tendo o relator fundamentado seu julgamento no padrão sexual de origem da pessoa, que deve sempre ser respeitado na lavratura do nome. Por não estar firme a jurisprudência, será possível, em tese, futuramente, em se mudando os conceitos, aceitar a mutação do nome, a fim de que acompanhe a mudança física.

n) Delator criminal: Pessoas que colaboraram na apuração de crimes, chamadas de deladoras, quando sofrerem coação ou ameaça decorrente desse auxílio, podem requerer judicialmente a modificação do nome, que será concedida pelo magistrado, após oitiva do Ministério Público. (art. 58. Parágrafo Único da Lei dos Registros Públicos). Depois de afastado o perigo, o delator pode requerer nova mudança, retornando ao nome anterior.

Considerações finais

Na realidade, apesar de serem muitas as possibilidades de alteração do nome, a mutação do signo identificador da pessoa deverá ser precedida de razão legítima e aceitável, devidamente motivada, pois não deve o julgador admitir, por simples capricho, a alteração do nome. Não devemos nos afastar da intenção do legislador, que afirma categoricamente ser definitivo o nome. Muitos, com o fito de ocultar a própria identidade ou causar prejuízo a outras pessoas, ou para alcançar benefícios ilícitos, podem utilizar-se da possibilidade de retificação, o que deve ser evitado pela perspicácia do magistrado na análise do caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- BRASIL. Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949. *Dispõe sobre o reconhecimento de filho ilegítimo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- BRASIL. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. *Dispõe sobre os Registros Públicos e dá outras providências*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- BRASIL. Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. *Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- BRASIL. Lei 6815, de 19 de agosto de 1980. *Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração e dá outras providências*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- BRASIL. Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992. *Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- BRASIL. Lei n. 9.708, de 18 de novembro de 1998. *Altera o art. 58 da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. 53 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 18 ed. São Paulo: Editora São Paulo, 2002, v. 1.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975, v. 1.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, v. 1.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. vol. I., 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1995, v. 1.
- MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, t. VII.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 36 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991, v. 1.
- OLIVEIRA, Euclides. *Tribuna da Magistratura – Lei possibilita troca de nome por apelido*, São Paulo, 1999.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, v. 1.
- _____. *Direito Civil – Evolução Histórica*. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. vol 1, 30 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1981, 2000, v. 1.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – parte geral*. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001, v. 1.
- VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro, 2001, v. 1.

Outro Olhar

Por Marcelo Sampaio, sociólogo e professor de fotografia no Senac/Marília

Fotos tiradas na Aldeia Indígena Vanuüre, localizada no município de Arco-Íris, próximo a Tupã, interior de São Paulo. Ali, vivem cerca de 65 famílias, distribuídas entre várias etnias: Kaingang, Krenak, Kaiwá, Fulniô, Terena e Atikun. A aldeia foi fundada no começo do século passado, constituída inicialmente pelos Kaingang, naturais da região. A fundação deu-se no mesmo período em que se iniciou o desenvolvimento do capitalismo no oeste do Estado de São Paulo, alavancado pelo avanço da ferrovia e os acontecimentos daí decorrentes: criação de municípios e ocupação de terras para a cultura do café, fatos que geraram a diminuição drástica do contingente indígena, devido aos violentos confrontos com os "pioneiros" até meados da década de 40. A partir dessa data, começaram a chegar povos indígenas de outras localidades, que desenham a atual configuração étnica da comunidade.

Da terra original, delimitada pelos rios do Peixe, Kaingang, Aguapehy e Iacri, a terra dos índios conta hoje com 292 alqueires, nos quais desenvolve-se o cultivo do milho, amendoim, arroz e feijão. As atividades dos moradores da aldeia são organizadas pela Associação Aikakren, criada em 2000. A aldeia também possui uma escola, um posto de saúde e uma igreja. Recebe o apoio da FUNAI desde a década de 70, e da FUNASA há dois anos. Além de promover encontros para a divulgação da cultura indígena, um dos objetivos principais da coletividade, segundo o cacique Gerson Cecílio Damasceno (Gundjun), é a luta pela ampliação do território da aldeia.



Alunos da escola situada na aldeia



Mãos que plantam, colhem e divulgam a cultura indígena



O cacique Gerson (Gundjun), líder da comunidade, na plantação de feijão da aldeia



João Batista de Oliveira (Burun Rin), trajando colar e cocar feitos por ele mesmo



Maria Aparecida Kaiuá Damasceno (Tcheruwaya), antiga moradora da aldeia



João Batista, tocando flauta feita para comercialização



Irineu Kotuí (Tchopré), na escola da aldeia, relembra o morticínio indígena ocorrido até a década de 40



Pés que perseguem antigos e novos caminhos da vida indígena na aldeia Vanuíre



Irineu vende seu artesanato nos encontros de divulgação indígena



Edmar Adílson (Tchkruc), freqüentador da igreja situada na aldeia, preocupado com a divulgação da cultura indígena

Outro Olhar

Por Luís Paulo Neves, professor de Filosofia, diretor de Estudos do Seminário Provincial Sagrado Coração de Jesus, de Marília/SP. Amigo dos índios Xavante, da Aldeia Dom Bosco

Fotos tiradas na Aldeia Xavante Dom Bosco Owawe, localizada na região sudeste do Estado do Mato Grosso, próxima à cidade de Primavera do Leste. Foram feitas em janeiro/2001 e janeiro/2002, por ocasião de visitas a convite do cacique Domingos Mahoro'e'õ.

Os Xavante consideram-se um povo guerreiro e têm orgulho de si. Lutam por sua identidade, por sua terra e sobrevivência. Por isso, criaram a Associação Comunitária dos Índios Moradores da Aldeia Dom Bosco, para representá-los e defender seus direitos.

Seu cacique é uma pessoa dinâmica e criativa. Luta para tornar sua comunidade auto-sustentável. Lidera uma comunidade de cerca de 130 pessoas.



O cacique Domingo, com sua esposa e oito filhos (no colo, a neta), em frente à sua casa



O cacique Domingo, em frente ao rio Cristalino, uma das preciosidades da aldeia e local de diversão dos xavante



Casa xavante típica. A foto mostra a estrutura de madeira que será coberta com folhas de buruti



Zoila Penoriné, com um filhote de porco do mato, capturado numa caçada



O filho do cacique, Jesus Tsrenhihi, "brincando de índio" no rio Cristalino

A comunidade mobiliza-se para a caça, motivada por rastros deixados por porcos do mato



Calixto e família, em frente de sua casa. A esposa e a filha confeccionam cestos xavante



Maria, a esposa do cacique, começando a confeccionar cesto xavante com a palha do buriti



Crianças xavante reunidas para o almoço comunitário, no dia 1º de janeiro de 2001



Na aldeia, há uma escola de ensino primário. Na foto, um dos professores, o xavante Donato, junto com seu filho

Normas técnicas para publicação

Apresentação de artigos

1- Formato:

Os artigos devem ser apresentados em disquetes identificados (formato word gravado em .RTF), acompanhados de 4 cópias impressas (3 delas sem identificação do autor) em papel branco, tamanho A4 (21,0 x 29,7 cm) com margens de 2,5cm, entrelinhamento 1,5, fonte 12, Times New Roman, observada a ortografia oficial. As páginas devem ser numeradas consecutivamente no canto inferior direito. Os artigos devem contar com no mínimo 20.000 e no máximo 35.000 caracteres.

2-Sequência:

Os artigos devem apresentar a seguinte seqüência:

- a) Título.
- b) Autor(es); (nesta linha deve-se acrescentar símbolo- * - que remeta à nota de rodapé informadora da qualificação do(s) autor(es)).
- c) Resumo (máximo de 10 linhas).
- d) Palavras-chave (máximo de 06 palavras).
- e) Título em inglês.
- f) Abstract.
- g) Keywords (máximo de 06 palavras).
- h) Texto.
- i) Notas finais. A nota de rodapé só é permitida na primeira lauda e para indicar vínculo profissional, auxílios recebidos, apresentação em eventos e atribuição de créditos. As demais notas (apenas explicativas) deverão constar no final do texto enumeradas de acordo com o seu aparecimento, em conformidade com as recomendações da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).
- j) Referências bibliográficas (apenas dos textos citados).

Obs 1: As citações devem ser elaboradas de acordo com a NBR 10520 da ABNT, através do sistema autor-data.

Obs 2: As referências bibliográficas devem ser indicadas de acordo com a NBR 6023 da ABNT, de forma completa quando obra considerada no todo: autor; título; organização, revisão e tradução; edição; local; editor; ano de publicação; número de páginas; volumes; série ou coleção.

Obs 3: Os artigos devem obedecer ao rigor científico e devem estar adaptados aos temas da revista.

3-Anexo:

Os textos devem ser acompanhados de anexo contendo identificação completa, endereço completo para contato, e-mail e/ou número de telefone.

4- Tema:

Direitos Humanos, Cidadania e outros temas que se liguem às questões jurídicas de um modo geral, e que provoquem discussão.

5- Endereço:

O material pode ser enviado para: Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (Revista **Em tempo**), Av. Hygino Muzzi filho, 529 - Caixa Postal 2041. Marília - SP - Cep: 17.525-901 - Tel: (14) 421-0833. Também pode ser entregue na própria Instituição.

6- Prazo de recebimento:

A Revista **Em tempo** estará recebendo artigos, a serem publicados no próximo número, até 15/3/2003.

7-Informações: revista@fundanet.br

DISPOSIÇÕES GERAIS

1- As decisões do Conselho Editorial da Revista da Faculdade de Direito são soberanas, não cabendo recurso de espécie algum.

2- Todos os direitos autorais são reservados, sendo que nenhuma parte da publicação poderá ser reproduzida, destacada ou transformada por qualquer forma ou meio, sem constar o crédito da referência, de acordo com as leis de direitos autorais vigentes no Brasil.

3- A aceitação do trabalho para publicação implica na transferência de direitos do autor para a revista, sendo assegurada à Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha o direito à mais ampla divulgação da informação.

4- Os autores receberão 5 exemplares do número da revista em que foi publicado seu trabalho.

5- O conteúdo dos trabalhos é de exclusiva responsabilidade dos autores

