

# Em tempo

Ano 6 - v.6 - Agosto 2004

ISSN 1516-8964

## REVISTA DE DIREITO DO UNIVEM



**Artigos**

**Pareceres**

**Resumos de  
Dissertações e  
Teses**

**Resenhas de livros**

*Apresentação de Luiz Carlos de  
Macedo Soares, Presidente da FEESR  
e Reitor do UNIVEM*



**UNIVEM**  
Centro Universitário Eurípides de Marília  
Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha

# Em tempo

REVISTA DE DIREITO DO UNIVEM



v. 6 - agosto 2004

*Editoria científica*  
. Lafayette Pozzoli  
. Eduardo Henrique  
Lopes Figueiredo

Em tempo	Marília	v. 6	p. 1-114	2004
----------	---------	------	----------	------

**UNIVEM – CENTRO  
UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE  
MARÍLIA**

*Mantenedora: Fundação de Ensino Eurípides  
Soares da Rocha*

Entidade espírita sem fins lucrativos

Dr. Luiz Carlos de Macedo Soares  
*Presidente da Mantenedora e Reitor*

Hildebrando Tenório Gomes  
*Tesoureiro*

Prof. Jayme Wanderley Gasparoto  
*Vice-Reitor e Coordenador do Mestrado em Direito*

Dr. Márcio Antônio Teixeira  
*Pró-Reitor Acadêmico*

Prof. José C. Miguel de Mendonça  
*Pró-Reitor Administrativo*

Ivan Evangelista Júnior  
*Chefe de Gabinete*

Profª. Mestre Raquel C. Ferraroni Sanches  
*Coordenadora Geral de Licenciaturas*

Prof. Luiz Vieira Carlos  
*Coordenador do Curso de Direito*

Dra. Fátima L. S. Nunes  
*Coordenadora dos Cursos de Informática*

Dr. Edward David Moreno Ordenez  
*Coordenador do Mestrado em Ciência da Computação*

Profª. Mestre Paula Bertho  
*Coordenadora dos Cursos de Letras e Tradutor*

Prof. Fernando Netto  
*Coordenador do Instituto Superior de Tecnologia – IST*

Joviro Gati Magnani  
*Secretário de Cursos*

Endereço: Av. Hygino Muzzi Filho, 529  
CEP 17.525-901 - Marília - SP  
Tel: (14) 2105-0833 - FAX (14) 2105.0890  
Home: <http://www.fundanet.br>  
E-mail: [emtempo@fundanet.br](mailto:emtempo@fundanet.br)

# Em tempo

Revista de Direito do UNIVEM.

UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela  
Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha

**Coord. do Mestrado em Direito do  
UNIVEM**

. Prof. Jayme Wanderley Gasparoto

**Coord. do Curso de Direito do  
UNIVEM**

. Prof. Luiz Vieira Carlos

**Conselho Editorial**

. Prof. André Ramos Tavares (PUC/SP)

. Prof. Benedito Pereira Filho (Univem)

. Prof. Celestino Alves da Silva Jr.

(Univem)

. Prof. Edinilson Donisete Machado

(Univem)

. Prof. Gilberto Giacóia (Univem)

. Prof. Hélio Borghi (UNESP)

. Profª. Hercídia Mara Facuri Coelho

(Univem)

. Prof. Ives Grandra da Silva Martins

(Mackenzie)

. Prof. João Baptista Herkenhoff (UFES)

. Prof. Jorge Luis Mialhe (UNESP)

. Prof. José Renato Nalini (PUC/SP)

. Prof. Lauro Frederico Barbosa da

Silveira (Univem)

. Prof. Luis Fernando Barzotto (PUC/RS)

. Prof. Milton Paulo de Carvalho

(Mackenzie)

Prof. Oscar Vilhena Vieira (Univem)

Prof. Sérgio Luiz Cruz Aguilar (Univem)

Prof. Túlio Vigevani (Unesp)

Prof. Vinício Carrilho Martinez

(Univem)

**Conselho Científico**

. Prof. Adauto de Almeida

Tomaszewski (UEL)

. Prof. Carlos Aurélio Mota de Souza

(Univem)

. Prof. Jayme Wanderley Gasparoto

(Univem)

. Prof. José Aires Rover (UFSC)

. Prof. José Geraldo Alberto Bertoncini

Poker (Unesp)

. Prof. Lafayette Pozzoli (Univem)

. Profª. Norma Sueli Padilha (Univem)

. Prof. Olney Queiroz Assis (Univem)

. Prof. Oswaldo Giacóia Júnior (Univem)

**Supervisão Editorial**

. Prof. Jayme Wanderley Gasparoto

**Editoria Científica**

. Prof. Lafayette Pozzoli

. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo

**Jornalista responsável**

. Bahiji Haje (Reg. 19.458)

**Revisão Bibliográfica**

. Aline Maldonado Corrêa

(CRB 86.365)

**Permuta:**

Aceita-se permuta com revistas congêneres do Brasil e do exterior

**Citação da fonte:** Permite-se a reprodução total ou parcial dos textos com citação expressa da fonte.

**Responsabilidade:** Os trabalhos assinados exprimem conceitos da responsabilidade de seus autores, coincidentes ou não com os pontos de vista da Revista **Em tempo**.

Em tempo / UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília. Revista de  
Direito do UNIVEM.

- v.6, n.1 (Ago. 2004) - - Marília : UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de  
Marília, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, 2004.

Anual

ISSN 1516-8964

1. Direito 2. Direitos Humanos 3. Cidadania 4. Justiça 5. Dignidade da  
pessoa humana I. UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília.

# SUMÁRIO

## **Apresentação**

*Luiz Carlos de Macedo Soares, Presidente da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha e Reitor do UNIVEM.....5*

## **PARTE I**

### **\* Artigos de professores e alunos**

FOUCAULT <i>Oswaldo Giacoia Junior.....9</i>	9
GLOBALIZAÇÃO: CONCEITO E PROBLEMA <i>Alberto Aggio e Hercídia Mara Facuri Coelho.....21</i>	21
JUSTIÇA E DIGNIDADE <i>Gilberto Giacóia.....27</i>	27
OS LIMITES E AS POSSIBILIDADES DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA, CONFORME A PERSPECTIVA DO DIREITO <i>Mariana Moron Saes Braga e José Geraldo Alberto Bertoncini Poker Poker.....39</i>	39
EURO: A MOEDA DA UNIÃO EUROPÉIA <i>Lafayette Pozzoli.....45</i>	45
A CONCEPÇÃO DE PROPRIEDADE NO SEGUNDO TRATADO SOBRE O GOVERNO: NATUREZA E LIMITES À IDÉIA DE CIDADANIA <i>Alexandre de Castro.....51</i>	51
ISENÇÃO DE PIS E COFINS NAS VENDAS À ZONA FRANCA DE MANAUS - ZFM <i>Emanoel Tavares Costa Júnior.....57</i>	57
A ADOÇÃO E O PRECONCEITO INTER-RACIAL <i>Renata Marina Balbo Pavevi e Raquel Rosan Christino Gitahy.....63</i>	63
A TEORIA DA IMPREVISÃO <i>Fabiola de Castro Franco Silveira.....71</i>	71
APONTAMENTO SOBRE O REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA ADVOCACIA PÚBLICA (uma análise comparativa) <i>Carlos Augusto Alcântara Machado.....81</i>	81
MENSAGEM INDESEJADA: O PODER LEGIFERANTE NA CONTRAMÃO DA TECNOLOGIA <i>Mário Furlaneto Neto e José Eduardo Lourenço dos Santos.....87</i>	87

## PARTE II

### \* Pareceres jurídicos

CONSCIENTIZAÇÃO POLÍTICA E EXERCÍCIO DA CIDADANIA (Tribunal de Ética e Disciplina TED-1 da OAB/SP) <i>Carlos Aurélio Mota de Souza</i> .....	93
--	----

TRABALHOS FORENSES – APROVEITAMENTO POR TERCEIROS (Tribunal de Ética e Disciplina TED-1 da OAB/SP) <i>Ernesto Lopes Ramos</i> .....	95
---	----

### \* Resumo de Dissertações e Teses

PROCESSO DE EXECUÇÃO <i>Benedito Pereira Filho (Doutorado - 2002)</i> .....	100
--	-----

A VÍTIMA DA RELAÇÃO DE CONSUMO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR <i>Cláudio César Machado Moreno (Mestrado – 2003)</i> .....	101
--	-----

TUTELA DA PRIVACIDADE NA INTERNET: ASPECTOS CRIMINAIS <i>José Eduardo Lourenço dos Santos (Mestrado – 2002)</i> .....	101
--	-----

### \* Resenhas de livros

DIREITO AUTORAL NA OBRA PSICOGRAFADA <i>Eliseu F. Mota Júnior (Editora Nova Era, Franca, 1999, 195 pgs.)</i> .....	105
---	-----

O ESTOICISMO E O DIREITO - JUSTIÇA, LIBERDADE E PODER <i>Olney Queiroz Assis (Editora Lúmen, S. Paulo, 2002, 544 pgs.)</i> .....	106
---	-----

MITOLOGIAS JURÍDICAS DA MODERNIDADE. <i>Tradução Arno Dal Ri Junior (Fundação Boiteux, Florianópolis, 2004, 150 pgs.)</i> .....	107
--	-----

## PARTE III

* Normas gerais de publicação de trabalho.....	113
--	-----

# APRESENTAÇÃO

*A Revista Em tempo, integrando o Curso de Direito e o Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília, significa que é possível criar formas novas de comunicar. A motivação advinda do MEC – Ministério da Educação - incentivando a integração entre graduação e pós-graduação, demonstra uma preocupação com a produção científica do país. É neste sentido que a Revista Em tempo aponta, representando um instrumento brotado a partir da experiência da instituição.*

*Integram o Conselho Editorial professores de diversas Universidades Brasileiras e estrangeiras, demonstrando a grande interação que a Revista Em tempo conseguiu nos seus seis anos de vida. O Conselho Científico é composto por professores pesquisadores e tem a incumbência de verificar a qualidade científica dos artigos que comporão a Revista. Trata-se de um Conselho cujos integrantes são provenientes, também, de diversas Universidades.*

*Os artigos, escritos por professores e alunos do UNIVEM e de outras Universidades, chamam particularmente a atenção para as pesquisas sobre temas importantes no campo do Direito, notadamente para o humanismo jurídico, como os que dizem respeito, sobretudo, à dignidade da pessoa humana e uma constante atenção às linhas de pesquisas do Programa de Mestrado do UNIVEM, quais sejam: Construção do saber jurídico e Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica.*

*Editar a Revista Em tempo – Volume 6, é acreditar, como acreditaram os seus autores, que os artigos nela contidos possam contribuir para a construção da ciência do Direito. É com o espírito de quem aprendeu que o Direito é o instrumento essencial na construção da paz no mundo que temos a satisfação de levar até você, leitor, o presente trabalho.*

**Luiz Carlos de Macedo Soares, Presidente da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha e Reitor do UNIVEM**





# ARTIGOS



# FOUCAULT

*Oswaldo Giacoia Júnior\**

## **Resumo**

O objetivo desse artigo é apresentar a concepção de bio poder e bio política em Michel Foucault, assim como sua apropriação crítica por Giorgio Agamben. Ele tem também por objetivo refletir sobre problemas sociais e políticos contemporâneos com o auxílio de tais conceitos.

## **Palavras-chave**

Bio poder; bio política; direito, lei, filosofia, crítica.

## **Abstract**

The aim of this paper is to present Michel Foucault's conception of bio politics and bio right with its critical appropriation by Giorgio Agamben. It aims also to reflect about contemporary social and political problems with the help of such ideas.

## **Key-words**

Bio power; bio politics; right; law; philosophy; criticism.

---

*\* Oswaldo Giacoia Junior é professor no Mestrado em Direito da Fundação - UNIVEM. Membro do Departamento de Filosofia (IFCH) da Unicamp (giacoia@tsp.com.br)*

No final do primeiro volume da *História da Sexualidade*, Foucault indica um tema de investigação que, por motivo de sua morte, teve que permanecer como um território muito pouco explorado por sua pesquisa: trata-se, como é sabido, da bio-política, do ingresso da vida natural – daquilo que o filósofo italiano Giorgio Agamben denominou *a vida nua* – na trama das relações e dos cálculos explícitos do saber-poder na sociedade ocidental. “Pela primeira vez na história, sem dúvida, o biológico se refletiu no político; o fato de viver não é mais esse subsolo inacessível que não emerge senão de tempos em tempos, no acaso da morte e da fatalidade; ele passa para uma outra parte no campo de controle do saber e da intervenção do poder. Este não se encarregará mais apenas de assuntos de direito, a respeito dos quais a derradeira contenda é a morte, mas dos seres vivos, e a captura que ele poderá exercer sobre eles deverá se colocar ao nível da vida, considerada nela mesma; é a tomada da vida a seu encargo mais do que a ameaça da morte, que dá ao poder seu acesso ao corpo. Se podemos denominar ‘bio-história’ as pressões pelas quais os movimentos da vida e os processos da história interferem reciprocamente, seria necessário falar de ‘bio-política’ para designar o que faz ingressar a vida e seus mecanismos no domínio dos cálculos explícitos e faz do poder-saber um agente de transformação da vida humana; não se trata, de modo algum, de que a vida tenha sido exaustivamente integrada às técnicas que a dominam e a gerenciam; sem cessar, ela lhes escapa. Fora do mundo ocidental, a fome existe numa escala mais importante que nunca; e os riscos biológicos enfrentados pela espécie são talvez ainda maiores, mais graves, em todo caso, do que antes do nascimento da microbiologia. Entretanto, o que se poderia denominar o ‘limiar da modernidade biológica’ de uma sociedade situa-se no momento em que a espécie ingressa como aposta no jogo nas próprias estratégias políticas. Durante milênios, o homem permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivo e, além disso, capaz de uma existência política; o homem moderno é um animal em cuja política está em questão sua vida de ser vivo”.<sup>1</sup>

Se, num movimento que se desdobra

do final do século XVII e atravessa o século XVIII, consolida-se, na sociedade ocidental, um tipo de poder que caracteriza a sociedade disciplinar, a passagem para o século XIX marca o aparecimento dessa nova grande tecnologia do poder, que Foucault denomina o bio-poder. Uma figura não abole a outra; trata-se antes de uma modificação e de um novo ajustamento nas engrenagens do poder-saber.

“Durante a segunda metade do século XVIII, eu creio que se vê aparecer algo de novo, que é uma outra tecnologia de poder, não disciplinar dessa feita. Uma tecnologia de poder que não exclui a técnica disciplinar, mas que a embute, que a integra, que a modifica parcialmente e que, sobretudo, vai utilizá-la implantando-se de certo modo nela, e incrustando-se efetivamente graças a essa técnica disciplinar prévia. Essa nova técnica não suprime a técnica disciplinar simplesmente porque é de outro nível, está em outra escala, tem outra superfície de suporte e é auxiliada por instrumentos totalmente diferentes”.<sup>2</sup>

Grosso modo, pode-se dizer que é sempre a vida e o corpo que se colocam como a presa do poder na sociedade européia desse período. No entanto, essa presa deve ser considerada numa diferença de escala: a tecnologia do bio-poder pode ser considerada não disciplinar porque não se dirige *prima facie* para os corpos individuais, com o propósito de vigiá-los, treiná-los, utilizá-los, intensificar suas forças e rendimentos, inclusive puni-los, como o fazem as disciplinas. O bio-poder toma a seu encargo a espécie, o homem como ser vivo, a massa global de uma população, sobre cujos processos e ciclos biológicos (como a natalidade, a morbidez, a mortalidade, por exemplo) ele intervém para controlar, normatizar, regulamentar. Trata-se, portanto, no léxico de Michel Foucault, de um acoplamento entre tecnologias disciplinares e regulamentares.

“Dizer que o poder, no século XIX, incumbiu-se da vida, é dizer que ele conseguiu cobrir toda a superfície que se estende do orgânico ao biológico, do corpo à população, mediante o jogo duplo das tecnologias de disciplina, de uma parte, e das tecnologias de regulamentação, de outra. Portanto, estamos num poder que se

incumbiu tanto do corpo quanto da vida, ou que se incumbiu, se vocês preferirem, da vida em geral, com o pólo do corpo e o pólo da população. Biopoder, por conseguinte, do qual logo podemos localizar os paradoxos que aparecem no próprio limite de seu exercício”.<sup>3</sup>

A essa transformação, ocorrida na passagem do século XVIII para o século XIX, afeta o macro registro das instituições de Estado, da soberania e do regime legal, e se distribui por todas as camadas de estratificação da sociedade; a ela corresponde também uma alteração completa no modo de produção e organização da vida social, que poderíamos, grosseiramente, caracterizar como o advento da sociedade burguesa, emergente da revolução industrial.

“A possibilidade de encarregar-se da vida e de seus mecanismos, fazendo com que a espécie entre em suas próprias estratégias políticas, penetrando no domínio dos cálculos e da transformação da vida humana, é o que Foucault considera o ‘limiar de modernidade biológica’ de uma sociedade. Esse limiar é coetâneo do aparecimento, na modernidade, do homem em sua especificidade de ser vivo, como um corpo concreto, sujeito e objeto de si mesmo, com uma historicidade própria. Foucault ressalta, nesse limiar, a importância da proliferação de técnicas políticas investindo todo o espaço da existência”.<sup>4</sup>

Desse modo, a moderna sociedade capitalista deixa progressivamente de se reger por uma ordenação estritamente legal, para se transformar numa sociedade de *vigilância e regulamentação*, em que a norma ultrapassa em importância conferida à estrita legalidade jurídica clássica. Surge assim, a partir do século XIX, um tipo de configuração de poder – complementação entre disciplina e regulamento –, cuja tarefa se especificará, cada vez mais, em termos de ajustamento à norma, pelo agenciamento de ‘mecanismos contínuos, reguladores e corretivos’.

“O que caracteriza o biopoder é a crescente importância da norma que distribui os seres vivos num campo de valor e utilidade. A própria lei funciona como norma devido a suas funções reguladoras. Uma sociedade normalizadora é o efeito histórico de técnicas de poder centradas na vida. A principal característica das técnicas de normalização consiste

no fato de integrarem no corpo social a criação, a classificação e o controle sistemático das anormalidades”.<sup>5</sup>

Trata-se de um tipo de poder em que o fundamental não é mais a segregação, sob a forma do banimento e do degredo, um poder “não tem que traçar a linha que separa as pessoas que obedecem, os inimigos do soberano; ele opera distribuições em torno da norma. Não quero dizer que a lei se apague, ou que as instituições de justiça tendem a desaparecer; mas que, doravante, a lei funciona sempre como norma e que a instituição judiciária se integra cada vez mais a um continuum de aparelhos (médicos, administrativos, etc.) cujas funções são, sobretudo, reguladoras. Uma sociedade normalizadora é o efeito histórico de uma tecnologia do poder centrado sobre a vida. Por relação às sociedades que tínhamos conhecido até o século XVIII, ingressamos numa fase de regressão do jurídico; as Constituições escritas no mundo inteiro, depois da Revolução francesa, os códigos redigidos e reformulados, toda uma atividade legislativa permanente e ruidosa não nos devem iludir: são formas que tornam aceitável Um poder essencialmente normalizador”.<sup>6</sup>

Faz parte da lógica da normalização – e do exercício do poder normalizador fundado na norma – um jogo antitético de inclusão/exclusão, em que os antípodas interagem permanentemente num processo bipolar de inversão. Por meio dele, a norma se define tanto positivamente pela inclusão em seu domínio daquilo que sob ela se subsume, como também negativamente pela exclusão do que não se compreende em seu campo de incidência. Trata-se, todavia, de uma exclusão includente, posto que a norma exige, para sua própria compreensão, assim como para a produção do efeito geral por ela visado (a partição entre normal e anormal), a referência necessária ao excluído de seu campo de extensão.

Desse modo, o investimento da biopolítica sobre a vida se faz por meio do exercício do poder normalizador, pela inclusão/exclusão de indivíduos e grupos nos processos econômicos, pelo ajustamento dos corpos aos aparelhos de produção, por meio de novas estratégias de gestão e administração de recursos, do capital, dos meios de produção, procedimentos e méto-

dos de intensificação e majoração da forças produtivas, que naturalmente incidem também sobre as forças do corpo. Todo esse grande agenciamento incluía tanto o corpo global da população como os corpos dos indivíduos, na forma de um bio-poder que constituiu um elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo.

“Se o desenvolvimento dos grandes aparelhos de Estado, como *instituições* de poder, assegurou a manutenção das relações de produção, os rudimentos da anátomo-e da bio-política, inventados no século XVIII como *técnicas* de poder, presentes em todos os níveis do corpo social e utilizadas por instituições muito diversas (a família como o exército, a escola ou a polícia, a medicina individual ou a administração das coletividades), agiram ao nível dos processos econômicos, de seu desdobramento, das forças que aí estão em operação e os sustentam. O investimento do corpo vivo, sua valorização e a gestão distributiva de suas forças foram indispensáveis nesse momento”.<sup>7</sup>

Nessas condições, e acompanhando a mudança nos modos de aquisição, constituição, acumulação e asseguramento jurídico da riqueza, tornou-se absolutamente necessário proteger bens e recursos valiosos, que, sob as circunstâncias novas, tinham que permanecer fora das mãos de seus proprietários, de possíveis furtos, danificações ou perdas. Para tanto, tornava-se imprescindível uma racionalização das formas de ilegalidade, sobretudo de tornava-se necessária uma delimitação inequívoca das fronteiras da delinquência, que se apresentava como tarefa econômica e politicamente indispensável. É nesse conjunto de transformações que se insere, como se comprova pelo trabalho pioneiro de Foucault, a principal função estratégica do aprisionamento: aquela que consiste na produção da delinquência.

“A partir do momento em que a capitalização pôs nas mãos da classe popular uma riqueza investida em matérias-primas, máquinas e instrumentos, foi absolutamente necessário proteger esta riqueza. Já que a sociedade industrial exige que a riqueza esteja diretamente nas mãos não daqueles que a possuem, mas daqueles que permitem a extração do lucro fazendo-a trabalhar, como proteger essa riqueza? Evidente-

mente por uma moral rigorosa: daí esta formidável ofensiva de moralização que incidiu sobre a população do século XIX ... Foi absolutamente necessário constituir o povo como sujeito moral, portanto separando-o da delinquência, portanto, separando nitidamente o grupo de delinquentes, mostrando-os como perigosos não apenas para os ricos, mas também para os pobres, mostrando-os carregados de todos os vícios e responsáveis pelos maiores perigos.”<sup>8</sup>

Eis aí, portanto, a solução para o curioso enigma que, desde a metade do século XIX, não deixou de acompanhar o discurso sobre a reforma dos aparelhos carcerários. Sabia-se, desde então, que a prisão fracassara em sua alegada função normalizadora, reintegradora, transformadora, em sua tarefa de reeducar para a vida social. Relativamente a esse papel, a prisão simplesmente fracassara desde o início de sua mobilização entre os demais aparelhos modernos de disciplina.

E, no entanto, ela nunca deixou de se constituir como principal, ou mesmo única alternativa em matéria penal. Que lógica, pois, comandaria esse processo, a saber, que as instituições carcerárias protagonizassem, de modo reiterado, tanto um fracasso retumbante, como a confirmação de sua imprescindibilidade? É que o bio poder pode extrair dela um rendimento estratégico: a prisão representava a forma pura, paradigmática, das instituições de vigilância e adestramento numa sociedade disciplinar, ela era nada menos que o modelo a ser seguido pelas demais instituições de seqüestro, como as escolas, os hospitais, os reformatórios, as casernas, as fábricas e oficinas. Além disso, a prisão se encarregava da separação, divisão, circunscrição de um território claramente definido, ela exercia uma função positiva de produção social da *delinquência*.

“Minha hipótese”, escreve Foucault, “é que a prisão esteve, desde sua origem, ligada a um projeto de transformação dos indivíduos. Habitualmente se acredita que a prisão era uma espécie de depósito de criminosos, depósito cujos inconvenientes se teriam constatado por seu funcionamento, de tal forma que se teria dito ser necessário reformar as prisões, fazer delas um instrumento de transformação dos indivíduos.

Isto não é verdade: os textos, os programas, as declarações de intenção estão aí para mostrar. Desde o começo, a prisão devia ser um instrumento tão aperfeiçoado quanto a escola, a caserna ou o hospital, e agir com precisão sobre os indivíduos. O fracasso foi imediato e registrado quase ao mesmo tempo em que o próprio projeto. Desde 1820 se constata que a prisão, longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los ainda mais na criminalidade. Foi então que houve, como sempre nos mecanismos de poder, uma utilização estratégica daquilo que era um inconveniente. A prisão fabrica delinqüentes, mas os delinqüentes são úteis tanto no domínio econômico como no político. Os delinqüentes servem para alguma coisa.<sup>9</sup>

A forma moderna do encarceramento corresponderia, de acordo com essas análises, à instituição de uma figura histórica de poder que caracteriza a sociedade disciplinar. Não se trata mais, doravante, da figura solene da antiga soberania, mas de um poder exercido minuciosamente e distribuído de modo capilar por todo o tecido social, que se exerce por ‘mecanismos contínuos, reguladores e corretivos’, ou seja, não mais do império da lei, mas da introjeção da norma, do controle, da vigilância, da punição. Aquilo que estará efetivamente em jogo nas relações de poder consistirá, doravante, em qualificar, medir, apreciar, hierarquizar as forças vivas, sobretudo investindo sobre seu suporte biológico, os corpos. Antes de tudo são indispensáveis corpos dóceis e úteis.

Por outro lado, no macro registro institucional dos grandes aparelhos de Estado, essa gestão política vida natural, que o poder tomava a seu cargo, é de imediato enquadrada no ordenamento jurídico-político da cidadania. Nesse sentido, observa Giorgio Agamben, seria indispensável deixar de considerar as modernas declarações de direitos fundamentais como proclamações de valores eternos meta-jurídicos, para poder fazer justiça à sua função histórica real no surgimento das modernas soberanias nacionais. “As declarações dos direitos”, escreve ele, representam aquela figura original da inscrição da vida natural na ordem jurídico-política do Estado-nação. Aquela vida nua natural que, no antigo

regime, era politicamente indiferente e pertencia, como fruto da criação, a Deus, e no mundo clássico era (ao menos em aparência) claramente distinta como *zoé* da vida política (*bios*) entra agora em primeiro plano na estrutura do Estado e torna-se, aliás, o fundamento terreno de sua legitimidade soberana”.<sup>10</sup>

Que a vida nua, ou o simples fato do nascimento se apresenta como fonte originária de direitos é o que fica consignado na abertura da Declaração dos Direitos Fundamentais do Homem e do Cidadão da Constituição Francesa de 1789: “Todos os homens permanecem livres e iguais em direitos”. Ora, é em relação a essa inscrição da vida natural na ordem jurídico-política do Estado-nação que se define princípio áureo da moderna noção de soberania, com o expressivo conjunto de metáforas biológicas que a acompanha: “O princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação. Nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer uma autoridade que não emane expressamente da Nação”.

Desse modo, prossegue Giorgio Agamben, as modernas declarações dos direitos devem então ser vistas como o local em que se efetua uma passagem da forma clássica da soberania régia, de origem divina, à nova figura histórica da soberania nacional. As declarações de direitos “asseguram a *exceptio* da vida na nova ordem estatal que deverá suceder à derrocada do *ancien régime*. Que, através dela, o ‘súdito’ se transforme, como foi observado, em ‘cidadão’, significa que o nascimento – isto é, a vida nua natural como tal – torna-se aqui pela primeira vez (com uma transformação cujas conseqüências biopolíticas somente hoje podemos começar a mensurar) o portador imediato da soberania. O princípio da natividade e o princípio da soberania, separados no antigo regime (onde o nascimento dava direito somente ao *sujet*, ao súdito), unem-se agora irrevogavelmente no corpo Estado-nação. Não é possível compreender o desenvolvimento e a vocação ‘nacional’ e biopolítica do Estado moderno nos séculos XIX e XX, se esquecemos que em seu fundamento não está o homem como sujeito político livre e consciente, mas, antes de tudo, a sua vida nua, o simples nascimento que, na passagem do súdito ao cidadão, é investido como tal pelo princípio da so-

berania. A ficção aqui implícita é a de que o *nascimento* torne-se imediatamente *nação*, de modo que entre os dois termos não possa haver resíduo algum. Os direitos são atribuídos ao homem (ou brotam dele) somente na medida em que ele é o fundamento imediatamente dissipante (e que, aliás, não deve nunca vir à luz como tal), do cidadão”<sup>11</sup>.

A essa alteração profunda na natureza e na forma da soberania que corresponde ainda a um acréscimo de importância da norma em detrimento do antigo sistema jurídico da lei, assim como numa mudança decisiva no foco de incidência do poder. A soberania fundada na força da lei e no corpo do rei tinha como insígnia o gládio e como efeito geral a morte: a lei, escreve Foucault, “não pode deixar de estar armada, e sua arma, por excelência, é a morte; àqueles que a transgridem, ela responde, ao menos a título de último recurso, com essa ameaça absoluta. A lei se refere sempre ao gládio”. O bio-poder, todavia, é uma forma de “poder que tem por tarefa tomar a vida a seu cargo, (ele) terá necessidade de mecanismos contínuos, reguladores e corretivos. Não se trata mais de lançar a morte no campo da soberania, mas de distribuir o vivente em um domínio de valor e de utilidade. Um tal poder tem que qualificar, medir, apreciar, hierarquizar, antes do que se manifestar em seu brilho mortal”<sup>12</sup>.

Entretanto, essa mudança de regime não faz desaparecer a clássica e antiga figura do modelo do poder soberano como poder sobre a vida, como o direito de deixar viver e fazer morrer. Porque o soberano tem o direito de matar, ele exerce sobre a vida de outrem uma prerrogativa de concessão “E eu creio que, justamente uma das mais maciças transformações do direito político do século XIX consistiu, não digo exatamente em substituir, mas em completar esse velho direito de soberania –fazer morrer ou deixar viver – com outro direito novo, que não vai apagar o primeiro, mas vai penetrá-lo, perpassá-lo, modificá-lo, e que vai ser um direito, ou melhor, um poder exatamente inverso: poder de ‘fazer’ viver e de ‘deixar’ morrer. O direito de soberania é, portanto, o de fazer morrer ou de deixar viver. E depois, este novo direito é que se instala: direito de fazer viver e de deixar morrer”<sup>13</sup>.

Tomando como base e referência os marcos teóricos que acabam de ser traçados, gostaria de sublinhar dois aspectos que considero de máxima relevância: em primeiro lugar, que o surgimento dos direitos humanos e das garantias fundamentais assegurada nas declarações de direitos dos estados democráticos modernos é estritamente contemporâneo dessa gestão política da vida natural, desse investimento do poder sobre a vida nua – ou seja, desse confisco da vida, sobretudo dos corpos vivos, pelos mecanismos de poder.

Os dois fenômenos podem ser considerados, pois, como se ambos constituíssem o verso e o reverso, ou as duas faces de uma mesma moeda, aquela que configura a forma histórica dos modernos Estados nacionais, e que constituiu um elemento indispensável no desenvolvimento do capitalismo. Essas duas faces podem ser também compreendidas como os dois pólos indefectíveis na relação poder-saber: de um lado, o pólo do exercício do poder, de outro o da resistência que a ele se opõe.

Em segundo lugar, cumpre observar que esses dois processos estão igualmente ligados, do ponto de vista histórico, à configuração do tipo de soberania consolidada no Estado moderno. Desse modo, tanto as modernas declarações de direitos como o bio-poder, com a bio-política que constitui o seu elemento mais essencial, formam corpo com a noção moderna de soberania nacional.

Não se inclui em meus propósitos, de modo algum, questionar a importância fundamental das declarações de direitos como garantia das liberdades públicas, sua função histórica de emancipação e resistência ao arbítrio e à tirania. Pretendo apenas sugerir uma conexão entre esses três termos: a soberania dos modernos estados nacionais, os direitos humanos e a bio-política. Se é negável que, sobretudo como efeito da segunda guerra mundial, multiplicam-se as convenções e declarações de direitos humanos no âmbito de organizações supra nacionais, obliterando assim o vínculo entre direitos humanos e Estado-nação, nem por isso é menos certo que a conexão acima sugerida é historicamente inegável.

A esse respeito, observa Agamben: “É



chegado o momento de cessar de ver as declarações de direitos como proclamações gratuitas de valores eternos e metajurídicos, que tendem (na verdade sem muito sucesso) a vincular o legislador ao respeito pelos princípios éticos eternos, para então considerá-las de acordo com aquela que é sua função histórica real na formação do moderno Estado-nação”.<sup>14</sup>

Ora, a figura de soberania que vemos surgir com o poder normatizador e bio-político, tal como o caracteriza Foucault, não suprimiu, mas se acoplou ao ‘velho direito de soberania’. Este, por sua vez, implica sempre na prerrogativa de decidir sobre o exercício do estado de exceção, e, assim, de algum modo, ‘fazer morrer e deixar viver’. Pois, de acordo com a definição lapidar formulada por Carl Schmitt: “Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet. Diese Definition kann dem Begriff der Souveränität als einem Grenzbegriff allein gerecht werden. Denn Grenzbegriff bedeutet nicht einen konfusen Begriff, wie in der unsauberen Terminologie populärer Literatur, sondern einen Begriff der äussersten Sphäre. Dem entspricht es, dass seine Definition nicht anknüpfen kann an den Normalfall, sondern an einen Grenzfall.”<sup>15</sup>

É por essa razão que, depois dos trabalhos de Foucault, Agamben e outros, não se pode mais passar ao largo da imbricação entre a democracia moderna e relevância política da vida natural para os investimentos de bio-poder. “Somente se compreendemos”, escreve Agamben, “esta essencial função histórica das declarações dos direitos, é possível também entender seu desenvolvimento e suas metamorfoses no nosso século (século XX). Quando, após as convulsões do sistema geopolítico da Europa que se seguiram à Primeira Guerra Mundial, o resíduo removido entre nascimento e nação emerge como tal à luz, e o Estado-nação entra em uma crise duradoura, surgem então o fascismo e o nazismo, dois movimentos biopolíticos em sentido próprio, que fazem portanto da vida natural o local por excelência da decisão soberana”.<sup>16</sup> Agamben tem aqui em vista, manifestamente, os campos de concentração e o totalitarismo político como *loci* privilegiados de manifestação massiva dessa vinculação histórica entre a figura de soberania do moderno Estado-nação e a bio-política.

A esse respeito, pode-se dizer que o trabalho de Agamben prolonga as intuições e algumas das hipóteses teóricas apenas parcialmente desenvolvidas pelo próprio Michel Foucault sobre bio política e bio-poder. Assim, por exemplo, em um de seus textos tardios, podemos ler o seguinte trecho específico: “Afim de contas, o nazismo é, de fato, o desenvolvimento até o paroxismo dos mecanismos de poder novos que haviam sido introduzidos desde o século XVIII. Não há Estado mais disciplinar, claro, do que o regime nazista; tampouco há Estado onde as regulamentações biológicas sejam adotadas de uma maneira mais densa e mais insistente. Poder disciplinar, biopoder: tudo isso percorreu, sustentou a muque a sociedade nazista (assunção do biológico, da procriação, da hereditariedade, assunção também da doença, dos doentes). Não há sociedade a um só tempo mais disciplinar e mais previdenciária do que a que foi implantada, ou em todo caso projetada, pelos nazistas. O controle das eventualidades próprias dos processos biológicos era um dos objetivos imediatos do regime. Mas, ao mesmo tempo em que se tinha essa sociedade universalmente previdenciária, universalmente seguradora, universalmente regulamentadora e disciplinar, através dessa sociedade, desencadeamento mais completo do poder assassino, ou seja, do velho poder soberano de matar”.<sup>17</sup>

Talvez seja justamente em razão daquele vínculo histórico acima indicado que Hannah Arendt já havia sugerido que a crise dos direitos humanos coincide com o declínio do Estado-nação. Ora, com a crise permanente do Estado-nação ao longo do século XX, tornou-se possível o aparecimento, em sua crueza rude, daquela face ominosa da bio-política; o fascismo, o nazismo e o stalinismo, que trouxeram à tona o que há também de violência nos regimes bio-políticos, que fazem da vida natural o ‘local por excelência da decisão soberana’, como escreve Agamben.

Até esse momento, cuidei de preparar as bases para a formulação de uma hipótese que considero de suma importância para a reflexão sobre a temática que hoje nos reúne. Suspeito que, em nossos dias, tanto no plano dos organismos internacionais, assim como no contexto da

realidade brasileira, deparamo-nos com outros cenários, não menos dantescos, não menos cruéis, nos quais novamente se manifesta o sentido próprio da intervenção soberana sobre a vida nua, esta considerada como campo de exercício da decisão soberana.

Com base nesses elementos, permito-me articular a seguinte sugestão: se é verdade que as declarações de direitos e garantias fundamentais do constitucionalismo moderno surgem simultaneamente com o grande empreendimento de normatização, regulamentação e disciplina da sociedade ocidental; se esse movimento é caracterizado por um enredamento da vida natural, da vida nua, no domínio próprio da política, ou seja pela tomada em consideração da vida individual e coletiva nos cálculos de poder soberano; se o que Foucault denominou de bio-política pode ser compreendido também por um tipo de governo que toma a seu cargo a vida dos indivíduos e das populações, no sentido de uma gestão planejada e de uma intensificação de suas forças; então também o discurso libertário das declarações de direitos humanos compõe esse mesmo universo histórico, integra a mesma constelação e toma parte no mesmo processo caracterizado como o surgimento da bio-política e pela forma histórica da soberania dos Estados-nação, ainda que como exercício de resistência contra as pretensões desmedidas desse poder.

E aqui me permito recorrer, uma vez mais, a uma citação de Foucault verdadeiramente seminal para meus propósitos, pois a novidade representada pela configuração histórica do poder, tal como instituída a partir do século XIX, determina, com o advento de um bio-poder, uma nova modalidade histórica da organização política da moderna sociedade ocidental – e com isso também a essência e a estrutura da experiência de soberania que é ainda a nossa hoje, e que, de acordo com importantes indícios, encontra-se em franco processo de desagregação, em transição para outras modalidades, ainda não inteiramente discerníveis, de relações de saber-poder.

“Parece-me que um dos fenômenos fundamentais do século XIX foi, é o que se poderia denominar a assunção da vida pelo poder: se vocês preferirem, uma tomada de poder sobre o homem enquanto ser vivo, uma espécie de es-

tatização do biológico ou, pelo menos, uma certa inclinação que conduz ao que se poderia chamar de estatização do biológico”. Ora, a estatização do biológico implica, naturalmente, a inscrição da vida nua na esfera de decisão da soberania – e, com isso, que vida e morte deixam de ser considerados meros “fenômenos naturais, imediatos, de certo modo originais ou radicais, que se localizam fora do campo político ... Em todo caso, a vida e a morte dos súditos só se tornam direitos pelo efeito da vontade soberana”.<sup>18</sup>

Ora, se o conceito até aqui conhecido e as formas de soberania herdadas dos Estados-nação, tendo entrado em crise permanente já no século passado, revelaram também a face assassina do bio poder na experiência dos campos de concentração e extermínio; e se essa crise prolongada se tornou ainda mais aguda, se aprofundou, generalizou e intensificou com as sistêmicas transformações globais ocorridas no final do mesmo século XX, então se compreende que novos agenciamentos e dispositivos estratégicos comecem a se esboçar também no que se refere aos investimentos de poder político sobre a vida, entendida como *locus* do exercício da decisão soberana.

A vida nua, que desde sempre esteve em jogo como contraface e figura gêmea do poder bio-político - enquanto se abria como espaço de emergência da decisão soberana -, exhibe também hoje, sua aterradora fragilidade nos campos de refugiados palestinos, asiáticos e africanos, por exemplo; mas também emerge, em sua realidade pungente, dos porões sombrios da prisão-símbolo de Abu-Ghraib. É o fenômeno da vida nua que se expõe também nos macabros depósitos de corpos humanos confinados em presídios brasileiros, trazendo à memória que a materialidade do poder sobre os corpos dos indivíduos e das populações simplesmente *sempre esteve aí* - mesmo nas origens do moderno estado democrático de direito.

Pois, como escreve Foucault, “durante séculos o Estado foi uma das formas de governo humano as mais notáveis, uma das mais temíveis também. Basta observar a racionalidade do Estado nascente e ver qual foi o primeiro projeto de polícia para se dar conta que, desde o princípio, o Estado foi, ao mesmo tempo, individuali-

zante e totalitário. Opor-lhe o indivíduo e seus interesses é tão problemático quanto lhe opor a comunidade e suas exigências”.<sup>19</sup>

Desse modo, o processo de agonia do moderno estado nacional, talvez possa ser indiciada, de forma macabra, pelo recrudescimento do terrorismo internacional, que foi capaz de rasgar na face do poder imperial uma cicatriz monstruosa, devastando, com o ímpeto de uma violência inaudita, os seus ícones maiores e mais venerados – protagonizando uma forma macabra de retomada do poder de deixar viver e fazer morrer, ou seja, de decisão soberana sobre a vida nua.

De modo análogo e em sincronia com o processo global, também, no obscuro subsolo dos presídios e reformatórios brasileiros, afirma-se um novo afrontamento que tem por objeto a decisão soberana e a vida nua, a corroborar a impressão – impressão que talvez tenha que permanecer por algum tempo ainda como um pressentimento e uma intuição velada -, de que talvez sejamos nós as primeiras testemunhas de remanejamento em grande escala nas formas tradicionais da soberania.

Refiro-me às recentes rebeliões em cárceres, casas correccionais e presídios vários, que proliferam em diferentes estados brasileiros. Desde o episódio conhecido como o massacre da casa de detenção do Carandiru, até as sublevações incessantemente retomadas nas Febems em São Paulo - mas principalmente as mutilações bárbaras e a hedionda carnificina que foram praticadas na penitenciária de Porto Velho, em Rondônia, e no Estado do Rio de Janeiro.

Seus autores se organizam a partir de comandos com extensas ramificações extracarcerárias (como o Comando Vermelho, ou o Primeiro Comando da Capital), cujas malhas dão suporte a ações coordenadas em rede, com amplo alcance territorial e que, em virtude de sua sólida ligação com o crime organizado e com o tráfico internacional de armas e drogas, ultrapassam largamente os limites de uma única nação.

De acordo com um sofisticado esquema de ação, tecnicamente bem aparelhado, integrantes de grupos rivais proferem e executam a decisão soberana acerca do direito de vida e de morte sobre a *vida nua*, depositada nas prisões

oficiais, onde um Estado em crise não reúne mais as condições de se impor como o detentor efetivo e único titular do monopólio da violência. Sem exagero, pode-se dizer que assistimos, em todos esses casos, uma disputa entre o poder estatal e a resistência que se lhe opõe, tendo estranhamente por objeto a *decisão sobre o estado de exceção*, a saber o exercício do poder de vida e de morte sobre a vida nua. E se, como já observara Michel Foucault, se a violência, ao mesmo tempo individualizante e totalitária sobre a vida nua, é congênita ao surgimento da moderna racionalidade estatal, talvez a novidade desses fenômenos consista em que hoje se contesta eficazmente à soberania oficial dessa forma de racionalidade o direito de decidir sobre o estado de exceção.

Registrando a transformação no modo de exercício de relações de poder no século XIX, assim como os movimentos de resistência a que deram origem, Michel Foucault concecta diretamente a inclusão da vida natural nos circuitos do poder com os movimentos de resistência gerados por esse ingresso da vida nua no domínio do bio-poder: “E contra esse poder ainda novo no século XIX, as forças que resistem tomaram apoio sobre aquilo mesmo que ele investia – quer dizer, sobre a vida e o homem enquanto ele é um ser vivente. Desde o século passado, as grandes lutas que colocam em questão o sistema geral de poder não se fazem mais em nome de um retorno aos antigos direitos, ou em função do sonho milenar de um ciclo dos tempos e de uma idade de ouro. Não se espera mais o imperador dos pobres, nem o reinado dos últimos dias, nem mesmo apenas o restabelecimento das justiças que se imagina ancestrais; o que é reivindicado e serve de objetivo é a vida, entendida como necessidades fundamentais, essência concreta do homem, realização de suas virtualidades, plenitude do possível. Pouco importa se se trata ou não de utopia, tem-se aí um processo muito real de luta; a vida como objeto político foi, de algum modo, tomada literalmente e retornada contra o sistema que empreendia controlá-la”.<sup>20</sup>

Se, como poderíamos ser levados a pensar, com auxílio de Foucault, há dois séculos passados, os afrontamentos decisivos que colocavam em cheque o sistema geral de poder

tenham por objeto a vida, reivindicando suas necessidades fundamentais, a essência concreta do homem, ou a plena realização de suas virtualidades – o que, em grande medida encontrou seu espaço na codificação dos direitos e garantias fundamentais –, talvez essa retomada literal da vida nua como objeto político, em nossos dias, – essa resistência que a faz voltar-se contra o sistema que empreendia controlá-la –, tenha um sentido bastante diverso daquele de há dois séculos passados.

Nesse sentido, talvez estejamos imersos numa crise muito mais radical e profunda do que aquelas que outrora foram enfrentadas com projetos de reforma dos institutos correcionais, com a racionalização e gestão otimizada do sistema carcerário, pautada pelo respeito aos direitos humanos e garantias fundamentais da constituição. Consternados, verificamos aqui a uma repetição sinistra daquilo que sempre ocorreu em termos das relações entre poder e resistência – é sobre o mesmo elemento de apoio que a força de ambos se exerce – poder e resistência ao poder, de modo que a resistência ao poder oficial sempre toma por base de suas ações estratégicas o mesmo campo em que as técnicas de poder intentam controlá-la e neutralizar seus efeitos: a vida nua em sua significação política.

O que gostaria de sugerir é que, no eterno confronto entre poder e resistência – e no peculiar espaço social de manifestação dos efeitos do poder soberano, ou seja, no espaço cerrado e normatizado dos presídios, em que se delimita a rígida fronteira entre criminosos e inocentes, normais e delinquentes sob correção –, isto é, nesse palco por excelência de exibição triunfante do monopólio da violência legal, é nele que se encena, de modo aterrador e ostensivo, o *réquiem* patético da soberania do Estado-nação; é a partir dele que se impugna ao Estado-nação, de modo explícito e ruidoso, a tradicional prerrogativa de decidir sobre o estado de exceção.

O espetáculo que se desenrola em nos morros, favelas, mas também no coração das metrópoles de um país periférico do capitalismo mundial, como o Brasil; aquilo que se passa em seus presídios e institutos correcionais é que a delinquência reivindica para si, com a violência bruta, própria de forças ainda bárbaras, a insígnia

e o capital simbólico mais característico da decisão soberana: o direito de morte sobre a vida nua, num exercício pirotécnico do poder desmesurado de deixar viver e de fazer morrer. É certo que, muitas vezes, nossa consternação diante da brutalidade dos fatos nos mantém como que enfeitiçados por uma ótica moralista, que se compraz em criticar obstinadamente as insuficiências econômicas, a ineficácia crônica das políticas sociais, assistenciais, previdenciárias e de segurança pública das quais deveria se incumbir o Estado brasileiro. Entretanto, talvez estivesse mais do que na hora de superarmos o prisma estreito da indignação moralista, para nos alçarmos ao nível da reflexão histórico-filosófica, com seu escopo ampliado de análise e crítica.

Talvez o que esteja ganhando formas e contornos, em todos esses episódios, seja a dramática perempção de um modelo de soberania, que é contrastado e contradito precisamente em seu fulcro – a decisão soberana sobre o estado de exceção, que, no caso em análise, implica no direito de morte sobre a vida nua, exercido à margem e em aberto confronto com os aparatos normativos, criminológicos, legais, policiais e judiciários do Estado nacional. Que novas figuras de soberania se insinuam nesses limiares de transformação que lentamente nos separam das referências tradicionais e plenamente reconhecíveis nas quais ancorávamos nossa identidade cultural? Quem são os novos soberanos?

Num um de seus últimos livros, *A Constelação Pós Nacional* – com certeza tendo em vista um panorama e uma problemática inteiramente diversos, a saber, o ultrapassamento dos limites políticos determinados dos antigos Estados-nação, com suas respectivas jurisdições essencialmente territoriais –, Jürgen Habermas formula uma observação que, para os nossos propósitos, é de imensa relevância.

Referindo-se às implicações trans- e supra-nacionais dos efeitos ecológico-ambientais das novas tecnologias, Habermas escreve: “Por meio da perturbação dos ciclos ecológicos e da vulnerabilidade a perturbações por parte das grandes instalações técnicas, surgiram novos riscos que ultrapassam fronteiras. ‘Tchernobyl’, ‘buraco na camada de ozônio’, ou ‘chuvas ácidas’ sinalizam acidentes e mudanças eco-

lógicas que, em virtude de sua intensidade e extensão, não se deixam mais controlar no quadro nacional e que, nessa medida, sobrecarregam a capacidade de organização de estados particulares. Também em outros aspectos tornam-se porosas as fronteiras do Estado. Isso vale para a criminalidade organizada, sobretudo para o tráfico de drogas e armas”.<sup>21</sup>

Pergunto-me se em todos esses acontecimentos de inaudita dramaticidade, em que os criminosos administram e executam a decisão soberana sobre a vida nua – para o espanto catatônico da sociedade civil e dos aparelhos de Estado – ou seja, em que a mutilação de corpos, a sumária condenação à morte, seguida de pronta e brutal execução, em suma, a decretação do estado de exceção, sob a forma dos toques de recolher, do fechamento do comércio, da aberta intimidação, se eles também não encontram enquadramento adequado na linha de reflexão sugerida por Habermas - a saber, no constatável processo de declínio da soberania configurada nos Estados-Nação.

E se assim é, então a forma de manifestação dessa agonia deve necessariamente coincidir com o domínio privilegiado de afrontamento das relações entre poder e resistência no mundo moderno: o campo da vida nua, campo em que os corpos são tomados em conta pelas relações de poder e de dominação. Valeria a pena, tendo isso em vista, que nossas intervenções se limitassem ao discurso recorrente sobre a urgente e inequívoca necessidade de reforma dos sistemas prisionais? Sem ignorar as razões humanitárias que tornam urgentes tais reformas, não seria igualmente imprescindível levar também em conta que, a nível sistêmico, talvez esteja em curso uma transformação profunda no próprio tipo histórico de relações de poder e soberania a cujo surgimento a prisão moderna esteve associada como regime modelar? Suspeito que uma reflexão filosoficamente acurada e historicamente bem instruída sobre nossos antigos circuitos discursivos a respeito de privação da liberdade, sistemas carcerários e direitos humanos poderia descortinar novos horizontes teóricos e práticos, que permitissem vislumbrar pontos de intervenção, linhas de resistência, vetores para o pensamento e a ação, que

nos auxiliassem a formular com mais lucidez nossas questões e identificar a verdadeira natureza e a extensão dos impasses em cujas malhas nos debatemos.

## Bibliografia

<sup>1</sup> Foucault, M. *Histoire de la Sexualité. La Volonté de Savoir*. Paris: Gallimard, 1976, p. 187s. Salvo indicação em contrário, as traduções são de minha autoria.

<sup>2</sup> Foucault, M. *Em Defesa da Sociedade. Curso no Collège de France (1975-76)*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 288s.

<sup>3</sup> Foucault, M. *Em Defesa da Sociedade. Curso no Collège de France (1975-76)*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 302.

<sup>4</sup> Portocarrero, V. *Normalização e Invenção: Um Uso do Pensamento de Michel Foucault*. In: Calomeni, T. (Org.). *Michel Foucault. Entre o Murmúrio e a Palavra*. Campos/RJ: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2004, p. 141.

<sup>5</sup> Id. p. 141s.

<sup>6</sup> Id. 190s.

<sup>7</sup> Foucault, M. *Histoire de la Sexualité. La Volonté de Savoir*. Paris: Gallimard, 1976, p. 185s.

<sup>8</sup> Foucault, M. *Sobre a Prisão*. In: *Microfísica do Poder*. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, p. 129s.

<sup>9</sup> Foucault, M. *Sobre a Prisão*. In: *Microfísica do Poder*. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, p. 129s.

<sup>10</sup> Agamben, G. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 134.

<sup>11</sup> Agamben, G. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 135.

<sup>12</sup> Foucault, M. *Histoire de la Sexualité. La Volonté de Savoir*. Paris: Gallimard, 1976, p. 189s.

<sup>13</sup> Foucault, M. *Em Defesa da Sociedade. Curso no Collège de France (1975-76)*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 287.

<sup>14</sup> Agamben, G. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 134.

<sup>15</sup> Schmitt, Carl. *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. Berlin: Duncker und Humblot Verlag, 1990, p. 11. “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção. Essa definição apenas pode fazer justiça ao conceito de soberania, como a um conceito-limite. Pois conceito-limite não significa um conceito confuso, como na impura terminologia da literatura popular, mas um conceito da mais extrema esfera”.

<sup>16</sup> Agamben, G. Op. cit. P. 135.

<sup>17</sup> Foucault, M. *Em Defesa da Sociedade. Curso no Collège*

*de France (1975-76)*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 309s.

<sup>18</sup> Id. P. 285-286. As duas citações feitas nesse parágrafo se referem ao texto indicado na presente nota.

<sup>19</sup> Foucault, M. *Dits et Écrits IV*, op. cit. p. 160.

<sup>20</sup> Foucault, M. *Histoire de la Sexualité*, op. cit. P. 190s.

<sup>21</sup> Habermas, J. *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 1998, p. 105s.

# GLOBALIZAÇÃO: CONCEITO E PROBLEMA

*Prof. Dr. Alberto Aggio\**

*Profa. Dra. Hercídia Mara Facuri Coelho\*\**

## **Resumo**

Este artigo visa discutir as diferentes visões a respeito do fenômeno da globalização e apresentar, em termos sintéticos, o pensamento daqueles que a defendem bem como dos seus críticos. Ressalta, também, a concepção de “democracia cosmopolita” elaborada por David Held, um dos principais analistas do fenômeno da globalização.

## **Palavras-chave**

Globalização, mundialização, democracia, cidadania, governo.

## **Abstract**

This paper examines the different ways globalization has been considered, briefly presenting the arguments of the defenders, as well as those of the critics. It is also emphasized the concept of “cosmopolitan democracy”, of David Held, one of the main globalization analysts.

## **Key-words**

Globalization, mundialization, democracy, citizen-ship, government.

---

*\* Prof. Dr. Alberto Aggio (Unesp/Franca) é livre-docente pela Faculdade de História, Direito e Serviço Social (FHDSS/Unesp) e pós-doutorado pela Universitat de Valencia, UV, Espanha.*

*\*\* Profa. Dra. Hercídia Mara Facuri Coelho (UNIVEM) é livre-docente em História e doutoranda em Direito. É professora do curso de Mestrado em Direito do UNIVEM.*

“O planeta Terra já não é mais apenas um ente astronômico, mas também histórico. O que parecia ou era uma abstração logo se impõe a muitos como realidade nova, pouco conhecida, com a qual há que se conviver. O planeta Terra torna-se o território da humanidade”, (Ianni, 2000).

Existem diferentes visões e definições a respeito da globalização. Alguns analistas a consideram simplesmente como um fenômeno econômico que se reporta quase que exclusivamente à integração de mercados financeiros e comerciais. Outros procuram dar mais atenção aos aspectos relativos à dimensão de comunicação do fenômeno ou então a dimensões culturais, tecnológicas, migratórias ou ecológicas para afixarem a existência de um processo de interdependência mundial. Nesse emaranhado de referências percebe-se, contudo, que não há muita ênfase nos problemas relativos ao fluxo de mão de obra entre países e regiões e nem nos diversos impactos que se pode observar na vida social das pessoas bem como no plano da subjetividade.

Sabemos que o processo de mundialização se iniciou com a expansão da Europa Ocidental a partir dos séculos XV e XVI. Desde então esse processo, sob a égide do Ocidente europeu, assumiu várias formas, modificou-se com o passar do tempo, mas foi substantivamente imparável. O Ocidente construiu inclusive as noções de Novo Mundo, Oriente, África, etc. Todas essas regiões do globo sofreram o impacto da expansão dos europeus e depois dos norte-americanos. Em todas elas estabeleceu-se uma dialética de conquista, destruição e antagonismo ao mesmo tempo em que também se processou aspectos de convergência, diversidade e integração. Em outras palavras, sabemos que esse processo agrediu, mutilou e até mesmo eliminou povos inteiros, com suas estruturas sócio-culturais e civilizatórias. Contudo, sabemos também que os povos dos vários lugares do mundo que foram impactados pelo mercantilismo, pelo colonialismo e pelo imperialismo sempre demonstraram capacidade de assimilar e traduzir em seu benefício elementos civilizatórios dos dominadores, inclusive, para elaborar perspectivas de

auto-afirmação e superação da sua situação de colonizado ou dominado.

Mas não é exclusivamente a esse processo histórico que nos referimos quando falamos de globalização. É importante lembrar que globalização é um termo que aparece e se fixa na linguagem contemporânea – primeiro, acadêmica e depois coloquial - nas últimas décadas do século XX. Refletindo sobre esse momento da História, há autores, como Samuel Huntington (1994), que vêem no colapso e desaparecimento do comunismo histórico e na retomada da democracia política em várias partes do mundo nas duas últimas décadas do século XX, o embasamento conjuntural da globalização. Esta seria, portanto, o resultado e a expressão de uma nova “onda democratizante”. A globalização, enfim, estaria conectada à expansão da democracia pelo mundo.

Independentemente da validade ou não dessas interpretações, o fato é que a partir do estabelecimento da globalização, o mundo ficou menor, as distâncias assumiram outra perspectiva e o contato entre os seres humanos se tornou muito mais efetivo do que antes. Como observou A. Giddens (2000), passamos a estar “em contato regular com outros que pensam diferentemente e vivem de forma distinta de nós”.

Numa outra perspectiva, procurando ver as potencialidades mais profundas de transformação que a globalização apresenta para a história da humanidade, o filósofo espanhol Fernando Quesada (2004), construiu a reflexão em torno da qual a globalização tem realizado, até o momento, uma verdadeira ruptura no imaginário político que se construiu no mundo ocidental desde os inícios da modernidade, tendo como base a idéia do contrato social. Para Quesada, inclusive, se poderia também pensar que a globalização estaria abrindo as possibilidades de produção de “um novo imaginário político” que, com todos o problemas que possa vir a apresentar, ainda assim, superaria tanto o longínquo imaginário político grego (baseado no pertencimento à polis) quanto aquele aberto com a modernidade a que nos referimos acima.

De forma ampla mas também contundente, o sociólogo Octavio Ianni (2000) procurou definir a globalização como “um novo surto de universalização do capitalismo, como modo



de produção e processo civilizatório”. Para o saudoso sociólogo brasileiro, a globalização seria um processo que simultaneamente “desafia, rompe, subordina, mutila, destrói ou recria outras formas sociais de vida e de trabalho, compreendendo modos de ser, pensar, agir, sentir e imaginar”.

Estabelecido esse processo, emergiria uma sociedade global que pode ser pensada, de acordo com Ianni, “como uma totalidade abrangente, complexa e contraditória”. Compreender os traços e as características dessa nova realidade social não é uma questão simples. Essa sociedade global é evidente e inquestionável em muitos lugares e ao mesmo tempo incógnita, fugaz, invertida ou imaginária em outros. Ela não pode ser definida como um processo de homogeneização e integração sem ao mesmo tempo ser pensada também como uma sociedade de diferenciação e fragmentação. Octavio Ianni procura se aproximar ao máximo de uma compreensão dessa nova realidade afirmando que

“a sociedade global está sendo tecida por relações, processos e estruturas de dominação e apropriação, integração e antagonismo, soberania e hegemonia. Trata-se de uma configuração histórica problemática, atravessada pelo desenvolvimento desigual, combinado e contraditório. (...) Desde o princípio, pois, a sociedade global traz no seu bojo as bases do seu movimento. Ela é necessariamente plural, múltipla, caleidoscópica” (Ianni, 2000).

Do outro lado deste já pequeno mundo, dois grandes especialistas no tema, David Held e Antony McGrew (2001), entendem que se poderia pensar a globalização como algo bastante reconhecível. Ela é, antes de mais nada, um termo que visa identificar “a escala ampliada, a magnitude crescente, a aceleração e o aprofundamento do impacto dos fluxos e padrões transcontinentais de interação social”. Com ela, foi a escala da organização humana que se alterou; a partir dela enlaçou-se todo o globo e expandiram-se as relações de poder por todo o planeta. Com a globalização evidenciou-se a dificuldade ou até o equívoco de se pensar separadamente os assuntos internos e externos dos países, em to-

dos os âmbitos. Por essa razão, as principais tradições da política ocidental, tais como o conservadorismo, o liberalismo e o socialismo, não ofereceram até o momento nem interpretações coerentes e nem conseguiram dar respostas adequadas a um mundo marcado pela globalização.

Dessa forma, seja qual for a definição, sabemos que os impactos da globalização não são homogêneos e por isso, em qualquer análise desse fenômeno, há que se observar sempre o grau e a magnitude de integração a ele de países, regiões ou mesmo grupos sociais. Em outras palavras, a globalização é efetivamente um processo irregular e não é vivida nem experimentada de maneira uniforme.

Mesmo assim, não seria incorreto afirmar que entramos no século XXI sem, contudo, termos uma interpretação concreta nem da globalização nem da sociedade global que tenha alcançado condição de ortodoxia nos círculos acadêmicos. Em outros termos, a globalização está em debate e não há consenso sobre o seu significado.

Grosso modo, é possível identificar duas grandes correntes de interpretação: os globalistas e os céticos. Os primeiros entendem que a globalização é um processo real e profundamente transformador. Os segundos consideram exagerado esse diagnóstico e que por essa razão é mais complicado compreender verdadeiramente as forças que estão modelando a sociedade atual e também as opções políticas que se apresentam no cenário mundial.

Essa disjuntiva entre globalistas e céticos expressa um dualismo bastante tosco e se baseia em interpretações contrapostas extraídas de argumentos e opiniões entendidas como aproximáveis. Ela conforma, portanto, a configuração de dois tipos ideais, úteis do ponto de vista analítico e investigativo para indicar áreas de consenso e disputa em torno da questão central, a globalização.

Apesar das suas imensas diferenças – que mencionaremos em seguida –, podemos dizer que ambos os lados compartilham algumas avaliações comuns a respeito da realidade atual. Destacariamos:

1. ambos consideram que, nas últimas décadas, ocorreu um notável crescimento da interconexão econômica dentro das regiões e en-

tre elas, ainda que com conseqüências multilaterais e desiguais em diferentes comunidades;

2. a competição (política, econômica e global) interregional e global desafia as velhas hierarquias e gera novas desigualdades de riqueza, poder, privilégio e conhecimento;

3. os problemas transnacionais e transfronteiriços, tais como a extensão de alimentos geneticamente modificados, a lavagem de dinheiro e o terrorismo global, têm demandado crescente protagonismo, colocando em questão diversos aspectos do papel, das funções e das instituições tradicionais de prestação de contas dos governos nacionais;

4. expandiu-se a governança internacional nos âmbitos regional e global – da União Européia a OMC – que coloca importantes questões normativas sobre o tipo de ordem mundial que se está construindo e quais são os interesses a que ela serve;

5. esses desenvolvimentos exigem novas maneiras de pensar sobre a política, a economia e a mudanças cultural. Exigem também respostas imaginativas por parte dos políticos e dos gestores sobre as futuras possibilidades e formas de regulação política efetiva e de controle democrático (Held & McGrew, 2001).

Apesar do reconhecimento dessas duas correntes de que existe um processo agudo e profundo de mundialização, creio que deveríamos demarcar as diferenças entre globalistas e céticos, pelo menos, no que se refere aos elementos centrais da divergência entre ambos.

Para os céticos, o que se entende por globalização não é mais do que um conjunto de processos de internacionalização, isto é, um crescente vínculo entre economias e sociedades nacionais essencialmente distintas, de regionalização e de “triadização”, ou seja, de agrupamentos geográficos e econômicos transfronteiriços. Os céticos apontam que processos como esses já se vivenciaram na história. Argumentam também que há um claro descompasso entre o discurso da globalização e um mundo no qual a maior parte da vida cotidiana das pessoas está dominada por circunstâncias nacionais e locais. Por fim, poderíamos dizer que, para os céticos, a globalização é uma construção mitológica necessária no sentido de “justificar e legitimar o processo global neoli-

beral, ou seja, a criação de um mercado livre global e a consolidação do capitalismo anglo-americano nas principais regiões econômicas do mundo” (Held & McGrew, 2003). Essa visão é compartilhada por alguns pensadores marxistas, para os quais, a globalização é uma nova forma de imperialismo, fundada nas necessidades e nas exigências do capital financeiro central e garantida pelos mecanismos de controle e vigilância multinacionais (G7, Banco Mundial, etc.). Na situação atual, alguns céticos afirmam categoricamente que a nova ordem mundial não se sustentaria sem a hegemonia norte-americana e que a globalização não é outra coisa que “americanização”.

Além das objeções acima apresentadas, é possível também recolher visões surpreendentemente mais radicais contra a globalização. Para George Soros (2002), um homem que fez fortuna com a especulação financeira mundial, a globalização anulou os avanços alcançados pelo Estado de bem-estar social deixando milhões de pessoas sem uma proteção razoável. Além disso, a globalização é, para ele, extraordinariamente perversa porque permite aos capitais um movimento inaudito ao redor do mundo enquanto cria imensas dificuldades para o movimento das pessoas. A globalização concentra riquezas e, por isso, distribui mal os recursos. Enfim, para Soros, a globalização cria um cenário de insegurança e, mais do que isso, está baseada em mercados financeiros globais fortemente propensos a crises descontroladas.

A todas essas visões, os globalistas respondem, por meio de vários argumentos, procurando rechaçar a afirmação segundo a qual globalização é sinônimo de americanização ou de imperialismo ocidental. Para esses, a globalização é resultado de mudanças estruturais mais profundas na escala da organização social moderna que evidenciaríamos: o crescimento das corporações multinacionais, dos mercados financeiros mundiais, da difusão da cultura popular e da importância da atenção quanto à degradação do meio ambiente. Para os globalistas o enfoque espacial é essencial: é necessário ver as atividades e relações que cristalizam a escala inter-regional e intercontinental, e não apenas a escala local e nacional; todas elas devem ser vistas não em termos hierárquicos e excludentes, mas sim, nas in-

ter-relações entre essas diferentes escalas, consideradas de maneira fluida e dinâmica.

Não somente a dimensão espacial-geográfica é importante para os globalistas. Eles pensam também a partir da História, a partir da idéia da “longa duração”, ou seja, da perspectiva dos padrões de longo alcance para a mudança histórica secular. Em outras palavras, “para se compreender a globalização é preciso localizá-la no contexto das tendências seculares do desenvolvimento histórico mundial” (Held & McGrew, 2003). Assim, é preciso compreender as fases desse desenvolvimento e suas diferenças, suas formas históricas distintas. Nesse sentido, deve-se verificar “como variaram os padrões da globalização ao longo do tempo para se poder assim estabelecer o que é o mais característico da fase atual”. Por essa razão, os globalistas procuram enfatizar as investigações em torno de três aspectos principais: 1. a transformação dos padrões tradicionais de organização sócio-econômica; 2. a transformação do princípio territorial; e 3. as transformações na esfera do poder. Esse último aspecto é, por assim, dizer, a preocupação mais forte dos globalistas. Objetiva-se compreender essencialmente a sua instrumentalização, sua configuração e distribuição, e seu impacto. Daí um dos núcleos essenciais da discussão dos globalistas vincule as idéias de governança democrática e cidadania global.

Do nosso ponto de vista, os problemas atuais vivenciados pelo planeta, antes do brado “um outro mundo é possível”, comportam melhor a indagação: “é possível uma outra globalização?” Se considerarmos a globalização como um fenômeno complexo, cheio de nuances ou possibilidades e não como algo estabelecido pelo padrão geral da chamada globalização econômica, que tem por base os fundamentos do neoliberalismo, poderíamos supor uma perspectiva ou uma estratégia de ação que enfrentasse os desafios colocados por essa nova fase.

Nessa direção, seguiremos as indicações de David Held (2000) com o objetivo de apresentarmos uma rede de alternativas pensadas não somente no sentido de se adaptar à globalização e sim na perspectiva de se pensar novas formas de globalização ou uma outra globalização. O pesquisador inglês sugere cinco encaminhamen-

tos para a construção daquilo que ele conceitua como “concepção cosmopolita da democracia”:

Em primeiro lugar, a regulação da volatilidade dos mercados financeiros internacionais e da busca especulativa de lucros de curto prazo. Isso poderia ser feito por meio do incremento substancial da regulação e da transparência das operações bancárias e financeiras, da aplicação de impostos que incidam sobre essas mesmas operações e sobre aquelas que envolvessem divisas internacionais. Essas medidas expressariam uma opção política pela retenção pelos governos do controle dos capitais e visariam forçar os mercados de curto prazo a concordarem com as intervenções democráticas na vida econômica. Elas contrariam fortemente a globalização entendida a partir do ponto de vista neoliberal.

Em segundo lugar, em um plano também global, seria necessário construir novas formas de coordenação econômica. Seria fundamental a criação de uma nova entidade internacional de coordenação econômica uma vez que no cenário atual predomina a fragmentação de políticas entre FMI, Banco Mundial, OECD e G7. Neste ponto, o essencial é o reconhecimento de que haja uma autoridade econômica internacional de coordenação que garanta e oriente as políticas econômicas já estabelecidas ou então seja capaz de implantar novas, reconhecidas e elaboradas pelas autoridades públicas.

De acordo com D. Held, é necessário, em terceiro lugar, ampliar a legislação no sentido de estabelecer um contra-peso aos custos impostos pelo mercado, tanto em termos ambientais quanto sociais. Entretanto, há que se ter sutileza nesse empreendimento uma vez que se trata da alteração de normas de livre mercado e do sistema mundial de comércio para atuar no sentido da defesa tanto de objetivos de proteção social quanto de defesa do meio ambiente. O objetivo aqui é introduzir novas condições que potencializem investimentos e aumente responsabilidades no interior do sistema econômico global, a fim de suprir e complementar acordos coletivos e medidas de bem-estar social, quer em âmbito nacional quer regional. Enfim, é preciso construir um sistema que introduza a responsabilidade e a regulação nos mecanismos institucionais com o propósito de coordenar o investi-

mento, a produção e o comércio. Visa-se, assim, construir um novo pacto entre poder econômico, democracia e Estado de bem-estar social.

Em quarto lugar, há que se propor uma nova ordem internacional que considere a reversão do domínio das grandes potências nos organismos institucionais globais para que se possa adotar medidas que enfrentem a pobreza e os obstáculos ao desenvolvimento econômico, como por exemplo, o cancelamento das dívidas dos países pobres, no sentido de se criar as bases para um fortalecimento do capitalismo global, resultante e compatível com a aplicação de uma série de procedimentos e mecanismos democráticos.

Por fim, estaria apontada a perspectiva de criação de um sistema de prestação de contas em escala global, que teria todas as condições de ser iniciado e aprofundado na União Européia, a partir da superação dos deficits democráticos que se estabeleceram no momento da sua organização. Esse movimento contaria efetivamente com uma maior valorização do Parlamento Europeu como órgão de tomada de decisões. No que se refere ao âmbito institucional mais global, haveria que se apresentar um projeto concreto de reestruturação do Conselho de Segurança das Nações Unidas para dar mais presença e poder aos países em desenvolvimento. Faria parte também dessa estratégia de um governo mundial, o melhoramento dos mecanismos de prestação de contas das entidades econômicas internacionais e/ou transnacionais e da mesma maneira, um fortalecimento da capacidade, dentre outras instituições, daquelas vinculadas à defesa dos direitos humanos.

O que nos apresenta David Held (2000), efetivamente, é uma perspectiva ativa de intervir no interior da nova situação mundial marcada pela globalização no sentido de preparar e de visualizar o cidadão como uma entidade não apenas nacional ou local, sem prescindir dessas dimensões. De acordo com Held, “no futuro, os cidadãos não apenas deverão ser cidadãos de suas próprias comunidades, mas das zonas em que vivem e também da própria ordem global. Devem participar de distintas comunidades políticas, de cidades e áreas sub-nacionais, a países, zonas supra-nacionais e redes globais mais amplas” Esse projeto cosmopolita, de acordo com

Held, supõe e compartilha a extensão radical do processo que desvincula a autoridade política legítima dos Estados e das fronteiras e, ao mesmo tempo, institui ao conjunto do país formas legítimas de governo. David Held faz questão de agregar: “sempre que esse processo esteja circunscrito a um extenso compromisso com os direitos e os deveres democráticos”.

Para finalizar essa reflexão em torno do conceito e dos problemas que surgem frente a compreensão de que estamos numa era globalizada da história, bem como frente às possíveis estratégias que estão presentes no cenário mundial atual é possível afirmarmos que, pelo menos, uma coisa já sabemos: a globalização não é a refiguração de uma sociedade mundial harmoniosa, como muitos imaginam. Não é tampouco um processo universal de integração global desprovido de conflitos culturais e civilizatórios. Ampliando a interdependência, a globalização tanto pode abrigar futuras animosidades ou antagonismos como também engendrar a xenofobia ou alimentar políticas reacionárias. O desafio é imaginar que ela possa, ao contrário, unificar o gênero humano.

## Bibliografia

GIDDENS, Antony. *O mundo em descontrole* – o que a globalização está fazendo de nós. Rio de Janeiro: Record, 2000.

HELD, David & MCGREW, Antony. *Globalización/Anti-globalización* – sobre la reconstrucción del orden mundial. Barcelona: Píados, 2003.

HELD, David & MCGREW, Antony. *Prós e contras da globalização*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

HELD, David. “La globalización” In MARTÍN, Jacques (ed.). *Tercera vía o neoliberalismo?* Icaria: Barcelona, 2000, p. 141-155.

HUNTINGTON, Samuel. *A Terceira Onda*. São Paulo: Ática, 1994.

IANNI, O. “Globalização e nova ordem internacional” In AARÃO, D. e outros (org.). *O Século XX – o tempo das dúvidas*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000, p.205-224.

QUESADA, Fernando. “ Procesos de globalización: hacia un nuevo imaginario político”. In QUESADA, Fernando (Ed.). *Siglo XXI: un nuevo paradigma de la política?* Barcelona: Anthropos; Palma de Mallorca: Universitat de les Illes Balears, 2004, p. 11-43.

SOROS, George. *A globalização*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

# JUSTIÇA E DIGNIDADE

*Gilberto Giacóia \**

## Sumário

Pensar a justiça em nossos dias, eis a questão? Numa sociedade pluralista, inserida em contexto global, como se pretende sejam as democracias modernas, busca-se uma idéia funcional de justiça, essencialmente política. Cidadania nacional ou mundial? Ocorre que, nesses tempos de esgotamento da tradição, marcados pela perda de sentido e cogência por parte dos supremos valores em que se baseou a civilização ocidental, as esferas culturais da ética, da política e do direito, parecem ter perdido as referências axiológicas que davam sustentação e embasamento ao ordenamento jurídico-político da sociedade moderna. Assim, conceitos e valores como justiça, equidade, imparcialidade, igualdade e liberdade, perderam a força normativa sobre a qual se assentava tanto a reflexão ético-filosófica, quanto o projeto sócio-político que culminou com as revoluções americana e francesa, deixando expressivo legado normativo nas declarações de direitos. O niilismo ético e o relativismo epistemológico de nossos dias acabou por colocar em questão a própria noção de natureza humana e, com ela, a idéia de valores que originassem direitos e garantias universais. A tensão que marca a oposição entre fato e norma impõe, desta forma, a necessidade de profunda reflexão sobre as idéias contemporâneas de justiça, direito, Estado e democracia, que não pode ser feita senão combinando as contribuições oriundas da ciência jurídica e da filosofia. O presente texto pretende oferecer parvos subsídios para tal reflexão, apresentando-se como o horizonte teórico para onde confluem os ideais de igualdade e liberdade que permitam, a partir da herança cultural da tradição jus filosófica clássica, a compreensão adequada tanto dos problemas, impasses e dificuldades, quanto do imenso potencial de renovação e reconstrução envolvido nas discussões contemporâneas sobre as idéias de justiça.

## Palavras-Chave

Justiça. Igualdade. Liberdade. Cidadania. Humanidade. Felicidade. Libertação. Dignidade. Participação. Pessoa Humana. Epistemologia.

---

\* *Gilberto Giacóia é Procurador de Justiça, Pós-doutor em Direito e professor do curso de Mestrado em Direito do UNIVEM.*

## Abstract

Thinking about justice nowadays, that is the question. In a pluralistic society, in a global context, as the modern democracies are supposed to be, there is a search for a functional idea of justice, basically a political one. National or worldwide citizenship? In these times, when traditions are fading and losing sense and cogency of the supreme values on which the Western World is based, the cultural environment of ethics, politics and law seems to have lost the axiological references that provided the basis and support for the legal and political system of the modern society. Thus, concepts and values such as justice, equity, impartiality, equality and liberty have lost the normative power on which the ethical and philosophical reflection was based as well as the social political policy that culminated in the American and French Revolutions whose expressive normative heritage is found in the declaration of rights. The current ethical nihilism and epistemological relativism have eventually raised the question of the proper notion of human nature and also the idea of values that has given birth to the universal rights and guarantees. The tension between fact and norm imposes the necessity of a deep reflection about the contemporary ideas of justice, law, State and democracy that can just be made by matching the contributions from juridical science and philosophy. This text intends to offer a few elements for such reflection and presents itself as a theoretical horizon on where the ideals of equality and liberty converge, allowing from the cultural heritage of the classic philosophical legal tradition a right understanding of the problems, impasses and difficulties as well as of the large potential of renewal and reconstruction involved in the contemporary discussions about the ideas of justice.

## Key-words

Justice. Equality. Freedom. Citizenship. Humanity. Happiness. Liberation. Dignity. Participation. Human being. Epistemology.

## Introdução

Absorto em pensamentos, numa bela manhã de inverno, em minha terra natal, aquele torrão que nos é tão caro, mudando o curso do caminho por razões que só o destino pode explicar, deparei com um menino, daqueles tantos outros que perambulam pelas periferias, pelos bairros, pelos morros desse país sem fim, pés descalços, roupas rotas, empinando sua pipa. O olhar distante, perdia-se no horizonte de um voar tão fundo que me tocou. Pensava, então, o que se passa naquela cabecinha? Haverá alguma projeção ou algum tipo de preocupação que o assalta? Ou a fome, a miséria, a privação de bens e oportunidades sociais com as quais tem aprendido a, desde cedo, conviver, têm-lhe negado o direito de sonhar? Será que o futuro também lhe pertence?

Passei, daí, a cogitar de um mundo ideal, talvez até supostamente impossível, mas que correspondesse ao sonho de justiça que habita o interior de cada um, ainda que por intuição, pelo simples fato de ser humano. E, então, a conceber um modelo de justiça, diferente daquele até hoje praticado, almejado, idealizado, e que não correspondeu, definitivamente, aos fins a que se propõe.

Rapidamente, refleti sobre todo o incomensurável esforço intelectual que pensadores, filósofos, juristas, enfim, homens e mulheres que ousaram e ousam pensar por onde caminha a humanidade, desenvolveram e desenvolvem para encontrar o caminho da realização pessoal e da exata dimensão da dignidade humana, para muito além dos porões sem luz, das prisões imundas e dos jardins sem flores em que se encontra hoje depositada a pessoa humana.

Claro que concluí não terem sido vãos tais empenhos, pois cada qual, ao seu tempo e ao seu modo, contribuiu e contribui para o aperfeiçoamento do gênero humano, porém é inevitável reconhecer que a resposta para esse eterno drama da humanidade e que a acompanhará até o fim de sua passagem pelo teatro da vida, ainda não foi alcançada satisfatoriamente.

Do contratualismo clássico às novas formas de consenso, o pacto social vive, hoje, uma crise sem precedentes de poder e legitimida-

de. O vácuo ético deixado pela incapacidade das instituições e organismos oficiais de criar e sustentar formas de convivência que mantivessem em seu centro o valor da pessoa humana, apenas por sua condição humana, agrava sensivelmente essa crise. Resgatar, reabilitar e mesmo ressuscitar a ética para uma nova ordem tem sido o grande desafio da filosofia moderna e, assim, do direito e da própria religião.

De fato, não se pode esquecer ter sido a justiça objeto preponderante da preocupação de um Pregador que, há dois mil anos, passou pela terra para introduzir um outro paradigma no pensar e no agir humanos, sintetizado no postulado do amor, que indicava como o único caminho possível para a felicidade.

## Algumas idéias de Justiça

Desde tempos imemoriais, cuida-se de encontrar uma fórmula, inteligível, que corresponda ao ideal de justiça, acessível ao saber e que, no fundo, habita o interior de todo homem.

São, então, idealizados esquemas, construídos modelos, edificados sistemas com base em arquétipos teóricos, ora imersíveis no etéreo, ora na razão prática.

O certo é que, desde os gregos, cujo gênio filosófico admitiu a possibilidade de um mundo real ou absoluto, possível de ser conhecido pelo homem, até os dias presentes, tem-se buscado incessantemente uma explicação racional para o problema da justiça.

Platão, o gênio das idéias, preferiu um fundamento metafísico, remetendo-a ao âmbito de um valor absoluto que deve ser realizado no mundo dos sentidos, mas que se situa numa esfera intangível e cuja cognição se dá apenas por graça divina.

Mais tarde, Nietzsche irá criticar, nas palavras de Oswaldo Giacoia Junior (de quem, com honra, empresto algumas construções no sumário deste texto), *a invenção metafísica de um 'além-do-mundo' eternamente subsistente, pátria originária da Verdade, da Justiça e da Beleza, ponto de culminância da ascese filosófica, que se apresenta como condenação e rejeição do mundo insubstituível das sombras*

e das aparências, para concluir:

*Essa invenção tem sua raiz numa vontade fundamental que vivencia a finitude (e a dor que esta inexoravelmente condiciona) como objeção contra a vida, como motivo para renegá-la em boa consciência, justificando o sofrimento unicamente como meio, caminho, passagem, ascensão para a paz, o repouso, a plenitude de gozo espiritual da 'vida verdadeira'<sup>1</sup>.*

Kant, o filósofo da razão, já então sob influência do contratualismo, trouxe os imperativos categóricos para o campo de uma reflexão racional de justiça, que ocupou papel central em sua filosofia da moral, imaginando fórmulas que, porém, na essência, segundo alguns chegaram a pensar - como Kelsen<sup>2</sup> -, justificavam apenas a moral tradicional ou o direito positivo de seu tempo. Realça ele a importância da liberdade, como valor primeiro a compreender todos os demais, segundo uma lei universal que corresponda ao ideal de justiça e, assim, não propriamente ao que é, mas ao que deve ser o direito. No dizer de Bobbio - ao tratar dessa concepção kantiana -, *é necessário, para que brilhe a justiça com toda a sua luz, que os membros da associação usufruam da mais ampla liberdade compatível com a existência da própria associação*, ou ainda segundo suas próprias palavras, *é este o direito único originário que cabe a cada homem segundo a sua própria humanidade<sup>3</sup>*

É certo estarem, de certa forma, superadas as construções teóricas que sustentaram o modelo contratualista clássico, porquanto, sabe-se, hoje, que o homem não se associa espontaneamente a uma ordem sem normas capazes de coerção e, assim, de dominação, caracterizando-se o Estado potestativo não muito bem como aquele derivado da vontade contratual dos homens, em que estes são plenamente livres também para, segundo sua própria vontade, desfazê-lo e, se assim o desejarem, reconstruí-lo sob novos fundamentos.

Perde um pouco importância essa discussão, à medida em que são lançadas novas bases da teoria contratual, com escora nas condi-

ções de vida atuais e com capacidade para explicar os fenômenos que, até então, não integravam a experiência humana na face da terra.

É possível que o conceito de justiça tenha que enfrentar desafios ainda maiores, como o de compatibilizar-se com novas formas de conflitividade social, envolvendo grupos, massas e coletividades - característica do mundo moderno - que encobrem o indivíduo em sua aspiração pessoal por vida digna. É possível que continue não alcançando o espaço da paz. É também bem possível que prossiga não reduzindo, eficazmente, as tensões sociais. Mas, é preciso prosseguir, de qualquer forma, perseguindo seu real e mais abrangente sentido, qual seja o de valorizar a pessoa humana na esfera de sua majestade moral.

Sabe-se, com efeito, do esquecimento de nossos dias com o individuado. A memória digital da pós-modernidade é global. E, de fato, ninguém é ingênuo o suficiente para imaginar a possibilidade de conviver num desejável estado de natureza, sem interferência de uma ordem de poder capaz de regular as condutas humanas, com indivíduos inteiramente livres por direito próprio e com poder de ação ilimitado.

Vivendo em sociedade, os seres humanos se limitam inevitavelmente em suas liberdades, porquanto o poder de um encontra correspondência no igual poder dos outros que com ele convivem.

Aliás, não pode o poder identificar-se à vontade apenas de um homem, mas emanar-se da coletividade para lhe assegurar as condições de vida e desenvolvimento.

Como já ensinava Sampaio Dória, ao referir-se à autoridade, como uma *coação incontestável, não para sacrificar a liberdade, mas para defendê-la em seu exercício*. E acrescentava: *coexistem em harmonia, liberdade e autoridade, indivíduo e Estado. Aquele, com um destino próprio, um fim em si mesmo; e este, meio para a realização do destino humano<sup>4</sup>*.

O exercício do poder, portanto, não pode jamais perder de vista tal objetivo. A realização da pessoa humana, enquanto ser individual, porém, que faz parte do todo social.

Daí decorre, como dos principais fins do Estado, a preservação do valor da individuali-



dade, nele considerado o direito de decidir o próprio destino, conexo ao da vida.

Não se pode deixar de considerar uma categoria de direito que condiciona a existência do Estado, pois este tem por propósito justamente sua tutela, porque inerente à condição humana da pessoa.

Aliás, como já anotei em outra ocasião (*Invasão da Intimidade* – Revista Argumenta – I), ganha cada vez mais importância, como filtro constitucional, regulador dos valores tutelados, o princípio da proporcionalidade que assume, para Canotilho, o significado, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, de que qualquer limitação deva ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). Uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos coativo, relativamente aos direitos restringidos. Segundo ele, portanto, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (princípio da justa medida) *significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adote ‘cargas coativas’ de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionadas em relação aos resultados obtidos*<sup>5</sup>.

Comporta-se, ainda, neste texto, as seqüenciais citações que fiz, sob enfoque do tema constitucionalismo, e que são reproduzidas a seguir com a citação de Paulo Bonavides.

Note-se que, depois de cursar a via da legitimação da autoridade no respeito ao homem, o decano mestre cearense professa sua crença e convicção de que os *direitos humanos, tomados pelas bases de sua existencialidade primária, são os aferidores da legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais*.

E prossegue:

*Onde quer que eles padeçam lesão, afirma, a sociedade se acha enferma. Uma crise desses direitos acaba sendo uma crise do poder em toda sociedade democraticamente organizada.*

Concluindo:

*No âmbito de uma teoria da constituição aberta, que é mesmo teoria da constituição não-formal, se faz possível desenvolver o conceito de inconstitucionalidade material e, ao mesmo passo, indigitar as inconstitucionalidades sociais, políticas e governativas alojadas na órbita do poder nos quadros da organização econômica e no domínio dos órgãos executivos e legislativos. Posto que tomem a decisão ou formulem a lei em harmonia com as bases formais dos princípios constitucionais, tais órgãos violentam, não raro, valores, princípios, elementos e bens jurídicos que ornem, na essência, a dignidade do homem. A inconstitucionalidade material é o satélite da ilegitimidade.*

Nesse ponto, cita, por pertinente, a tese de Juarez Freitas (publicista do Rio Grande do Sul, *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*, Porto Alegre, 1989), sobre a intrínseca e substancial inconstitucionalidade da lei injusta (*sic*).

*Em outros termos, completa, emerge o conceito de inconstitucionalidade material, que se não pode desvincular dos princípios superiores de justiça, igualdade e dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais são a bússola das constituições. A pior das inconstitucionalidades não deriva, porém, da inconstitucionalidade formal, mas da inconstitucionalidade material, deveras contumaz nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, onde as estruturas constitucionais, habitualmente instáveis e movediças, são vulneráveis aos reflexos que os fatores econômicos, políticos e financeiros sobre elas projetam*<sup>6</sup>.

Tem-se, assim, que o Estado Constitucional de Direito somente se concebe enquanto emanação de uma estrutura de poder a serviço da libertação do homem, nunca de sua dominação, compreendida no sentido de cerceamento

aos direitos derivados de sua condição humana.

Norberto Bobbio, em seu lustrado de filosofia profética, em *face de Liberdade*, ao tratar do tema *liberdade em face do Estado à liberdade na sociedade*, adverte:

*Tanto na corrente apologética do capitalismo moderno, que vai de Smith a Spencer, quanto na corrente crítica, que vai de Proudhon a Marx, é constante e firme a convicção de que o Estado, até então exaltado como o racional em si e para si, como o deus terreno (de Hobbes a Hegel), é apenas um reflexo da sociedade civil e, portanto, uma vez libertada a sociedade – libertação que ocorre num nível anterior àquele do Estado, ou seja, precisamente no nível das estruturas da sociedade civil –, a potência do Estado está destinada a debilitar-se, se não mesmo a extinguir-se, embora entre uma e outra corrente exista uma profunda diferença com relação à avaliação das causas e do ritmo desse enfraquecimento ou dessa extinção<sup>7</sup>.*

### Atualização do Contratualismo

Circunscrito ao pensar contemporâneo de poucos, dada a abrangência temática, pode-se perceber nítida tendência a se atualizar as regras do contratualismo clássico, procurando adaptá-las aos avanços determinados por uma humanidade cada vez mais cética quanto a um modelo ideal de justiça.

John Rawls, impregnado do pragmatismo americano, propõe o resgate do discurso contratual, fundado no paradigma da igualdade, de certa forma versificado na equidade. Se, em Hobbes, pensava-se, sob predomínio da força, em uma ordem de direito e de Estado, capaz de dar segurança ao valor vida, ressaltando a simbologia da espada, fundamenta Rawls uma teoria da justiça vertida no ícone da balança, como já o fizera Aristóteles. De nada valerá instituir o direito uma ordem se esta não for justa e justiça corresponde à igualdade. Introduzir, na dinâmica do contratualismo e de seus procedimentos, a justiça como equilíbrio, jogo limpo, imparciali-

dade, designativos que resume na expressão de sua língua *fairness*, é seu principal objetivo.

Como, porém, obter tal condição social? A proposta do *vêu de ignorância*, hipotética e tida como de impossível factibilidade, supõe, na posição original, todos os homens rigorosamente iguais, pois com total desconhecimento de suas próprias situações e da situação da sociedade. Ignorância da posição dos diferentes participantes da sociedade, bem como da linguagem própria de cada posição. Ignorância da interpretação de cada um e das conseqüências do pacto.

Tudo isso seria possível mediante dois princípios básicos: (I) *cada pessoa deve ter um igual direito à mais extensa liberdade compatível com uma idêntica liberdade para os outros; e (II) as desigualdades econômico-sociais devem ser ajustadas de tal forma que: (a) haja uma expectativa razoável de estarem trabalhando para o bem de todos; e (b) resultarem de posições e cargos abertos a todos*. Através dos quais, busca ele estabelecer, nas estruturas da sociedade, um equilíbrio apropriado entre pretensões opostas, através da eliminação das distorções arbitrárias e das desigualdades nos pontos de partida. Neste sentido, para Rawls o respeito às regras do jogo, característico da legitimidade racional-legal, vai além da legitimação pelo procedimento e da justiça como legalidade, pois tudo se vê continuamente submetido ao escrutínio material da *'fairness'*<sup>8</sup>.

Ainda na linha de atualização do contratualismo ditada pela nova concepção do Estado moderno, Norberto Bobbio avança na mesma esteira da necessidade de se aferir, permanentemente, o conteúdo das estipulações do pacto social, exigência que importa na reabertura do próprio conteúdo da justiça e na legitimação de seu procedimentos, em processo de contínua renovação<sup>9</sup>.

Mais ligado à tradição marxista na visão crítica da *Escola de Frankfurt* que a liberal na vertente americana (Rawls), Habermas, ao contrário, defensor da democracia radical (participação direta do cidadão na vida política, sem intermediários), em sua *razão comunicativa*, prega a total consciência e compreensão da própria situação e da situação dos outros na sociedade. A consciência da perspectiva e da inter-

pretação própria e dos outros faz com que se entenda que os outros podem, inclusive, desejar tirar proveito do próprio argumento, sabendo-se, afinal, que o que deve prevalecer é a força do melhor argumento. A base elementar de justiça na instituição e legitimação do direito é um dos pontos fortes de sua filosofia.

*Argumentos em prol da legitimidade do direito devem ser compatíveis com os princípios morais da justiça e da solidariedade universal – sob pena de dissonâncias cognitivas – bem como com os princípios éticos de uma conduta de vida auto-responsável, projetada conscientemente, tanto de indivíduos, como de coletividades.*

E, mais adiante:

*Os direitos humanos e o princípio da soberania do povo formam as idéias em cuja luz ainda é possível justificar o direito moderno; e isso não é mera casualidade<sup>10</sup>.*

Hannah Arendt, percebendo a ruptura provocada pela experiência totalitária, que extirpou da vivência ético-jurídica a idéia do humano como o valor primeiro, tornando as pessoas sem rostos e identidades, a desfilarem nos corredores da violência dos campos de concentração e dos cruéis holocaustos, sugere a reconstrução de um mundo novo, onde o suporte das condições jurídicas e políticas renovadas pela luz originada das trevas das atrocidades cometidas no passado, permita, pelo exercício pleno da liberdade, a pluralidade das diferenças e impeça de vez um retorno ao estado da natureza, vale dizer, ao enorme vazio ético em que hoje se encontra a humanidade. Sua fórmula mágica está no conceito e na extensão da expressão *direitos humanos*.

*Para o ser humano que perdeu o seu lugar na comunidade, a condição política na luta do seu tempo e a personalidade legal que transforma num todo consistente as suas ações e uma parte de seu destino, restam apenas aquelas qualidades*

*que geralmente só se podem expressar no âmbito da vida privada, e que necessariamente permanecerão inep-tas, simples existência, em qualquer assunto de interesse público. Essa simples existência, isto é, tudo o que nos é misteriosamente dado por nascimento, e que inclui a forma de nosso corpo e os talentos de nossa mente, só pode ser aceito pelo acaso imprevisível da amizade e da simpatia, ou pela grande e incalculável graça do amor que diz, como santo Agostinho, 'Volo ut sis' (quero que sejas), sem poder oferecer qualquer motivo particular para essa suprema e insuperável afirmação<sup>11</sup>.*

Não creio ser fácil trilhar esse caminho. Há certas medidas, no atual estágio da vida social, que não se encaixam nos rigores éticos de um modelo fundado na superioridade dessa simples expressão – *direitos humanos*. Globalização, mundialização, soberania econômica, hegemonia de mercado, protecionismo, dentre tantos outros, são comandos que superam qualquer tentativa de conservação e preservação dos valores mais caros da personalidade.

Por isso, centrado na experiência latino-americana, Enrique Dussel, argentino que é por nascimento, concebe uma filosofia crítica centrada na idéia de libertação. Denuncia a lógica da totalização produzida pelo pensamento filosófico europeu, que gera a exploração e a dominação através de modelos importados de uma outra realidade, introduzindo a lógica da exterioridade centrada no conceito de libertação, tomado este no sentido de participação consciente de cada pessoa na condução do próprio destino. Os paradigmas filosóficos tradicionais, do ser, do conhecer, do comunicar, cedem lugar ao da vida que, em sua grandeza única, é o maior de todos eles, constituindo ponto de partida para qualquer reflexão sobre justiça.

*A experiência inicial da filosofia da libertação consiste em descobrir o 'fato' opressivo da dominação, em que sujeitos se constituem 'senhores' de outros sujeitos, no plano mundial (desde o início da expansão*

*européia em 1492; fato constitutivo que deu origem à 'modernidade') centro – periferia; no plano nacional (elites – massas; burguesia nacional – classe operária e povo); no plano erótico (homem – mulher); no plano religioso (o fetichismo religioso em todos os níveis) etc... Esta 'experiência inicial' vivenciada por todo latino-americano, até mesmo nas aulas universitárias européias de filosofia – se expressaria melhor dentro da categoria 'autri' (outra pessoa tratada como outro), como 'pauper'. O pobre, o dominado, o índio massacrado, o negro escravo, o asiático das guerras do ópio, o judeu nos campos de concentração, a mulher objeto sexual, a criança sujeita a manipulações ideológicas (também a juventude, a cultura popular e o mercado subjugados pela publicidade) não conseguirão tomar como ponto de partida pura e simplesmente 'a estima de si mesmo'. O oprimido, o torturado, o que vê ser destruída a sua carne sofredora, todos eles simplesmente gritam, clamando por justiça: -Tenho fome! Não me mates! Tem compaixão de mim!<sup>12</sup>*

O pacto é, aqui, revisto. Há que se ocupar, primeiramente, da libertação do explorado, pois não estando ele livre da dominação que ofusca sua própria percepção do mundo, não tem condições de estabelecer consensos válidos.

O contratualismo, assim, revisitado, importaria numa readequação das regras do jogo, submetidas a um processo de contínua renovação e atualização, tendo em conta, com preponderância sobre a realização de qualquer outro valor, o da pessoa humana em sua condição original de dignidade.

Pode-se, então, cogitar de um jusnaturalismo moderno, construído sob a premissa de direitos inatos ao homem, decorrentes de sua própria condição humana, que antecedem quaisquer declarações de direitos e o próprio direito positivo, condicionando-os e lhes dando a razão de existir. Não mais aquele decorrente do embate entre uma escola e outra, entre o discurso divino e o discurso da razão prática, mas sim o que

orienta o respeito aos direitos da personalidade, consubstanciados nos princípios da igualdade social, da igualdade econômica, da igualdade cultural e, por último, da igualdade jurídica.

De fato, a salvaguarda dos direitos do indivíduo, num mundo cada vez mais conturbado por ideologias truculentas atualizadas sob o signo do avanço tecnológico, torna-se impositiva na construção de sociedades verdadeiramente democráticas, mais justas, mais iguais e mais generosas.

Há que se buscar o exato equilíbrio entre o progresso tecnológico e a capacidade de reação individual que assegure as condições vitais de sobrevivência digna.

Há que se ingressar, paralelamente à espiral complexidade das relações sociais contemporâneas, na trilha da afirmação dos verdadeiros valores que compõem o inalienável patrimônio moral do homem pós-moderno para que, um dia quem sabe, livre do estupro tecnológico a que tão sobriamente já vaticinara Heidegger, possa, finalmente, habitar um mundo melhor e mais justo.

O avanço do saber científico está a nos revelar, a cada dia, que pertencemos a um universo que nos transcende. O olho quântico, que já consegue enxergar *quarks*, partículas subatômicas, justifica cada vez mais o interesse epistemológico (do grego *episteme*: conhecimento) e, dentro dele, o crescente avanço do pensamento holístico (superioridade do todo sobre as partes que o integram, sem perda, porém, da individualidade). Daí a necessidade de um novo conceito de educação, como anotado por Frei Betto:

*Qualquer que seja o perfil das novas utopias que emergem neste mundo, no qual a queda do Muro de Berlim coincidiu com a construção dos campos de concentração sérvios, elas terão de integrar em seu ideário político mudança social e preservação ambiental, sexualidade e espiritualidade, mística e partilha dos bens necessários à vida. Nesse sentido, a educação deverá considerar os educandos como sínteses personalizadas das energias cósmicas e autores do sentido do Universo, resga-*

*tando a dignidade inerente ao ser vivo, sobretudo daqueles que são as vítimas sociais dos que ainda se julgam os beneficiários de uma história que, “ao terminar” os acumulou de riqueza e poder. Só uma epistemologia que coloque o pobre no centro do processo histórico e uma cosmovisão que considere a sonegação de seu direito à vida uma fratura do próprio curso do Universo nos darão as chaves das novas utopias pelas quais tanto ansiamos<sup>13</sup>.*

### Conclusão

Cingindo-me, assim, a singelas alusões ao observar contemporâneo dos problemas da justiça, dentro da rápida digressão que se fez, creio ser possível, sem qualquer pretensão científica, concluir que continuamos navegando, como náufragos em pleno oceano, sem a mínima possibilidade de terra firme.

Apresenta-se o Estado moderno não mais como um ente soberano, e assim deve ser. Porém, incapaz de atender aos mais elementares anseios populares, isso já é demais! Permanecer como mero expectador das grandes negociações que se processam entre mega-organizações, ou cego às fraudes contábeis que entre elas se generalizam, relegando ao abandono econômico e social uma legião de excluídos e marginalizados, parece inaceitável. A miniaturização dos Estados nacionais é consequência direta da ingerência externa às governabilidades locais. A matriz de comando vem de fora para dentro, abrindo profunda fenda no sentimento de orgulho próprio e jogando por terra os conceitos de soberania, identidade e individualidade.

Não é possível aceitar, sem mera consciência de justiça, que apenas três pessoas no mundo detenham patrimônio correspondente à renda de seiscentos milhões de seres humanos que habitam meia centena de países mais pobres, mas que longe estão de constituírem uma nação apenas.

Sabe-se que as forças sociais encontram-se em processo de contínua recomposição. É preciso que o pacto social acompanhe essa renovação. Dínamo de um novo tempo, a atuali-

zação do contratualismo há que se ancorar na doutrina dos direitos humanos, ainda que considerada como nova religião civil, reescrevendo-se a história sob o signo da dignidade.

O homem começa a perceber que nem sempre os que ditam as regras são os donos da verdade. Não enxergam eles o abismo existente entre sua posição social e a daqueles outros protagonistas da sociedade, aqueles propriamente para os quais as regras foram ditadas. Exemplo grosseiro desse dado pode se inspirar em grotesco episódio, no contexto nosso, bastante popular. Recentemente, os organizadores de um campeonato de futebol decidiram, de forma autoritária, modificar critérios de classificação, elegendando as advertências (representadas por *cartões*), como pontuação de desempate classificatório. Houve uma assente irrisignação dos afeitos a tal esporte, do meio jornalístico e da própria população, sempre manipulada pelos veículos de comunicação. Tratava-se de uma regra espúria, de um ponto fora da curva. Não se pode, de fato, pretender consensos válidos daqueles que estão fora do pacto, que não entendem seu procedimento, que desconhecem suas regras, que não falam sua língua e que, além de tudo e o que é pior, não se beneficiam dele em condições de igualdade.

Não sei se algum dia conseguirei ver definida a justiça dos meus sonhos, dos nossos sonhos. Não penso em terra de ninguém, no homem europeu ou norte-americano, mas e principalmente no asiático, no africano, no latino-americano. Penso naqueles do meu mundo, do teu mundo, do nosso mundo, abandonados nos depósitos da miséria e da indigência, a estampar em seu amargo semblante o estigma da dor e do sofrimento, da fome e da desnutrição, que lhe desfigura o corpo esquelético, torna-lhe débil o gemido de seu conformismo, empalidece suas mãos a depositar no túmulo de suas últimas esperanças a semente da esperança na justiça.

Que nosso esforço possa ao menos fecundá-la, abrir nossos olhos e ouvidos, dando-nos olhos de ver e ouvidos de ouvir os gritos mais dilacerados, fortalecer nossas mãos para ascender o fogo que, um dia quem sabe, consumirá o enredo dessa história, evoluindo-se, da região das desigualdades, a crença na vitória final do homem por sua grandeza mo-

ral que o faz, para os que crêem, à imagem e semelhança de Deus.

Quem sabe daí pudesse eu reencontrar o olhar distante e perdido daquele garotinho.

Afinal, é seu direito olhar, sonhar, transcender. Pois, com José Ingenieros, se pode dizer: *Ser digno significa não pedir o que se merece: nem aceitar o imerecido*<sup>14</sup>.

E, então, caberia concluir:

*Justiça é ainda dignidade  
É capacidade de comover-se  
Com a dor, com a fome, com a gran-  
de temeridade  
Da opressão, da exclusão e da domi-  
nação.  
É ter coragem de converter-se  
Enfim, justiça é libertação  
É ser do mundo cidadão  
Viver sem medo de ser feliz.*

## Bibliografia

- ARENDRT, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo, RJ, Forense, 1981.
- *As origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo, RJ, Documentário, 1979.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Ediouro. 1995.
- .... *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira, 4ª edição, RJ, Paz e Terra, 1986.
- *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução Alfredo Fait. Unb, 3ª edição, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Malheiros. 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Lisboa. Almedina. 1995.
- DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação – crítica à ideologia da exclusão*. Tradução Georges I. Maissiat. Editora Paullus.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Tempo Brasileiro, Biblioteca Tempo Universitário 101, 1997.
- HOBBS, Tomas. *O leviatã*. Tradução João Paulo Monteiro et alii. Coleção Os Pensadores, SP, Abril Cultural, 1983.
- KELSEN, Hans. *O que é justiça?* Tradução Luís Carlos Borges. Martins Fontes, 2ª edição, 1998.
- *O problema da justiça*. Martins Fontes, 1993.
- *A ilusão da justiça*. Martins Fontes, 1998.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. Companhia das Letras. 1998.
- PLATÃO. *República*. Fundação Calouste Goubenkian, Lisboa, 6ª edição, 1990.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pi-setta e Lenita Esteves, SP, Martins Fontes, 1997.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. Tradução Lourdes S. Machado, SP, Coleção Os Pensadores, Abril Cultural, 1974.
- SAMPAIO DÓRIA, A. de. *Direito constitucional*. Max Limonad. 4ª edição. 1958.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico – fundamentos de uma nova cultura no direito*. Editora Alfa-Omega, 2001.

## Notas

<sup>1</sup> Giacoia Junior, Oswaldo. *Labirintos da alma*. Editora da Unicamp, 1997, p. 186.

<sup>2</sup> Kelsen, Hans. *O que é justiça?* Tradução Luís Carlos Borges. Martins Fontes, SP, 1998, p.19.

<sup>3</sup> Bobbio, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução Alfredo Fait. Editora Unb, 1995, p. 73.

<sup>4</sup> Sampaio Dória, A. de. *Direito constitucional*. 4ª edição revista, 1958, Max Limonad, Volume 1º, Tomo 1º, p. 33.

<sup>5</sup> Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Lisboa, Livraria Almedina, 1995, pgs. 383/4. Seu pensamento inspira um modelo de Estado que exige moderação no exercício do poder, podendo com ele afirmar-se que o princípio constitucional evocado serve de escudo do *status civitatis*, por estabelecer limites bem definidos à intervenção estatal.

<sup>6</sup> Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. Malheiros, SP, 1999.

Nessa reflexão, ao analisar o consagrado constitucionalista os fenômenos derivados do sistema capitalista em sua fase mais recente de expansão, chega a enxergar um futuro sombrio para os direitos fundamentais, sobretudo no tocante ao capítulo de sua interpretação nos países da periferia desse sistema. Adverte, então: *Cabe reiterar: quem governa com grandes omissões constitucionais de natureza material menospreza os direitos fundamentais e os interpreta a favor dos fortes contra os fracos. Governa, assim, fora da legítima ordem econômica, social e cultural e se arreda da tridimensionalidade emancipativa contida nos direitos fundamentais da segunda, terceira e quarta gerações. Em razão disso, arremata, é de se admitir que a constituição formal perca, ali, a sua legitimidade com o solo das instituições revolido pelos abalos violentos e freqüentes da crise constituinte. Não há constitucionalismo sem direitos fundamentais. Tam-*

*pouco há direitos fundamentais sem a constitucionalidade da ordem material cujo norte leva ao princípio da igualdade, pedestal de todos os valores sociais de justiça.*

<sup>7</sup> Bobbio, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Ediouro, 1995, p. 82.

<sup>8</sup> Rawls, John. *A theory of justice*. Oxford Univ. Press, p. 60 – *apud* Lafer, Celso. *A reconstrução dos direitos humano*. Companhia das Letras, 1998, p. 73.

<sup>9</sup> Bobbio, Norberto. *Il futuro della democrazia*. Torino, Giappichelli, 1963 – *apud* Lafer, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. Companhia das Letras, 1998, p. 73.

<sup>10</sup> Habermas, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Tempo Brasileiro - Biblioteca Tempo Universitário 101 – 1997 – p. 133.

<sup>11</sup> Arendt Hannah. *The origins of totalitarianism*. New York, Harvester Book, 1973 – *apud* Lafer, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos...*

Por sua experiência pessoal, como judia repatriada, a pensadora, calcada na realidade das ‘*displaced persons*’, ou seja, daquelas pessoas sem pátria ou sem lugar, refugiadas apenas no mundo interior de seus próprios valores, constrói o conceito de cidadania como ‘o direito a ter direitos’, que condiciona todo seu pensamento.

<sup>12</sup> Dussel, Enrique. *Filosofia da libertação – crítica à ideologia da exclusão*. Tradução Georges I. Maissiat. Editora Paulus, SP, 1995, p. 18.

Trata-se de vertente de matriz cristã, vinculada à corrente da *Teologia da Libertação*, da Igreja Católica Latino-Americana, que não se desligou de seu principal ideário de fraternidade.

<sup>13</sup> Frei Betto. *Educação e mudança da realidade*. Jornal O Estado de São Paulo, 24.7.02, p.A-2.

<sup>14</sup> Ingenieros, José. *O homem mediocre*. As Grandes Obras. Edições Cultura Moderna.





# OS LIMITES E AS POSSIBILIDADES DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA, CONFORME A PERSPECTIVA DO DIREITO

*Mariana Moron Saes Braga \**

*José Geraldo Alberto Bertoncini Poker \*\**

## Resumo

Apesar das muitas pesquisas sobre a educação inclusiva, elas ainda estão longe de esgotar o assunto, tal sua complexidade. Quando analisada sob a perspectiva do Direito, a problemática da inclusão se complica ainda mais. Mediante a comparação da legislação nos quais a inclusão está amparada, com outros códigos legais, observou-se alguns desencontros que condicionam a prática da educação inclusiva na escola. O desencontro legal mais importante foi notado entre os princípios e finalidades da legislação inclusiva, que estabelecem a constituição do indivíduo autônomo como ponto de chegada do ato educacional, e as possibilidades concretas do adulto com certas deficiências vir as ser considerado como sujeito capaz de exercer a autonomia em sua vida, conforme estabelece o Código Civil brasileiro. Se tais desencontros não forem eliminados, a educação inclusiva possivelmente venha a se constituir numa experiência de educação restrita a crianças e à escola, não podendo seus resultados serem estendidos para os ambientes e as decisões que caracterizam a vida adulta.

## Palavras-chave

Inclusão, legislação inclusiva, igualdade, capacidade, autonomia.

## Abstract

The Limits and the Possibilities of the Inclusive Education According to the Law Perspective. In spite of having many researches on inclusive education, they are still far from exhausting a subject of such complexity. When it is analysed by the Law perspective, the inclusion problem complicates itself much more. Through the legislation comparison in which the inclusion is supported with other legal codes, it was observed some disagreements that in its turn, condition the practice of the inclusive education at school. The most important legal disagreement was noticed between the principles and purposes of the inclusive legislation which establish the constitution of the autonomous individual as the limit of the educational act, and the real possibilities of the adult with certain handicaps can become considered as an individual who is capable of exercising the autonomy in his/her own life, according to the Brazilian Civil Code. Indeed, it is reasonable to argue that, if such disagreements will not be eliminated, the inclusive education will probably be restricted to children and to school, therefore its results can not be actually extended to the environments and as well as to the decisions that characterises the adult life.

## Key words

Inclusion, inclusive legislation, equality, capacity, autonomy.

---

\* *Mestre em Direito pelo Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília.*

\*\* *Doutor em Sociologia pela FFLCH – USP, professor do Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília.*

Por causa de sua complexidade, a educação inclusiva e sua prática concreta no sistema de ensino brasileiro, embora seja um dos fenômenos mais estudados e analisados atualmente no campo das ciências humanas, está longe de esgotar-se como objeto de investigação. Dentre as diversas análises publicadas sobre o assunto, nota-se várias tendências marcantes de esforço teórico, que poderiam ser resumidas na seguinte descrição. Alguns estudos se esforçam para justificar no plano teórico a necessidade da inclusão como uma política educacional, com o objetivo mais amplo de, através da escola, viabilizar a concretização de uma sociedade inclusiva, na qual todas as diferenças poderiam coexistir e serem aceitas num ambiente de tolerância, cooperação e reciprocidade.

Na mesma perspectiva da afirmação da necessidade da educação inclusiva, há os estudos empíricos que enfocam a inclusão de várias maneiras, dentre elas aquelas sobre as concepções de deficiência possíveis de serem encontradas nos discursos dos profissionais da escola, e aquelas destinadas a avaliar experiências de educação escolar inclusiva.

Numa outra direção, observa-se a existência de estudos teóricos e empíricos que fazem o caminho inverso, tentando demonstrar a inviabilidade da escola inclusiva em promover o ambiente adequado à educação de deficientes em geral, seja por causa das precárias condições materiais e humanas existentes na escola pública, ou porque as deficiências, quaisquer uma delas, provocam nas pessoas necessidades tão específicas no processo educativo, que isso exige um ensino igualmente específico, muito diferente daquele oferecido à pessoas consideradas comuns.

No entanto, embora as diversas abordagens e perspectivas de estudo sobre a inclusão apontem, cada uma a seu modo, certos limites e possibilidades na promoção da educação inclusiva, dificilmente se encontra pesquisas que toquem de maneira mais consistente na problemática da inclusão sob a ótica do Direito. E isso não implica apenas em explicitar os benefícios legais que as pessoas com deficiências possuem, ou mesmo demonstrar a legislação que substancia e fundamenta a deter-

minação pela inclusão na vida escolar.

Trata-se de analisar a forma pela qual as pessoas com deficiência são consideradas no sistema jurídico, não somente na condição de crianças, como se enfoca em grande parte dos estudos de inclusão, mas considerando a totalidade do seu processo de desenvolvimento, ou seja, na perspectiva de alguém que nasce criança, e que chegará a ser um adulto num futuro previsível. Nesse sentido, há que se considerar o sistema jurídico como fator que atua duplamente na vida de qualquer pessoa com deficiência: ao mesmo tempo em que lhe assegura benefícios, também lhe impõe restrições, sobretudo na vida adulta, dependendo do tipo de deficiência.

Eis, então, aquilo que o presente estudo pretende demonstrar: na legislação brasileira, verifica-se duas maneiras completamente distintas de tratamento dispensado às pessoas com deficiência, que podem ser verificadas quando se analisa o conteúdo das normas presentes na Constituição Federal, na Lei 7853/89, no Decreto 3298/99 e na LDB, por um lado, e no Código Civil, por outro. Tais diferenças de tratamento têm como resultado a manutenção de uma situação de discriminação que a educação inclusiva, ou qualquer outra forma de educação oferecida a pessoas com deficiência não consegue evitar. Trata-se, portanto, de uma discriminação que tem o próprio ordenamento jurídico em sua sustentação.

Para observar a ocorrência desse fenômeno, é preciso estabelecer primeiramente uma condição ideal de vida e de convivência, a da *igualdade de oportunidades*<sup>1</sup> numa coletividade, que é aquela prevista pelo Decreto 3298, de 20 de dezembro de 1999. O Decreto mencionado regulamenta a Lei 7853, de 24 de outubro de 1989. Ambos, a Lei e o Decreto constituem-se nos mecanismos legais elaborados pelo Estado brasileiro para orientar as políticas públicas de *integração social* de deficientes. Note-se que essa expressão, *integração social*, é a que consta nos textos da Lei e do Decreto.

A situação de igualdade de oportunidades pretendida pela legislação é algo que precisa ser esclarecida logo de início, por se tratar de suma situação de igualdade constituída através de um princípio de direito e de um ideal de justi-

ça bastante característicos.

Segundo analisa Norberto Bobbio (1997, p. 30),

Por si mesmo, o princípio de igualdade de oportunidades, abstratamente considerado, nada tem de particularmente novo: ele não passa da aplicação da regra de justiça a uma situação na qual existem várias pessoas em competição para a obtenção de um objetivo único, ou seja, de um objetivo que só pode ser alcançado por um dos concorrentes (como o sucesso numa corrida, a vitória num jogo ou num duelo, o triunfo num concurso etc.).

Para Bobbio (idem, p. 31), o que faz do princípio da igualdade de oportunidades um princípio inovador “é o fato de que ele se tenha grandemente difundido como consequência do predomínio de uma concepção conflitualista global da sociedade, segundo a qual toda a vida social é considerada como uma grande competição para a obtenção de bens escassos”.

E, logo adiante, o autor conclui:

Em outras palavras, o princípio da igualdade de oportunidades, quando elevado a princípio geral, tem como objetivo colocar todos os membros daquela determinada sociedade na condição de participar da competição pela vida, ou pela conquista do que é vitalmente mais significativo, a partir de posições iguais.

A definição do conceito permite identificar um elemento básico, constituinte desse princípio de igualdade: a perspectiva de que uma sociedade ideal é aquela na qual indivíduos competem entre si para conquistar posições ou bens que não estão disponíveis a todos. A justiça se estabelece na condição dos competidores, que deve ser rigorosamente a mesma no início da competição, para que todos tenham as mesmas chances de alcançar o que pretendem, mas a conquista seja obtida através do mérito individual. Quer dizer, se todos os competidores tiverem as mesmas chances, as mesmas possibilidades objetivas de vencer numa disputa, vence aquele que

se destacou pelos próprios méritos, que nesse caso pode ser o maior empenho, a engenhosidade, a inteligência, ou qualquer outro atributo individual e subjetivo.

Nesse contexto, a expressão *indivíduos* remonta a outro conceito que não pode permanecer sem uma definição clara. Para Max HORKHEIMER (1969, p. 115), o indivíduo é a expressão do homem singular, quer dizer, idêntico apenas a si mesmo, “que se diferencia dos interesses e das metas alheias, faz-se substância em si mesmo, instaura como norma sua própria autoconservação e seu próprio desenvolvimento”.

Diretamente relacionada com a definição do conceito de indivíduo, do ponto de vista da igualdade de oportunidades, encontra-se o conceito de *pessoa*. Para CANEVACCI (1981, p. 11), “a *pessoa* foi referida ao indivíduo enquanto titular de direitos e, com relação a essa qualidade, tornou-se sinônimo da própria natureza que ‘individualiza’ o sujeito” (grifos do autor).

O indivíduo e a pessoa realizam-se no âmbito da chamada vida privada, que consiste no espaço de liberdade, no qual podem existir as chamadas decisões pessoais, ou no qual as pessoas encontram-se livres para querer e agir<sup>2</sup>. Sendo considerado *pessoa*, todo indivíduo deve, por direito, possuir a condição de escolher suas atitudes e condutas, segundo sua vontade.

BOBBIO distingue a liberdade de querer da liberdade de agir. A liberdade de querer, classificada por ele como liberdade positiva, implica na autodeterminação do indivíduo, em sua autonomia para querer algo. A liberdade de agir, chamada liberdade negativa, consiste na possibilidade concreta da realização da vontade do indivíduo dentro do contexto da vida em sociedade, na convivência com outros indivíduos. Ou, nas palavras do referido autor: a liberdade de agir “consiste em fazer (ou não fazer) tudo que as leis, entendidas em sentido lato e não só em sentido técnico-jurídico, permitem ou não proibem (e, enquanto tal, permitem não fazer)” (1997, p. 47). Dessa forma, avalia BOBBIO, “o que torna uma ação não livre é um impedimento (ou um constrangimento), enquanto o que faz uma vontade ser uma vontade não livre é o fato de ser guiada ou dirigida por um sujeito diverso do

sujeito do querer” (idem, p. 67).

Decorrente da construção do conceito de pessoa, e da necessária condição de liberdade que o acompanha, foram elaborados os direitos da personalidade. No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos da personalidade estão expressos nos artigos 11 a 21 do Código Civil atualmente em vigor. Em resumo, os direitos da personalidade na legislação brasileira, referem-se aos direitos ao nome, à integridade física e integridade moral. Quanto ao aspecto do exercício da liberdade, merece destaque o artigo 21 do Código Civil, que assim estabelece:

A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Diante do raciocínio exposto, observa-se a existência de uma íntima relação entre a situação de igualdade de oportunidades, os conceitos de indivíduo, de pessoa e de liberdade, que culminam nos direitos da personalidade.

No entanto, a situação de igualdade pretendida não se auto-institui. Ela é conseguida mediante a aplicação da proporcionalidade, que é o princípio pelo qual todas as pessoas, indistintamente, são merecedoras de benefícios na quantidade relativa às especificidades que possuem, de maneira a compensar eventuais diferenças, ou hipossuficiências, que as impeçam de alcançar a situação de igualdade pretendida.

Nesse sentido é que encontram suas justificativas a Lei 7853 e o Decreto 3298, ambos amparados na Constituição Federal. Através desses artifícios legais, formalmente o Estado garante que todas as crianças com deficiências recebam, rigorosamente, no seu processo de crescimento, o tratamento previsto na legislação, conforme suas especificidades. Por intermédio da legislação, o Estado brasileiro formalmente atende às necessidades específicas de uma parcela da população, suplementando sua hipossuficiência com direitos diferenciados, para que alcancem as condições ideais de competir com indivíduos comuns.

Para efeitos da análise aqui pretendida, há que se supor que o tratamento garantido pelo

Estado, e efetivamente recebido seja suficiente para assegurar às crianças deficientes o seu pleno desenvolvimento como pessoas comuns, ou seja, que de crianças com deficiências se tornem adultos em plenas condições de usufruir dos direitos que lhes são próprios, como indivíduos e pessoas livres, como devem ser considerados.

No entanto, é na condição da vida de adulto que se verifica o descompasso entre a Constituição Federal, a Lei 7853/89, o Decreto 3298/99 e o Código Civil. Tal descompasso, na vida prática, faz com que, em alguns casos, pessoas com deficiência não possam exercer aquelas atitudes que mais caracterizam a vida de um adulto qualquer: a capacidade de escolher e decidir sobre os rumos da própria vida, quer dizer, possuir autonomia para administrar a liberdade conforme a vontade, podendo participar dos chamados negócios jurídicos. Para chegar a tal conclusão, é preciso acompanhar o raciocínio desenvolvido a seguir.

Há mais de uma década a criança com deficiência tem o direito de viver e aprender como membro comum da vida escolar. O Brasil é signatário da Declaração Mundial sobre Educação para Todos (Tailândia, 1990). Dentre os instrumentos jurídicos nacionais que garantem a educação inclusiva, cite-se a Constituição Federal, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (lei nº 9394/96) e a Lei nº 7853/89, que criminaliza a recusa ou o cancelamento de matrícula de criança com deficiência, por parte da escola.

Após séculos de discriminação e segregação, as crianças com deficiência possuem disponíveis mecanismos jurídicos diferenciados, que visam proporcionar seu desenvolvimento de modo a tornarem-se adultos como os demais, autônomos e independentes de outros adultos, ou da tutela do Estado.

De acordo com o art. 205 da Constituição Federal (e art. 2º da LDB), lei maior do país, a educação é um direito de todos e dever do Estado, e tem como objetivo o *pleno desenvolvimento da pessoa*, seu preparo para a cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Ocorre que, após passarem pelo processo educativo e terem assim sua potencialidade aproveitada, conforme a Constituição Federal determina, a própria lei nega às pessoas com de-

ficiência o direito de se auto-representarem, o que é fundamental para sejam considerados adultos comuns.

Em Janeiro de 2003, entrou em vigor o Novo Código Civil, que dispõe:

“Art. 3º São **incapazes** de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

...

II – os que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art.4º São **incapazes, relativamente** a certos atos, ou à maneira de os exercer:

...

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido

III - os **excepcionais**, sem desenvolvimento mental completo”

O Código Civil, embora conferindo a prerrogativa das pessoas com deficiência serem titulares de direitos, nega-lhes a possibilidade de os exercerem, ou seja, limita-lhes seu poder sobre suas decisões individuais. O Código Civil não considera as pessoas portadoras de deficiência pessoas plenamente capazes na realização de negócios jurídicos de quaisquer natureza, devendo elas permanecerem sob a tutela de outros adultos, que sejam enquadrados na condição de **normalidade** em relação à sua capacidade.

Uma pessoa com deficiência mental, qualquer que seja o nível do comprometimento, por exemplo, será assistida ou representada para exercer os atos da vida civil. Essas pessoas só têm a capacidade de direito e não têm a capacidade de ação (de fato) e, portanto, necessitam de outra pessoa que as substituam ou complete a sua vontade.

Nesse sentido, no entendimento do ordenamento jurídico brasileiro, dependendo da deficiência do sujeito, ele pode ser considerado apenas como *ser humano*, mas não será reconhecido como indivíduo, e tampouco poderá exercer seus direitos como *pessoa*, porque as leis, e no caso, aquelas já mencionadas do Código Civil, impedem que isso de fato aconteça.

Depois do exposto, não é preciso muito esforço para demonstrar aquilo que se pretendeu desde o início: os desencontros presentes no ordenamento jurídico brasileiro constituem-se num dos fatores que dificultam a concretização da situação de igualdade de oportunidades, que é o objetivo da legislação sobre a inclusão.

Aliás, além de manifestar preconceitos discriminatórios, os termos utilizados no Código são ambíguos e imprecisos. Não se encontra a especificação clara para a diferença entre possuir uma deficiência em que não se tem o necessário discernimento para a prática de atos da vida civil, e **excepcionais** sem desenvolvimento mental completo.

Diante disso, cabe perguntar: a lei maior do país, a Constituição Federal, prevê medidas que visam **capacitar plenamente** as pessoas com deficiência, para que, quando isto ocorrer, dependendo da deficiência que apresentam, serem classificadas como **incapazes** ou **relativamente incapazes**?

O negócio jurídico é ato da vontade humana. A pessoa quando incluída na categoria de **absolutamente incapaz** não pode ser a mola criadora de ato jurídico porque a lei despreza sua vontade. Ora, sujeitos de direito sem vontade nada mais são do que objetos de direito.

Quando **relativamente incapaz** para participar de um negócio jurídico há a condição de que a pessoa seja representada por uma outra, que atua em seu lugar para que seja suprida sua vontade, classificada como **defeituosa**. Nessa situação, a educação inclusiva tornaria as crianças cidadãos ativos e participantes de quê?

Por causa dos elementos acima apontados, o Código Civil em vigência acaba por reestabelecer a situação observada em épocas anteriores, uma situação assistencialista e excludente, coerente com a idéia de deficiência como fator incapacitante da pessoa.

O Código Civil não permite que as pessoas com deficiência tenham uma vida independente, nega-lhes o controle de suas próprias vidas. Nota-se, então, que o mesmo Direito que visa garantir igualdade de oportunidades aderindo à luta global para inclusão social destas pessoas, reforça o estigma da incapacidade.

Enfim, quando se analisa a educação in-

clusiva sob a perspectiva do Direito, torna-se possível observar que a inclusão não pode ser tratada como problema apenas da Educação. Caso as contradições e imperfeições existentes nos textos legais não sejam resolvidas, longe de ser um problema, a inclusão transformar-se-á numa questão, com graves desdobramentos, que contrariam os principais fundamentos da educação postos desde o Iluminismo, não somente daquela voltada à inclusão.

Como falar numa educação que objetiva o desenvolvimento para a cidadania, a emancipação do sujeito, quando as leis existentes praticamente retiram da pessoa com deficiência a oportunidade de ser o ator de sua própria vida? Na forma como se encontra, a legislação vigente pode ser apontada como o fator de maior incidência para a conservação da situação de discriminação a que estão submetidas as pessoas com deficiência. Isso significa que, mesmo que a discriminação não aconteça na escola inclusiva, ela continua existindo nas demais instituições que formam a sociedade, pela força da própria lei. A igualdade de oportunidades oferecida pela educação e pela escola não poderia ser aproveitada pelas pessoas em outros contextos. Nesse caso, há de se questionar se é racional restringir a inclusão, tratando-a como contingência de uma igualdade unicamente educacional, circunscrita exclusivamente à escola, como experiência de um modo de vida recomendável às pessoas apenas enquanto elas forem crianças.

---

## Bibliografia

ARENDT, H. *Da condição humana*. 10 ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2001.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. 9 ed. Rio de Janeiro : Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *Igualdade e Liberdade*. 2 ed. Rio de Janeiro : Ediouro, 1997.

CANEVACCI, M. (org.) *A dialética do indivíduo*. 3 ed. São Paulo : Brasiliense, 1990.

HORKHEIMER, M. *L'eclisse della ragione*. Turim : Einaudi, 1969.

---

## Notas

<sup>1</sup> Conforme o inciso III do artigo 5 do Decreto 3298, o objetivo das normas ali contidas é o de possibilitar as condições de respeito às pessoas portadoras de deficiência, que devem receber igualdade de oportunidades na sociedade por reconhecimento dos direitos que lhes são assegurados, sem privilégios ou paternalismos.

<sup>2</sup> O conceito de vida privada aqui empregado foi emprestado de Hannah Arendt, e pode ser melhor e mais profundamente compreendido na leitura de sua obra *Da condição humana* (10 ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2001).

# EURO: A MOEDA NA UNIÃO EUROPEIA

*Lafayette Pozzoli \**

## Resumo

O artigo traz uma história da moeda da União Européia, o Euro. Uma decisão que foi tomada em 1992 com o Tratado de Maastricht, constituindo uma passagem fundamental na integração política e econômica européia. Isto representa a consequência lógica do mercado único e o emblema dos progressos da integração política na Europa, depois da Segunda Guerra Mundial. O Euro começou a funcionar para operações bancárias a partir de 1999 e, a partir de janeiro de 2002, entrou em circulação em 12 países, aposentando todas as moedas locais.

## Palavras-chave

Euro / Símbolo do euro / União Européia / Moeda / Economia / Direito econômico

## Abstract

This article shows the history of Euro, the European Union's currency. According to this article, the establishment of Euro, a decision taken by the Treat of Maastricht in 1992, constituted the start to a political and economical integration of Europe. It represents logical consequence of an unified marked and the emblem of the political integration achieved in Europe, after the Second World War. From 1999 to 2001 the Euro was used only in bank transactions but in January of 2002, it started to circulate in 12 countries, replacing their local currencies.

## Key-words

Euro / Symbol of the euro / European Union / Coin / Economy / Economical Law

---

*\* Professor no Programa de Estudos Pós-graduados em Direito - Mestrado strito sensu – e na Graduação em Direito do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília, onde é Membro do NEPI - Núcleo de Estudos, Pesquisas, Integração e de Práticas Interativas; Advogado; Sócio efetivo do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo; Pós-doutorado em Filosofia do Direito e do Estado na Universidade de Roma Università Degli Studi di Roma “La Sapienza”, Itália; foi membro do Tribunal de Ética da OAB/SP - TED-1; Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela PUC/SP; Consultor avaliador do INEP (MEC) para Cursos Jurídicos; Professor na Faculdade de Direito da PUC/SP; Diretor do Instituto Jacques Maritain do Brasil; Foi Professor Assistente no Curso de TGD ministrado pelo saudoso Professor André Franco Montoro na Pós-Graduação da PUC/SP; Foi membro da Comissão de Estudos sobre o Ordenamento Jurídico do Mercosul no ILAM - Instituto Latino Americano; Foi Consultor Internacional em Legislação para pessoa portadora de deficiência pela OIT Organização Internacional do Trabalho. (lafayette@fundanet.br)*

“Força senhora, tenha coragem. Uva, uva bonita, um Euro o quilo. Vamos. Onde você acha cacho de uva assim. A uva mais bonita da Europa. Um Euro, só um Euro o quilo.”<sup>1</sup>

Este diálogo foi realizado em 1º de outubro de 1997, por Francesco, um vendedor ambulante de fruta e legume, na feira semanal do Município de Pontassieve, Província de Florença. Junto com o Município de Fiesole, também Província de Florença, as duas cidades foram, na realidade, escolhidas para os testes técnicos da Euromoeda, dentro do âmbito da experiência batizada “Olha o Euro”.

Um comitê científico seguiu a operação durante os seis meses de experimentação, enquanto tinha os olhares dos cidadãos, negociantes e empresários para ver que efeito faria a nova moeda. Foi, assim, introduzida a idéia do Euro na Itália entre os cidadãos. “Olha o Euro” era a simulação mais ampla tida até aquele momento.

A união econômica e monetária constituiu um projeto europeu de alcance histórico. Uma passagem fundamental, na integração política e econômica europeia. Isto representa a consequência lógica do mercado único e o emblema dos progressos da integração política na Europa, depois da Segunda Guerra Mundial.

O processo de integração na Comunidade Europeia fez progresso além da área econômica, avançando nas áreas da política, do social e da cultura. O Tratado de Maastricht modificou profundamente o curso da história da União Europeia. Ao lado da integração econômica, previu também a integração monetária. Deste modo, o Tratado previu uma maior sistematização das políticas econômicas, monetárias e de câmbio dos Estados-membros, em vista da introdução da moeda única.

A união monetária adotando, de forma irreversível, uma moeda única, operou uma grande mudança na história da humanidade.

O Euro, inicialmente utilizado só para as operações bancárias, foi adotado em 11 países europeus em 1º de janeiro de 1999. Em janeiro de 2001 aderiu ao Euro o décimo segundo país. No entanto, só em janeiro de 2002 foi

possível fazer compras usando o Euro, que desse momento substituiu as moedas em uso nos 12 países, ou seja, Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Portugal. O Euro não foi ainda introduzido em três países, que também fazem parte da União Europeia: a Dinamarca, Inglaterra e Suécia.

É oportuno fazer uma observação sobre a auto-exclusão da Inglaterra da moeda única. É necessário retroceder à história dessa nação para compreender sua posição contrária, até mesmo por já apresentar uma perspectiva de mudança. Neste sentido, o Primeiro Ministro Inglês respondeu assim a uma entrevista ao jornal quotidiano italiano “Corriere della Sera”:<sup>2</sup>

“O Euro é uma realidade que nós não podemos ignorar. A nossa posição não está mudada, a entrada da Inglaterra na moeda única deverá ser definida pelos cidadãos, através de um referendo. Mas, obviamente o Euro se tornou numa realidade. Então acredito que escapar da realidade, ou esconder a cabeça debaixo da areia fingindo que isso não existe, seria uma coisa muito estúpida.”<sup>3</sup>

A adoção de uma moeda única, na União Europeia, completou a realização de um mercado único europeu, de forma que possa assegurar a estabilidade econômica e monetária. Não podemos esquecer que o Euro acabou fornecendo para a Europa uma ferramenta monetária que representa uma importância econômica e que age de contrapeso ao dólar no sistema monetário internacional.

O Euro é um acontecimento deste terceiro milênio que Lorenzo Bini Smaghi, no livro *O Euro*,<sup>4</sup> comenta deste modo:

“Que 300 milhões de cidadãos de 12 países europeus dão as moedas nacionais em troca de uma moeda comum, o Euro, é um evento sem precedente na história econômica moderna. Este acontecimento ocorre nos dois primeiros meses de 2002. Ao término destes dois meses, de 1º de março de 2002, desaparecem definitivamente os velhos sinais monetários nacionais



- a lira, o franco francês, o franco belga, o marco alemão, o florim holandês, a libra esterlina irlandesa, a peseta espanhola, o escudo português, o dracma grego, o xelim austríaco, o marka finlandês - alguns destes com uma história mais que secular. O Euro se torna um sinal tangível da união monetária.”<sup>5</sup>

A história do Euro é ligada à história da União Européia. Os países pertencentes à União Européia desejaram colaborar para organizar trocas comerciais voltadas a promover o conforto geral. Não obstante, resultado difícil de completar estas operações de modo simples, em quanto cada um dos Estados-membros usavam uma moeda diferente. Deste fato nasceu a idéia de encontrar uma moeda comum para uma grande parte dos países europeus.

O ex-presidente da Comissão Européia, Romano Prodi, afirmou, no dia quando o Euro nasceu,<sup>6</sup> que:

“O Euro representa os dois terços da economia ‘forte’ do dólar. Mas o seu peso é destinado a ainda subir: se tornará o co-protagonista das reservas monetárias e das transações internacionais.”<sup>7</sup>

No mesmo sentido, falando da idéia originária do Euro, em uma entrevista para o jornal quotidiano *Corriere della Sera*<sup>8</sup>, Giulio Andreotti responde a seguinte pergunta:

“Presidente Andreotti, tudo começou com o lançamento do Sistema Monetário Europeu que, vinte e três anos atrás, Itália, França e Alemanha resolveram colocar.

Por uma questão de honestidade, devo dizer que a idéia foi de Valere Giscard D’Estaing e de Helmut Schmidt, à época presidente da república francesa e chanceler alemão. Era 1978, eu estava enfrentando a minha quarta experiência de Presidente do Conselho (Primeiro Ministro). Dizer que nós tivemos sucesso ‘impondo’ o Sistema Monetário Europeu talvez hoje pode parecer excessivo a alguém, mas posso

assegurar que fazer aceitar não foi uma tarefa fácil para nenhum de nós três.”<sup>9</sup>

O símbolo gráfico usado para o Euro é • que é inspirado na letra do alfabeto grego ‘epsilon’ e se refere à inicial da palavra Europa. As linhas paralelas horizontais mostram a estabilidade da moeda e, talvez, são inspiradas aos análogos traços presentes no símbolo do dólar americano: \$<sup>10</sup>.

Sobre as origens do nome consignado na moeda única, na antiguidade clássica Euro era o nome conferido ao vento que exalava do sudeste. Na mitologia grega, analogamente, Euro era a personificação do vento do sudeste, filho de Eos (a aurora) e de Astro, também progenitores de Astrea, a “virgem das estrelas”, deusa da justiça identificada como Dike.

Também Dante Alighieri usou o termo Euro na Divina Comédia, no verso 66, do Canto VII, do Paraíso: “- ... e la bella Trinacria, che caliga tra Pachino e Peloro, sopra l’golfo che riceve da Euro maggior briga ... -.”

A palavra Euro foi escolhida porque é raiz de Europa e se encontra em todos os idiomas. É esta a diferença do ECU - Unidade Monetária Européia, denominação utilizada para identificar a unidade monetária da União Européia, antes do Euro. ECU tinha um sentido em inglês e em francês, mas não nos outros idiomas oficiais dos Estados-membros da União Européia.

Em dezembro de 1996 foi anunciado o resultado final do processo de seleção dos esboços do Euro. Os modelos selecionados, elaborados por Robert Kalina, do Banco Nacional Austríaco, foram inspirados no tema proposto “Idade e estilos da Europa”, que representa os estilos arquitetônicos típicos de sete épocas da história e a cultura européia: arte clássica, românica, gótica, renascimento, arte barroca, arquitetura do ferro e do vidro, arquitetura do vigésimo século.

Os assuntos são centrados em três principais elementos arquitetônicos: janelas, portais e pontes. As janelas e os portais reproduzidos na frente das notas simbolizam o espírito de abertura e cooperação que motivaram os países europeus. São presentes também as doze estrelas da União Européia, que representam o dinamismo e a harmonia

de Europa contemporânea.

Para integrar estes elementos figurativos, na parte de trás de cada nota é representada uma ponte característica de cada época da história cultural europeia. Começando das pontes rudimentares até as pontes sofisticadas suspensas da atualidade, pretende-se simbolizar a comunicação entre os povos europeus, como também entre a Europa e o resto do mundo, como sinal de abertura apontando para o ingresso em uma nova era.

Os outros elementos presentes nas notas são: o nome Euro, em caracteres latinos (Euro) e grego (εϋρω); a bandeira da União Europeia na frente das notas; a sigla do Banco emissor, ou seja, o Banco Central Europeu, nas cinco variações lingüísticas - BCE, ECB, EZB, EKT, EKP - que correspondem aos onze idiomas oficiais da Comunidade Europeia; a assinatura do Presidente do Banco Central Europeu, colocada próximo às siglas do BCE.

Com relação às moedas, existem as faces comuns, onde se consigna os respectivos valores,<sup>11</sup> e as faces nacionais. Na face nacional de cada uma delas os países têm reportado um pouco das suas histórias e respectiva identidade nacional.

Os órgãos que administram a política monetária, chamados de “Eurosistema”, são o Sistema Europeu dos Bancos Centrais (SEBC), composto pelo BCE - Banco Central Europeu - e dos Bancos Centrais Nacionais de Estados-membros, que adotaram o Euro. O “Eurosistema” é governado pelo Conselho diretivo e pela Comissão executiva e pelo Conselho Geral do BCE. A tarefa principal é unificar as políticas monetárias, especialmente, para a área do Euro, e manter a estabilidade dos preços, conforme disposto no artigo 105, do Tratado que institui a Comunidade Europeia.

Hoje a União Europeia conta com a presença de mais 10 países, advindos do leste europeu, que são: Chipre, Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Irlanda, Letônia, Lituânia, República Tcheca e Malta.

Os países que têm suas candidaturas consignadas para ingressarem no bloco são: Bulgária, Hungria e Romênia. Para se transformarem membros da União Europeia não devem aderir

somente aos princípios de democracia e estado de direito, mas colocar realmente em prática na vida quotidiana. O critério para adesão ao euro é a manutenção da estabilidade cambial durante dois anos após a sua adesão, sendo suas respectivas moedas ligadas ao euro através do Mecanismo de Taxa de Câmbio.

Concluindo, reportamos ao pensamento do Papa João Paulo II, que afirmou, no jornal quotidiano italiano “La Repubblica”, de 07 de dezembro de 2001, que o Euro

“Constitui um passo decisivo para a Europa unida.”

## Notas

<sup>1</sup> Cf. Jornal diário Italiano *Avvenire*, de 31 de agosto de 2001, artigo de Andrea Fagioli, pg. 4. “Forza donne, fatevi coraggio. Uva, uva bella, un Euro al chilo. Andiamo. Dove li trovate grappoli così. L’uva più bella d’Europa. Un Euro, solo un Euro al chilo.”

<sup>2</sup> Cf. Jornal diário Italiano *Corriere della Sera*, de 4 de janeiro de 2002, entrevista concedida ao jornalista Matteo Persivele, pg. 7.

<sup>3</sup> “L’euro è una realtà che non possiamo ignorare. La nostra posizione non è cambiata, l’ingresso della Gran Bretagna nella moneta unica dovrà essere deciso dai cittadini tramite un referendum. Ma ora ovviamente l’euro è diventato una realtà. Quindi ritengo che sfuggire la realtà, o nascondere la testa sotto la sabbia facendo finta che non esista, sarebbe una cosa molto stupida.”

<sup>4</sup> Lorenzo Bini Smaghi. *O Euro*, pg. 7.

<sup>5</sup> (Tradução livre do autor). “Che 300 milioni di cittadini di 12 paesi europei diano le loro monete nazionali in cambio di una moneta comune, l’euro, è un evento senza precedenti nella storia economica moderna. Questo avviene nei primi due mesi del 2002. Alla fine di questi due mesi, dal 1º marzo 2002, scompaiono definitivamente i vecchi segni monetari nazionali - la lira, il franco francese, il franco belga, il marco tedesco, il fiorino olandese, la sterlina irlandese, la peseta spagnola, l’escudo portoghese, la dracma greca, lo scellino austriaco, la marka finlandese - alcuni di questi con una storia più che secolare. L’euro diventa così segno tangibile dell’Unione monetaria.”

<sup>6</sup> Cf. Jornal diário Italiano *Corriere della Sera*, de 2 de janeiro de 2002, entrevista concedida ao jornalista Raffaella Polato, pág. 6.

<sup>7</sup> (Tradução livre do autor). “L’euro rappresenta i due terzi dell’economia ‘mossa’ dal dollaro. Ma il suo peso è destinato a salire ancora: diventerà co-protagonista delle riserve monetarie e degli scambi internazionali.”

<sup>8</sup> Cf. Jornal diário Italiano *Corriere della de Sera*, de 31 de dezembro de 2001, entrevista concedida ao jornalista Felice Saulino, pg. 3.

<sup>9</sup> (Tradução livre do autor). “Presidente Andreotti, tutto è cominciato con il varo del Sistema monetario europeo che ventitré anni fa Italia, Francia e Germania riuscirono a imporre. Per onestà, devo dire che l’idea fu di Valere Giscard

d’Estaing e di Helmut Schmidt, all’epoca presidente della repubblica francese e cancelliere tedesco. Era il 1978, io stavo affrontando la mia quarta esperienza da presidente del Consiglio. Dire che riuscimmo a ‘imporre’ il Sistema monetario europeo forse oggi può sembrare eccessivo a qualcuno, ma posso assicurare che farlo accettare non fu un’impresa facile per nessuno di noi tre.”

<sup>10</sup> Na origem, o símbolo do dólar americano era um S, que mais tarde foram colocadas duas linhas paralelas verticais.

<sup>11</sup> São 8 moedas, com os seguintes valores: 2 Euros; 1 Euro; 50 centavos; 20 centavos; 10 centavos; 5 centavos; 2 centavos; 1 centavo.



# A CONCEPÇÃO DE PROPRIEDADE NO *SEGUNDO TRATADO SOBRE O* **GOVERNO: NATUREZA E LIMITES À** **IDÉIA DE CIDADANIA**

Alexandre de Castro\*

## Resumo

A idéia de cidadania é hoje concebida como a participação política do indivíduo no processo eleitoral. Encontramos na obra *Segundo Tratado sobre o Governo*, de John Locke, uma significação elaborada de forma mais acurada. Ser cidadão, para Locke, diz respeito a um direito com duas importantes prerrogativas: participar da escolha e na instituição do Poder Legislativo. Poder esse de caráter supremo, com finalidade primordial de preservação da propriedade. Cidadania e propriedade são concepções que se confundem na construção lockeana. Mas a lógica do desenvolvimento do próprio corpo da comunidade encontra sua contradição quando da impossibilidade de tornar cada um de seus membros um proprietário. Surge no interior da comunidade uma cisão, marcada pela diferenciação entre direitos outorgados aos integrantes da *sociedade artificial* que redundará na conseqüente diferenciação entre cidadãos e não-cidadãos.

## Palavras-chave

Cidadania. Propriedade. John Locke. Poder Legislativo. Comunidade.

## Abstract

The citizenship idea is conceived today as the individual's political participation in the electoral process. We found in the work *The Second Treatise of Civil Government*, of John Locke, an elaborated significance in a perfected way. To be citizen, for Locke, tells respect the a right with two important prerogatives: to participate in the choice and in the institution of the Legislative Power. To can that of supreme character, with primordial purpose of preservation of the property. Citizenship and property are conceptions that get confused in the locke's construction. But the logic of the development of the community's own body finds your contradiction when of the impossibility of turning each one of your members a proprietor. It appears inside the community a scission, marked by the differentiation among rights granted to the members of the artificial society that will be redundant in the consequent differentiation between citizens and no-citizens.

## Key-words

Citizenship. Propriety. John Locke. Legislative Power. Community.

---

\* Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista/UNESP, Campus de Marília. Bacharel em Direito pela Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha"/UNIVEM. Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha"/UNIVEM. Bolsista CAPES/PROSUP.

A relação entre governantes e governados é um dos grandes debates que tem acompanhado toda a história do Estado Moderno. A forma de participação do povo nas decisões e diretrizes governamentais ainda é um desafio para aos juristas, historiadores e filósofos.

Tal participação, que ora denominaremos de cidadania, terá John Locke, mais precisamente sua obra *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, como referencial teórico para o desenvolvimento da discussão sobre uma idéia de cidadania.

Há uma primeira dificuldade nessa proposta que está justamente no fato de contextualizar o termo cidadania na obra de Locke. É certo de que o termo ainda não era utilizado, praticamente inexistia.

Justificamos nossa argumentação de uma cidadania em Locke extraindo sua compreensão do caráter de comunidade. O termo utilizado é forte e significativo, pois pertencer a uma comunidade implica em comungar objetivos comuns, almejar valores consensuais; uma comunidade reflete ideais intrínsecos. Por isso, Locke ressalta a importância da participação do povo na escolha e instituição de um poder responsável pela elaboração das leis, leis estas que regerão a própria comunidade.

Encontramos no Poder Legislativo os indícios de uma participação nos termos aqui propostos com relação à cidadania, que para Locke se traduz no “poder em conjunto de todos os membros da sociedade, cedido à pessoa ou grupo de pessoas que é o legislador [...]” (LOCKE, 1973, p. 93) para a finalidade da realização do “bem comum”.

A participação das pessoas no destino da comunidade, via Poder Legislativo, é o que aqui denominaremos de cidadania em Locke.

Mas, para melhor compreensão de nossa exposição, percorreremos algumas idéias constantes no Segundo Tratado do Governo Civil, importantes para nossa argumentação: *estado de natureza* e o papel da propriedade.

A chave para compreendermos a construção teórica de Locke encontra-se em sua formulação do *estado de natureza*.

No capítulo II, do *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, o autor descreve a situação:

[...] devemos considerar em que estado todos os homens se acham naturalmente, sendo este um estado de perfeita liberdade para ordenar-lhes as ações e regular-lhes as posses e as pessoas conforme acharem conveniente, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem. (LOCKE, 1973, p. 41).

O *estado de natureza* em Locke tem em si duas importantes idéias interligadas que nos obrigam a algumas reflexões: “liberdade” e “posses”. A liberdade se confunde com a propriedade.

A liberdade deve ser entendida como “[...] el derecho de los hombres para conducirse y disponer de sus bienes como les convenga [...]” (SANTILLÁN, 1992, p. 20). Uma situação hipotética de relações onde a figura da propriedade já está presente no convívio entre os homens.

Embora, no *estado de natureza*, não há regras escritas prescrevendo o que é permitido ou proibido com relação à ação humana e daquilo que é tido como próprio de alguém.

Contudo, embora seja este um estado de liberdade, não o é de licenciosidade; apesar de ter o homem naquele estado liberdade incontrolável de dispor da própria pessoa e posses, não tem a de destruir a si mesmo ou a qualquer criatura que esteja em sua posse, senão quando uso mais nobre do que a simples conservação o exija. (LOCKE, 1973, p. 42).

Liberdade não significa fazer o que bem se entende. Locke enfatiza a distinção existente entre os termos, pois a liberdade, diferentemente da licenciosidade, possui seus limites.

Tais limites encontrados na acepção de liberdade estão contidos na lei da natureza que através da razão impõe “[...] que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses.” (LOCKE, 1973, p. 42). É o uso da razão na preservação da Humanidade.

Sua idéia de liberdade também possui uma outra característica significativa, a saber, a não submissão aos caprichos e tirania de outrem.

A possibilidade que o homem possui

de conduzir seus bens de acordo com seu interesse, exclui os demais membros do *estado de natureza*, tornando-se esse direito *erga omnes*.

Mas, limites serão também aplicados à propriedade.

Primeiramente ressaltamos que a idéia de propriedade utilizada por Locke tem dupla acepção. Em sua formulação mais ampla “[...] designava simultaneamente a vida, a liberdade e os bens como *direitos naturais* do ser humano.” (MELLO, 1991, p. 85). Pois, de acordo com a argumentação de Locke, os homens, pelo simples fato do nascimento, tem “[...] direito à própria preservação, e, conseqüentemente, à comida e à bebida e a tudo quanto à natureza lhes fornece para subsistência [...]” (LOCKE, 1973, p. 51). Num “[...] sentido estrito, significa especificamente a posse de bens móveis ou imóveis.” (MELLO, 1991, p. 85).

E é esta segunda acepção da qual nos ocuparemos para defender uma idéia de cidadania em Locke.

O homem desfrutava de liberdade no *estado de natureza*, sendo proprietário tanto de sua pessoa como de seu próprio trabalho. A terra e tudo o que nela havia fora concessão divina “[...] para sustento e conforto da existência.” (LOCKE, 1973, p. 51). Mas o limite do *status* de proprietário encontrava-se em sua capacidade de trabalhar essa terra. “A mesma lei da natureza que nos dá por esse meio a propriedade também limita igualmente.” (LOCKE, 1973, p.53).

E o limite é justamente esse, a capacidade de extrair o sustento da terra, sem, contudo, causar dano a terceiros – este, por sua vez, também com igual direito à sua preservação.

O estrago do bem apropriado, antes da sua utilização, é uma invasão do direito comum. Temos aqui um corolário da lei fundamental de natureza, o princípio da preservação máxima da humanidade: deixar estragar-se um excedente apropriado é impedir a sua utilização por outrem, um necessitado talvez, cuja preservação esteja em jogo.” (JORGE FILHO, 1992, p. 81).

Portanto, no *estado de natureza* lockeano o homem desfrutava de liberdade para

realizar o que quer que fosse necessário para preservar sua vida, dispondo para tanto de amplas extensões territoriais, e sendo permitido a apropriação dos animais e frutos que eram oferecidos pela terra.

Sua capacidade de trabalho era o limite de sua apropriação, ou seja, o homem em *estado de natureza* poderia reunir em seu patrimônio o tanto de terras possíveis que ele próprio conseguisse trabalhar. A propriedade de terras estava diretamente vinculada a sua capacidade laboral. Embora Locke fale de um *estado de natureza*, portanto um estado pré-civil, já havia aí o instituto da propriedade.

Mas uma questão deve ser aventada.

Se no *estado de natureza* o homem provê sua subsistência, é proprietário e dispõe da razão para guiar-se em sua relação com seus semelhantes, o quê o levou a abandonar o *estado de natureza* para constituir, digamos, um *estado artificial*?

Embora tenhamos o direito natural à propriedade, sejamos pessoas livres, o fato é que, nesse estado, as pessoas ficavam expostas à usurpação, à violação da liberdade, sem que houvesse qualquer regra definida para estabelecer e cumprir punições para uma eventual transgressão das leis da natureza.

A simples possibilidade de que os homens, em *estado de natureza*, utilizassem de seu direito natural de punir, por qualquer infração cometida, os seus pares, colocava em risco a relativa harmonia encontrada no *estado de natureza*.

Locke não descarta os inconvenientes contidos nessa situação, pois ela prescinde de regras gerais, passíveis de serem observadas por todos, além da responsabilidade da aplicação de tais regras e sua observação.

Faltam três condições num tal estado: uma lei estabelecida, fixada, conhecida, admitida na base de um acordo geral sobre o critério de bem e mal; um juiz competente e imparcial para aplicar essa lei; uma força coercitiva para impor a execução da sentença do juiz. Sem tais condições, a conservação da propriedade dos homens naturais está muito longe de ser assegurada.” (CHEVALLIER, 1983, p. 43-44).

A preocupação com relação à preservação da propriedade – aqui entendida em sentido amplo – foi a responsável pela passagem do *estado de natureza* para o *estado artificial*.

O que fica claro é que não há, no *estado de natureza*, a possibilidade de defender uma idéia de cidadania, embora ela esteja aí em potência. O homem, embora senhor de suas atitudes e desejos, não interfere, de forma positiva, para a organização e bem estar da comunidade.

E a primeira medida a ser implementada, ao se constituir uma *sociedade artificial*, será a elaboração de leis e “[...] a primeira lei positiva e fundamental de todas as comunidades consiste em estabelecer o poder legislativo [...]” (LOCKE, 1973, p. 92).

E é após a constituição desse poder que a interferência do homem ganha aspecto qualitativo. Irá participar de forma efetiva na elaboração das regras que regerão daí em diante a comunidade na qual está inserido.

Locke dá destaque ao poder legislativo por se tratar do órgão encarregado de um duplo aspecto relevante em sua argumentação: da elaboração das regras que nortearão a comunidade, e, da manutenção dos direitos naturais anteriores à criação da *sociedade artificial*: a liberdade, a vida e a propriedade. O poder legislativo “[...] está investido do poder supremo, é a própria “alma” do corpo político [...]” (CHEVALLIER, 1983, p. 46).

Contém em si as diretrizes dessa comunidade e garante o direito adquirido à propriedade pré-existente à formação da sociedade artificial.

Não é por outro motivo que a função de legislador será exercida por integrantes da própria comunidade com caráter rotativo:

[...] de representantes escolhidos pelo povo para esse período, os quais voltam depois para o estado ordinário de súditos e só podendo tomar parte no legislativo mediante nova escolha, este poder de escolher também deverá ser exercido pelo povo, ou em certas épocas ou então quando convocado para isso [...] (LOCKE, 1973, p. 101).

As diretrizes da comunidade, transformadas em lei pela própria comunidade, “[...] no sentido da preservação dela própria e dos seus

membros.” (LOCKE, 1973, p. 97). Esta participação ativa na vida da comunidade revela um aspecto importante na construção lockiana: a cidadania.

Uma cidadania que tem por origem a propriedade. Pois foi justamente para a proteção da propriedade que o homem deixa seu *estado de natureza* e passa para a *sociedade artificial*.

Sobretudo com relação à propriedade em seu sentido estrito: o que hoje denominaríamos de bens móveis e imóveis. Cidadania diretamente relacionada à propriedade.

Mas a apropriação, via trabalho, efetuada pelos membros da comunidade estava fadada a findar.

Depois que a apropriação se desenvolveu, que a terra se tornou rara e se valorizou (antes ela tinha o valor que lhe dava o trabalho), foram necessárias leis para regulamentar e fixar a propriedade. (MICHAUD, 1991, p. 39).

Essa suposição extrapola os argumentos encontrados no *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Mas é da lógica do sistema pensar na idéia de apropriação de terras, que teve seu início no *estado de natureza*, portanto antes da sociedade civil, e continuaria *ad infinitum*.

Na mesma linha de argumentação surgirá um problema com relação à idéia de cidadania. A quantidade de terras não atenderia à demanda da comunidade que por sua vez está em constante crescimento.

A tendência do processo é a de tornar escassa a terra em comum, surgindo contingentes humanos sem oportunidade de apropriação de porções dela. Mas, isto ocorrendo, esses contingentes não mais poderão exercer o direito natural de que gozaram seus antepassados, o de apropriar-se de terra em comum dentro do limite de utilidade. (JORGE FILHO, 1992, p. 89-90).

Tal situação colocaria em xeque a noção de cidadania aqui proposta. Haveria homens no seio da comunidade incapacitados de gozarem de um *direito natural* e anterior à criação da *sociedade artificial*; ou seja, a comunidade por



uma questão objetiva estaria contrariando uma de suas principais leis naturais: o não acesso à propriedade.

A situação seria contraditória: um membro da comunidade, portanto um cidadão que participa das diretrizes desta, que tem por função defender a propriedade é uma espécie de “sem-propriedade”.

O resultado disso é que os homens sem fortuna ou bens, ou seja, sem propriedades, no sentido comum, estão, legitimamente dentro da sociedade civil, e ao mesmo tempo, não estão. (MACPHERSON, 1979, p. 259).

A cidadania que encontrávamos no início da *sociedade artificial* sofre uma espécie de cisão no que diz respeito ao seu exercício. Nesse momento do desenvolvimento social, encontramos membros da comunidade aptos a participar do poder legislativo por serem proprietários e uma outra parcela, membros da mesma comunidade, portanto com igual direito de participação na vida comunitária, que não terão interesse nas questões da preservação da propriedade por estarem privados do *direito natural* de propriedade.

Quando se interpreta a propriedade para proteção da qual os seres ingressam na sociedade civil como se tratando de vida, liberdade e posses, todos os indivíduos (exceto os escravos) estão qualificados para a cidadania; quando se interpreta como sendo bens ou fortuna, então apenas seus possuidores estão qualificados. (MACPHERSON, 1979, p. 259).

Homens “qualificados” para a cidadania e homens “não qualificados” para a cidadania, embora todos inseridos numa mesma comunidade, indicam “[...] uma diferenciação de direitos [...]” (MACPHERSON, 1979, p. 259) que contraria o sistema lockeano.

Encontramos no Segundo Tratado sobre o Governo Civil um desenvolvimento teórico que possui uma contradição.

Abre-se a oportunidade, com a criação da *sociedade artificial*, da participação nos dita-

mes do governo e na vida da comunidade, uma verdadeira cidadania que irá se contradizer no desenvolvimento interno dela mesma.

Tal contradição está na negação de uma cidadania gerada pelo próprio esgotamento dos meios materiais (impossibilidade *ad infinitum* de apropriação), que por sua vez irá permitir o surgimento de “qualificados” e “não-qualificados” para o exercício e participação nos ditames do governo.

Um segundo aspecto a ser levantado é a possibilidade que se abre, para os membros da comunidade, de participação na vida política na *sociedade civil*, situação que se encontrava em potência no *estado de natureza* lockeano.

E, por fim, uma conclusão lançada em forma de hipótese. A cidadania aqui defendida é um *status* que está diretamente vinculado à propriedade, mas à propriedade de bens materiais. Ser cidadão no seio da comunidade imprescindível do fato de exercer o *papel social* de proprietário.

## Bibliografia

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **História do pensamento político**. O declínio do Estado-Nação monárquico. Trad Alvaro Cabral. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1983.

JORGE FILHO, Edgard José. **Moral e história em John Locke**. São Paulo: Edições Loyola, 1992.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad Anwar Aiex. São Paulo: Abril Cultural S.A., 1973. Coleção Os Pensadores.

MACPHERSON, C. B. **A teoria do individualismo possessivo de Hobbes até Locke**. Trad Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: \_\_\_\_\_. WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”. 2 ed. São Paulo: Editora Ática, 1991. p. 79-110.

MICHAUD, Yves. **Locke**. Trad Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

SANTILLÁN, José F. Fernández. **Locke y Kant**. Ensayos de filosofía política. Presentación Michelangelo Bovero. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.



# ISENÇÃO DE PIS E COFINS NAS VENDAS À ZONA FRANCA DE MANAUS - ZFM

*Emanoel Tavares Costa Júnior<sup>1</sup>*

## **Resumo**

O nosso estudo buscou interpretar a legislação tributária em consonância com o Poder Constituinte, mostrando que as vendas realizadas para as empresas sediadas na Zona Franca de Manaus estão isentas das contribuições PIS e COFINS, desonerando em 3,65% as citadas operações. Essa isenção se deve à equiparação dos benefícios concedidos à exportação para a ZFM, nos termos do artigo 4º. do decreto-lei 288/67. Assim, considerando que as leis que tratam do PIS e da COFINS isentaram as exportações, o mesmo benefício deve ser estendido à ZFM. Essa situação de equiparação deve ser mantida pelo prazo de 25 anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, obedecendo ao artigo 40 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. Em resumo, devemos respeitar a vontade do Poder Constituinte que manteve a ZFM com o *status* de área de exportação, sendo por isso inconstitucionais quaisquer dispositivos existentes que afrontem essa equiparação.

## **Palavras-chave**

Isenção, Zona Franca de Manaus, PIS, COFINS, Área de Exportação, Tributo, Incentivo Fiscal.

## **Abstract**

In our study we aimed to interpret the legislation tax in accord with the Constituent Power, showing that sales carried through for the companies headquartered in the ZFM (Free Trade Zone of Manaus) is exempt of contributions PIS and COFINS, degenerating in 3,65% the cited operations. This exemption is a must to the equalization of the benefits granted to the exportation for the ZFM, in the terms of the article 4º of Decree 288/67. Thus, considering that the laws that deal with PIS and COFINS exempted the exportations, the same benefit must be extended to the ZFM. This situation of equalization must be kept by the stated period of 25 years of the promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, obeying article 40 of the Acts of Transitory Disposals Constitutional - ADCT. In summary, we must respect the will of the Constituent Power that kept the ZFM with the *status* of exportation area, being therefore unconstitutional any existing devices that confront this equalization.

## **Key-words**

Exemption, Free Trade Zone of Manaus, PIS, COFINS, Area of exportation, Tax, Fiscal benefits (incentives).

---

<sup>1</sup> Advogado, Mestre em Direito pelo UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília.

Foi noticiado na mídia especializada em direito tributário que, a partir da decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF - que julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN - n.º 2.348-9, deferindo medida liminar para afastar o inciso I, do § 2º, do artigo 14 da MP n.º 2.037-24, de 23/11/00, as vendas à Zona Franca de Manaus estariam isentas de PIS e COFINS.

A Corte Suprema afastou o inciso I, do § 2º, do artigo 14 da MP n.º 2.037-24 que afirmava:

*“Artigo 14. Em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999, são isentas da COFINS as receitas:*

*omissis*

**II – da exportação de mercadorias para o exterior;**

*omissis*

**1º - São isentas da contribuição para o PIS/PASEP as receitas referidas nos incisos I a IX do caput.**

*§ 2º - As isenções previstas no caput e no § 1º não alcançam as receitas de vendas efetuadas:*

I – a empresa estabelecida na Zona Franca de Manaus, Amazônia Ocidental ou em área de livre comércio;

*omissis”*

Como visto, a Medida Provisória concedeu isenção de PIS e COFINS as vendas **ao mercado exterior**.

Mas com relação as vendas à Zona Franca de Manaus, o inciso I, do § 2º, do artigo 14 da Medida Provisória expressamente excluiu o incentivo fiscal.

Contudo, por força do decreto-lei n.º 288, de 28-02-67, as vendas à ZFM são equiparadas a exportação:

*“Artigo 4º. – A exportação de mercadorias de origem nacional para consumo ou industrialização na Zona Franca de Manaus, ou reexportação para o estrangeiro, será para todos os efeitos fiscais, constantes da legislação em vigor, equivalente a um exportação brasileiro para o exterior.”*

Esse incentivo fiscal não pode ser revogado durante 25 anos da promulgação da Constituição de 1988, conforme o artigo 40 do A.D.C.T.:

*“Artigo 40. É mantida a Zona Franca de Manaus, com suas características de área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição.”.*

Não há dúvida que a Constituição expressamente recepcionou o artigo 4º do decreto-lei n.º 288/67. Inclusive, a recepção do citado decreto-lei n.º 288/67 pela Constituição de 1988 foi reconhecida pelo Governo Federal que alterou diversos de seus artigos através das leis n.º 8.387/91 e 10.176/2001.

Ora, se a Constituição manteve a equiparação do decreto-lei n.º 288/67 por pelo menos 25 anos da sua promulgação, TODOS os dispositivos legais que dispuseram e dispuserem contrariamente, neste período, são INCONSTITUCIONAIS.

Foi exatamente nesse sentido a decisão do STF. A Suprema Corte ainda fundamentou sua decisão em inúmeros artigos da Constituição que tratam da obrigação da União com o desenvolvimento regional da Zona Franca de Manaus: artigo 43, § 2º, III; artigo 150, § 6º; artigo 150, inciso II; artigo 151, inciso I; artigo 165, §§ 6º e 7º; artigo 167, inciso I; artigo 170, inciso VII, e, por fim, o artigo 218, §§ 3º e 4º.

Não resta dúvida que a isenção tratada na Medida Provisória n.º 2.037-24 alcança as vendas à Zona Franca de Manaus, pois o inciso I, do § 2º, do artigo 14, é manifestamente inconstitucional, contrariando o artigo 40 do A.D.C.T. que recepcionou o decreto-lei n.º 288/67.

Afastada aquela inconstitucionalidade, a equiparação entre exportação e Zona Franca de Manaus continua em vigor, havendo isenção de COFINS e PIS para **uma** automaticamente vale para a **outra**, pelo menos durante 25 anos da promulgação da Carta de 1988.

Corroborando esse entendimento, Ives Gandra da Silva Martins<sup>1</sup> afirma que:

*“Em diversos estudos, que elaborei sobre*

o tema, inclusive hospedados por interpretação pretoriana máxima, examinei a questão dos incentivos fiscais, deixando claro que todos aqueles estímulos de natureza tributária concedidos pelo DL 288/67 ou em consonância com esse diploma estão assegurados, constitucionalmente, até o ano 2013, por força do art. 40 do ADCT.”.

Resta sabermos se essa isenção é nova, isto é, a partir da decisão do STF na ADIN n.º 2.348-9, ou se as vendas para a Zona Franca de Manaus sempre estiveram isentas de PIS e COFINS.

Para respondermos essa dúvida se faz necessário um retrocesso no histórico legislativo dos citados tributos, vale dizer, do PIS e da COFINS e da própria criação da Zona Franca de Manaus, bem como da intenção do legislador ordinário e constitucional ao promoverem a equiparação com a exportação.

Em cuidadoso parecer publicado na Revista de Direito Tributário<sup>2</sup>, GERALDO ATALIBA e CLÉBER GIARDINO, lembraram que o clima político que levou a criação da Zona Franca de Manaus, era a formação de um pólo de desenvolvimento, possibilitando o homem se fixar sem destruir o ambiente, estabelecendo a ocupação do território por medida de segurança nacional.

Seguindo as palavras de Ataliba e Giardino na obra supra citada, o “regime jurídico dos intercâmbios econômicos com a Zona Franca de Manaus é diverso, radicalmente diferente do normal, aplicável às atividades econômicas realizadas em ou com outras partes do País. Suas idéias motrizes, especialmente em matéria tributária, são o incentivo, o estímulo e a indução ao desenvolvimento de atividades condcentes a tais resultados”.

Esse espírito de tratamento diferenciado à ZONA FRANCA DE MANAUS, como interesse de segurança nacional, logo de todos os cidadãos brasileiros, dos Estados e da União, levou a edição do artigo 4º do decreto-lei n.º 288/67, acima reproduzido. *A intentio legislatoris* foi a equiparação de remessa de mercadorias para a Zona Franca de Manaus e a remessa de mercadorias para o estrangeiro.

Vejamos, agora, a legislação das contribuições em comento:

### **COFINS –Contribuição para Financiamento da Seguridade Social**

Criada pela lei complementar n.º 70, de 30 de dezembro de 1991, previa no artigo 7º: **É ainda isenta da contribuição a venda de mercadorias ou serviços, destinados ao exterior**, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo.

O Poder Executivo regulamentou o artigo 7º da LC 70/91 através do decreto n.º 1.030, de 29 de dezembro de 1993:

Artigo 1º - Na determinação da base de cálculo da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins), instituída pelo artigo 1º da Lei Complementar n.º 70, de 30 de dezembro de 1991, **serão excluídas as receitas decorrentes da exportação de mercadorias ou serviços**, assim entendidas:

I – **vendas de mercadorias ou serviços para o exterior**, realizadas diretamente pelo exportador;

II - .....

III - .....

Parágrafo único. A exclusão de que trata este artigo não alcança as vendas efetuadas:

a) a empresa estabelecida na Zona Franca de Manaus, na Amazônia Ocidental ou em Área de Livre Comércio;

b) .....

c) .....

d) .....

Em 1996, o artigo 7º da LC n.º 70/91 foi alterado pela Lei Complementar n.º 85, de 15 de fevereiro de 1996:

Artigo 7º **São também isentas da contribuição as receitas decorrentes:**

**I – vendas de mercadorias ou serviços para o exterior**, realizadas diretamente pelo exportador;

II – de vendas realizadas por intermédio de cooperativas, consórcios ou entidades semelhantes;

III – de vendas realizadas pelo produtor-vendedor às empresas comerciais exportadoras, nos termos do Decreto-lei n.º 1.248, de 29 de novembro de 1972, e alterações posteriores, desde que destinadas ao fim específico de exportação para o exterior

IV - .....

V - .....

VI – das demais vendas de mercadorias ou serviços para o exterior, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo.

Como observado, desde a instituição da COFINS foram **isentas as vendas ao mercado exterior** e, ao mesmo tempo, **foram excluídas da isenção as vendas às empresas na Zona Franca de Manaus**.

### PIS – Programa de Integração Social

Criada pela lei complementar 7/70, a contribuição ao Programa de Integração Social foi alterada inúmeras vezes durante sua existência. Contudo, ao que interessa neste estudo, temos a lei n.º 7.714, de 29 de dezembro de 1988, que tratou da isenção:

Artigo 5º Para efeito de cálculo da contribuição para o Programa de Formação do Servidor Público – PASEP e par ao Programa de Integração Social – PIS, de que trata o Decreto-Lei n.º 2.445, de 29 de junho de 1988, **o valor da receita de exportação de produtos manufaturados nacionais poderá ser excluído da receita operacional bruta.**

Em 1994, a Medida Provisória n.º 622, de 22 de setembro de 1994 convertida na Lei n.º 9.004, de 16 de março de 1995, alterou o artigo 5º da Lei n.º 7.714/88:

Artigo 5º Para efeito de determinação da base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), instituídas pelas Leis Complementares n.º 7, de 7 de setembro de 1970, e 8, de 3 de dezembro

de 1970, respectivamente, **o valor da receita de exportação de mercadorias nacionais poderá ser excluído da receita operacional bruta.**

1º Serão consideradas exportadas, para efeito no *caput* deste artigo, as mercadorias vendidas a empresa comercial exportadora, de que trata o art. 1º do Decreto-Lei n.º 1.248, de 29 de novembro de 1972.

2º **A exclusão prevista neste artigo não alcança as vendas efetuadas:**

- a) a empresa estabelecida na **Zona Franca de Manaus**, na Amazônia Ocidental ou em Área de Livre Comércio;
- b) a empresa estabelecida em Zona de Processamento de Exportação;
- c) a estabelecimento industrial, para industrialização de produtos destinados a exportação, ao amparo do art. 3º da Lei n.º 8.404, de 8 de janeiro de 1992;
- d) no mercado interno, às quais sejam atribuídos incentivos concedidos à exportação.”

Tal como na COFINS, concluímos, logo, que desde 1988 há **isenção de PIS nas vendas ao mercado exterior** e, a partir de 1994, **foram excluídas da isenção as vendas às empresas na Zona Franca de Manaus**.

Se tanto no PIS como na COFINS foram isentas as vendas ao mercado exterior e, ao mesmo tempo, foram excluídas essas isenções à Zona Franca de Manaus, logo concluímos que o próprio Governo Federal reconhece que há equiparação para fins de incentivo fiscal entre exportação e Zona Franca de Manaus. Daí expressamente revogar esta equiparação em inúmeras oportunidades.

Entretanto, por força do artigo 40 da A.D.C.T. não poderia haver exclusão da isenção nas vendas para às empresas sediadas na Zona Franca de Manaus.

Resta demonstrado pela interpretação legislativa que as receitas provenientes das vendas para a Zona Franca de Manaus estão isentas de PIS e COFINS desde quando foi concedido esse incentivo fiscal à exportação. Isto é, do PIS desde outubro de 1994 e da Cofins desde abril de 1992.

Os contribuintes que recolheram indevidamente esses tributos no caso citado, possu-

em direito de pleitearem a restituição desse indébito, atualizado pela UFIR expurgada até dezembro de 1995 e pela Taxa Selic a partir de janeiro de 1996, ou pleitearem a compensação desse crédito com o que devem recolher de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal.

De qualquer forma, os contribuintes não estão obrigados a recolherem PIS e COFINS sobre as receitas das vendas que realizam às empresas sediadas na Zona Franca de Manaus.

Concluimos que o empresário deve ter quase sempre a seu lado um especialista em leis que lhe ajude na interpretação da legislação tributária. O normal seria que a legislação pudesse ser observada e compreendida por qualquer ci-

dadão brasileiro. No entanto, por sorte o sistema fornece elementos capazes de garantir direitos legítimos através do Poder Judiciário.

---

## Notas

<sup>1</sup> “Inteligência do art. 40 do ADCT – Impossibilidade de Restrições aos Incentivos Constitucionalizados em 1988 – Opinião Legal”, *Doutrina Adcoas*, ano 2001.

<sup>2</sup> “Isenção para Vendas para a ZFM – Finsocial e Imposto sobre Transportes”, *Revista de Direito Tributário* n.º 41. São Paulo, RT, p. 207.





# A ADOÇÃO E O PRECONCEITO INTER-RACIAL

*Renata Marina Balbo Pavezi\**

*Raquel Rosan Christino Gitahy\*\**

## RESUMO

O presente artigo descreverá o instituto da adoção relacionando requisitos para que a mesma ocorra. Daremos destaque ao requisito do não preconceito, requisito este, muitas vezes, inexistente na adoção inter-racial. Mostraremos que pesquisas realizadas provam que, na maioria das vezes, o adotante e o adotado são da mesma raça, sendo que esta condição parece estar acima do amor. Apresentaremos algumas considerações sobre como o Direito pode criar meios para impedir tais preconceitos na adoção inter-racial.

## Palavras-chave

Adoção; Inter-racial; Estatuto da Criança e do Adolescente.

## ABSTRACT

The present article will describe the institute of the adoption relating requisite so that the same one occurs. We will give prominence to the requirement of not the preconception, requirement this many times, inexistent in the Inter-racial adoption. We will show that carried through research proves that, in the majority of the times, adoptive and the adopted one they are of the same raça, being that this condition wall to be above of the love. We will present some considerações on as the Right can create ways to hinder such preconceptions in the Inter-racial adoption.

## Keywords

Adoption; Inter-racial; Statute of the Child and teennager.

---

<sup>11</sup> *Discente do curso de Direito das Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: renatapavezi@yahoo.com.br*

<sup>2</sup> *Docente do curso de graduação em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília, Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente e Universidade do Oeste Paulista. Doutora em Educação. Bacharel em Direito e Pedagogia. E-mail: gitahy@fundanet.br*

## O VÍNCULO DO AMOR

*Sonhava...  
Era a criança que beijava bonecas,  
preparava mamadeiras, banhos,  
trocava roupinhas e cantava  
canções de ninar.  
Sonhava...  
que teria uma imensa barriga.  
E dois corações pulsando.  
Um no peito e outro naquela barriga.  
Sonhava...  
com o momento sublime  
de escutar o choro do seu bebê.  
Tão acalentado e amado  
nos sonhos infante juvenis.  
Sonhava...  
que teria bastante leite para alimentá-lo.  
O leite que ele encontraria  
bem próximo a seu coração.  
Sonhava...  
Quem não sonhou um dia,  
certamente não foi criança.  
É o sonho que ajuda a gente crescer.  
Quando cresceu, precisou  
parar de sonhar e esperar  
a chegada daquele bebê.  
Sonhado e nunca sentido  
na barriga (que não cresceu).  
Um dia, acordada,  
acariciou aquela criança,  
que sempre esteve presente,  
como vida em sua vida,  
como batidas do coração.  
Naquele dia inesquecível...  
A reconheceu como um encanto  
E soube que ela já havia  
sido beijada por outros lábios.  
Abraçada por outros braços.  
Naquele momento, seu coração  
se fez ninho para acolhê-la.  
E ela adormeceu nele,  
tornando real o vínculo do amor ...  
A adoção.*

Marinalva de Sena Brandão

## INTRODUÇÃO

Nesse artigo, serão apresentados todos os requisitos necessários para a adoção de uma criança e sua colocação em uma nova família, chamada de família substituta. Para a adoção, é necessário que estejam presentes os requisitos em relação ao adotante e em relação ao adotado. A adoção, ato irrevogável, gerará consequências que, normalmente, são benéficas para a sociedade. Porém, nem todo ser humano, na prática, tem o privilégio da adoção. Mesmo estando presentes os requisitos legais para a adoção, esta pode encontrar o obstáculo da Adoção Inter-Racial, eivada do preconceito existente na sociedade brasileira para adotar crianças que possuem características diferentes daqueles que serão os futuros adotantes da criança ou adolescente. Além do preconceito, analisaremos os índices brasileiros da adoção, as exigências dos futuros pais em relação às crianças e adolescentes, como a cor da pele e a idade.

Ao final, esperamos que o leitor verifique que tão pouco importa a cor da pele ou raça da criança ou do adolescente, mas o que realmente vale sopesar é o amor que poderá nascer do vínculo entre eles, pais e filhos.

## REQUISITOS PESSOAIS PARA A ADOÇÃO

Em matéria de requisitos, segue o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) a tradição que sempre informou a adoção, desde as suas origens. Com efeito, observam-se na sua trajetória histórica algumas constantes relacionadas à idade mínima para poder adotar, uma diferença de idade entre adotante e adotado, uma série de proibições e certas limitações. Tais constantes se repetem nas disposições do ECA, mas com muita atualidade e na linha de vários princípios constitucionais. Deve ser ressaltado que o Estatuto evita qualquer discriminação a respeito do estado civil do adotante, possibilitando a adoção por pessoa solteira, casada, viúva, concubinada, separada ou divorciada. Não estabeleceu limite máximo de idade, permitindo que pessoas de idade avançada possam adotar. A questão da estabilidade familiar, quando conjunta

a adoção, não ficou condicionada à idade dos adotantes, dispõe SILVA FILHO (2001).

Os requisitos não são somente analisados em matéria do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas também sob o ponto de vista do Novo Código Civil (2002), atualmente vigente .

### **Requisitos quanto ao adotante:**

A adoção deve ser solicitada e realizada pelo próprio interessado. Sendo ato personalíssimo, é vedada a adoção por procuração (art 39, parágrafo único, do ECA). Justifica-se a vedação, também, pela necessidade de se avaliar, antes de deferida a adoção, a adaptação entre adotantes e adotado, ou seja, o estágio de convivência, dada a irrevogabilidade da medida. Isto seria impossível se houvesse a intervenção de terceiro, mero intermediário .

Somente poderá realizar a adoção a pessoa maior de 18 (dezoito) anos.

Expressa o art. 1622, do CC/2002, que ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável.

Podem adotar os solteiros, separados judicialmente, divorciados, concubinos e viúvos (Apelação Cível n.14.179-0, Relator o Des. Sabino Neto, Apelação Cível n.33.233-0, Rel. o Des. Luís de Macedo, ambos da Câmara Especial do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, RT 665/69).

Se os adotantes forem cônjuges ou concubinos, poderá ser feita, desde que um deles tenha 18 (dezoito) anos completos e comprovada a estabilidade da família .

Na ocorrência de separação ou divórcio, e tendo o estágio de convivência se iniciado na constância da sociedade conjugal, poderá a adoção ser concedida a ambos os pretendentes, desde que acordem sobre a guarda e o regime de visitas (art. 42, §4º). Inexistindo acordo, mas desejo de ambos adotarem, e sendo esta medida de interesse da criança ou adolescente (art. 43, do ECA) pode-se pensar na possibilidade de que seja deferida a adoção, ficando a guarda e as visitas para decisão judicial (art. 1622, parágrafo único, CC/2002 ), retirado do Estatuto da Criança e Adolescente Comentado, 2001, p.148.

Na mesma forma, ocorrendo a ruptura da sociedade conjugal e um dos cônjuges não se interessar mais na adoção, poderá o outro efetivá-la.

É vedada expressamente a adoção por ascendente e irmãos do adotando (art. 42, § 1º e, RT 671/80, JTJ 136/149 ), pois alteraria de forma absurda a constelação familiar, ou seja, o que até então era neto passaria a ser filho, ou de irmão passaria a ser filho .

Estabelece que a diferença de idade mínima, entre adotado e adotante seja de 16 anos, ou seja, que o adotante seja 16 anos mais velho que o adotado (art. 42, § 3º, e, art. 1619, do ECA).

Não há, outrossim, limite máximo de idade para os adotantes. Assim, independentemente da idade avançada do pretendente à adoção, pode ele adotar, sob o regime do ECA, desde que reúna condições de fornecer ao adotando ambiente familiar saudável, propício ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e afetivo (RT 723/306).

Necessário se faz que haja compatibilidade com o instituto e ambiente familiar adequado. Sendo assim, não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado (art. 29, do ECA).

### **Requisitos quanto ao adotado:**

A criança ou adolescente poderá ser adotado até a idade máxima de 18 (dezoito) anos, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes antes dos 18 (dezoito) anos (art. 40, do ECA e art. 1623, CC/2002 ). Nesses casos, onde já houver a convivência, o limite passa a ser de 21 (vinte e um ) anos de idade.

Tratando-se de adotando maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário o seu consentimento, além do consentimento dos pais ou do seu representante legal (art. 45, § 2º e, art. 1621, CC/2002 ). Havendo condições de a criança expressar sua vontade, recomenda-se que seja ouvida. Sendo adolescente, todavia, é obrigatória a sua oitiva, por possuir idade em que tenha conhecimento, por menor que seja, da vida e saiba opinar para o que considere melhor para si, em razão de serem discutidos a

sua vida e o seu destino. A adoção visa buscar o melhor para o adotado.

Será dispensado o consentimento quando a criança ou adolescente possuírem pais desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder (art. 45, § 1º e art. 1621, § 1º).

O adotado deve ter 16 (dezesseis) anos a menos do que o adotante. Deve existir a diferença mínima de idade, como na filiação biológica, ou seja, uma suficiente diferença de idade, como se fosse o adotante pudesse ser pai do adotado. Entre o adotante e o adotado deve haver laços de hierarquia e subordinação. Evita-se o perigo de se estabelecerem vínculos afetivos distintos da relação paterno-filial (SILVA FILHO, 1997, p. 70 e 71).

### **A NECESSIDADE DE MAIS UM REQUISITO PARA A ADOÇÃO: A INEXISTÊNCIA DO PRECONCEITO INTER-RACIAL**

A adoção inter-racial no Brasil é pouco discutida, porém, atualmente vem tendo maior ênfase perante as pessoas, principalmente entre aquelas que estão envolvidas no processo de adoção.

Primeiramente, deve-se saber o que seria a adoção inter-racial: é a adoção de crianças de raça diferente do adotante.

Devendo-se distinguir a questão da etnia e a questão da cor da pele da pessoa. De acordo com o dicionário de língua portuguesa há:

- Raça: Conjunto de indivíduos cujos caracteres somáticos, tais como a cor da pele, a conformação do crânio e do rosto, o tipo de cabelo etc., são semelhantes e se transmitem por hereditariedade, embora variem de indivíduo para indivíduo.
- Etnia: Grupo biológico e culturalmente homogêneo.

VARGAS, 2001, pronuncia-se sobre a relação inter-racial brasileira, dispondo:

A identificação racial é mais complexa do que aquela que costuma-se fazer baseada na cor da pele (branca, negra ou amarela). Deve-se incluir características culturais, além das características biológicas. A imigração trouxe para o país gru-

pos de diferentes raças e etnias. Desde o início da colonização, o Brasil vive em processo de miscigenação. Tanto que as diferenças raciais são mais observadas nos estados do Sudeste e Sul do país, onde há menor número de negros e índios e a imigração italiana, alemã e japonesa foi mais significativa.

Em um país mais mulato do que branco, onde as características raciais ditas “puras” são raras, o que aponta como diferença racial, na hora de adotar, é apenas o tom da pele, já que as demais características que definem uma etnia já estão bastante integradas na nossa cultura. Mesmo assim, há dificuldade de definição nesse aspecto; são tantas denominações entre a pele branca e a negra (parda clara, parda média, parda escura, mulata escura etc.) que esses dois extremos são cada vez mais raros, VARGAS, 2001, p.70.

Observa-se, porém, que na hora de adotar a cor da pele pode ter uma importância tão grande que assistentes sociais têm dificuldade em trabalhar a questão. Discutem com os pais que pretendem adotar que nem sempre o filho biológico será idêntico com os pais em sua cor e características. Pode a criança trazer as características da família e não dos pais, assim como a cor da pele. Na maioria das vezes, são parecidos, porém, há exceções.

Marlizete Maldonado Vargas (2001) enfoca que há muita frequência de pessoas que desejam bebês de pele clara, que o motivo é apenas evitar maior sofrimento para a criança pelo preconceito racial. Não há dúvida de que ele existe, mas se duvida se é este o principal motivo, ou seria o preconceito de simplesmente adotar.

O sofrimento da criança ante o preconceito racial seria, certamente, minimizado pelo vínculo parental construído, pela segurança ao pertencer a uma família que a ame além das diferenças. Por outro lado, a família poderia estar se orgulhando disso, da possibilidade de amar um filho e senti-lo belo, mesmo que não veja nele a sua imagem e semelhança.

Lídia Natalia Dobrianskji Weber (1997) afirmava: Se assumirmos que o preconceito é aprendido socialmente, entendemos que este tipo de pensamento pode ser modificado!

WEBER (1997) informa que apenas 3% dos brasileiros aceitavam adotar uma criança negra.

Clovis Amissis Amorin (2004), psicólogo e professor da PUC-PR, doutorando pela Universidade Complutense de Madrid, analisa o fato de adotar uma criança de outra etnia, em duas situações:

- O sigilo fica, *a priori*, inexistente, evitando o difícil momento de decidir se revela ou não a origem.

- Como desafio básico, está a questão da identidade, onde é necessário fortalecer a auto-estima e prover a criança com recursos para manejar assertivamente os confrontos e conflitos cotidianos. No caso da criança negra, os estereótipos e caricaturas são enfrentados, principalmente, no relacionamento com grupos de contatos diário, como os vizinhos e colegas da escola.

AMORIN (2004) descreve: A adoção é um risco que vale a pena. Abrir-se ao diferente, ao novo, também demanda coragem e amor. Finalmente, brancos e negros e amarelos e ...serem companheiros nessa enigmática aventura que é a existência humana.

Annamaria Dell'Antonio (2004) explica:

Aqueles que acolhem uma criança de raça diversa precisam ajudá-la a integrar tudo aquilo que ela recebeu, e dessa história precedente, com aquilo que recebe e desenvolve em sua nova experiência. Além disso, a criança prende-se positivamente àquela origem que se manifesta nas suas características somáticas, e, em particular, na cor da sua pele. Uma condição fundamental para que essas crianças se desenvolvam de modo adequado é o reconhecimento posto a sua diferença. Diversidade não negada, mas reconhecida, não vivida como um elemento de discriminação, mas considerar a criança como digna e semelhante a todas as crianças. É exatamente a aceitação dessa diferença, os pais levarem em consideração a sua história anterior, e estabelecer, com o seu filho, um relacionamento num contexto cultural e diverso daquele de origem.

Se a criança negra, adotada por uma família de brancos, se sente, e é sentida como um membro efetivo da família, com dignidade e respeito face aos outros, então está se verificando o surgimento de uma nova realidade, de significados: o nascimento de uma família multirracial, em sociedade onde ainda são claras as barreiras das diferentes raças.

Segundo Lídia Natália Dobriankji Weber (1996), a adoção visa satisfazer prioritariamente os interesses do adotado e é esta conscientização sobre a adoção da criança que deveria ser trabalhada com a população em geral, e com adotantes em especial. Deve-se tentar criar vocações para adoções tardias e inter-raciais, para acordar consciências, pois a maioria das crianças abandonadas nas instituições não é de recém-nascidas e nem de brancas. Deve ser enfatizado o aspecto dialético dessa questão: quanto mais o adotante aceita a criança pelo que ela é, tanto maior a possibilidade de ter sucesso na criação de uma família. Afinal, é o que ocorre com os filhos biológicos, quando não é possível escolher suas características ou fazê-los satisfazer as nossas necessidades.

WEBER (1996) efetuou uma pesquisa, tendo como sujeitos 108 pais adotivos e 56 filhos adotivos (com idade igual ou superior a 12 anos). A escolha dos sujeitos foi assistemática e não aleatória, devido à inexistência de um cadastro que incluísse todas as adoções "legais" e "ilegais", impossibilitando o número real da população de filhos adotivos.

Entre os vários conceitos analisados teve-se como destaque :

- o perfil da criança adotada pelos entrevistados equivaleu ao conhecido perfil das crianças chamadas "adotáveis" no Brasil: uma criança saudável (76 % dos bebês não apresentava problemas de saúde), do sexo feminino (60%), recém-nascida (69% eram bebês de até três meses de idade) e de **pele clara (64% dos bebês eram brancos)**;

- a existência de adoções tardias (16,66 % dos adotados tinha mais de dois anos), **inter-raciais (36% dos adotados eram de cor parda ou negra)**, e crianças deficientes e com problemas

de saúde (23,15%) e 45% dos adotados e de adoções por parte de pessoas que já tinham filhos naturais, mostrando a possibilidade de sucesso das mesmas.

MONTEIRO FILHO (2004) relata sobre a adoção no Rio de Janeiro: No dia 23 de março de 2004, o Dr. Siro Darlan, Juiz da 1ª Vara da Infância e da Juventude, do município do Rio de Janeiro, em entrevista à TV, comunicou à população brasileira uma decisão daquele Juizado: a partir daquela data, aqueles que pretendessem adotar crianças não poderiam mais escolher cor da pele ou idade, ou seja, deveriam adotar crianças maiores de quatro anos, geralmente negras ou mestiças, perfil da maioria das crianças abandonadas nos abrigos da cidade e com condições de serem adotadas. Na entrevista, foi dito que quase não há crianças disponíveis que atendam às opções da imensa maioria dos futuros pais: crianças brancas e menores de um ano.

Esta opção exclusiva por cor da pele e idade foi considerada pelo Dr. Siro Darlan como uma forma de preconceito. Foi explicado que nos abrigos do município há 151 crianças para serem adotadas e que não são adotadas porque os candidatos não as elegem. Aparentemente, a questão é polêmica, mas sabe-se que lugar de criança é na família e nunca em abrigos.

Quem quiser adotar uma criança no Rio de Janeiro não pode escolher nem a cor da pele nem a idade. No Rio de Janeiro, os casais levam em média três anos na fila de adoção, por isso, o juiz Siro Darlan sustentou esta decisão, criando muita polêmica.

O motivo de tanta demora é o perfil desejado. Uma pesquisa da 1ª Vara de Infância e Juventude do Rio de Janeiro revela que 99% dos casais que se habilitam para adoção preferem crianças com até quatro anos de idade. Apenas 0,01% declaram que querem crianças negras.

Mas as crianças disponíveis nos abrigos da cidade se encaixam num perfil bem diferente das preferências desses pais: 94% são maiores de quatro anos e 46% são negras.

Os números do Rio de Janeiro encontram paralelos em outras capitais do Brasil. Em Goiânia, 80% dos candidatos a pais adotivos

preferem recém-nascidos brancos. Das 576 crianças adotadas em Porto Alegre, em 2003, 63% eram menores de quatro anos, 42% eram brancas e apenas 0,1% era de negros.

O juiz Darlan explica que o problema é que há crianças disponíveis para adoção, há pessoas querendo adotar crianças, e essas pessoas não elegem essas crianças disponíveis para serem seus filhos.

O Juizado de Menores do Rio de Janeiro adotou essa decisão para tentar melhorar, mas poderá prejudicar ainda mais os índices de adoção no Brasil, em queda desde 2003. Qualquer pessoa que queira adotar uma criança menor de quatro anos não poderá escolher o sexo ou a cor da pele do filho. Depois de um ano irão rever a decisão, se aumentarão o período de suspensão ou, quem sabe, voltem à normalidade.

O trabalho da assistente social no processo de adoção é essencial. Com uma visão mais ampla, pode deixar que não ocorra o preconceito, ou melhor, que não haja a discriminação daqueles que querem adotar em relação àqueles que se encontram nos abrigos à espera de uma nova família e um novo lar.

A assistente social Glória Vargas, autora da pesquisa sobre adoção no Brasil, sustenta que a maioria dos casais, quando decide adotar, tem como primeiro movimento tentar adotar uma criança que se pareça o máximo possível com o biótipo do casal.

Muitas vezes, uma visita ao abrigo pode fazer os casais mudarem de idéia. “A maioria das experiências tem sido muito boa, com casais que começaram pedindo uma menina branca, recém-nascida, até uma ano de idade, e levam dois meninos, de 4 e 5 anos, ou levam uma menina mestiça”, conta a assistente social. É muito bonito uma família com filhos multirraciais, de um monte de idades diferentes, cada um com uma carinha diferente, uma cor diferente. Isso quebra velhos preconceitos, velhos dogmas. É nisso que o Rio de Janeiro está apostando”, finaliza VARGAS (2004).

A não adoção das crianças com o perfil daquelas que se encontram nos abrigos não é a causa (nem a solução) do problema. É necessário respeitar o direito da grande maioria

dos pais adotantes. Porém, se de um lado deve-se observar e respeitar o direito dos pais, de outro deve-se ver o ponto de vista das crianças e adolescentes que precisam de uma família que mostre e demonstre como pessoas de sangues diferentes podem conviver de forma única, ou melhor, como uma família de verdade, sem se preocupar se suas raças ou cor de pele são distintas.

### Conclusão

O presente artigo teve como principal objetivo demonstrar todo o processo de adoção, como a colocação das crianças e dos adolescentes que vivem em abrigos, retirados de suas famílias anteriores devido aos maus-tratos ou ao abandono, tendo a possibilidade de ter uma vida melhor, com o convívio de uma nova família e novo lar. Sendo a base para a formação pessoal, de sua personalidade.

Para a adoção, se fez necessário analisar todos os seus requisitos, efeitos, características, sendo um procedimento complexo, porém, de resultado feliz tanto para o adotado quanto para o adotante. Felicidade esta que deveria existir para todos e não somente para crianças de tenra idade ou determinada aparência física. O preconceito existente na sociedade brasileira para adotar é causa da permanência de crianças ou adolescentes em abrigos ou orfanatos, crescendo sem a participação e amor de uma família.

O que foi visto é que a criança ou adolescente necessita de uma família, não importando a sua cor .

### Referências bibliográficas

- AMORIN, Clóvis Amissis. In: **Adoção Inter-Racial**. Disponível em : [www.brasil.terravista.pt/Ipanema/2172/inter.htm](http://www.brasil.terravista.pt/Ipanema/2172/inter.htm). Acesso em 30/07/2004.
- DARLAN, Siro. **Polêmica para adotar crianças**. Disponível em: [www.fantastico.globo.com](http://www.fantastico.globo.com). Acesso em : 02/08/2004.
- DELL' ANTONIO, Annamaria, Boletim . Boletim ?A adoção em Terre dos Hommes?- Fernando Freire (Org), **Algumas reflexões sobre a adoção inter-racial**. Acesso: [www.cecif.org.br](http://www.cecif.org.br), 2004. Acesso em 30/07/2004.
- DIAS, José Carlos. In: Munir Cury e out (Coord.), Antônio Carlos Gomes da Costa e out (Org), **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Comentários Jurídicos e Sociais, 5ª edição, Malheiros Editores, 2002, p.61.
- FREIRE, Paulo. In: Munir Cury e out (Coord.), Antônio Carlos Gomes da Costa e out (Org), **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Comentários Jurídicos e Sociais, 5ª edição, Malheiros Editores, 2002, p. 72.
- MONTEIRO FILHO, Flávio. **Adoção** (2004). Disponível em: [www.abrapia.org.br](http://www.abrapia.org.br). Acesso em : 02/08/2004.
- SILVA FILHO, Artur Marques da., **O regime jurídico da adoção estatutária**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- VARGAS, Glória. In: **Adoção** (2004). Disponível em : [www.abrapia.org.br](http://www.abrapia.org.br). Acesso: 02/08/2004.
- VARGAS, Marлизete Maldonado. In: **CeCIF (Org.) 101 Perguntas e Respostas sobre adoção**, São Paulo, 2001.
- VASCONCELOS, Hélio Xavier de. In: Munir Cury e out (Coord.), Antônio Carlos Gomes da Costa e out (Org), **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Comentários Jurídicos e Sociais, 5ª edição, Malheiros Editores, 2002, p. 177.
- WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. In: **Adoção Inter-Racial**. Acalantando (Boletim Informativo do Projeto Acalantando de São Paulo- editorial em janeiro e fevereiro 1997)- ano II/ nº4.; Disponível em: [www.brasil.terravista.pt/Ipanema/2172/inter.htm](http://www.brasil.terravista.pt/Ipanema/2172/inter.htm), 1994. Acesso em 30/07/2004.
- WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. In: **Filhos Adotivos. XXVI Congresso Internacional de Psicologia- Montreal- Canadá** (Projeto Criança- Departamento de Psicologia da Universidade do Paraná). Disponível em: [www.brasil.terravista.pt/Ipanema/2172/filhosadotivos.htm](http://www.brasil.terravista.pt/Ipanema/2172/filhosadotivos.htm), 2003. Acesso em 30/07/2004.





# A TEORIA DA IMPREVISÃO

*Fabiola de Castro Franco Silveira\**

## **Resumo**

O presente artigo tem por finalidade abordar o tema teoria da imprevisão, previsto no novo Código Civil, o qual consiste na possibilidade de revisão ou resolução nos contratos. Esta teoria tem aplicação no Código de Defesa do Consumidor também.

## **Palavras-chave**

Teoria da Imprevisão. Contrato. Código Civil. Código de Defesa do Consumidor

## **Abstract**

This paper is intended for presenting an approach to improvidence theory introduced in the new Civil Code, which consist in the possibility of the revision or resolution in the contracts. This theory is application in Defense Consumer Code too.

## **Keywords**

Improvidence Theory. Contract. Civil Code. Defense Consumer Code.

---

\* Pós-graduanda em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília.

## Considerações preliminares

Os contratos como são fontes das obrigações, possuindo a função principal de circulação de riquezas, caracterizam pela observância das prestações pelas partes, para propiciar o bom desenvolvimento do contrato, sempre procurando a extinção de seus débitos de maneira regular, apesar de que nem sempre se dará de modo tranqüilo o desenvolvimento do contrato, visto que acontecimentos imprevistos, ocasionalmente poderão afetar o contrato, por diversos motivos, tornando impossível o cumprimento da obrigação.

O Direito como é dinâmico, devido as transformações sociais, fez com que o legislador modificasse as normas jurídicas procurando obter melhores soluções para os casos concretos, adotando a teoria da imprevisão para solucionar eventos extraordinários que poderão acontecer, prejudicando as partes no cumprimento das obrigações previstas, sendo inserida nos artigos 478, 479 e 480 do Código Civil de 2002 cumulados com os artigos 421 e 422 do mesmo diploma civil e no artigo 6º, inciso V, e 5º, parágrafo 1º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor.

A teoria da imprevisão prevista no Código Civil de 2002, não é uma inovação, sendo que durante anos gerou discussões por sua relevância jurídica e que pela influência do “pacta sunt servanda”, não teria sido prevista em legislações anteriores.

Um aspecto relevante é que pelo princípio do “pacta sunt servanda”, o que as partes no momento da contratação vierem a estabelecer no contrato, faz lei entre elas, sendo que aconteça o que for, o contrato deverá ser cumprido, mesmo que uma venha a sofrer prejuízo em detrimento da outra.

Ocorre que, pela atuação do Estado impondo normas para regulamentar os interesses da sociedade através das normas jurídicas, o princípio da obrigatoriedade das convenções vem se tornando relativo, amoldando-se aos fenômenos econômicos e sociais que inesperadamente poderão acontecer, buscando o equilíbrio contratual.

Segundo Borges (2002, p. 64)

O princípio sedimentado de que todo e qualquer contrato faz lei entre as partes aos poucos vem cedendo espaço ao intervencionismo do Estado, criando a figura do contrato dirigido. Neste, os requisitos e condições seguem uma padronização, tendo em vista não só a segurança da contratação como, também, a proteção da parte mais fraca. O Código de Defesa do Consumidor é um exemplo típico – e expoente – dessa atitude protetiva do Estado.

## Teoria da Imprevisão

A teoria da imprevisão é conhecida como cláusula “rebus sic stantibus”, e consiste na possibilidade de revisão dos contratos na hipótese de ocorrência de fatos imprevistos e extraordinários, supervenientes ao contrato e que impossibilitem o cumprimento da obrigação.

Segundo Plácido e Silva (1999, p. 416) [...] “Fundase a teoria no princípio da impossibilidade subjetiva ou onerosidade excessiva na execução do contrato. E, assim, pode justificar uma revisão nas cláusulas dele, notadamente nas que se refiram à matéria econômica ou financeira [...]”.

A cláusula “rebus sic stantibus” significa “estando as coisas assim, é de origem romana, mas a primeira manifestação escrita foi na Lei 48 do Código de Hamurábi, registrando a hipótese de caso fortuito ou força maior, assim dispondo: “Se alguém tem um débito a juros e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta d’água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar a sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano”.

No Brasil a partir da primeira guerra mundial, que a teoria da imprevisão teve grande importância de estudo, pois em virtude de fatos imprevisíveis, as partes não puderam cumprir os contratos, embora não chegasse constar expressamente no Código Civil de 1916. Até a metade do século XX, somente a doutrina a reconhecia, sendo as primeiras decisões de Nelson

Hungria e do Supremo Tribunal Federal, em 1938, aceitando-a plenamente.

Desde o surgimento a teoria da imprevisão teve grandes discussões, tendo em vista as divergências entre revisionistas e não revisionistas, devido a contraposição dos princípios do “rebus sic stantibus” e do “pacta sunt servanda”; porém um não se sobrepõe ao outro, pois há possibilidade de torná-los harmônicos, sendo regra geral o princípio do pacta sunt servanda, exceção a possibilidade da revisão, buscando propiciar o equilíbrio contratual em respeito a boa fé e a equidade.

A teoria da imprevisão como já mencionado é conhecida como cláusula “rebus sic stantibus”, mas a doutrina atualmente as difere, entendendo que na referida cláusula, o elemento essencial é a alteração da base negocial, os efeitos que acarretarão no contrato produzidos pelo evento anormal, e que na teoria da imprevisão, o principal é o próprio fato imprevisível, vislumbrando suas causas.

Menciona Oliveira (2002, p.55)

Definimos a teoria da imprevisão, roupagem nova da velha cláusula, como sendo uma cláusula implícita, pois aparece em todos os contratos embora não esteja especificado expressamente em alguns deles, e que pugna para que certos acontecimentos imprevisíveis – acarretadores de impossibilidade subjetiva e de suma onerosidade para o devedor – tenham força bastante para exonerá-lo das obrigações assumidas.

Para que possamos compreender melhor a teoria da imprevisão devemos observar os seguintes aspectos:

- A teoria da imprevisão ou imprevisibilidade é um remédio jurídico que tem incidência em situações extracontratuais, tratando-se de uma exceção.
- Antes da ocorrência do fato imprevisível pode o credor ou devedor, desde que não estejam em mora utilizar-se da referida teoria.
- O objetivo da teoria da imprevisão é a revisão contratual, sendo que não havendo esta possibilidade no caso concreto, deverá verificar se é viável uma indenização realizada por

uma parte em relação à outra.

- Deve ser verificado para sua aplicação se o fato ocorrido constitui um acontecimento imprevisível, considerado aquele fora da percepção das partes, não sendo um acontecimento comum no dia a dia.
- O fato extraordinário deverá causar uma profunda alteração contratual, criando uma dificuldade extrema no cumprimento da obrigação assumida ou sua impossibilidade, sem que a autoria seja atribuída a parte que do princípio pretendia se beneficiar.
- A alteração deverá ocasionar uma lesão subjetiva, que se cumprida a obrigação, caracterizará um certo prejuízo a parte inadimplente.
- Ocasionalmente a alteração provocada por terceiros ou por qualquer das partes, sendo impossível a revisão, poderá ensejar a extinção do contrato, apurando as responsabilidades pela existência ou não de lesão objetiva.

Os eventos imprevisíveis pelas partes, no momento da contratação, irão ocasionar uma onerosidade excessiva, criando um obstáculo, no cumprimento da obrigação, não se tratando de uma inexecução por impossibilidade, mas uma onerosidade excessiva, visto que enseja uma diferença no valor do objeto da prestação, entre o momento de sua contratação e de sua execução, o que causa a uma das partes extrema dificuldade para cumprir a obrigação. Do contrário, se o evento fosse previsível, não se resolveria o contrato pelo instituto da imprevisão.

Ocorrendo a onerosidade excessiva, poderá resolver o contrato ou proceder a sua revisão, sendo que a inexecução involuntária do contrato poderá se dar de modo relativo ou absoluto. Se for absoluta ocorrerá a resolução do contrato; se relativa, havendo a possibilidade de dar continuidade ao contrato, dentro de certos limites, proceder-se-á a revisão contratual. Porém, deverá ser pleiteada a resolução ou revisão contratual, antes do prazo previsto para o cumprimento da obrigação, pois se o devedor não a fizer, caracterizará sua mora.

Citamos um exemplo de Rodrigues (1999, p.24)

Certa firma brasileira prometeu com-

prar de empresa belga, durante os anos de 1930 a 1933, vultuosa quantidade de porcas e parafusos, num montante de três milhões e duzentos mil francos. Os fornecimentos haviam de ser pagos em moeda estrangeira, devida ainda a comissão ao intermediário. Advindo a Revolução de 1930, que transformou fundamentalmente as condições do negócio, não só pela alta do câmbio, como pelas restrições ocorridas no mercado interno, pleiteou a compradora a rescisão do contrato, com base na cláusula *rebus sic stantibus*.

A resolução ou revisão contratual somente será efetivada através de intervenção judicial, pois compete ao juiz decidir se houve realmente onerosidade excessiva, bem como o nexo causal entre o acontecimento extraordinário e imprevisível que atingiu a relação contratual, e a onerosidade excessiva ocasionando para o credor uma extrema vantagem, caracterizando desse modo enriquecimento sem causa, tendo em vista que este não poderá auferir vantagem econômica além do que foi estabelecido, diante da dificuldade do devedor em adimplir a obrigação.

A teoria da imprevisão para que seja aplicada deverá ser caracterizada pelos seguintes pressupostos, que são:

- execução diferida;
- imprevisibilidade;
- ausência de estado moratório;
- lesão virtual;
- essencialidade;
- inimputabilidade;
- excessiva onerosidade e extrema vantagem.

#### *Execução diferida*

Em regra, a aplicabilidade da teoria da imprevisão é realizada nos contratos de execução diferida, tendo como espécies os de execução diferida propriamente dita; continuada ou sucessiva; periódica; e a termo. “[...] são aqueles em que uma das partes (ou ambas) deve cumprir sua obrigação em tempo futuro”. (Rodrigues, 1999, p.36).

A não aplicação em contratos de execução instantânea é devido a exigência de um decurso de tempo, pois nesses as partes cumprem a obrigação avençada num só momento, e para

ocorrência de fatos imprevistos, necessário se faz, que o contrato seja cumprido futuramente.

O artigo 478 do Código Civil de 2002, dispõe expressamente a exigência do contrato ser de execução continuada ou diferida, mencionando:

Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Segundo Oliveira (2002, p. 56)

Há certos contratos que são celebrados num dado momento para serem cumpridos em época diversa. São os contratos de execução diferida ou sucessiva. Não raro o cidadão X celebra um contrato com o cidadão Y para ser cumprido in futurum. E entre o momento da celebração e o em que deveria realizada a execução do contrato, surge um acontecimento imprevisto, tornando a prestação sumamente onerosa para o devedor. Este contrato celebrado entre X e Y há de ser sempre, para servir-nos de exemplo, comutativo a termo ou de execução sucessiva haja uma cláusula implícita que vai resolvê-lo quando ocorrer um acontecimento imprevisto, modificador da situação econômica objetiva. [...].

A execução diferida propriamente dita configura-se quando os contratantes estipulam no contrato um objeto que será cumprido no futuro, mas durante o lapso temporal não será exigido nenhuma condição específica a ser prestada.

Os contratos de execução continuada ou sucessiva caracterizam pelo cumprimento das obrigações de forma semanal, quinzenal ou mensal, sempre de forma sucessiva, que somente considerar-se-á cumprido quando satisfeita integralmente a obrigação; por exemplo um contrato de locação.

Na execução periódica, as obrigações são estabelecidas para o cumprimento trimes-

tral, semestral ou anual, em dinheiro, espécie fixa ou variada, conforme o entendimento dos contratantes, terminando o pactuado quando cumpridas todas as condições avençadas.

Os contratos de execução a termo, dependem de um acontecimento futuro, certo ou incerto, caracterizado por uma prestação suspensiva, indicando o momento do início da prestação; ou resolutiva, quando determina o momento que cessa o estabelecido.

### *Imprevisibilidade*

Decorre a imprevisibilidade de fatos e acontecimentos que não podem ser observados no cotidiano dos seres humanos, tendo em vista a impossibilidade de adimplemento da obrigação. Como exemplo podemos citar as guerras, epidemias, revoluções, proibição de fabricação de determinado produto, entre outros.

O julgador exercerá papel de fundamental importância, ficando a seu critério a averiguação a respeito dos acontecimentos imprevisíveis serem supervenientes à relação contratual, visto que a imprevisibilidade é uma questão subjetiva, pois a imaginação humana é ilimitada. Assim o juiz verificará no caso concreto esse elemento para que possa proceder a revisão ou resolução contratual.

### *Ausência de estado moratório*

Para que qualquer dos contratantes no caso concreto possa utilizar a teoria da imprevisão deve-se verificar a ausência de mora, pois se qualquer das partes não cumpriu o pactuado na data prevista, não poderá invocar esta teoria.

De acordo com o artigo 394 do Código Civil:

Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

### *Lesão virtual*

A lesão virtual, conhecida como lesão subjetiva ou iminente, poderá ser de caráter físico ou moral, atingindo os contratos de execução

diferida. É necessário para pleitear a resolução ou revisão do pacto que a lesão ainda não tenha se efetivado, pois cumprida a obrigação, mesmo com dificuldades derivadas de fatos imprevisíveis, e com isso ocorrendo o dano, não será possível buscar solução através da teoria da imprevisão.

### *Essencialidade*

Consideram-se circunstâncias essenciais as imprevisíveis, que deram causa à alteração ou supressão da base contratual, caracterizada por uma modificação anormal, que se fosse exigir do devedor o adimplemento da prestação, violaria os princípios da boa-fé e da equidade.

### *Inimputabilidade*

Os acontecimentos imprevisíveis não podem ser causados por quem pretende se beneficiar da teoria da imprevisão, para pleitear a possibilidade de revisão ou resolução contratual, tendo em vista que ninguém deve alegar em seu benefício a própria torpeza. Esta exigência advém de que devemos verificar o bom senso, e não contribuir para quem agiu com ação ou omissão, causando uma modificação da base negocial, que beneficie de sua atitude.

### *Excessiva onerosidade e extrema vantagem*

A onerosidade excessiva traz dificuldades na execução do contrato, tornando esta mais gravosa, com a possibilidade de causar uma lesão ao devedor, em decorrência de fatos imprevisíveis, que atingem diretamente a base negocial do contrato, caracterizando uma potencialidade de dano ao devedor caso o contrato venha a ser cumprido, devendo desse modo ser solucionada através da resolução ou revisão do contrato, evitando-se assim, que a lesão deixe de ser virtual para ser objetiva.

## **A aplicação da teoria da imprevisão nos contratos unilaterais, bilaterais e aleatórios**

### *Contratos unilaterais*

“O contrato unilateral, ou o contrato

com prestação a cargo de uma só das partes, embora envolva duas partes e duas declarações de vontade, coloca apenas um dos contratantes na posição de devedor”. (Messineo apud Rodrigues, 1999, p.28).

A teoria da imprevisão é aplicada aos contratos unilaterais, embora alguns doutrinadores se referem apenas aos contratos bilaterais, pois o legislador determinou seu campo de aplicação nos contratos de execução diferida ou trato sucessivo, não discriminando se devem ser unilaterais ou bilaterais as prestações. Desse modo, tanto o credor ou devedor podem invocar a teoria da imprevisão, desde que preencham os pressupostos exigidos.

#### *Contratos bilaterais*

Contratos bilaterais, são aqueles ajustes que envolvem prestações recíprocas de cada uma das partes, pois cada qual dos contratantes se obriga a um determinado sacrifício. Exemplo típico de contrato bilateral é a compra e venda, na qual o vendedor se compromete a entregar a coisa e o comprador, a pagar o preço ( Rodrigues, 1999, p. 73).

A característica principal dos contratos bilaterais, que também recebem a denominação de sinalagmáticos, é a reciprocidade das obrigações, que não são autônomas, mas sim interdependentes; sendo que na ocorrência de fatos alheios a vontade das partes, que causem um desequilíbrio entre a prestação e a contraprestação, poderão invocar a teoria da imprevisão.

#### *Contratos aleatórios*

O contrato aleatório é aquele em que a prestação de uma ou de ambas as partes depende de um risco futuro e incerto, não se podendo antecipar seu montante (Diniz, 2003, p. 344).

Determina o artigo 458 do Código Civil:

Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não vierem a existir um dos contratantes assumirá,

o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir.

A característica elementar desse tipo de contrato é a incerteza e indeterminação de receber as prestações pactuadas ao tempo do vencimento. Porém todo contrato, possui uma aleatoriedade normal, ou seja, os contratos estão sujeitos a acontecimentos estranhos à contratação, embora previsíveis, o que não possibilitaria a aplicação da teoria da imprevisão, por não modificarem a base negocial do contrato.

Assim, os fatos por serem previsíveis não ensejariam a invocação da imprevisão, tendo em vista que nos contratos aleatórios o cumprimento do avençado é evitado de dúvidas, incertezas, visto que os contratantes ao assumirem a obrigação, têm em mente a possibilidade da ocorrência de acontecimentos imprevisíveis e extraordinários.

Porém, a afirmação acima não é absoluta, tendo em vista que os contratos aleatórios possuem três áleas. Uma natural, comum a todos os contratos, em que os riscos são previsíveis com normas para solucioná-los; outras de natureza extracontratual, com característica determinada na identificação de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis; e a de natureza “sui generis”, configurada na dúvida, incerteza da prestação.

Menciona Borges (2002, p. 716)

“A teoria da imprevisão sempre será aplicável aos pactos aleatórios desde que o evento alterador da base contratual não se relacione com sua álea específica de incertezas. Se àquela álea estiver ligado, seu emprego estará afastado”.

Assim, aplica-se a referida teoria, nas prestações onde está afastado a aleatoriedade quanto à ocorrência dos fatos previstos na contratação, por isso dizemos que trata-se de aleatoriedade relativa, devendo ser admitida quando o fato imprevisível incidir sobre a álea incomum, fora do específico campo de dúvidas daquelas convenções.

### *Caso fortuito e força maior*

Caso fortuito é a designação de fato ou ato alheio à vontade das partes, como greve, motim, guerra, etc.

Força maior, é utilizada para determinar a ocorrência de fenômenos naturais, como raio, tempestade, terremoto, etc.

Segundo Carbonnier apud Monteiro (1999, p.338)

Existem acontecimentos que ultrapassam as forças humanas; diante deles, as instituições jurídicas, concebidas para a bitola regular da vida corrente, devem ceder. Uma greve, que provoca a paralisação da fábrica e assim impede o industrial de entregar a mercadoria prometida; uma inundação, que intercepta as vias de comunicação, tolhendo à empresa transportadora o cumprimento do contrato de transporte; a ordem de autoridade pública (*factum principis*), retirando do comércio o produto negociado. Nesses e muitos outros casos, surge o fato estranho, alheio à vontade das partes, cujos efeitos não se podiam evitar ou impedir (*vis cui resist non potest* – Digesto, Liv. 19, Tít. 2, Frag. 15, parágrafo 2º), que tolhe às partes a obtenção do resultado almejado.

Os doutrinadores concordam que as principais características que norteiam o caso fortuito e a força maior são a inevitabilidade e a irrestibilidade, tendo em vista que em qualquer dos dois institutos, as partes que queiram adimplir o avençado não conseguirá, surgindo controvérsias que originaram duas correntes.

Para a corrente subjetiva o entendimento é que o caso fortuito e a força maior seriam expressões sinônimas, ou que se equivalem, devido as suas consequências jurídicas. A corrente objetiva, no entanto distinguem ambos, afirmando que divergem entre si por elementos próprios e específicos.

Alguns autores pretenderam identificar o caso fortuito e a força maior a existência de uma relação direta e específica com as forças da Natureza

(furacões, maremotos, terremotos, enchentes), causas impeditivas do cumprimento da obrigação, reservando para a força maior a participação humana (greve geral, furto, assalto, seqüestro) na condição de óbice irresistível ao integral cumprimento do pacto. (Santos apud Borges, 2002, p. 147).

O caso fortuito e a força maior estão previstos no artigo 393 e seu parágrafo único do Código Civil de 2002, que menciona que o devedor na ocorrência de qualquer deles, não responderá pelos prejuízos, desde que expressamente não houver se responsabilizado, e que a impossibilidade de cumprir a obrigação não tenha sido por sua culpa, não acarretando para o credor indenização.

Em relação a imprevisão verifica-se a situação particular do devedor, levando em consideração a excessiva onerosidade, que ocasiona para ele cumprir a obrigação, uma dificuldade extrema; enquanto no caso fortuito e força maior, o devedor é liberado quando acarretar a impossibilidade absoluta ou objetiva de executar o pacto.

J. Bonnecasse apud Oliveira (2002, p.63) menciona que

[...] a força maior (fortuito) pressupõe a impossibilidade absoluta, a imprevisão, a impossibilidade relativa; na força maior (fortuito), encara-se o evento que a determinou (circunstância objetiva), já na imprevisão encara-se o animus das partes ao momento da conclusão do ato jurídico (circunstância subjetiva); a força maior ou fortuito tem latitude ampla e abrange todo o direito das obrigações; assim as que nascem do contrato como do delito, do quase-contrato, e do quase-delito; a imprevisão tem esfera restrita aos atos jurídicos; finalmente, a força maior ou o fortuito justifica a inexecução total da obrigação, enquanto que imprevisão justifica só um atenuamento no seu rigor.

A imprevisibilidade decorrente dos acontecimentos imprevisos, não pode ser considerada uma espécie moderada de caso fortuito ou força maior, tendo em vista que um fato pode

ser caracterizado como caso fortuito ou de força maior sem ser considerado como imprevisível, como por exemplo no caso de enchentes em certos lugares, em determinadas estações de ano, e em virtude disso, tornar impossível o cumprimento da obrigação, o que não ocorre com a teoria da imprevisão, em que verificado o evento anormal, conseqüentemente será extremamente dificultoso o adimplemento contratual.

### **Breves comentários a respeito dos artigos 478, 479 e 480 do novo Código Civil**

O artigo 478 do novo Código Civil, como já mencionado, delimita a aplicação da doutrina da imprevisão nos contratos de execução continuada ou diferida, quando a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em decorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, em que o devedor poderá requerer a resolução contratual; determinando ainda que os efeitos da sentença, retroagirão à data da citação.

Um das discussões deste artigo é referente ao titular do direito, que seria somente o devedor, mas, o referido dispositivo ao mencionar “partes” está se referindo tanto ao credor quanto ao devedor, porém diz que “poderá o devedor pedir a resolução do contrato”, retirando qualquer dúvida sobre a titularidade do direito. Em face do que determina o legislador, espera-se que os julgadores estabeleçam a isonomia constitucional prevista na legislação brasileira, para que nenhuma das partes sejam prejudicadas.

Nesse sentido Borges (2002, p. 679)

“Ao dizer se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, em menos de uma dúzia de palavras incluiu e excluiu o credor, cometendo incoerência injustificável. Quando falou em partes, obviamente, estava tratando de devedor e credor.”

Na ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis não esperados pelas partes, causando uma excessiva onerosidade, trazendo dificuldades no cumprimento do contrato, qualquer das partes poderá pleitear judicialmente a resolução ou revisão contratual bus-

cando evitar uma lesão; o magistrado deferindo o direito a quem requereu, rescindindo estará o contrato, e a sentença terá efeito retroativo entre as partes, desde a data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

O artigo anterior somente diz respeito a resolução contratual, desse modo o legislador estabeleceu neste, a revisão do contrato, procurando restabelecer as condições do contrato.

É indisputável que entre a resolução contratual, que é mais grave, tenha preferência a revisão contratual, sempre que esta for possível, em decorrência da função social do contrato, sempre com intervenção judicial, porém é através do caso concreto é que poderá verificar qual a melhor solução. Se, por qualquer motivo, não houver a possibilidade de revisão da cláusula atingida pela imprevisibilidade, ao extinguir o contrato deverá o julgador fixar indenização devida à parte credora, prejudicada pelo término do contrato a cumprir, tomando como parâmetro o enriquecimento sem causa.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Trata-se de revisão judicial de contratos unilaterais por excessiva onerosidade, tendo em vista que o devedor poderá pleitear que sua prestação seja reduzida, ou que seja alterada a maneira de executá-la, baseado no princípio da boa-fé e da equidade, pois o devedor deverá obter com base neste artigo um abrandamento para que possa cumprir a obrigação, devido a onerosidade excessiva que terá que suportar.

### **A aplicação da teoria da imprevisão no Código de Defesa do Consumidor**

O Código de Defesa do Consumidor, lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, estabelece em seu artigo 6º, parágrafo V, no capítulo referente à proteção contratual, a respeito da modificação e revisão das cláusulas contratuais.



Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[..]

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Há divergências a respeito da aplicação da teoria da imprevisão nos contratos envolvendo consumidores, pois parte da doutrina entende que o artigo 6º, inciso V, diz respeito a imprevisão, estabelecendo a possibilidade de modificação ou revisão, ao invés da resolução do contrato de consumo. No entanto, outros entendem que apesar de estarem presentes as expressões fatos supervenientes, excessiva onerosidade e revisão, não incide a referida teoria, pois afirmam que existem diferenças em relação a doutrina da imprevisibilidade e pela ausência no artigo dos requisitos fatos imprevisíveis e extraordinários que são estabelecidos pelo Código Civil.

Para os que entendem que a teoria da imprevisão não se enquadra no que estabelece o artigo, determinam que no tocante à modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, estaria ultrapassado o campo de incidência da imprevisibilidade, podendo ser aplicado nos casos de caso fortuito e força maior.

Outro aspecto é em relação a expressão fatos supervenientes, que apenas representa uma questão de tempestividade, pressupondo a existência de um contrato de execução diferida, que durante o lapso temporal entre o estabelecimento do pacto e seu cumprimento, poderão ser afetados por fatos aptos a alterarem a base negocial do contrato.

No que diz respeito a onerosidade excessiva, ocorrendo um fato capaz de provocar um desequilíbrio contratual, trará um ônus excessivo ao consumidor, que se cumprir o contrato lhe causará um prejuízo demasiado. Porém o consumidor no momento da contratação, se vincula e advindo algum fato, que altere profundamente o contrato, poderá utilizar-se da revisão contratual.

Podemos estabelecer a divisão do inciso V do artigo 6º, em que na primeira parte

faz-se referência à “modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais”, não estando presente nenhuma relação com a “onerosidade excessiva, que está prevista na segunda parte, mencionando a “revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; termos e expressões que determinam a aplicação da teoria da imprevisão.

Embora o artigo não autorize a aplicação da imprevisão, também não obsta, sendo que no caso de uma relação consumerista, que tenha um contrato de execução diferida, e incida um acontecimento reconhecidamente imprevisível, que possibilite o surgimento de uma lesão virtual para qualquer das partes contratantes, será permitido aplicá-la, uma vez observado os requisitos indispensáveis de sua admissibilidade.

Segundo Carvalho Silva (2003, p.35)

“O consumidor tem direito à modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, independentemente de eles terem sido ou não previsíveis”.

O artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor dispõe a respeito da nulidade das cláusulas abusivas, protegendo o consumidor, estabelecendo ainda sobre a onerosidade excessiva para o consumidor, que tem direito à pleitear a modificação da cláusula contratual, revisar o contrato em virtude de fatos supervenientes não previstos pelas partes, e nulidade da cláusula por trazer desvantagem exagerada ao consumidor, conforme estabelece o artigo 51, IV e parágrafo 1º, III.

Aranzadi apud Nery Júnior (2001, p.534) menciona que “a onerosidade excessiva pode propiciar o enriquecimento sem causa, razão pela qual ofende o princípio da equivalência contratual, princípio esse instituído como base das relações jurídicas de consumo (art. 4º, nº III, e art. 6º, nº II, CDC)” [...].

Diante disso, podemos dizer que o Código de Defesa do Consumidor autoriza a modificação ou revisão do contratos

consumeristas, protegendo o equilíbrio contratual, determinando que é nula cláusulas contratuais abusivas, estabelecendo que a doutrina da imprevisão tenha aplicação também nas relações entre consumidores e fornecedores, evitando desse modo prejuízos à parte hipossuficiente, que é o consumidor.

### Conclusão

A teoria da imprevisão é de suma importância, principalmente no que diz respeito ao Direito contratual, pois visa proteger os contratantes, possibilitando a revisão, ou em casos extremos a resolução, na ocorrência de fatos imprevisíveis e extraordinários, como determina os artigos 478, 479 e 480 do novo Código Civil, e além disso devem estar previstos outros requisitos, tais como o contrato ser de execução diferida, a ausência de estado moratório, a existência de uma lesão virtual, a essencialidade, inimputabilidade e a excessiva onerosidade e extrema vantagem.

E ainda, a doutrina da imprevisibilidade, está prevista no Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista ser seu objetivo principal a proteção ao consumidor, apesar de divergências doutrinárias a maioria entende que o artigo 6º, V, estabelece a teoria da imprevisão, dessa forma,

possibilitando que o consumidor se beneficie, pugnando pela modificação ou revisão do contrato na ocorrência de onerosidade excessiva.

### Bibliografia

BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil*. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 9ª ed, rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 7ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 30ª ed. atual.. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 4.

OLIVEIRA, José Anísio de. *A teoria da imprevisão nos contratos*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 26ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. vol. 3.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de Defesa do Consumidor Anotado e legislação complementar*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

# APONTAMENTOS SOBRE O REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA ADVOCACIA PÚBLICA

(uma análise comparativa) \*

*Carlos Augusto Alcântara Machado* \*\*

## Resumo

O Ministério Público e a Advocacia Pública, no Brasil, após o advento da Constituição de 1988, receberam um tratamento especial. O trabalho tem como objetivo fazer uma apresentação constitucional das instituições, abordando aspectos de identificação e indicando as características singulares de cada uma dessas carreiras jurídicas, consideradas pela Constituição Federal como funções essenciais à Justiça.

## Palavras- chave

Ministério Público, Advocacia Pública, Regime Jurídico.

## Abstract

The Public Prosecution Service and the Public Advocacy, in Brazil, after the advent of the Constitution of 1988, had received a special treatment. The work has as objective to make a constitutional presentation of both institutions, approaching identification aspects and indicating the singular characteristics of each one of these legal careers, considered for the Federal Constitution as essential functions to Justice.

## Key-words

Public Prosecution Service, Public Advocacy, Legal system.

---

\*Palestra proferida na Associação dos Procuradores do Estado de Sergipe, no dia 12 de agosto de 2002.

\*\*Promotor de Justiça de Sergipe e Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal de Sergipe, Universidade Tiradentes e Escola Superior da Magistratura do Estado de Sergipe. Autor do livro *Mandado de Injunção – Um Instrumento de Efetividade da Constituição*, Editora Atlas.

### Considerações iniciais

O Ministério Público, a Advocacia Pública e Privada e a Defensoria Pública são instituições ou atividades que integram as chamadas **funções essenciais à justiça**, como determinou o legislador constituinte na nossa Lei Fundamental de 1988. Entretanto, disciplinados em seções individualizadas, cada instituição (Ministério Público, Advocacia Pública da União e dos Estados e Defensoria Pública da União e dos Estados) e a atividade da advocacia privada, possuem um regime jurídico particularizado.

O presente trabalho tem a finalidade de fazer uma breve análise a respeito do regime jurídico do Ministério Público e da Advocacia Pública, procurando identificar pontos de identificação entre as duas instituições e particularidades que os singularizam.

### Ministério Público

Historicamente os membros do Ministério Público prestavam os seus serviços aos governantes, patrocinando os interesses tão somente dos soberanos. Foi assim, na França do séc. XIV. Eram os chamados *procuradores do rei* ou *comissários do rei*.

Antes deste registro histórico, como afirma **Hugo Negro Mazzili** (*Regime Jurídico do Ministério Público*, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 18), “*não há dúvida de que podemos identificar em alguns funcionários e magistrados antigos, mesmo na Roma clássica, ou no antigo Egito, ou até no promotor de justiça do direito canônico, algumas analogias com uma ou outra das atribuições ora conferidas ao Ministério Público*”.

Ensina-nos **Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior** (*Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 287), que da expressão latina *manus* derivaram algumas palavras do nosso vernáculo, dentre elas, *ministério*. Dizem, ainda, os mestres que “*nas suas origens o Ministério Público exercia o papel de mão do rei*”. Daí a origem do vocábulo, derivado do termo *manus*.

O Ministério Público brasileiro, no entanto, desenvolveu-se do direito português,

onde podemos encontrar referências, mesmo que tímidas, nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

Como instituição, o Ministério Público do Brasil passou a ser reconhecido a partir do Decreto nº 1.030, de 14 de novembro de 1890. Paulatinamente houve um desenvolvimento das suas atribuições, notadamente na esfera criminal, como órgão acusador e, posteriormente, como órgão agente e interveniente (*custos legis*), no campo cível.

Entretanto, somente após a Constituição de 1988 é que se observa um real e completo desenvolvimento institucional, estabelecendo a Lei Maior atribuições que elevaram o Ministério Público à condição de um verdadeiro *ombudsman*, ao lado das suas já tradicionais tarefas.

É de se destacar a atual posição constitucional, desatrelada das estruturas do demais poderes, visto que, no passado, integrava a estrutura organizacional ora do Poder Judiciário ora do Poder Executivo. Não se quer afirmar, como apregoam alguns, que o Ministério Público venha a ser um quarto poder. Entretanto foi alçado a uma condição peculiar de autonomia e independência enquanto instituição, no capítulo reservado às **funções essenciais à Justiça** (Cap. IV), incrustando-se no título que versa sobre a **organização dos poderes** (Título IV – CF).

Nos dias presentes ainda há quem defenda que o *parquet* representa o Poder Executivo perante a jurisdição, atuando junto ao Poder Judiciário, mas sem pertencer a ele (Cf. **Antônio José Miguel Feu Rosa**, *Direito Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 1998, p. 359).

Quer nos parecer que o Ministério Público é uma **instituição sui generis** não podendo, em função da sua posição constitucional, estar atrelado ao Poder Executivo, como desejam alguns.

Estabelece a Carta Magna que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis (art. 127).

Como ventilado anteriormente, foi-lhe assegurado autonomia funcional e administrati-

va e competência para, de forma particular, elaborar a sua proposta orçamentária.

Na estrutura da organização do poder estatal ocupa o órgão ministerial uma posição de relevo, porquanto dispõe de prerrogativas de proteção semelhantes aos dos poderes propriamente ditos (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Para chegar a essa conclusão precisamos buscar, na Carta-mãe pistas. A interpretação sistemática é o melhor caminho para uma correta hermenêutica constitucional, pois, em diversos momentos, o legislador constituinte demonstrou a dignidade que quis conferir ao Ministério Público.

Quando tratou dos crimes de responsabilidade do Presidente da República (art. 85, II), considerou como especialmente grave, passível de *impeachment*, o ato do Chefe do Executivo que atentasse contra o livre exercício do **Poder Legislativo, do Poder Judiciário**, dos Poderes constitucionais das unidades da Federação e do **Ministério Público**.

Disciplinando a competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “b” – CF), *verbi gratia*, ao lado de autoridades como o Presidente da República (Poder Executivo) e dos parlamentares (Poder Legislativo), observa-se o Procurador-Geral da República (**Chefe do Ministério Público da União**), com idêntico foro privilegiado para julgamento de crimes comuns eventualmente praticados.

No art. 168, na mesma linha de identificação com os poderes estatais, preceitua que os recursos correspondentes às dotações orçamentárias destinados aos órgãos dos **Poderes Legislativo e Judiciário** e do **Ministério Público**, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês.

Os membros do Ministério Público possuem as mesmas **prerrogativas** que os magistrados (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios) e o estágio probatório para aqueles que ingressam na carreira, a semelhança do que ocorre com os membros da magistratura, é de 02 (dois) anos (art. 128, § 5º, I e art. 95 – CF). No que pertine às proibições, há alguns diferenças, nos termos dos arts. 128, § 5º, II e 95, Parágrafo único – CF). Aplica-se, ainda, ao Ministério Público o sistema de

promoções (carreira) idêntico ao da magistratura (art. 129, § 4º - CF).

Quanto às atribuições, precisamos ter a Constituição de 1988 como um verdadeiro divisor de águas para o Ministério Público. Antes da atual Carta Magna, o Ministério Público somente se destacava na esfera penal, como órgão acusador, exercendo o *dominus litis*, sem exclusividade, além das atribuições tradicionais cíveis, de órgão interveniente, notadamente (*custos legis*), e de órgão agente (parte), eventualmente.

Com a promulgação da Carta Cidadã, o Ministério Público passou a titularizar, privativamente, a promoção da ação penal pública incondicionada (art. 129, I – CF), mantendo-se a suas já conhecidas intervenções previstas na lei processual civil.

A grande novidade da *Lex Mater* foi desenvolver as atribuições do Ministério Público, introduzidas no direito brasileiro pela Lei nº 7.347/85, conferindo *status* constitucional ao **inquérito civil e à ação civil pública**, instrumentos indispensáveis para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III – CF).

De igual relevância, outras funções institucionais (art. 129, III, VI e VII – CF):

- a) Zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal, promovendo as medidas necessárias à sua garantia;
- b) Expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los;
- c) Exercer o controle externo da atividade policial.

### Advocacia Pública Estadual

A Constituição da República Federativa do Brasil, de forma pioneira, dispôs sobre a Advocacia e, em especial da Advocacia Pública.

Considerou o **advogado** como *indispensável à administração da justiça* e, particularmente, tratou da **advocacia pública dos estados** no art. 132:

“Os Procuradores dos estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de

concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades da federação”.

No parágrafo único do mesmo artigo, disciplinou:

“Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após 3 (três) anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciados das corregedorias”.

Esse último dispositivo foi acrescentado pela Emenda Constitucional nº 19 de 04 de junho de 1998, como também a nova redação do *caput* do art. 132.

Completando o regime jurídico-constitucional da advocacia pública das unidades da federação (estado-membro e Distrito Federal), a disposição do art. 135, que determina a forma de remuneração dos seus integrantes, isto é, por subsídios.

Os dispositivos constitucionais indigitados, permite-nos concluir, imediatamente, o seguintes:

- a) Os Procuradores dos Estados deverão ser organizados em carreira;
- b) O ingresso na carreira dependerá de concurso público com a participação da OAB em todas as suas fase;
- c) Os Procuradores exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica dos estados, como funções institucionais;
- d) A estabilidade será adquirida após 3 (três) anos de estágio probatório e dependerá de uma avaliação de desempenho;
- e) Os Procuradores dos Estados deverão ser remunerados na forma de subsídio( art. 39, § 4º - CF).

A análise dos mandamentos constitucionais leva-nos a perceber, assim como registrou **José Afonso da Silva** (*Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, São Paulo, 2001, p. 618), que os Procuradores dos Estados deverão ser organizados em carreira, **dentro de uma estru-**

**tura administrativa unitária em que sejam todos congregados:** aqueles que exercem as funções de representação judicial e aqueles encarregados da consultoria jurídica.

Averbe-se, no entanto, que o art. 69 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabeleceu que *será permitido aos Estados manter consultorias jurídicas separadas de suas Procuradorias-Gerais ou Advocacias-Gerais, desde que, na data da promulgação da Constituição, tenham órgãos distintos para as respectivas funções*. Essa será a única exceção para eventual separação de atribuições em órgãos distintos.

No Estado de Sergipe, por força da Lei Complementar Estadual nº 27, de 02 de agosto de 1996 (Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral do Estado), as atividades antes referidas (representação judicial e consultoria) **são funções institucionais da Advocacia-Geral do Estado** a quem compete exercê-las privativamente (arts. 3º e 4º).

Rigorosamente, o órgão é a **Procuradoria-Geral do Estado**, em obediência ao que dispõe o art. 120 da Constituição do Estado de Sergipe, responsável pela representação judicial e extrajudicial do Estado, como também pelas atividades de consultoria e assessoramento do Poder Executivo.

Após essa perfunctória abordagem sobre a Advocacia Pública Estadual, suscitaremos alguns problemas polêmicos:

- 1º) Estabelecem algumas legislações estaduais sobre a organização da PGE que um dos seus princípios institucionais é a **independência funcional**. Seria compatível com a atividade exercida?
- 2º) A atividade de representação judicial e consultoria jurídica poderá ser exercitada, eventualmente, por **advogados contratados** ?

Inicialmente abordaremos o problema da autonomia ou independência funcional.

A matéria já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIn nº 470-AM, em recentíssima decisão de 01.07.2002 (Informativo STF nº 274). Por maioria, concluiu o Excelso Pretório que a prerrogativa de independência funcional dos Procuradores dos Estados é **incompatível com a função por**

**eles exercida**, pois desvirtuaria a configuração jurídica dada pelo art. 132 da CF.

A tese parece sedutora em face do coitejo que poderíamos fazer entre advogado-cliente-procurador-estado. Entretanto, preferimos nos filiar ao pensamento do Min. Marco Aurélio, vencido no julgamento referido, por considerar que o princípio impugnado no controle concentrado de constitucionalidade **não se refere à independência da Procuradoria em si, mas à independência técnica do profissional da advocacia que defende o interesse do Estado.**

Ademais, quando se defende a **autonomia funcional**, não se quer afirmar que o Procurador age livremente. Age, a semelhança do que ocorre com o membro do Ministério Público, vinculado aos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, pois agente público. Por outro lado, defendendo o interesses do Estado não está sujeito a uma relação hierárquica pura, que subordine o seu agir. Essa é a razão pela qual a sua função institucional é exercer a representação judicial do Estado e não das pessoas daqueles que exercem os cargos executivos. Se assim não fosse, como justificar o disposto na Lei de Improbidade (Lei nº 8.429/92), art. 16, que confere atribuição às procuradorias dos órgãos para que requeiram ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do **agente** ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público? Do mesmo modo o art. 17 e seu § 2º. Pode, por conseguinte, ajuizar todas as ações previstas na Lei Anti-corrupção, inclusive contra secretários de estado, diretores de órgãos da administração direta e de entidades da administração indireta, e, inclusive, contra o próprio Governador do Estado. O Procurador é do Estado e não do Governador, insistimos.

Como bem afirmam **Olavo Augusto Alves Ferreira e Ana Paula Andrade Borges de Faria**, dignos representantes da Advocacia Pública do Estado de São Paulo (*A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado*, in JUS NAVIGANDI, www.jus.com.br, acesso em 05 de agosto de 2002), “os Procuradores do Estado têm autonomia funcional, protegendo sua atuação contra a interferência de pessoas ou instituições de fora da Procuradoria-Geral do Estado. A independência funcional

*consiste na liberdade no exercício da atuação do Procurador, sem intervenção de outros órgãos ou membros da própria instituição”.*

Tal posicionamento se apresenta de forma muito mais consistente quando tratamos da função de consultoria. Ninguém em sã consciência iria defender falta de autonomia em atividade dessa natureza.

Passemos nesse momento ao segundo problema: a atividade dos Procuradores dos Estados podem ser exercidas por terceiros, contratados pelo Estado para ações específicas?

Entendemos que não.

O legislador constituinte, ao disciplinar a carreira e indicar, explicitamente, as atribuições do Procurador do Estado, excluiu o exercício da atividade por aqueles que não se encontram nos quadros da instituição, visto que os da carreira serão todos concursados para o exercício das funções de representação judicial e consultoria jurídica das unidades da federação.

O posicionamento aqui defendido encontra eco na obra de **José Afonso da Silva** (*Ob. cit.*, p. 618). Diz o conceituado professor: “*É, pois, vedada a admissão ou contratação de advogados para o exercício das funções de representação judicial (salvo, evidentemente, impedimento de todos os Procuradores) e de consultoria daquelas unidades federadas, porque não se deram essas funções aos órgãos, mas foram diretamente imputadas aos Procuradores*”.

Pesquisando sobre a matéria, encontramos três acórdãos do STF: Um, do ano de 1990, concluindo pela possibilidade de contratação de um mandatário *ad iudicia* para causa específica, estranho aos quadros da Procuradoria do Estado (Ag. Rg. Em Petição nº 409-AC) e dois, ambos posteriores a esse último, de 1993 e 1997, assegurando a específica e exclusiva atividade funcional dos membros da Advocacia Pública do Estado, inclusive com a impossibilidade de criação de outra Procuradoria da Fazenda Estadual, como ocorre com a União (ADIMC-881/ES e ADIn 1.679-GO).

### Observações finais

Ao cabo dessa exposição, apresentamos algumas considerações finais:

I - Se no passado, antes da Constituição de 1988, cabia ao Ministério Público a representação judicial do Estado, em especial da União (Procuradores da República), hoje, tal atribuição é exercida com exclusividade pela Advocacia Pública;

II – Recordem-se que, conforme disposição do § 5º do art. 29 do ADCT, poderia o Ministério Público Estadual exercer, por delegação, a representação judicial da União nas causas de natureza fiscal, na área de sua respectiva competência até o advento da legislação que organiza

ria a Advocacia Pública. Hoje, não mais;

III – Num certo sentido, o Ministério Público e a Advocacia Pública apresentam pontos de identificação: defendem o patrimônio público e a sociedade (coletividade e Estado);

IV – Entretanto, são instituições particulares, com regime jurídico diferenciado, não podendo haver nenhum tipo de equiparação ou vinculação entre as duas instituições (princípios institucionais, subsídios, garantias, prerrogativas e vedações).



# MENSAGEM INDESEJADA: O PODER LEGIFERANTE NA CONTRAMÃO DA TECNOLOGIA

Mário Furlaneto Neto \*

José Eduardo Lourenço dos Santos \*\*

## Resumo

O presente artigo visa abordar a questão do *e-mail* à luz dos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional. Assim, por meio de uma revisão bibliográfica e legislativa, verifica-se que o tema é tratado pelo poder legiferante sobre o prisma de dois sistemas: *opt-in* e *opt-out*. Consta-se que o sistema *opt-in* está mais próximo de contribuir para a consolidação de um modelo revestido de ética, que possa servir de base para a normalização do envio de mensagens eletrônicas com conteúdos comerciais por meio da rede mundial de computadores.

## Palavras-chave

Mensagem indesejada; *spam*; sistema *opt-in*; sistema *opt-out*.

## Abstract

The present article seeks to address the subject of the e-mail under the light of the bills in path in the National Congress. Therefore, through a bibliographical and legislative revision, it is verified that the theme is treated by the power to legislation under the prism of two systems: opt-in and opt-out. It is verified that the system opt-in gives a better contribution to the consolidation of a covered model of an ethical that can serve as base to normalize the sending of electronic messages with commercial contents through the world net of computers.

## Key-words

Undesired message; *spam*; opt-in system; opt-out system.

---

\* *Delegado de Polícia, Mestre em Ciência da Informação pela UNESP de Marília, Professor de Processo Penal do UNIVEM e pesquisador do NEPI – Núcleo de Estudos, Pesquisas, Integração e Práticas Interativas do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha.*

\*\* *Delegado de Polícia, Mestre em Direito, Professor de Direito Penal do UNIVEM e pesquisador do NEPI – Núcleo de Estudos, Pesquisas, Integração e Práticas Interativas do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha.*

## Introdução

Em um contexto em que os consumidores, cada vez mais exigentes, requerem suportes de comunicações que devam acompanhar suas necessidades e expectativas em um âmbito de sociedade cada vez mais globalizada, o *e-mail* merece destaque por ter-se tornado um dos serviços mais populares da *Internet*.

Comparando-o com o correio tradicional, o *e-mail* serve para a troca de mensagens e arquivos em linguagem eletrônica, porém, com rapidez e infinitamente mais customizado, tanto assim que esse filão foi descoberto pelas grandes corporações que passaram a explorá-lo.

Assim surgiu o *spam*, a mensagem eletrônica enviada simultaneamente a milhares de pessoas com o objetivo de fazer publicidade sobre um determinado produto com fins comerciais<sup>1</sup>, também conhecido pela sigla inglesa UCE – *Unsolicited Commercial E-mail* – ou simplesmente mensagem comercial não-solicitada.

Segundo Balieiro (2005a), em um cenário em que o Brasil é o “oitavo país com maior concentração de usuários de internet no mundo”, com 19,3 milhões de internautas, somos o quarto do ranking dos países que mais “enviam spam no mundo” (BALIEIRO, 2005b), motivo pelo qual, em decorrência da popularização dessa prática, sentiu-se a necessidade de o Estado disciplinar por meio de lei a propaganda comercial por intermédio de *e-mail*, a exemplo do que já fizeram os Estados Unidos da América.

### *Spam à luz dos projetos de lei*

A preocupação do legislador pátrio com o tema é recente. Iniciou-se em 2002 com a apresentação do Projeto de Lei – PL nº 6210/2002, calcado na limitação de envio de mensagem eletrônica não solicitada por meio da *Internet*. Não recebeu acolhida pelos parlamentares e foi arquivado, sem, sequer, ser posto em pauta.

Atualmente, tramita pela Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática o PL 2186/2003, visando à regulamentação do *spam*. Ao projeto foram apensados o PL 2423/2003 e os PLs 3731 e 3872/2004.

Em suma, o poder legiferante brasilei-

ro, ao menos nos textos iniciais dos PLs aludidos, seguiu tendência já consolidada na legislação alienígena no sentido de se transferir ao destinatário o encargo de se manifestar expressa e contrariamente ao recebimento de novas mensagens com o mesmo conteúdo e de origem do mesmo emitente, permitindo-se, assim, o envio do primeiro *spam*. Busca-se, ainda, criminalizar como delito de menor potencial ofensivo a conduta do *spammer* que, dolosamente e de forma não autorizada, utilizar-se de endereços de terceiros para o envio do *spam*.

O sistema adotado pelos textos originais dos PLs, para disciplinar a matéria, foi denominado de *opt-out*. Uma das críticas mais intensivas formalizadas contra esse sistema é a de que a sua adoção oficializa o *spam*, na medida em que permite o envio do primeiro *e-mail* com conteúdo de propaganda e fins comerciais. Assim, ao obrigar o destinatário a se manifestar expressamente sobre o desejo de não receber outras mensagens eletrônicas do gênero, mune-se o *spammer* de uma informação preciosa: a de que a conta de *e-mail* está ativa e poderá receber novos *spams*.

Em janeiro de 2004, quando entrou em vigor a lei americana, estimava-se que 60% dos *e-mails* que circulavam na rede eram *spams*. Um ano após, somente o *spammer* Jeremy Jaynes foi processado e condenado por tal fato, sendo que atualmente se estima que 80% dos *e-mails* circulantes na *Internet* sejam mensagens indesejadas.

O motivo do aumento dos *spams* se deve à constatação de que, ao informar ao remetente da mensagem indesejada de que não quer mais recebê-la, está o usuário informando que a sua conta de *e-mail* é válida, de forma a ser alvo constante da ação dos *spammers*.

Estima-se que os *spams* causem um prejuízo globalizado na casa de 50 bilhões de dólares por ano em acesso à *Internet*, energia elétrica, arquivo das mensagens inúteis e com sistemas de segurança que prometem combater a praça, sem o sucesso almejado.

Um sistema mais eficiente e que vem ganhando cada vez mais adeptos, mormente dentre os correligionários *anti-spams*, é o denominado *opt-in*. Ele transfere a responsabilidade de enviar mensagem publicitária de cunho comercial ao emitente, apenas para quem estiver previamente

cadastrado para isso, o que implica em aceitação de seu recebimento por parte do destinatário.

Assim, a mensagem com propaganda somente poderá ser enviada ao cliente se ele previamente se cadastrar no sítio e autorizar o seu envio. Como característica, não poderá o destinatário repudiar a mensagem recebida, pois previamente autorizou o seu envio. Porém essa autorização é concedida a título precário, de forma que o usuário poderá a qualquer momento cancelá-la, o que tornará proibido o envio de *spam* pelo sítio.

Em 04 de agosto de 2005, o Deputado Estadual Nelson Proença, relator da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, ofereceu parecer pela aprovação dos PLs 2423/2003, 3731/2004 e PL 3872/2004, porém, pensando-os ao texto substitutivo que ofereceu ao PL 2186/2003, em que passou a adotar o sistema *opt-in*, mas de forma diferida.

Assim, segundo sua proposição, será permitido o envio do *spam* ao internauta que tiver previamente optado por receber mensagens comerciais – sistema *opt-in* clássico – bem como na hipótese de haver relação comercial pré-existente entre o remetente e os destinatários – sistema *opt-in* diferido.

O fato de o destinatário ter mantido relações comerciais pré-existentes com o remetente, por si só, legitimaria o envio do *spam*?

Admitir essa possibilidade seria uma afronta à privacidade, de forma que a melhor solução seria que mesmo nesta hipótese, a legitimidade de envio do *spam* se concentrasse na prévia autorização do destinatário.

A proposição vai além, ao obrigar, em seu artigo 4º, II, os provedores ou quaisquer entidades que ofereçam serviço de hospedagem de caixas de correio eletrônico, a manter e divulgar a relação de usuários atendidos que optarem por receber *spams*.

Vale lembrar, que ao obrigar a publicação da lista de clientes que optaram por receber *spams*, mune-se o *spammer* com a informação necessária para que ele possa enviar mensagens indesejadas, sem que precise, para tanto, valer-se de subterfúgios técnicos para capturar *e-mails* ativos, expondo, mais uma vez, a privacidade do destinatário, ao tornar de conhecimento público a sua conta de *e-mail*, que poderá ser utilizado

como alvo de vários atos preparatórios de condutas ilícitas, tais como, por exemplo, o envio de *keylog*, programa espião que tem por objetivo a captura de dados informáticos, como senha do *net banking* e número da conta corrente do cliente, visando à subtração de dinheiro depositado.

## Conclusão

Em um momento em que o comportamento ético no ciberespaço se encontra no centro das discussões, o sistema *opt-in* clássico nos parece ser o mais próximo de contribuir para a consolidação de um modelo revestido de ética, que possa servir de base para a normalização do envio de mensagens eletrônicas com conteúdos comerciais por meio da rede mundial de computadores.

## Referências bibliográficas

BALIEIRO, Silvia. Onde estão os internautas? *Info exame*, São Paulo: Abril, jul, 2005a, p. 28.

\_\_\_\_\_. Brasil é o 4º em spam. *Info exame*, São Paulo: Abril, set, 2005b, p. 34.

BRASIL. Projeto de lei nº 6210 de 05 de mar. 2002. Limita o envio de mensagem eletrônica não solicitada (“spam”) por meio da Internet. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br>>. Acesso em: 12 mar. 2005.

\_\_\_\_\_. Projeto de lei nº 2186 de 08 out. 2003. Dispõe sobre o envio de mensagem não solicitada por meio de redes de computadores destinadas ao uso do público. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br>>. Acesso em: 12 mar. 2005.

\_\_\_\_\_. Projeto de lei nº 2423 de 05 de nov. 2003. Dispõe sobre procedimentos de invasão de computadores e envio de mensagem eletrônica não solicitada (“spam”), por meio da Internet. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br>>. Acesso em: 12 mar. 2005.

\_\_\_\_\_. Projeto de lei nº 3731 de 08 de jun. 2004. Limita e define o envio de mensagens eletrônicas comerciais não solicitadas “spam” por meio da Internet. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br>>. Acesso em: 12 mar. 2005.

\_\_\_\_\_. Projeto de lei nº 3872 de 29 de jun. 2004. Dispõe sobre o envio de mensagens comerciais por rede de computadores para uso do público. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br>>. Acesso em: 12 mar. 2005.

## Nota

<sup>1</sup> Alguns tratadistas estendem a definição de *spam* para abarcar também as mensagens indesejadas que não tenham fins comerciais.



**P**ARECERES  
JURÍDICOS



# CONSCIENTIZAÇÃO POLÍTICA E EXERCÍCIO DA CIDADANIA

(Tribunal de Ética e Disciplina TED-1 da OAB/SP) E – 2.623/02

*Carlos Aurélio Mota de Souza \**

1. Em caráter de urgência a d. Secretaria Geral desta Seccional da OAB solicita apreciação do Tribunal de Ética quanto a “evento organizado pela Secretaria de Justiça do Estado de São Paulo, sob o patrocínio da Associação Comercial de São Paulo, tendo por objetivo a conscientização política e o exercício da cidadania pelo nosso povo”.

Denomina-se “Feira da Cidadania” e envolve diversas entidades não governamentais, mas também instituições federais e estaduais, a se realizar dia 15/8 p. f., no Pátio do Colégio.

Quanto à OAB-SP caberia “um atendimento jurídico”, consistindo em “orientações jurídicas e informações legais, conforme indagação dos cidadãos”.

2. O anunciado evento parece-nos dever ser um relevante momento de promoção institucional da OAB, cumprindo os objetivos e finalidades do Estatuto da Advocacia e da OAB (art. 44, incs I e II).

Ora, os advogados convidados não poderiam se negar a responder às consultas dos visitantes sobre os mais diversos assuntos, sobretudo trabalhistas, família, defesa do consumidor, etc.

Como tal, um parecer isento de implicações éticas deveria se limitar a dizer se o cidadão tem ou não direito subjetivo a defender e, nesse caso, deverá ser aconselhado a procurar um advogado, a Procuradoria de Assistência Judiciária ou a própria OAB sendo-lhes defeso indicar qualquer nome, para não implicar captação de clientes ou causas.

As consultas, portanto, deveriam ser sempre em tese, por uma análise geral do caso, sem adentrar em casuísmos, que implicariam em consulta dirigida, com certa responsabilidade para os respondentes.

É de se recordar que as Juntas do Trabalho, as agências do Procon, do Serasa, os escritórios de Assistência Judiciária das Faculdades, da Procuradoria do Estado, etc, desenvolvem re-

---

\* É membro do Tribunal de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo. Professor no Mestrado em Direito da UNIVEM – Universidade Eurípides de Marília. Foi professor de Ética Profissional e Introdução à Ciência do Direito na Faculdade Direito da UNESP, Campus de Franca (SP). Magistrado em São Paulo, aposentado. Conselheiro e Diretor do Instituto Jacques Maritain do Brasil. Publicou “Direitos Humanos Urgente!”, S. Paulo, Editora Oliveira Mendes, 1998, e “Direitos Humanos” in “Cultura dos Direitos Humanos”, S. Paulo, LTr, 1998. E-mail: carlos\_aurelio@uol.com.br; Home Page: [www.academus.pro.br](http://www.academus.pro.br)

gularmente as mesmas atividades, com permanência e regularidade e, portanto, o evento não teria originalidade, se seguisse esta linha.

Conclui-se que “a Feira da Cidadania”, de relevância social e institucional para a OAB de São Paulo, presta-se a visualizar a instituição frente aos cidadãos, e este seria o momento próprio e específico para tanto, sem diminuir a grandeza e a importância da Seccional como instituição de defesa dos advogados e da cidadania, em geral.

Este Tribunal já respondeu a consultas similares, (E-2.445/01, julgado em 20/09/01, com parecer do eminente colega dr. Ernesto Lopes Ramos, com revisão do dr. José Roberto Bottino), em relação a juizados itinerantes, instalados em kombis ou trailers, de caráter ambulatório, “envolvidos em comemorações de datas festivas ou efeméride histórica”, pelo qual se afirma “revela(r)-se eticamente reprovável pela afronta à serenidade, à seriedade e ao recato das coisas e negócios da Justiça”, traduzindo vulgarização da profissão, a seguir transcrito:

### **JUIZADOS ITINERANTES – FESTIVIDADES - PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADOS.**

Refoge à competência do TED-I da OAB manifestar-se sobre a legalidade de juizados especiais ditos itinerantes, aparentemente contrários ao espírito do art. 94 da Lei 9099/95, que insinua a “itineridade”, antes das pessoas não do órgão, que se supõe fixo em edifício público, a teor da norma citada. A participação de advogados em qualquer tipo de manifestação desses juizados, ditos itinerantes, fora do local legalmente previsto, quando instalados em kombis ou trailers, efetivamente em caráter de órgão ambulatório, envolvidos em comemoração de datas festivas ou efeméride histórica, por louvável que seja a intenção que presidiu à sua criação, revela-se eticamente reprovável pela afronta à serenidade, à seriedade e ao

recato das coisas e negócios da justiça e do mesmo passo traduz vulgarização folclórica da profissão, para mais que, nesse evento e, até, nessa jurisdição, não se reconhece - em certa medida - a essencialidade ou necessidade dos advogados. Proc. E-2.445/01 – v.u. em 20/09/01 do parecer e ementa do Rel. Dr. ERNESTO LOPES RAMOS – Rev. Dr. JOSÉ ROBERTO BOTTINO – Presidente Dr. ROBISON BARONI.

Conclui-se, portanto, que o espaço servirá mais bem à proclamação dos deveres da OAB como instituição em defesa do Direito, da Justiça e da Cidadania, sem prejuízo de simples orientações jurídicas a eventuais acorrentes ao Páteo do Colégio.

É o parecer que oferecemos, augurando o prestígio ao empreendimento.

### **EMENTA – E-2.623/02**

**FEIRA DA CIDADANIA – CONSCIENTIZAÇÃO POLÍTICA E EXERCÍCIO DA CIDADANIA – ORIENTAÇÃO JURÍDICA E INFORMAÇÕES AOS CIDADÃOS – ADVOGADOS DA OAB.** São finalidades específicas da OAB “defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas” (EOAB, art. 44, inc. I), além de promover a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados (inc. II). Na realização de eventos públicos, a atuação de advogados representantes da OAB cinge-se eticamente à divulgação dos deveres da OAB como instituição, em defesa do Direito, da Justiça e da Cidadania, sem prejuízo de eventuais consultas jurídicas aos particulares, sem implicações éticas.



# TRABALHOS FORENSES – APROVEITAMENTO POR TERCEIROS

(Tribunal de Ética e Disciplina TED-1 da OAB/SP) E – 2.391/2001

*Relator: Ernesto Lopes Ramos<sup>1</sup>*

*Revisor: Osmar de Paula Conceição Jr.*

## 1. Relatório

Trata de consulta formulada pelos três advogados: (a) A.P., (b) A.R. e (c) A.J., integrantes da sociedade de advogados “Pimentel e Associados - Advocacia”, que dirigem consulta a esta Seção Deontológica, noticiando que prestaram (a sociedade) serviços para empresa de seguros que, não obstante o contrato com a sociedade dos Consulentes, tem também, Departamento Jurídico próprio, chefiado por advogado.

Narram, na seqüência da consulta que deixaram de prestar os serviços profissionais a essa empresa, mas verificaram, depois, que os trabalhos forenses, anteriormente desenvolvidos pelos Consulentes, continuaram a ser utilizados pelos advogados que passaram, depois, a exercer o patrocínio da empresa e, tudo isso, sem qualquer menção à fonte intelectual desses trabalhos.

No desfecho, formulam, as seguintes questões: (1) esses trabalhos, desenvolvidos em postulações tornam-se propriedade do mandante?; (2) pode o constituinte utilizar-se do trabalho noutro feito, sem autorização ou sem remuneração ao seu autor?; (3) constitui falta ética o uso, por outro, de trabalho anteriormente desenvolvido sem autorização de quem o elaborou?; (4) o difusor e o subscritor dos trabalhos copiados incorrem em falta ética?; (5) o uso de trabalho forense, em processo diverso daquele para o qual foi produzido, por outro mandatário, cria direito a percebimento de honorários para o seu verdadeiro autor inicial?

No essencial, é o relatório.

## 2. Parecer

A primeira indagação dos Consulentes – sobre a propriedade do trabalho intelectual do profissional liberal - revela-se complexa. Certo é que a atividade postulatória do advogado se reveste de nítido cariz intelectual, muitas vezes louvavelmente com capricho de linguagem, figuras, tropos, retoques na harmonia, na musicalidade ou sonoridade da palavra e no estilo, com contornos literários, artísticos e científicos de

---

<sup>1</sup> Advogado; membro do Tribunal de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo. Mestrado em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP Área de Concentração Direito Civil (Dissertação: Desconsideração da Personalidade Jurídica - 1995); Professor de Direito Civil II – Obrigações da UNIP - Universidade Paulista; Membro do Conselho do Instituto Jacques Maritain do Brasil.

outros ramos de saberes ou de artes. Será, porém, o trabalho do advogado, para efeito da Lei 9610/98 (Direito Autoral), um “texto de obra literária, artística ou científica” de que trata o art. 7º, a merecer, por isso, a proteção legal?

Parece forçada uma tal conclusão. Paulo Olivier, em cuidada monografia sobre “Direito Autoral e sua Tutela Penal” aproxima, indiretamente, o leitor da *mens legis*, quando refere as áreas de sua pesquisa onde se deparou com frequência com a violação a direitos de autor: (1) na área musical; (2) na área cinematográfica; (3) na seara da literatura; (4) nas artes plásticas; e (5) na fotografia.

Manifestamente, a não inserção do trabalho do advogado em qualquer uma das áreas apontadas, impõe-se inafastavelmente. Na seara jurídica, eventualmente só o doutrinador fará literatura de molde a ser tido autor de uma obra literária, enquanto por sua vez o labor do advogado - o caso dos consultantes - traduz atividade-meio, pragmática, não artística, em si mesma, por vocação ou fim tendente à definição do direito concreto ou, no mínimo, à aclaração de dúvida concreta. A diferença desse trabalho com a autoria de trabalho literário ou científico e, acima de tudo, com conotações de eventual direito autoral, está em que o advogado, ao elaborar suas peças, pretensões, *requerimenta*, arrazoados e contra-razoados, pareceres, consultas e outras manifestações escritas, atua e age como representante do patrocinado, atua como “o que faz as vezes” do cliente, no exercício postulatório, na defesa do direito, enfim. Não é, em suma, o advogado que *fala*, mas o cliente - pelo mecanismo do mandato ou da representação - quem *diz!* ...

Não seria forçado aceitar, até, que o trabalho seria então do cliente, o que complicaria a questão se - ao contrário da consulta - fosse, depois, o advogado quem repetisse, tantas vezes quantas entendesse, a *idéia* ou *tese* que teve ou criou para determinado caso de um cliente determinado. Ora, verdade é que não pode negar-se o forte caráter público - no sentido da publicidade - que os trabalhos jurídicos apresentam, *maxime* os desenvolvidos para processos judiciais que, nas mais das vezes, são e ficam acessíveis a qualquer pessoa do grande público e não apenas às partes.

Daí a razão dos trabalhos jurídico-forenses assumirem certo *status* de domínio público, de *res omnibus* ou mais geral ainda *res nullius*, dada a possibilidade de acesso ao conhecimento geral de que se revestem. Que dizer, v.g., das sentenças e acórdãos que são, diariamente, publicados e de que se socorre o advogado, no seu cotidiano? Têm dono, têm autor, geram direito autoral? Ou, antes, a menção que deles se faz, depois, quanto à autoria e à fonte, não serão, apenas, para comprovar a legitimidade da origem mais do que as pessoas dos seus autores? Realmente, a Lei 9.610 esclarece que não são objeto de proteção, como direito de autor, esses manifestações (art 8º - IV) de que, em certa medida se aproximam as manifestações dos causídicos em apreço.

Evidente que esse caráter de domínio público, não significa possibilidade de reprodução geral, irrestrita e indiscriminada dos trabalhos forenses. Se, por um lado, será forçado considerar o advogado como titular de “direito de autor”, relativamente aos seus trabalhos postulatórios, não deve deixar-se, obviamente, de indicar a fonte do trabalho utilizado ou tese reproduzida, pena de eticamente reprovável esse aproveitamento. Se a autoria configurar *direito*, a atitude ética será o respeito a esse direito alheio, que traduz um dever moral mínimo, exigível de profissional do Direito para com outro profissional, e que se descola da letra do art. 33 § único do **EAOAB**. Assim, tantas quantas forem as citações e repetições de idéias, teses ou trabalho alheios, assim deve a fonte ser indicada, sob pena de incorrer o advogado em atitude eticamente reprovável. O art. 46 da lei dos direitos autorais esclarece que não constitui ofensa ao direito de autor a “citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, da passagem de qualquer obra, na medida justificada ao fim a atingir, indicando o nome do autor e a origem da obra”. A questão, como se vê, retorna ao ponto de saber-se - admitindo que relação jurídica processual é fenômeno comunicativo, como querem os semiólogos - se trabalho forenses é uma “obra” e se aquele que a elabora, produz ou repete - é “autor”.

O discurso jurídico-processual, o trabalho do advogado, visa a fim: definição do direito e, por via dele, à realização da Justiça

que sobrevirá na forma da sentença, sem dono. Como ato-meio - como a define o **EAOB** - antes da sentença não há obra e, não havendo, não tem autor. O aproveitamento, no percurso ou findo o processo, de trabalho de outrem é eticamente criticável, porém não de molde a trazer ao campo da ilicitude tal comportamento, por se entender - como se disse no começo - que o advogado não produz obra literária, artística ou científica como tal ... arte pela arte (*ars gratia arte*). O seu fito é a definição do direito do cliente. E seriam deste último, mais exatamente, as idéias pelas quais pagou ao advogado, que - para o cliente - as pensou e escreveu, sem prejuízo de poder depois reutilizá-las - aspecto de *res nullius* que se deixou antes aflorado.

Pelo que se depreende, contudo, da descrição da situação, os consulentes retratam situação real, vivenciada e tangível, caso concreto protagonizado. Nesse caso, à Seção Deontológica não caberia - como não cabe - apreciar e apurar eventuais infrações já cometidas ou simplesmente já ocorridas, com advogados inscritos na Seccional.

Pelo mesmo diapasão afinaria a resposta ao tópico da ética e da honorária ou paga, levantados na consulta, pois eventual infração ética, cometida pelo gerente jurídico, difusor de trabalho alheio ou, ainda, do terceiro advogado que porventura subscreva essas cópias, só poderá aquilatar-se em procedimento próprio - pelas suas conseqüências - fenecendo competência à Seção Deontológica para manifestação, primeiro, porque se trataria de fato consumado, concreto, relativo a comportamento de terceiro, que choca com a atribuição do TED1, sobre que se invoca o precedente da ementa E-1576 de que foi Relator o **Dr. Elias Farah** (Julgados - Vol VI - 155) e, mais, porque quanto à existência ou não de falta ética, estaria já ultrapassada por essa concretude.

É o parecer.

### 3. EMENTA

**TRABALHOS FORENSES - APROVEITAMENTO POR TERCEIROS - DIREITOS DE AUTOR - INEXISTÊNCIA - DEVER CONCLUSIVO DE DECLINAR AUTORIA - REGRA ÉTICA VIOLADA** - 1. Os trabalhos forenses dos advogados não podem ser tidos por obra literária, artística ou científica, para efeitos de proteção de eventual direito autoral, configurando um meio, uma atividade-meio, para o fim de concretização do direito. O seu aproveitamento, por terceiros, dado o seu caráter quase-público, não pode ser tido como violação de autoria.

2. Tal como os textos legais, as sentenças, os acórdãos e demais decisões judiciais são *res sine domino*, assim têm o mesmo cariz os trabalhos dos advogados, desenvolvidos nos procedimentos donde aqueles surgiram, valendo lembrar que - tal como se faz às decisões - o seu aproveitamento ou repetição por terceiros, deverá, por dever de ética e princípio mínimo de dignidade e honorabilidade profissional, declinar o autor e as fontes.

3. Viola a ética profissional o advogado que, sem declinar a origem, repete ou propicia e entrega a outro - para que o repita - trabalho de colega, omitindo ambos sobre a origem

4. Nos termos do art. 49 do CED, ao Tribunal de Ética e Disciplina da OAB compete orientar sobre ética profissional, respondendo a consultas em tese. As consultas à Seção Deontológica só serão atendidas se versarem sobre atos próprios, não referidas a atos ou comportamentos de terceiros e se forem em tese (não caso concreto). É a disciplina da Resolução 07/95 e a pacífica jurisprudência desta Casa. Ademais, devem as consultas ser feitas uma para cada assunto de modo a permitir ementa esclarecedora de sentido pedagógico. (Resolução 07/97 Precedentes: E-1555 - E-1567 - E-1571 - E-1571-a)

São Paulo, julho de 2001



**R**ESUMOS  
DE TESES E  
DISSERTAÇÕES

## TESE

*Benedito Pereira Filho*

### **Repensando o processo de execução para uma maior efetividade da tutela do crédito pecuniário. 2002.**

*Tese de Doutorado defendida na Universidade Federal do Paraná.*

#### **RESUMO**

(Re)pensar o processo de execução exige, antes de tudo, um necessário reconhecimento da opção do legislador em relegá-lo a um plano, senão inferior, pelo menos secundário em relação aos demais que compõem o código de processo civil. Quando a espécie executiva em análise é a por quantia certa contra devedor solvente (execução de créditos), essa percepção aflora com muito mais nitidez.

O presente trabalho tem, justamente, essa preocupação. Ao mesmo tempo que procura descortinar a verdadeira face da jurisdição, que não só a simplória “missão” de dizer o direito ao caso concreto, procura encontrar meios para dar concretude às decisões judiciais que condenam o Réu/devedor ao pagamento de soma, resgatando sua importância para a tutela dos direitos.

Com base neste desiderato, procurou-se, a partir de um relato sobre a formação do Estado Moderno enquanto monopolizador da administração da justiça, desenvolver um raciocínio capaz de enaltecer a jurisdição como dever estatal e voltada para a consecução de um processo civil de resultados, entendido como aquele capaz de entregar à parte o seu direito material violado e devidamente reconhecido pelo poder judiciário, em tempo razoável.

Partindo-se de estudos desenvolvidos, principalmente, acerca da execução da obrigação de fazer e não fazer, buscou-se apontar também, a necessidade de aparelhar a execução por créditos de mecanismos processuais eficazes e aptos a realizarem, no mundo dos fatos, o direito do credor. Sempre tendo como escopo que a verdadeira efetividade do processo é alcançada com a pronta entrega do bem da vida à parte, vislumbrou-se a necessidade de reconhecer maiores poderes ao juiz,

fornecendo-lhe a possibilidade de, mesmo na seara executiva por créditos, ordenar ao Réu/devedor o cumprimento da obrigação (pagamento ao credor), sob pena de multa por dia de atraso.

Tendo como suporte as medidas executivas utilizadas pelo direito inglês, mas, sem olvidar a realidade nacional, inovou-se, dentro da perspectiva da efetividade prometida, inclusive, em nível constitucional, com a fecunda possibilidade de se fomentar o órgão judiciário de “força” suficiente para compelir o obrigado a cumprir a decisão.

O objetivo, pois, é fazer com que o devedor escolha pelo cumprimento da obrigação pecuniária não só por espontaneidade, mas por ser a melhor “opção”. Para isso, discutiu-se a atividade desenvolvida pelos sujeitos da relação jurídica de direito processual e concluiu-se que toda incumbência pela efetividade da execução recaia em maior grau, ou até mesmo na sua totalidade, sobre o Autor/credor.

O Estado mantinha-se, não obstante a promessa de entrega da prestação jurisdicional, numa posição mansa e pacífica na assistência de uma luta desigual em que o titular do direito reconhecido judicialmente (sentença transitada em julgado) era a todo instante levado a engodo, sem que o responsável/obrigado sofresse qualquer espécie de sanção. Nesse diapasão, projetou-se uma maior participação por parte do Estado-juiz, já que devedor da tutela jurisdicional, culminada em sanção ao Réu/devedor em resposta ao desprezo que empregara à execução.

Concluiu-se, então que: a) há a possibilidade da imposição da multa pecuniária como forma de resgatar o prestígio da decisão judicial; b) a ausência de patrimônio torna a execução insolúvel, pois a multa ou até mesmo a prisão, seria ineficaz e; c) nos casos de “riqueza aparente”, sem que o Réu/devedor consiga esclarecer a flagrante contradição existente entre a “ausência” de patrimônio e a condição social ostentada e, se devidamente advertido a indicar bens passíveis de constrição judicial, mantiver-se indiferente, poder-se-ia cogitar na restrição da sua liberdade como forma de inibir o desrespeito ao poder legalmente instituído.

#### **Palavras-chave**

Estado / Jurisdição / Execução / Efetividade / Coerção

## DISSERTAÇÕES

*Cláudio César Machado Moreno*

### **A vítima da relação de consumo no Código de Defesa do Consumidor. 2003.**

*Dissertação de Mestrado defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília.*

#### **RESUMO**

O Código de Defesa do Consumidor, promulgado em 12 de setembro de 1990, regulamentou as relações de consumo que eram regidas pelo Código Civil e por algumas leis esparsas. Uma das principais inovações trazidas pelo código foi a equiparação de determinadas figuras à condição de consumidor, mesmo não havendo relação de consumo direta. Entre elas encontramos: *a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (artigo 2.º); todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas previstas (artigo 29) e a vítima da relação de consumo (artigo 17)*, objeto de estudo do presente artigo. A proteção à vítima da relação de consumo, teve sua origem no direito norte-americano onde é chamado de “bystander”, ganhando especial atenção com a decisão da Suprema Corte de New Jersey no caso *Hennigen v. Bloomfield*, onde se reconheceu que a garantia do produto concedida pelo fornecedor atinge até o usuário final, independentemente da existência de relação entre este e o fornecedor/fabricante. No direito pátrio optou-se expressamente por equiparar a vítima à condição de consumidor. Pode-se definir a vítima como sendo aquela que se envolve em acidentes com produtos ou em decorrência de serviços, que não são adquirentes, mas se encontram perto, ao lado, quando o de-

feito se manifesta, sendo meros espectadores. Assim, tem-se que o conceito de terceiro equiparado, deve ser estendido a todos os casos possíveis de aplicação, obedecendo a própria ampliação do conceito de consumidor apregoado pelo Código de Defesa do Consumidor, sob pena de se desviar para a inutilidade.

#### **Palavras-chave**

Consumidor, vítima, ‘bystander’, terceiro, conceito, equiparação, danos, fato do produto, destinação final.

*José Eduardo Lourenço dos Santos*

### **Tutela da privacidade na Internet: aspectos criminais. 2002.**

*Dissertação de Mestrado defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito do UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília.*

#### **RESUMO**

A evolução da vida moderna traz, com o notável avanço tecnológico dos últimos anos, desafios que devem ser enfrentados pela ordem jurídica, com instrumentos compatíveis à efetiva tutela dos valores sociais em jogo, arduamente conquistados após longo processo de sedimentação histórica.

Especialmente, na área da informática, esses desafios se apresentam de forma ainda mais complexa, importando reflexões e revisões de muitos conceitos e institutos jurídicos tradicio-

nais, vários dos quais hoje incapazes de dar respostas eficazes ante as novas e, até então, imprevistas formas de violação de direitos.

A presente investigação objetiva justamente o enfrentamento dessas relevantes e atuais questões, oferecendo, a par de reflexiva preocupação, sugestões de providências que visem, com sólido fundamento jurídico, soluções emergentes, diante do vazio legislativo, em muitas das hipóteses concretas que se apresentam.

Assim, a partir de ligeira visão históri-

ca do conceito de liberdade, busca-se estabelecer com certo rigor metodológico, critérios racionais de análise dos diferentes reflexos jurídicos da informática, em especial no campo da tutela penal da intimidade, notadamente vinculada ao direito de dispor, com exclusividade, de sua própria e inalienável esfera íntima.

**Palavras-chave**

avanço tecnológico / informática / violações / soluções / liberdade / intimidade / tutela penal



**R**ESENHAS  
DE LIVROS

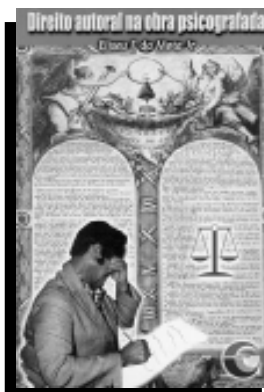


# DIREITO AUTORAL NA OBRA PSICOGRAFADA

(Editora Nova Era, 1999, 195 pgs.)

Eliseu F. Mota Júnior \*

Este livro, que é dissertação apresentada pelo autor no mestrado, dentro do Programa de Pós-Graduação da UNESP de Franca, discute a titularidade do direito autoral na obra psicografada. Para tanto, constata a existência de vasta produção literária escrita por médiuns, atribuída a Espíritos de escritores e poetas. Expõe a teoria espírita para a psicografia e relata outras explicações para o fenômeno. Menciona inúmeras obras psicografadas no Exterior e no Brasil, inclusive algumas mensagens mediúnicas usadas como elemento de prova em processos judiciais. Resgata as principais peças da ação declaratória proposta pelos sucessores do escritor Humberto de Campos em face do médium Francisco Cândido Xavier e da Federação Espírita Brasileira, com análise das decisões ali proferidas, que optaram pela carência da ação. Con-



sidera que a obra literária psicografada está protegida legalmente, independentemente da sua origem mediúnica. Entende lacunosa a legislação do direito autoral quanto à autoria da obra psicografada. Pela aplicação da analogia, conclui que o Espírito é o criador intelectual da obra psicografada, enquanto o médium, como intérprete do seu pensamento, é titular dos direitos conexos ao de autor, cabendo-lhe a responsabilidade pe-

rante a lei pelas obras que psicografa. Dessa assertiva não resulta direitos para o Espírito ou sucessores de qualquer natureza, pois a alma não é *pessoa* como sujeito de direitos e obrigações. Opina pelo emprego dos recursos materiais em obras assistenciais e no fomento à pesquisa científica da fenomenologia mediúnica. Em suma, trata-se de obra que não pode faltar em qualquer biblioteca.

\* Eliseu F. Mota Júnior nasceu em Franca, SP, no dia 2 de junho de 1952. É promotor de Justiça aposentado, professor universitário na Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", em Marília, SP, advogado, orador, jornalista, escritor e membro da Academia Francana de Letras. (motajunior@uol.com.br)

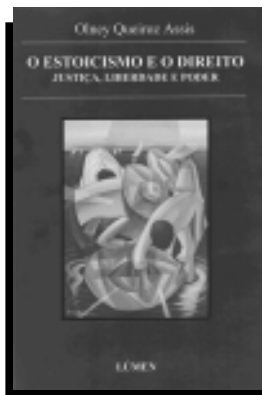
# O ESTOICISMO E O DIREITO - JUSTIÇA, LIBERDADE E PODER

(Editora Lúmen, 2002, 544 pgs.)

*Olney Queiroz Assis \**

O livro mostra que o estoicismo é a prática de uma filosofia que concebe o mundo como um todo integrado e não como uma coleção de partes dissociadas ou de objetos estanques. O mundo é um todo orgânico regido por uma razão universal; o universo consiste num encadeamento de causas e acontecimentos, uma rede de fenômenos interconectados e interdependentes. O mundo é uma grande ordem e o homem ético é o que se conduz em conformidade com a natureza. Quem destrói a vida ou a natureza afronta o equilíbrio do universo, porque todos somos partes da razão universal, centelhas de logos.

O estoicismo não separa ciência e virtude, natureza e ser humano, natureza e liberdade, natureza e justiça. Mas ser livre e justo não é apenas viver em conformidade com a lei natural, é mais do que isso, é querer esse modo



de vida e estar consciente dos motivos desse querer; por isso, a sabedoria que a lógica e a física promovem é imprescindível à conduta ética.

A tese mostra as conexões desse modelo com a polis grega e a civitas romana, especialmente nos aspectos jurídicos e políticos que envolvem as noções de justiça, liberdade e poder. A tese acentua a ligação da filosofia estoica com a produção filosófica anterior e a presença marcante do estoicismo entre os filósofos, políticos e juristas romanos.

Em virtude dessas ligações, reivindica a influência estoica na formulação teórica do direito romano.

A tese conclui com uma crítica à sociedade moderna, cujo modelo de globalização fundado no comércio de bens de consumo, além de provocar o isolamento entre os homens, transforma-os em objetos descartáveis.

*Olney Queiroz Assis é Advogado; Professor no Mestrado e na Graduação em Direito do UNIVEM e na Universidade São Francisco; Mestre e Doutor pela PUC/SP em Filosofia do Direito e do Estado*

# MITOLOGIAS JURÍDICAS DA MODERNIDADE \*

(Fundação Boitex, 2004, 150 pgs.)

1. É uma importante notícia editorial no campo jurídico brasileiro a publicação de um dos últimos livros do historiador do direito italiano Paolo Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*. E isso em vista de um duplice motivo. Em primeiro lugar, porque sua publicação coincide com uma atual vitalidade dos estudos histórico-jurídicos no Brasil – onde a bibliografia específica, infelizmente, é ainda muito rarefeita. A nossa tradição cultural e universitária – sempre apegada ao estudo do direito romano (fato que se explica e se justifica pelas raízes do nosso direito privado, que, até o início do século XX, ao menos formalmente, devia se inspirar nas *Ordenações Filipinas*, que trazia os traços do *direito comum*) – nos últimos anos apercebeu-se da necessidade de ampliar os horizontes teóricos temporais e dar-se conta da imprescindível utilidade de uma abordagem do tipo histórico para a compreensão e a crítica da instância jurídica. Essa análise diacrônica, desde que se abandone aquela pretensão de somente desenterrar defuntos, como numa arqueologia para curiosos, e mostrar lances de “erudição” passadista, pode ser decisiva para o estudioso e para o estudante: o passado do direito é um referencial fundamental para o conhecer, para operar e para criticar o



direito, e a história do direito – desde que seja manejada de modo metodologicamente arejado – é uma área específica do saber jurídico que oferece respostas (mas sobretudo faz novas perguntas) que outras formas de análise teórica do direito não alcançam. Em segundo lugar, esta publicação é bem vinda pelo fato de que finalmente (com um atraso de muitos anos, eu diria) o leitor brasileiro poderá travar contato com um dos maiores juristas italianos e, mais particularmente, com o líder de

uma escola historiográfica-jurídica das mais respeitadas e lidas na Europa. Efetivamente constituía uma grave lacuna a ausência de textos de Paolo Grossi no Brasil que nesses anos está começando a ser colmada. E a obra recém publicada – que traz algumas sínteses da reflexão do historiador do direito florentino – constitui um excelente primeiro guia para o leitor brasileiro.

2. São tantas as decisivas contribuições teóricas de Paolo Grossi no debate historiográfico-jurídico que seria impossível abordá-las em poucas páginas. Com o risco de reducionismos, todavia, pode-se dizer que existem ao menos três eixos analíticos importantes que devem ser registrados para que o leitor compreenda o

\* O livro “Mitologias jurídicas da modernidade” é de autoria de Paolo Grossi, com tradução de Arno Dal Ri Junior. O presente texto foi elaborado por Ricardo Marcelo Fonseca, (professor do curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Pesquisador do CPNq)

“continente teórico” onde viaja Paolo Grossi – embora, repita-se, não se queira “esquematizar” a rica e prolífica produção do nosso autor, certamente fugidia a classificações e enquadramentos simplistas como também cheia de nuances e temáticas (como o direito canônico, por exemplo) que estão fora destes três grandes “eixos”. Feitas essas ressalvas importantes, pode-se dizer que um primeiro eixo importante é sua reflexão sobre o direito medieval<sup>1</sup>: é em grande parte a partir da compreensão das importantes especificidades do direito medieval (que, segundo o autor, era uma civilização jurídica por excelência) que, por contraste, são desvendadas as vicissitudes do direito moderno (sem que isso signifique, por óbvio, que o autor faça uma leitura “retrospectiva” e preparatória do presente a partir do passado; para Grossi, de fato, o passado é respeitado em sua radical especificidade). Para Grossi a era medieval não é um “período negro” da história ou um mero intervalo entre a Roma Clássica e o Renascimento europeu: tratou-se, isso sim, de um período fertilíssimo, inclusive e sobretudo para o direito (sobretudo na assim chama baixa Idade Média), em que foi possível ver o florescimento de uma ciência jurídica elaboradíssima, com fineza e requinte teóricos, e, principalmente, foi possível verificar uma experiência histórica em que o direito não se fazia impor por um poder político. A Idade Média é a época em que o direito não é apreendido e instrumentalizado pela política, é uma época em que o direito se exerce, se aplica e se impõe independentemente do Estado (então inexistente na história Européia); é, enfim, “um direito sem Estado”<sup>2</sup>.

A partir daqui se compreende uma outra noção fundamental de Grossi (o segundo “eixo”): a de “Absolutismo Jurídico”. Trata-se daquele processo histórico pelo qual o direito passou no final do século XVIII e sobretudo início do século XIX (e que coincide portanto com as revoluções burguesas e com as codificações napoleônicas) segundo o qual o direito passa a ser vinculado ao Estado, fenômeno que empobrece e reduz o direito, transformando-o em mero apêndice do poder político. Nunca a política e o direito estiveram tão vinculados – fato esse que trouxe conseqüências funestas para a ciência jurídica e para os juristas, já que, desde então (e em

grande parte até hoje) o direito foi visto como algo indissolúvelmente ligado muito mais ao Estado (ou ao poder) do que ligado à sociedade, que é na verdade o referente necessário do fenômeno jurídico<sup>3</sup>. A função criativa e interpretativa do jurista foi abortada e substituída pela mera repetição de dogmas, através de uma exegese pobre e repetitiva que era escravizada pela autoridade dos códigos. Esse momento radical inaugura os tempos modernos do direito e definitivamente deixa para trás (num processo histórico que obviamente não foi linear e nem livre de imensas rupturas e contradições) aquela centralidade do saber jurídico e do jurista que tanto caracterizaram o ‘Antigo Regime’. Assim, a instância jurídica (sobretudo o assim chamado direito privado), que antes se exprimia como ciência, a partir de então se exprime como poder.

Finalmente o terceiro “eixo” (que é tomado sem que tenha sido considerada uma ordem cronológica ou de importância na obra do professor florentino) é constituído pela análise do tema historiográfico da propriedade. Talvez seja a problemática de pesquisa mais freqüente nos textos desse autor, e, provavelmente, a que mais penetrou nas discussões na Itália e na Europa. E não sem razão: desde as análises da propriedade na reflexão franciscana (onde a passagem para uma noção moderna de propriedade se entrevê talvez pela primeira vez<sup>4</sup>) e da secunda escolástica<sup>5</sup>, até chegar nas reflexões setecentescas pré-revolucionárias de Pothier<sup>6</sup>, Grossi foi capaz de captar como ninguém as especificidades da propriedade moderna (que se torna a “projeção da sombra soberana do sujeito sobre a coisa”<sup>7</sup>) na sua diferença radical para com o modelo medieval, demonstrando como a sociedade moderna passa a ser uma sociedade proprietária. Não por acaso o grande jurista espanhol Francisco Tomás y Valiente diz que “Grossi es el gran historiador de la propiedad”<sup>8</sup>.

3. O livro “Mitologias jurídicas da modernidade”, publicado em 2001 na Itália, pertence àquela categoria de obras “de síntese”, na qual a reflexão de Grossi se condensa em textos curtos, porém incisivos, férteis e belos. Esse livro, em particular, reúne três conferências, unidas e completadas por uma introdução do autor:

a primeira (“Justiça como lei ou lei como justiça?: Observações de um historiador do direito”) foi proferida em Pisa em 1998 num seminário a propósito de “interrogativi sul diritto giusto”; a segunda (“Além das mitologias jurídicas da modernidade”), foi proferida em 2000, em Amalfi, quando lhe foi conferido o Prêmio Internacional Duque de Amalfi; finalmente, a terceira foi proferida como conferência de encerramento de um grande congresso internacional ocorrido em Florença em 2000<sup>9</sup> – congresso organizado pelo “Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno”, fundado pelo próprio Grossi – com o título “Código: algumas conclusões entre um milênio e outro”.

Todas as conferências são, de fato, condensações de produções anteriores, são “sumos” de longas e profundas reflexões, e por isso mesmo constituem obra muito oportuna para o leitor brasileiro travar um primeiro contato com Paolo Grossi. Certamente os três “eixos” antes colocados explicam em boa parte o itinerário que é traçado pelo autor – e que nós, a seu convite, também traçamos na leitura.

A primeira conferência, de fato, toma o cotejo histórico entre o direito medieval e o direito moderno como a base para discutir os termos ‘lei’ e ‘justiça’. Aqui de fato, a rica reflexão grossiana sobre a Era medieval se faz sentir e, de maneira iluminante (e sempre pela estratégia diacrônica própria do historiador do direito), mostra as perdas sofridas na passagem do ‘antigo regime’ à modernidade – que não foram poucas, especialmente para o jurista e para o direito. Grossi mostra aqui a coragem de fazer uma crítica à modernidade jurídica num ambiente (como é o ambiente jurídico moderno) talvez excessivamente impregnado de uma retórica pós-iluminista. De fato, o autor demonstra como a retórica revolucionária burguesa, embora traga consigo indiscutíveis avanços (cujos méritos históricos não são nunca ignorados), também opera reduções terríveis, que o saber jurídico do século XIX – talvez excessivamente revanchista para com o ‘antigo regime’ – fez diluir-se e perder-se. Tomando de empréstimo valores concretos, históricos (e esse é o apanágio do historiador: sempre ter os pés no concreto), faz uma crítica da abstração, do formalismo e do estatalismo do direito

contemporâneo; isto é, faz uma crítica da modernidade jurídica sem recorrer a elementos às vezes mirabolantes de uma certa “pós-modernidade”, mas também sem recorrer tampouco a um ingênuo saudosismo pré-moderno (eis que os limites da pré-modernidade jurídica também lhe são muito claros).

A segunda conferência, sempre a partir do observatório histórico-jurídico, caminha no sentido de desmontar uma série de “mitologias jurídicas” modernas (que foram sacralizadas por boa parte da reflexão jurídica contemporânea): o legalismo (normativismo) e o estatalismo são enfrentados e explicados em chave histórica, nos seus limites e nas suas ilusões. E aqui Grossi nos faz entrever a riqueza de sua visão do fenômeno jurídico, pois direito é, para ele, algo que tem origens radicais (com raízes) na sociedade, onde o direito encontra seu natural ninho e sua efetiva fonte (e não no Estado, como a modernidade jurídica quis reduzir e mitificar). Por isso é que o direito é realidade histórica radical, pois é sempre inserido numa sociedade com um itinerário histórico determinado, e portanto o próprio direito não pode ser ontologicamente compreendido senão nesse seu liame estreito com sua fonte social. O direito é visto como ordenamento, isto é, como instância que ordena e organiza o social (e não como mero comando), e, para ser fiel à sociedade que espelha e ordena, deve atender à sua complexidade (algo que o reducionismo legalista não observa). Ordenar a sociedade é a vocação do direito, mas ordenar não significa pura e simplesmente comandar, mas sim expressar a complexidade social que é própria dos tempos atuais (e, aliás, é por isso que a “redução da complexidade” do direito legalista e estatalista acaba se autocondenando a uma inevitável obsolescência diante de determinados fenômenos sociais e econômicos, como a globalização). Enfim, como dirá Grossi no seu último livro publicado, em 2003, “prima lezione di diritto” (e em processo de tradução e edição para a língua portuguesa), o direito é sobretudo ordenamento e é sobretudo observância – é, enfim, ordenamento observado<sup>10</sup> - visão esta que nos traz de volta o direito à sociedade, buscando cessar aquele exílio temporário e curto – em termos históricos – a que a instância jurídica foi condenada pelo poder polí-

tico, que a encerrou no Estado.

Finalmente, a terceira conferência, tomando o tema da codificação como objeto central (tema, aliás, muito oportuno nesse momento em que se comemora o bicentenário do *Code Civil* de Napoleão), retoma o já clássico conceito grossiano de “absolutismo jurídico”, de modo a, mais uma vez, desvendar com o olhar do historiador do direito, mais essa mitologia quase canonizada pelo direito moderno que é o Código. O autor nos mostra magistralmente como as premissas que orientaram o culminar da codificação são muito bem situados e circunscritos num contexto histórico: aquele revolucionário e pós-revolucionário na França (portanto, obviamente dotados de premissas que não são iguais àquelas da passagem do milênio). Esse contexto (que representou um divisor de águas na história jurídica) pressupõe a mitificação do príncipe-legislador, a perda da dimensão da factualidade concreta em detrimento de uma legiferação abstrata, com a necessária e consequente criação da idéia de completude do sistema (que não passa de outra mitificação). E, sobretudo, representa o ápice (agora encerrado em um direito que se pretende único e exclusivo na sociedade) de uma visão proprietária do sujeito ou, dito de outro modo, o ápice de um sujeito proprietário, pois a ordem jurídica a partir da codificação terá como premissa fundamental a defesa do valor – essencial à ordem burguesa vencedora – da propriedade individual. E tudo isso sem que sejam apontadas, mais uma vez, as perdas que essa passagem comporta de uma visão centrada na carnalidade das pessoas concretas para a uma outra baseada na abstração dos ‘sujeitos de direito’.

4. Enfim, um livro imprescindível ao leitor brasileiro sob vários aspectos. É de se registrar ainda o belo trabalho gráfico da Editora Fundação Boiteux ao compor o livro (que acabou sendo ficando idêntico – no tamanho e na capa – à edição original italiana) e à cuidadosa e competente tradução que foi feita da obra pelo professor Arno Dal Ri Junior (tarefa nada fácil

diante do uso metafórico e erudito que o autor faz da língua italiana). A única coisa que realmente não se compreende é porque essa edição brasileira não reproduziu a bela dedicatória, constante na edição italiana, feita precisamente aos “*caros e não esquecidos alunos do ‘curso de pós-graduação – mestrado em direito’ da primavera de 1995 junto à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre*”...

## Notas

<sup>1</sup> Vide a obra de síntese de Grossi: *L’Ordine Giuridico Medievale*. Roma-Bari: Laterza, 1995.

<sup>2</sup> *Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fundamento della costituzione giuridica medievale, “in” Quaderni Fiorentini per la Storia de Pensiero Giuridico Moderno, XXV (1996), p. 267.*

<sup>3</sup> GROSSI, Paolo. *Prima lezione di diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2003. p. 15.

<sup>4</sup> *Usus facti: La nozione di proprietà nella inaugurazione dell’età nuova, “in” Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, I (1972), p. 287.*

<sup>5</sup> *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica, “in” GROSSI, Paolo (a cura di). La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*. Milano: Giuffrè, 1973, p. 117 e segs.

<sup>6</sup> *Un paradiso per Pothier: Robert Joseph Pothier e la proprietà ‘moderna’, “in” Quaderni Fiorentini per la Storia de Pensiero Giuridico Moderno, XIV (1985), p. 401.*

<sup>7</sup> GROSSI, Paolo. *L’inaugurazione della proprietà moderna*. Napoli: Guida Editori, 1980, p. 23.

<sup>8</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Laudatio a Paolo Grossi “in” CAPPELLINI, Paolo et alii. De la Ilustración al Liberalismo: symposium en honor al profesor Paolo Grossi*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1995. p. 34.

<sup>9</sup> Cujos anais foram publicados: CAPPELLINI, Paolo e SORDI, Bernardo (a cura di). *Codici: una riflessione di fine millennio (atti dell’incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000)*. Milano: Giuffrè, 2002

<sup>10</sup> GROSSI, Paolo. *Prima lezione di diritto*, cit., p. 16 e segs.



**N**ORMAS GERAIS  
DE PUBLICAÇÃO  
DE TRABALHOS



## Apresentação de Artigos

### 1. Artigos

Reserva-se a revista *Em tempo* a prioridade da publicação do artigo entregue. Nenhuma modificação de estrutura, conteúdo ou estilo será feita sem o consentimento do autor.

### 2. Formato

Os artigos devem ser apresentados em disquete (processador de texto Word), acompanhados de 3 cópias impressas, sendo 2 delas sem identificação do autor, para exame por consultor independente, observada a ortografia oficial. Os artigos devem contar com no mínimo 9.000 e no máximo 20.000 caracteres. Resumo: até 500 caracteres. Palavras-chaves: até 6. Título, resumo e palavras-chaves em inglês.

### 3. Entrega de artigos

A revista *Em tempo* estará recebendo artigos na secretaria do Mestrado em Direito do UNIVEM, através da Secretária Lúcia e na Coordenação do Curso de Direito, através da Secretária Adriana.

## Disposições Gerais

### 1. Direitos Autorais

Todos os direitos autorais são reservados. Qualquer reprodução, ainda que parte da publicação, deverá constar o crédito de referência, de acordo com as leis de direitos autorais vigentes do Brasil.

### 2. Divulgação-1

A aceitação do trabalho para publicação implica na transferência de direitos autorais do autor para a revista *Em tempo*, sendo assegurado ao UNIVEM o direito a mais ampla divulgação da informação.

### 3. Divulgação-2

Sendo professor o autor de artigo na revista *Em tempo*, fica o mesmo comprometido a divulgar a revista junto aos seus alunos.

### 4. Cinco exemplares

Os autores receberão cinco exemplares do número da revista em que foi publicado seu trabalho.

### 5. Conteúdo

O conteúdo dos trabalhos é de exclusiva responsabilidade dos autores.





## **ARTIGOS DE PROFESSORES E MESTRANDOS**

FOUCAULT

GLOBALIZAÇÃO: CONCEITO E PROBLEMA

JUSTIÇA E DIGNIDADE

OS LIMITES E AS POSSIBILIDADES DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA,  
CONFORME A PERSPECTIVA DO DIREITO

EURO: A MOEDA DA UNIÃO EUROPÉIA

A CONCEPÇÃO DE PROPRIEDADE NO SEGUNDO TRATADO SOBRE  
O GOVERNO: NATUREZA E LIMITES À IDÉIA DE CIDADANIA

ISENÇÃO DE PIS E COFINS NAS VENDAS À ZONA FRANCA DE  
MANAUS - ZFM

A ADOÇÃO E O PRECONCEITO INTER-RACIAL

A TEORIA DA IMPREVISÃO

APONTAMENTO SOBRE O REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL  
DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA ADVOCACIA  
PÚBLICA (uma análise comparativa)

MENSAGEM INDESEJADA: O PODER LEGIFERANTE NA  
CONTRAMÃO DA TECNOLOGIA

## **PARECERES JURÍDICOS**

## **RESUMO DE DISSERTAÇÕES E TESES**

## **RESENHAS DE LIVROS**