

Fundação – UNIVEM
Centro Universitário Eurípides de Marília

Em tempo

Revista do Curso de Direito



v. 5 – agosto 2003

Editoria científica
Heloisa Helena Siqueira Correia

Em tempo	Marília	v. 5	p.1-268	2003
----------	---------	------	---------	------

Fundação – UNIVEM
Centro Universitário Eurípides
de Marília

Av. Hygino Muzzi Filho, 529.
 Cx. Postal 2041, CEP 17.525-901.
 Tel: (14) 421-0833. Fax: 423-2516
 Marília – SP

Endereço eletrônico:
Home page: www.fundanet.br
E-mail: fundacao@fundanet.br

Dr. Luiz Carlos de Macedo Soares
Presidente da mantenedora

Hildebrando Tenório Gomes
Tesoureiro

Dr. Luiz Carlos de Macedo Soares
Reitor

Dr. Jayme Wanderley Gasparoto
Vice-Reitor

Dr. Jayme Wanderley Gasparoto
Pró-Reitor Acadêmico

Prof. José C. Miguel de Mendonça
Pró-reitor Administrativo

Dr. Lafayette Pozzoli
Coordenador do Curso de Direito

Otávio Augusto Custódio de Lima
Vice-Coordenador do Curso de Direito

Jayme Wanderley Gasparoto
Coordenador do Programa
de Mestrado em Direito

Joviro Gati Magnani
Secretário de Cursos

Sonia Regina Machado
Bibliotecária Chefe

Ivan Evangelista Jr
Marketing e Comunicação e
Chefe de Gabinete da Reitoria

Em tempo

Em tempo é uma publicação anual
 do Curso de Direito de Marília.
 Fundação – UNIVEM – Centro Universitário
 Eurípides de Marília.

Conselho Editorial

Alfonso de Julios-Campuzano
 Benedito Pereira Filho
 Carlos Aurélio Mota de Souza
 Celestino Alves da Silva Júnior
 Edinilson Donisete Machado
 Enrique Varsi Rospigliosi
 Geraldo Elvio Balestrieri
 Gilberto Giacóia
 Heloísa Helena Siqueira Correia
 Ives Granda da Silva Martins
 João Baptista Herkenhoff
 José Aires Rover
 José Geraldo A. B. Poker
 Lafayette Pozzoli
 Luis Fernando Coelho
 Olney Queiroz Assis
 Oswaldo Giacóia Júnior
 Tullo Vigevani
 Vinício Carrilho Martinez

Editoria científica

Heloísa Helena Siqueira Correia
 Lafayette Pozzoli

Supervisão Editorial

Jayme Wanderley Gasparoto

Conselho científico

Adauto de Almeida Tomaszewski
 Gilson Luiz Inácio
 Giovanni Antonio Pinto Alves
 João Batista Ernesto de Moraes

Luiz Antonio Soares Hentz
 Marcelo Leal de Lima Oliveira
 Marcos César Alvarez
 Maria Luiza Faro
 Nelson Finotti
 Ronaldo Guaranha Merighi
 Sílvia Maria Azevedo
 Ubirajara Rancan de Azevedo Marques

Entrevistadora

Bahiji Hajé

Revisão bibliográfica

Aline Maldonado Corrêa
 CRB/86365

Revisão dos textos

René de Santis
 José Perozim

Versões

Angélica Karim Garcia Simão
 Angelina Quinália Ramires
 Débora Godoy
 Íris Marques Tavares
 Juliana Gabriela Spadoto de Barros
 Livia Monteiro de Queiroz Miglorini
 Maira Angélica Pandolfi
 Márcio Alves de Souza
 Rodrigo Gerdull
 Serafina Vallejo Gómez

Endereço: Av. Hygino Muzzi Filho, 529 – Caixa Postal 2041 – Marília – SP
 Cep: 17.525-901 – Tel: (14) 421-0833 – Fax: (14) 423-2516
 Site: www.fundanet.br

Artigos indexados pela Biblioteca do Senado Federal. Disponível na BBD –
 Bibliografia Brasileira de Direito

Fundação - UNIVEM

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

Em tempo / Fundação – UNIVEM – Centro Universitário Eurípides
 de Marília.

Curso de Direito.

– v.5, (Ago. 2003) – Marília : Fundação – UNIVEM – Centro Universitário
 Eurípides de Marília, 2003.

Anual

ISSN 1516-8964

1. Direito 2. Direitos Humanos 3. Cidadania I. Fundação – UNIVEM – Centro
 Universitário Eurípides de Marília

Sumário

APRESENTAÇÃO ----- 5

ENTREVISTA

A REFORMA DO JUDICIÁRIO EM DEBATE

Com Sérgio Renault, Secretário do Ministério da Justiça para Reforma do Judiciário.

Realizada por Bahiji Hajé ----- 9

ARTIGOS

A TENTATIVA DE EXPLICAR O IMPONDERÁVEL: O CONCEITO DE CARISMA
 NAS CIÊNCIAS SOCIAIS

Alexandre A. Cardoso e José Geraldo A. B. Poker ----- 17

PROCEDIMENTO MONITÓRIO E SUA EXECUTORIEDADE

Benedito Pereira Filho ----- 37

LEITURA E CIDADANIA: A IMPORTÂNCIA DA FORMAÇÃO DO LEITOR NO MUNDO
 CONTEMPORÂNEO

Célia Regina Delácio Fernandes ----- 51

O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

Danielle Mastelari Levorato ----- 65

DISTANÁZIA – O TECNICAMENTE POSSÍVEL É ETICAMENTE CORRETO
 PARA A DIGNIDADE HUMANA?

João Batista Alves de Oliveira ----- 81

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE NA
 INTERNET: ASPECTOS CRIMINAIS

José Eduardo Lourenço dos Santos ----- 93

A ATUALIZAÇÃO DOS SUPORTES DO CONHECIMENTO

Lúcia Maria Barbosa do Nascimento ----- 101

A TEORIA DA EMPRESA NO NOVO DIREITO DE EMPRESA

Luiz Antonio Soares Hentz ----- 111

O DESAFIO DA MANUTENÇÃO DO SUCESSO DA SOCIEDADE LIMITADA
 NA VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Marcelo Gazzzi Taddei ----- 133

A RESPONSABILIDADE CIVIL: TENDÊNCIAS NA PÓS-MODERNIDADE

Marcelo Leal de Lima Oliveira ----- 151

DIREITO VIRTUAL: BREVE ONTOLOGIA E CONCEITO

Marcos Luiz Mucheroni e Vinício C. Martinez ----- 161

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO BIBLIOTECÁRIO

Maria Valéria Bertachini do Nascimento Gonçalves, Bárbara Fadel e Raquel Rosan

Fundação – UNIVEM
Centro Universitário Eurípides
de Marília

Av. Hygino Muzzi Filho, 529.
 Cx. Postal 2041, CEP 17.525-901.
 Tel: (14) 421-0833 Fax: 423-2516
 Marília – SP

Endereço eletrônico:
Home page: www.fundanet.br
E-mail: fundacao@fundanet.br

Dr. Luiz Carlos de Macedo Soares
Presidente da mantenedora

Hildebrando Tenório Gomes
Tesoureiro

Dr. Luiz Carlos de Macedo Soares
Reitor

Dr. Jayme Wanderley Gasparoto
Vice-Reitor

Dr. Jayme Wanderley Gasparoto
Pró-Reitor Acadêmico

Prof. José C. Miguel de Mendonça
Pró-reitor Administrativo

Dr. Lafayette Pozzoli
Coordenador do Curso de Direito

Otávio Augusto Custódio de Lima
Vice-Coordenador do Curso de Direito

Jayme Wanderley Gasparoto
Coordenador do Programa
de Mestrado em Direito

Joviro Gati Magnani
Secretário de Cursos

Sonia Regina Machado
Bibliotecária Chefe

Ivan Evangelista Jr
Marketing e Comunicação e
Chefe de Gabinete da Reitoria

Em tempo

Em tempo é uma publicação anual
 do Curso de Direito de Marília.
 Fundação – UNIVEM – Centro Universitário
 Eurípides de Marília.

Conselho Editorial

Alfonso de Julios-Campuzano
 Benedito Pereira Filho
 Carlos Aurélio Mota de Souza
 Celestino Alves da Silva Júnior
 Edinilson Donisete Machado
 Enrique Varsi Rospigliosi
 Geraldo Elvio Balestrieri
 Gilberto Giacóia

Heloísa Helena Siqueira Correia
 Ives Granda da Silva Martins
 João Baptista Herkenhoff
 José Aires Rover

José Geraldo A. B. Poker
 Lafayette Pozzoli
 Luis Fernando Coelho
 Olney Queiroz Assis

Oswaldo Giacóia Júnior
 Tullo Vigevani
 Vinício Carrilho Martinez

Editoria científica

Heloísa Helena Siqueira Correia
 Lafayette Pozzoli

Supervisão Editorial

Jayme Wanderley Gasparoto

Conselho científico

Adauto de Almeida Tomaszewski
 Gilson Luiz Inácio
 Giovanni Antonio Pinto Alves
 João Batista Ernesto de Moraes

Luiz Antonio Soares Hentz
 Marcelo Leal de Lima Oliveira
 Marcos César Alvarez
 Maria Luiza Faro
 Nelson Finotti
 Ronaldo Guaranha Merighi
 Sílvia Maria Azevedo
 Ubirajara Rancan de Azevedo Marques

Entrevistadora

Bahiji Haje

Revisão bibliográfica

Aline Maldonado Corrêa
 CRB/86365

Revisão dos textos

René de Santis
 José Perozim

Versões

Angélica Karim Garcia Simão
 Angelina Quinália Ramires
 Débora Godoy
 Íris Marques Tavares
 Juliana Gabriela Spadoto de Barros
 Livia Monteiro de Queiroz Migliorini
 Maira Angélica Pandolfi
 Márcio Alves de Souza
 Rodrigo Gerdulli
 Serafina Vallejo Gómez

Endereço: Av. Hygino Muzzi Filho, 529 – Caixa Postal 2041 – Marília – SP
 Cep: 17.525-901 – Tel: (14) 421-0833 – Fax: (14) 423-2516
 Site: www.fundanet.br

Artigos indexados pela Biblioteca do Senado Federal. Disponível na BBD –
 Bibliografia Brasileira de Direito

Fundação - UNIVEM

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

Em tempo / Fundação – UNIVEM – Centro Universitário Eurípides
 de Marília.
 Curso de Direito.
 – v.5, (Ago. 2003) – Marília : Fundação – UNIVEM – Centro Universitário
 Eurípides de Marília, 2003.

Anual
 ISSN 1516-8964

1. Direito 2. Direitos Humanos 3. Cidadania I. Fundação – UNIVEM – Centro
 Universitário Eurípides de Marília.

Sumário

APRESENTAÇÃO ----- 5

ENTREVISTA

A REFORMA DO JUDICIÁRIO EM DEBATE

Com Sérgio Renault, Secretário do Ministério da Justiça para Reforma do Judiciário.

Realizada por Bahiji Haje ----- 9

ARTIGOS

A TENTATIVA DE EXPLICAR O IMPONDERÁVEL: O CONCEITO DE CARISMA
 NAS CIÊNCIAS SOCIAIS

Alexandre A. Cardoso e José Geraldo A. B. Poker ----- 17

PROCEDIMENTO MONITÓRIO E SUA EXECUTORIEDADE

Benedito Pereira Filho ----- 37

LEITURA E CIDADANIA: A IMPORTÂNCIA DA FORMAÇÃO DO LEITOR NO MUNDO
 CONTEMPORÂNEO

Célia Regina Delácio Fernandes ----- 51

O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

Danielle Mastelari Levorato ----- 65

DISTANÁSIA – O TÉCNICAMENTE POSSÍVEL É ETICAMENTE CORRETO
 PARA A DIGNIDADE HUMANA?

João Batista Alves de Oliveira ----- 81

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE NA
 INTERNET: ASPECTOS CRIMINAIS

José Eduardo Lourenço dos Santos ----- 93

A ATUALIZAÇÃO DOS SUPORTES DO CONHECIMENTO

Lúcia Maria Barbosa do Nascimento ----- 101

A TEORIA DA EMPRESA NO NOVO DIREITO DE EMPRESA

Luiz Antonio Soares Hentz ----- 111

O DESAFIO DA MANUTENÇÃO DO SUCESSO DA SOCIEDADE LIMITADA
 NA VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Marcelo Gazzzi Taddei ----- 133

A RESPONSABILIDADE CIVIL: TENDÊNCIAS NA PÓS-MODERNIDADE

Marcelo Leal de Lima Oliveira ----- 151

DIREITO VIRTUAL: BREVE ONTOLOGIA E CONCEITO

Marcos Luiz Mucheroni e Vinício C. Martinez ----- 161

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO BIBLIOTECÁRIO

Maria Valéria Bertachini do Nascimento Gonçalves, Bárbara Fadel e Raquel Rosan

Christino Gitaby ----- 177

UM JUIZ MAIS ATIVO NO PROCESSO CIVIL <i>Nelson Finotti Silva</i> -----	193
APONTAMENTOS SOBRE O ABUSO DO DIREITO DE DEMANDAR E SEU CONTEÚDO HISTÓRICO <i>Petruska Laginski</i> -----	203
REFLEXÕES SOBRE GÊNERO E MULHER <i>Tereza Cristina Albieri Baraldi</i> -----	221
RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL <i>Vinicius Bernardes Caldereiro e Raquel Rosan Christino Gitaby</i> -----	231
TRADUÇÕES	
BIOÉTICA EN LA CONSTITUCIÓN MUNDIAL NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DEBE OFRECER MÁXIMA PROTECCIÓN A LA HUMANIDAD <i>Enrique Varsi Rospigliosi</i> -----	241
BIOÉTICA NA CONSTITUIÇÃO MUNDIAL NOVA CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO PERU DEVE OFERECER MÁXIMA PROTEÇÃO À HUMANIDADE <i>Enrique Varsi Rospigliosi – VERSÃO de Marcelo Leal de Lima Oliveira</i> -----	243
FRIEDENSPREIS 2001 <i>Jürgen Habermas</i> -----	247
JÜRGEN HABERMAS E O PRÊMIO DA PAZ DE 2001, OFERECIDO PELOS EDITORES ALEMÃES <i>VERSÃO de Silvana Colombo e Mariana Moron Saes Braga</i> -----	251
SINOPSES	
DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU – UMA PERSPECTIVA PARA A AMÉRICA LATINA <i>Lafayette Pozzoli</i> -----	259
TRABALHO, ECONOMIA E TECNOLOGIA: NOVAS PERSPECTIVAS PARA A SOCIEDADE GLOBAL <i>Jorge Alberto Machado (Org.), Giovanni Alves, Manuel Castells, Francisco Entrena, Vinício Martínez, Manuel Belo Moreira, César Shirmer dos Santos, Pollyana Notargiacomo Mustaro, Rosa Pedro Leite</i> -----	261
APOLO E DIONÍSIO – ARTE, FILOSOFIA E CRÍTICA DA CULTURA NO PRIMEIRO NIETZSCHE <i>Márcio Benchimol Barros</i> -----	263
PALHAÇOS <i>Mário Fernando Bolognesi</i> -----	265
NORMAS TÉCNICAS PARA PUBLICAÇÃO -----	265

Apresentação

Historicamente seres humanos em liberdade relacionam-se com responsabilidade, princípio de incerteza, princípio de realidade, desrazão, crueldade, perversão, intenções e práticas para o bem, cidadania, respeito, justiça... A memória acerca das instituições faz lembrar que elas são figuras ou institutos desdobrados a partir das práticas sociais, entidades inventadas pelos homens e para os homens. Essa memória é salutar para que a inversão pura e simples dos lugares que ocupam sujeito e objeto não seja aceita por nossa sociedade como coisa natural e autêntica. Há os que não suportam o peso dessa leveza que acompanha a liberdade do fazer histórico, e dispendem tempo em criações de simulacros do ser livre, comprometendo passado, presente e futuro. Há os que materializam a liberdade em seus corpos históricos de modo a peso e leveza se transformarem em vetores que orientam pensamento e ação, igualmente comprometendo todos os tempos históricos. As vozes que compõem *Em tempo* dirigem-se a todos. Professores da Graduação e do Mestrado em Direito da Fundação-Univem, assim como pesquisadores de outras Instituições e leitores que agem a partir de vários lugares acadêmicos e sociais, permanecem em diálogo incessante, em meio a perigos e conquistas da liberdade.

Editoria científica

UM JUIZ MAIS ATIVO NO PROCESSO CIVIL <i>Nelson Finotti Silva</i> -----	193
APONTAMENTOS SOBRE O ABUSO DO DIREITO DE DEMANDAR E SEU CONTEÚDO HISTÓRICO <i>Petruska Laginski</i> -----	203
REFLEXÕES SOBRE GÊNERO E MULHER <i>Tereza Cristina Albieri Baraldi</i> -----	221
RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL <i>Vinicius Bernardes Caldereiro e Raquel Rosan Christino Gitaby</i> -----	231
TRADUÇÕES	
BIOÉTICA EN LA CONSTITUCIÓN MUNDIAL NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DEBE OFRECER MÁXIMA PROTECCIÓN A LA HUMANIDAD <i>Enrique Varsi Rospigliosi</i> -----	241
BIOÉTICA NA CONSTITUIÇÃO MUNDIAL NOVA CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO PERU DEVE OFERECER MÁXIMA PROTEÇÃO À HUMANIDADE <i>Enrique Varsi Rospigliosi – VERSÃO de Marcelo Leal de Lima Oliveira</i> -----	243
FRIEDENSPREIS 2001 <i>Jürgen Habermas</i> -----	247
JÜRGEN HABERMAS E O PRÊMIO DA PAZ DE 2001, OFERECIDO PELOS EDITORES ALEMÃES <i>VERSÃO de Silvana Colombo e Mariana Moron Saes Braga</i> -----	251
SINOPSES	
DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU – UMA PERSPECTIVA PARA A AMÉRICA LATINA <i>Lafayette Pozzoli</i> -----	259
TRABALHO, ECONOMIA E TECNOLOGIA: NOVAS PERSPECTIVAS PARA A SOCIEDADE GLOBAL <i>Jorge Alberto Machado (Org.), Giovanni Alves, Manuel Castells, Francisco Entrena, Vinício Martínez, Manuel Belo Moreira, César Shirmer dos Santos, Pollyana Notargiacomo Mustaro, Rosa Pedro Leite</i> -----	261
APOLO E DIONÍSIO – ARTE, FILOSOFIA E CRÍTICA DA CULTURA NO PRIMEIRO NIETZSCHE <i>Márcio Benchimol Barros</i> -----	263
PALHAÇOS <i>Mário Fernando Bolognesi</i> -----	265
NORMAS TÉCNICAS PARA PUBLICAÇÃO -----	265

Apresentação

Historicamente seres humanos em liberdade relacionam-se com responsabilidade, princípio de incerteza, princípio de realidade, desrazão, crueldade, perversão, intenções e práticas para o bem, cidadania, respeito, justiça... A memória acerca das instituições faz lembrar que elas são figuras ou institutos desdobrados a partir das práticas sociais, entidades inventadas pelos homens e para os homens. Essa memória é salutar para que a inversão pura e simples dos lugares que ocupam sujeito e objeto não seja aceita por nossa sociedade como coisa natural e autêntica. Há os que não suportam o peso dessa leveza que acompanha a liberdade do fazer histórico, e dispendem tempo em criações de simulacros do ser livre, comprometendo passado, presente e futuro. Há os que materializam a liberdade em seus corpos históricos de modo a peso e leveza se transformem em vetores que orientam pensamento e ação, igualmente comprometendo todos os tempos históricos. As vozes que compõem *Em tempo* dirigem-se a todos. Professores da Graduação e do Mestrado em Direito da Fundação-Univem, assim como pesquisadores de outras Instituições e leitores que agem a partir de vários lugares acadêmicos e sociais, permanecem em diálogo incessante, em meio a perigos e conquistas da liberdade.

Editoria científica

ENTREVISTA

"Reforma sem controle externo não é reforma"

**Entrevista com Sérgio Renault,
secretário de Reforma do Judiciário, por Bahiji Haje**

Nos últimos meses, a escalada do crime organizado no país colocou a reforma do Judiciário em evidência novamente. O assunto é dos mais polêmicos. Tramitando no Congresso há mais de 10 anos, a proposta de reforma tem gerado debates apaixonados, mas ainda não saiu do papel. Na tentativa de agilizar o processo, o governo Lula criou uma secretaria, no âmbito do Ministério da Justiça, especialmente para cuidar do tema. Trata-se da Secretaria de Reforma do Judiciário, que tem à frente o advogado Sérgio Rabello Tamm Renault. Na entrevista a seguir, ele fala dos objetivos do órgão e rebate as críticas contra o controle externo, uma das principais discordâncias dos juízes.

Em tempo – Em que etapa está o diagnóstico do Judiciário, que vem sendo elaborado por sua Secretaria?

Sérgio Renault – O diagnóstico do setor Judiciário está sendo iniciado por uma empresa de consultoria externa, independente, contratada pela secretaria de Reforma do Judiciário para este trabalho. O objetivo do diagnóstico é identificar pontos positivos e negativos da administração do Judiciário, de modo a podermos estabelecer parâmetros de produtividade e eficiência para o funcionamento dos tribunais, varas e juizados do país. Esperamos ter

os resultados do diagnóstico em cerca de quatro meses.

Em tempo – Por que o Ministério da Justiça não considerou a possibilidade de aproveitar a proposta que já tramita no Congresso Nacional há mais de 10 anos?

Renault – As discussões em torno da Reforma do Judiciário, feitas ao longo de quase 12 anos, foram muito ricas e há, certamente, pontos que podemos aproveitar. Entendemos, porém, que o resultado destas discussões, que é o projeto hoje em tramitação no Senado Federal (PEC 29/00), do jeito que

está, não se configura na reforma do Judiciário desejada pelo governo.

Em tempo – Quais são os principais pontos de concordância e de discordância com aquele projeto?

Renault – O projeto de reforma constitucional do Judiciário que foi aprovado na Câmara dos Deputados foi alterado no Senado. Uma das alterações com que não concordamos diz respeito ao órgão de controle do Poder Judiciário. O projeto que saiu da Câmara previa um órgão de controle externo, composto por magistrados, membros do Ministério Público, representantes da OAB e da sociedade civil. No Senado, a composição deste órgão foi alterada para abrigar apenas representantes dos magistrados. Virou um órgão de controle interno, o que não queremos. Defendemos um órgão de controle externo com a composição o mais ampla possível e com representantes da sociedade civil.

Em tempo – O presidente do Supremo Tribunal de Justiça, Nilson Naves, defende que seja aprovado imediatamente o que é consenso e deixadas as controvérsias para depois. Ele entende que são consensuais os seguintes pontos: súmula vinculante no âmbito do STJ, criação da Escola Nacional da Magistratura, atuação do Conselho de Justiça Federal como órgão corregedor. O que o senhor acha desta proposta?

Renault – Ainda estamos conversando com todos os setores envolvidos com o Judiciário para identificarmos o que é ou não consenso. A partir daí, estabeleceremos uma estratégia de ação.

Em tempo – O ministro Márcio Thomaz Bastos tem dito que o controle do Judiciário é o principal ponto da reforma. Por quê? No seu ponto de vista, como deveria ser, na prática, este controle?

Renault – Exato. Uma reforma que não contemple um órgão de controle externo não é a reforma do Judiciário que queremos. Como eu já disse, este órgão deve ter uma composição o mais ampla possível, com representantes dos magistrados, da OAB e também da sociedade civil. Ele terá como atribuição fiscalizar as atividades financeiras e administrativas do poder Judiciário, além de exercer controle sobre o cumprimento, por parte dos magistrados, de seus deveres funcionais. É importante destacar, porém, que este órgão não controlará a atividade jurisdicional, até porque isso é proibido pela Constituição Brasileira.

Em tempo – Como seria a composição e como seriam indicados ou escolhidos os membros de uma eventual comissão ou conselho de controle externo do Judiciário? E quais seriam suas atribuições?

Renault – Nossa intenção é que a composição seja a mais ampla possível. Na verdade, a composição e as atribuições deste órgão são os assuntos que devem dominar a discussão sobre o controle externo. Queremos ouvir todos os operadores do Direito e chegar ao maior consenso possível. Mas repito que este órgão não terá como função controlar a atividade jurisdicional dos juízes.

Em tempo – Membros do Judiciário têm criticado o controle externo. O ministro Nilson Naves, por exemplo, argumenta que o controle externo do Judiciário “bate de frente” com cláusulas pétreas da Constituição, que prevêm a independência e a harmonia entre os Poderes.

Renault – O controle externo do poder Judiciário baterá de frente com as cláusulas pétreas da Constituição se envolvesse o controle sobre a atividade jurisdicional dos juízes e não é isso que estamos propondo. Há um equívoco muito grande a este respeito.

Em tempo – O senhor defende a existência da súmula vinculante? Os juízes de primeira instância e os advogados, principalmente, alegam que esse procedimento “engessaria” e tolheria a liberdade do Judiciário.

Renault – O governo é contra a súmula vinculante, porque acreditamos que ela pode vir a sufocar a indepen-

dência e a criatividade dos juízes de primeira instância. Existem outras alternativas que podem ser adotadas para diminuir o volume de recursos nos tribunais, especialmente nos de instâncias superiores. Uma delas é a súmula impeditiva de recursos. A outra, a súmula administrativa.

Em tempo – A Procuradora de Justiça do Ministério Público de São Paulo, Luiza Nagib Eluf, diz que o duplo grau de jurisdição no Judiciário, referindo-se aos tribunais superiores, é justo, mas questiona que, às vezes, torna-se “quádruplo grau de jurisdição”. Ela cita como exemplo que qualquer causa acaba subindo para o STJ ou para o TST e/ou para o STF, quando só excepcionalmente estas cortes deveriam ser chamadas a decidir sobre causas já várias vezes julgadas nas instâncias inferiores. Para ela, principalmente, o STF deveria ser preservado para interferir em causas que tratassem de questões constitucionais. Como o senhor vê esta questão?

Renault – A transformação do STF em Corte Constitucional é uma idéia que conta com a nossa simpatia, mas que ainda deve ser muito debatida pelas conseqüências que acarreta do ponto de vista de redistribuição de atribuições ao STJ, por exemplo.

Em tempo – Além do que o senhor já citou nas questões anteriores, o que mais considera importante numa reforma do Poder Ju-

diciário? E, destes pontos, o que avalia como sendo inegociável?

Renault – Uma das coisas que considero essencial para melhorar o funcionamento do poder Judiciário é a modernização da administração dos tribunais, varas e juizados e que não dependa da reforma constitucional do Judiciário que tramita no Congresso. E esta é uma das principais vertentes do trabalho da Secretaria.

Em tempo – De acordo com o Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, em 2002 foram propostas 12 milhões de ações e, atualmente, tramitam na Justiça brasileira cerca de 2,5 milhões. Por outro lado, o país dispõe de 12.500 juízes, o que corresponde a um para cada 14 mil pessoas, sendo que a média internacional é de um para cada sete mil. O senhor considera que uma reforma do Judiciário, nos moldes pretendidos pelo Executivo, resolveria a questão da morosidade da Justiça, tão criticada pelo ministro Márcio Thomaz Bastos?

Renault – Há muito que se pode fazer para melhorar e acelerar o funcionamento do Poder Judiciário, que não depende de alterações legislativas. Uma de nossas prioridades, na secretaria de Reforma do Judiciário, é justamente propor medidas para melhorar a gestão da administração do Judiciário. Acreditamos que as inovações tecnológicas que já foram adotadas por vários seto-

res da sociedade ainda não estão sendo bem aproveitadas pelo judiciário. Há inúmeras iniciativas, em tribunais e varas pelo país, que estão dando certo e estão desburocratizando e agilizando a tramitação de processos. Queremos que estas experiências sejam divulgadas e ampliadas.

Em tempo – Há a intenção de contratar mais juízes? Ou esta questão esbarra no problema orçamentário da União?

Renault – Sim, existem propostas, no Congresso, de aumento do número de varas, que contam com o apoio do governo.

Em tempo – O presidente do TST, Francisco Fausto, critica a iniciativa de uma secretaria no âmbito do Poder Executivo para tratar da reforma do Judiciário. Para ele, a iniciativa deveria ser dar dentro do próprio Judiciário. Como o senhor vê esta questão?

Renault – A criação da Secretaria de Reforma do Judiciário reflete, em primeiro lugar, uma prioridade do governo Lula, que é melhorar o funcionamento do poder Judiciário. Acreditamos, também, que o poder Judiciário deve ter algum tipo de controle social, deve ser mais transparente à sociedade. Mas a secretaria não tem como proposta interferir na atuação dos juízes e sim articular debates e medidas que podem ser adotadas para melhorar o funcionamento do Judiciário. Nossa in-

tenção é trabalhar conjuntamente com os membros do Poder Judiciário para que este objetivo seja alcançado.

Em tempo – A reforma do Judiciário tem sido colocada, nas palavras do ministro Márcio Thomaz Bastos e do presidente Lula, como decisiva para combater a escalada do crime organizado no país. O senhor considera que ela seja capaz de cumprir essa função?

Renault – O mau funcionamento do Judiciário é um dos componentes que reforçam a sensação de impunidade que existe no país. Um Judiciário eficiente, portanto, é uma das vertentes necessárias para combater a escalada do crime organizado.

Quem é o secretário de Reforma do Judiciário

Aos 44 anos, Sérgio Rabello Tamm Renault é formado em Direito pela Uni-

versidade de São Paulo, em 1981. Foi secretário Especial da Reforma Administrativa da Prefeitura de São Paulo (1990 a 1992), na gestão de Luíza Erundina. De 1991 a 1992, acumulou o cargo com o de secretário de Administração. Na época, desenvolveu um projeto de descentralização da prefeitura paulista, com a criação de subprefeituras. Entre 1989 e 1990, foi chefe de Gabinete da Secretaria Municipal de Finanças de São Paulo. Também foi Secretário Executivo da Associação Brasileira dos Secretários e Dirigentes das Finanças dos Municípios das Capitais, de 1989 a 1992. Em Brasília, foi consultor do Ministério das Comunicações na elaboração do anteprojeto da Lei de Comunicação Eletrônica de Massa, entre 1999 e 2000. Foi também consultor do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) para o Projeto de Modernização do Judiciário Brasileiro que, em 2002, fez um diagnóstico do setor Judiciário nos estados da Bahia e do Rio de Janeiro.

A tentativa de explicar o imponderável: o conceito de Carisma nas Ciências Sociais

Alexandre A. Cardoso
Alex. Cardoso, A. B. Polver

Resumo
O conceito de carisma, tal como foi desenvolvido por Max Weber, tem sido objeto de debates e discussões nas Ciências Sociais. Este artigo pretende analisar a tentativa de explicar o imponderável através do conceito de carisma, questionando a sua validade e aplicabilidade. A análise é feita a partir de uma abordagem crítica, considerando as limitações do conceito e a necessidade de uma abordagem mais abrangente para explicar os fenómenos sociais.

ARTIGOS

Palavras-chave
Carisma, Weber, Ciências Sociais, Imponderável

THE ATTEMPT TO EXPLAIN THE IMponderABLE

Abstract
The concept of charisma, as developed by Max Weber, has been the subject of debates and discussions in the Social Sciences. This article aims to analyze the attempt to explain the imponderable through the concept of charisma, questioning its validity and applicability. The analysis is made from a critical approach, considering the limitations of the concept and the need for a more comprehensive approach to explain social phenomena.

A tentativa de explicar o imponderável: o conceito de Carisma nas Ciências Sociais

Alexandre A. Cardoso *

José Geraldo A. B. Poker **

Resumo

O conceito de carisma foi criado por Max Weber para explicar a ocorrência de relações de poder, que dão origem a formas de dominação, mas que não se sustentam nas tradições, no controle dos bens ou em procedimentos burocratizados. Tratam-se daquelas relações nas quais o poder é estabelecido sustentando-se exclusivamente na influência que uma pessoa pode exercer sobre muitas outras, por ser investido de características extraordinárias. Desde sua formulação, tal conceito vem sendo apropriado de diferentes formas nas Ciências Sociais, seja como categoria metodológica, ou como instrumento para descrição de fenômenos empíricos. No campo específico da Sociologia, é possível encontrar diferentes operacionalidades para o conceito de carisma, sobretudo na sociologia do cotidiano e na sociologia das organizações. No entanto, por ser amorfo, como o próprio Weber reconheceu, alguns autores o desqualificam em sua condição de servir para explicar fenômenos sociais do mundo concreto.

Palavras-chave

Max Weber. Carisma. Relações de poder. Dominação. Liderança.

AN ATTEMPT TO EXPLAIN THE IMPONDERABLE

The concept of charisma in Social Sciences

Abstract

The concept of charisma was created by Max Weber to explain the power relations which originate the ways of domination but do not sustain themselves in traditions, in properties control or bureaucratized proceeds. In these relations the power is established

* Doutor em Sociologia pela FFLCH – USP. Professor do Depto. de Ciências Sociais da UFMG.

** Doutor em Sociologia pela FFLCH – USP. Professor de Ciência Política do Curso de Direito do UNIVEM-Centro Universitário Eurípides de Marília.

by exclusively sustaining itself on the influence a person can exert on many others due to its extraordinary characteristics. Since its formulation this concept has been used in different ways in Social Sciences, whether as methodological category or means of describing empiric phenomena. In the specific field of Sociology, it is possible to find different uses to the concept of charisma especially in the everyday sociology and in the sociology of organizations. Weber once acknowledged it to be amorphous. However, some authors disqualify him in the function of explaining social phenomena of the real world.

Keywords

Max Weber. Charisma. Power relations. Domination. Leadership.

EL INTENTO DE EXPLICAR EL IMPONDERABLE

El concepto de carisma en las Ciencias Sociales

Resumen

El concepto de carisma fue inventado por Max Weber para aclarar las relaciones de poder que han producido formas de dominación, pero que no se han sostenido en las tradiciones, ni en el control de los bienes ni en procedimientos burocratizados. Se trata, pues, de relaciones en las que el poder se sostiene bajo la influencia que una persona sola puede ejercer sobre muchas otras debido a las características extraordinarias que asume éste mismo poder. Desde su elaboración, se han apropiado del concepto de poder de las más diversas maneras en las Ciencias Sociales, sea como categoría metodológica sea como herramienta para la descripción de fenómenos empíricos. En el campo de la Sociología es posible hallar diferentes usos del concepto de carisma, sobretudo, en la sociología del cotidiano y en la sociología de las organizaciones. Sin embargo, considerado amorfo, como lo reconoce el propio Weber, algunos de los autores lo desprecian cuando se refiere a la explicación de fenómenos sociales del mundo concreto.

Palabras clave

Max Weber. Carisma. Relaciones de poder. Dominación. Liderazgo.

Antes de abordar o assunto convém advertir o leitor sobre os objetivos desse artigo. Trata-se da pretensão pura e simples de oferecer um guia rápido, que auxilie o iniciante no estudo das Ciências Sociais a introduzir-se no complicado meio da teoria de Max Weber, notadamente no que diz respeito ao

estudo do conceito de *carisma*. Dessa forma, justifica-se o fato desse texto oferecer apenas uma visão panorâmica sobre o referido conceito, não tocando em alguns aspectos, ou não aprofundando outros.

Como se sabe, a utilização sociológica da noção de carisma foi iniciada

por M. WEBER, que tomou o termo emprestado indiretamente da tradição cristã, que significa *graça divina* e está associado a ritos sacramentais, como a *eucaristia* (SELIGMAN, 1991, p.593). Mais diretamente, num sentido muito próximo ao seu, porém mais limitado, Weber tomou-o de R. Sohm, conforme reconhece textualmente em *Economia e Sociedade* (E&S, p.848) (WEBER, 1984). No texto weberiano o termo é encontrado tanto na forma de construção típico-ideal, tal como aparece particularmente em E&S, quanto na forma aplicada, como recurso teórico-metodológico de interpretações substantivas, embora não exclusivamente, como aparece nos *Ensaio Sobre Sociologia da Religião* (ESSR) (ALMARAZ; CARABANÃ, 1983) e outros ensaios.

Uma primeira consideração a se fazer decorre exatamente dessas duas alocações do conceito de carisma na obra weberiana. A forma fragmentada com que essa obra se difundiu, aliada a uma certa confusão editorial de avaliação dos originais,¹ além de uma inextrincável complexidade interior, contribuíram para alimentar a controvérsia sobre o seus significados mais profundos. De um lado, a construção dos conceitos típico-ideais empreendida sistematicamente por Weber em E&S, foi interpretada como constitutiva do próprio *objeto* almejado por ele; ou seja, a uni-

dade temática da obra weberiana constituiria o intento, necessariamente parcial e provisório, como ele próprio argumenta no ensaio sobre objetividade nas ciências sociais (OCCPS),² de construção da sociologia compreensiva em seus fundamentos, sendo, então, as análises de questões culturais específicas, isto é, a própria teoria substantiva na obra weberiana, vista como diversa e desconexa, tributária da linha de investigação mestra, essencialmente metodológica. A tradição sociológica americana, tanto na sua vertente *funcionalista*, quanto *interacionista*, incorporou amplamente tal perspectiva em sua leitura de Weber. É assim que as sistematizações teóricas de Parsons (1951) podem ser vistas, como ele mesmo sugere (PARSONS, 1984), como uma ampliação e refinamento de E&S, e é assim que se compreende a afirmação de Udi (1959), para quem Weber seria “um misto de sociólogo e historiador idealista transcendental” (UDI, 1959), no qual o que interessa aos sociólogos é, naturalmente, a parte *sociológica*. De outro lado, desde Bendix (1986), para quem a obra de Weber procuraria, fundamentalmente, responder à questão sobre a gênese da cultura racional no ocidente, tem-se retomado a idéia de uma teoria substantiva conformando aquela obra. Nesse sentido a reconsideração recente dos ESSR teve um pa-

pel *fertilizante* na discussão, como nos casos de Tenbruck (1980), Schluchter (1985) e Moya (s.d.).

Resulta dessas inferências que o conceito de carisma, como de resto qualquer outro conceito weberiano, adquire conotações bem distintas, se o vinculamos a uma ou outra dessas duas tradições interpretativas. Contudo, por nos parecer que a Weber não preocupavam as implicações problemáticas de seu duplo projeto metodológico e teórico, nossa abordagem do conceito de carisma na obra weberiana não distinguirá, caso a caso, o ponto de vista – se metodológico ou teórico – sob o qual ele será considerado. Do nosso ponto de vista, Weber não via nenhum problema epistemológico insolúvel na conciliação entre a *busca do sentido da história universal* e o trabalho empírico do cientista; ao contrário, postulava que a história é *empíria* do ponto de vista do sociólogo, assim como a sociologia é *teoria* para o historiador.³

Outra questão que se pode adscrever ao conceito de carisma é a articulação entre os níveis macro e micro-analíticos na obra weberiana. Parece-nos que Weber visou unicamente os macroprocessos, dos quais *o sentido da história universal*, na expressão de Tenbruck (1980), ou a *sociologia do racionalismo em seu desenvolvimento religioso*, nas palavras do próprio Weber, são

exemplares e utilizou fartamente, a par de sua erudição histórica, os microprocessos como ilustrações empíricas e explorações metodológicas dos conceitos.⁴ No caso do conceito de carisma, quando Weber se refere às qualidades extraordinárias de uma personalidade; as personalidades concretamente consideradas por ele são, do ponto de vista atual da microanálise sociológica, *grandes personalidades*, mesmo quando ele explicitamente diz o contrário, como quando procura exemplificar *pequenos carismas*: “um *processo* em Bizâncio, um *chamã*, o fundador dos mórmons ou Kurt Eisner”.⁵ Isso pode ser explicado pela própria alocação, por Weber, do conceito de carisma e toda sua discussão na esfera de *dominação* das relações sociais, como dominação carismática, por serem relações mais apropriadas ao tipo de interpretação visada por ele, embora a alocação *natural* do conceito fosse a esfera do *poder*. Assim, Weber (1984, p.197) fala da “busca ascética do carisma dos estados extáticos, visionários, histéricos e demais estados extraordinários que se valorizam como sagrados” para explicar certos elementos do processo de constituição das religiões glorificadoras do sofrimento; fala também da influência extracomunal de feiticeiros e magos, procurados para curas individuais, na constituição de religiões de redenção. Essas expressões empíricas

do conceito, que, naturalmente, também contribuem para seu desvelamento teórico, estão articuladas à explicitação do macro-processo de manifestação da *razão* na história em sua face religiosa.

Sintetizando esse ponto, diríamos que na construção típica-ideal weberiana, carisma se refere a um caso de relação social de poder, ou seja, constitui um amplo espectro de fenômenos sociais identificáveis no interior de um espectro ainda maior, que constituiria as relações de poder. Esse último é considerado um conceito sociologicamente amorfo por Weber (1984, p.43) pois “todas as qualidades imagináveis de um homem e toda sorte de constelações possíveis podem colocar alguém na posição de impor sua vontade numa situação dada”. Daí a necessidade de um conceito mais *preciso*, como o de dominação, que permitisse estabelecer novas distinções no universo amorfo – na verdade, polimorfo – das relações de poder, quer se tome a perspectiva de um enriquecimento teórico auto-impulsionado, como propõe a interpretação assim chamada *neopositivista* de Weber, quer se tome a perspectiva da busca de resposta para um *problema histórico*, qualquer que seja ele.

Dominação carismática se refere, pois, a uma redução dos fenômenos implicados no conceito de carisma, cujo *locus* são as relações de poder, operada através do conceito de dominação:

O carisma é um fenômeno típico dos começos de dominações religiosas (proféticas) ou políticas (de conquista) que, sem dúvida cede às forças do cotidiano tão logo se assegure a dominação e, sobretudo, quando essa toma um caráter de *massas* (WEBER, 1984, p. 202).

Por ter sido desenvolvido na esfera da dominação, o conceito weberiano de carisma pode traduzir-se em certas (senão todas) *posições* sociais de poder e nas atitudes típicas dos atores envolvidos, tendo em seu entorno a vida comunal/societal em suas esferas de ordenação própria. “Profetas, feiticeiros, *juízes*, *chefes de caça*, caudilhos (são) enviados do deus, seja como exemplar, como chefe, caudilho, guia ou líder” (WEBER, 1984, p.848). Pelo mesmo motivo, justifica-se no texto weberiano o amplo desenvolvimento do conceito nas formas de rotinização do carisma, objetivação e despersonalização do carisma, transformação anti-autoritária do carisma e disciplina do carisma, que abordaremos adiante. Contudo, o próprio Weber permite-se liberdades no uso da terminologia que, segundo ele, deveria estar a serviço da exposição clara. Rigorosamente falando, todas as vezes que Weber fala em carisma, refere-se às relações de dominação carismáticas; quando fala em objetivação do carisma, refere-se à objetivação das relações de dominação carismática, e as-

sim por diante. Claro deve ser que, uma vez estabelecidas as devidas distinções, o significado visado pelas expressões será sempre aquele explicitamente definido e só poderia ser alterado também explicitamente.

Os elementos definidores do carisma estabelecidos, de acordo com Weber, por sua adequação de sentido histórico e plausibilidade lógica, mas, além disso, de acordo conosco, por sua utilidade em exprimir macroprocessos particularmente *interessantes* (no sentido de interesse cultural), seriam, de um lado, a qualidade excepcional de uma personalidade, magicamente determinada em sua origem e portadora de uma missão e, de outro, a crença de alguém naquelas qualidades, o que implicaria um *dever*. O mero reconhecimento por alguém da qualidade excepcional de outro colocaria o primeiro na condição de atender ao chamado do segundo. O caráter extracotidiano da dominação carismática seria apenas uma consequência de sua *novidade*, interferindo com as atitudes e comportamentos habituais das pessoas. A ênfase de Weber em condicionar magicamente o carisma na origem é indicativa de sua preocupação em manter a continuidade semântica do termo em relação ao seu significado religioso tradicional de graça ou dom divino e, desse modo, evitar as confusões resultantes de uma conceitua-

ção nova. Para ele a maior clareza deveria prevalecer sobre o rigorismo burocrático nessas questões semânticas afetadas à sociologia, como já mencionamos acima. O alcance metafísico implícito da definição, expresso na recorrência à *magia*, pôde ser evitado empiricamente pelo enfoque exclusivo sobre o outro pólo da relação carismática: os dominados. Assim, ter-se-ia um critério *objetivo* para a identificação e consideração sociológica do carisma: bastaria que a pesquisa conseguisse aferir das relações sociais em foco a *crença* de alguém nas qualidades extraordinárias de um outro.

De todo modo, para Weber (1984, p.193), seriam indiferentes à sociologia as qualidades do carisma, enquanto tais. Os pontos de vista ético, estético ou qualquer outro sobre o carisma também o seriam. Provavelmente, Weber procurou, desse modo, evitar as armadilhas do *desmascaramento* do carisma, pois, dada a natureza do fenômeno, por mais que se possa fazê-lo em casos concretos, devem-se reconhecer em cada manifestação as suas fontes últimas irracionais. A despeito de toda manipulação que um líder carismático realize, ele não deixa de cumprir um papel especial no grupo social, não acessível a todos ou a qualquer um, e as qualidades de manipulação podem ser vistas como integrantes das próprias qualidades carismáticas.

Em mais de um sentido importante o carisma é um tipo de poder revolucionário: estabelece-se fora e contra os sistemas de dominação prevalecentes no cotidiano, quebra e refaz sistemas de relações estabelecidas, opera uma metanóia, transforma as pessoas e depois as coisas e organizações. Nesse último sentido, ele opera em sentido contrário ao poder revolucionário da racionalização burocrática.

A partir da situação excepcional, extracotidiana, em que se estabelece a dominação carismática, as pressões internas e externas à relação imediatamente se fazem sentir no sentido de uma institucionalização, ou rotinização. Podemos supor que a grande maioria dessas relações falhem em seu processo de enraizamento institucional. Dentre as relações sobreviventes, os motivos da rotinização do carisma, encontráveis de forma típica na história, são a legitimação das posições de mando e das possibilidades econômicas em benefício do séquito de adeptos, a pressão objetiva de adaptação das ordens e do *staff* às exigências e condições normais e cotidianas de uma administração e, sobretudo, a adaptação às condições econômicas da vida cotidiana. A cobertura dos custos com o saque de guerra, contribuições, donativos e hospitalidade, como no carisma genuíno, não podem constituir fundamentos de uma administração permanente do cotidiano.

A objetivação (reificação) do carisma, como parte do processo de institucionalização, “o transforma de dom pessoal em recurso transferível, adquirível, apreensível” (WEBER, 1984, p.869). A transmissão hereditária seguida da legitimação carismática do cargo e, finalmente, da educação sistemática, constituíram no curso da história universal as formas predominantes de institucionalização de relações de dominação carismática originais.

Outro fenômeno correlato às relações de dominação e constituinte de processos sociais importantes, a disciplina, como instrumento e *objeto (objetividade)* de qualquer poder, historicamente desenvolveu-se em torno do carisma na guerra e nos mosteiros. Apesar de, em termos das suas consequências últimas, a atitude subjetiva do *disciplinado* se opor ao carisma, como uma *dignidade autônoma*, historicamente, os dois processos sempre se entrecruzaram. No caso da disciplina militar, Weber percorre a história da utilização das armas – lança, espada, arco – sua disciplinação, a introdução da cavalaria e da maquinaria de guerra e conclui, contrariamente ao que uma perspectiva ingenuamente *materialista* da história indicaria, que a pólvora, como significativo avanço das forças produtivas – no caso, destrutivas – só foi decisiva enquanto recurso de um aparato mili-

tar já desenvolvido na disciplina. Em todo caso, a disciplina especificamente moderna se teria desenvolvido de um modo peculiar na moderna empresa econômica, na qual descansa em bases inteiramente racionais.

A transformação anti-autoritária do carisma é outro elemento da ampla caracterização buscada por Weber, procurando incorporar ao conceito suas feições mais caracteristicamente modernas. Tal transformação ocorre quando o reconhecimento dos dominados é reinterpretado em legitimação, que deixa de ser meritória do líder para ser *graça dos dominados*. A eleição passa a ser um critério legitimador, por excelência. Nesses casos, que constituem as formas típicas da dominação política nas sociedades modernas, as designações pelo *staff* ou predecessores passa a ser concebida como pré-eleição, ou *proposta eleitoral*, legitimada, em última instância, pela eleição.

Os *insights* de Weber (1984, p.889) sobre a dominação carismática em nosso tempo são sugestivamente ambíguos. De um lado,

[...] com a racionalização da satisfação das necessidades políticas e econômicas, tem lugar inevitavelmente, como fenômeno universal, a disseminação da disciplina e isso reduz, com frequência, a importância do carisma e do agir humano individualmente diferenciado.

Por outro lado,

[...] ainda que o carisma, enquanto poder criador, enfraquece à medida em que o domínio se solidifica em formas permanentes e só manifeste sua atividade durante eleições e ocasiões análogas, mediante imprevisíveis emoções das massas, o fato é que segue sendo, ainda que consideravelmente transformado, um elemento sumamente importante da estrutura social (WEBER, 1984, p.879-80).

O carisma na sociologia contemporânea

Guardando alguma correspondência com nossa proposição de que o conceito de carisma foi tratado por Weber no plano das relações de dominação, com vistas em macro-processos, e não de poder, Greenfeld (1978), seguindo indicações de Shils (1975), propõe a distinção de dois fenômenos no conceito de carisma. Um seria o *carisma genuíno*, que é a qualidade excepcional de uma personalidade para gerar e expressar intensa excitação e o outro o *carisma rotinizado e transformado*, relacionado com os valores últimos da vida social e com a legitimação de posições de mando. Para a autora o primeiro se situa no limite, ou talvez fora, do que Weber considera uma ação com sentido, uma vez que não é subjetivamente simbolizada, e tem sido pouco explorado. As ações de multidão seriam

exemplares desse fenômeno. Ali se observa a ação de alguns indivíduos anormalmente excitados produzindo comportamentos de *imitação automática* em outros. Por suas características, a ação da multidão só dura o tempo em que a excitação é mantida, e tampouco atinge a todos do mesmo modo, não se constituindo em dominação carismática, que é uma ação simbolizada, relacionada a valores. Contudo, a despeito das naturezas contrastantes dos dois carismas (um é não-simbólico e o outro é fundado simbolicamente; um se instala pela destruição das fontes de legitimação do outro), ambos derivam da mesma necessidade humana de *ordem*. Tal necessidade é atualmente atendida nas sociedades racionalizadas por meios cognitivos simbólicos e são menores as possibilidades de desenvolvimento da dominação carismática, mas ela não está excluída.

O reconhecimento de ordens normativas alternativas e valores últimos alternativos, especialmente quando vistos sob a ótica relativista de legitimação, pode enfraquecer ou destruir os sistemas de valor inteiramente racionalizados e criar a oportunidade de surgimento de outra força integrativa – o carisma genuíno (GREENFELD, 1978, p.129).

As condições modernas de adesão a movimentos carismáticos estariam dadas pela inexistência ou inadequação

de normas e valores para as *massas*; ou seja, pela anomia ou uma de suas formas.

Num sentido diametralmente oposto, Moscovici (s.d., p.129-9) atribui ao carisma o sentido fundamental da inovação social. Para ele, o problema, não apenas de Weber, mas do pensamento alemão da época, “que não teve um Napoleão alemão em quem Hegel pudesse contemplar a alma do mundo”, eram exatamente os processos sociais que encontram a resistência das tradições e a quebram; que instauram o inaudito e o imprevisível, e cujo sentido só é percebido muito depois. O problema crucial da sociologia weberiana seria, para Moscovici (s.d.), justamente a inovação, concebida não como resultado de uma evolução, como se pensava no sec.XIX, mas como *criação*, como obra demiúrgica de um indivíduo ou um grupo. Em vez da distinção entre *carisma genuíno e rotinizado*, propõe uma entre *carisma primário: uma espécie de energia – como a libido – insensível às coações da vida cotidiana e difuso em uma coletividade* e *carisma secundário: uma qualidade específica de um indivíduo que atrai os outros e atua sobre eles*. Para Moscovici (s.d.) as críticas à teoria weberiana que denunciavam a ausência de análises dos processos históricos que causam as erupções carismáticas na estrutura social são totalmente inadequadas, pois as *inovações*

carismáticas são originalmente a-históricas.

Em face dos problemas que o conceito tem colocado, a discussão recente sobre carisma poderia, talvez, ser estabelecida a partir do seguinte comentário de Wallis (s.d., p.91-2): “se se põe dois ou três sociólogos para discutir carisma haverá confusão entre eles [...] pois carisma é, simultaneamente, um dos mais evocativos e controversos conceitos da sociologia”. Para Wallis (s.d.) haveria sérias limitações cognitivas no conceito, geralmente negligenciadas nas interpretações que fazem uso dele, que costumam passar o que deve ser explicado como auto-evidente, pela simples referência ao termo. Wallis (s.d.) pergunta se carisma pode explicar por que algo se torna objeto de uma crença ou por que alguém é seguido. Ele argumenta que não se podendo identificar o carisma até que haja uma crença e seguidores identificáveis, resulta claro que o conceito efetivamente não pode responder àquelas questões (WALLIS, s.d.).

Outra questão seria relativa à possibilidade ou não de se separarem analiticamente as crenças do líder e dos seguidores. “Jesus realmente acreditava-se divino ou foi mais modesto, tendo chegado a nós numa versão exaltada?” (WALLIS, s.d., p.93). Não seria a atribuição de carisma uma estratégia,

talvez inconsciente, dos seguidores para se protegerem das limitações humanas do líder? Tais possibilidades remeteriam à questão da existência de líderes carismáticos sem seguidores e do carisma *falso* ou *fraudulento*. As possibilidades atuais de *image-creation*, particularmente incrementadas pelos *mass media* e pela tecnologia do *marketing*, promoveram um recente reaparecimento dessas questões na sociologia (GLASMAN; SWATOS, 1986).

Outra variante dessa temática chama a atenção para os aspectos mais negativos (trágicos e/ou desastrosos em suas conseqüências) do carisma. Lindholm (1990) argumenta que tais aspectos costumam ser negligenciados pelos sociólogos, tanto na pesquisa organizacional, quanto nas análises macroestruturais, aparentemente pela crença *weberiana* de que as burocracias capitalistas racionalizadas e desmistificadas do século XX tornam pouco provável o aparecimento de autocratas que obtêm seu poder das paixões irracionais e preconceitos de seus seguidores, seja em organizações sociais, políticas ou econômicas. Entretanto, o impacto de papéis impessoais e regras desmistificadas sobre os indivíduos submetidos à racionalidade organizacional produziria sentimentos de vazio e *inidentidade*. Nesse estado, estariam susceptíveis a experiências carismáticas

provedoras de *blue print*, de novos sentidos existenciais. Lindholm (1990) analisa particularmente alguns casos em que movimentos carismáticos conduziram a fins trágicos, como os de A. Hitler e o nazismo, Charles Mason e sua *Family* e Jim Jones e o *Peoples' temple*.

Na sociologia política o conceito de carisma tem sido alvo de críticas radicais. Spinrad (1991, p.298), p.ex., afirma que a total eliminação do conceito de carisma das discussões sérias seria salutar, pois sua utilização indiscriminada tendeu quase sempre a ofuscar a complexidade dos arranjos sócio-políticos e a desviar a atenção de variáveis mais cruciais (p.310). Para Spinrad, na análise de macroprocessos políticos, a consideração de significância histórica de determinados indivíduos deve necessariamente sacrificar ou, pelo menos, minimizar outros fatores importantes, tais como: “o papel das organizações políticas, provedoras de papéis para o líder e de símbolos de identificação popular”, “os interesses e valores dos participantes da relação carismática, pelos quais tanto organização como determinados indivíduos são racionalmente percebidos como agências para sua realização” e “as atitudes políticas dos participantes, às vezes integradas em uma orientação ideológica, pela qual organização e determinados indivíduos são popularmente percebidos como exemplares”.

Uma abordagem inovadora do carisma em vários aspectos tem sido oferecida pela sociologia das organizações, particularmente nos estudos institucionais. Ali, certas conotações do conceito weberiano, como a *inspiração divina do líder* e o sentido de dever dos *chamados*, são descartadas e o próprio termo carisma é preterido, preferindo-se a expressão *líder institucional*. Nessa perspectiva, como em Selznick (1972), liderar constitui um trabalho destinado a realizar necessidades de um grupo em uma determinada situação social. Um líder numa situação pode não sê-lo em outra. No caso, a situação é definida como *organização* e a liderança como autoconsciência dessa organização enquanto instituição. Liderança não equivale a controle, prestígio, autoridade ou tomada de decisões. A atividade do líder pode ou não estar ligada àqueles que ocupam posições de autoridade, assim como pode haver liderança inadequada. Além disso, liderança não é sempre nem igualmente indispensável, tornando-se dispensável quando a institucionalização é eliminada ou controlada (SELZNICK, 1972, p.15-8). As funções básicas dos líderes nos contextos organizacionais seriam a fixação de metas (missão) da instituição, a encarnação institucional dessa definição, a defesa da integridade institucional (ma-

nutenção de valores e identidade distintas) e o apaziguamento de conflitos internos (SELZNICK, 1972, p.51-2).

Em seus desenvolvimentos recentes, a sociologia do cotidiano também tem acrescentado novas dimensões ao conceito de carisma, quando da abordagem de micro-processos sociais. Ali é possível identificar o que poderíamos chamar de *pequeno líder*, que seria, sob vários aspectos qualitativos relevantes, distinto do *grande líder* weberiano. O *pequeno líder* não tem seguidores, nem adeptos, nem discípulos em tempo integral. Tampouco interfere significativamente com os sistemas de dominação mais abrangentes. Sociologicamente, sua característica mais proeminente refere-se à sua qualidade – por certo, em alguns sentidos, excepcional – de portador de determinados valores relacionados às atividades de pequenos grupos sociais. A *missão* do pequeno líder é mais precisamente uma *empresa pessoal*, não necessariamente econômica, envolvendo custos (econômicos e outros) e a organização de determinadas atividades de um grupo social, às quais procura infundir um valor especial. No limite, essa acepção de carisma pode ser encontrada até na caracterização de microrrelações, como entre uma prostituta e um *cliente* (FREITAS, 1985, p.45).

Desdobramentos

O conceito de carisma em Weber terá conotações mais amplas ou mais restritas se interpretamos a obra weberiana como uma contribuição essencialmente metodológica ou como uma macroteoria substantiva. Em um ou outro caso, resulta claro para nós que o conceito foi explorado por Weber exclusivamente no contexto das relações de dominação, que seriam, do ponto de vista dele, de maior importância estratégica, seja ele para a construção de modelo interpretativo da ação social, seja para responder a alguma questão culturalmente relevante. Da própria conceituação weberiana podemos inferir que as relações reais de poder, que em sua enorme diversidade (*amorfismo*), englobariam as relações de dominação, têm sempre um componente carismático, cujas características se distinguem daquelas definidas no contexto de relações de dominação. Acreditamos que o reconhecimento de tal diversidade não deve constituir um impedimento categórico à conceituação. Em todo caso, a constituição dos campos *pós-weberianos* da sociologia das organizações e do cotidiano, além da crítica da sociologia política, evidenciam particularmente alguns limites da conceituação weberiana.

Se acrescentamos essas novas dimensões ao significado sociológico ori-

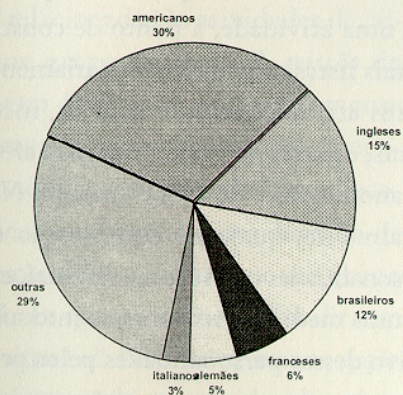
ginal de carisma e tentamos explorá-lo empiricamente no *mundo* contemporâneo ao modo weberiano, diríamos que, além dos processos de sua transformação, detalhados por Weber (objetivação, transformação antiautoritária etc), podemos discernir outros, expressos, p.ex., no *show biz*, nas artes, nos esportes, nos negócios (*business*), na ciência e tecnologia, no misticismo e novas religiões contemporâneas. Nesses *mundos* encontramos qualificações carismáticas diferenciadas de indivíduos, mensuráveis, em tese, pelo seu reconhecimento mais ou menos massivo e, correspondentemente, pelo montante de recursos econômicos mobilizados nas atividades que realizam. Nas próprias organizações complexas, radicalmente racionalizadas, os indivíduos sistematicamente não se limitam burocraticamente às suas funções, forçam sua entrada integral nos processos organizacionais e se envolvem em redes de relações informais. Todas essas manifestações do carisma só em um sentido muito restrito poderiam ser chamadas revolucionárias, como na caracterização weberiana, uma vez que se estabelecem e se desenvolvem em *simbiose* com os sistemas de dominação burocráticos, como as grandes organizações, incluindo o Estado e as grandes religiões, e tradicionais, como a família. A ampliação e generalização das relações mercantis parecem ter atingido as mínimas qualidades diferenciadoras dos

indivíduos, que passaram a constituir objeto de ampla curiosidade, de desejo, de imitação e, assim, de vultosa comercialização. Um pé particularmente bem formado (de acordo com os valores vigentes), uma capacidade atlética superior, um soco mais forte ou um timbre de voz mais sonoro são traduções contemporâneas das chamadas qualidades excepcionais de certas personalidades, capazes de catalizar corações e mentes em escala planetária.

Uma tentativa de retratar weberianamente (no sentido de macroprocessos) o poder carismático (não a dominação ou os movimentos carismáticos) neste fim de século poderia tomar qualquer enciclopédia, ou lista abrangente de personalidades para obter um quadro aproximado. A suposição básica é que qualquer indivíduo que alcance notoriedade pelo desempenho em uma atividade, a ponto de constar de tais listas, possuirá necessariamente certos atributos extraordinários, incomuns, capazes de projetá-los para além do anonimato e do esquecimento. Naturalmente, qualquer enumeração de personalidades que se tome refletirá, em alguma medida, o reconhecimento subjetivo dessas personalidades pelos próprios autores da lista e será, por isso mesmo, um quadro aproximado. Uma dessas listas, *1000 que fizeram o século 20* (1000 QUE FIZERAM..., 1995) po-

derá servir-nos para algumas considerações. Essa obra foi originalmente concebida e organizada pelo jornal *The Times* de Londres e distribuída em fascículos aos seus leitores. Para realizá-la o jornal consultou cerca de 840 especialistas, muitos tão notórios quanto as personalidades que biografaram sumariamente. Essas (1000) biografias constituem, juntamente com fotos e dados pessoais, o conteúdo da obra. Ao reeditá-la no Brasil, a revista *Isto É* *abrasileirou* a obra, substituindo cerca de 120 personalidades estrangeiras por outras locais, utilizando-se de 47 consultores especialistas.

Se tomamos o livro como um banco de dados sobre carisma podemos conceber algumas hipóteses sugestivas. Veja-se, inicialmente a composição por nacionalidades (gráfico 1)



Percebe-se na composição das nacionalidades, de um lado, o viés etno-

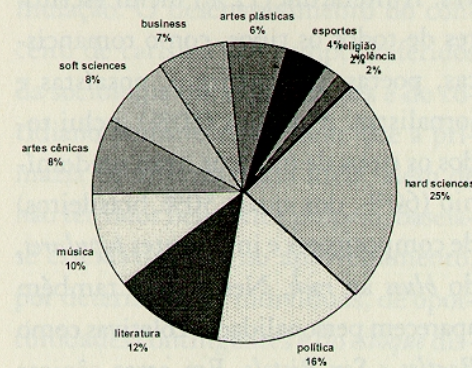
cêntrico britânico e, de outro, a potência americana, cujo reconhecimento é um tanto *natural* e mesmo lisonjeiro aos próprios ingleses, dadas as afinidades entre os países. O mesmo não ocorre com os alemães, franceses e italianos, bastante subestimados na composição, se consideramos que o enfoque implicitamente valoriza a *civilização* européia em seu centro dinâmico. Contudo, cerca de 40 das personalidades incluídas entre ingleses e americanos são alemães naturalizados. Deve-se, pois, considerar que a lista reflete um ponto de vista inglês com pretensões universalistas sobre as personalidades mais importantes do mundo e do século, inclusive o reconhecimento da potência americana e algum ressentimento com os alemães. De todo modo pode-se imaginar que qualquer lista produzida a partir de qualquer composição étnica ou nacional de autores apresentaria vieses de algum tipo, mas nem por isso deixaria de revelar as formas gerais do poder carismático sobre um determinado grupo social. Como dissemos, a considerável presença de brasileiros no gráfico deve ser tributada à reedição brasileira, que acrescentou 116 personalidades locais à lista. Na edição inglesa havia apenas 7 brasileiros: o indefectível Pelé, o intempestivo Carlos Marighella – em sua nota biográfica, preparada por James Adams, correspondente de guer-

ra do *The Sunday Times*, encontramos o motivo desta presença: o *Mini manual da guerrilha urbana*, de autoria de Marighella, teria sido adotado por organizações terroristas como o IRA, na Irlanda, pelo Baader-Meinhof, na Alemanha, e pelas Brigadas Vermelhas, na Itália, além de ter também ajudado aos governos no combate ao terrorismo – os irmãos Villas-Boas, Chico Mendes, Burle-Marx e Leonardo Boff. Vê-se claramente que são aqueles raros casos de brasileiros que se tornaram notícia relativamente recente na *mídia* internacional.

Classificados por sexo, as 1000 personalidades são predominantemente masculinas: 90,7%. Isto não deixa de ser uma clara evidência do mal-afamado machismo, *lato sensu*, que parece persistir fortemente na organização social e nos valores deste fim de século. Contudo, não deixam de ser significativos os 9,3% de mulheres. Se compararmos essa presença feminina com aquela observada em atividades com forte presença masculina, como o xadrez, em que os homens perfazem 99% dos jogadores, veremos que as mulheres têm uma participação 9 vezes maior no conjunto.

Com base nas informações biográficas podemos sugerir uma classificação por campos de atividade e reconhecimento público dessas 1000 personalidades.

Essa classificação não considera o valor ético, estético, utilitário ou qualquer outro que permita distinguir dentro de um campo que denominamos genericamente Artes Plásticas, por ex., um cozinheiro famoso como Fernand Point de um cartunista como Charles Addams, da família Addams, ou de um publicitário como Rosser Reeves, do creme dental Colgate, que *refresca o bálito enquanto limpa os dentes*, ou um pintor como Matisse. Interessa-nos, sobretudo, considerar que o destaque que essas pessoas obtiveram constitui um critério sociológico suficiente de atribuição de carisma, e assim procurar as características agregadas do fenômeno. O gráfico abaixo mostra uma possível distribuição do carisma quanto ao tipo de atividade e de projeção social das 1000 personalidades do século:



A categoria *Hard sciences* inclui pesquisadores em diversas áreas das ciências exatas e biológicas, geógrafos, exploradores, assim como *tecnólogos*, tais

como médicos, engenheiros e inventores. O alto índice de 25% desse campo de atividades talvez exprima de um modo elementar a idéia weberiana do “carisma da razão” (WEBER, 1984, p.877), como a última forma do processo de rotinização e transformação do carisma. O campo denominado *soft sciences*, que inclui os cientistas sociais, filósofos, historiadores, além de *tecnólogos sociais*, como educadores e advogados, também poderia ser creditado ao *carisma da razão*, que corresponderia, assim, a 33% do total. O campo da política com 16% (13% brasileiros), que inclui militares, sindicalistas e monarcas, nem por isso deixa de ser um tanto inexpressivo. Isso em contraste com o campo artístico que perfaz 36% do total e permite subdivisões sugestivas. A literatura (12%) inclui escritores de todos os tipos, como romancistas, poetas, dramaturgos, ensaístas e jornalistas. A música (10%) inclui todos os tipos de músicos, com predomínio (60%, dos quais 30% brasileiros) de compositores e intérpretes *populares*, do *blues* ao *rock*. Neste ítem também aparecem personalidades coletivas como *Beatles* e *Sex Pistols*. Em artes cênicas (8%) foi alocado todo o pessoal de cinema, dança e teatro, incluindo diretores, atores, coreógrafos. Em artes plásticas (6%) incluem-se cozinheiros, paisagistas, cartunistas, fotógrafos, pro-

jetistas, publicitários e modistas, além de escultores e pintores. O mundo *business* (7%) corresponde aos empresários *lato sensu*, empresários de *mídia*, *managers*, industriais e banqueiros. Os esportes (4%) incluem 13 modalidades olímpicas além de pilotos de carros de corrida, fisicultor, alpinista e astronauta. A religião comparece com apenas 2% de representantes (32% brasileiros) e inclui clérigos (3 papas), místicos e teólogos. O campo da violência (2%) inclui guerrilheiros, terroristas, bandidos, espões e policiais.

A delimitação desses campos, ou *esferas* na terminologia weberiana, que pressupõe critérios de valor, objetivos, e hierarquias próprias a cada um deles, permite vislumbrar o arranjo de valores em que se assentam as sociedades modernas, mesmo com o viés anglo-brasileiro já mencionado. As 1000 personalidades em foco podem ser consideradas sucedâneas, se bem que substancialmente transformadas, dos antigos heróis e magos de outros tempos. Refletem o espectro de valores atribuídos às diversas atividades humanas. Mostram um mundo amplamente legitimado pela fruição artística (arte e espetáculos de massas) e pelas promessas da ciência e da técnica. *Fazer muito dinheiro* e tomar decisões políticas também constituem atividades valorizadas. Além disso, mostram um mundo em

que a violência societal (não estatal) e a religião, contam, relativamente pouco.

Retomando e concluindo a discussão da noção de carisma, não deixa de ser irônico que Weber possa ser responsabilizado um tanto pessoalmente pela ampla divulgação do termo no séc.XX. Esse reconhecimento personalizado é o testemunho de uma dimensão carismática de sua influência intelectual no século, expressa com muita evidência pelo verbete Max Weber (preparado por J. H. Goldthorpe, do Nuffield College) em um livro de ampla divulgação como *1000 que fizeram o século XX*. Depois de Weber, além da farta utilização acadêmica, pode-se dizer que carisma tornou-se uma palavra de uso vulgarizado. Novos significados, decerto difusos e intuitivos lhe foram adscritos. Assim, a par de novos fenômenos que passou a nomear, podemos pensar que o processo de transformação do carisma continuou ocorrendo ao longo do séc.XX de um modo imprevisível pelo próprio Weber, mas perfeitamente consistente com sua definição típico-ideal, que inclui a imprevisibilidade mesma como uma de suas características cruciais.

Pensamos que o conceito de carisma guarda profunda afinidade tanto com a questão do significado cultural da ação individual e da inovação, quanto com a questão da ordem social. Reco-

nhecendo que tal afirmação não esclarece muita coisa, gostaríamos de assumir, junto com Moscovici (s.d., p.134), que comumente trabalhamos com noções semi-obscuras, que só compreendemos a maior parte das noções com o auxílio do “sentido de realidade, que nos permite discernir as idéias que caminham juntas e atingem alguma coisa vital”. Se nos permitimos pensar nesse nível de generalidade e de generosidade, diríamos que, virtualmente, qualquer pessoa pode ser *melhor* – em qualquer sentido – que outra em uma dada atividade contextualmente valorizada, com implicações no curso das ações relacionadas àquela atividade. Isso não remete, necessariamente, a um modelo de explicação baseado nas idéias de determinados indivíduos e sua acumulação. O desenvolvimento do conceito de carisma nos campos referidos da sociologia das organizações e do cotidiano permite estabelecer que a primazia de uma ou outra idéia, além de não ter valor heurístico próprio, baseia-se essencialmente no aproveitamento, por determinados indivíduos, de oportunidades contingentes e do *estoque* disponível de experiências relacionáveis àquela idéia. A tentativa exclusiva e detetivesca de descoberta desses indivíduos e de suas contribuições originais não significa o mesmo que o reconhecimento, na compreensão de processos

sociais concretos, da ação decisiva que uns e outros possam ter justamente porque encarnam possibilidades de reafirmação de valores últimos, provedores da ordem social.

Notas

¹Pensamos especialmente em Tenbruck (1980), que construiu a hipótese de que a consideração errônea pela qual *E&S* seria a última e principal obra de M. Weber, foi a origem de uma grande – e em certa medida, falsa – controvérsia na sociologia.

²Citamos aqui a versão portuguesa de Babo (1979, p.47). Neste ensaio Weber diz explicitamente que “logo que tentamos tomar consciência do modo como se nos apresenta a vida, verificamos que se nos manifesta ‘dentro’ e ‘fora’ de nós, sob uma quase infinita diversidade de acontecimentos sucessivos e simultâneos, que aparecem e desaparecem. E a absoluta infinidade subsiste, e não menos intensamente, mesmo quando prestamos a nossa atenção, isoladamente, a um único objeto”.

³*E&S*, (WEBER, 1984) p.16-17: “A sociologia constrói conceitos típicos-ideais [...] e procura estabelecer regras gerais dos processos empíricos [...] em contraposição com a história que se esforça por alcançar a análise e imputações causais das personalidades, estruturas e ações individuais consideradas culturalmente importantes. A construção conceitual da sociologia encontra seu material paradigmático muito essencialmente, embora não de modo exclusivo, nas realidades das ações consideradas importantes do ponto de vista da história.” De sua parte, o historiador não procederá de forma distinta do sociólogo, ou seja, “aplicando construções racionais típicas-ideais [...] na imputação causal concreta que faz de determinados acontecimentos.”

⁴Veja-se, p.ex., a ampla exploração sociológica do jogo de *skat* (jogo de cartas entre três pessoas, típico na Alemanha) que Weber (1992) empreende no ensaio sobre “Stammler e a ‘Superação’ da Concepção Materialista de História”.

⁵*E&S*, (WEBER, 1984) p.193-4. A título precário, poderíamos definir os macro-processos sociais como aqueles que, em seu desenvolvimento histórico, têm amplas consequências, tanto do ponto de vista dos sentidos de determinadas ações futuras, quanto do número de indivíduos envolvidos (MOUSELIS, 1991, p.92). Nesses dois sentidos os exemplos de Weber estão claramente orientados para macro-processos.

Referências bibliográficas

ALMARAZ, J.; CARABANA, J. *Ensayos sobre Sociología de la Religión*. Madrid: Taurus Ediciones, 1983. 3v.

BABO, C. G. A Objectividade do Conhecimento nas Ciências Sociais e humanas. In: *Sobre a teoria das ciências sociais*. Lisboa: Editorial Presença, 1979.

BENDIX, R. *Max Weber: um perfil intelectual*. Tradução de E. Hanna e J. Viegas Filho. Brasília: Ed.Universidade de Brasília, 1986.

FREITAS, R. S. *Bordel Bordeis: Negociando Identidades*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1985.

GLASMAN, R. M. e SWATOS Jr., W. H. (Org.). *Charisma, History, and Social Structure*. N.York: Greenwood Press, 1986.

GREENFELD, L. Reflections on Two Charismas. *The British Journal of Sociology*, v.36, n.1, 1978.

JOHNS, R. Charismatic Leaders: a Lesson Plan. *Social Educations*, v.47, n.6, s.d.

LINDHOLM, C. *Charisma*, Cambridge-MA: Basil Blackwell, 1991.

MOSCOVICI, S. *La Machine à Faire des Dieux*. Paris: A. Fayard, s.d.

MOUSELIS, N. Social Hierarchies and some Sociological Theories of Micro-macro Integration. In: _____. *Back to Sociological theory*. N.York: Saint Martin's Press, 1991.

MOYA, C. Max Weber e a Vocação Atual da Sociologia. In: *Imagem Crítica da Sociologia*. São Paulo: Cultrix, s.d.

PARSONS, T. A. Formação de um Sistema Social. *Humanidades*, v.6, n.2, 1984.

_____. SHILS, E. *Toward a General Theory of Action*. Cambridge-Mass.: Harvard University Press, 1951.

SCHLUCHTER, W. *The Rise of Western Rationalism*. Tradução do alemão para o inglês por G.Roth. Berkeley: University of California Press, 1985.

SELIGMAN, A. B. The Representation of Society and the Privatization of Charisma. *Praxis Int.* n.13, s.d..

_____. Charisma and the Transformation of Grace in Early Modern Era. *Social Research*, v.58, n.3, 1991.

SELZNICK, P. *A Liderança na Administração: Uma Interpretação Sociológica*. Tradução Arthur P. Oliveira. Rio de Janeiro: FGV, 1972.

SHILS, E. *Center and periphery: Essays in Macro-sociology*. Chicago: The University of Chicago Press, 1975.

SPINRAD, W. Charisma: A Blighted Concept and an Alternative Formula. *Political Science Quarterly*, v.106, n.2, 1991.

TENBRUCK, F. H. The Problem of Thematic Unity in the Works of Max Weber. *The British Journal of sociology*, v.31, n.3, p.313-51, 1980.

1000 QUE FIZERAM o século 20. *Isto é*, São Paulo, 1995.

TUCKMAN, B. The Impersonal Teacher Model. *Educational Forum*, v.2, s.d.

UDI, S. H. Bureacracy and 'Rationality' in Weber's Organization Theory: An Empirical Study. *American Sociological Review*, v.24, n.6, 1959.

WEBER, M. *Metodologia das Ciências Sociais*. (Coleção) Tradução Augustin Wernet. São Paulo: Cortez & Ed.Unicamp, 1992. v.2

_____. *Economía y Sociedad*. 7 reimpresão da tradução espanhola de J. M. Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Económica, 1984.

Procedimento monitorio e sua executoriedade

Benedito Pereira Filho *

Resumo

A ação monitoria é mais uma tentativa de empregar efetivamente ao processo civil a sua função instrumentadora, ou seja, de fazer com que ele seja capaz de servir ao direito nos exatos termos em que foi proposto pelo Estado quando proibiu os cidadãos de fazerem justiça pelas próprias mãos. A tutela jurisdicional, sendo uma responsabilidade do Estado, faz dele um contumaz devedor que precisa, em prol do bem comum, ser plenamente solvente e pontual. Inegavelmente, o processo civil é o instrumento capaz de propiciar ao Estado os meios para que cumpra o prometido em nível constitucional, que é a entrega de uma prestação jurisdicional calcada numa tutela adequada-tempestiva-efetiva (Art. 5º, inc. XXXV da CR). Esse desiderato, por razões lógicas, não admite desperdício de tempo. Assim, o binômio processo de conhecimento/execução, às vezes intermediado por um terceiro (liquidação de sentença), mostrou-se ineficaz para o fim colimado. A ação monitoria tem justamente esse objetivo, abreviar o caminho, o(s) procedimento(s) para entregar ao jurisdicionado o seu direito de forma justa, produto que se obtém dos elementos adequação, tempestividade e efetividade.

Palavras-chave

Ação monitoria Processo. Tutela. Procedimento. Embargos. Execução.

MONITORIAL PROCEEDING AND ITS ENFORCEABILITY

Abstract

The monitory action is another trying to employ effectively its instrumental function to the civil action, in other words, to cause to it be able to serve to the law in the exact terms

* O Autor é Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná – UFPR; Professor Universitário Titular em Direito Processual Civil no Curso de Direito do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília – e das Faculdades Adamantinenses Integradas – FAI; professor dos cursos de pós-graduação *latu sensu* e *stricto sensu* do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília – e pós-graduação *latu sensu* da PUC/PR; advogado militante em Marília/SP.

in which it was proposed by the State when prohibited the citizen to take the law into its own hand. The jurisdictional tutelage, as a responsibility of the State, made of it a contumacious debtor who needs, on behalf of the common well, to be fully solvent and punctual. Undeniably, the civil action is the instrument able to provide to the State the means to be kept the promised in constitutional level, which is the delivery of a jurisdictional consideration treated with scorn in an appropriate-opportune-effective tutelage (Art. 5º, paragraph. XXXV of Brazilian Republic Constitution). This desiderate, for logical reasons, do not admit waste of time. Thus, the binomial knowledge/execution process, sometimes intermediated by a third party (the liquidation of any amounts involved in a final judgment), shown to be ineffective to the end collimated. The monitory action has precisely this objective, to abbreviate the way, the procedure(s) to delivery to the person under the jurisdiction its right in a fair manner, product that is obtained from the adaptation, opportunity and effectiveness elements.

Keywords

Monitory Action. Proceeding. Tutelage. Procedure. Embargos. Execution.

PROCEDIMIENTO MONITORIO Y SU EJECUTORIEDAD

Resumen

La acción monitoria es un intento de emplear al proceso civil su función instrumentadora efectivamente, o sea, de hacer que sea capaz de servir al derecho en los exactos términos en que ha sido propuesto por el Estado cuando prohibió a los ciudadanos que hicieran justicia por sus propias manos. La tutela jurisdiccional, siendo una responsabilidad del Estado, lo hace un contumaz deudor que necesita, en pro del bien común, ser plenamente solvente y puntual. Innegablemente, el proceso civil es el instrumento que puede propiciar al Estado los medios para que se cumpla lo prometido en el ámbito constitucional, que es la entrega de una prestación jurisdiccional establecida en una tutela adecuada-tempestiva-efectiva (Art. 5º, inc. XXXV de la Constitución da República – CR). Ese desiderato, por razones lógicas, no admite pérdida de tiempo. Así, el binomio proceso de conocimiento/ proceso de ejecución, a veces mediado por un tercero (liquidación de sentencia) se muestra ineficaz para el fin pretendido. La acción monitoria tiene justamente el objetivo de abreviar el camino, el (los) procedimiento (s) para entregar al jurisdicionado su derecho de forma justa, producto que se obtiene de los elementos adecuación, tempestividad y efectividad.

Palabras clave

Acción monitoria. Proceso. Tutela. Procedimiento. Ejecución.

A lei nº 9.079, de 16 de julho de 1995, instituiu a denominada Ação Monitória, seguindo a onda renovatória do processo civil, tendo como bandeira a efetividade do processo. Sua presença no ordenamento jurídico é mais uma prova da ineficácia do procedimento ordinário para a tutela dos direitos, especificadamente, aqueles de natureza condenatória.

A ação monitória foi inserida no Livro IV do CPC, procedimentos especiais. Essa opção do legislador tem sentido de ser na exata medida em que buscou a natureza amálgama, própria desses procedimentos, consistentes em fundir conhecimento e execução num mesmo processo.¹

Salienta-se, então, desde já, que a especialidade desse procedimento está, justamente, em permitir a concentração do binômio conhecimento/execução, na mesma relação jurídica processual. No entanto, ao que parece, a doutrina e, por via oblíqua, o próprio judiciário, não se sensibilizaram o suficiente para a exata compreensão do espírito reformista que se assentou na legislação processual vigente a partir de 1992.

Ação ou procedimento monitorio? É oportuno dizer que não existe uma ação especial, que pudesse facultar ao cidadão sua ida ao poder judiciário para guarida da sua pretensão de

direito afirmada, de forma diferenciada, privilegiada, pelo menos no que toque aos seus requisitos.

Toda e qualquer ação deverá obedecer, por exemplo, aos pressupostos processuais, às condições da ação, do pedido, da causa de pedir etc., por isso, onde se lê ação especial, entenda-se procedimento especial.

Em verdade, o que tem ela de especial é o procedimento, tendo em vista a natureza do direito material que se quer proteger, daí porque a preferência em denominá-la de procedimento monitorio.

É, em última análise, seguir fielmente, e nem poderia ser diferente, o princípio constitucional da inafastabilidade insculpido no artigo 5º, inciso XXXV que proclama uma tutela jurisdicional tempestiva, efetiva e adequada. O que, inexoravelmente, por total inoperância do código de processo civil, conduz a uma incessante busca pelo que se denominou tutela diferenciada.²

Porém, o legislador, seguindo a estrutura do código, denominou-a de Ação Monitória, sabendo que, ao inseri-la no Livro IV, estaria expresso o seu procedimento especial. Procurou, dessa forma, salvar o jurisdicionado da longa caminhada por meio do procedimento ordinário e da angústia de um processo de execução para ratificar a declaração emitida naquele procedimento.

Traçados esses objetivos, o autor que possuir documento abalizado,³ capaz de inviabilizar defesa concreta por parte do réu, poderá livrar-se da angústia do processo de conhecimento, ajuizando ação monitória e submetendo-se a um procedimento rápido, condizente com a evidência da pretensão do direito que quer ver tutelado. Vislumbra-se, assim, a atuação do autor voltada para a formação de um título executivo e a conseqüente e imediata execução do seu comando.

Com isso, a executoriedade da ação monitória não pode ser despicienda, pois do seu sucesso depende o próprio sucesso da medida legislativa introduzida no processo civil.

Todavia, o legislador foi otimista em demasia. Confiou, mais uma vez seguindo a tradição italiana, no réu, que ele seria coadjuvante da prestação jurisdicional rápida e eficaz; e em troca dessa benevolência, consistente na anuência do pedido formulado, ele é liberado do pagamento das custas e honorários advocatícios, conforme § 1º do artigo 1.102c. Contudo, se houver defesa, o procedimento passa a ser ordinário e o sucesso da ação monitória convola-se em simples quimera. Por isso, não é preciso muito esforço para concluir que, mesmo diante de fraquíssimas provas, o réu irá apresentar defesa e, transmudando o procedimento de especial para ordinário, estará

no campo hábil para suas interseções, capazes de desestimular a parte mais otimista.

Não bastasse isso, o conhecimento da ação monitória, segundo entendimento dominante, é precedido de um processo de execução autônomo. Resumindo, o sucesso da ação monitória está nas mãos do réu e, em duas oportunidades. Na primeira, caso cumpra a ordem expedida; na segunda, a condenação, não oferecendo *defesa* (embargos do devedor) na fase executiva.

Por tudo isso, mais uma vez alerta-se que a tutela executiva se apresenta como tema de fundamental importância para a efetivação dos direitos. No caso em exame, devem ser repensadas não só as posições doutrinárias a respeito de incontroversas à sua aplicação, como também, o próprio meio de execução.

A interpretação doutrinária tem sido clamorosa quando a questão é agilizar para efetivar. Com efeito, admitir recurso da decisão na ação monitória que determina a citação do réu para pagamento ou entrega da coisa é, no mínimo, advogar em favor da morosidade.

Convencido da plausibilidade da pretensão de direito afirmada pelo autor, o juiz, através da citação (ordem de pagamento), constitui o título cuja eficácia passará a depender da atuação do réu. Este, pelo que se depreende dos dis-

positivos legais, poderá embargar o mandado, alegando toda e qualquer defesa. Caso seja vencido nessa instância, terá o recurso para o tribunal. No entanto, a doutrina, equivocadamente, prevê para o Réu, ainda, os embargos de devedor, com chances de, novamente, visitar o tribunal competente.

Diante desse quadro, admitir recurso, seja agravo⁴ ou apelação,⁵ conforme se propende por decisão interlocutória, sentença acerca da ordem emanada para pagamento ou entrega da coisa, é favorecer em demasia o réu.

Ora, tudo o que se alegar no recurso e enfrentar, de início, essa decisão, alegar-se-á, por obviedade, nos embargos. Aliás, pela facilidade do computador, será necessário apenas mudar a data e nome da peça, ademais, será só imprimir e assinar.

Vem a pêlo, então, dizer que o sucesso da ação monitória está justamente na sua simplicidade, na desburocratização de atos processuais infundáveis, como, aliás, já advertia, a seu tempo, Chiovenda (1965, p.256):

[...] Para que seja útil o instituto, faz-se mister contar-se com a raridade normal de pretensões infundadas e de oposições dilatórias assim como esperar que seja exíguo o número das oposições em relação ao das ordens de pagamentos expedidas. A não ser assim, suposta, de um lado, a liberdade

de provocar ordens e, de outro, a liberdade de privá-las de valor com a simples oposição, o processo monitório pode transformar-se em fácil instrumento de vexames ou em causa de inúteis complicações processuais.

Mas, infelizmente, não é o que vem ocorrendo, pois, mesmo sendo entendimento evidente que a ação monitória dá embasamento a título executivo judicial; há doutrinadores/juristas que afirmam que nos embargos do devedor, este poderá utilizar-se das matérias constantes no artigo 745 do CPC e não das restritas hipóteses do artigo 741 que se relaciona diretamente a essa espécie de título (CRUZ E TUCCI, 2001, p.101-104).

Desta feita, com o legislador confiante na aquiescência do réu e admitindo o uso autônomo do processo de execução, somado à colaboração de parte considerável da doutrina, fica praticamente impossível uma tutela executiva capaz de realizar efetivamente direitos, às vezes, já devidamente declarados pelo poder competente.

A dificuldade de alcançar uma tutela executiva eficaz na ação monitória leva a parte mais precavida a preferir o procedimento comum, com pedido de tutela antecipada, pois se ela tem documento suficiente para embasar um pedido monitório, tê-lo-á para concessão da antecipação da tutela.

No entanto, é manifesto que, se a excecutoriedade da tutela antecipada cair na vala comum da execução forçada, restará à parte, também neste procedimento, apenas torcer para que o réu resolva cumprir a declaração antecipadamente emanada.

Como se depreende, a ação monitória não pode ficar à mercê de várias defesas e nem se submeter à ineficácia do processo de execução. Caso contrário, será mais uma previsão legislativa sem resultado prático.

Para salvá-la como procedimento ágil, hábil a tornar efetivo um direito que se apresenta desde o início com alto grau de probabilidade, é mister tratá-la como realmente uma ação inserida no Livro IV do CPC. Ou seja, com a peculiaridade deste procedimento, conjugando conhecimento e execução ao mesmo tempo sem necessidade de lançar mão do processo de execução, como as demais ações deste Livro.

Para tanto, não é necessária nenhuma mudança legislativa. Basta uma interpretação consoante com os objetivos do instrumento processual em questão, harmonizado com a própria estrutura do código. Então, se a ação monitória está prevista dentro dos procedimentos especiais, deve, por via oblíqua, receber tratamento dispensado às demais ações desse rito.

Além disso, enquanto nos procedimentos comuns busca-se uma tutela jurisdicional que declare o direito ao caso concreto, com a ampla e irrestrita observância do contraditório, nos procedimentos especiais podem estar fundidas providências de caráter executório e cautelar, mais as de natureza cognitiva, muitas vezes com a atenuação do próprio contraditório. (MARCATO, 1997, p.39, grifo nosso)

Sendo assim, é esse o espírito que deve seguir a ação monitória, notadamente quanto a tutela executiva.

Não foi por outra razão, então, que o legislador, além de inseri-la nos procedimentos especiais do Livro IV do CPC, exige, tão somente, após encerrada a fase cognitiva, a intimação do, agora, devedor, e não citação, ato próprio da incoação do processo executivo. “No processo executivo a citação é também indispensável à própria existência da relação processual quanto ao devedor.” (GUERRA, 1998, p.28, grifo nosso)

Somado a isso, o artigo 1.102c e seu respectivo § 3º, remete o procedimento monitório à observância do Livro II, Título II, Capítulos II e IV, como, apenas, aporte.⁶ Quis o legislador utilizar-se da roupagem do processo executivo, mas não dele em si.

Agiu assim, por entender necessária, às vezes, a utilização dos instru-

mentos de afetação, tais como: penhora, arrematação, avaliação, leilão etc., atos inerentes àquele processo, sendo, contudo, prescindível a sua observância como uma nova relação jurídica, distinta e autônoma do procedimento especial da ação monitória.

Esse entendimento autoriza concluir que não cabem embargos do devedor no procedimento monitório. A razão que robora esse desiderato está, também, no fato de que ao se reportar ao Livro II, Título II, Capítulos II e IV, o legislador deixou claro que não se observarão os embargos do devedor, pois estes estão previstos no Título III do Livro II, fora, portanto, da abrangência do procedimento monitório.

Ademais, admitir embargos do devedor no procedimento monitório é, em última análise, contradizer todo o discurso acerca da efetividade processual, principalmente, quando o escopo é evitar a denominada litigiosidade contida.⁷

Com efeito, se o esforço é evitar a descrença na capacidade do Estado em cumprir com seu dever para com os jurisdicionados, procurando proporcionar à parte o acesso formal e efetivo à Justiça, interpretação que fuja a esse desiderato não se coaduna com a própria existência do remédio processual trazido à baila pela recente reforma processual.

Aliás, nessa reforma, o processualista⁸ encampou um discurso a bem da efetividade, pugnando por um processo de resultado, capaz de realizar o direito pleiteado, por isso é, no mínimo, paradoxal defender tais idéias e dispensar à ação monitória um procedimento capaz de somente à vontade do devedor, tornar-se comum.

Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (BOBBIO, 1992, p.25, grifo nosso).

Para Talamini (1997, p.20)

Se efetivamente aplicada, a tutela monitória poderá ser de grande valia ao objetivo permanente de “efetividade do processo” – não só pela celeridade que tende a gerar como também pela potencialidade de abranger conflitos que estavam fadados a permanecer irresolvidos.

O magistério de Antonio Carlos Marcato também é farto em proclamar um processo civil comprometido com o resultado que o cidadão almeja. “Não basta, em suma, a *efetividade* técnica do processo-meio, na medida em que importa, ao destinatário final da tutela, a

efetividade da própria tutela (processo de resultados)." (MARCATO, 1998, p.26)

Cândido Rangel Dinamarco (1994, p.266-267, grifo nosso) teoriza um processo civil totalmente instrumental, divisando nisso a efetividade do processo:

O endereçamento positivo do raciocínio instrumental conduz à idéia de *efetividade* do processo, entendida como capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político. O empenho em operacionalizar o sistema, buscando extrair dele todo o proveito que ele seja potencialmente apto a proporcionar, sem deixar resíduos de insatisfação por eliminar e sem se satisfazer com soluções que não sejam jurídica e socialmente legítimas [...].

Porém, é necessário equacionar todo esse discurso inovador dos processualistas a uma tomada de posição idêntica quando a questão versar sobre aplicação/efetivação. No entanto, a coerência desses entendimentos nem sempre condiz com essa realidade.

Dos processualistas pátrios acima citados, apesar de todos defenderem um processo de resultado, ágil e menos dispendioso, somente Cândido Rangel Dinamarco mantém a lógica do seu discurso ao se posicionar, coerente e acertadamente, contra o cabimento dos embargos do devedor na fase executiva da denominada ação monitória.

Eduardo Talamini admite que

A execução, no procedimento monitorio, independe de nova demanda (petição inicial e demais formalidades) [...]. Nesse sentido, a demanda monitoria busca tutela "executiva *lato sensu*", ou seja, cognição e execução no mesmo processo (TALAMINI, 1997, p.148).

Não obstante a coesão desse entendimento com o qual defende a busca de um processo de resultado, estranhamente volta ao obsoleto processo de execução, admitindo embargos de devedor, ignorando, inclusive, que os denominados processos executivos *lato sensu* excluem, por completo, a possibilidade de embargos à execução, como nos casos das ações possessórias, dos despejos etc.

Inviabiliza todo o procedimento monitorio ao dispor:

Da circunstância de cognição e execução sucederem-se no mesmo processo não se extrai que, instaurada a execução, sejam incabíveis embargos de devedor [...]. Quanto a esse ponto, há diversidade em relação ao que normalmente ocorre em outros processos executivos *lato sensu*, cuja *disciplina positiva* exclui embargos à execução (por exemplo, despejo, reintegração de posse etc.) (TALAMINI, 1997, p.149).

O processualista não descortina o que há de mais positivo nas ações executivas *lato sensu*, que é justamente a

chance de se executar o título sem submeter o credor a uma nova fase de conhecimento engendrada nos embargos de devedor.

Neste sentido, entre outros, Kazuo Watanabe (1993, p.195, grifo nosso):

A mandamental, à semelhança das ações executivas "*lato sensu*", não reclamam uma ação de execução "ex intervalo", pois é o próprio juiz que, através de expedição de ordens, que se descumpridas farão configurar o crime de desobediência, e de realização pelo juiz de atos materiais [...].

Ignora, por outro lado, o fato da própria legislação excluir o processo de execução ao exigir intimação ao invés de citação, bem como, ao erigir título e capítulos do Livro II que não contêm os embargos do devedor.

Na mesma extensão é o pensamento de Antonio Carlos Marcato:

Ação incidente à execução, os embargos do executado dão vida, uma vez opostos, a um processo de conhecimento, igualmente incidente de execução, suspendendo o seu curso [...]. Voltando nossa atenção à fase executiva do processo monitorio – e considerando a explícita referência feita pelo art. 1.102c ao Livro II, Título II, Capítulos II e IV, do Código de Processo Civil, mais a caracterização do mandado executivo como título judicial –, é justificável a conclusão, prevalecente em doutrina, de que será

possível ao executado valer-se dos embargos à execução (MARCATO, 1998, p.112-113).

Os fundamentos desse processualista são facilmente destituídos levando-se em conta o objetivo de rapidez, celeridade que reveste o procedimento monitorio, acrescido de que não há, como quer o autor, previsão expressa para o cabimento dos embargos de devedor cuja indicação legal incumbe ao Título III, do Livro II do CPC, fora, portanto, das previsões por ele apontadas.

A questão da referência a título judicial, não autoriza, por si, o cabimento dos embargos, mesmo porque, nas ações executivas *lato sensu* não se pode olvidar que há título da mesma natureza. Além do mais, o legislador manda intimar o devedor e não citá-lo, deixando clara a sua aversão ao processo de execução.

Tanto é verdade, que o autor quase se rende à tese do não cabimento dos embargos de devedor ao reportar-se, em nota de rodapé, a Cândido Rangel Dinamarco, assim:

Coerente com sua visão instrumentalista do processo, voltada totalmente à efetividade da tutela jurisdicional através dele obtida, Dinamarco nega a possibilidade de cabimento de futuros embargos à execução (MARCATO, 1998, p.113, nota 124).

Contudo, alega não ser essa a posição prevalecente na doutrina, cita vários processualistas com teses em contrário à de Dinamarco, como Ada Pellegrini Grinover (1997), Carlos Alberto Silveira Lenzi (1996), Clito Fornaciari Jr. (1996), Cruz e Tucci (1997), José Rubens Costa (1995), Nelson e Rosa Maria Nery (1996), Vicente Greco Filho (1996) e outros, mantendo, assim, sua posição conservadora e contrária, como ele próprio admite, à instrumentalidade do processo (MARCATO, 1998, p.113).

À vista do exposto, o único a manter, neste caso, o equilíbrio entre o discurso renovador e justo que buscam os processualistas, com uma interpretação/aplicação condizente com o que propagam, é Candido Rangel Dinamarco.

A coerência da sua doutrina, na busca de um processo justo, rápido, de resultado e, verdadeiramente instrumental, permite-o defender o total descabimento dos embargos de devedor no procedimento monitorio. Merece transcrição para não incorrer no risco de sacrificar o pensamento do autor.

Assim estruturado o seu procedimento em duas fases, sem a clássica sucessão de dois *processos* distintos – cognitivo e executivo –, o processo monitorio resolve-se numa *tutela diferenciada*, em moldes tais que se permite ver nele o que parte da doutrina brasileira vai cha-

mando *ação executiva "latu sensu"*. Caracterizam-se tais *ações* como um processo sincrético, sem aquelas duas fases, em que a execução se processa em continuação, na mesma relação processual, sem necessária iniciativa da parte e sem nova citação. Instaure-se a fase executiva *per officium judicis* mediante mera intimação: tal é o que às expressas está no § 3º. do novo art. 1.102c do Código de Processo Civil. A consequência natural dessa construção é a negativa da possibilidade de opor embargos à execução que nesse processo se faz (DINAMARCO, 1996, p.248, grifo nosso).

Os argumentos são consistentes e a interpretação evidente. Se a elaboração da Lei 9.079/95 veio dentro daquele espírito denominado pelos processualistas de *ondas renovatórias*, almejando um processo efetivo, de resultado, é lógico que sua aplicação não pode cingir a um procedimento retrógrado, vetusto, como o dispensado às ações condenatórias com o empeco da exigência de um processo distinto para sua concretização.

Mesmo porque, acrescenta-se novamente que não há intenção do legislador em manter o processo de execução para a ação monitoria. Tanto que exige apenas a intimação (ciência) do devedor e não citação (chamamento para defesa, que no caso se faria com a ação de embargos de devedor).

Essa intenção é também manifesta ao excluir-se do § 3º do art. 1.102c do

CPC, o Título III do Livro II, responsável por disciplinar a ação de embargos do devedor. Ora, se o legislador não se reportou a eles é porque não os quer!

Essa é a única interpretação capaz de, sem trazer prejuízos processuais para o Réu (devedor), aparelhar o procedimento monitorio a um processo capaz de realmente ser rotulado de eficaz.

O resultado que se espera do processo passa, necessariamente, pela tridimensionalidade revestida em *acesso, instrumentalidade e efetividade*. Porquanto, toda interpretação e aplicação devem estar robustecidas dessa consideração, caso contrário, ficar-se-á somente no plano frio das idéias.

Afinal, o espírito do processualista hodierno vem de encontro a tudo isso.

Preocupou-se, também e principalmente, com providências que afeioem os procedimentos aos modernos anseios de "efetividade" da prestação jurisdicional, de modo que o instrumento jurídico à disposição do Judiciário se mostre apto, de verdade, a permitir uma tutela aos direitos subjetivos envolvidos em conflitos que seja pronta e eficaz, quanto possível. A moderna doutrina do processo dá grande destaque a esse relevantíssimo aspecto da função judicial. Há uma nítida consciência de que a garantia constitucional de tutela jurídica, por meio do amplo e irrestrito acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXV), corresponde à necessidade de um "devido processo legal" (CF, art.

5º, LIV), que não fique limitado à garantia de procedimentos fiéis à lei de julgamento segundo normas do direito positivo material. Hoje, o que a voz uníssona dos pensadores do direito processual exige é a adoção de normas e de interpretação delas que façam do *due process of law* o "justo processo", ou seja, o processo que seja adequado a dar à lide uma composição rápida quanto possível e sempre apta a satisfazer o ideal de verdadeira justiça, segundo os melhores padrões sociais e éticos (THEODORO JÚNIOR, 1996, p.791-792, grifo nosso).

Buscando retidão para essa retórica existente na fala da unanimidade dos processualistas, é que se defende a desnecessidade dos embargos do devedor no procedimento especial da ação monitoria, pois, como já foi ressaltado, não será possível alcançar um processo de resultado, se a interpretação e a aplicação das normas não forem acordes com tal fim.

A recente Lei 10.444/02, confirma em tudo o que se procurou descortinar acerca da ação monitoria. Essa nova legislação inseriu um novo artigo no código de processo civil (art. 461-A) que permite, nas obrigações para entrega de coisa, a satisfação do direito pleiteado no bojo do próprio processo de conhecimento. Para a efetiva realização desse direito, o juiz terá como aporte as medidas de apoio constantes

no artigo 461 e seus parágrafos, tais como: busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimentos de atividades nocivas, imposição de multa por tempo de atraso, entre outras.

Esse dispositivo fortalece a ação monitória, precisamente no que toca à obrigação de entrega de coisa, porque, ao revesti-la de carga mandamental, própria desse artigo, definitivamente não há mais que se falar em processo de execução autônomo para cumprimento das sentenças e, conseqüentemente, em embargos de devedor.

A execução de quantia (pecuniária) caminha no mesmo sentido. Recentemente, no dia 05 de novembro de 2002, foi apresentado, pelos integrantes do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Instituto Ibero-americano de Direito Processual, Anteprojeto de Lei e sua Exposição de Motivos, relativamente ao cumprimento das sentenças cíveis com a proposta de eliminar a execução *ex intervallo*.

A tendência é resolver a demanda suscitada em juízo pelo próprio processo de conhecimento. Tese de doutorado defendida em setembro de 2002, ousou em apresentar proposta de execução por pecúnia totalmente desprendida de atuação do credor. A fase executiva ficaria totalmente sob a respon-

sabilidade do devedor que sofreria várias conseqüências caso não cumprisse com a ordem de pagamento.

Em resumo, o devedor, depois da condenação, passaria a prestar informações ao juízo. Assim, teria um prazo para prestar contas acerca da sua condição de solvente, relativa ao seu ganho mensal e patrimônio. Alimentaria, sob pena de multa ou prisão por desobediência à ordem judicial, um banco de dados no judiciário que seria fonte para o decreto de pagamento da valor constante de condenação em tempo razoável.

Os meios de coerção para o cumprimento da ordem seria a multa ou, até mesmo, a prisão, dependendo da situação. Caso restasse comprovada a ausência de condição financeira, seria o devedor, independentemente de qualquer procedimento, tratado como insolvente, com conseqüências várias, dentre elas: proibição de contratar com o poder público, movimentar conta corrente, cartão de crédito, suspensão de passaporte, entre outras medidas capazes de, ao mesmo tempo, impedi-lo de causar novos danos a outras pessoas e incentivá-lo a pautar-se na vida em sociedade de forma correta.

Apenas com esse entendimento será capaz de se empregar à tutela jurisdicional a efetividade apregoada pelas reformas processuais.

É necessário um entendimento sólido, capaz de responsabilizar àquele que desatende, não só o Direito, mas principalmente a decisão judicial para, se alcançar através da tutela jurisdicional a prometida e devida tutela dos direitos.

Notas

¹ É a denominada sentença executiva de Pontes de Miranda, tão bem lapidada e debatida por Ovídio Araújo Baptista da Silva, consistente no fato de possuir força executiva suficiente para prescindir do nefasto e moroso processo de execução.

² “Hoje, porém, transcorridos alguns anos, a maior novidade científica, no campo do processo civil, passou a ser, justamente, a busca de formas especiais de tutela jurisdicional indicadas pelos processualistas como espécies de ‘tutela diferenciada’, que outra coisa não é senão a redescoberta tardia de que a todo direito corresponde, ou deve corresponder, uma *ação* (adequada) que efetivamente o ‘assegure’, proclamando-se, mais uma vez, a função eminentemente ‘instrumental’ do processo.” (SILVA, 2002. p. 116-117)

³ “A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.” Art. 1.102a. do Código de Processo Civil.

⁴ “Se a inicial estiver em ordem, o juiz determinará a citação do réu [...]. Esse ato é decisão interlocutória, contra a qual cabe agravo de instrumento sem efeito suspensivo, efeito esse que pode ser obtido por meio da providência do art. 558 ou de mandado de segurança, nos casos que a doutrina e a jurisprudência têm admitido o remédio constitucional para tal fim.” (GRECO FILHO, 1996, p. 52-53).

⁵ A natureza de sentença ao ato que forma o título e expede a ordem de pagamento. (CRUZ E TUCCI, 2001, p.89 e ss.)

⁶ “No prazo previsto no artigo anterior, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia

do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV. [...] Rejeitados os embargos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, intimando-se o devedor e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV.” Art. 1.102c, § 3º do CPC. (grifo nosso)

⁷ Essa expressão é utilizada por Kazuo Watanabe simbolizando os vários conflitos que nem chegam ao conhecimento do Judiciário. “A causa primeira é, certamente, a crença generalizada de que a Justiça é lenta, cara e complicada, e por isso, além de difícil, é inútil ir ao Judiciário em busca de tutela do direito. Quantos de nós não conhecemos casos de parentes, amigos, de conhecidos e de nós mesmos, em que os direitos foram simplesmente renunciados?” (WATANABE, 1984, p. 40).

⁸ Há por parte dos processualistas, uma verdadeira cruzada pela efetividade do processo, vertida na busca incessante por uma tutela dos direitos que seja adequada-tempestiva e efetiva. Dentre outros, Cândido Rangel Dinamarco (1994), Marinoni (2003), Ovídio (2002), Arenhart (2000), Bedaque (1995).

Referências bibliográficas

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil: os conceitos fundamentais – a doutrina das ações*. 2.ed. Tradução J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v.1.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação monitoria*: lei 9.079, de 14.7.1995. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *A reforma do código de processo civil*. 3.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v.1 e 2

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitoria*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada*: controle de admissibilidade. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitorio brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Procedimentos especiais*. 7.ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

PEREIRA FILHO, Benedito. *Repensando o processo de execução para uma maior efetividade da tutela do crédito pecuniário*. Curitiba, 2002. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*: processo de conhecimento. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v.1.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria*: a ação monitoria – Lei 9.079/95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As inovações no código de processo civil, em matéria de execução forçada e procedimentos especiais. In: _____. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In: _____. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

WATANABE, Kazuo. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 6 dez. 1984. p.40.

Leitura e cidadania: a importância da formação do leitor no mundo contemporâneo

Célia Regina Delácio Fernandes *

Resumo

A expansão do público leitor iniciou-se na Europa a partir do século XVIII, com a Revolução Industrial, e resultou, entre outros objetivos, na difusão e assimilação do projeto político e ideológico da burguesia. Em contrapartida, a leitura transformou-se em um direito inalienável de todo cidadão. Com efeito, dada sua capacidade de abrir e alargar horizontes culturais e cognitivos, a leitura, compreendida em sua dimensão política, pode impulsionar uma mudança na sociedade. Embora nas sociedades atuais a leitura tenha se tornado imprescindível para o exercício da cidadania, no Brasil, as pesquisas apontam para a precária formação de um público leitor. Assim sendo, leitura e cidadania, palavras indissociáveis para a construção de uma sociedade justa e democrática, são abordadas neste artigo, que pretende contribuir para a discussão da necessidade e melhoria das políticas públicas de popularização da leitura no Brasil.

Palavras-chave

Leitura. Cidadania. Formação do leitor. Sociedade. Direito. Políticas públicas.

READING AND CITIZENSHIP: THE IMPORTANCE OF THE READER'S FORMATION IN THE CONTEMPORARY WORLD

Abstract

The expansion of the public reader began in Europe in the 18th century, with the Industrial Revolution, and resulted, among other objectives, in the diffusion and assimilation of the

* Professora graduada em Filosofia pela Universidade Estadual Paulista – UNESP, Campus de Marília. Mestre em Letras, área de Teoria Literária e Literatura Comparada pela UNESP, Campus de Assis. Doutoranda em Letras, área de Teoria e História Literária no IEL/UNICAMP, e bolsista da FAPESP.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação monitoria*: lei 9.079, de 14.7.1995. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *A reforma do código de processo civil*. 3.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v.1 e 2

GRECO FILHO, Vicente. *Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitoria*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada*: controle de admissibilidade. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitorio brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Procedimentos especiais*. 7.ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

PEREIRA FILHO, Benedito. *Repensando o processo de execução para uma maior efetividade da tutela do crédito pecuniário*. Curitiba, 2002. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*: processo de conhecimento. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v.1.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria*: a ação monitoria – Lei 9.079/95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As inovações no código de processo civil, em matéria de execução forçada e procedimentos especiais. In: _____. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In: _____. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

WATANABE, Kazuo. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 6 dez. 1984. p.40.

Leitura e cidadania: a importância da formação do leitor no mundo contemporâneo

Célia Regina Delácio Fernandes*

Resumo

A expansão do público leitor iniciou-se na Europa a partir do século XVIII, com a Revolução Industrial, e resultou, entre outros objetivos, na difusão e assimilação do projeto político e ideológico da burguesia. Em contrapartida, a leitura transformou-se em um direito inalienável de todo cidadão. Com efeito, dada sua capacidade de abrir e alargar horizontes culturais e cognitivos, a leitura, compreendida em sua dimensão política, pode impulsionar uma mudança na sociedade. Embora nas sociedades atuais a leitura tenha se tornado imprescindível para o exercício da cidadania, no Brasil, as pesquisas apontam para a precária formação de um público leitor. Assim sendo, leitura e cidadania, palavras indissociáveis para a construção de uma sociedade justa e democrática, são abordadas neste artigo, que pretende contribuir para a discussão da necessidade e melhoria das políticas públicas de popularização da leitura no Brasil.

Palavras-chave

Leitura. Cidadania. Formação do leitor. Sociedade. Direito. Políticas públicas.

READING AND CITIZENSHIP: THE IMPORTANCE OF THE READER'S FORMATION IN THE CONTEMPORARY WORLD

Abstract

The expansion of the public reader began in Europe in the 18th century, with the Industrial Revolution, and resulted, among other objectives, in the diffusion and assimilation of the

* Professora graduada em Filosofia pela Universidade Estadual Paulista – UNESP, Campus de Marília. Mestre em Letras, área de Teoria Literária e Literatura Comparada pela UNESP, Campus de Assis. Doutoranda em Letras, área de Teoria e História Literária no IEL/UNICAMP, e bolsista da FAPESP.

political and ideological project of the bourgeoisie. On the other hand, reading became an inalienable right of all citizens. In fact, given its capacity to open and to widen cultural and cognitional horizons, reading, comprehending in its political dimension, can impel changes in society. Though in the present societies reading becomes essential to the practice of the citizenship, in Brazil, the researches show the precarious formation of the public reader. In being so, reading and citizenship became two inseparable words for the construction of a fair and democratic society. The approach in this paper intends to contribute to the discussion of the necessity and improvement in public policies of popularization of reading in Brazil.

Keywords

Reading. Citizenship. Reader's formation. Society. Right. Public Policies.

LECTURA Y CUIDADANÍA: LA IMPORTANCIA DE LA FORMACIÓN DEL LECTOR EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO

Resumen

La expansión del público lector se ha iniciado en Europa a partir del siglo XIII, con la Revolución Industrial, y resultó, entre otras consecuencias, en la difusión y asimilación del proyecto político e ideológico de la burguesía. En cambio, la lectura se ha transformado en un derecho inalienable de todo ciudadano. Com efecto, por su capacidad de abrir y alargar horizontes culturales y cognitivos, la lectura, comprendida en su dimensión política, pudo impulsar un cambio en la sociedad. Aunque en las sociedades actuales la lectura se haya vuelto imprescindible para el ejercicio de la ciudadanía, en Brazil, las investigaciones indican para la precaria formación de un público lector. Así, lectura y ciudadanía, palabras inseparables para la construcción de una sociedad justa y democrática, son abordadas en este artículo, que intenta contribuir para la discusión de la necesidad y mejoría de las políticas públicas de la popularización de la lectura en Brazil.

Palabras clave

Lectura. Ciudadanía. Formación del lector. Sociedad. Políticas públicas.

- *Doutô, doutô, mi arresponda*
O qui é qui eu tô ouvindo?
Vosmicê leu a carta,
Ou não leu, tá mi inludindo?
 - *Doutô! Meu Deus! Seu Doutô,*

Maria tava inucente?
Me arresponda pru favô!
Inucente! Sim, sinhô!
Matei! Maria inucente!
Pruquê, seu Doutô, pruquê?
Matei Maria somente
Pruquê não aprendi a lê!
Infiliz de quem não leu
Uma carta de ABC
Mangine agora o Doutô
Quanto é grande o meu sofrê!
Sou duas vez criminoso,
Qui castigo, seu Doutô!!
 Qui miséra! Qui horrô!

(Zé da Luz Brasil)

Nem sempre o mundo precisou de leitura da escrita. Essa necessidade foi construída historicamente pelas civilizações humanas. Ao longo dos séculos e de acordo com os estágios e as transformações pelos quais passaram as instituições e as técnicas de reprodução, a leitura experimentou diversas concepções, práticas, funções, modos e tipos de suporte. A leitura concebida e praticada como instrumento de transformação pessoal e social é um acontecimento recente.

A democratização da leitura na Europa iniciou-se após a invenção da imprensa por Gutenberg, no século XV, e o aperfeiçoamento da imprensa mecânica, no século XVIII, que possibilitou tanto a reprodução (e o barateamento) de um número maior de publicação

periódica e livros, como a escolarização e alfabetização em massa. Ferramenta das mais importantes na difusão e assimilação do projeto político e ideológico da burguesia, a leitura transformou-se em um direito inalienável de todo cidadão. Nesse contexto, convém ressaltar a importância da escola e das universidades na formação e ampliação do público leitor e do mercado editorial.

A narrativa das práticas brasileiras de leitura feita por Lajolo e Zilberman (1998), mostra o processo de nascimento, desenvolvimento e amadurecimento do leitor, a passagem das práticas de leitura tutelada para as práticas de leitura emancipada. Observa, ainda, a dimensão política desse processo que, simultaneamente, narra a história da modernização em nosso país. Diferentemente da Europa, somente a partir de 1840 o Brasil – ou mais precisamente o Rio de Janeiro, sede da monarquia – apresenta algumas condições indispensáveis para a formação do leitor, tais como bibliotecas, tipografias, livrarias etc. Entretanto, a escolarização ainda era muito precária.

Para escrever a história das práticas de leitura, as autoras utilizaram como documentação, ao lado das fontes tradicionalmente privilegiadas, as representações de leitura veiculadas pelos próprios textos literários e não-literários que fazem parte desta história.

Ao procurarem registros, no texto literário, de diversos aspectos referentes a teorias e práticas educacionais brasileiras, elas invocam e resgatam os testemunhos textuais de Machado de Assis, Raul Pompéia, Viriato Correia, José Lins do Rego e muitos outros, encenando o cotidiano escolar, as figuras de professor, as dificuldades de aprendizagem, as cartilhas e os métodos de leitura, as deficiências do ensino, as contradições entre a teoria e a prática, os desapontamentos dos alunos com a escola, a violência do sistema disciplinar, o ensino de literatura e outros dados presentes no contexto histórico. Com efeito, a fragilidade de práticas e projetos educacionais brasileiros é apreendida na multiplicidade de protagonistas que compõem a história da modernização do Brasil.

Na sociedade brasileira atual, a leitura constitui-se uma necessidade para todas as pessoas e um dos requisitos essenciais da cidadania. Entre outros exemplos básicos do cotidiano urbano, os letreiros de ônibus, as placas de ruas, os cartazes de supermercados e os caixas eletrônicos requerem práticas de leitura. Para competir no mundo do trabalho é preciso ter um aprendizado permanente, e essa exigência de atualização profissional relaciona-se diretamente com a leitura. Para conhecer e compreender as contradições do mundo capitalista globalizado, que

exclui milhares de pessoas da participação social, é preciso recorrer aos escritos que circulam em múltiplos suportes impressos, digitais, eletrônicos e outros. Também o exercício pleno da cidadania implica na capacidade de leitura, pois o desenvolvimento da competência de atribuir sentido ao texto escrito possibilita o posicionamento crítico do sujeito diante do mundo circundante. Enfim, a leitura permeia todas as relações e quem não lê tem pouca chance de conquistar um lugar ao sol dessa civilização hodierna.

Freire (1990) em texto publicado em 1982, a partir da reflexão de sua própria prática educativa, discute a importância do ato de ler por meio da compreensão crítica da alfabetização, da leitura e da biblioteca popular. Em sua proposta de alfabetização, o educador não dissocia *leitura* do mundo e leitura da palavra, concebendo o ato de ler como um ato essencialmente político. Esse entendimento da leitura traduz-se, então, em um processo que “não se esgota na decodificação pura da palavra escrita ou da linguagem escrita, mas que se antecipa e se alonga na inteligência do mundo” (FREIRE, 1990, p.11), estabelecendo relações contínuas e dinâmicas entre texto e contexto. A leitura da palavra, além de ser precedida pela leitura do mundo, é também uma maneira de transformá-lo por meio de uma prática consciente. O autor questiona uma visão ingênua de lei-

tura calcada na *palavra mágica*, ou seja, na salvação individual. Segundo Freire, a leitura crítica da realidade possibilita aos grupos populares uma compreensão política de sua situação no mundo e deve ser utilizada como instrumento de mudança social. Em vista disso, pode-se concluir que, para alterar as condições de vida da população, não basta apenas saber ler e escrever, mas é necessário a transformação nas relações de poder.

Também para Britto (2001, p.83) a prática de leitura envolve uma ampla discussão e não pode ser vista ingenuamente como “um ato redentor, capaz de salvar o indivíduo da miséria e da ignorância”. A leitura é uma prática social, uma ação cultural construída historicamente, e, conseqüentemente, “um ato de posicionamento político diante do mundo” (BRITTO, 2001, p.84). A consciência do caráter político do ato de ler é importante para que o sujeito tenha uma atitude emancipada frente ao texto, entendendo-o como produto e não como verdade. A visão mitificada e neutra da leitura, que considera o ato de ler em si mesmo, camufla o fato de que os discursos contêm representações de mundo. Desse modo, Britto (2001) contrapõe-se à promoção de uma prática de leitura de entretenimento, que ele denomina de “pedagogia do gostoso” em detrimento de uma leitura crítica:

É representativa desse movimento de valorização da leitura do prazer a campanha de incentivo à leitura promovida pelo Ministério da Educação em 1997, com o lema “quem lê, viaja”: as peças publicitárias de 30 segundos apresentavam situações de pessoas lendo livros nos lugares mais variados (ônibus, praia, academia de modelação física) e de tal modo envolvidas com a história que incorporavam fisicamente a personagem. A leitura, comparada a um narcótico (“quem lê, viaja”), nada tem a ver com a instrução de conhecimento ou com a experiência solidária e coletiva de crítica intelectual (BRITTO, 2001, p.86-87).

Com uma perspectiva que procura reconhecer e valorizar as práticas de leitura realizadas no Brasil, Abreu (2001) mostra que, desde o relato dos viajantes europeus até os dias atuais, a história da leitura no Brasil é marcada pelo tom do lamento e pela sensação do fracasso. Para explicar os constantes insucessos das práticas pedagógicas de leitura, a autora levanta como hipótese a ausência de explicitar o tipo de leitura objetivado e de definir o tipo de texto esperado. Essas indefinições também se fazem presentes nas campanhas governamentais de incentivo à leitura, como a do já mencionado slogan *quem lê, viaja*:

[...] Novamente, trata-se de uma leitura sem objeto, em que o ato de ler é tomado como bom em si, idéia reforçada pelo texto que assegura: “ler é vi-

ver, ler é prazer, leia, leia, leia mais". Para viver e ter prazer é preciso ler o quê? Não importa, basta que se "leia, leia, leia mais". Um texto dessa natureza só faz sentido se se imaginar que estamos diante de uma *tabula rasa*, de um país sem leitores, em que cumpre estimular o contato com o livro – seja ele qual for. No entanto, as ilustrações que acompanham a campanha, mostrando leitores caracterizados como personagens de romances, sugerem que a leitura que se quer estimular é a de identificação e evasão, aquela que faz com que o leitor se sinta Peri em uma academia de ginástica. Ou seja, no Brasil, até mesmo as formas que demandam menor envolvimento intelectual estariam ausentes, cabendo ao governo os esforços no sentido de promovê-las. Campanhas desta natureza, que visam a estimular a leitura de entretenimento, não deveriam ser de responsabilidade do Estado, e sim das editoras comerciais que são, afinal, quem tem a ganhar com o consumo desses livros (ABREU, 2001, p.150-152).

Ainda que ocorram divergências entre os estudiosos da leitura sobre a maneira como vêm sendo encaminhados projetos, campanhas e programas de incentivo à leitura no Brasil, ninguém discorda da importância da leitura no mundo contemporâneo. Saber ler e escrever tornou-se condição básica de participação na vida social, política, econômica e cultural do país. Mas, como bem lembra Abreu (2001), é preciso ter condições materiais para ser lei-

tor. Nesse sentido, para termos uma sociedade democrática e justa, devemos lutar para que toda população seja alfabetizada, tenha acesso às escolas e bibliotecas públicas de qualidade. E ainda emprego, moradia e saúde são pré-requisitos para formação do leitor e do cidadão. Educação, saúde, trabalho e moradia são direitos fundamentais do ser humano.

A política social na área educacional, bem como em outras áreas sociais, está presente nos artigos 6º a 11º da Constituição Brasileira de 1988. Os direitos sociais, que integram essa Constituição, estão referidos no capítulo II, do título II, relativo aos Direitos e Garantias Fundamentais (BRASIL, 2002, p.12-16). Tais direitos implicam a execução de políticas sociais, que compreendem programas, projetos, diretrizes, entre outros e, portanto, sempre que envolverem verbas públicas, devem ser obrigatoriamente avaliadas. Espera-se, nessa avaliação das políticas sociais, que os direitos sociais estejam sendo respeitados e cumpridos.

Na atual conjuntura política e econômica, em que se assiste ao aumento crescente do desemprego e da miséria em nosso país, torna-se fundamental a intervenção do Estado para concretizar os direitos sociais garantidos constitucionalmente em 1988. Para que

esses direitos se realizem, no entanto, é necessária a mobilização da sociedade. Mas, como realizar direitos desconhecidos pela maior parte da população brasileira que mal sabe ler e escrever? A problemática em questão é bastante complexa porque foi gerada no bojo das contradições da sociedade capitalista. De acordo com o artigo 205 da Constituição Federal, a educação deve ser um direito de todos e obrigação do Estado (BRASIL, 2002, p.128). O poder público precisa, pois, se responsabilizar pelas políticas de popularização da leitura.

Assim sendo, capacidade de leitura é um direito de todo cidadão e é função da escola prover sua aprendizagem. Por isso a temática da leitura está intrinsecamente associada ao conceito de cidadania, que se relaciona com a sociedade civil. Em sua etimologia, Cidadania vem de *cidade*, Cidade vem de *civitas, civilis*. Assim, cidadania é ação que torna um indivíduo civil, porque passa a habitar uma cidade e fazer parte de uma civilização. Ao longo dos anos, o conceito de cidadania amplia-se em seus direitos e deveres e vincula-se ao Estado, exprimindo uma relação de caráter jurídico entre o indivíduo e o Estado.

Segundo Vieira (2001, p.12-3), "a idéia de sociedade civil sugere a idéia

de cidadania e de uma sociedade criada dentro do capitalismo". Ao comentar as bases do Direito Educacional, o ensaio aborda a educação como *um bem jurídico, individual e coletivo* que precisa ser cumprido. Para o autor, o conceito de cidadania define um conjunto de pessoas iguais em seus direitos:

Nesta sociedade, cidadania representa igualdade jurídica. Há quem elabore outros conceitos de cidadania, considerando-a igualdade social, igualdade real. De fato, a cidadania fundamenta-se no princípio de que as pessoas são iguais perante a lei e unicamente perante a lei, porque a cidadania consiste em instrumento criado pelo capitalismo para compensar a desigualdade social, isto é, a situação em que alguns acumulam riquezas, acumulam propriedades, enquanto outros não. Então, não existe cidadania sem garantias de direitos, não existe cidadania sem igualdade jurídica (VIEIRA, 2001, p.13).

Apesar de os direitos educacionais estarem assegurados constitucionalmente e do progressivo aumento do índice de escolarização dos brasileiros, pode-se questionar: as habilidades de ler e escrever – atualmente imprescindíveis para o reconhecimento do indivíduo como cidadão – estão realmente se efetivando na sociedade brasileira?

De norte a sul e de leste a oeste do Brasil constata-se a precariedade do domínio de escrita e de leitura em gran-

de parcela da população de baixa renda por meio de pesquisas educacionais, avaliação escolar governamental e diversos trabalhos científicos divulgados em congressos e publicações. Em vista da importância desse debate, um levantamento exaustivo e atualizado acerca de pesquisas sobre a leitura no Brasil – dissertações e teses realizadas nas duas últimas décadas do século XX nas universidades brasileiras – mostra que o interesse acadêmico sobre essa temática aumentou substancialmente (FERREIRA, 2002).

A pesquisa estatística mais completa e recente sobre leitura no Brasil, com vistas a identificar a penetração da leitura de livros e seu acesso no Brasil, revela que o mercado comprador de livros representa 20% da população brasileira alfabetizada com 14 anos ou mais anos. Dessa pequena parcela de compradores, 53% são moradores da Região Sudeste e mais da metade são de cidades grandes e metrópoles. Os maiores índices de leitura e compra de livros encontram-se nos estratos sociais mais elevados: classe A e com instrução superior. Ou seja, “1% da população possui 22% dos livros, revelando que a posse de livros apresenta dinâmica idêntica à distribuição de renda no país, onde poucos têm muito e muitos têm pouco” (CBL, 2001, p.36).

Vale destacar ainda alguns resultados dessa pesquisa relevantes à nossa discussão. As estatísticas referentes ao *Acesso ao Livro* chamam a atenção porque mostram que a metade dos livros da leitura corrente foram comprados, em contraposição a 8% pertencentes às bibliotecas e 4% dado pela escola (CBL, 2001, p.56). Conclui-se, então, que a baixa posse de livros, somada ao baixo poder aquisitivo da maioria dos leitores, oferece poucas alternativas de leitura dentro de casa. Como alternativa na busca de opções para acesso a livros, a pesquisa aponta para a necessidade de criar programas que facilitem o acesso a livros e a ampliação do número de bibliotecas (CBL, p.57). Com relação à *Apreciação da leitura*, enfatizam-se dois fortes componentes: a dependência da escolaridade e do poder aquisitivo. Esses fatores, de acordo com a pesquisa, podem ser minimizados por meio de programas governamentais para aumento de escolaridade da população e do tempo de permanência na escola, somadas a ações de melhoria no padrão educacional, e de programas que melhorem o acesso aos livros pela população (CBL, p.71).

Esse retrato do mercado do livro no Brasil revela que tipo de modelo de desenvolvimento para o país? Alguns lendo por muitos e para muitos, enquanto muitos sem acesso ao universo dos livros.

O que isso significa? O livro (e a leitura) está pouco presente na educação brasileira? Como podemos gerar novas tecnologias e produzir ciência sem leitura? Para onde queremos ir?

A preocupação com a leitura no Brasil ganha relevo a partir da década de setenta, momento em que é detectada uma crise da competência da leitura nos três graus de ensino e, contraditoriamente, marcado pela expansão do mercado editorial brasileiro. Para superar tal crise, agravada ainda mais pelos precários índices de alfabetização que impediam o desenvolvimento do país, o governo procurou erradicar o analfabetismo por meio do Movimento Brasileiro de Alfabetização – MOBRAL, mas estudos mostram que o programa acabou fracassando.

Nos anos 80, a literatura infantil-juvenil acaba sendo privilegiada, em decorrência da prioridade do trabalho de formação do leitor. Nesse período, embalada pelo discurso de redemocratização do país, a escolaridade atinge um número cada vez maior de pessoas de baixa renda, que não possuíam recursos para a compra de livros. A produção literária é então favorecida por uma política educacional que investe na compra de livros e incentiva o desenvolvimento do setor editorial: são criados programas oficiais de fomento ao livro, como o *Programa Nacional Salas de Leitura* – PNSL, para dis-

tribuição de livros de literatura infantil às escolas. O governo tornou-se o principal comprador dos editores nessa área, entretanto, deu prosseguimento a uma política de leitura que prioriza o livro didático.

Ao discutir o mercado de livros no Brasil na década de 80, Hallewell (1985, p.607) aponta que um dos fatores a ser equacionado pelo governo brasileiro é a ênfase na oferta de instrução e o descuido com a falta de motivação para ler. O pesquisador mostra que o mercado escolar brasileiro representa quase metade da produção nacional de livros e, até a década de 70, as tiragens dos livros didáticos publicados eram “as maiores do mundo não-comunista”. Já a produção de livros para criança na década de 80 representa “pouco mais de um livro para cada criança do país a cada dois anos”, cujas causas são atribuídas à pobreza e à precariedade de distribuição e de circulação dos livros:

[...] Tanto a pobreza do país como a escassez de livrarias contribuem para isso. Mas, fator muito mais importante é a extrema insuficiência de bibliotecas públicas. Algumas – poucas – localidades dispõem de um serviço decente de bibliotecas infantis há trinta anos ou mais; mas, na maior parte do país o serviço de biblioteca como um provedor de leitura de lazer para as crianças é um conceito quase desconhecido. A enorme maioria das

bibliotecas públicas existentes, mal equipadas, pobremente mobiliadas e gravemente carentes de recursos para livros, presta-se quase que somente de local para os alunos mais velhos do curso secundário fazerem suas lições de casa. Ao invés de oferecer às crianças um lugar onde refugiar-se da educação formal, a biblioteca atua como mera extensão da escola. [...] (HALLEWELL, 1985, p.593-594).

Para solucionar o problema, o autor sugere uma revisão completa dos serviços da biblioteca pública do Brasil, capacitando-os para prover a leitura de lazer, tendo em vista, principalmente, o público jovem. Mas não é somente a biblioteca pública brasileira que apresenta problemas, outro pesquisador revela uma temática fundamental para compreendermos melhor a questão da precária formação do público leitor no Brasil: a da biblioteca escolar.

Silva (1999) mostra o papel social da biblioteca e defende a conversão desse tema em objeto de estudo e de políticas públicas, justificando que tanto as bibliotecas escolares quanto as bibliotecas públicas são instituições sociais destinadas à democratização da cultura. Sua abordagem enfatiza a responsabilidade da biblioteca escolar no contexto das contradições brasileiras, que exclui a maioria da população da vida social, econômica e cultural:

[...] É nela que a maior parte de nossas crianças terão a oportunidade, muitas vezes única em suas vidas, de contato com livros e outros documentos. Essa idéia aplica-se especialmente às escolas públicas onde estudam as crianças das classes populares que, pela natureza seletiva e excludente da escola burguesa, são expulsas da vida escolar muito antes de terem completado a escolaridade mínima obrigatória. Estão aí os dados relativos à evasão e à repetência escolar que, há décadas, atiram-nos contra o rosto provas cabais da incompetência do nosso aparelho escolar para a missão de escolarizar os filhos da classe trabalhadora.[...] (SILVA, 1999, p.67).

Ampliando um pouco mais essa discussão, a problemática da biblioteca também se estende para as universidades. Romeu (1994), ex-reitor da Universidade Federal Fluminense, tematiza a questão da leitura e da formação profissional, observando que enquanto uma parte da humanidade detém o conhecimento, a outra descuida de sua aquisição e desenvolvimento. Para confirmar a idéia de que as universidades são alavancas de mudanças no Terceiro Mundo, de acordo com Romeu, é preciso que tenham bibliotecas atualizadas com livros comprados no mercado externo e interno, objetivando formar pessoas capazes de gerar novos conhecimentos. Nesse sentido, o autor evidencia que a formação em qualquer grau de ensino requer leitura e propõe a implantação de programas para sanar o problema:

[...] Mais do que isso, precisamos estabelecer programas que obriguem qualquer instituição que se chame escola a ter, antes da preocupação com a formação de seus estudantes, antes da preocupação com suas instalações, a preocupação em formar suas bibliotecas, em estocar livros, e, além disso que também tenham a preocupação de fazer com que seus estudantes tenham o hábito de ler, porque só dessa maneira eles estarão sendo formados exatamente para serem cidadãos capazes de transformar a sociedade (ROMEU, 1994, p.16).

O cotidiano da maior parte das escolas públicas brasileiras revela a carência ou mesmo a ausência da (ou do uso da) biblioteca escolar. O governo tenta solucionar o problema com seus programas de distribuição de livros, investindo uma quantidade considerável de recursos na compra de acervos para serem enviados às escolas, mas não consegue resolver a questão da leitura, porque, entre outros problemas a serem equacionados nesses programas, não investe na valorização e capacitação do professores.

Não basta apenas o Estado criar e distribuir acervos às bibliotecas escolares por meio dos programas de incentivo à leitura. Se os livros não forem utilizados efetivamente, não há sentido nesses programas a não ser beneficiar a indústria do livro. A escola precisa investir na competência da leitura por

que é o lugar principal onde se aprende a ler e escrever. A prática de leitura deve ser prioridade no projeto pedagógico escolar e merecer destaque em todas as disciplinas que compõem o currículo. A leitura é uma atividade cognitiva de alto grau de complexidade que, mesmo feita silenciosa e isoladamente, implica a sociabilidade porque é uma prática social. Desse modo, ao priorizar a formação e o fortalecimento do leitor, a instituição escolar precisa oferecer aos estudantes oportunidades para trocar experiências e debater o que leram, tornando essa atividade plural, instigante e significativa tanto para os alunos como para o professor.

Muitos especialistas sugerem que a capacidade de ler pode ser mais bem desenvolvida por meio do texto literário, que favorece mais a descoberta de sentidos que outros tipos de textos. Se, por um lado, a leitura literária, dado seu aspecto lúdico e ficcional, parece aparentemente desprovida de qualquer utilidade prática e, portanto, apresenta-se como um possível chamariz; por outro lado, dado seu aspecto polissêmico e denso, exige uma participação ativa do leitor na construção de sentido para o texto. Assim, as leituras literárias proporcionam, ao mesmo tempo, prazer e conhecimento, além de contribuir para formação do gosto do leitor. O aprendiz experimenta a aventura

ra de preencher os vazios literários, num texto polifônico e democrático, para poder arriscar-se a uma participação efetiva no mundo da vida. Nas palavras de Bordini e Aguiar (1988):

A riqueza polissêmica da literatura é um campo de plena liberdade para o leitor, o que não ocorre em outros textos. Daí provém o próprio prazer da leitura, uma vez que ela mobiliza mais intensa e inteiramente a consciência do leitor; sem obrigá-lo a manter-se nas amarras do cotidiano. Paradoxalmente, por apresentar um mundo esquemático e pouco determinado, a obra literária acaba por fornecer ao leitor um universo muito mais carregado de informações, porque o leva a participar ativamente da construção dessas, com isso forçando-o a reexaminar a sua própria visão da realidade concreta (BORDINI; AGUIAR, 1988, p.15).

Todavia aprender a ler não é uma atividade natural, para a qual se capacita sozinho. Entre livros e leitores, portanto, há importantes mediadores. O mediador mais importante é ou deveria ser o professor, figura fundamental na história de cada um dos alunos. A leitura é ferramenta essencial para a prática de seu ofício, por isso ele precisa revelar-se um leitor apaixonado e uma forte referência para seus aprendizes. Cabe a ele o papel de desenvolver no aluno o gosto pela leitura a partir de uma aproximação afetiva e significativa com os livros. Não há receitas a

seguir: cada professor, de acordo com sua história de leitura e as necessidades de seu alunato, tem condições de avaliar o melhor caminho a ser desbravado. No entanto, para que haja êxito na formação do leitor, o professor precisa efetivar uma leitura estimulante, reflexiva, diversificada, crítica, ensinando os alunos a usarem a leitura para viverem melhor.

Como se vê, escolas, bibliotecas, livros e professores, desempenham um papel fundamental na formação de leitores. Mas será que esses fatores resolvem a problemática da popularização da leitura? De acordo com Zilberman (1999), as condições necessárias para democratização da leitura provêm de uma política de leitura, cuja demanda deve estar na pauta de reivindicações da sociedade civil:

A escola é a instituição encarregada da alfabetização da criança; entretanto, os meios para a difusão da leitura provêm de um setor mais amplo. Dizem respeito ao conjunto de uma política de leitura, que transcorre preferencialmente na escola, mas resulta de um posicionamento de toda a sociedade civil. Isto determina decisões em nível de Estado e se traduz por intermédio de uma ação cultural e pedagógica. São os sintomas mais nítidos dessa política: as diretrizes de ensino e os currículos, o provimento das bibliotecas públicas e escolares, bem como as modalidades de edição e divulgação de obras literárias (ZILBERMAN, 1999, p. 42).

Diante de todo o exposto, torna-se necessário que as políticas públicas de leitura promovam não apenas o consumo aleatório de livros e o lucro das editoras, mas ofereçam as condições necessárias para a formação do leitor e do cidadão consciente. Para tanto, a sociedade civil precisa participar ativamente das ações das políticas públicas do Estado, bem como exigir e acompanhar a avaliação dos resultados, principalmente, no que concerne ao aumento do público leitor. Outro aspecto da leitura que não pode ser esquecido é a definição de sua concepção e de seus objetivos. Conforme procuramos mostrar, a leitura, concebida e praticada em sua dimensão política no mundo contemporâneo, poderá propiciar uma compreensão crítica da realidade e impulsionar uma transformação nas relações de poder, com vistas a modificar de fato a vida de milhares de pessoas que são excluídas da participação efetiva nos rumos desse país.

Referências bibliográficas

- ABREU, M. Diferença e desigualdade: preconceitos em leitura. In: MARINHO, M. (Org.). *Ler e navegar: espaços e percursos da leitura*. Campinas, SP: Mercado de Letras/Associação de Leitura do Brasil, 2001.p. 139-157.
- AGUIAR, V. T. de; BORDINI, M. da G. *Literatura: a formação do leitor*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1988.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 29.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRITTO, L. P. L. Leitura e política. In: EVANGELISTA, A. A. M. (Org.). *A escolarização da leitura literária*. 2.ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2001.

CBL/BRACELPA/SNEL/ABRELIVROS. *Retrato da leitura no Brasil*. Cd-rom. Franceschini: São Paulo, 2001.

FERREIRA, N. S. de A. *A pesquisa sobre leitura no Brasil: 1980-1995*. Campinas, SP: Komedi; Arte Escrita, 2001.

FREIRE, P. *A Importância do ato de ler: em três artigos que se completam*. São Paulo: Cortez: Autores Associados; 1990.

HALLEWELL, L. *O livro no Brasil: sua história*. Tradução Maria da Penha Villalobos e Lólio Lourenço de Oliveira, revista e atualizada pelo autor. São Paulo: T. A. Queiroz; Ed. da Universidade de São Paulo, 1985.

LAJOLO, M.; ZILBERMAN, R. *A formação da leitura no Brasil*. 2.ed. São Paulo: Ática, 1998.

Luz Brasil, Zé da. *Confissão de Caboclo*. In: LAJOLO, M.; ZILBERMAN, R. *A formação da leitura no Brasil*. 2.ed. São Paulo: Ática, 1998. p. 296.

ROMEU, J. R. Leitura e formação profissional. In: *Simpósio Nacional de Leitura: leitura, saber e cidadania*. Rio de Janeiro: PROLER/CCBB, 1994.

SILVA, W. C. da. *Miséria da biblioteca escolar*. 2.ed. São Paulo: Cortez, 1999.

VIEIRA, Evado. A Política e as Bases do Direito Educacional. *Cadernos CEDES: Políticas Públicas e Educação*. Ano 21, n.55, p.9-29, nov. 2001.

ZILBERMAN, R. Sociedade e Democratização da Leitura. In: BARZOTTO, V. H. (Org.). *Estado de leitura*. Campinas, SP: Mercado de Letras/Associação de Leitura do Brasil, 1999. p.31-45.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

Danielle Mastelari Levorato*

Resumo

O presente artigo objetiva discutir o problema do direito subjetivo em relação ao meio ambiente. Quem realmente tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado? Para tanto abordamos questões relacionadas à legislação atual, como o direito das futuras gerações, além de analisar a superação da teoria antropocêntrica, o direito de outras espécies de vida, a ética de Jonas etc.

Palavras-chave

Direito subjetivo. Meio ambiente. Direito fundamental. Antropocêntrica. Futuras gerações. Ecologicamente equilibrado.

THE RIGHT TO THE ECOLOGICALLY BALANCED ENVIRONMENT

Abstract

The present article has the objective to discuss the problem of the subjective right in relation to the environment. Who really has the right to a balanced ecologically environment? As such we approached some questions related to the present legislation, as the right of the future generations, besides analyzing the overcoming of the anthropocentric theory, the right of other life species, Jonas ethic etc.

Keywords

Subjective right. Environment. Fundamental right. Anthropocentric. Future generations. Balanced ecologically.

EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN EQUILIBRIO ECOLÓGICO

Resumen

¿Quién tiene realmente el derecho al medio ambiente en equilibrio ecológico? Este artículo objetiva discutir el problema del derecho subjetivo con relación al medio

* Mestranda em Direito pelo UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília.

ambiente. Para isso, se aborda as questões relacionadas com a legislação actual, como el derecho de las futuras generaciones, además de analizar la superación de la teoría antropocéntrica, el derecho de otras especies de vida, la ética de Jonas etc.

Palabras clave

Derecho subjetivo. Medio ambiente. Derecho fundamental. Antropocéntrica. Futuras generaciones. Ecológicamente equilibrado.

Introdução

É certo que, com o aparecimento do homem, nunca mais a natureza teve paz. Com ele vieram os mais diversos tipos de degradação. O homem passou a se beneficiar de todos os recursos disponíveis, sem se preocupar com a escassez ou mesmo como repô-los. Nas últimas eras, marcadas pelo desenvolvimento capitalista e tecnológico, o homem visou tão-somente a obter lucros, usufruindo tudo o que lhe era oferecido sem nenhum ônus. Por isso o que se vê hoje é uma natureza enfraquecida, empobrecida, danificada pela própria humanidade. Em meio a este cenário triste e dantesco, haveria de nascer o Direito Ambiental para tentar impedir o extermínio da espécie humana por ela mesma.

Padecendo o Brasil ainda, embora no albor do terceiro milênio, de eflúvios do positivismo jurídico (pensamento filosófico arraigado no final do século XIX, inadequado à realidade social contemporânea, em face do recente surto evolucionista tecnológico, principalmente), a re-

cepção a essa modalidade do Direito não se fez favorável.

O positivismo possui caráter eminentemente antropocêntrico. Trata-se de uma visão radical na qual a tutela é voltada somente para a proteção do homem, como ser completamente independente, podendo se beneficiar da natureza sem nenhum tipo de preocupação com as conseqüências. O homem age antropocentricamente em razão do *habitat* natural, isto é, primeiro ele, depois o ambiente.

O mundo evoluiu, enfraquecendo o conceito antropocêntrico tradicional, embora proceda ele de uma teoria milenar que a doutrina positivista re-luta em aceitar, pois o homem, desde o seu surgimento, vem deturpando o entendimento sobre o direito à natureza e, principalmente, ignorando o direito da natureza. Até que se admite hoje a interdependência e a interação entre homem e natureza, já que um depende do outro. Embora existam algumas contradições sobre a questão, não seria

admissível que se tutelassem outras espécies de vida se o fim último não fosse garantir ao homem uma vida digna, uma vida sadia e, mais, se não fosse para a preservação da espécie humana sobre a Terra. Esse conceito antropocêntrico continua em vigor, mesmo porque a proteção jurídica da natureza depende do homem.

A preservação da natureza não é feita por ela mesma, mas sim em razão do homem, titular real do direito de viver em meio a um ambiente ecologicamente equilibrado. A Constituição Federal adotou esse conceito de antropocentrismo alargado, quando garantiu o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado às futuras gerações, além de admitir uma responsabilidade social por parte do Estado e da coletividade, no sentido de assegurar a integridade da natureza, como condição de preservação do futuro da humanidade.

Assim, o antropocentrismo alargado em relação ao meio ambiente, segundo Leite (2000, p.75), citando Aguiar (1994, p. 20-21), deve obedecer a algumas preocupações, a saber:

1. o ser humano pertence a um todo maior, que é complexo, articulado e interdependente;
2. a natureza é finita e pode ser degradada pela utilização perdulária de seus recursos naturais;
3. o ser humano não domina a natureza, mas tem de buscar caminhos

para uma convivência pacífica, entre ela e sua produção, sob pena de extermínio da espécie humana;

4. a luta pela convivência harmônica com o meio ambiente não é somente responsabilidade de alguns grupos *preservacionistas*, mas missão política, ética e jurídica de todos os cidadãos que tenham consciência da destruição que o ser humano está realizando, em nome da produtividade e do progresso.

O que impõe agora é

a idéia de dever e responsabilidade do agente humano relativamente à natureza e ao futuro das próximas gerações sobre a Terra (GIACÓIA JÚNIOR, 2000, p.194).

O saber-dever do homem se transformou hoje em ameaça. A tecnociência maximiza os poderes do homem, de tal sorte que esse totalitarismo

põe em risco o mundo natural e a humanidade inteira. O que o poder apocalíptico da tecnociência põe em jogo além da sobrevivência física da espécie humana é também a própria integridade da sua essência (NEDEL, 2001, p. 129).

tanto que o progresso científico transformou-se numa prática constante de ataque às condições globais da vida humana, do futuro da espécie e da natureza como conjunto.

Na "transmodernidade" (COELHO, 2001, p. 33), a ética antropocên-

trica, vista tradicionalmente como “ética da proximidade, cujas normas estão inseridas mais no âmbito pessoal” (NEDEL, 2001, p. 130), padece de obsolescência. O que importava a essa ética acabou absorvido pelo interesse da coletividade, que passa a se preocupar com o *status* integral da vida humana e da existência das espécies no futuro. As novas questões que em razão do meio ambiente são geradas pelo incremento incomportável da tecnociência obriga a essa ética da responsabilidade, eis que o “desenvolvimento da tecnologia, entretanto, não pode colocar sob hipoteca a sobrevivência e a integridade da espécie humana” (NEDEL, 2001, p. 130).

Nem se trata de ab-rogar as antigas nem de as substituir, mas de “adicionar ao catálogo... outras novas que nunca foram consideradas, porque não havia ocasião para isso” (JONAS, 1996 apud NEDEL, 2001, p.131).

Diante do impacto das mudanças profundas advindas com a moderna tecnociência, a nova dimensão da responsabilidade implica conseqüências tão sérias quanto indefinidas, o que pressupõe a redefinição dessa responsabilidade do indivíduo para o coletivo, sem a sua exclusão. Isso implica numa assunção sócio-política com o envolvimento principalmente de instituições.

Do que se ressentem a natureza, filosoficamente, é do desdém com que dela trataram e tratam os humanos. Não se percebeu ainda, malgrado todos os esforços conjuntos internacionais, que há um temor pelo que possa ser o futuro, um cenário tétrico de degradação ambiental totalmente negativo para as próximas gerações.

Para Giaccóia Júnior (2000, p. 199)

Reconhecer à natureza um direito próprio e uma significação ética autônoma (independente, portanto, de sua condição de meio para a satisfação das necessidades e desejos humanos) significa abandonar a postura tradicional que considerava o homem como ápice da natureza e coroa da criação. Trata-se, também, de reconhecer, como *fin* *em* *si*, os seres naturais, e não apenas o ser humano, enquanto ser racional.

1 O direito subjetivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no Brasil

Para respondermos a questão inicial, devemos nos reportar ao *caput* do artigo 225 da Constituição Federal:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Logo no *caput* do artigo encontramos a palavra *todos*, o que implica indagar qual seria o verdadeiro sentido de um termo tão abrangente. Afinal *todos*, não significa nada além de algo completo, íntegro, que não deixa nada de fora, seria qualquer um? Uma massa? Trata-se de uma generalidade. Poderíamos considerar toda a humanidade, todos os brasileiros, todos os seres vivos que compõem os mais diversos tipos de ecossistemas.

Em relação então ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, seria obrigatória a adoção do significado do termo *todos*, para os homens, a humanidade e todas as espécies de vida que compõem esse super-sistema, esse macrobem de uso comum que é o planeta em que vivemos.

Antropocêntrica e constitucionalmente somos obrigados a restringir seu significado e a aceitar que esse termo se refere a todos os brasileiros natos ou naturalizados e também a todos os estrangeiros residentes ou em trânsito pelo país, deixando de adotá-lo em sentido *lato*, cuja generalidade compreenderia a humanidade, passando a especificar os destinatários da norma, a exemplo de outros dispositivos do texto constitucional em que o mesmo pronome indefinido foi utilizado para referir-se àqueles.

Segundo Silva (1998, p. 31, grifo nosso), “o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pertence a *todos*, incluindo aí as gerações presentes e futuras, sejam brasileiros ou estrangeiros”. Subentenda-se aqui a parte que cabe aos estrangeiros, se tratar de estrangeiros residentes ou em trânsito pelo território brasileiro. Os estrangeiros que não estejam no Brasil não poderão ter resguardados os seus direitos.

E não poderia ser de outra forma, já que vivemos num Estado Democrático de Direito, no qual as normas, mesmo a máxima, a Constituição, não ultra-age dos limites territoriais nem interfere na soberania de outras Nações.

A *lattere*, a Constituição protege as *presentes e futuras gerações* de brasileiros e de estrangeiros que poderão residir ou mesmo estar em trânsito pelo país. Assim, se todos (brasileiros e estrangeiros) adotarmos um estilo de vida com o objetivo de utilizarmos racionalmente os recursos naturais e de promovermos o desenvolvimento sustentável adequado, estaremos contribuindo diretamente para a manutenção da vida sadia em nosso planeta para as gerações protegidas.

Portanto, tendo o Direito Ambiental como fim principal tutelar a qualidade de vida, ou seja, a qualidade

da vida humana, obrigatoriamente está tutelando os mais diversos tipos de espécies e ecossistemas que compõem o equilíbrio natural do planeta, pois somente por meio da preservação mútua é que poderemos pensar em qualidade de vida, em preservação e manutenção da espécie humana. No enfoque, o termo *todos*, inicialmente considerado somente para especificar o povo brasileiro (nato ou naturalizado), acaba por adquirir um certo grau de *amplitude*, já que a tutela ambiental estará, também, estendida aos estrangeiros residentes ou aos que possam vir no futuro a residir no país, assim como aos estrangeiros em trânsito, desta ou das futuras gerações, inclusive outras espécies de vida e não somente a humana, mas que existam ou venham a existir, ainda que estejam em rota migratória, em território brasileiro, e que contribuam para a manutenção de um ambiente ecologicamente equilibrado. Verifica-se a confirmação da tese do atual conceito de antropocentrismo alargado, defendida inicialmente. Assim, podemos justificar, dentre outros temas, a tutela penal do meio ambiente, regulamentada pela lei 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Esta tutela resguarda direitos no tocante a

fauna, flora etc., além de responsabilizar pessoas físicas ou jurídicas.

No tocante ao direito subjetivo, podemos defender que, mesmo sendo difuso o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que em um primeiro momento poderá dar-nos a impressão de dois conceitos antagônicos – e são, pois o direito subjetivo diz respeito aos direitos inerentes ao ser humano e o direito difuso a um direito transindividual, referente a uma parcela da sociedade não determinada e indeterminável –, ainda assim acreditamos que todas as pessoas individualizadas entre si terão legitimidade para a defesa e proteção desse bem, já que se trata de um direito fundamental da pessoa humana. O nosso ordenamento jurídico disponibiliza meios processuais, como a ação popular ambiental, quando qualquer cidadão poderá atuar como parte ativa para efetivamente proteger esse meio por ser um direito transindividual, podemos afirmar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito subjetivo difuso. Isso implica numa mudança ou reformulação de conceitos tradicionais do direito, pois a indeterminabilidade subjetiva dos interesses difusos diz respeito à realização dos interesses da coletividade como um todo. Aqui qualquer instituição privada ou mesmo pública poderá pleitear a defesa desse direito subjetivo em prol da sociedade; seria um direito

subjetivo da instituição em relação à coletividade, já que, conforme a Carta Magna, *todos* têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e cabe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Da mesma maneira com que a Constituição de 1988 indicou *todos* como destinatários do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ela sabiamente o declarou como *bem de uso comum do povo*. Aí, novamente, percebemos o direcionamento da norma para uma parcela específica da humanidade, ou seja, o povo brasileiro.

2 O meio ambiente como direito fundamental

No decorrer da história da humanidade registram-se os mais diversos tipos de conflitos, guerras, disputas etc. Talvez grande parte desses conflitos possa ter em comum a ânsia do homem em adquirir um pedaço de terra. Pelo menos, para John Locke, conforme expõe Dornelles (1993, p. 19):

A propriedade seria o direito natural inalienável do ser humano, o direito fundamental do qual decorrem os demais direitos dos indivíduos. O direito à propriedade seria, então, o motivo pelo qual cada indivíduo cede parte de suas liberdades e direitos para a forma-

ção da instância que garantirá e protegerá a existência desse direito, ou seja, o Estado-governo.

Essa apropriação, esse direito de propriedade (que, segundo a teoria contratualista, poderia ter nascido no momento em que o homem começa a se fixar em determinados lugares, e a abrir mão de parcela de seus direitos individuais em benefício de um Estado), fez com que ele não se desse conta de que seu principal direito (a vida) poderia estar sendo ameaçado.

Muitos Estados organizados não conseguiram garantir vida digna ao seu povo. Alguns usaram da exploração, da escravidão de parcelas da humanidade mais fracas. Outros não se contentaram com seus limites e invadiram e escravizaram nações, instituíram políticas de opressão, de segregação racial etc.

Tanto a Revolução Francesa (baseada nos princípios de igualdade, liberdade e fraternidade) quanto a Revolução Americana exerceram papel fundamental na positividade dos direitos humanos. A propriedade passou a não ser mais vista como garantia de felicidade humana. Rousseau (ROUSSEAU apud DORNELLES, 1993, p. 20) foi um importante contribuinte para a formação dessa nova realidade, já que para ele:

[...] a propriedade era a fonte da desigualdade humana, e, como tal, da

perda da liberdade. Os indivíduos não deveriam abrir mão de sua liberdade, nem de sua soberania, nem de sua igualdade.

A luta era concentrada na tentativa de diminuir o poder do Estado, principalmente por se tratar de uma sociedade feudal, baseada em privilégios. Surge uma nova classe: a burguesia. E a Igreja perde sua força, já que as pessoas não aceitavam que os direitos naturais do homem provinham de Deus.

Os direitos individuais passaram a ser considerados como fundamentais, ainda que formalmente. Todos são iguais perante a lei, e a lei serviria para todos indistintamente, independentemente de sua classe social; todos os homens nascem livres, mas esta liberdade significava simplesmente a ruptura do homem com as glebas feudais, podendo se dedicar a uma nova vida, sem estar preso a um pedaço de terra que não fosse seu e submetido ao poder absoluto do Senhor Feudal, passando a exercer o poder de ir e vir, exercer outras atividades, ainda que tivessem que arcar com conseqüências, por vezes amargas, como se submeter à exploração da sociedade industrial que se estava formando.

Cada sociedade, no decorrer do tempo, estabeleceria, então, quais seriam seus principais direitos. Tudo era

baseado conforme as necessidades locais, sociais e políticas, religiosas e suas ideologias.

Em um segundo momento, a sociedade industrial e o avanço do capitalismo voraz, preocupados em aumentar a produção às custas da saúde de seus operários, que muitas vezes trabalhavam em condições desumanas, fizeram com que surgisse uma nova categoria de direitos fundamentais, a saber, os direitos coletivos de natureza social, ou seja, *direitos sociais, econômicos e culturais*. Não bastava garantir a igualdade e a liberdade, era necessária a participação do Estado para que esse direitos fossem efetivamente respeitados; havia a necessidade da previsão de mecanismos que viabilizassem esses direitos. Assim surgem os direitos ao trabalho, à previdência social, entre outros também importantes.

Aos direitos de primeira geração, que seriam os direitos individuais, aos direitos de liberdade e igualdade seguiram-se os direitos de segunda geração, que visam à proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Os direitos humanos como existem hoje não são somente provenientes de lutas sócio-políticas que serviram para o estabelecimento de medidas protetoras aos seres humanos contra os mais diversos tipos de opressão, exploração, torturas etc, mas também fruto de uma

grande evolução baseada na história de cada sociedade politicamente organizada, que teve necessidade de regulamentar seus direitos a fim de preservar-se efetivamente.

Bobbio (1992, p. 32) salienta que:

Também os direitos do homem são direitos históricos que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem.

Nesse contexto de pós-guerra desenvolvem-se os *direitos dos povos* ou *direitos da solidariedade*, que seriam os Direitos de Terceira Geração, os quais vão interessar a toda humanidade, já que boa parte desta foi testemunha das mais terríveis conseqüências ocasionadas pelo lançamento das bombas atômicas, holocausto, e outras formas de genocídio. Observou-se a capacidade de o homem utilizar-se de mecanismos capazes de destruir toda a humanidade e não só uma classe de pessoas, ou uma nação, mas todas as espécies de vida, todas as gerações; isto provocou um grande choque na consciência da humanidade.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem teve imensa importância no sentido de que toda a humanidade deveria estar de mãos dadas, tanto para se estabelecerem quais seriam realmente os

direitos humanos, como incentivar o reconhecimento desses direitos por todas as Nações, estabelecendo tanto obrigações quanto garantias.

Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, *na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo universal e positiva*: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado (BOBBIO, 1992, p. 32).

O reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental se deu pela Declaração de Estocolmo (1972). A Constituição nacional está à frente da grande maioria dos países, pois recepcionou a declaração. Esse direito fundamental tem como justificativa básica o Princípio 1 da Declaração:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras. A esse respeito as políticas que promovam ou perpetuam o

apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira continuam condenadas e devem ser eliminadas (SILVA, 1998, 59).

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi elevado à categoria de um direito fundamental de terceira geração, por cuidar especificamente da manutenção do homem sobre a Terra. O que eleva esse direito à condição dos direitos fundamentais é precisamente a sua finalidade, pois é impossível encontrarmos vida e muito menos vida sadia em um meio ambiente desequilibrado. Houve a necessidade de se formularem novos conceitos, inclusive éticos, capazes de garantir aos povos de todo o mundo sua manutenção e preservação.

A era das empresas multinacionais também contribuiu para a formulação deste novo direito fundamental, já que muitas delas se instalaram em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, onde os recursos naturais eram abundantes, e aproveitavam para explorá-los de forma irracional e sem a menor preocupação com sua escassez, ou mesmo em cuidar para que os efeitos de suas atividades não fossem tão devastadores. Não se falava em desenvolvimento sustentável, muito menos em preservação para as futuras gerações. O que interessava, naquele

momento, era a exploração e o aumento de seus cofres.

Acorda-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito humano fundamental que se relaciona com a dignidade da pessoa humana, mais especificamente com a dignidade de vida, já que a degradação da natureza põe em cheque a própria existência da humanidade, ainda que, não se tenha dado conta.

É uma necessidade social por excelência, pois visa à manutenção da vida no planeta de todas as espécies de vida possíveis de serem preservadas, evidenciando-se a espécie humana, por ser detentora tanto do direito à vida, como do dever de preservá-la, pois somente por meio da proteção e preservação deste bem de uso comum do povo é que poderemos manter a vida, ou melhor, a qualidade de vida do homem.

E é neste ponto que verificamos um grande dilema, pois a dificuldade das nações em promover a positividade desses direitos e principalmente de fornecer mecanismos de garantia e proteção desses direitos, põe em cheque toda a conquista da humanidade em prol de uma sociedade mais justa e igualitária. Bobbio (1992, p. 25), afirma: "[...] o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los."

Neste sentido, da elevação do meio ambiente como direito fundamental da pessoa humana, observamos que o Brasil tem se esforçado para apresentar mecanismos de proteção adequados. Ainda que alguns deles – como a lei de crimes ambientais – tenha pontos polêmicos e controversos, como a responsabilidade penal da pessoa jurídica, principalmente quando é o Estado responsável pela degradação ambiental, trata-se dos primeiros passos que devem ser analisados com carinho para que no futuro seja apresentada uma tutela mais eficaz.

De nada adiantará termos vida se não for dotada de qualidade, se não for sadia. E a implementação deste princípio depende de todos os povos e nações, visto que o meio ambiente é um bem indivisível, no qual um fato ocorrido em um determinado lugar poderá afetar populações de outros lugares, principalmente em se tratando de um mesmo continente.

3 O direito internacional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sua tutela

Internacionalmente é nítida a preocupação de todas as comunidades em relação à preservação da natureza. Basta verificarmos a grande quantidade de tratados, acordos, declarações e outros expedientes que tratam a questão.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no âmbito doméstico brasileiro, está direcionado, como se demonstrou, a todos os homens individualizados entre si sem qualquer distinção, principalmente quanto à nacionalidade, enquanto se encontrarem em território nacional. Admite-se a interdependência do homem e da natureza, como já visto, pela teoria antropocêntrica alargada, pois, mais importante do que tutelar a vida em todas as suas formas, é fazê-lo com a finalidade de salvaguardar o direito de as futuras gerações viverem em um ambiente saudável.

Adotando a teoria antropocêntrica alargada para fundamentar a tutela internacional, somos obrigados a raciocinar da mesma forma com que fizemos em relação ao direito brasileiro, e considerar como destinatários do meio ambiente ecologicamente equilibrado não só os homens sem distinção e sim outras espécies de vida, enquanto em solo nacional. Internacionalmente devemos considerar toda a humanidade e demais espécies de vida, estejam elas onde estiverem, já que, como anotado, há uma interdependência entre homem e natureza, e na verdade o meio ambiente desconhece fronteiras. Embora pareça que, neste âmbito, as comunidades continuem com os olhos voltados para a teoria antropocêntrica tradicional, segundo a qual a natureza existe para o

homem e tudo na natureza só faz senti-do se o homem for seu destinatário fi-nal, ainda assim se deve fomentar a preservação de todas as espécies de vida.

Portanto, faz-se necessária a for-mulação de mecanismos protetoras in-ternacionais, pois, na esfera interna, com certeza na brasileira, encontramos o homem e as demais formas de vida como destinatários da proteção ambien-tal, já que existe um vínculo de subor-dinação entre o Poder Público e povo.

Na esfera internacional, encontra-mos e acreditamos que o próprio Estado seria detentor do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, já que se tra-ta de um direito humano e é ele, o Esta-do, o garantidor da qualidade de vida do povo. Mello (2002, p. 143) adverte que

Se não existisse uma sociedade inter-nacional, os Estados não teriam di-reitos subjetivos, uma vez que estes direitos pressupõem a existência de um direito objetivo, que se manifes-ta na sociedade.

Nós não negamos que existam direitos fundamentais dos Estados, o que sus-tentamos é que eles não podem dar ao direito internacional um fundamento estável, porque eles variam de acordo com a época histórica.

Considerando o meio ambiente como sendo um todo global indivisível, poderemos concluir que fatos degradadores ocorridos em um determi-

nado Estado poderão, muitas vezes, re-percutir em qualquer outra Nação, com maior probabilidade de reflexos nas loca-lizadas lindeiramente ou no mesmo con-tinente onde se verificou a degradação. Nesse patamar o Estado, enquanto nação autônoma, investida de soberania, poder e dever, poderá defender-se, chamando para si o direito subjetivo de todo o seu povo de viver em um ambiente equili-brado, podendo exigir reparações do Es-tado degradante. No Brasil, as relações internacionais, amparadas pelo art. 4.º, I e II da Constituição de 1988, faz com que o Poder Público, em face de sua indepen-dência e ao elevar o direito ao meio am-biente à condição de direito fundamental da pessoa humana, não admita que outro Estado lesione os direitos subjetivos do seu povo de viver em um ambiente sau-dável, podendo acionar o Estado degra-dante.

Poderíamos imaginar que o arti-go 4.º da Constituição Federal Brasi-leira estaria elencando alguns dos di-reitos fundamentais da Nação Brasileira em relação aos outros Estados:

Art. 4.º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações inter-nacionais pelos seguintes princípios:

- I – independência nacional;
- II – prevalência dos direitos humanos;
- III – autodeterminação dos povos;
- IV – não-intervenção;

- V – igualdade entre Estados;
 - VI – defesa da paz;
 - VII – solução pacífica dos conflitos;
 - VIII – repúdio ao terrorismo e ao ra-cismo;
 - IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
 - X – concessão de asilo político.
- Parágrafo único. A República Federa-tiva do Brasil buscará a integração eco-nômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à for-mação de uma comunidade latino-ame-ricana de nações.

Importa lembrar que os Estados independentes entre si podem explorar seus recursos naturais, ou mesmo de-senvolver atividades dentro de sua so-berania de forma a não afetar o meio ambiente de seus pares. Nesse sentido, o princípio 21 da Declaração de 1972 é de suma importância:

Os Estados têm, de acordo com a Car-ta das Nações Unidas e os princípios de direito internacional, o direito so-berano de explorar os seus recursos se-gundo as suas políticas ambientais, e a responsabilidade de garantir que suas atividades levadas a efeito dentro de sua jurisdição ou controle não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição internacional (SILVA, 2002, p. 20).

Nesse mote, um fato degradador importante a se analisar é a questão da poluição transfronteiriça. Esse tipo de po-luição é de inteira responsabilidade do Es-

tado que lhe deu causa, e sua ocorrência é notada principalmente em países de um mesmo continente. Um dos primeiros re-gistros de ocorrência dessa natureza é re-latado também por Silva (2002, p. 15):

O Trail Smelter Case resultou de um acordo de arbitragem entre os Esta-dos Unidos e o Canadá de abril de 1935, com o objetivo de dar uma so-lução final a uma questão de polui-ção por dióxido de enxofre provocado pela fundição de zinco e chumbo em território canadense, com graves con-sequências no Estado de Washington nos Estados Unidos. Na decisão fi-nal, dada em 11 de março de 1941, o Tribunal reconheceu existir um prin-cípio de direito internacional segun-do o qual *o Estado tem sempre o dever de proteger outros Estados contra atos inju-riosos praticados por indivíduos dentro de sua jurisdição*. Em decorrência desse princípio, o laudo arbitral diz o se-guinte: *Nenhum Estado tem o direito de usar ou permitir o uso de seu território de tal maneira que emanações de gases oca-sionem dano dentro do território de outro Estado ou sobre as propriedades ou pes-soas que aí se encontrem, quando se trata de consequências graves e o dano seja de-terminado mediante provas certas e con-clusivas*.

A idéia de um Tribunal Interna-cional Ambiental, mesmo afrontando alguns Estados que se fundamentam num capitalismo não condizente com a realidade ética do desenvolvimento sustentável, é um importante instru-mento para dar validade e eficácia às

normas de direito internacional ambiental, já que se trata de direito fundamental da pessoa humana, com competência para intervir diretamente no Estado que esteja desrespeitando os tratados acordados, como também estaria legitimado a resolver conflitos entre Estados que tenham aderido ao acordo comum das nações a favor da criação da instância jurisdicional ambiental.

Mesmo que no plano internacional haja dificuldades nas sanções e no mecanismo do poder coercitivo, não há como negar a possibilidade de criação de um Tribunal Internacional do Meio Ambiente, pois, formou-se, e não é de agora, um sentimento comum de que existe uma sociedade internacional, a que se acham ligados os Estados particulares, e que devem existir normas de convivência que sofrem a influência das normas internas de cada Estado, mas cujo conteúdo é diferente, porque os interesses por elas protegidos são outros, as condições de vida são diferentes, os meios de execução também não podem ser os mesmos (BARRUFFINI, 2001, p. 280).

Nacionalmente podemos observar diariamente a atividade degradante por parte do Estado. Muitas são as ações civis públicas, ações populares, tanto porque o Estado degrada a natureza por comissão, quanto o faz por omissão (o que é maioria dos casos). E não se trata somente de degradação ambiental, mas também de prejuízos con-

cernentes à erradicação da pobreza, da saúde, do saneamento básico etc.

É de se evocar a nova ética formulada por Jonas, segundo a qual os Estados, enquanto instituições dotadas de personalidade jurídica e poder, são os que efetivamente, poderão estabelecer normas para que se respeite efetivamente a natureza. Os Estados podem e devem exigir condutas corretas daqueles que se encontram em seus territórios, como também estabelecer normas de controle ambiental para seus pares, além de responsabilizar a si próprios por eventuais degradações, já que não é raro esse tipo de comportamento, quando o próprio Estado atua como autor degradante.

Conclusões

1. Estamos vivendo uma nova era em que os conceitos tradicionais, principalmente quanto à ética, encontram-se em desacordo com a realidade. Há a necessidade urgente de se estabelecerem novos parâmetros éticos, para que o homem possa ser responsabilizado pela degradação da natureza;
2. O conceito de antropocentrismo tradicional encontra-se enfraquecido, tendo sido alargado para que se possa garantir direitos às

futuras gerações; admitindo-se, porém, uma interdependência entre homem e natureza.

3. A Constituição Federal de 1988 aderiu ao antropocentrismo alargado, na medida em que protegeu o direito das futuras gerações e não somente o homem atual, e utilizou o pronome indefinido *todos* em seu art. 225, podendo ser consideradas, então, todas as espécies de vida;

4. O direito subjetivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na esfera nacional, pertence a todos os homens individualizados (nacionais ou estrangeiros), quando em território nacional, assim como às futuras gerações que habitarão ou passarão por solo brasileiro e as instituições públicas ou privadas que estiverem pleiteando um *direito subjetivo difuso* na coletividade;

5. O meio ambiente é um bem de uso comum do povo; internacionalmente é um bem de uso comum da humanidade, em face da sua indivisibilidade;

6. A ação popular ambiental teve sua legitimidade ativa alargada pela Constituição Federal, sendo conferido a qualquer cidadão o direito de propô-la.

7. O meio ambiente é um direito fundamental por excelência, já que cuida da preservação da humanidade;

8. O direito internacional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pertence tanto aos Estados, como entes soberanos, na medida em que é de seu interesse resguardar o direito do seu povo de viver em um meio ambiente equilibrado, quanto à humanidade;

9. Um Tribunal Internacional do meio ambiente ajudará a dar efetividade às normas ambientais internacionais – problema grave na atualidade –, pois, segundo Bobbio, mais importante que estabelecer quais os direitos fundamentais é fazer com que tenham validade e eficácia (BOBBIO, 1992).

Referências bibliográficas

BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. Proposta de criação de um Tribunal Internacional do Meio Ambiente. *Revista de direito ambiental*, v. 24, ano 6, p. 250-289, out./dez. de 2001.

BRASIL. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 5. ed. atual. e ampl. Comentários de Ada Pellegrini Grinover; Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin; Daniel Roberto Fink; José Geraldo Brito Filomeno; Kazuo Watanabe; Nelson Nery Júnior; Zelmo Denari. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. 1012p.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia C. Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 53 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 31.

BRASIL. *Novo Código Civil*. Colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia C. Vaz dos Santos Winett e Livia Céspedes. 53 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.1615.

BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 15-83.

COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do Futuro: transmodernidade, direito e utopia*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001. 175p.

DORNELLES, João Ricardo W. *O que são direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993. 76p.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental*. 2. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p.03-47 e 230-290

GIACÓIA JÚNIOR, Oswaldo. Hans Jonas: o princípio responsabilidade, ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. In: OLIVEIRA, Manfredo

A. *Correntes fundamentais da ética contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2000. Pág. 193-206

JONAS, Hans. Técnica, medicina y ética. Barcelona: Paidós, 1996 p. 131 apud NEDEL, José. A ética da responsabilidade de Hans Jonas. *Revista da Ajuris*, XXVI, n. 82, t. I, p. 128-142, jun. 2001.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Pág 09-175 e 229-268.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 14 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. V.1, p. 143.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 14 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. V.2, p. 1020.

NEDEL, José. A ética da responsabilidade de Hans Jonas. *Revista da Ajuris*, XXVI, n. 82, t. I, p. 128-142, jun. 2001.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Direito ambiental internacional*. 2. ed. revista e atual. Rio de Janeiro: Thex editora, 2002. p. 27-31.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. revista. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 01-66.

Distanásia – o tecnicamente possível é eticamente correto para a dignidade humana?

João Batista Alves de Oliveira *

Resumo

O presente artigo tem por finalidade abordar o tema distanásia, discussão essencial diante de uma medicina hospitalocêntrica, principalmente na atualidade, quando bioética é tema em pauta, demonstrando a necessidade da consideração do emocional do paciente e de valores humanitários na hora da morte, já que esta é uma característica constitutiva do ser humano, a qual não pode ser evitada, mas que pode sim não ser prolongada e sofrida conseqüente a procedimentos médicos.

Palavras-chave

Distanásia. Morte digna. Bioética.

DINASTHASIA: IS THE TECHNICALLY POSSIBLE SOMETHING ETHICALLY RIGHT FOR HUMAN DIGNITY?

Abstract

This paper is intended for presenting an approach to disthanasia, essential discussion on a hospital-based medicine, especially in the present day, for the bioethics is subject of study. Bioethics demonstrates the need of taking into account the patient's emotional point, as well as his human values on his deathbed. Although death is unavoidable, it is possible to make it less long-suffering when consequent from medical procedures.

Keywords

Disthanasia. Dignified death. Bioethics.

* Biomédico pela UMC – Universidade de Mogi das Cruzes. Médico formado pela UNIG – Universidade de Nova Iguaçu, atuante em Clínica Médica.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia C. Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 53 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 31.

BRASIL. *Novo Código Civil*. Colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia C. Vaz dos Santos Winett e Livia Céspedes. 53 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.1615.

BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 15-83.

COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do Futuro: transmodernidade, direito e utopia*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001. 175p.

DORNELLES, João Ricardo W. *O que são direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993. 76p.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental*. 2. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p.03-47 e 230-290

GIACÓIA JÚNIOR, Oswaldo. Hans Jonas: o princípio responsabilidade, ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. In: OLIVEIRA, Manfredo

A. *Correntes fundamentais da ética contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2000. Pág. 193-206

JONAS, Hans. Técnica, medicina y ética. Barcelona: Paidós, 1996 p. 131 apud NEDEL, José. A ética da responsabilidade de Hans Jonas. *Revista da Ajuris*, XXVI, n. 82, t. I, p. 128-142, jun. 2001.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Pág 09-175 e 229-268.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 14 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. V.1, p. 143.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 14 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. V.2, p. 1020.

NEDEL, José. A ética da responsabilidade de Hans Jonas. *Revista da Ajuris*, XXVI, n. 82, t. I, p. 128-142, jun. 2001.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Direito ambiental internacional*. 2. ed. revista e atual. Rio de Janeiro: Thex editora, 2002. p. 27-31.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. revista. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 01-66.

Distanásia – o tecnicamente possível é eticamente correto para a dignidade humana?

João Batista Alves de Oliveira *

Resumo

O presente artigo tem por finalidade abordar o tema distanásia, discussão essencial diante de uma medicina hospitalocêntrica, principalmente na atualidade, quando bioética é tema em pauta, demonstrando a necessidade da consideração do emocional do paciente e de valores humanitários na hora da morte, já que esta é uma característica constitutiva do ser humano, a qual não pode ser evitada, mas que pode sim não ser prolongada e sofrida conseqüente a procedimentos médicos.

Palavras-chave

Distanásia. Morte digna. Bioética.

DINASTHASIA: IS THE TECHNICALLY POSSIBLE SOMETHING ETHICALLY RIGHT FOR HUMAN DIGNITY?

Abstract

This paper is intended for presenting an approach to disthanasia, essential discussion on a hospital-based medicine, especially in the present day, for the bioethics is subject of study. Bioethics demonstrates the need of taking into account the patient's emotional point, as well as his human values on his deathbed. Although death is unavoidable, it is possible to make it less long-suffering when consequent from medical procedures.

Keywords

Disthanasia. Dignified death. Bioethics.

* Biomédico pela UMC – Universidade de Mogi das Cruzes. Médico formado pela UNIG – Universidade de Nova Iguaçu, atuante em Clínica Médica.

DISTANASIA – ¿LO TÉCNICAMENTE POSIBLE ES ÉTICAMENTE CORRECTO A LA DIGNIDAD HUMANA?

Resumen

Este artículo tiene por objetivo abordar el tema de la distanasia, discusión esencial frente a una medicina hospitalocéntrica, principalmente en la actualidad, cuando la bioética es un tema en pauta y demuestra la necesidad de la consideración de lo emocional del paciente y de los valores humanitarios a la hora de la muerte, ya que ésta es una característica constitutiva del ser humano, que no se puede evitar, pero que puede no ser alargada y sufrida como consecuencia de los procedimientos médicos.

Palabras clave

Distanasia. Muerte digna. Bioética.

Introdução

É inerente a todo ser humano o fato de não pensar em sua morte, ainda que seja esta a única certeza da vida. Há intrinsecamente um sentimento de imortalidade que conduz ao apego à vida e à negação inconsciente da morte.

Porém, ainda que negada, a morte é uma realidade diária, mais ou menos notada conforme ocorra perto ou distante de nós, a nossos conhecidos ou desconhecidos.

Antigamente morrer era natural; uma etapa a mais da vida, sob o controle da família, respaldado por um cuidado religioso. Havia um ritual a ser cumprido, em que cada um sabia o seu papel. A morte doía, mas não aterrorizava.

Mudanças culturais foram ocorrendo e avanços teóricos e tecnológicos foram agregados à medicina. Com isso a morte deixou de ter um controle familiar e religioso, passando a ser um frio acontecimento numa sala de emergência, ou na assepsia gelada de um hospital, normalmente com o paciente isolado da família.

O estilo de vida moderno, a longevidade permitida pelos avanços médicos levaram a outras causas de morte, menos naturais, mais prolongadas, mais controladas.

A medicina armou-se tecnicamente contra a morte, ao mesmo tempo em que passou a se descuidar do ser humano e a deixar de reconhecer sua impotência frente à morte como evento final.

Muito se discute sobre eutanásia, talvez pelo reconhecimento da presença da morte; pouco ou nada se fala sobre distanásia, que é a morte prolongada e sofrida, gerada por um sentimento de onipotência médica que não valoriza o lado humanitário do paciente em processo de morte, e dos familiares que o acompanham e sofrem duplamente; quer seja pela perda em si, quer seja pelo sofrimento a ela agregada durante o processo de morrer, insistindo em medidas extraordinárias para a manutenção da vida quando a morte é iminente e inevitável.

Discutir o tema não é se opor à tecnologia, mas repensar a tecnolatria, algo desnecessário e desumano numa medicina que deve, na atualidade, valorizar a bioética.

Os objetivos da medicina

Talvez devamos começar a avaliar os objetivos da medicina com uma pergunta: A medicina é uma arte ou uma ciência?

A resposta, no entanto, é difícil de ser obtida, variando conforme interpretações pessoais ou momentâneas. Talvez sua validade resida no fato de nos fazer refletir que, qualquer que seja ela, estamos sempre limitados em interpretações e ações, devendo, por isso, apren-

der a ponderar lucidamente em cada caso individual.

Revisando a história da medicina, vemos que houve uma época em que todos, inclusive o médico, tinham plena consciência de suas limitações perante a morte; quando vinha o relacionamento médico-paciente na missão de se completarem para proporcionar uma morte tranqüila. Nesse período, inclusive, as tentativas excessivas em prolongar a vida de um incurável eram vistas como não-éticas (PESSINI, 2001).

Antes disso, Hipócrates já advertia que o homem não deve exigir da arte o que não pertence à arte (PESSINI, 2001). Mesmo sem saber e que ocorreria, já se posicionava contra a distanásia.

A medicina tem por princípio básico salvar a vida. Porém, não pode reduzir essa a sua dimensão puramente física e se fundamentar exclusivamente na tecnologia para a preservação da vida.

Essa postura de intenso e extremo cuidado tecnológico não só é agravada pelo esquema de formação de nossas escolas médicas, como por uma mudança da visão geral da sociedade que, nos casos de pacientes terminais, espera um milagre da tecnologia antes mesmo de pedir a Deus (PESSINI, 2001).

Na condição humana é, com certeza, muito difícil decidir o limite entre intervir ou não, entre o que é bene-

ficente e não-maleficente. Só os discernimentos individuais, baseados na valorização do paciente como humano, além de sua condição biológica, podem levar a uma decisão coerente.

A medicina moderna

Transformações teóricas e principalmente tecnológicas são implementadas rotineiramente pela medicina. Especialidades e subespecialidades surgem, e o ser humano começa a ser fragmentado em um cuidado estritamente físico.

Perdeu-se, com o tempo, o médico de família, o médico amigo. Perdeu-se a visão global (corpo-mente-espírito) e se esqueceu o lado humanitário.

Atributos da vida moderna e novas condições clínicas levaram a uma medicina emergencista. Escolas médicas formam seus alunos para o prático, para o imediato, ao mesmo tempo em que esquecem de ensinar o cuidado com o ser humano.

Medicamentos e tecnologias prolongam a vida. Cuidam do doente e muitas vezes os despersonalizam, principalmente quando estão em processo de morte, o que normalmente ocorre na assepsia fria de um hospital, longe da família, dos amigos, enfim, distante da vida.

As Unidades de Terapia Intensiva (UTI) se proliferaram no intuito de salvar a vida, o que cumprem bem em um grande número de casos. Porém, também é o local onde a distanásia ocorre mais acentuada ou abertamente, sendo tanto mais intensa quanto mais sofisticada a unidade.

Longe de criticar todo esse tratamento, de negar a necessidade de toda essa tecnologia, o que se busca é alertar sobre a necessidade do elo entre o tecnológico e o humano – precisamos ser cuidadores do corpo e conhecedores da alma.

Distanásia – A discussão quando bioética é tema em pauta

“Inimiga do homem não é a morte, mas a desumanidade” (paciente Eli Khan) (PESSINI, 2001).

Um novo perfil do médico, da Medicina, dos pacientes e a mudança dos tipos de doenças e das causas de morte na atualidade, conduzem a uma nova postura do profissional da área de saúde em relação ao paciente que respeite sua condição humana somada a sua condição puramente física enquanto ser doente.

A longevidade conseguida com os novos recursos e o conseqüente surgimento das doenças degenerativas tor-

naram explícito o sofrimento físico, que passa a não só sensibilizar como a chocar, quando se praticam atitudes extremas de preservação da vida.

Conseqüente a esse novo perfil, a Medicina armou-se tecnologicamente para aplacar o sofrimento. O que se nota, no entanto, por vezes, é o prolongamento e não o aplacar desse sofrer, quando se opta pela manutenção de medidas artificiais extremas para se manter a função vegetativa.

Nesse novo contexto surge o paciente chamado de terminal, ou mais atualmente de paciente fora de possibilidade terapêutica de cura, que é aquele que não responde mais às intervenções médicas, estando num processo inexorável de morte. E surge também um problema ético para o médico: como se portar diante desse paciente? Praticar a eutanásia (antecipação da morte)? Praticar a distanásia (prolongar sofridamente o processo de morrer)? Como conseguir a ortotanásia (morte no tempo certo)?

E esses questionamentos tornam-se sem respostas não só por sua complexidade particular, como pelo despreparo médico em lidar com o lado humano e emocional do paciente. Despreparado, o médico, em um conflito pessoal, inquire-se: Qual meu limite?

Sem uma resposta a sua própria pergunta ele pode acabar, até motivado

pelo sistema, a praticar a distanásia, ou seja, a prática de atitudes médicas extremadas para se manter a vida, levando a uma morte prolongada e com muito sofrimento, reduzindo a vida a sua mera condição biológica, quando a morte se mostra inevitável, sem benefício ao paciente ou, em alguns casos, trazendo malefícios.

Determinar limites para a continuidade da intervenção ou determinar o que é melhor ou pior, é missão árdua e extremamente difícil devido aos múltiplos aspectos relacionados (psicológico, social, médico, pessoal).

Fica claro, então, que não há como se padronizar um pensamento ou uma conduta, variando conforme relações pessoais médico-família-doente e, principalmente, pelo fato de o paciente ser capaz ou não de suas decisões nesse momento especial de sua vida.

Torna-se necessário, então, que se discuta a autonomia do paciente e a do médico dentro desse novo modelo de atendimento. Para isso há que se ter como consideração inicial e verdadeira que a morte é parte da vida.

Um novo relacionamento deve ser estabelecido entre médico, paciente (quando capaz e lúcido) e familiares e/ou responsáveis legais, devendo ser clara a exposição prognóstica, para que todos tenham tempo suficiente para absorver, interpretar e decidir frente a essa

nova situação, principalmente em situações finais da vida, quando só prepondera a função vegetativa do paciente.

É essencial que haja um claro conhecimento e consentimento de todos em relação ao respeito humano não só do paciente, como de todos os envolvidos, o que conduz a uma consciente tomada de decisões, o que, no entanto, não surge repentinamente ou mesmo pode nem ocorrer, já que o componente emocional é o forte comandante de decisões.

Não pode mais, nesse novo molde, a Medicina se basear na heteronomia. Deve sim, basear-se na vontade e no poder de decisão do paciente ou de seus representantes legais sobre a manutenção ou interrupção de tratamentos, depois de adequada informação sobre prognóstico, vantagens e desvantagens desses.

A postura do médico como detentor absoluto das melhores atitudes a serem tomadas, com relação ao paciente, não mais tem lugar na atualidade, diante desse paciente fora de possibilidade terapêutica de cura.

O problema, não só ético como jurídico, se dá naqueles casos em que o paciente não pode ser considerado capacitado psiquicamente para a tomada de decisões e nos casos de menores de idade.

Para o paciente que nunca ou que ainda não se tornou competente e nunca teve capacidade de decidir... não po-

dendo participar do processo de dar consentimento ou recusar e porque ninguém pode legitimamente exigir um juízo substituto em seu favor, nosso único recurso é contemplar o que seria melhor no seu interesse, apelando para os princípios de beneficência e não-maleficência (PESSINI, 2001, p.78).

Pode um responsável jurídico realmente responder por um incapaz psíquico ou por um menor? Quem lhe garante esse direito? Ou por que não poderia responder por esse, diante de sua incapacidade? Quem poderia lhe tirar esse direito?

A tomada de decisões deve estar baseada nos princípios da beneficência e maleficência. Entende-se como beneficência aquelas atitudes que conduzem a manutenção da vida com condições adequadas clinicamente, independente do sofrimento momentâneo que possa provocar. Já na maleficência as atitudes tomadas não se prestam à manutenção da vida e ainda trazem sofrimento ao paciente. E aqui há que se considerar uma análise médica e uma pessoal, ou mais difícil ainda, uma inter-relação harmônica dessas.

Dar autonomia a um paciente é aceitar suas decisões em relação ao seu morrer, desde que lhe tenham sido fornecidas todas as informações e esteja emocionalmente capacitado para um julgamento adequado.

Nessa aceitação da decisão do paciente, deve o médico, baseado em seu juramento de salvar vidas, fundamentar-se na Declaração de Veneza sobre o paciente terminal, adotada na 35ª. Assembleia Geral da Associação Médica Mundial de Veneza, Itália, 1993, que estabelece:

- 1 - O dever do médico é curar, quando isso for possível, aliviar o sofrimento e agir na proteção dos melhores interesses do seu paciente;
- 2 - Não fazer exceção a este princípio, mesmo no caso de doenças incuráveis ou malformações;
- 3 - Este princípio não exclui a aplicação das seguintes regras:
 - 3.1 - O médico deve aliviar o sofrimento de um paciente com enfermidade terminal, através da não adoção ou suspensão de um tratamento com o consentimento do paciente ou de sua família imediata, caso esteja impossibilitado de expressar sua vontade. A não implantação ou a suspensão do tratamento não desobriga o médico de sua função de assistir o paciente que está morrendo e de fornecer-lhe os medicamentos necessários para minimizar o sofrimento nessa fase terminal;
 - 3.2 - O médico deve abster-se de utilizar medidas extraordinárias que não tragam benefícios para o paciente;
 - 3.3 - O médico pode, quando não for possível reverter o processo final de cessação das funções vitais, aplicar meios artificiais, quando os mesmos forem necessários para manter ativos órgãos a serem utilizados em transplantes, desde que proceda de acordo com as leis

do país, ou em virtude de um consentimento formal dado pela pessoa responsável, com a certificação da morte ou da irreversibilidade da atividade vital constatada por médicos não relacionados com os transplantes ou com o paciente receptor do transplante, devendo os médicos do doador serem totalmente independentes dos médicos que tratam propriamente do receptor. (DECLARAÇÃO...)

O fato de o paciente ter autonomia é legítimo, já que:

A autonomia da vontade é a constituição da vontade, pela qual ela é para si mesma uma lei, independente de como forem constituídos os objetos do querer. O princípio da autonomia é, pois, não escolher de outro modo, mas sim deste: que as máximas da escolha, no próprio querer, sejam ao mesmo tempo incluídas como lei universal (KOVACS, 1998, p.63).

Importante de se considerar nesse contexto é que essa autonomia pode ainda por muito tempo ser uma utopia, já que aquele paciente que necessita do sistema público de atendimento normalmente não vai ter a liberdade de escolha. Há a necessidade do sistema mudar para que promova condições de atendimento e conseqüentemente de concessão de autonomia. Há que se ter uma mudança na concepção do que é saúde, do que é cuidar, do que é respeitar. E acima de tudo, dar condições ins-

titucionais e profissionais para que todo esse processo ocorra adequadamente.

Um cuidado nessa etapa é que o diálogo estabelecido entre médico e paciente ou seus familiares não seja baseado no discurso técnico, devendo ao contrário, ser pautado no conhecimento leigo, para que os fatos não se tornem obscuros e incompreensíveis.

Antes de considerarmos o fato de conceder ou não a autonomia a um paciente fora de possibilidade terapêutica de cura, temos que rever nossos conceitos e posicionamentos sobre o binômio vida-morte.

Subitamente, a morte se impõe impiedosamente, e se mostra presente talvez para que repensemos os verdadeiros valores e conceitos, pois nos obriga a um mergulho profundo e solitário (PIERRE, 2002).

e também exige que repensemos nossas atitudes médicas, que não podem ser baseadas na heteronomia como sempre foram.

Temos que considerar que a Medicina evolui permitindo cuidados paliativos, mas que sua missão é a de cuidar, dar o auxílio máximo que pode receber o paciente com "morte anunciada". Reconhecer que o paciente:

quer compartilhar com alguém que possa compreender seus sentimentos de

dor, raiva, culpa e até mesmo o de isolamento, onde encontra um pouco de alívio e paz" (PIERRE, 2002).

A tecnologia não deve prolongar o sofrimento. O médico, e principalmente o acadêmico médico deve aprender a observar, expor, discutir, vivenciar e analisar sua relação com a morte, entendendo que o seu papel é maior que o de curar o corpo.

Se o médico não estiver atento... a quanto suas convicções e valores arraigados o ameaçam, poderá continuar exercendo um poder que me parece inútil e absolutamente cruel, que é o prolongamento da vida monitorada, no momento da morte, tentando conseguir o controle da duração e do momento em que ela deverá ocorrer. Está tomado pela fantasia de interferir no processo do ciclo da natureza (PIERRE, 2002).

Reconhecer suas necessidades pessoais é fato de extrema importância para o médico a fim de que se sinta confortável nos cuidados ao paciente fora de possibilidade terapêutica de cura, e não tenha comprometimento de sua vida profissional e privada.

A interação médico-paciente-família deve ser a base das decisões e atitudes nessa fase terminal do paciente, assim como deve sempre haver a interação interdisciplinar que pode contribuir muito para todos os envolvidos.

Dar autonomia implica em conceder ao paciente, assim como a seus familiares, todas as informações necessárias para que realizem o julgamento adequado e, posteriormente, apoiá-los e acompanhá-los em suas decisões, seja por meio dos cuidados médicos, do diálogo ou mesmo do silêncio participativo.

Significa termos que mudar pensamentos, posicionamentos, atitudes e inclusive leis para que o direito seja concedido, porém baseado em normas éticas as quais protejam todos os envolvidos e, principalmente, aqueles incapazes de optar por si mesmos.

É necessário que haja, no Brasil, a discussão sobre a autonomia do paciente fora de possibilidade terapêutica de cura para que se possa estender a todo paciente o seu direito, além das condições ideais para os cuidados paliativos necessários, quando o controle da dor é o bem maior.

Finalmente devemos, em cada caso particular, renovar os questionamentos: o paciente tem o direito de ser atendido em sua decisão de receber ou não tratamento? O médico tem o direito de discordar do paciente? Questionando poderemos, a cada situação, aprender a refletir e a amadurecer, contribuindo para a adoção de melhores atitudes por parte dos profissionais, do paciente e também de nós mesmos, já

que a autonomia do paciente fora de possibilidade terapêutica de cura não é só um problema filosófico, mas também uma nova realidade médica.

O posicionamento teológico

A Igreja Católica se posiciona bem, de forma sensata e humanitária em relação aos cuidados que devem ser prestados ao paciente fora de possibilidade terapêutica e cura.

É citação de documento do Papa João Paulo II (*Evangelium Vitae*, 1995):

Distinta da eutanásia é a decisão de renunciar ao chamado excesso terapêutico, ou seja, a certas intervenções médicas já inadequadas à situação real do doente, porque não proporcionadas aos resultados que se poderiam esperar ou ainda porque demasiado graves para ele e para sua família. Nestas situações, quando a morte se anuncia iminente e inevitável, pode-se em consciência renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem, contudo interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes. A renúncia a meios extraordinários ou desproporcionados não equivale ao suicídio ou à eutanásia: exprime antes, a aceitação da condição humana diante da morte.

Um memorando do episcopado canadense diz:

A nossa sociedade acredita na mentira segundo a qual a Medicina moderna controlaria a qualidade e o momento da morte e da vida. Na realidade, controlamos poucas coisas. A nossa capacidade de ressuscitar, prolongar ou curar é parcial e efêmera. Reconhecer esses limites e continuar a ser realmente humilde perante a morte é uma característica da posição católica (CONSELHO..., 1995).

A Igreja reconhece que a negação da obstinação terapêutica não significa provocar a morte, mas sim a aceitação de que não podemos impedi-la. Talvez devamos então compartilhar desse posicionamento e voltarmos à relação de companheirismo médico-paciente no processo de morte iminente, tornando-o mais natural, acolhedor, valorizando o humanitário mais do que a mera condição biológica.

Conclusão

Reconhecidamente:

hoje a Medicina está bem aparelhada para combater a dor, mas encontra-se num estágio bastante rudimentar no que diz respeito ao controle do sofrimento (PESSINI, 2001, p. 287).

Precisamos aprender a entender que “podemos ser curadores de uma doença classificada como mortal, mas

não de nossa mortalidade” (PESSINI, 2001, p.333). Aprender a reconhecer nossos limites de atuação e a necessidade da interação físico-psíquico. Aceitar que a Medicina não é necessariamente inimiga da morte.

No cuidado médico:

há uma obrigatoriedade, para cada pessoa, de se usar os meios ordinários ao seu alcance para promover a saúde. Mas não é obrigatório o uso de meios extraordinários quando não se tem mais chances de cura (PESSINI, 2001).

Várias perguntas devem ser renovadas sempre: até quando prolongar o inevitável? Ampliamos a vida ou prolongamos a morte? O possível é o eticamente correto?

A administração humana da morte é responsabilidade final mais exigente para o médico, que é convidado a reconhecer em seu paciente uma limitação inerente à ciência e à arte da Medicina: nossa condição de seres mortais e finitos (PESSINI, 2001, p.332).

Por fim devemos entender que

[...] inevitavelmente, cada vida humana chega ao seu final. Assegurar que isso aconteça de uma forma digna, cuidadosa e menos dolorosa possível merece tanta prioridade quanto qualquer outra. Essa é a prioridade não somente para a profissão médica, para o setor de saúde ou para os

serviços sociais, mas para toda a sociedade (PESSINI, 2001, p.33).

O tema está em pauta para que repensemos nossos conceitos, valorizemos nossos doentes e possamos conceder-lhes um tratamento condizente com sua dignidade humana, para que os tenhamos não mais como doentes, mas como pacientes portadores de um valor humanitário fundamental, que nos põe hoje a discutir bioética e dignidade humana.

Referências bibliográficas

CONSELHO PERMANENTE DA CONFERÊNCIA EPISCOPAL DO CANADÁ. A eutanásia e o suicídio assistido. Posição católica no debate acerca de algumas emendas à constituição canadense. (Doc. de 26 de outubro de 1994). *L'Osservatore Romano*, n.9, 4 mar. 1995, p.4-6.

JOAO PAULO II. Carta encíclica *Evangelium Vitae* sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana (25/03/1995). *AAS*, v.137 (2/5/1995): p.401-552.

Edição em português: São Paulo: Loyola, 1995. 148p.

KOVÁCS, Maria Julia. Autonomia e o direito de morrer com dignidade. Simpósio: Os limites da autonomia do paciente. *Bioética*. v.6, n.1, p.61-69, 1998.

LEONE, C. A criança, o adolescente e a autonomia. Simpósio: Os limites da autonomia do paciente. *Bioética*. v.6, n.1, p.51-54, 1998.

MARCHI, M.M.; SZTAJN, R. Autonomia e heteronomia na relação entre profissional de saúde e usuário dos serviços de saúde. Simpósio: Os limites da autonomia do paciente. *Bioética*. v.6, n.1, p.39-45, 1998.

PESSINI, Leocir. *Distanásia: até quando prolongar a vida?* São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2001. (Coleção Bioética em perspectiva, 2)

SCHRAMM, F.R. A autonomia difícil. Simpósio: Os limites da autonomia do paciente. *Bioética*. v.6, n.1, p.27-37, 1998.

PIERRE, Clarice *O doente terminal*. Disponível em: <<http://www.claricepierre.psc.br>>. Acesso em: 19.nov.2002.

DECLARAÇÃO DE VENEZA. Disponível em: <<http://www.direitomedico.hpg.ig.com.br/veneza.htm>>. Acesso em: 20.maio.2003.

Breves considerações sobre a proteção da privacidade na internet: aspectos criminais

José Eduardo Lourenço dos Santos*

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 tradicionais, vários dos quais hoje incapazes de dar respostas eficazes ante as novas e, até então, imprevisíveis formas de violação de direitos. O presente estudo objetiva justamente o enfrentamento dessas relevantes e atuais questões, oferecendo, a par de reflexiva preocupação, sugestões de providências que visem a soluções emergentes, diante do vazio legislativo, em muitas das hipóteses concretas que se apresentam, 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. Internet. Violações. Soluções. Intimidade. Tutela penal.

BRIEF NOTES ON PRIVACY PROTECTION ON THE INTERNET: CRIMINAL ASPECTS

Abstract

The evolution of modern life brings, along with the recent outstanding technological progress, challenges which should be confronted by the legal system with tools that are

* Professor de Direito Penal do Curso de Direito do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília; mestre em Direito; delegado de Polícia e membro do Núcleo de Estudos, Pesquisas, Integração e de Práticas Interativas – NEPI – do UNIVEM. E-mail: jels@fundanet.br

compatible to the effective tutelage of the social values involved, arduously conquered after a long process of historical sedimentation. These challenges are even more complex in the field of Information Technology, and they take thoughts and reviews from many concepts and traditional legal institutes, several of which are now unable to provide effective answers for the new and so far unexpected ways of violation of the rights. The present study aims precisely at confronting these relevant and modern issues offering, in view of reflexive concern, suggestions that seek emergent solutions in face of the legal emptiness for many of the presented concrete hypotheses, specially in the area of intimacy legal tutelage which is markedly bound to the right of dispose, with exclusivity, of one's own and inalienable privacy.

Keywords

Technological progress. Internet. Violations. Solutions. Privacy. Legal tutelage.

BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD EN INTERNET: ASPECTOS CRIMINALES

Resumen

La evolución de la vida moderna trae, junto al notable avance tecnológico de los últimos años, desafíos que deben ser enfrentados por el orden jurídico, con instrumentos compatibles a la efectiva tutela de los valores sociales en juego, conquistados arduamente tras un largo proceso de sedimentación histórica. Especialmente en el área de la informática, esos desafíos se presentan de forma aún más compleja, importando reflexiones y revisiones de muchos conceptos e institutos jurídicos tradicionales, algunos de los cuales, hoy en día, no tienen capacidad para dar respuestas eficaces ante las nuevas, y hasta ahora, imprevistas formas de violación de derechos. El presente estudio tiene como objetivo, justamente, el enfrentamiento de esas cuestiones actuales y relevantes, ofreciendo, tanto una reflexiva preocupación, como sugerencias de providencias que propongan soluciones emergentes, frente al vacío legislativo, en muchas de las hipótesis concretas que se presentan, especialmente en el campo de la tutela penal de la intimidad, que se vincula fuertemente al derecho de disponer, con exclusividad, de su propia e inalienable esfera íntima.

Palabras clave

Avance tecnológico. Internet. Violaciones. Soluciones. Intimidad. Tutela penal.

A evolução da vida moderna traz, últimos anos, desafios que devem ser com o notável avanço tecnológico dos 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 tradicionais, vários dos quais hoje incapazes de dar respostas eficazes ante as novas e, até então, imprevistas formas de violação de direitos.

Surge então a *Internet*, ou rede mundial de computadores. Como se sabe, cada vez mais existem também dados pessoais que circulam nestas grandes redes digitais. A discussão que se coloca nos dias de hoje é a da segurança da liberdade e da privacidade, constantemente atacada pelos *cookies* (bit colocado no computador do usuário pelo *web site* visitado, que posteriormente remete informações sobre seu comportamento, a esse *site*, as quais são utilizadas em finalidades diversas, inclusive vendidas em mercados já existentes), *spams* (mensagens publicitárias enviadas por e-mail, sem qualquer solicitação, lotando a caixa postal do internauta), vírus, dentre outros, e a de quem e como poderá garanti-la, constituindo um direito natural do homem, que paira acima do próprio Estado, cimentando assim a base de qualquer jus-

tiça, a fim de que se possa ter democracia e cidadania verdadeiras.

Deve buscar-se, justamente, o enfrentamento dessas relevantes e atuais questões, oferecendo, a par de reflexiva preocupação, sugestões de providências que visem, com sólido fundamento jurídico, a soluções emergentes, diante do vazio legislativo, em muitas das hipóteses concretas que se apresentam.

Não se pode deixar de abordar a questão de que o direito à privacidade, até então considerado indisponível como forma de direito da personalidade, sofreu mutações justamente em face dos avanços tecnológicos, sendo hoje possível a qualquer um disponibilizar imagens particulares, com transmissões até em tempo real do interior de seu quarto ou de sua residência, sem se poder alegar ataque a sua intimidade, ou que esta ainda seja indisponível.

Ao comentar o dispositivo da Constituição Federal Brasileira que trata da vida privada e da intimidade em seu artigo 5º, inciso X, Morais (1997, p.135) afirma que:

[...] os direitos à intimidade e à própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas. A proteção constitucional refere-se, inclusive, à necessária proteção à própria imagem frente aos

meios de comunicação em massa (televisão, rádio, jornais, revistas etc.).

Neste último ponto, pode-se incluir a grande rede de computadores denominada *Internet*.

A grande meta assinalada para o jurista ao final deste século é formular um sistema normativo que possa compatibilizar os avanços da tecnologia com a necessidade de salvaguardar os direitos fundamentais do homem (DOTTI, 1980, p.34).

Giannotti (1997, p.62), ao analisar a intimidade como uma liberdade ameaçada, afirma que:

[...] distorções e limitações somente poderão ser contornadas desde que os instrumentos legais estejam sob o efetivo controle do Estado de Direito, que possa garantir e respeitar as liberdades públicas, entre elas a intimidade, como componente dos direitos da personalidade.

À parte de tais problemas, não resta qualquer dúvida de que a tendência desse novo conceito em comunicação e informação é também a de colaborar com a justiça, facilitando o acesso a ela, além de torná-la mais ágil, possibilitando a pesquisa jurídica e científica, o uso de audiências *on line* que significa enorme ganho de tempo, além de estreitar ainda mais a distância existente entre eventuais litigantes,

contribuindo na solução dos conflitos jurídicos, cabendo, neste aspecto, citar Rover (2000, p.208) quando escreve que “ao mundo jurídico resta implementar paulatinamente o uso da *Internet*, sabendo que esta é uma demanda legítima da sociedade atual”.

Na visão de Roxin (2002, p.62), “Todos os elementos do crime tem uma função político-criminal a cumprir; seu conteúdo há, portanto, de ser preenchido de maneira a melhor cumprirem a função que lhes assiste”, logo, cabe à política criminal do Estado Social e Democrático de Direito, através dos valores e finalidades fundamentais, eleger os bens que devam receber tutela penal e, desta forma, orientar a punibilidade, tendo por fim um ideal sistema social, almejando seu funcionamento justo e adequado, como um todo.

Assim, as novas formas de violação de bens jurídicos pela *Internet*, por se apresentarem como fatos socialmente relevantes e cada vez mais significativos, representam novo desafio a ser enfrentado pelo direito penal.

A segurança jurídica mostra-se indispensável, sendo ela centrada, rígida e positivada pelo Estado, tendo como fim principal a prevenção de condutas delitivas. Com este primeiro objetivo é que surge a coerção penal, que deve ter como finalidade, justamente, evitar a prática de crimes. Sem tal segurança, é

difícil a qualquer sociedade manter a ordem, podendo levar a uma possível situação de caos, impossibilitando a convivência em grupos, e causando um retorno do homem ao estado natural.

Não se pode afastar, no entanto, o caráter subsidiário do direito penal, com sua intervenção mínima, vale dizer quando deve ele realmente agir, ou seja, ter-se em conta que se suas armas constituem, de fato, meios onerosos para direitos e liberdades das pessoas, “ele só pode intervir nos casos em que todos os outros meios de política social, em particular de política jurídica, se revelem insuficientes e inadequados” (DIAS, 1999, p.78), respeitando-se sempre o princípio da reserva legal, a exigir a previsão em lei de determinada conduta, para que possa ser punida, ou nas palavras de Toledo (1991, p.21) “a elaboração das normas e das respectivas sanções constitui matéria reservada ou função exclusiva da lei”. Do contrário, os meios civis, administrativos, dentre outros, devem-se mostrar suficientes para a tutela dos bens jurídicos.

Tal é, também, o ponto de vista do jurista Luiz Flávio Gomes, exposto em artigo publicado sob o título *Crimes informáticos: primeiros delitos, aspectos criminológicos e políticos-criminais* (www.webcreator.com.br), para quem a informática potencializa delitos tradicionais e permite o cometimento de delitos

novos, e, por política criminal, a intervenção do Direito Penal nessa área está mais que justificada, porém, segundo ele, hoje se deve fazer um direito penal de *intervenção mínima*, que só atue quando outros ramos do direito não sejam eficazes, sendo assim subsidiário e fragmentário.

Hoje já se fala em uma divisão dos crimes virtuais: virtuais puros seriam aqueles que visam ao sistema de computador, de informática, de forma exclusiva; os mistos seriam aqueles em que a informática funciona como meio para se alcançar o resultado visado pelo autor, sendo condição necessária para tanto (resultado este diverso do bem informático); por fim, o crime virtual comum poderia ser definido como aquele que usa a *Internet* ou a informática como meio para sua prática, mas tal não constitui condição necessária ao tipo, podendo ele ser praticado de outras formas ou por outros meios. Por isso, afirmam os autores que corresponderiam aos delitos já previstos na legislação penal existente.

De fato, constata-se que algumas condutas a serem coibidas nesse campo já estão previstas na legislação existente com o manto da ilicitude penal, encontrando adequação típica em figuras como furto, estelionato, dano, crimes contra a propriedade imaterial, também alguns crimes contra os costumes e con-

tra a honra. Pode comprovar-se, nessas hipóteses, como bem observado pelos estudiosos do assunto, que apenas o *modus operandi* mudou, segundo decisão do Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence, proferida no ano de 1998, que pronunciou seu voto em *habeas corpus* cujo objeto em discussão era justamente crime por computador (HC nº. 76689/PB), com a seguinte síntese:

[...] não se trata no caso, pois, de se colmatar lacuna da lei incriminadora por analogia: uma vez que se compreenda na decisão típica da conduta criminada, que o meio técnico empregado para realizá-la pode ser de invenção posterior à edição da lei penal: a invenção da pólvora não reclamou redefinição do homicídio para tornar explícito que nela se compreendia a morte dada a outrem mediante arma de fogo.

No entanto, há casos que implicam em análise mais acurada da conduta ou mais profunda de tipicidade como, por exemplo, no furto praticado mediante invasão clandestina a um banco de dados, dele copiando arquivo ou programa sem, no entanto, apagá-lo da fonte original; como se poderia dizer que a coisa foi tirada da esfera de vigilância de seu proprietário, ou mesmo que lhe tenha acarretado um prejuízo patrimonial? E isso apenas para citar esse delito específico, podendo, porém, ser levantado um sem

número de outras questões em relação a outros delitos.

Já, quanto ao surgimento de novas figuras delituosas, ainda não previstas legalmente, trata-se de matéria a ser cuidadosamente questionada, ponderada e discutida, merecendo enfrentamento moderno por parte dos juristas e legisladores, o que deve ser feito sem atropelos, para se evitarem criações legislativas deformadas ou monstruosidades jurídicas, que apresentem tanto dificuldades de aplicação quanto válvulas de escape para os delinquentes, não resolvendo, assim, os problemas existentes, de modo a trazer tranqüilidade social nessa nova área do engenho tecnológico.

Percebe-se, assim, não existir um consenso sobre a atuação do Direito em tais situações, surgindo aqueles que entendem que a legislação existente é suficiente, outros que não pensam de tal forma, necessitando ela de uma atualização, e ainda aqueles que defendem a elaboração de leis específicas. Pode-se acrescentar a tais posições, uma outra, talvez inovadora, para a qual a alteração, nas normas penais existentes, se mostra necessária mas, tendo em vista novas condutas que nasceram com a *Internet* e não são amparadas criminalmente, devem-se também criar tipos de crimes específicos, em um procedimento conjunto.

Devem-se incluir, portanto, no ordenamento legal brasileiro, normas que prevejam especificamente os crimes de: acesso indevido a um sistema informático ou telemático; violação de fato, imagem, escrito ou palavra da vida privada de alguém, via *Internet*; divulgação do obtido por violação de fato, imagem, escrito ou palavra da vida privada de alguém, pela *Internet*; alteração, supressão ou inutilização de dados de computador, por meio de condutas invasivas ou acesso ilegal; criação e disseminação de vírus; obstrução do funcionamento de rede de computador; propagação de mensagens publicitárias por *e-mail*, sem o consentimento do usuário; violação de dados pessoais, fornecendo-os sem a autorização do interessado, alterando informações neles contidas, inclusive com fins econômicos, utilizando-se da *Internet*.

Com tais figuras, bem como com algumas alterações em tipos penais já existentes, a fim de torná-los mais atuais e penalizar mais gravemente os delitos cometidos por meio da grande rede, – a exemplo do que se fez com relação à injúria praticada mediante elementos ofensivos à raça, cor, etnia, religião ou origem (alteração recentemente introduzida no Código Penal) – tendo em vista o maior potencial lesivo da rede, a privacidade passará a contar com um anteparo legal, que atualmente não existe, permitindo, desta forma, uma utilização saudável, exploran-

do-se todo o potencial que esse avanço tecnológico coloca à disposição da humanidade.

As leis devem ser elaboradas contando com a evolução da sociedade que as regulamenta, não podendo constituir-se empecilho ao desenvolvimento humano, econômico, social e tecnológico, devendo estar o legislador sempre atento, ciente de que novas situações irão surgir e que a lei talvez, às vezes, não seja suficiente para delas cuidar com igual dinamismo ao da evolução social e tecnológica, enquanto que, outras vezes, apenas uma outra forma de interpretá-las pode ser suficiente.

Referências bibliográficas

- BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2002. 163p.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. 96p.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só – Tutela Penal da Intimidade*. São Paulo: RT, 1995. 94p.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 371p.
- DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. 297 p.
- GIANNOTTI, Edoardo. *A tutela constitucional da intimidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 107p.
- GOMES, Luiz Flávio. *Crimes informáticos: primeiros delitos e aspectos criminológicos e político-crimi-*

minais. Disponível em <<http://www.webcreator.com.br/webs/direitocr>> Acesso em: 25 set. 2000.

GRECO FILHO, Vicente. Algumas observações sobre o direito penal e a internet, *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 8, n. 95, p. 3, out. 2000. (Edição Especial)

KAMWSKI, Omar. Direito, Privacidade na Internet. In: ROVER, Aires José (Org.). *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p.95-104.

LAFER, Celso. *Ensaio sobre a liberdade*. São Paulo: Perspectiva, 1980. 143p.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 1998. 687p.

_____. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1.º a 5.º da constituição da república federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1997. 308p.

PAESANI, Lílíana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2000. 141p.

ROVER, Aires José (Org.). *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. 245p.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução de Luís Greco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 383p.

SILVA NETO, Amaro Moraes e. *Privacidade na Internet: um enfoque jurídico*. Bauru: EDIPRO, 2001. 208p.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 362p.

VIANNA, Túlio Lima. *Dos crimes pela internet*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>> Acesso em: 11 jun. 2002.

A atualização dos suportes do conhecimento

Lúcia Maria Barbosa do Nascimento *

“Nada caracteriza melhor o homem que o fato de pensar”
(Aristóteles)

Resumo

A atuação da Sociedade Internacional da Organização do Conhecimento no contexto da tecnologia da informação traz elementos teórico-práticos para uma melhor reflexão e compreensão do documento, enquanto conhecimento registrado. Resgatando o processo que parte da cultura do impresso à cultura digital, observa-se que o processo evolutivo dos suportes, necessidade gerada pelo homem, tem sua importância evidenciada na história devido a sua função precípua, ou seja, registrar o conhecimento gerado. Independentemente do tipo de suporte, a mensagem registrada, de forma a dar perpetuidade e gerar confiabilidade, é o elemento essencial nesse processo documental.

Palavras-chave

Organização do conhecimento. Suportes do conhecimento. Documentos. Novas tecnologias. Cultura digital.

MODERNIZATION OF SUPPORTS OF KNOWLEDGE

Abstract

The acting of the International Society for Knowledge Organization in the context of the information technology brings theoretical-practical elements for a better reflection and comprehension of document, as recorded knowledge. Rescuing the process initiated from the printed culture to the digital one, it can be observed that evolutive process of the

* Mestre em Ciência da Informação (Unesp/Marília). Bacharel em Direito (F.E.E.S. R.). Professora do Curso de Direito do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília. Pesquisadora do NEPI – Núcleo de Estudos, Pesquisas, Integração e práticas interativas – UNIVEM.

minais. Disponível em <<http://www.webcreator.com.br/webs/direitocr>> Acesso em: 25 set. 2000.

GRECO FILHO, Vicente. Algumas observações sobre o direito penal e a internet, *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 8, n. 95, p. 3, out. 2000. (Edição Especial)

KAMWSKI, Omar. Direito, Privacidade na Internet. In: ROVER, Aires José (Org.). *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p.95-104.

LAFER, Celso. *Ensaio sobre a liberdade*. São Paulo: Perspectiva, 1980. 143p.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 1998. 687p.

_____. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1.º a 5.º da constituição da república federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1997. 308p.

PAESANI, Lílíana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2000. 141p.

ROVER, Aires José (Org.). *Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. 245p.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Tradução de Luís Greco. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 383p.

SILVA NETO, Amaro Moraes e. *Privacidade na Internet: um enfoque jurídico*. Bauru: EDIPRO, 2001. 208p.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 362p.

VIANNA, Túlio Lima. *Dos crimes pela internet*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>> Acesso em: 11 jun. 2002.

A atualização dos suportes do conhecimento

Lúcia Maria Barbosa do Nascimento *

“Nada caracteriza melhor o homem que o fato de pensar”
(Aristóteles)

Resumo

A atuação da Sociedade Internacional da Organização do Conhecimento no contexto da tecnologia da informação traz elementos teórico-práticos para uma melhor reflexão e compreensão do documento, enquanto conhecimento registrado. Resgatando o processo que parte da cultura do impresso à cultura digital, observa-se que o processo evolutivo dos suportes, necessidade gerada pelo homem, tem sua importância evidenciada na história devido a sua função precípua, ou seja, registrar o conhecimento gerado. Independentemente do tipo de suporte, a mensagem registrada, de forma a dar perpetuidade e gerar confiabilidade, é o elemento essencial nesse processo documental.

Palavras-chave

Organização do conhecimento. Suportes do conhecimento. Documentos. Novas tecnologias. Cultura digital.

MODERNIZATION OF SUPPORTS OF KNOWLEDGE

Abstract

The acting of the International Society for Knowledge Organization in the context of the information technology brings theoretical-practical elements for a better reflection and comprehension of document, as recorded knowledge. Rescuing the process initiated from the printed culture to the digital one, it can be observed that evolutive process of the

* Mestre em Ciência da Informação (Unesp/Marília). Bacharel em Direito (F.E.E.S. R.). Professora do Curso de Direito do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília. Pesquisadora do NEPI – Núcleo de Estudos, Pesquisas, Integração e práticas interativas – UNIVEM.

supports, necessity generated by the man, has its importance clearly shown in history due to its main function, in other words, recording the generated knowledge. Independently of the kind of support, the message recorded in a way that perpetuates and generates trustworthiness is the essential element in this documentary process.

Keywords

Organization of knowledge. Supports of knowledge. Documents. New technologies. Digital culture.

LA ACTUALIZACIÓN DE LOS SOPORTES DEL CONOCIMIENTO

Resumen

La actuación de la Sociedad Internacional de la Organización del Conocimiento, en el contexto de la tecnología de la información, trae elementos teóricos y prácticos para una mejor reflexión y comprensión del documento como conocimiento registrado. Al rescatar el proceso que parte de la cultura impresa a la cultura digital, se observa que el proceso evolutivo de los soportes, necesidad generada por el hombre, hace evidente su importancia en la historia debido a su función precípua, o sea, registrar el conocimiento generado. Independientemente del tipo de soporte, el mensaje registrado, para dar perpetuidad y generar fiabilidad, es el elemento esencial en este proceso documental.

Palabras clave

Organización del conocimiento. Soportes del conocimiento. Documentos. Nuevas tecnologías. Cultura digital.

Introdução

O homem, cada vez mais movido por suas necessidades primárias de comunicar, expressar e informar, está gerando uma aglutinação de novos dados, nova informação e novo saber.

A invenção do documento e as possibilidades de sua multiplicação (Gutenberg e criação da imprensa) sa-

tisfazem a necessidade de o homem expor suas idéias e pensamentos de forma a reproduzir fragmentos da realidade e permanecer além do espaço e do tempo como novas fontes de informação (LÓPEZ YEPES, 1997).

A natureza do documento, a partir do seus suportes físicos, passando pela pedra, papel e suporte eletrônico

com representação da mensagem de modo digital, vem mostrar um novo perfil do documento que se está delineando na sociedade atual.

Dentro do contexto de conhecimento registrado para gerar novo conhecimento, realizam-se algumas reflexões acerca das mudanças que vem ocorrendo no universo do documento. A “cultura do impresso sobre o papel” (SOCIEDAD DIGITAL..., 1998) cedendo espaço a uma real¹ “cibercultura” (LÉVY, 1999), que por meio da digitalização torna possível a leitura da informação produzida e registrada na mesma.

Estes são alguns elementos históricos e conceituais analisados pela *Knowledge Organization* enquanto área de ensino e pesquisa.

Organização do Conhecimento

A Organização do Conhecimento, em inglês *Knowledge Organization* (O.K), expressão originária de um livro de Henry Bliss de 1933 (BARITÉ, 1999, p.3), é apresentada como uma disciplina científica da área Ciência da Informação, com aportes interdisciplinares – teóricos e práticos – com diversas áreas como a Epistemologia, Informática, Psicologia, Lógica, Filosofia, Cibernética, Semiótica, Linguística, Terminologia, Inteligência Artificial, Comunicação e outras.

Um dos seus objetivos é buscar estruturas conceituais concisas e precisas de ordem semântica, sintática, pragmática e lógica, com a finalidade de estudo do processo informativo – adequação e transmissão das fontes – para se obter um novo conhecimento por meio das diversas práticas e atividades sociais vinculadas com o acesso ao conhecimento (BARITÉ, 1999, p.3).

No contexto da O.K, Dahlberg (1993, p.10, tradução e grifo nosso) menciona que o conhecimento é a certeza subjetiva ou objetivamente conclusiva da existência de um fato ou estado. Não é transferível e pode somente ser adquirido por meio de uma reflexão. Essa certeza não se extrai, mas pode se formar por meio de unidades de conhecimento, esses sim manuseáveis.

Há um processo individual que sofre inferências ao interagir com dados externos. Esses dados, por sua vez, coordenados e organizados, seriam, em última análise, a informação da qual se utiliza para gerar novo conhecimento. É a conversão da informação relevante em conhecimento, num processo de

retroalimentación donde los conocimientos son transformados en información disponible y a su vez, esa información disponible condiciona la producción de nuevos conocimientos” (ESTEBAN NAVARRO, 1996, p.97).

Assim, é possível esquematizar o processo de elaboração de um novo conhecimento, conforme se observa na figura 1:

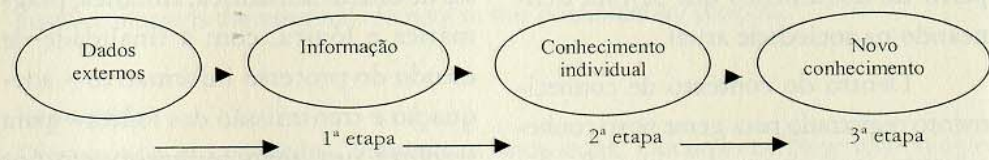


Figura 1. Processo de elaboração de um novo conhecimento²

- 1ª etapa – os dados são coordenados e sistematizados em um suporte na forma de informação;
- 2ª etapa – há um cotejo entre informação e conhecimento individual;
- 3ª etapa – processo cognitivo de criação – gera novo conhecimento

Esteban Navarro e García Marco (1995, grifo nosso) apresentam a O.C como uma disciplina dedicada ao estudo e desenvolvimento dos fundamentos e técnicas de planejamento, construção, gestão, uso e evolução dos sistemas de descrição, armazenamento, comunicação e recuperação dos documentos criados pelo homem para testemunhar, conservar e transmitir seu saber e seus atos, a partir de seu conteúdo, com a finalidade de garantir sua conservação em informação capaz de gerar novo conhecimento.

A organização e/ou sistematização científica do conhecimento, nos seus aspectos representação, organização e comunicação documental são alguns dos interesses da O.C, contribuindo

assim, por meio de seus métodos e princípios, com as demais áreas de conhecimento.

Conhecimento Registrado

O documento – conhecimento registrado – apresenta-se como a *nave mãe* na disciplina da Organização do Conhecimento no campo da Ciência da Informação e Documentação, na qual os *pilotos de caça* (usuários) abastecem-nos por meio de diferentes fontes, ou seja, distintos meios e suportes nos quais se encontra a informação registrada, visto que podem registrar conhecimentos e dados relativos a todos os saberes (LÓPEZ YEPES, 1978, p.46).

Nesse contexto de mudanças sócio-econômicas e científico-tecnológicas, das quais somos testemunhas, causadas em grande parte por novas tecnologias (HERNÁNDEZ DE FRUTOS apud LÓPEZ YEPES, 1997, p.19), vimos surgir a sociedade digi-

tal, tendo como protagonistas o *documento*, com novos suportes eletrônicos (computador, disquete, CD-ROM e outros); o *usuário* com sua cultura pessoal interagindo diretamente com a cultura global – auto-documenta-se – e o *documentalista* ou *profissional da informação* (de qualquer área)³ como assessor, cada vez mais invisível no que se refere à presença física, porém, mais atuante, solícito e preciso no processo de recuperação da informação, mediador social entre a cultura da intimidade e a cultura global e **reforçador do sistema científico** (LÓPEZ YEPES, 1997, grifo nosso).

Nesse ambiente digital, vantagens e desvantagens relacionadas ao acesso à informação são apresentadas à sociedade. Contudo, esta é uma questão histórica. O que dá uma tônica diferenciada à questão é a representação do conteúdo e a convergência de critérios entre pessoas que analisam a informação e as que pretendem encontrar essa informação (HERNÁNDEZ; GARCÍA MORENO, 1999).

Com as tecnologias informacionais, principalmente a Rede Internet, esse problema vem crescendo. A capacidade de potencializar qualquer conduta e/ou manifestação digital, independentemente da presença física do fornecedor e do usuário da informação, faz com que a dimensão do problema cresça de forma não propor-

cional a sua solução. Observa-se então, o surgimento de comportamentos e danos *aparentemente* neófitos atribuídos à evolução tecnológica que, por sua vez, somente potencializa os meios e não comanda o agente.

Observa-se a necessidade de criar e/ou participar da criação e demonstração de aportes técnicos e metodológicos que venham atender a essas novas carências geradas por este ciberespaço, em que para se acessar a informação – nesta nova relação – não se faz necessário a presença física em um espaço concreto (HERNÁNDEZ; GARCÍA MORENO, 1999), passando a ser importante a confiabilidade da informação localizada e não o lugar, visto que o conceito de tempo e espaço físico não são mais observados de acordo com o plano cartesiano (informação verbal).⁴

Com isso, o documento enquanto fonte de informação precisa e fidedigna, continua a apresentar condições como: a) autenticidade, porque há proximidade entre a *fonte* (procedência direta do documento – quem elabora) e o *fato* que descreve (dado elaborado e registrado por quem elaborou) e b) interpretação, porque o conteúdo de uma mesma fonte leva a conclusões diferentes, muitas vezes opostas.

O Documento e a Sociedade Digital

Numa viagem no tempo – ou na história – resgatamos a evolução do termo documento, procedente do latim *doceo* e *disco*: ensinar e aprender respectivamente e *mentum*: instrumento, testemunho para ensinar, que dos seus sentidos didático-moralizante (ensinar) e testemunhal, incorpora também o sentido transcendental e dinâmico de “instrumento para transmissão do conhecimento e prova para confirmar fatos” (MARTÍNEZ COMECHE apud LÓPEZ YEPES, 1997, p.12); “[...] portador de mensagem, é um suporte mais uma mensagem” (GARCIA GU-TIÉRREZ, 1999).

[...] qualquer elemento gráfico, iconográfico, plástico ou fônico pelo qual o homem se expressa. É o livro, o artigo de revista ou jornal, o relatório, o processo, o dossiê, a correspondência, a legislação, a estampa, a tela, a escultura, a fotografia, o filme, o disco, a fita magnética, o objeto utilitário etc., enfim, tudo o que seja produzido por razões funcionais, jurídicas, científicas, técnicas, culturais ou artísticas pela atividade humana (BELLOTTO, 1991, p.14, grifo nosso).

Observa-se no documento, o elemento passível de representação da informação, registro de conhecimentos. O homem levado por suas tendências informativas (comunicar, investigar, co-

nhecer e explicar) recorre a técnicas que possibilitem a transcendência de seus pensamentos e conhecimentos de forma que possa alimentá-los. Técnicas essas que permitem conservar e transmitir dados e/ou informações às gerações futuras, visto que “só a fixação de idéias ou dados permite sua conservação, sua transmissão, sua interpretação, sua utilização” (LÓPEZ YEPES, 1997, p.15). Cria-se o documento para satisfazer tais necessidades.

A memória é identificada como primeiro suporte documental, ou seja, primeiro intento de fixação de idéias. Contudo, segundo Lévy (1997, p.78):

[...] nossa memória não se parece em nada com um equipamento de armazenamento e recuperação fiel das informações [...], de acordo com a psicologia cognitiva contemporânea, não há apenas uma, mas diversas memórias funcionando distintas.

Devido a sua *fragilidade* para fixação a longo prazo inventou-se a escritura e para o transporte desses dados, suportes mais duráveis, passando pelas paredes das cavernas até o computador, visando sempre tais mudanças à preservação da informação e não à preservação do suporte (LEVACOV, 1999).

O documento, permanecendo no espaço e no tempo, é fonte de informação para se obter novos conhecimentos e, con-

seqüentemente, produzir outros e, assim, conseguir o progresso da sociedade. É um instrumento de cultura porque “a vida se perpetua nos documentos e nas pegadas que sobre eles têm deixado as pessoas que nos tem precedido no tempo” (LÓPEZ YEPES, 1997, p.14). Não se defende aqui o apego ao suporte, mas a mensagem, idéias, pensamentos e lembranças que nos fazem resgatar.

Nesse novo contexto informacional (Informática e Ciência da Informação) e informativo (comunicar, noticiar) os sistemas de informação eletrônica assumem, cada vez mais, maior importância pela sua capacidade potencial de difusão e acesso à informação, e a representação do conhecimento no processo documental.

A sociedade digital nos apresenta o documento no suporte eletrônico. Aqui a informação é gerada desde iniciativas cada vez mais individuais às iniciativas coletivas ou globais com ou sem qualquer rigor ou método científico. São fontes, em seu sentido de abastecer, fornecer informações, onde se depositam informações dos homens de todas as épocas. A questão é: quantidade não pressupõe qualidade. Encontramo-nos em um turbilhão de informações (dados coordenados e sistematizados) promovido, principalmente, pela tecnologia informativa, ou seja, o *bit* – menor unidade da informação, o *computador* – documentalista pessoal ou particular e fonte de informações e as *Redes* –

conexão entre computadores de forma local, regional ou global (Intranet, Extranet e Internet).

Decorre deste fato a necessidade de se ter uma maior preocupação com os recursos que usam os usuários na obtenção da informação necessária para criar um novo conhecimento, visto que a informação molda, mas não determina os “processos da existência individual e coletiva” (ROVER, 2000).

Um antigo personagem – o *ser* cidadão – apresenta um novo perfil que ultrapassa a “massa de consumidores e de expectadores” do sistema criado (ROVER, 2000). Nesse sistema de contexto digital, o cidadão, primordialmente, necessita interagir e atuar não somente como receptor e/ou captador de informações, mas também como ponte, como facilitador, assessor e organizador do conhecimento produzido e registrado em seus distintos suportes e, principalmente, como *reforçador do sistema metodológico* que, por meio de fontes fidedignas nos sentidos de informação original e de valor científico, favorecem o sistema de evolução intelectual.

Tipologias Documentais

Os documentos podem ser diferenciados em grupos ou classes, de acordo com sua função e natureza. Assim, a

tipologia documental vai ao encontro da função desempenhada pelos mesmos nas diferentes áreas do conhecimento. Um exemplo a ser observado diz respeito à forma de representação da mensagem em um suporte, e à natureza do código ou modo de representação desta mensagem. Neste sentido, apresenta-se uma tipologia mencionada por Lopes Yepez (1999, p.21, item A, tradução nossa).

A - Forma de representação da mensagem em suporte físico:

- 1 - Gráfico: Livro, revista etc.
- 2 - Eletrônico: fita de vídeo
- 3 - Digital: disquete, disco óptico digital etc.

A apresentação de uma tipologia permite visualizar a categorização dos documentos de acordo com a área de conhecimento, função e demais objetivos. Com isso, observam-se alguns entendimentos que necessitam, para sua devida apreciação, do aporte conceitual e metodológico de áreas afins.

Um exemplo a ser mencionado diz respeito aos itens *gráfico* e *eletrônico* da categoria apresentada por López Yepes (1999). Tendo a espécie *Gráfico* como exemplos o livro e a revista, conclui-se que tal tipologia mostra uma imprecisão, visto que, para outras áreas do conhecimento, como a Ciência da Computação e mesmo para a Ciência da Informação, o tipo gráfico não define es-

pecificamente um *suporte* a parte, caso seja esta a idéia do autor, porque o tipo gráfico pode ser inserido no suporte eletrônico, papel, argila e outros, que, neste caso, caracteriza a natureza do suporte, podendo até ser classificado, segundo Lévy (1996, p.50), como um *suporte estático ou clássico*.

Nos itens de representação da mensagem em suportes *eletrônico* e *digital*, observa-se que o *eletrônico* pressupõe o digital, que por sua vez seria a "*natureza do código eletrônico de representação da mensagem*" (LÓPEZ YEPES, 1997, p.21).

O termo *digital* define a *natureza do código* de representação da mensagem e o termo *eletrônico* seria para designar a *representação da mensagem* em um suporte. Neste caso, esses seriam aportes com outras áreas que em muito contribuem.

Conclusão

A *International Society for Knowledge Organization* (ISKO), por meio dos seus estudos e reflexões, é uma das correntes teóricas que muito tem influenciando nos estudos relacionados à organização do conhecimento no Brasil. Um dos elementos que caracteriza essa aproximação de idéias seria, talvez, o fato de que a ISKO, conforme relato de seus teóricos e pesquisadores, se preocupa essencialmente com temas relacionados com a Representação

e Organização do Conhecimento em Sistemas de Informação e Documentação, surgindo daí um maior interesse pelos seus fundamentos teóricos que vêm inspirando a pesquisar, refletir e aplicar o já conhecido paradigma cognitivo.

A importância do documento é atemporal. Bit ou papel não são dilemas ou problemas apresentados, apenas refletem a evolução informacional do homem, consequência de suas novas necessidades.

A auto-suficiência, ao documentar-se, esbarra no problema do excesso de informação, no aspecto econômico e até ético, tornando necessária uma atitude participativa e atuante de todos que, direta ou indiretamente, *estão conectados*, fazendo parte da sociedade digital. Tal atuação onipresente poderá evidenciar-se na criação de sistemas ou formas mais precisas de acesso à informação por meio do fortalecimento do sistema científico acadêmico, para que a representação do conhecimento registrado – o documento – seja fonte confiável com selo de autenticidade e veracidade do conhecimento humano universal.

Notas

¹ Resgatando algumas reflexões do Grupo de pesquisa NEPI (2003) sobre a Cibercultura de Pierre Lévy,

(1997) o *real* é o *virtual* atualizado, visto que o *virtual* está relacionado à *atualização* e não ao *irreal*.

² Fonte: elaboração da autora. Não se excluindo, contudo, a possibilidade da existência do registro de esquema semelhante em publicações diversas.

³ Além dos profissionais graduados na função (Arquivistas, Bibliotecários, Museólogos), há ainda o cientista da computação, o jurista, o pedagogo, o analista de sistema, o médico, o físico, o linguista, o sociólogo, enfim, todo profissional que na sua atuação orienta e mostra novos caminhos do saber; que dentre estes e outros, se manifesta o professor, enquanto mediador (e não detentor e mero facilitador) do conhecimento.

⁴ Seminário ministrado no Grupo de Pesquisa NEPI pelo professor Marcos Mucheroni (2003), do programa de Pós-graduação (mestrado) em Ciência da Computação da UNIVEM.

Referências bibliográficas

BARITÉ, Mario. Organización del conocimiento: un nuevo marco teórico-conceptual en Bibliotecología y Documentación. In: SIMPÓSIO EM FILOSOFIA E CIÊNCIAS: paradigmas do conhecimento no final do milênio, 3, 2001, Marília. Anais... Marília: Unesp, 2001. p.35-60.

BELLOTTO, Heloísa Liberalli. Identificação diplomática dos documentos. In: _____. *Arquivos permanentes: tratamento documental*. São Paulo: T.A. Queiroz, 1991. cap. 4. p. 30-61.

_____. Tipologia documental em arquivos: novas abordagens. *Arquivo Rio Claro*, Rio Claro, v. 9, n. 1, p. 4-15, jan. 1990.

DAHLBERG, Ingetraut. Current trends in knowledge organization. In: GARCIA MARCO, F. J. (Ed.). *Organización del conocimiento en sistemas de información y documentación*. Zaragoza: Librería General, 1995. v. 1, p. 7-26.

ESTEBAN NAVARRO, Miguel Angel; GARCÍA MARCO, Francisco Javier. *Las primeras jornadas sobre Organización del Conocimiento: organización del conocimiento e información científica*. Disponível em: <<http://fyl.unizar.es/SCIRE/jorcon.html>>. Acesso em: 20 ago. 1999.

HERNÁNDEZ, Antonio; GARCÍA MORENO, María Antonia. *Implicaciones de Internet para los profesionales de bibliotecas y centros de documentación*. Disponível em: <<http://rayuela.uc3m.es/~tony/publicaciones/doc-ccii/artnti-1.html>>. Acesso em: 07 set. 1999.

LEVACOV, Marília. Bibliotecas virtuais: problemas, paradoxos, controvérsias. In *Texto – Revista do Mestrado de Comunicação da UFRGS*. Disponível em: <<http://www.ilea.ufrgs.br/intexto>>. Acesso em: 07 set. 1999.

_____. Bibliotecas virtuais: (r)evolução? *Revista Ciência da Informação*, Brasília, v. 26, n. 2, 1997. Disponível em: <<http://www.ibict.br/cionline/artigos/2629702.htm>>. Acesso em: 10 ago. 1999.

LÉVY, Pierre. A virtualização do texto. In: _____. *O que é virtual?* São Paulo: 34, 1996. p.35-50.

_____. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: 34, 1999.

_____. Os três tempos do espírito: a oralidade primária, a escrita e a informática. In: _____. *As tecnologias da inteligência: futuro do pensamento na era da informática*. Rio de Janeiro: 34, 1993. p.75-86.

LÓPEZ YEPES, José. El concepto de ciencia de la documentación: unidad en la diversidad o diversidad en la unidad. *Revista Investigación Bibliotecológica*, v. 10, n. 21, p. 4-6, Jul./Dic. 1996.

_____. La construccion epistemologica de la ciencia de la documentacion. In: _____. *Teoría de la documentación*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1978. p. 29-66.

_____. Reflexiones sobre el concepto de documento ante la revolución de la información: un nuevo profesional del documento? *Sicire*, v. 3, n. 1, . .p. 11-29, Jul./Dic. 1997.

ROVER, Aires José. Breve discussão sobre as condições político-éticas do progresso globalizado. *DataGramaZero – Revista de Ciência da Informação*, Belo Horizonte, n. 1, fev. 2000. Disponível em: <http://www.dgzero.org/fev00/Art_03.htm>. Acesso em: 26 set. 2002.

SOCIEDAD DIGITAL y sistemas de informacion electronica. Zaragoza, 1998. Disponível em: <<http://www.unicies.cesga.es/listas/bib-med/msg00257.html>>. Acesso em: 10 jun. 1999.

A teoria da empresa no novo Direito de Empresa¹

Luiz Antonio Soares Hentz *

Resumo

Na análise dos fundamentos da teoria da empresa, desenvolvida no direito italiano e adotada como base do novo direito de empresa (livro II do Código Civil – Lei n. 10.406/2002), dá-se tratamento à empresa como uma realidade jurídica, além da sua indiscutível importância no cenário econômico, como principal ente do processo de produção e circulação de riquezas no mundo moderno. A teoria da empresa dá guarida às formas jurídicas conhecidas, considera as relações com os seus integrantes e com o mercado, aponta as exigências para existência válida e estabelece a natureza e o limite das obrigações transmitidas a seus órgãos, no regular (e no irregular) exercício de atividades empresariais.

Palavras-chave

Direito comercial. Direito de empresa. Fundamentos jurídicos da empresa. Empresário e sociedade empresária.

THE ENTERPRISE THEORY ON THE NEW ENTREPRENEURIAL LAW

Abstract

In the analysis of the enterprise theory principles developed on the Italian Law and adopted as basis of the new entrepreneurial law (book II of the Civil Code – law 10.406/2002), the enterprise is treated as a juridical reality as well as its unquestionable importance in the economics scenario as essential subject of the production process and circulation of wealth on the modern world. The enterprise theory protects the known juridical forms, takes into account the relations between the company and its members as well as the market. It also highlights the requirements to a valid existence and establishes the nature and the limit of the obligations sent to its organizations on the regular and irregular fulfillment of entrepreneurial activities.

* Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito, Professor da UNESP – Advogado e Parecerista autor do livro *Direito de Empresa no Código Civil de 2002*. Ed. Juarez de Oliveira, 2.ed., 2003.

HERNÁNDEZ, Antonio; GARCÍA MORENO, María Antonia. *Implicaciones de Internet para los profesionales de bibliotecas y centros de documentación*. Disponível em: <<http://rayuela.uc3m.es/~tony/publicaciones/doc-ccii/artnti-1.html>>. Acesso em: 07 set. 1999.

LEVACOV, Marília. Bibliotecas virtuais: problemas, paradoxos, controvérsias. In *Texto – Revista do Mestrado de Comunicação da UFRGS*. Disponível em: <<http://www.ilea.ufrgs.br/intexto>>. Acesso em: 07 set. 1999.

_____. Bibliotecas virtuais: (r)evolução? *Revista Ciência da Informação*, Brasília, v. 26, n. 2, 1997. Disponível em: <<http://www.ibict.br/cionline/artigos/2629702.htm>>. Acesso em: 10 ago. 1999.

LÉVY, Pierre. A virtualização do texto. In: _____. *O que é virtual?* São Paulo: 34, 1996. p.35-50.

_____. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: 34, 1999.

_____. Os três tempos do espírito: a oralidade primária, a escrita e a informática. In: _____. *As tecnologias da inteligência: futuro do pensamento na era da informática*. Rio de Janeiro: 34, 1993. p.75-86.

LÓPEZ YEPES, José. El concepto de ciencia de la documentación: unidad en la diversidad o diversidad en la unidad. *Revista Investigación Bibliotecológica*, v. 10, n. 21, p. 4-6, Jul./Dic. 1996.

_____. La construccion epistemologica de la ciencia de la documentacion. In: _____. *Teoría de la documentación*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1978. p. 29-66.

_____. Reflexiones sobre el concepto de documento ante la revolución de la información: un nuevo profesional del documento? *Sicire*, v. 3, n. 1, . .p. 11-29, Jul./Dic. 1997.

ROVER, Aires José. Breve discussão sobre as condições político-éticas do progresso globalizado. *DataGramaZero – Revista de Ciência da Informação*, Belo Horizonte, n. 1, fev. 2000. Disponível em: <http://www.dgzero.org/fev00/Art_03.htm>. Acesso em: 26 set. 2002.

SOCIEDAD DIGITAL y sistemas de informacion electronica. Zaragoza, 1998. Disponível em: <<http://www.unicies.cesga.es/listas/bib-med/msg00257.html>>. Acesso em: 10 jun. 1999.

A teoria da empresa no novo Direito de Empresa¹

Luiz Antonio Soares Hentz *

Resumo

Na análise dos fundamentos da teoria da empresa, desenvolvida no direito italiano e adotada como base do novo direito de empresa (livro II do Código Civil – Lei n. 10.406/2002), dá-se tratamento à empresa como uma realidade jurídica, além da sua indiscutível importância no cenário econômico, como principal ente do processo de produção e circulação de riquezas no mundo moderno. A teoria da empresa dá guarida às formas jurídicas conhecidas, considera as relações com os seus integrantes e com o mercado, aponta as exigências para existência válida e estabelece a natureza e o limite das obrigações transmitidas a seus órgãos, no regular (e no irregular) exercício de atividades empresariais.

Palavras-chave

Direito comercial. Direito de empresa. Fundamentos jurídicos da empresa. Empresário e sociedade empresária.

THE ENTERPRISE THEORY ON THE NEW ENTREPRENEURIAL LAW

Abstract

In the analysis of the enterprise theory principles developed on the Italian Law and adopted as basis of the new entrepreneurial law (book II of the Civil Code – law 10.406/2002), the enterprise is treated as a juridical reality as well as its unquestionable importance in the economics scenario as essential subject of the production process and circulation of wealth on the modern world. The enterprise theory protects the known juridical forms, takes into account the relations between the company and its members as well as the market. It also highlights the requirements to a valid existence and establishes the nature and the limit of the obligations sent to its organizations on the regular and irregular fulfillment of entrepreneurial activities.

* Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito, Professor da UNESP – Advogado e Parecerista autor do livro *Direito de Empresa no Código Civil de 2002*. Ed. Juarez de Oliveira, 2.ed., 2003.

Keywords

Commercial law. Entrepreneurial law. Entrepreneurial juridical principles. Entrepreneur and entrepreneurial society.

LA TEORÍA DE LA EMPRESA EN EL NUEVO DERECHO DE EMPRESA

Resumen

En el análisis de los fundamentos de la teoría de la empresa, desarrollada en el derecho italiano y adoptada como base del nuevo derecho de empresa (libro II del Código Civil – Ley n. 10.406/2002), se trata a la empresa como una realidad jurídica, además de su indiscutible importancia en el escenario económico, como principal ente del proceso de producción y circulación de riquezas en el mundo moderno. La teoría de la empresa protege a las formas jurídicas conocidas, considera las relaciones con sus integrantes y con el mercado, apunta las exigencias para la existencia válida y establece la naturaleza y el límite de las obligaciones transmitidas a sus órganos, tanto en el regular como en el irregular ejercicio de las actividades empresariales.

Palabras clave

Derecho comercial. Derecho de empresa. Fundamentos jurídicos de la empresa. Empresario. Sociedad empresaria.

Considerações preambulares

Tem-se afirmado, com boa dose de razão, que inexistente um conceito unitário de empresa. Essa negativa, feita em 1943, ensinou a Alberto Asquini explicar porque o legislador italiano não atribuiu uma definição jurídica à empresa. Hoje sabemos que o legislador brasileiro também não o fez, embora os códigos italiano e brasileiro tenham adotado a teoria da empresa como uma de suas linhas mestras, responsável, dentre outras alterações importantes, a serem vistas no correr deste estudo, pela unificação do direito privado. Na se-

quência de sua peroração, Asquini (1996) justifica que o conceito de empresa faz parte de um fenômeno econômico poliédrico, que teria, no aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram (ASQUINI, 1996).

Assim, a falta de definição legislativa deriva da diversidade das definições de empresa, segundo a multiplicidade de perfis do fenômeno econômico. Boa parte da celeuma decorre do aparente desaparecimento do secular direito comercial, que teria perdido o seu caráter especial ante o ordenamento mais abrangente do

direito civil, que comportaria, na Itália, até mesmo o desaparecimento do direito trabalhista. Fechava-se a ciência do direito aos usos e costumes que deram vida ao direito comercial.

Mas foi possível abrir espaço para um direito das empresas, mesmo que não se constitua ramo autônomo do sistema jurídico, como se tem apregoadado, não sem um certo desapontamento (ABREU, 1996). As empresas seriam, assim, objeto do direito de empresa, sem que se tenha de desprezar, nem de desqualificar cientificamente os diversos ramos da ciência jurídica (o direito constitucional, o direito administrativo, o direito tributário, o direito econômico, o direito societário, o direito ambiental, o direito do consumidor etc.). O direito de empresa seria, desse modo, um direito interdisciplinar.

Abreu (1996) enfrentou esse e outros problemas relacionados ao tema da empresa no Direito, buscando e justificando um caráter de empresarialidade nas relações jurídicas praticadas no âmbito das empresas. Essa discussão remonta à tentativa de atribuir cientificidade ao conceito de ato de comércio (REQUIÃO, 1995). Abreu (1996), no entanto, deixou-se conduzir pela tentativa de separar a empresa em face de seu objeto e de seus sujeitos jurídicos, concluindo que o objeto estudado não se constituiria ramo jurídi-

co autônomo do sistema jurídico, preservando-se a heterogeneidade dos vários ramos do direito envolvidos que, por sua vez, preservariam sua unidade e sua força.

Nós, no entanto, podemos nos jactar da existência do direito de empresa. Como consignado na introdução deste capítulo, o projeto do novo Código Civil brasileiro, na versão modificada pela Câmara dos Deputados, ao final apresentado para a sanção do Presidente da República, abriu espaço para o Livro II, denominado *Do Direito de Empresa*.

É bom que se esclareça que, como um dos autores do anteprojeto e coordenador da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, Miguel Reale preferia o título *Da atividade negocial*, constante da proposta até sua modificação na Câmara dos Deputados, como sempre deixou claro (REALE, 1986). Acentua Reale (1986), ainda, justificando o novo Código Civil brasileiro (CCB), “a reconhecida insuficiência de um Código Comercial, de 1850, do qual restam bem poucas normas em vigor”, condenando a existência, no final do século XX, de um código imperial:

[...] outro elemento determinante nas razões da atualização de todo o nosso direito obrigacional, o qual, como bem assinala Sylvio Marcondes, refere-se, hoje em dia, tão-somente pelo

que dispõe o Código Civil, com a ajuda da doutrina, da jurisprudência e dos costumes, além de freqüente apelo ao direito comparado, a fim de serem preenchidas as inúmeras lacunas existentes (REALE, 1986, p.22).

Na exposição de motivos do seu anteprojeto, Miguel Reale apressou-se em justificar a inclusão, no Código Civil (CC), da disciplina da atividade negocial, mas não demora em explicações acerca do desaparecimento de um corpo autônomo de leis próprias do comércio. Diz ele, sobre a diretriz de ordem sistemática do anteprojeto, que segue uma unidade lógica, resultado da tentativa de realizar a unidade do direito das obrigações:

Não uma unidade do direito privado, porque esta unidade não foi posta como alvo a ser atingido; o projeto realiza apenas a unidade da parte geral das obrigações, consagrando, no Código, aquilo que é duradouro, inclui na legislação civil aquelas regras dotadas de certa durabilidade (REALE, 1986, p.5).

Hoje, indiscutivelmente se constata o acerto da sistemática adotada: foram necessários 26 anos de tramitação até a aprovação do texto final. Pode-se imaginar a demora para se implementarem alterações, tão necessárias e urgentes no sistema de direito privado para atender a contingências de merca-

do (v.g., as mudanças periódicas da legislação de locações residenciais, ora para preservar contra abusos do proprietário na retomada do imóvel, ora para adequar-se à realidade do mercado imobiliário). Nesta sua preleção, logo em seguida à aprovação do texto do novo CCB na Câmara dos Deputados pela primeira vez, com emendas aí apresentadas, Miguel Reale (1986, p.6) justificava que, uma vez unificado o direito das obrigações, a consequência imediata era “levar na devida conta a estrutura da atividade empresarial, antes chamada *atividade negocial*, e que, ao sair da Câmara, passou a ser denominada *atividade empresarial*: ela não é senão uma especificação do direito obrigacional”. Disse ainda que o direito de empresa, na estrutura do código, é uma projeção natural e imediata do direito das obrigações, razão pela qual o livro *Do Direito de Empresa* surge como consequência imediata do direito das obrigações. Entende-se, outrossim, pela palavra *empresa*, não uma entidade; mas, ao contrário, a atividade empenhada na produção, circulação e distribuição da riqueza. É usada no sentido de atividade, que ao se estruturar, tendo por fim obter um resultado de natureza econômica, dá origem ao direito de empresa, que é, por conseguinte, uma continuação imediata – como que uma parte complementar, no dizer de Reale – do

direito das obrigações (REALE, 1986, p.6).

A empresa, assim, entra para o direito positivo no País por força da necessidade de se estruturar a atividade econômica voltada à produção ou à circulação de bens ou serviços, reconhecendo, efetivamente, o que a doutrina de há muito preconiza como uma necessidade para a modernização do direito comercial. Na verdade, de alguma forma, a figura da empresa já se encontra enraizada entre nós, sob o bafejo da doutrina italiana, como se demonstra na seqüência.

As falhas do antigo direito comercial

A necessidade de desenvolver uma teoria, como a teoria da empresa, deve-se à vagueza do conceito de atos de comércio, adotado pelo Código Comercial brasileiro (CCom) como elemento qualificador da atividade comercial, que, nessas restritas condições, os submete ao regime de direito comercial. É o que decorre do art. 4º do CCom. Embora houvesse uma constante preocupação dos comercialistas (que durou mais de um século!), em formular uma teoria unitária para os atos de comércio, a tarefa se notabilizou como um martírio para o legislador e um enigma para a jurisprudência.

Cumprir lembrar que Alfredo Rocco, prestes a abandonar a pretensão de formular tal conceito, passou a sustentar que qualquer definição de ato de comércio seria sempre um conceito de direito positivo, sugerindo, enfim, que a lei o fizesse, porque eles, autores, não tinham contribuição própria ou critério científico válido a revelar (ROCCO, 1898). Sob o ponto de vista de J. X. Carvalho de Mendonça, mesmo sendo ele próprio um estudioso do problema, as teorias para determinação científica dos atos de comércio, até então conhecidas, eram todas deficientes e inexatas. Disse que “os atos de comércio apresentam consideráveis matizes e prendem-se tão estreitamente às relações da vida civil que é difícil, muitas vezes, caracterizá-los devidamente”. E, em arremate, que, “por esse motivo, não vingaram as definições de atos de comércio que tentaram escritores de nota; todos não têm resistido à crítica” (MENDONÇA, 2000, p.503).

Mesmo não encontrando na concepção de empresa, no início, conteúdo jurídico bastante para sua apreensão pela ciência jurídica, todos os autores estrangeiros e brasileiros discorreram sobre as dificuldades de se estabelecer as bases da teoria dos atos de comércio, necessária para aplicação das normas ditadas pelo legislador para regular especialmente a atividade comercial

(BORGES, 1959 e MARCONDES, 1970). Aos poucos a tentativa foi sendo abandonada, desenvolvendo-se a noção de empresa, senão menos difícil de ser conceituada, prestava-se para enquadramento da atividade econômica organizada, independente de sua qualificação comercial ou civil.

Eunápio Borges, lembrando Escharra, dentre outros autores, parte do princípio de que a empresa é a repetição profissional de atos de comércio, a qual repousa sobre uma organização preestabelecida, destinada à sua prática. Seria uma noção construtiva, de *lege ferenda*, para orientar a reforma da antiga legislação mercantil e, dessa maneira, abandonar o ato de comércio isolado. Serviria, outrossim, para a caracterização do ato de comércio (e não este para caracterizar a atividade) e identificação da matéria comercial, opinião defendida por Mossa, na Itália, e Garrigues, na Espanha (BORGES, 1959).

Ainda assim, sabe-se que o legislador brasileiro prestigiou, além do ato de comércio em si, a sua prática reiterada e com objetivo de lucro, noções que a doutrina consolidou a partir do Código Comercial francês, de 1807. De fato, no direito brasileiro o ato de comércio apto a caracterizar a sujeição ao CCom nunca foi o ato isolado. Na codificação de 1850 – tanto no CCom quanto no Regulamento n. 737 – valo-

rizou-se sobremaneira o conceito e abrangência do termo *mercancia*, ou seja, o exercício de profissões consideradas de natureza mercantil, caracterizadas justamente pela reiteração na prática de atos de comércio, no que viria a ser chamado, bem mais tarde, de atos de massa. Isso, notadamente, para justificar a existência de um contrato informal, próprio do dinamismo do comércio, em lugar do formalismo comum aos atos civis e dos praticados entre empresas como meio para consecução de seus fins.

Defensor do abandono da teoria do ato de comércio, Eunápio Borges (1959) assim se posicionou a respeito:

Para tornar bem claro que a mercancia, a que se refere o art. 4º do Código e o art. 19 do Regulamento n. 737, não é sinônimo de ato de comércio, mas de profissão mercantil, porque, ao passo que o art. 191 exige, como condição *sine qua non* para que a compra e venda sejam mercantis, que pelo menos um dos contratantes, comprador ou vendedor, seja comerciante, o art. 19, § 1º, do Regulamento n. 737 considera mercancia “a compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes” destinados à revenda ou à locação, sem fazer a mesma exigência do art. 191 do Código. (BORGES, 1959, p.101)

Na mesma esteira, desenvolvendo as bases para atualização do direito comercial em torno da figura da empresa, Ruy de Souza afirma que “a ela-

oração de um direito comercial fundado na empresa como seu objeto, revolucionou os processos tradicionais e possui o condão de eliminar os antagonismos teóricos e de minimizar as exceções” (SOUZA, 1959, p.207). Com efeito, da identificação da natureza comercial da atividade nasce a submissão ou não à falência, ou o gozo dos benefícios da concordata, além da proteção específica do comerciante, por disposições do CCom, somente a eles aplicáveis. Essas dificuldades, na verdade, ensejam a busca de novas formas de se encarar o problema, com novas idéias e não interpretações sutis, mediante a reanálise dos conceitos fundamentais – sugestão veemente do grande Ascarelli. No direito estrangeiro, tem-se o resultado do aprendizado dos seus estudiosos, que saíram à frente. E daí a se prestigiar a teoria da empresa foi um passo... que os juristas levaram mais de um século para completar.

Foi somente no século XX que se desenvolveu uma outra noção, apta a definir a matéria comercial. Se as buscas não tivessem sido incessantes (disso dá conta os inúmeros tratados de direito mercantil), não seria necessário, nem teria efeito prático algum, hoje, estar-se deslindando as idas e vindas nesse espinhoso caminho. O passo foi gigantesco, todavia: a teoria da empre-

sa pretende a transposição para o mundo jurídico de um fenômeno que é sócio-econômico: a empresa como centro fomentador do comércio, como sempre foi, mas com um colorido com o qual nunca foi vista.

Salienta Betyna de Almeida a existência de duas grandes correntes em que se dividiu a doutrina sobre a teoria da empresa nos primórdios de seu aparecimento: uma defendendo a simples transposição da noção econômica para o plano jurídico; a outra, uma tradução desta noção em termos jurídicos. E lembra, acertadamente, que o projeto do novo CCB foi elaborado sob inspiração direta do direito italiano, adotando expressamente a teoria da empresa como modelo de disciplina da atividade econômica, inerente, portanto, à primeira grande corrente. A evolução da teoria para a necessidade prática de sua aplicação, todavia, considera a empresa, juridicamente, sob determinados perfis, o que significa a transposição para o direito de algo apenas apreciável na Economia, em conformidade com o afirmado pela segunda grande corrente (ALMEIDA, 2000).

Na sua percuciente análise da teoria da empresa no Brasil, no intermédio entre a publicação do Código Civil italiano (CCit) de 1942 e a apresentação do anteprojeto de Miguel

Reale, embrião do recém sancionado CCB, Ruy de Souza não só teve ousadia para posicionar a empresa “econômica” ante o Direito, como para afirmar que seu campo foi e sempre será o da Economia. São suas palavras: “[...] o Direito deixaria de ser, como a tradição o formou, um direito do comerciante e dos atos de comércio, para alcançar limites muito mais largos, acomodando-se à plasticidade da economia política” (SOUZA, 1959, p.26).

No desenrolar dos argumentos de sua tese, renasce, como novos rumos da doutrina, o sonho acalentado de economia e empresa estarem associados pelo direito de empresa: “A disciplina jurídica do mundo econômico, ou do mundo dos negócios, como querem outros, orienta-se sempre de encontro a uma tendência política e possui, seja qual for o rumo, uma clara influência de castas econômicas ou de ideologias interessadas” (SOUZA, 1959, p.168).

Mais adiante, Souza insiste, categoricamente, voltado para o que se pensa ser o novo norte do direito comercial:

Sendo a economia o chão dessa realidade social, que o direito deve adaptar, nada mais haverá em se pretender a justificação de um direito especial econômico, que se constituiria à custa dos retalhos das outras disciplinas jurídicas de substratos econômicos,

ou seria formação nova, estruturada nas relações de direito originadas das próprias relações econômicas que se ausentavam das disciplinas tradicionais (SOUZA, 1959, p.170).

Não seria demais lembrar que nem Souza, nem outro qualquer estudioso, defendeu jamais o desaparecimento do direito comercial; pelo contrário, sempre se lhe reservou papel fundamental na estrutura do direito privado, ora por ser especial em relação ao direito civil, ora por se respeitar sua origem *a latere* do direito comum, justificado nas possibilidades de sua pronta adaptação, à medida que novos negócios vão surgindo e se precise de normas comuns, especialmente no novo comércio internacional, para interpretação e aplicação de regras particulares, não obstante as fronteiras dos países envolvidos serem soberanas e respeitadas. De fato, o próprio Ruy de Souza assegura que o direito comercial é, na realidade, o direito dos negócios, ou seja, o direito das atividades econômicas, pondo em evidência o exclusivismo do princípio da unidade, que permite justificar o agrupamento, em uma única disciplina, destas diversas regras (SOUZA, 1959).

Outros autores nacionais não demonstram maiores preocupações com a unificação promovida no corpo legislativo disciplinador do direito pri-

vado. Técnica e didaticamente, o direito comercial tem seu espaço preservado por suas origens históricas, seu método e sua importância crescente na disciplina das relações profissionais das pessoas, hoje realizadas quase que exclusivamente no âmbito das empresas. É uma nova face do mesmo antigo direito comercial, obrigada a se mostrar jovem e dinâmica, num processo de evolução de acordo com as necessidades econômicas e tecnológicas mais atuais.

A teoria da empresa no direito italiano

Conquanto no Brasil não se respeite, como se deveria, os conceitos traçados com muito custo no direito estrangeiro, o certo é que a teoria da empresa ganhou, entre nós, prestígio raramente verificado em relação a institutos modernos do direito europeu. Na Itália, desde os primeiros anos do século XX, a empresa é discutida como experiência jurídica, ou seja, como um fenômeno além da sua realidade econômica, que é como ela pode ser vista, fato que no Brasil não se deturpou, embora tenhamos adquirido apego às ficções legislativas sem muito perquirir sobre o cabimento, oportunidade e validade do conceito sob análise.²

Com efeito, em 1942 o Código Civil italiano incorporou a teoria da em-

presa – mesmo sem deixar inteiramente satisfeitos os seus mais entusiastas estudiosos, como Carnelutti, Rocco e Vivante, que prontamente se pronunciaram com reservas ou acentuadas críticas. No sistema do Código italiano ainda vigente, pressupôs-se a necessidade de uma figura que se aplicasse a todas as formas de atividades econômicas. A empresa foi, então, introduzida nesse contexto como sendo uma relação entre atividade econômica e organização (art. 2082). Sem muito se deter em conceitos e particularidades, o CCit relegou à doutrina e à jurisprudência a tarefa de examinar os reflexos, no campo jurídico, desses elementos e verificar até que ponto princípios tradicionais como o objetivo de lucro e a habitualidade são fatores determinantes do conceito de empresa (PACIELLO, 1978).

Na condição de formatador da teoria da empresa, manifestando-se na primeira hora seguinte às dúvidas e indagações formuladas na esteira da novidade adotada pelo CCit, Alberto Asquini considerou as aplicações do conceito sob as diversas óticas possíveis e relevantes juridicamente. Concluiu que a empresa deveria ser conceituada não de modo direto ou linear, mas detida e pormenorizadamente. Nesse contexto, sugeriu a empresa como fenômeno econômico poliédrico, que teria, no aspecto

jurídico, não um, mas diversos perfis: o perfil subjetivo (a empresa como empresário); o perfil funcional (a empresa como atividade empresarial); o perfil objetivo (a empresa como estabelecimento); e o perfil corporativo (a empresa como instituição) (ASQUINI, 1943).

Asquini, no texto publicado originariamente na *Rivista del Diritto Commerciale*, apontou na empresa a figura do empresário, denotando o uso da expressão como sinônimo de empresário, e, por outro lado, também a identificava pelo perfil funcional ou dinâmico. A empresa seria a própria atividade empresarial, ou seja, a força de movimento rotacional que implica na atividade empresarial dirigida para determinada finalidade produtiva. Quanto aos seus perfis patrimonial e objetivo, dizia estar revelado pelo estabelecimento ou azienda e pelo mesmo fenômeno econômico, mas projetado sobre o terreno patrimonial, dando lugar a patrimônio especial, distinto, pela sua finalidade, do resto do patrimônio do empresário. Por fim, afloraria, para o corajoso autor italiano, o perfil corporativo: a empresa como instituição, considerada uma organização de pessoas, formada pelo empresário e seus colaboradores (dirigentes, empregados, operários), todos movidos por interesses individuais, mas formando um núcleo social organizado em função do fim econômico co-

mun, qual seja, a consecução do melhor resultado econômico na produção.

Vale notar que o legislador não rendeu fidelidade aos ensinamentos de Asquini, demonstrando às vezes desprezo a alguns dos perfis, em outras oportunidades desconhecendo a distinção por completo. O texto de Asquini principia por revelar que seu autor tinha em mãos não só o novo CCit, como também já conhecia a *desorientação* e a posição discordante *dos seus primeiros comentaristas*, como Soprano, Mossa, Cernelutti, Greco e Santoro-Passarelli (cf. nota ao texto original). Portanto, foi escrito cronologicamente depois do código, o que não constitui novidade, dada a ampla divulgação do *progetto preliminare* elaborado por Vivante. É mais apropriado dizer que o legislador não quis *ouvir* as contrariedades dos analistas e aprovou o texto apresentado. Feito esse esclarecimento, reporta-se a dada passagem de *Profili dell'impresa* para dizer, com as palavras do autor, que “a noção de empresa entrou no novo CC com um determinado significado econômico, o que não quer dizer que a noção de empresa seja imediatamente utilizável como noção jurídica” (ASQUINI, 1996, p.110).

São palavras de Asquini, traduzidas por Fábio Konder Comparato (1996):

Traduzir os termos econômicos em termos jurídicos é tarefa do intérprete; mas, defronte ao direito o fenômeno econômico da empresa se apresenta como um fenômeno possuidor de diversos aspectos, em relação aos diversos elementos que para ele concorrem, o intérprete não deve agir com o preconceito de que o fenômeno econômico de empresa deva, forçosamente, entrar num esquema jurídico unitário. Ao contrário, é necessário adequar as noções jurídicas de empresa aos diversos aspectos do fenômeno econômico (ASQUINI, 1996, p.113).

O *codice civile* de 1942, no art. 2.082, caracteriza o empresário como sendo “chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”. Não define a empresa, cuja definição os juristas italianos retiram do conceito de empresário – embora com algum reclamo pela omissão legislativa, como visto no texto de Alberto Asquini, a qual os juristas suprem, acentuando ser aquela essencialmente uma atividade econômica, sem interesse jurídico imediato, portanto. Nessa ótica, Giuseppe Ferri assevera que da noção de empresário fixada pelo CCit se deduz a noção de empresa como atividade organizada e profissional (FERRI, 1971), o que tem sido bastante, até hoje, para sustentar-se o acerto do código e do comedimento do legislador que deixou espaço bastante para o desenvolvimento da teoria geral da empresa na doutrina.

Nesse sentido, Tullio Ascarelli considera, de um lado, a atividade definida no art. 2.082 e cujo exercício profissional qualifica o empresário, e, de outro, valoriza o conjunto de bens destinados ao exercício de tal atividade. Empresa, assim, diz ele, é a atividade exercida profissionalmente na azienda, amparando os estudos, antes já aprofundados, acerca da teoria do estabelecimento (ASCARELLI, 1962).

Todas as tentativas de remeter o conceito econômico de empresa para o plano jurídico encontraram dificuldades, a ponto de se contentar com a idéia de que a empresa seria o substrato econômico para a atividade juridicamente relevante do empresário, este sim, uma figura de interesse para o direito. Tanto é assim que Antonio Brunetti dizia ser a empresa uma realidade do lado político-econômico, mas do lado jurídico seria uma abstração (“*un'astrazione*”). Diz esse respeitado autor italiano:

Dal che si vede che l'impresa se dal lato politico-economico è una realtà, da quello giuridico è un'astrazione perchè, riconoscendosi quale organizzazione di lavoro formata dalle persone e dai beni componenti l'azienda, il rapporto fra le persone e i mezzi di esercizio non si può ricondurre che a un'entità astratta dovendosi in concreto collegare alla persona del titolare cioè all'imprenditore (BRUNETTI, 1948, p.59).

FERRARA, Francesco. *Teoria jurídica de la hacienda mercantil*. Tradução José Maria Navas. Madrid: Derecho Privado, 1960.

FERRI, Giuseppe. *Le società*. Turin: Utet, 1971.

GALGANO, Francesco. *História do direito comercial*. Tradução João Espírito Santo. Lisboa: Signo, 1976.

_____. *Tratato di Diritto Civile e Commerciale*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1982.

MARCONDES, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2000. v.1.

PACIELLO, Gaetano. A evolução do conceito de empresa no direito italiano. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 17, n. 29, p.39-56, jan./mar. 1978, p. 41

REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil*: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986..

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v.1, p. 33-43.

ROCCO, Alfredo. *Le società commerciali*. Torino: Fratelli, 1898.

SOUZA, Ruy de. *Atualização do direito comercial*. Belo Horizonte [s. n.], 1959.

O desafio da manutenção do sucesso da sociedade limitada na vigência do novo código civil

Marcelo Gazzi Taddei *

Resumo

O novo Código Civil trouxe uma série de alterações à sociedade limitada, que corresponde à espécie societária mais utilizada no Brasil atualmente. As inovações proporcionaram maior complexidade à sociedade limitada, o que gerou uma série de críticas em razão do aumento das formalidades e dos custos administrativos gerados. Entretanto, muitas das exigências legais podem ser atenuadas nas sociedades limitadas formadas por até dez sócios, mediante a previsão de cláusulas específicas no contrato social. O novo tratamento legal trouxe maior transparência e profissionalismo à sociedade limitada, assegurando, de certa forma, maior proteção aos direitos dos sócios minoritários em alguns casos.

Palavras-chave

Código Civil de 2002. Sociedade limitada. Sociedade empresária. Deliberações sociais.

THE CHALLENGE OF MAINTAINING THE LIMITED SOCIETY SUCCESS – THE VALIDITY OF THE NEW CODE

Abstract

The new Civil Code brought a series of alterations to the limited society, which corresponds to the societarian specimen more used in Brazil currently. The innovations provide larger complexity to the limited society, creating a series of criticisms due to the increase of formalities and generated administrative costs. However, most of the legal exigencies may be attenuated in the limited societies formed by up to ten partners, by means of the specific clause prevision in the social contract. The new legal treatment brought higher transparency and professionalism to the limited society; and ensured, in a certain way, higher protection to the rights of the minority partners in some cases.

* Mestre em direito pela UNESP de Franca/SP. Professor de Direito Comercial do Curso de Direito do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília – e da UNIP, campus de São José do Rio Preto/SP. Advogado.

Keywords

Civil Code of 2002. Limited society. Entrepreneur society. Social deliberations.

EL DESAFÍO DE MANTENER EL ÉXITO DE LA SOCIEDAD LIMITADA EN LA VIGENCIA DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL

Resumen

El nuevo Código Civil ha traído una serie de alteraciones a la sociedad limitada, que corresponde a la especie societaria más utilizada en Brasil actualmente. Las innovaciones han proporcionado una complejidad mayor a la sociedad limitada, lo que ha generado una serie de críticas en virtud del aumento de las formalidades y de los costes administrativos generados. Sin embargo, muchas de las exigencias legales pueden ser atenuadas en las sociedades limitadas formadas por hasta diez socios, mediante la previsión de cláusulas específicas en el contrato social. El nuevo tratamiento legal ha traído más transparencia y profesionalismo a la sociedad limitada, asegurando, de cierta manera, más protección a los derechos de los socios minoritarios en algunos casos.

Palabras clave

Código Civil de 2002. Sociedad limitada. Sociedad empresaria. Deliberaciones sociales.

1 A sociedade limitada no direito brasileiro

A sociedade limitada constitui a sociedade empresária mais utilizada no Brasil atualmente. O sucesso dessa espécie societária entre os empreendedores brasileiros justifica-se, principalmente, em razão de dois fatores: limitação da responsabilidade de todos os sócios e facilidade de constituição. Quando comparada à sociedade anônima, a sociedade limitada destaca-se por exigir menos formalidades na sua administração, constituição simplificada

e contabilidade menos complexa, tornando-se mais adequada à exploração da atividade econômica quando os sócios possuem o capital suficiente para o desenvolvimento da empresa, não necessitando da captação de recursos junto ao mercado de capitais, e no caso de o objeto social não exigir a adoção obrigatória da sociedade anônima, como ocorre, por exemplo, no caso das seguradoras, empresa de leasing e instituições financeiras.

Criada na Alemanha em 1892 para atender aos interesses de peque-

nos e médios empreendedores, a sociedade limitada foi introduzida no direito brasileiro por meio do Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919 (BRASIL, 2003, p.87), que, a exemplo do direito português, a denominou de sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Referido diploma legal caracterizou-se por ser bastante sucinto (possuía apenas 19 artigos) e deixou de tratar de várias questões, prevalecendo a autonomia de vontade dos sócios expressa no contrato social para regular inúmeros aspectos societários.

O tratamento legal do Decreto nº 3.708 de 1919 despertava algumas divergências em razão da previsão de aplicação subsidiária do Código Comercial e da lei das sociedades anônimas – Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (BRASIL, 2003, p.453), para determinadas hipóteses. Diante da ausência da previsão legal sobre vários e importantes temas do direito societário e da insegura aplicação subsidiária de outras leis, a doutrina indicava como solução preventiva para o problema a elaboração de um contrato social que tratasse expressamente dos principais aspectos omissos no Decreto nº 3.708 (REQUIÃO, 1998, p.405).

Esses fatores trouxeram grande importância para a elaboração do contrato social, permitindo que os sócios, orientados por advogados, moldassem

a sociedade empresária de acordo com o perfil desejado. Questões referentes à política de distribuição dos lucros, cessão de quotas, conseqüências pelo falecimento de sócio, penhora de quota, pagamento do reembolso, deliberações de sócios sobre os assuntos mais importantes e restrições à alteração do contrato social sempre apresentaram grande importância na elaboração do contrato social.

O caráter lacunoso do Decreto nº 3.708 privilegiava a autonomia da vontade dos sócios, permitindo que principalmente os minoritários assegurassem os seus direitos sociais no momento da negociação das cláusulas do contrato social. Entretanto, nem sempre os sócios se dispunham a discutir as cláusulas dos atos constitutivos das sociedades empresárias e muitas vezes os contratos sociais baseavam-se em modelos padrões que deixavam de se referir a importantes aspectos da vida societária.

Com a entrada em vigor do novo Código Civil brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (BRASIL, 2002, p.25), a sociedade por quotas de responsabilidade limitada teve a sua denominação alterada para sociedade limitada e ganhou um tratamento legal mais abrangente e complexo em capítulo específico do Livro II da Parte Especial (Do Direito de Empresa). O

novo Código Civil revoga tacitamente o Decreto nº 3.708/1919 e apresenta inovações importantes para a administração, expulsão e deliberações dos sócios, proporcionando maior transparência e profissionalismo à administração da sociedade limitada, além de prever mecanismos legais destinados a resguardar, de certa forma, os interesses dos sócios minoritários.

As novas exigências previstas pelo novo Código Civil para a validade das mais importantes deliberações dos sócios, como a realização de assembleias ou reuniões de sócios, convocação mediante publicação, previsão de diversos quóruns, registro das decisões em atas e arquivamento das atas no Registro Público de Empresas, gerou inúmeras críticas, em razão do aumento das formalidades e dos custos da sociedade limitada. Para muitos, a informalidade das deliberações sociais e a prevalência da autonomia da vontade para disciplinar os mais variados assuntos não previstos na antiga legislação mostravam-se mais adequados ao tipo societário mais utilizado no Brasil, sendo uma das razões do seu sucesso.

Entretanto, muitas das exigências formais introduzidas são dispensadas para as sociedades limitadas formadas por até dez sócios, em que cláusulas do contrato social podem prever a substituição das assembleias pelas reuniões de sócios, es-

tabelecendo regras de convocação, quórum de instalação e registro dos trabalhos de forma diferente da previsão legal. Sociedades limitadas com mais de dez sócios são encontradas com menos frequência no país, onde prevalecem as sociedades formadas por dois a três sócios. Assim, se o novo Código Civil tornou mais complexa e dispendiosa a sociedade limitada, também apresenta dispositivos que permitem o afastamento de alguns dos novos e indesejados rigores formais, conforme será analisado.

2 A essência da sociedade limitada no novo Código Civil

As novidades introduzidas pelo Código Civil de 2002 conservam as características essenciais da sociedade limitada previstas no Dec. nº 3.708/1919, dentre as quais destacam-se: natureza contratual quanto ao ato constitutivo, responsabilidade limitada dos sócios, divisão do capital social em quotas, possibilidade de utilização de nome empresarial da espécie firma social ou denominação social acrescido da expressão *limitada* por extenso ou de forma abreviada, composição por no mínimo dois sócios.

De acordo com o atual tratamento legal, a sociedade limitada pode ser definida como a sociedade empresária contratual formada por dois ou mais

sócios (pessoas físicas ou pessoas jurídicas) que possuem responsabilidade limitada ao valor de suas quotas, mas todos os sócios respondem solidariamente pela integralização do capital social. A responsabilidade dos sócios é subsidiária à da sociedade (art. 1024 do Código Civil de 2002 e art. 596 do Código de Processo Civil) e solidária entre eles pela integralização do capital social.

Em relação à limitação da responsabilidade dos sócios, o art. 1052 do novo Código Civil prevê:

Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

A redação do referido dispositivo deixa claro que a responsabilidade dos sócios é restrita ao valor das quotas subscritas, respondendo todos de forma solidária pela integralização do capital social subscrito no caso de falência da sociedade limitada. De acordo com o art. 1052, uma vez integralizado o capital social subscrito, os sócios, em regra, não respondem pelas dívidas contraídas pela sociedade limitada, ainda que essas dívidas ultrapassem o patrimônio da sociedade. O limite máximo da responsabilização dos sócios é o valor do capital social, que, estando integralizado, não permite que as obri-

gações contraídas pela sociedade empresária sejam estendidas aos bens particulares dos sócios. Entretanto, os sócios respondem pessoalmente se comprovada que a redução do capital social resultou de prática fraudulenta, conforme prevê o art. 1059 do novo Código Civil.

Na vigência do Dec. nº 3.708/1919, o art. 2º previa, ao seu final, que o ato constitutivo da sociedade limitada deveria estipular “ser limitada a responsabilidade dos sócios à importância total do capital social”. Ao prever a limitação ao *total* do capital social, esse dispositivo fez com que Fran Martins entendesse que, estando a sociedade impossibilitada de honrar seus compromissos, os credores sociais poderiam cobrar dos sócios a importância equivalente ao capital social, ainda que já estivesse este totalmente integralizado (MARTINS, 1999, p.206).

Nas palavras do professor cearense:

Infelizmente, em face dos termos taxativos do art. 2º do Dec. nº 3.708, somos de opinião que, enquanto não for modificada a lei brasileira, a responsabilidade dos sócios, no Brasil, é sempre pelo total do capital social e, assim, mesmo integralizado o capital da sociedade, se, posteriormente, esse for desfalcado, os sócios poderão ser compelidos, solidariamente, a completá-lo. O artigo 2º do

Dec. n° 3708, ao declarar que a responsabilidade dos sócios é pelo total do capital social, traçou norma geral, dando aos sócios responsabilidade subsidiária até o total do capital social, diversa, portanto, da responsabilidade imposta pelas leis que serviram de base para a nossa – a lei alemã (arts. 19 a 24) e a portuguesa (arts. 15 e 16), em que o sócio responde não pelo total do capital social, mas pela efetivação desse capital, cada um sujeitando-se a, solidariamente, completá-lo, se por acaso um dos sócios deixar de pagar as suas quotas (MARTINS, 1999, p.206).

Ainda que esse entendimento do jurista cearense não prevalecesse, era destacado pela doutrina (NEGRÃO, 2001, p.302). Além de motivar alguns julgados, o posicionamento de Fran Martins parece ter sensibilizado o legislador, que acertadamente prevê a limitação da responsabilidade dos sócios no art. 1052 sem referir-se ao total do capital social, adequando o tratamento da responsabilidade dos sócios na sociedade limitada às legislações estrangeiras.

A regra da limitação da responsabilidade dos sócios prevista no art. 1052 do Código Civil de 2002 não é absoluta. Em determinadas hipóteses, algumas previstas em lei, outras determinadas pela força da jurisprudência, os sócios da sociedade limitada respondem de forma ilimitada pelas obriga-

ções contraídas pela sociedade limitada. Dentre as exceções à regra da limitação da responsabilidade dos sócios, destacam-se a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (art. 50, Código Civil de 2002; art. 28, Lei n° 8.078/1990; art. 18, Lei n° 8.884/94, art. 4°, Lei n° 9.605/98), dívidas tributárias (art. 135, Código Tributário Nacional), dívidas previdenciárias (art. 13, Lei n° 8.620/93) e trabalhistas (por força da jurisprudência).

Em relação às dívidas trabalhistas, cumpre ressaltar que a hipótese da responsabilização pessoal dos sócios não é prevista na lei e algumas decisões ofendem a regra legal da limitação da responsabilidade, autorizando a penhora de bens particulares de sócios diante da simples inexistência de bens livres da sociedade limitada. Como bem destaca o advogado Gustavo Saad Diniz:

Concessa venia, criou-se uma inadmissível presunção de estado insolvência pela falta de indicação de bens para penhora e garantia do juízo na fase da execução trabalhista, permitindo-se avançar sobre os bens dos sócios. Todavia, não há esta presunção positivada na legislação, tampouco se pode criar esta situação presumida de um fato não conhecido. Presumir, em outros termos, é obter ilação de um fato conhecido, para depois se demonstrar o fato desconhecido dentro de um processo. Por este motivo que se invoca a imprescindível

necessidade de percurso de devido processo legal, para se demonstrar o uso abusivo ou fraudulento da pessoa jurídica para frustrar o juízo executivo. (DINIZ, 2003, p.118).

Quando se trata da questão da responsabilidade, deve-se destacar que limitada é a responsabilidade dos sócios, não da sociedade empresária (pessoa jurídica). Com a aquisição da personalidade jurídica mediante o arquivamento do ato constitutivo no Registro Público de Empresas (arts. 45, 985 e 1.150 do Código Civil de 2002) a sociedade limitada adquire titularidade patrimonial, obrigacional e processual, passando a ter vida distinta da dos sócios, como previa o art. 20 do antigo Código Civil de 1916. Correspondendo a um dos efeitos da personalização, a autonomia patrimonial da sociedade limitada determina a separação entre o patrimônio dos sócios e o da sociedade, que não se confundem, agora, de acordo com o art. 1024 do novo Código Civil. Segundo o Professor Luiz Antonio Soares Hentz, o novo direito mantém o princípio da separação patrimonial no art. 1024 basicamente nos mesmos termos (HENTZ, 2003, p.102).

O nome atribuído a essa espécie societária pode ser objeto de críticas por conduzir os mais desatentos à conclusão de que ocorre a limitação da res-

pensabilidade da pessoa jurídica. Na sociedade limitada todos os sócios possuem, em regra, responsabilidade limitada, mas a responsabilidade da sociedade perante terceiros é plena, respondendo a pessoa jurídica pelas obrigações contraídas no desenvolvimento da atividade empresarial com todo o seu patrimônio, que não se confunde com o patrimônio pessoal dos sócios.

Em relação à constituição da sociedade limitada, o novo Código Civil conserva a natureza contratual desse tipo societário, evidenciada pela disposição do parágrafo único do art. 1053: “O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima”. Por sua vez, o art. 1054 prevê que “O contrato mencionará, no que couber, as indicações do art. 997, e, se for o caso, a firma social.”

Para o arquivamento no Registro Público de Empresas, a cargo das juntas comerciais, o contrato social deve conter, além dos requisitos previstos no art. 997 do Código Civil, os previstos no art. 53, III, do Decreto n° 1.800, de 30 de janeiro de 1996 (BRASIL, 2003, p.846). Assim, o contrato social deve apresentar, essencialmente, os seguintes requisitos: qualificação completa de todos os sócios com a indicação do regime de casamento

(art. 968, I, Código Civil de 2002); espécie de sociedade empresária adotada; o nome empresarial; endereço da sede e das filiais; descrição precisa e detalhada do objeto social; valor do capital social, a forma e o prazo de sua integralização; a participação de cada sócio no capital social, com a indicação do número de quotas e respectivos valores; a extensão da responsabilidade dos sócios; designação e qualificação do(s) administrador(es); referência ao prazo da sociedade; indicação da data do término do exercício social, quando não coincidente com o ano civil; eleição de foro para dirimir as controvérsias entre os sócios.

Além desses requisitos, o contrato social também deve apresentar uma declaração dos sócios de não se encontrarem condenados pela prática de crime que vede a exploração de atividades econômicas (art. 1.011, Código Civil de 2002) e deve conter o visto de um advogado (art. 1º, §2º, Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994), com exceção das sociedades enquadradas como microempresa ou empresa de pequeno porte, dispensadas do visto de advogado no ato constitutivo pelo art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 9841, de 5 de outubro de 1999.

A existência no ato constitutivo da sociedade limitada dos requisitos previstos acima constitui a estrutura básica do contrato social e assegura, juntamente

com os demais documentos exigidos, o seu arquivamento pela Junta Comercial. Entretanto, os sócios devem prever no ato constitutivo outras cláusulas, que embora não sejam essenciais, são importantes para assegurarem os direitos dos sócios minoritários, estabelecerem a regência supletiva da lei da sociedade anônima, preverem o pagamento de *pro labore*, consequências pelo falecimento de sócio, condições para o pagamento do reembolso, possibilidade de expulsão extrajudicial por justa causa de sócio minoritário, possibilidade da administração da sociedade por pessoa que não seja sócia, forma de distribuição de lucros, e, principalmente, a previsão de que as deliberações previstas no art. 1071 do Código Civil serão tomadas em reunião de sócios, estabelecendo as regras para convocação, quórum de instalação e forma do registro dos trabalhos nas sociedades formadas por até 10 sócios.

Durante a existência da sociedade limitada o contrato social pode ser alterado por deliberação dos sócios, desde que todos, ou a maioria dos sócios entendam necessária a alteração para o melhor desenvolvimento da sociedade. Antes do Código Civil de 2002, qualquer cláusula do contrato social poderia ser alterada pela vontade dos sócios que representassem mais da metade do capital social, somente era necessária a concordância de todos os sócios ou de uma maioria qualificada

quando o contrato expressamente exigisse mediante a previsão de quorum qualificado ou por cláusula de unanimidade, conforme o art. 35, VI, da Lei nº 8934/94 e o art. 53, VII, do Dec. nº 1.800/1996.

Com o novo Código Civil a matéria tornou-se mais complexa, devendo-se apresentar quatro hipóteses de alteração contratual: designação de administrador não sócio; destituição de administrador sócio; expulsão extrajudicial de sócio minoritário; demais alterações. Para cada um desses temas, a lei estabelece condições diferentes para se alterar o contrato social. Quando tem por objeto a designação de administrador não sócio, que é possível somente se houver previsão expressa no contrato social, a alteração contratual depende da vontade unânime dos sócios, enquanto o capital social não estiver totalmente integralizado, e da aprovação de sócios ou titulares de 2/3, no mínimo, do capital social, após a sua total integralização, conforme dispõe o art. 1061 do Código Civil de 2002.

Se o objeto é a destituição de administrador sócio, exige-se a aprovação de titular ou titulares de quotas representativas de 2/3 do capital social, salvo se o contrato estabelecer outro quorum, de acordo com o §1º do art. 1063. No caso de expulsão extrajudicial de sócio minoritário, a alteração

contratual poderá ser assinada por sócio ou sócios titulares de mais da metade do capital social, se houver no contrato social cláusula prevendo a possibilidade de expulsão por justa causa, conforme previsto no parágrafo único do art. 1004. As demais alterações contratuais dependem da aprovação de sócio ou sócios titulares de 3/4 do capital social, segundo o art. 1071, V, c/c o art. 1076, I. Independentemente da forma adotada pelo contrato social, a alteração contratual pode ser feita por instrumento público ou particular, sempre de acordo com a exclusiva escolha dos sócios signatários (Lei nº 8.934/94, art. 53).

Quanto ao capital social, como nas demais sociedades contratuais previstas no Código Civil, ele é dividido em quotas, podendo ser integralizado à vista ou a prazo, em dinheiro, bens ou créditos. Não há no novo Código Civil exigência da comprovação de depósito bancário ou da avaliação dos bens na formação do capital social, o que contribui para a realização de fraudes. Na tentativa de coibir fraudes na integralização do capital social em bens, o §1º do art. 1055 do Código Civil de 2002 prevê a responsabilidade solidária de todos os sócios pela exata estimação de bens conferidos ao capital social, até o prazo de cinco anos da data do registro da sociedade.

Quanto à cessão de quotas, o Código Civil revela o caráter personalístico atribuído à sociedade limitada ao prever no art. 1057:

Na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente de audiência dos outros, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de 1/4 (um quarto) do capital social.

Confirmando o caráter personalístico, o art. 1028 do CC 2002 prevê que no caso de falecimento de sócio, a sua quota será liquidada, a menos que: o contrato preveja de forma diferente; os sócios remanescentes optem pela dissolução da sociedade ou, se por acordo com os herdeiros, exista a substituição do sócio falecido.

Ainda em relação ao caráter personalístico atribuído à sociedade limitada pelo Código Civil de 2002, destaca-se o art. 1026, prevendo que o credor particular do sócio pode, na insuficiência de outros bens do devedor, fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar em liquidação. O parágrafo único do referido dispositivo permite que o juiz determine a dissolução parcial da sociedade na hipótese de não existirem outros bens livres no patrimônio do sócio devedor, quando a sociedade não estiver dissolvida. No caso

a sociedade deve realizar um balanço de determinação para apurar o saldo cabível ao sócio devedor e depositar em dinheiro, no juízo da execução até 90 dias após a liquidação.

Todos esses dispositivos atribuem caráter personalístico à sociedade limitada por: sujeitar, em regra, a cessão de quotas à anuência de sócios que representem $\frac{3}{4}$ do capital social; prever, desde que não exista outra previsão no contrato social, a dissolução parcial da sociedade e, por fim, estabelecer a liquidação da quota do sócio devedor sem prever a possibilidade da entrada de um estranho na sociedade mediante a arrematação da quota penhorada. Em todas essas hipóteses, veda-se, a princípio, a entrada na sociedade de um terceiro estranho aos sócios.

A exemplo do que ocorria no regime do Decreto nº 3.708/1919, a sociedade limitada continua a ser identificada por nome empresarial da espécie firma social ou denominação social. O art. 1.158 do novo Código Civil permite que a sociedade limitada adote firma ou denominação, integradas pela palavra *limitada* ou sua abreviatura no final do nome empresarial. A firma será composta pelo nome civil de um ou mais sócios, desde que pessoas físicas. A denominação deve designar o objeto da sociedade, sendo permitido nela figurar o nome de um ou mais

sócios. A omissão da palavra *limitada* determina a responsabilidade solidária e ilimitada dos administradores que assim empregarem a firma ou a denominação da sociedade (art. 1.158, §3º).

Na formação do nome empresarial devem ser observados os princípios da novidade e da veracidade previstos no art. 34 da Lei nº 8.934/1994. De acordo com esses princípios o nome empresarial não pode transmitir uma informação falsa a respeito da sociedade empresária por ele identificado e não será igual ou semelhante a outro nome empresarial já existente. Pelo princípio da veracidade, o nome empresarial não pode possuir nome civil de quem não seja sócio ou deixou de ser sócio e o objeto social presente na denominação social deve ser o previsto no contrato social. Assim, se o nome empresarial apresenta nome civil de sócio que se retira da sociedade, falece ou é expulso, deverá ser alterado para a exclusão do nome civil do sócio que deixou a sociedade.

Diante disso, pode se mostrar mais adequada a utilização de denominação social pela sociedade limitada, já que essa espécie de nome empresarial permite a utilização de elemento de fantasia (expressão diferente de nome civil) na composição do nome empresarial, não exigindo alteração em razão de modificações no quadro de sócios. Qualquer que seja a espécie de nome empresarial adotada pela sociedade limi-

tada, o art. 1.164 do novo Código Civil veda a sua alienação.

Em relação à composição da sociedade, exige-se o número mínimo de dois sócios, que podem ser pessoas físicas ou pessoas jurídicas. Uma novidade a ser ressaltada refere-se a vedação prevista no Código Civil de 2002 em relação às sociedades formadas entre cônjuges. Segundo o art. 977 os cônjuges podem contratar sociedade entre si ou com terceiros, desde que não estejam casados sob o regime da comunhão universal de bens ou no da separação obrigatória. A previsão legal alcança as sociedades limitadas que forem constituídas na vigência do novo Código, as sociedades limitadas regularmente constituídas antes da sua vigência, não devem ser atingidas pela restrição legal, afinal, o art. 2035 do novo Código Civil prevê:

A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução

O art. 977 prevê norma referente à constituição da sociedade, se a sociedade limitada antes da vigência do novo Código Civil apresentava entre os sócios, cônjuges casados sob regime de casamento

não vedado em lei vigente na época da formação da sociedade, tem-se um negócio jurídico perfeito, que não poderá ser atingido por norma posterior. A restrição legal alcança a constituição de sociedade limitada ou alteração contratual realizadas a partir de 11 de janeiro de 2003.

O requisito da pluralidade de sócios na constituição da sociedade limitada é absoluto, não admitindo exceções, mas a sociedade limitada pode, durante a sua existência, temporariamente, ser formada por um único sócio em razão de retirada, falecimento ou exclusão do outro ou dos demais sócios. No caso de a sociedade limitada ter o quadro de sócio reduzido a apenas um, poderá ficar nessa situação pelo prazo de 180 dias a contar do fato que motivou a unipessoalidade. Nesse prazo, o sócio remanescente deve encontrar pelo menos mais um sócio, devendo dissolver a sociedade se não conseguir atender nesse tempo o requisito da pluralidade.

3 A aplicação das normas da sociedade simples e da lei da sociedade anônima à sociedade limitada

O novo Código Civil possui 35 artigos (arts. 1052 a 1087) para tratar especificamente da sociedade limitada. Esses dispositivos abrangem a responsabilidade dos sócios, constituição e divi-

são do capital social, cessão de quotas, consequências para o sócio remisso, administração da sociedade, conselho fiscal, deliberações dos sócios, assembléias e reuniões de sócios, quóruns para a validade de algumas deliberações, hipóteses para o aumento e redução do capital social, expulsão de sócio por justa causa e a aplicação das normas da sociedade simples para a dissolução da sociedade limitada.

No caso de omissão dos dispositivos específicos do capítulo destinado à sociedade limitada, aplicam-se as normas da sociedade simples previstas no novo Código Civil (arts. 997 a 1038) ou da lei da sociedade anônima (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976). A aplicação de um ou outro diploma legal depende da vontade dos sócios, que podem prever no contrato social a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima, conforme assegura o parágrafo único do art. 1053. Assim, se o assunto não está disciplinado no capítulo referente à sociedade limitada e não foi previsto pelos sócios no contrato social, serão aplicadas para discipliná-lo as normas da sociedade simples previstas no novo Código Civil (arts. 997 a 1038) ou da lei da sociedade anônima, segundo a vontade dos sócios.

Deve-se destacar que o parágrafo único do art. 1053, prevendo a possibilidade da regência supletiva pela lei

da sociedade anônima foi introduzida pela ER nº 418-R do Senado (OLIVEIRA, 1998, p.184), o que permitiu uma saída para os sócios se livrarem da aplicação supletiva das normas da sociedade simples. Diante da opção oferecida, a escolha mostra-se fundamental diante das diferenças existentes, mostrando-se, a princípio, mais adequado que as omissões do capítulo próprio das sociedades limitadas sejam supridas pela lei das sociedades anônimas do que pelas normas das sociedades simples.

Esse posicionamento justifica-se pelo fato de as sociedades limitadas possuírem mais pontos de afinidade com as sociedades anônimas do que com as sociedades simples. Vários institutos e estruturas aparecem igualmente nas limitadas e nas anônimas, como por exemplo, a assembléia de sócios e o conselho fiscal. A sociedade simples não apresenta natureza empresarial e embora tenha natureza contratual, a responsabilidade dos sócios é ilimitada, ensejando críticas à colocação de suas normas para regerem supletivamente e, em alguns casos, diretamente, a sociedade limitada, que tem o seu ato constitutivo arquivado no Registro Público de Empresas, a cargo das juntas comerciais, ao passo que a sociedade simples tem o ato constitutivo registrado no Cartório de Registro Civil de Pessoa Jurídica (arts. 985 e 1.150, Código Civil de 2002).

Escolhida no contrato social a lei da sociedade anônima para disciplinar a sociedade limitada nos assuntos não regulados pelo capítulo próprio do Código Civil, deve-se ressaltar que a aplicação de suas normas sujeita-se a duas condições: omissão do contrato social e contratualidade da matéria. Segundo Fábio Ulhoa Coelho (2002, p.185) essas condições são dependentes, ou seja, não se aplicam às sociedades limitadas as disposições da Lei nº 6.404/1976 nos assuntos sobre os quais os sócios contrataram e naqueles sobre os quais não podem contratar. Se o tema não é tratado no contrato social por não ser objeto de contratação, a legislação da sociedade anônima não é aplicável às limitadas.

No desenvolvimento da atividade econômica por meio de uma sociedade limitada surgem várias questões que não estão tratadas no seu capítulo específico do Código Civil de 2002. Muitas vezes, temas societários relevantes são tratados de forma diferente pelas normas da sociedade simples e pela lei da sociedade anônima, gerando efeitos distintos aos sócios da sociedade limitada de acordo com a opção realizada. Assim ocorre no caso sobre a destinação de resultados, ou seja, em relação à distribuição dos lucros aos sócios e no caso de empate na votação de sócios.

Diante da natureza contratual quanto ao ato constitutivo, a sociedade limitada não é regulada pela lei da sociedade anônima em dois temas: constituição e dissolução. A própria natureza do ato constitutivo dessas espécies societárias justificam o tratamento específico e diferenciado, já que as sociedades limitadas são contratuais e as anônimas são institucionais. No caso de constituição da sociedade limitada, a sua dissolução ou resolução do contrato social em relação a um sócio, aplicam-se as normas do Código Civil.

4 As novas regras para a validade das deliberações sociais na sociedade limitada

Entre os direitos dos sócios, destaca-se o de participar nas deliberações sociais, cuja extensão é proporcional à quota do sócio no capital social: o sócio que investiu mais na sociedade tem a maior parte do capital social e também maior poder para fazer prevalecer a sua vontade nas deliberações sociais. Em regra, o sócio que possui uma pequena parte do capital social, embora tenha o direito de participar nas deliberações sociais, acompanhando as decisões mais importantes da vida da sociedade, muitas vezes não tem o poder de fazer prevalecer a sua posição diante do sócio ou sócios que detenham a maior parte do capital social.

O Código Civil de 2002 apresenta importantes inovações em relação às deliberações sociais na sociedade limitada, instituindo formalidades e quóruns até então inexistentes. As exigências legais são previstas para as deliberações consideradas de maior importância pelos efeitos gerados aos direitos dos sócios e de terceiros. Estão previstas no art. 1071, abrangendo: modificação do contrato social; incorporação, fusão e dissolução de sociedade e fim do estado de liquidação; designação e destituição de administradores; remuneração dos administradores, quando não prevista no contrato; aprovação das contas da administração; pedido de concordata; nomeação e destituição de liquidantes e julgamento de suas contas.

Para a validade das deliberações do art. 1071 o Código Civil passou a exigir quórum de deliberação que varia de acordo com o tema. Os diferentes quóruns previstos são da unanimidade, 3/4, 2/3, mais da metade do capital social (maioria absoluta) e maioria dos votos dos presentes no momento da deliberação na assembléia ou reunião (maioria simples). A unanimidade é exigida para designação de administrador não sócio, se o capital social não está totalmente integralizado (art. 1061), para a dissolução da sociedade contratada com tempo determinado (art. 1033, II) e para a transformação da sociedade (art. 1.114). O quórum de 3/

4 é necessário para aprovação de alteração do contrato social sobre cláusulas que a lei não prevê outro quórum e para incorporação, fusão, dissolução da sociedade por tempo indeterminado ou cessação do estado de liquidação (arts. 1071, V e VI, e 1076, I). Estão sujeitas ao quórum de 2/3 do capital social a destituição de administrador sócio nomeado no contrato social (se outro não estiver previsto nesse instrumento – art. 1063, §1º) e a designação de administrador não sócio, se totalmente integralizado o capital social (art. 1061). Exige quórum da maioria absoluta a designação de administrador sócio feita em ato separado (art. 1071, II e 1076, II), a destituição de administrador sócio ou não designado em ato separado do contrato social (arts. 1071, III e 1076, II), a remuneração dos administradores e o pedido de concordata (arts. 1071, IV e VIII, e 1076, II) e a expulsão extrajudicial de sócio por justa causa (art. 1085). Por fim, a deliberação se dá por maioria simples na aprovação das contas dos administradores, nomeação e destituição dos liquidantes e julgamento de suas contas e demais assuntos (arts. 1071, I, VII e 1076, III).

De acordo com o art. 1072 as deliberações elencadas no art. 1071 serão tomadas em reunião ou em assembléia de sócios. A deliberação em assembléia será obrigatória sempre que o número

de sócios for superior a 10 (art. 1072, §1º). Quando o número de sócios for de até 10, os sócios podem prever no contrato social que as deliberações serão tomadas em reunião, devendo estabelecer para ela regras referentes à convocação, quórum de instalação e forma de registro dos trabalhos, já que, se omissa o contrato social, aplicam-se às reuniões as regras previstas para a assembléia (art. 1071, §6º).

As formalidades exigidas para a assembléia abrangem a periodicidade, convocação, quórum de instalação, registro dos trabalhos em ata, assim como ao arquivamento desta na Junta Comercial no prazo de 20 dias. A assembléia de sócios deve realizar-se pelo menos uma vez ao ano, nos quatro meses seguintes ao término do exercício social, devendo a ordem do dia abranger a votação das contas dos administradores, a votação das demonstrações contábeis (balanço patrimonial e balanço de resultado econômico) e, se oportuno, a designação do administrador. Se existir, deve prever a eleição do conselho fiscal e a fixação da remuneração de seus membros. De acordo com o §3º do art. 1078, a aprovação, sem reserva, do balanço patrimonial e do de resultado econômico, salvo erro, dolo ou simulação, exonera de responsabilidade os membros da administração e, se houver, os do conselho fiscal.

A convocação da assembléia dos sócios é dever dos administradores, sempre que necessária a sua realização por disposição legal ou contratual. Posui também competência para expedir o ato convocatório: qualquer sócio, se os administradores, transcorridos mais de 60 dias, ainda não convocaram a assembléia prevista em lei ou contrato; sócio ou sócios titulares de mais de 1/5 (20%) do capital social, se os administradores, transcorridos oito dias, não atenderam ao pedido de realizar a convocação por eles formulada com a devida fundamentação; o conselho fiscal, se houver, quando, transcorridos 30 dias do término do quarto mês seguinte ao fim do exercício social, os administradores não convocaram a assembléia ordinária ou se presentes motivos graves e urgentes (arts. 1073 e 1069, V).

Os anúncios de convocação da assembléia dos sócios devem ser publicados no Diário Oficial do Estado e em jornal de grande circulação da sede da sociedade. Serão três publicações de cada anúncio, devendo a primeira delas anteceder a realização da assembléia, em primeira convocação, no mínimo em 8 dias; para a segunda convocação o prazo mínimo da lei é de 5 dias (art. 1152, §3º). A publicação dos anúncios é dispensada se todos os sócios estão presentes à assembléia ou declararam

por escrito estarem cientes do local, data, hora e ordem do dia (art. 1072, §2º).

O art. 1074 prevê que a primeira convocação da assembléia se instala com sócios titulares de, no mínimo, 3/4 do capital social, em segunda, com qualquer número. Realizada a assembléia, cópia da ata autenticada pelos administradores ou pela mesa deverá ser levada a arquivamento na Junta Comercial no prazo de 20 dias (art. 1075, §2º). Existindo alteração do contrato social, também deverá ser encaminhado para o arquivamento na Junta Comercial o instrumento de alteração contratual. A ata da assembléia de sócios não precisa ser publicada, exceto se tiver deliberado sobre os seguintes assuntos: redução do capital social (art. 1084, §1º), dissolução da sociedade, incorporação, fusão ou cisão de sociedade.

Como se constata, o novo Código Civil trouxe maior complexidade para as deliberações sociais, que, entretanto, podem ser reduzidas pela previsão no contrato social da realização de reunião para as deliberações do art. 1071, já que a grande maioria das sociedades limitadas não são formadas por mais de 10 sócios, estando o número de sócios distante desse limite. Além disso, nem sempre as deliberações do art. 1071 exigirão a realização de as-

sembléia ou de reunião, que poderão ser substituídas por um documento em que conste a decisão tomada e que seja assinado por todos os sócios, conforme previsto no §3º do art. 1072. Existindo consenso entre os sócios, um simples documento assinado por todos e arquivado na Junta Comercial, contendo o teor da deliberação, substitui a necessidade da burocrática assembléia ou reunião de sócio.

5 Conclusão

As inovações introduzidas pelo Código Civil de 2002 reduziram, em parte, a autonomia de vontade dos sócios na sociedade limitada. Acostumados com a ampla liberdade assegurada pelo antigo e lacunoso Dec. nº 3.708/1919 para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, houve grande resistência às formalidades e limites impostos pela nova disciplina legal. A previsão de quóruns variados para a validade das deliberações mais importantes da sociedade limitada restringiu, de certa forma, o poder de o sócio majoritário deliberar sozinho ou alterar o contrato social sem o consentimento dos demais sócios.

Antes do novo Código Civil, quem detivesse mais da metade do capital social, poderia alterar o contrato social de

acordo com a sua exclusiva vontade, caso o ato constitutivo não apresentasse previsão de restrição para sua alteração pela vontade da maioria absoluta (art. 35, VI, Lei nº 8.934/1994). Essa possibilidade gerava, muitas vezes, prejuízos aos sócios minoritários, aos quais restava o direito de retirar-se da sociedade. Na vigência da nova lei, as cláusulas do contrato social para as quais não há previsão de outro quórum legal específico, conforme visto, depende da vontade de sócios que representem 3/4 do capital social, exigindo que o sócio majoritário detenha mais do que a maioria absoluta do capital social para fazer prevalecer a sua vontade exclusiva.

Ao se analisar o novo tratamento legal atribuído à sociedade limitada percebe-se que houve uma aproximação desse tipo societário à sociedade anônima fechada. Justifica-se esse entendimento pela possibilidade de a sociedade limitada ser administrada por quem não seja sócio, pela previsão legal específica de constituição facultativa do conselho fiscal, pela exigência da realização de reunião ou assembléia de sócios, previsão de quóruns para a validade de algumas deliberações sociais, elaboração de atas e o respectivo arquivamento na Junta Comercial, escrituração de livros referentes aos registros de atas das assembléias, atas e pareceres do conselho fiscal e da administração.

As novas exigências legais, se trouxeram maior complexidade e custos administrativos para a sociedade limitada, também proporcionaram maior transparência e profissionalismo à sua administração, buscando, em alguns casos, trazer maior segurança aos sócios minoritários. Diante das alterações introduzidas, devem os sócios das sociedades limitadas constituídas adequarem o ato constitutivo à nova lei, possuindo o prazo de um ano para isso (art. 2031, Código Civil de 2002). Quanto aos empreendedores que planejam a exploração de atividade econômica por meio de uma sociedade empresária, a sociedade limitada deverá continuar sendo a preferida, diante da constituição simplificada e da limitação da responsabilidade dos sócios. Fatores referentes à escrituração, demonstrações contábeis e natureza contratual do ato constitutivo serão decisivos na preferência da sociedade limitada em relação à sociedade anônima fechada.

Referências bibliográficas

- BRASIL. *Código Civil*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 1199p.
- BRASIL. *Código Comercial e legislação complementar*. 48.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 1.461p.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.2, 479p.
- DINIZ, Gustavo Saad. Responsabilidade dos administradores das sociedades empresariais por débitos negociais e não-negociais. In: HENTZ, Luiz Antonio Soares (Coord.). *Obrigações no novo direito da empresa*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. 293p.
- HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Direito de empresa no Código Civil de 2002*. 2.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. 286p.
- MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 384 p.
- NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial*. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2001. 754p.
- OLIVEIRA, Juarez de; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Novo Código Civil*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. 431p.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v.1, 440p.

A responsabilidade civil: tendências na pós-modernidade

Marcelo Leal de Lima Oliveira *

Resumo

O trabalho em questão se propõe a abordar a responsabilidade civil na pós-modernidade, analisando suas tendências e os novos danos surgidos decorrentes das novas modalidades de relações sociais.

Palavras-chave

Responsabilidade civil. Danos. Pós-modernidade.

CIVIL LIABILITY: TENDENCIES IN THE POST-MODERNITY

Abstract

The present essay proposes to approach the civil liability in the post-modernity, analyzing its tendencies and the new damages caused by the new social relations forms raised in the society.

Keywords

Civil liability. Damages. Post-modernity.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL: TENDENCIAS EN LA POSMODERNIDAD

Resumen

Este trabajo se propone a abordar la responsabilidad civil en la posmodernidad, haciendo un análisis de sus tendencias y de los nuevos daños surgidos como consecuencia de las nuevas modalidades de relaciones sociales.

* Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina, Doutorando pela UFRGS, advogado e diretor do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, campus de Londrina.

Também na mesma linha, Rubens Requião conclui que a empresa apenas é o exercício de uma atividade de que surge da ação intencional do empresário em exercitar a atividade econômica. Nasce quando se inicia a atividade sob a orientação do empresário, daí firmar-se o conceito de empresa na idéia de que ela é o exercício de atividade produtiva, da qual não se tem senão uma idéia abstrata (REQUIÃO, 1995). Waldirio Bulgarelli, por seu turno, esclarece que a atividade configura a empresa, como série coordenada de atos destinados a determinado fim, organizados dentro do setor econômico (BULGARELLI, 1980). Nessa esteira, ainda, Oscar Barreto Filho vê na definição a mudança do próprio direito comercial para direito de empresa ou de negócio, expressões que, efetivamente, foram utilizadas no projeto do CCB, finalmente aprovado como Direito da Empresa (BARRETO FILHO, 1969).

Pois, assim, tanto no direito italiano quanto no brasileiro (ante o novo Código Civil e a legislação esparsa por ele recepcionada), não se reconhece um conceito unitário de empresa, contentando-se nosso legislador, ao contrário do que fazem os juristas há um século, com a noção econômica e a viabilidade de seu reconhecimento nos casos em que isso se faz necessário. Toda discussão culmina, enfim, com a inevitável con-

clusão de que *empresa* é um fenômeno, puramente econômico, que pode ser encarado sob diversas facetas. Uma delas foi apreendida pelo legislador italiano e, agora, pelo legislador brasileiro, transformando-se na Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que entrará em vigência no ano de 2003.

Relevância jurídica do estabelecimento e sua proteção legal

Por mais que se veja defendida a relevância da empresa, como organismo econômico de produção e circulação de bens e serviços, e a teoria que lhe dá significação jurídica, não se pode desconhecer a existência e a validade de outros elementos que integram o complexo objeto do direito comercial. A *azienda* (vocábulo de idêntica grafia nos idiomas italiano e português) equivale ao estabelecimento comercial, desde há muito reconhecido entre nós, embora não tenha merecido conceituação e tratamento legal pelo CCom, nem pelo novo CCB.

Procura-se recompor, tanto quanto possível, o cenário do aparecimento e fixação da teoria da empresa no direito italiano. Daí, necessariamente, ter-se de reportar à *azienda*, objeto de longos e tediosos estudos dos tratadistas peninsulares. Nesse contexto, Francesco Ferrara

(1960) ocupa espaço nobre, por meio de seu livro *Teoria jurídica de la hacienda mercantil*, cujo texto, adiante citado, encontra-se vertido para o espanhol por Jose Maria Navas.

Rememore-se que a figura da *azienda* não é nova, porquanto os romanos se referiam ao *negotium*, *negotiatio*, ponto de partida, na evolução do direito comercial, para nominar-se, na França e na Bélgica, *fonds de commerce*; na Alemanha, *geschäft* e *handelsgeschaft*; nos EUA e Inglaterra, *goodwill* e *goodwill of a trade*; na Espanha, *hacienda*; na Itália, *azienda*. No Brasil, é o estabelecimento, também chamado de fundo de negócio ou fundo de comércio (REQUIÃO, 1995).

Ferrara partiu de conceitos preliminares para atingir a natureza jurídica da *azienda*, à luz do direito italiano. Assim:

Desde el punto de vista económico, constituye la empresa, en su sentido más elemental, una combinación de coyunturas favorables para obtener un beneficio;

La *azienda* es el instrumento creado para explotar una situación económica favorable;

Consiste esta en la organización con fines productivos de múltiples elementos que en armonía con un criterio empírico pueden, respectivamente, agruparse en bienes, servicios y relaciones económicas (FERRARA, 1960, p.65).

A construção doutrinária do conceito jurídico de *azienda* propiciou a sua apreensão, pelo CCit de 1942, que a definiu como “*il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*” (art. 2.555). Esta apreensão do conceito econômico pelo legislador deu à *azienda* a natureza de uma universalidade de direito. A falta dessa regulação legal gera dificuldades para se enquadrar a *azienda* nas tradicionais categorias jurídicas, nos países que a reconhecem, como o Brasil, mais propriamente pelo estabelecimento comercial, mas sem lhe dar adequado respaldo jurídico. Daí discutir-se se trata de *universitas juris*, como no direito italiano pós *regio decreto 16 marzo 1942*; patrimônio de afetação, porque destinado a uma exploração determinada; ou, finalmente, *universitas facti* (um conjunto de bens que se mantêm unidos, destinados a um fim, por vontade e determinação de seu proprietário, que pode, a qualquer instante, desintegrá-lo, retornando seus componentes à expressão unitária).

Cuidou a doutrina italiana de estabelecer uma relação entre *azienda* e empresa, não uma distinção como pareceria pertinente. Asquini, na cuidadosa investigação empreendida, chegou ao resultado de que a palavra empresa (*impresa*), no CCit, embora usada com significados e em acepções diversas (umas vezes para

indicar o sujeito que exercita a atividade organizada; outras, o conjunto de bens organizados; outras vezes, o exercício da atividade organizada; e outras, ainda, a organização de pessoas que exercitam em colaboração a atividade econômica), na verdade, para indicar um aspecto jurídico próprio de empresa econômica, o código adotou um particular *nome juris*, que deve ser respeitado. Mas, nos demais casos em que a palavra *empresa* é usada pelo código, por prática de linguagem ou por pobreza de vocabulário, com sentido jurídico diverso, caberia ao intérprete aclarar os diferentes significados. Trata-se da empresa ser, no plano jurídico, um fenômeno poliédrico; tem não um, mas diversos conceitos, aplicáveis segundo a conotação jurídico-legal pretendida pelo legislador (ASQUINI, 1943).

Assim é que Ferrara contesta a descrição de empresa como organização pessoal, porquanto nenhuma norma jurídica atribuiria conotação jurídica ao grupo de colaboradores da empresa, e daí os quatro perfis reduzir-se-iam a três. Diz mais:

Puede observarse que, fuera de los casos en que la palabra se emplea en sentido impropio y figurado de empresario ou de azienda, la única significación que queda es la de la actividad económica organizada (FERRARA, 1960, p.94).

No entanto, o mesmo Ferrara reconhece uma relação entre azienda e empresa:

La hacienda es aquella organización productiva que constituye un capital; la empresa es la actividad profesional del empresario (FERRARA, 1960, p.94).

E, ainda nas suas palavras, os dois conceitos estão intimamente ligados porque a organização produtiva é colocada em marcha pelo exercício de atividade profissional do empresário, ou seja, pelo exercício da empresa. E a empresa supõe, por sua vez, uma organização por meio da qual se exercita a atividade.

Valorizando em demasia a azienda, prossegue Ferrara:

Sin embargo, el concepto de la empresa no tiene, en realidad, relevancia jurídica. La actividad profesional se resuelve, en efecto, en un momento o situación personal del sujeto, de suerte que los efectos de la empresa no son sino efectos e cargo del sujeto que la ejerce, siendo por ello estudiados con ocasión del análisis de la figura del empresario y de la especie correspondiente en que dicha actividad se distingue. Así, pues, las figuras en torno a las que se polarizan los efectos jurídicos son, respectivamente, el empresario y la hacienda (FERRARA, 1960, p.95).

Ainda no dizer de Ferrara, em outra passagem:

Los bienes singulares organizados en la hacienda no reclaman tutela especial, siendo suficiente la defensa que brindan las normas del derecho común. Si alguien roba la mercancía del almacén o causa daños en la maquinaria de un establecimiento, el titular de la hacienda encuentra protección en virtud del derecho que sobre estos bienes le corresponde y que le aseguran la indemnización de los daños sufridos (FERRARA, 1960, p.74-75).

Em prosseguimento, Ferrara expõe seu pensar no sentido de que o problema não se encerra com os elementos singulares, mas com aqueles que afetam a organização, que, por sua vez, representa um investimento e um valor, uma riqueza por sua capacidade para produzir um rendimento, aprofundando, dessa maneira, a sua teoria jurídica do estabelecimento:

Y el problema se doble: se trata, de una parte, de crear las condiciones precisas para dar a la organización el natural desarrollo de su aptitud productiva; de otra parte, ha de procurarse mantener intacta la organización, a pesar de que quién está al frente de ella desaparezca por alguna razón en un momento dado. Bajo el primer aspecto, se procura garantizar a la hacienda la posibilidad de existir; bajo el segundo, se tiende a impedir su muerte o disgregación (FERRARA, 1960, p.75).

Veja-se que Ferrara não deixa de ter razão, porque o CCit, no art. 2.556,

refere-se à transferência da azienda (cujo contrato deve-se provar exclusivamente por escrito, observando-se, ademais, a forma de transferência de seus bens quando a lei exige uma particular natureza de contrato). No art. 2.557, fixa o prazo de cinco anos para o não restabelecimento, e nos artigos seguintes trata da sucessão nos contratos, nos débitos e créditos, e da possibilidade de usufruto do estabelecimento, tudo a indicar que o conjunto de bens do empresário tem valor jurídico muito superior à importância da empresa considerada em si mesma; a empresa continua abstrata e o estabelecimento, concreto, real, palpável, material, de valor intrínseco, afora, naturalmente, o valor extrínseco a ele agregado pela utilização com fito empresarial.

Nem o antigo CCom, nem o novo CCB, no livro *Do direito de empresa*, dá maior importância ao estabelecimento como objeto de negócios pelo empresário, não lhe atribuindo a condição de instituto jurídico, sujeito à apreciação teórica e considerações exclusivamente científico-jurídicas. Mas jamais se considerou o silêncio como uma proibição velada, na ciência do direito, muito menos porque as leis civis em geral sobre a transmissão de bens e direitos se prestam a reger o negócio jurídico mercantil resultante da compra e venda do estabelecimento.

O direito espanhol, que, como o nosso, tem apenas regras comuns sobre

compra e venda, inspirou o seguinte comentário de Francisco Vicent Chulia:

La transmisión del establecimiento, consiguiendo que el adquirente obtenga la disponibilidad de todos sus elementos, tanti los que constituyen objeto de derechos como los que son meras situaciones de hecho (clientela, expectativas de ganancias), plantea tres problemas fundamentales. 1) la necesidad de cumplir el contrato respetando los diversos modos o leyes de transmisión de cada elemento; 2) la configuración de la prohibición de competencia; y 3) la protección de los terceros, mediante la adecuada publicidad de la transmisión (CHULEA, 1994, p.98).

Entendemos que, em linha de princípio, o novo CCB atende às três exigências. Com efeito, pelo art. 1.143 pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, traslativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza. Pelo art. 1.147, salvo a existência de autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência, persistindo durante contrato de arrendamento ou usufruto de que eventualmente for objeto. E, por fim, o terceiro requisito do elenco de Chulia encontra-se satisfeito no art. 1.144, porque o contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento só pro-

duzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins (RPEMAA), e de publicado na imprensa oficial.

Todavia, essa característica comum no legislador italiano e no brasileiro está a retirar, a nosso ver, muito do glamour do que seria uma teoria frutuada da inteligência e da ousadia, capaz de se apropriar de conceito estranho ao Direito e com habilidade de aprimorá-lo a ponto de servir à ciência jurídica. Seria uma oportunidade de aproximar os institutos jurídicos da realidade prática, sem ficções e sem considerações sustentadas exclusivamente na força cogente do direito estatal. Afinal, o legislador não abandonou critérios práticos, prestigiando um perfil patrimonial e objetivo da empresa (ASQUINI, 1943). Tampouco, utilizou-se de critério inovador, como comemorado em princípio, porque se limitou à disciplina jurídica de conceitos econômicos preexistentes.

A posição do empresário na teoria geral da empresa

Em lugar de disciplinar a empresa, o legislador, tanto italiano quanto brasileiro, manteve-se alheio ao fenô-

meno econômico – que estavam apreendendo, sem nada lhe acrescentar – e reprisaram o que os códigos revogados tinham feito a contento, não obstante a figura do empresário calhar melhor, no novo direito de empresa, que a antiga noção de comerciante, considerada insuficiente pela doutrina para explicar a atuação profissional da pessoa natural e da sociedade mercantil. Alguns autores, na época da edição do CCit, diziam que a empresa era a célula fundamental de qualquer tipo de economia organizada. Estava sujeita às leis de mercado no sistema de economia liberal, enquanto que as regras naturais de concorrência reservavam ao Estado a função de garantir a lealdade dos procedimentos. Em outros sistemas de economia capitalista do mundo moderno, a empresa tornou-se parte da organização da produção, esta em grande medida controlada pelo Estado na maioria dos países (ASQUINI, 1943).

O próprio Asquini reportou-se às premissas econômicas vigentes para justificar que “o conceito de atividade empresarial implica uma atividade voltada, de um lado, a recolher e organizar a força de trabalho e o capital necessários para a produção ou distribuição de determinados bens e serviços”. Anota, ainda, que o art. 2.082 do CCit faz “direta referência da noção jurídica do empresário à noção econômi-

ca da empresa” (ASQUINI, 1943, p.114-117).

O art. 966 da Lei n. 10.406/2002, na abertura do livro *Do direito de empresa* do novo CCB, caracteriza o empresário como “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. E como se fosse necessário extremar *outras atividades* (nem econômicas, nem de produção ou circulação, no conceito corrente, para o qual é indiferente a figura do prestador e do recebedor dos serviços), o parágrafo único do art. 966 diz não se considerar empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento da empresa.

Ambos os artigos (do CCit e do CCB) podem ser analisados em conjunto, fazendo-se aflorar a importância que os legisladores atribuíram aos aspectos econômicos e jurídicos de mais relevância: a empresa e o empresário. Vale dizer: reconheceram expressamente dois perfis, o perfil objetivo e o perfil patrimonial, sem, no entanto, desprezar os perfis institucional e funcional.

Eis a definição de empresário dada por Asquini, à luz do art. 2.082 do CCit:

[...] empresário é a) “quem exerce”, isto é, o sujeito de direito que exerce em nome próprio; e b) “uma atividade econômica organizada”, isto é, uma atividade empresarial que implica de parte do empresário a prestação de um trabalho autônomo de caráter organizador e a assunção do risco técnico e econômico correlato (ASQUINI, 1943, p.114).

A atividade, assim organizada, exercida pelo empresário, qualifica-se, ademais, pelo fato da profissionalidade, isto é, seu exercício não ocorre ocasionalmente, mas com caráter de continuidade. A confusão com *profissão*, como a que exercem os profissionais liberais, faz por merecer alguma análise, ainda que perfunctória. Daí Asquini esclarecer:

A profissionalidade da atividade empresarial implica ademais o elemento da constância, no tempo, dessa série de operações e, normalmente, o seu pré-ordenamento com o fito de lucro, inerente, se não essencial, à empresa econômica (ASQUINI, 1943, 117).

Idêntica preocupação revela Francesco Galgano:

L'attività di produzione o di scambio di beni o di servizi deve essere, per l'art 2082, un'attività “professionalmente” esercitata. Il concetto di professionalità ha, in rapporto all'imprenditore, un significato più limitato di quello che il medesimo concetto assume nel linguaggio corrente (e, nello stesso codice civile, in rapporto al “professionisti”

intelletuali): esso non designa uno stato personale o una condizione sociale, ma solo la stabilità o non occasionalità dell'attività esercitata (GALGANO, 1982, p.8).

Deve-se dizer, outrossim, que o legislador foi cauteloso na composição da roupagem jurídica do empresário. Abandonando o pensamento que imperou em relação à empresa (que não foi definida), o novo CCB, no art. 966, estabelece: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Sylvio Marcondes, um dos autores do anteprojeto, diz, sobre a proposta ao final acolhida, sem troca de uma vírgula sequer, que considera atividade profissional:

a habitualidade da prática da atividade, a sistemática dessa atividade e que, por ser profissional, tem implícito que é exercida em nome próprio e com ânimo de lucro (MARCONDES, 1977, p.11).

E é interessante saber que a definição legislativa de empresário foi dada em relação ao empresário pessoa física, “porque é o conceito básico, para, depois, distinguir as sociedades, em sociedades empresárias e sociedades não-empresárias (MARCONDES, 1977, p.10).

Nesse ponto a análise deflete, necessariamente, para o que dispôs o legislador acerca do empresário.

Caracterização do empresário

A proposta de Sylvio Marcondes, vista linhas atrás, foi mantida até o texto final do novo CCB, apesar do comedimento com que expõe, em um artigo, o que (ou melhor, quem) se considera empresário (art. 966 e seu parágrafo único): quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. A ressalva do parágrafo único é totalmente dispensável para qualificação do empresário, pois, se não se constitui elemento de empresa, o exercício de profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, não se enquadra na definição do *caput*.

Sucedem-se, assim, que as chamadas profissões liberais podem ser exercidas por empresários, desde que organizadas em empresa, sujeitas, outrossim, às particularidades inerentes a cada profissão. Marcondes esclarece a posição que adotou no anteprojeto:

Há pessoas que exercem profissionalmente uma atividade criadora de bens ou de serviços, mas não devem e não podem ser consideradas empresários – referimo-nos às pessoas que exer-

cem profissão intelectual – pela simples razão de que o profissional intelectual pode produzir bens, como o fazem os artistas; podem produzir serviços, como o fazem os chamados profissionais liberais; mas nessa atividade profissional, exercida por essas pessoas, falta aquele elemento de organização dos fatores de produção; porque na prestação desse serviço ou na criação desse bem, os fatores de produção, ou a coordenação de fatores, é meramente accidental: o esforço criador se implanta na própria mente do autor, que cria o bem ou o serviço. Portanto, não podem – embora sejam profissionais e produzam bens ou serviços – ser considerados empresários.

A não ser que, organizando-se em empresa, assumam a veste de empresários. Parece um exemplo bem claro a posição do médico, o qual, quando opera, ou faz diagnóstico, ou dá a terapêutica, está prestando um serviço resultante de sua atividade intelectual, e por isso não é empresário. Entretanto, se ele organiza fatores de produção, isto é, une capital, trabalho de outros médicos, enfermeiros, ajudantes etc., e se utiliza de imóvel e equipamentos para a instalação de um hospital, seja pessoa física, seja pessoa jurídica, será considerado empresário, porque está, realmente, organizando os fatores da produção, para produzir serviços (MARCONDES, 1977, p.11).

Figura neutra em relação aos conceitos de empresário e não-empresário, quem desempenha atividade rural como sua principal profissão, o empresário ru-

ral equipara-se ao empresário para todos os efeitos, desde que se submeta ao registro próprio de empresas (art. 971). O caráter facultativo do empresário rural atende à realidade atual do campo, em que verdadeiras empresas agregam capital e trabalho exclusivamente para a exploração agrícola, pecuária e extrativa. É fruto da evolução do anteprojeto nas comissões legislativas por que passou, acabando por receber tratamento facultativo, não proposto originariamente. É, novamente, Sylvio Marcondes que esclarece:

O empresário rural será tratado como empresário se assim o quiser, isto é, se se inscrever no registro de empresas, caso em que será considerado um empresário, igual aos outros.

Como a idéia é nova, para implantá-la na imensidão do nosso território e diversidade de nossa gente, achou-se importante deixá-la em termos facultativos, o que, aliás, não é invenção do Projeto: é o sistema do CCom alemão, onde se admite que empresas não-comerciais, mas organizadas como empresas, possam ser consideradas comerciais, se inscritas no registro competente (MARCONDES, 1977, p.1).

A sociedade empresária

O empresário característico, no regime do novo CCB, equivale ao antigo comerciante do CCom. Ao seu lado estava a sociedade mercantil; ao lado do

empresário está a sociedade empresária. *Sociedade empresária* e *empresário* são espécies do gênero *empresário lato sensu*. Inexiste um equivalente individual da sociedade civil de fins lucrativos (empresa destinada aos profissionais intelectuais e afins), que é o trabalhador autônomo, que sem vínculo empregatício presta serviços individuais não intelectuais a terceiros. Sua disciplina não pertence ao direito de empresa, mas ao direito trabalhista e previdenciário.

Invoca-se o esclarecimento de Sylvio Marcondes, mais uma vez, que se reporta ao projeto, ora transformado na Lei n. 10.406/2002:

No Projeto de CC, a associação e as sociedades têm um tratamento diverso, inclusive pela natureza jurídica dos respectivos institutos. A associação é ato de união de pessoas... Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.

Ao passo que a sociedade é contrato, cuja natureza parece hoje bem assentada na doutrina de Ascarelli: um contrato plurilateral, dadas as relações dos sócios, reciprocamente, entre si, dos sócios com a sociedade, da sociedade com terceiros e dos sócios com terceiros. É nesta qualificação de contrato plurilateral que o projeto define a sociedade [...] (MARCONDES, 1977, p.13-14).

Contrariando a fórmula tradicional, que pressupõe pluralidade de atos

e continuidade na realização da atividade mercantil, a sociedade, na teoria da empresa, pode se destinar à realização de um ou mais negócios determinados. Em vez de caracterizar a sociedade, trata-se de definir o contrato pelo qual se constituem, bem como cuida-se de disciplinar os institutos que lhe são afins.

Por esse sistema, o direito reconhece nas formas individual e coletiva as maneiras de efetivação da empresa, acolhendo-as e disciplinando a regulamentação e a forma de publicização de seus atos. A simplicidade, porém, não é a marca característica do direito positivo, que, ao longo do tempo, dispôs sobre figuras especiais e permitiu a existência de formas anômalas, de modo que a teoria da empresa encontra uma determinada realidade jurídica, criada, antes de sua adoção oficial pelo direito brasileiro, para dar validade ao complexo sistema jurídico-empresarial

Notas

¹ O presente texto reproduz, em grande parte, o capítulo I do livro *Direito de Empresa no Código Civil de 2002*, Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 2002 (2ª ed., 2003), ao qual se remete o leitor interessado no aprofundamento do estudo da nova disciplina jurídica da empresa no direito brasileiro.

² Nesse diapasão, no direito brasileiro considera-se, sem maiores digressões ou reservas, pessoa jurídica, a empresa mercantil individual (firma individual), negan-

do o mesmo tratamento para o prestador de serviços em nome pessoal (autônomo ou profissional liberal); consideramos universalidade de fato o estabelecimento comercial; consideramos sociedade civil a cooperativa, independente de seu objeto; consideramos comercial a sociedade por ações, não importa a natureza de seu objeto (cf. § 1º do art. 2º da Lei n. 6.404/76), dentre outras noções estabelecidas para validade jurídica sem ceder espaço para questionamento de sua real natureza.

Referências bibliográficas

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Da empresariedade: as empresas no Direito*. Coimbra: Almedina, 1996.

ALMEIDA, Betyna Ribeiro. Aspectos da teoria jurídica da empresa: o direito comercial como o direito das empresas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v.39, n.119, p.237-254, jul./set. 2000.

ASCARELLI, Tullio. *Iniciación al estudio del derecho mercantil*. Tradução Evelio Verdera y Tuells. Barcelona: Bosch, 1962.

ASQUINI, A. Profili dell'impresa. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazione*. Milano, 1943.

_____. ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v.35, n.104, p.109-126. out/dez 1996.

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1969.

BORGES, João Eunápio. *Curso de direito comercial terrestre*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BRUNETTI, Antonio. *Trattato del diritto delle società*. 2.ed. Milano: Dott A. Giuffrè, 1948. v.1, p.59.

BULGARELLI, Waldirio. *Estudos e pareceres de direito empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p.29.

CHULIA, Francisco Vicent. *Introducción al derecho mercantil*. 7.ed. Valencia: Tirant, 1994. p.98.

FERRARA, Francesco. *Teoria jurídica de la hacienda mercantil*. Tradução José Maria Navas. Madrid: Derecho Privado, 1960.

FERRI, Giuseppe. *Le società*. Turin: Utet, 1971.

GALGANO, Francesco. *História do direito comercial*. Tradução João Espírito Santo. Lisboa: Signo, 1976.

_____. *Tratatto di Diritto Civile e Commerciale*. 2.ed. Milano: Giuffré, 1982.

MARCONDES, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2000. v.1.

PACIELLO, Gaetano. A evolução do conceito de empresa no direito italiano. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 17, n. 29, p.39-56, jan./mar. 1978, p. 41

REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil*: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986..

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v.1, p. 33-43.

ROCCO, Alfredo. *Le società commerciali*. Torino: Fratelli, 1898.

SOUZA, Ruy de. *Atualização do direito comercial*. Belo Horizonte [s. n.], 1959.

O desafio da manutenção do sucesso da sociedade limitada na vigência do novo código civil

Marcelo Gazzi Taddei *

Resumo

O novo Código Civil trouxe uma série de alterações à sociedade limitada, que corresponde à espécie societária mais utilizada no Brasil atualmente. As inovações proporcionaram maior complexidade à sociedade limitada, o que gerou uma série de críticas em razão do aumento das formalidades e dos custos administrativos gerados. Entretanto, muitas das exigências legais podem ser atenuadas nas sociedades limitadas formadas por até dez sócios, mediante a previsão de cláusulas específicas no contrato social. O novo tratamento legal trouxe maior transparência e profissionalismo à sociedade limitada, assegurando, de certa forma, maior proteção aos direitos dos sócios minoritários em alguns casos.

Palavras-chave

Código Civil de 2002. Sociedade limitada. Sociedade empresária. Deliberações sociais.

THE CHALLENGE OF MAINTAINING THE LIMITED SOCIETY SUCCESS – THE VALIDITY OF THE NEW CODE

Abstract

The new Civil Code brought a series of alterations to the limited society, which corresponds to the societarian specimen more used in Brazil currently. The innovations provide larger complexity to the limited society, creating a series of criticisms due to the increase of formalities and generated administrative costs. However, most of the legal exigencies may be attenuated in the limited societies formed by up to ten partners, by means of the specific clause prevision in the social contract. The new legal treatment brought higher transparency and professionalism to the limited society; and ensured, in a certain way, higher protection to the rights of the minority partners in some cases.

* Mestre em direito pela UNESP de Franca/SP. Professor de Direito Comercial do Curso de Direito do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília – e da UNIP, campus de São José do Rio Preto/SP. Advogado.

As novas exigências legais, se trouxeram maior complexidade e custos administrativos para a sociedade limitada, também proporcionaram maior transparência e profissionalismo à sua administração, buscando, em alguns casos, trazer maior segurança aos sócios minoritários. Diante das alterações introduzidas, devem os sócios das sociedades limitadas constituídas adequarem o ato constitutivo à nova lei, possuindo o prazo de um ano para isso (art. 2031, Código Civil de 2002). Quanto aos empreendedores que planejam a exploração de atividade econômica por meio de uma sociedade empresária, a sociedade limitada deverá continuar sendo a preferida, diante da constituição simplificada e da limitação da responsabilidade dos sócios. Fatores referentes à escrituração, demonstrações contábeis e natureza contratual do ato constitutivo serão decisivos na preferência da sociedade limitada em relação à sociedade anônima fechada.

Referências bibliográficas

BRASIL. *Código Civil*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 1199p.

BRASIL. *Código Comercial e legislação complementar*. 48.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 1.461p.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.2, 479p.

DINIZ, Gustavo Saad. Responsabilidade dos administradores das sociedades empresariais por débitos negociais e não-negociais. In: HENTZ, Luiz Antonio Soares (Coord.). *Obrigações no novo direito da empresa*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. 293p.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Direito de empresa no Código Civil de 2002*. 2.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. 286p.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 384 p.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial*. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2001. 754p.

OLIVEIRA, Juarez de; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Novo Código Civil*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. 431p.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v.1, 440p.

A responsabilidade civil: tendências na pós-modernidade

Marcelo Leal de Lima Oliveira*

Resumo

O trabalho em questão se propõe a abordar a responsabilidade civil na pós-modernidade, analisando suas tendências e os novos danos surgidos decorrentes das novas modalidades de relações sociais.

Palavras-chave

Responsabilidade civil. Danos. Pós-modernidade.

CIVIL LIABILITY: TENDENCIES IN THE POST-MODERNITY

Abstract

The present essay proposes to approach the civil liability in the post-modernity, analyzing its tendencies and the new damages caused by the new social relations forms raised in the society.

Keywords

Civil liability. Damages. Post-modernity.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL: TENDENCIAS EN LA POSMODERNIDAD

Resumen

Este trabajo se propone a abordar la responsabilidad civil en la posmodernidad, haciendo un análisis de sus tendencias y de los nuevos daños surgidos como consecuencia de las nuevas modalidades de relaciones sociales.

* Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina, Doutorando pela UFRGS, advogado e diretor do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, campus de Londrina.

1 Introdução

A responsabilidade civil, no início deste novo século, apresenta grandes modificações¹ derivadas da pós-modernidade. O surgimento de novos danos decorrentes de relações diferenciadas geradas pela revolução tecnológica, da mesma forma como ocorreu na revolução industrial, fez com que inúmeras situações de danos não apresentassem solução a partir dos antigos paradigmas estabelecidos.

O fenômeno, como ressaltado, não é novo. Com efeito, desde o último quarto do século XIX e início do século XX, a responsabilidade civil tem sofrido grandes transformações tendendo a se tornar cada vez mais objetivada.²

No Brasil, o Código Civil de 1916, traduzia o primado da culpa inspirado pelo Código Napoleônico. A doutrina e a jurisprudência nacional, contudo, encarregaram-se de trazer contornos da responsabilidade objetiva.

Além disso, leis esparsas passaram a reconhecer a responsabilidade decorrente do risco, mormente em atividades perigosas.

Foi o Código de Defesa do Consumidor, no entanto, que mais aprofun-

dou esta tendência, objetivando a responsabilidade de produtores, fornecedores e prestadores de serviços, excetuados os profissionais liberais.

O Código Civil de 2002, por sua vez, reconhece em seu artigo 927, parágrafo único, a responsabilidade decorrente do ato ilícito, da lei ou da sua natureza de risco, ampliando claramente os casos de aplicação da responsabilidade civil objetiva.

Todas essas mudanças levam ao surgimento de novas tendências e de novos danos, constituindo o objeto do presente trabalho.

2 Tendências Atuais da Responsabilidade Civil: o direito à indenização na pós-modernidade

O fenômeno da pós-modernidade, sem dúvida alguma, trouxe mudanças no pensar humano, seja nas artes, na filosofia ou nas ciências.³

O direito, por sua vez, não está alheio a estas influências.

A sociedade pós-moderna está marcada pela velocidade das informações, fazendo com que idéias, pensamentos e conceitos sejam transmitidos

de maneira rápida e ao mesmo tempo volátil.

A rapidez das informações é diretamente proporcional a sua volatilidade. Assim, aquilo que é uma certeza hoje, amanhã não mais o será. Ao mesmo tempo, o fenômeno da globalização faz com que conceitos, ideologias, formas de vida e até mesmo traços culturais de diferentes povos, sejam assimilados por pessoas localizadas a longas distâncias.

Aliás, como uma nova forma de imperialismo, são os países mais ricos que conseguem impor seu modo de pensar e de viver aos países mais pobres, como uma nova forma de dominação.⁴

Nesta nova sociedade guiada pela velocidade da internet e com grandes descobertas tecnológicas, notadamente as do plano da biotecnologia, é forçoso reconhecer o aparecimento de situações causadoras de danos cuja aplicação das teorias da responsabilidade civil não se traduzem em uma resposta adequada à vítima.

Tudo isso faz com que a aparência se torne real, e a verdadeira realidade esteja subjacente, causando grandes estragos à humanidade, diminuindo valores sociais e imperativos axiológicos para transformá-los em objeto de mercancia de um mercado globalizado, como o sexo, o corpo, os órgãos, a dig-

nidade de morrer, o direito do trabalho, despersonalizando a responsabilidade civil (GHERSI, 1995, p.18).

A pós-modernidade, conforme leciona Jayme (1996, p.246-263), é caracterizada por uma certa contradição, na medida em que é marcada pelo retorno a certos elementos e formas do passado ao mesmo tempo em que é apresentada com novas questões de direito substantivo.

Esta contradição é apresentada pelo mestre de Heidelberg, através de quatro características principais da pós-modernidade:

- 1) o pluralismo;
- 2) a comunicação;
- 3) a narração e
- 4) o retorno dos sentimentos.

O pluralismo é sentido através do reconhecimento do direito de ser diferente e a garantia à identidade cultural, que conforme leciona Jayme (1996), "Ce sont les droits socioculturels qui sont élèves au rang de droits de l'homme".

No campo da responsabilidade civil, este pluralismo está presente no reconhecimento de grupos de pessoas marginalizadas e possuidoras de direitos a serem preservados pelo Estado, como os consumidores, os homossexuais, os hemofílicos, os negros etc.

A comunicação também está presente na forma da integração gerada pela comunicação intercultural. Os avanços tecnológicos trazidos com a internet, a televisão e os meios e transporte moderno fazem da comunicação uma das principais características da cultura pós-moderna.

Corolário desta característica pós-moderna é o direito à informação que, sem dúvida tem influenciado a responsabilidade na atualidade.

Os procedimentos médicos são regulados pelo direito ao consentimento informado do paciente que tem direito a todas as informações quanto a sua saúde. No campo do direito do consumidor, a responsabilidade pode surgir da ausência de informação deste quanto ao produto ou serviço adquirido, sendo hoje também objeto de discussão o dano causado pelo excesso de informação.

A narração no campo do direito está presente nas chamadas normas narrativas que, conforme leciona Jayme (1996), "ces normes n'obligent pas, elles décrivent des valeur".

Em se tratando de responsabilidade civil, esta característica pode ser observada no direito interno pelas portarias interministeriais, mormente aquelas voltadas para o direito do consumidor que, em que pese não terem a obrigatoriedade das leis, orientam o mercado e

servem mesmo de farol para iluminar o caminho jurisprudencial.

Por fim, a quarta característica da cultura e do direito pós-moderno, segundo Jayme (1996) é o "retorno dos sentimentos".

Trata-se da referência aos sentimentos das pessoas interessadas, que passam a influenciar como razão para decidir nos tribunais.

Este retorno dos sentimentos, certamente tem feito com que na aplicação do dano moral sejam consideradas questões como o sofrimento, a dor, a humilhação e as circunstâncias que envolveram o evento danoso.

Mas talvez a característica mais atemorizante da pós-modernidade seja a ameaça que o próprio homem tornou-se para si mesmo e que vem descrita na filosofia de Hans Jonas.

É que os constantes avanços da ciência e tecnologia têm causado profundas modificações na natureza e na própria sociedade. O homem, que sempre esteve restrito à idéia de que a natureza acomodava-se à inatingível ordem natural que define o contorno das normas éticas, se vê hoje diante de uma concepção distinta da natureza.

O curso da existência não mais dependente de uma lei superior que reserva ao homem a condição de espectador, antes ao contrário; o homem, hoje,

exerce função de agente de transformação no mundo natural, dominando inúmeras esferas de ordem natural e muitas vezes conhecendo e até mesmo controlando as suas reações.

Esta nova dimensão da ciência faz com que o homem se torne ao mesmo tempo agente e refém dos resultados desta transformação da ordem natural.

O aumento do conhecimento científico no campo da informática, da biologia e principalmente das novas experiências genéticas anunciadas faz com que o homem deixe de ser simplesmente regulado por fins naturais, transformando-se no centro de um desequilíbrio específico.

Conforme leciona Nedel (2001), na esteira do pensamento de Hans Jonas:

A moderna tecnociência trouxe consigo mudanças profundas, na magnitude, objetos e conseqüências novas, diferentes das tradicionais. É claro, não é possível prever todos os efeitos a longo prazo do seu poder desmedido, por causa da ambigüidade da liberdade humana, utilizável para o bem e para o mal. De qualquer maneira, o homem e toda a vida sobre a terra correm hoje um risco máximo de danos irreversíveis e mesmo de extinção. Por isso o futuro aparece hoje como a dimensão mais típica da responsabilidade, o objeto prioritário da consciência moral e da ação a realizar. Isto, porém, não ex-

clui a responsabilidade em relação ao presente.

Na verdade, todas as éticas tradicionais obedeciam às seguintes premissas que se intercombinavam mutuamente:

- a) a condição humana, resultante da natureza do homem e das coisas, permanecia fundamentalmente imutável para sempre;
- b) com base nesse pressuposto, podia-se determinar com clareza e sem dificuldade o bem humano;
- c) o alcance da ação humana e de sua conseqüente responsabilidade estava perfeitamente delimitado.

Os avanços da ciência, contudo, têm quebrado essas premissas anteriormente estabelecidas. O homem passou a dominar não apenas a natureza como também os próprios rumos de sua evolução.

Uma breve reflexão sobre a atuação dos homens de ciência nos últimos sessenta anos, mostra que a ciência tem sido guiada por preceitos ideológicos, quer na Alemanha Nazista, quer na socialista ex-União Soviética ou mesmo na sociedade capitalista americana.

A ideologia da fé na ciência do final do século XIX e que lhe dera unanimidade de aceitação social passa a ser questionada, mormente após a Segun-

da guerra mundial e a utilização da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki. Começavam a surgir, então, as primeiras questões sobre a função social da ciência.

O próprio Oppenheimer declarou após a explosão atômica que finalmente a ciência havia conhecido o pecado.

Preocupado com esta evolução, o filósofo alemão Hans Jonas propõe aos cientistas a *heurística do temor*, segundo a qual a pesquisa científica deve, antes de mais nada, temer os seus resultados, já que o avanço da própria ciência fez com que o homem deste final de milênio opere com coisas muito acima de sua própria compreensão ou domínio, podendo seus resultados afetar de maneira drástica a natureza ou até mesmo o próprio homem.

Segundo Siqueira (1998, p.40), não se trata de limitar o curso da evolução científica, mas sim trazer para a ciência contornos éticos que evitem grandes e incontrolláveis tragédias através do brocardo *in dubia pro malo*, a funcionar como uma orientação para que os futuros pesquisadores, só avancem na pesquisa científica quando houver segurança nos seus resultados, na dúvida não arrisque uma catástrofe.

Toda ação humana, depois de iniciada, escapa das mãos de seu iniciador e

entram em jogo múltiplas interações próprias da sociedade, que a desviam de seu objetivo e, às vezes, lhe dão um destino oposto ao visado anteriormente.

É por isso que Hans Jonas sugere que a pergunta kantiana: o que posso saber? Deve conter a questão: o que devo fazer ou o que posso fabricar? E o imperativo categórico de Kant que dizia: "age de tal maneira que possas querer que tua ação se converta em lei universal". Deve ser assim formulado: "Age de tal maneira que os efeitos de tua ação não sejam lesivos para a futura possibilidade de vida humana."

Segundo este entendimento filosófico, o homem não tem o direito de arriscar a não existência de gerações futuras.

Neste sentido a responsabilidade civil do século XXI deve estar voltada não apenas para a reparação individual dos danos, mas deve também servir como forma de diminuir os riscos causados pelo homem em relação à natureza e a si mesmo.

Conforme leciona Gherzi (1995, p.81), a pós-modernidade tem levado a conversão do dano individual ao dano social.

O dano social é aquele causado por meio de fatos que atingem a confiabilidade e a credibilidade das pessoas no mercado, tão comuns nos países em desenvolvimento do mercosul, como a falta

de confiança no mercado financeiro, a falta de idoneidade de serviços profissionais ou mesmo as mudanças abruptas causadas à economia.

O dano social resta claro nas falhas de mercado e principalmente nas falhas de governo, quando não funcionam os controles estatais.

Esta nova forma de danos, conforme Gherzi (1995), "proviene de la misma instabilidad, característica fundamental a que va a estar sometida la posmodernidad."

Estes danos tendem a ser transmitidos e absorvidos (GHERZI, 1996, p.32) pela população, enquanto consumidores e trabalhadores, e passam pelas novas condições de flexibilidade laboral e pela quebra ou fechamento de empresas ineficientes para a pós-modernidade.

Ainda segundo Gherzi (1996) a pós-modernidade no campo da responsabilidade civil tem atingido em cheio os chamados danos ressarcíveis. Isto porque se percebe ser impossível retroagir no tempo na busca de uma nova subjetivação dos danos, face à crescente aplicação da teoria do risco objetivando a responsabilidade, mormente com o advento do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, busca-se reduzir o alcance do ressarcimento de danos como for-

ma de diminuir os custos empresariais, fazendo com que a população arque com o custo de danos que deveriam ser ressarcidos pelas empresas.

Neste sentido, é forçoso reconhecer o papel que tem sido imposto à responsabilidade civil como fator de incentivo ou desincentivo de atividades. Nada mais claro para exemplificar esta afirmação do que a própria história deste instituto. Foi assim que a responsabilidade civil subjetiva reinou durante o período de desenvolvimento imposto pela revolução industrial. É que sua adoção propiciou um maior desenvolvimento da indústria que se via desonerada dos custos de indenização, na medida em que aquele modelo acabava por impor à própria vítima o ônus pelo dano sofrido, diminuindo os custos da indústria e favorecendo o desenvolvimento da manufatura e do próprio capitalismo.

Nada mais pós-moderno do que o isolamento informático do trabalhador que passa a trabalhar em sua própria casa em frente à tela de um computador, mas ao mesmo tempo, por não estar mais em relação de dependência ou subordinação terá de suportar seu próprio dano, como por exemplo o dano a sua saúde.

De igual forma, o novo código civil acaba por atingir danos ressarcíveis

na medida em que os fulmina pela prescrição em prazo mais exíguos que os da lei de 1916 (BRASIL, 2002).

No entanto, embora seja forçoso reconhecer que a política neo-liberal imposta nos países do Mercosul e em especial no Brasil tenha trazido uma tendência de desregulamentação da economia e conseqüentemente das relações laborais, diminuindo assim danos ressarcíveis, é impossível não se reconhecer que o futuro da responsabilidade civil na pós-modernidade está voltado para questões de novos danos criados pela era tecnológica.

Assim, a responsabilidade deste início de século deverá enfrentar novos problemas como a responsabilidade civil por produtos elaborados, os danos causados pelo exercício de profissões perigosas, a transmissão de doenças contemporâneas como a aids, o dano coletivo, os danos nucleares, o dano ambiental, a responsabilidade civil decorrente da informática e os futuros danos decorrentes do desenvolvimento da biotecnologia.

Segundo Gutiérrez (1997, p.18), estas questões – resultado da evolução tecnológica – foram formando verdadeiras tendências na teoria geral da responsabilidade civil:

1) a ampliação dos danos reparáveis;

- 2) a objetivação da responsabilidade civil;
- 3) a prevenção e evitação dos danos;
- 4) o aumento dos chamados fatores de atribuição;
- 5) o alargamento da possibilidade de reclamar: seja pelo campo mais amplo de legitimados passivos contra quem dirigir a ação ou por reconhecimento de maior quantidade de legitimados ativos;
- 6) o abrandamento da carga probatória da vítima que também se obtém, às vezes, pelas presunções de causalidades cada vez mais numerosas;
- 7) um processo gradual de socialização dos riscos, mediante o seguro obrigatório e a seguridade social;
- 8) e, por fim, a proteção das vítimas de danos assegurando-lhes a indenização que se alcança mediante mecanismos como a nulidade da abreviação convencional do prazo de prescrição, a nulidade das cláusulas limitativas de responsabilidade ou a crescente preocupação por regulamentar os contratos de conteúdo pré estabelecido e com condições gerais.

Conclusão

A responsabilidade civil neste início do século deverá enfrentar questões nascidas de atividades antes desconhecidas e que surgiram com o desenvolvimento da tecnologia.

O homem, por sua vez, deve temer todo avanço que possa importar em risco para sua própria sobrevivência. Não se pretende dizer que deva haver restrição ao desenvolvimento da tecnologia, mas sim de que este não pode estar apartado do pensamento ético a guiar a conduta do homem. Isto porque, na esteira do pensamento de Jonas, se é verdade que o desenvolvimento do conhecimento ao longo dos tempos tem, muitas vezes, sido fruto dos erros e acertos da experimentação humana, não é menos verdade que os avanços da ciência hoje tornam o homem um perigo para si mesmo e para o próprio planeta e esta responsabilidade deve ser reconhecida através de atitudes que possam garantir o bem estar das gerações futuras.

Além disso, deverá também ser enfrentado o problema da translação do risco como forma de incentivar ou desincentivar o próprio desenvolvimento de toda nova tecnologia.

É que os juristas do novo milênio devem reconhecer na responsabilidade civil um instrumento de facilitação do desenvolvimento tecnológico.

Conforme leciona Cruz (2001, p.251):

una de las funciones de la responsabilidad civil que más ha sido esquiva a la apreciación de los juristas clási-

cos, no acostumbrados a enfocar a la responsabilidad desde su perspectiva sistémica: (es) la de incentivación y desincentivación de actividades.

Notas

¹ Segundo Alsina (1997) “En las vísperas de terminar nuestro siglo, el análisis de los elementos que conforman el esquema del deber de responder, exhibe una trascendente modificación y diseñan así un perfil con trazos de universalidad, modernidad, solidaridad, justicia y equidad”.

² Conforme tivemos oportunidade de afirmar: “O Século XX notabilizou-se por uma mudança social profunda, o homem aprendeu a voar e conquistou o espaço, inventou a comunicação remota pelo rádio, televisão, telefone e opera, a partir de fibras óticas, um turbilhão de informação que chega a nossos lares por meio da Internet. Neste contexto, as relações não podem ficar restritas à subjetividade de que deturpa a noção de justiça, impondo o ônus da prova à vítima, muitas vezes pólo hipossuficiente da relação obrigacional criada pelo ato ilícito ou pelo descumprimento contratual” (OLIVEIRA, 2000).

³ Conforme ressalta Jayme (1996, p.246), “La culture postmoderne est caractérisé par des valeurs centrales qui peuvent être prise en considération pour mieux comprendre de nos jours le droit international prive. Emergent dans toute les manifestations de la culture actuelle dont le droit fait partie, comme les beaux arts et la littérature, les même valeurs”.

Neste sentido também entende Azevedo (2000), “A pós-modernidade, debaixo dessas três características – crise da razão, hiper-complexidade, com justaposição das diversidades, e inter-ação –, perceptíveis também na arquitetura, na literatura, na filosofia, na economia, nas comunicações e até mesmo nas ciências exatas, atingiu em cheio o direito”.

⁴ Historicamente, embora movida por necessidades que não significavam resistir ao assédio do mercado globalizado, mas, igualmente por razões às quais não estava alheio o elemento econômico, a expansão dos Estados nacionais se operou através do que foi convencionalmente denominado de imperialismo: o turco-otomano, o britânico, o norte americano, o

francês, o belga, o italiano, o espanhol, o português; isto, é de ser considerado, desde a fase das Grandes Navegações, até o século XIX e começo do século XX.

Referências bibliográficas

ALSINA, Jorge Bustamante. El perfil de la responsabilidad civil al finalizar del siglo XX. *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.33, p.123-129, jan./mar. 2000.

BUERES, Alberto José; CARLUCCI, Aída Kemelmajer (Coord.). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.786, p.108-128, abr. 2001.

CRUZ, Gastón Fernández. Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil: La óptica sistémica (análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law. *Estudios sobre la responsabilidad civil*, Lima: Ara Editores, 2001, p.223-284.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v.1.

DINIZ, Maria Helena. *Responsabilidade civil*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. (Curso de direito civil brasileiro, v.2, p.42)

FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GHERSI, Carlos Aberto. *La posmodernidad jurídica*. Buenos Aires: Gowa, 1995.

_____. *Los nuevos daños: soluciones modernas de reparación*. 2.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, t. 1-2.

_____. *Responsabilidad: Problemática moderna*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Max Limonad, 1957. v.12, t.2.

GUTIÉRREZ, Graciela N. Messina de Estrella. *La responsabilidad civil en la era tecnológica: tendencias y propectiva*. 2.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

JAYME, Erik. *Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne*. 1995. t.251, Nijhoff, The Hague, 1996, p.246-263. (Recueil des Cours)

JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad: ensayo de uma ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder, 1995.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. v.5.

NEDEL, José. A ética da responsabilidade de Hans Jonas. *Revista da A'juris*, Porto Alegre, v.82, p.128-142, jun. 2001.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v.1.

OLIVEIRA, Marcelo Leal de Lima. *Responsabilidade civil odontológica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 20.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1993.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. A questão da soberania. *Revista de Direito do Mercosul*, Buenos Aires, ano 3, v.33, p.97-101, jun. 1999.

SIQUEIRA, José Eduardo. *Ética e tecnociência: uma abordagem segundo o princípio da responsabilidade de Hans Jonas*. Londrina: Editora UEL, 1998.

Direito virtual: breve ontologia e conceito¹

Marcos Luiz Mucheroni*
Vinício C. Martinez**

Resumo

A partir de reflexões desenvolvidas no NEPI (Núcleo de Estudos, Pesquisas, Integração e de Práticas Interativas), um grupo de estudo e pesquisa interdisciplinar, o artigo apresenta uma reflexão entre direito, cultura, ética e virtual, em níveis ou fases diferentes, mas que se relacionam entre si. Apresenta o direito como *função promocional da pessoa humana* e que necessita de regras próprias para o chamado Direito Virtual – também a ética é relacionada. Desse modo, o Direito Virtual tanto é direito *do* ciberespaço, quanto será direito *ao* e *no* ciberespaço. O direito virtual é o direito que nasce das práticas virtuais, mas também é o direito positivo que possa ser aplicado ao virtual. Ainda compreende o direito ao ciberespaço, pois que também recobre o direito à informação.

Palavras-chave

Direito. Cibercultura. Ciberespaço. Internet. Direito virtual. Código de ética.

VIRTUAL LAW: A BRIEF ONTOLOGY AND CONCEPT

Abstract

From reflections developed in NEPI (Study, Research, Integration and Interactive Practices Nucleus), a group of study and interdisciplinary research, this article presents a reflection among Law, Culture, Ethics and Virtual, in different levels or phases, but related among

* Bacharel em Ciência da Computação pela UFSCar/SP, onde lecionou 10 anos. Publicou inúmeros artigos nacionais e internacionais, é Doutor em Engenharia Elétrica (Poli-USP) e professor de Paradigmas de Linguagens (graduação e pós-graduação) junto à Faculdade de Informática do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília, e professor de Teoria do Caos e Cibercultura (mestrado em Ciência da Informação) junto a UNESP de Marília.

** Bacharel em Direito e Ciências Sociais. Publicou livros e inúmeros artigos, é Doutor em Educação (USP) e professor de Teoria Geral do Estado (graduação) e Fundamentos Sociológicos do Direito (mestrado em Direito), junto ao UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília.

francês, o belga, o italiano, o espanhol, o português; isto, é de ser considerado, desde a fase das Grandes Navegações, até o século XIX e começo do século XX.

Referências bibliográficas

ALSINA, Jorge Bustamante. El perfil de la responsabilidad civil al finalizar del siglo XX. *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.33, p.123-129, jan./mar. 2000.

BUERES, Alberto José; CARLUCCI, Aída Kemelmajer (Coord.). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.786, p.108-128, abr. 2001.

CRUZ, Gastón Fernández. Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil: La óptica sistémica (análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law. *Estudios sobre la responsabilidad civil*, Lima: Ara Editores, 2001, p.223-284.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v.1.

DINIZ, Maria Helena. *Responsabilidade civil*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. (Curso de direito civil brasileiro, v.2, p.42)

FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GHERSI, Carlos Aberto. *La posmodernidad jurídica*. Buenos Aires: Gowa, 1995.

_____. *Los nuevos daños: soluciones modernas de reparación*. 2.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, t. 1-2.

_____. *Responsabilidad: Problemática moderna*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Max Limonad, 1957. v.12, t.2.

GUTIÉRREZ, Graciela N. Messina de Estrella. *La responsabilidad civil en la era tecnológica: tendencias y propectiva*. 2.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

JAYME, Erik. *Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne*. 1995. t.251, Nijhoff, The Hague, 1996, p.246-263. (Recueil des Cours)

JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad: ensayo de uma ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder, 1995.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. v.5.

NEDEL, José. A ética da responsabilidade de Hans Jonas. *Revista da Ájuris*, Porto Alegre, v.82, p.128-142, jun. 2001.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v.1.

OLIVEIRA, Marcelo Leal de Lima. *Responsabilidade civil odontológica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 20.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1993.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. A questão da soberania. *Revista de Direito do Mercosul*, Buenos Aires, ano 3, v.33, p.97-101, jun. 1999.

SIQUEIRA, José Eduardo. *Ética e tecnociência: uma abordagem segundo o princípio da responsabilidade de Hans Jonas*. Londrina: Editora UEL, 1998.

Direito virtual: breve ontologia e conceito¹

Marcos Luiz Mucheroni*
Vinício C. Martinez**

Resumo

A partir de reflexões desenvolvidas no NEPI (Núcleo de Estudos, Pesquisas, Integração e de Práticas Interativas), um grupo de estudo e pesquisa interdisciplinar, o artigo apresenta uma reflexão entre direito, cultura, ética e virtual, em níveis ou fases diferentes, mas que se relacionam entre si. Apresenta o direito como *função promocional da pessoa humana* e que necessita de regras próprias para o chamado Direito Virtual – também a ética é relacionada. Desse modo, o Direito Virtual tanto é direito *do* ciberespaço, quanto será direito *ao* e *no* ciberespaço. O direito virtual é o direito que nasce das práticas virtuais, mas também é o direito positivo que possa ser aplicado ao virtual. Ainda compreende o direito ao ciberespaço, pois que também recobre o direito à informação.

Palavras-chave

Direito. Cibercultura. Ciberespaço. Internet. Direito virtual. Código de ética.

VIRTUAL LAW: A BRIEF ONTOLOGY AND CONCEPT

Abstract

From reflections developed in NEPI (Study, Research, Integration and Interactive Practices Nucleus), a group of study and interdisciplinary research, this article presents a reflection among Law, Culture, Ethics and Virtual, in different levels or phases, but related among

* Bacharel em Ciência da Computação pela UFSCar/SP, onde lecionou 10 anos. Publicou inúmeros artigos nacionais e internacionais, é Doutor em Engenharia Elétrica (Poli-USP) e professor de Paradigmas de Linguagens (graduação e pós-graduação) junto à Faculdade de Informática do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília, e professor de Teoria do Caos e Cibercultura (mestrado em Ciência da Informação) junto a UNESP de Marília.

** Bacharel em Direito e Ciências Sociais. Publicou livros e inúmeros artigos, é Doutor em Educação (USP) e professor de Teoria Geral do Estado (graduação) e Fundamentos Sociológicos do Direito (mestrado em Direito), junto ao UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília.

themselves. It also presents the law as *promotional function of the human person* and as something that needs own rules to the called Virtual Law – and also Ethics is related to it. Thus, Virtual Law is as much law of the cyberspace as will be law to the and in the cyberspace. Virtual Law is the law that rises from virtual practices, but also is the positive law that can be applied to the virtual. It still comprehends the law to the cyberspace, because it also recovers the law to the information.

Keywords

Law. Cyberspace. Internet. Virtual law. Ethic code.

DERECHO VIRTUAL: BREVE ONTOLOGÍA Y CONCEPTO

Resumen

Partiendo de las ideas discutidas por el grupo de Investigación, Integración y Prácticas Interactivas (NEPI), el artículo presenta una reflexión entre derecho, cultura, ética y el ámbito virtual em niveles distintos, pero que se relacionan entre si. Presenta el derecho como *función promocional de la persona humana* y que requiere reglas propias para el Derecho Virtual. De esta manera, el Derecho Virtual no es sólo el derecho del ciberespacio sino también el derecho a/y en el ciberespacio. El Derecho Virtual además del derecho que nace de las prácticas virtuales es también el derecho positivo que puede aplicarse al ámbito virtual. Comprende aún el derecho al ciberespacio pues también recubre el derecho a la información.

Palabras clave

Derecho. Cibercultura. Ciberespacio. Internet. Derecho virtual. Código de ética.

1 Introdução

No artigo, pretendemos apresentar uma discussão ou relação entre direito, cultura, ética e virtual, em níveis ou fases diferentes, mas que se relacionam nitidamente: a) a primeira remonta ao o que se pretende com a Internet (por exemplo, promover e expandir o direito irrestrito ao espaço virtual). Deve ser lembrado que sem acesso livre e irrestrito não há direito à comunicação; b) depois, desenvolvemos outra afirmativa relativa ao

meio ou ao *onde estamos* (estamos na fase do *direito no espaço virtual* e devemos ter claro que antes que se produza um novo tipo de direito, a partir das instigantes e profícuas articulações da Internet, devemos *suportar e procurar legitimar* a aplicação do direito estatal aos *casos virtuais concretos*); c) contudo, devemos ter claro que se trata de fase transitória e, por isso, apresentamos a inquietante questão de saber *como* desenvolveremos e entenderemos mais claramente o que seria esse di-

reito virtual. Antes, no entanto, vejamos de que virtual é que estamos tratando. Também buscando uma maior clareza e um pouco mais de profundidade analítica, dividimos o texto em subitens e o primeiro trata justamente de uma breve definição do que seja o próprio virtual.

Vale consignar, outrossim, que o desenvolvimento do presente artigo deu-se a partir das discussões tidas no NEPI – Núcleo de estudos, pesquisas, integração e de práticas interativas, um grupo de estudo e pesquisa interdisciplinar e é inscrito no Diretório de Grupos de Pesquisas do CNPq.

2 Fetiche virtual ou alienação real?

Quando falamos do virtual certamente pensamos na Internet, o que é correto, mas não absolutamente exato, uma vez que, do ponto de vista tecnológico, a Internet é apenas um meio no qual se desenvolvem as relações entre seres, idéias e máquinas totalmente reais. Mas o virtual não faz parte do real, não lhe figurará como outra dimensão?

A resposta é sim, porque, por mais que não se perceba, devemos pensar que nesse meio de vida virtual desenvolvem-se correlações da vida real, situações, embaraços e virtudes tal como aqui do lado de fora, na vida real. Nesse sentido, o artigo desenvolverá alguns pressupostos para esta discussão,

isto é, desde o meio em que é lido ou produzido (um meio virtual, digitalizado) e reproduzido em outros (também digitalizados, impressos ou em qualquer outro concreto). Por fim, o artigo será assimilado nos meios *ontológico-concretos* (ou *ontogenéticos*) que somos nós, os humanos: constituídos de um misto de cérebro e mente, entre a biologia (os neurônios) e a *representação* dos próprios neurônios (a cultura) ou entre a cultura e o *meio virtual* – a cibercultura. Neste momento, muitos poderão *imaginar*, visualizar na mente – não na retina, como se diz –, as sinapses que o artigo provoca. E com a sociedade não será diferente, pois também podemos representar, idealizar ou *realizar* aquilo que vivemos ou simplesmente achamos que vivemos.

Mas o que é isso, o que é achar que se vive? Alguém acha que vive e não vive? É possível representar a vida, supor a *vida não-vivida*? Pois esse é o eixo do artigo. É claro que não se trata de uma discussão simples, mas vamos ver aonde nossas sinapses podem nos levar, sem nos desprendermos de nossas próprias vidas.

Assim, quando se diz que o virtual é o contrário do real, é disso que se trata: do engano, da mera aparência ou desconhecimento tecnológico e etimológico (cultural e histórico). Isto é, o popular define o virtual como *aquilo que*

parece real, mas que é só sua figura, sua representação, sua simulação, seu simulacro. Também define-se o virtual como o conjunto de relações que achamos reais, mas que não são, porque são só a sombra do que achamos. Nós achamos porque nos enganamos com nossas impressões, sensações ou sentimentos, porque nos iludimos com as representações, manifestações e até distorções do mundo virtual. Daí a leitura equivocada de quem compara o virtual ao mito da caverna de Platão: teríamos que sair da caverna (do virtual) para encarar a vida, a verdade, o real, de frente, olho no olho. Esse cara a cara é que faltaria ao virtual e, por isso, seria falso e enganador. Mas, então, não se está cara a cara, olhando pelo computador? Quando se olha pelo espelho mágico – para o outro lado da porta – sofrendo da distorção convexa, aquele que se vê é o Zé ou será sua sombra? Afinal, eu não vejo o que vejo?

De outra forma, um tanto mais teórica, o simulacro virtual (a representação distorcida da própria representação), o fetiche real, a alienação do real (a perda de controle das categorias), esse estranhamento diante dos outros, da vida, de tudo é algo real ou virtual? Em outro exemplo: olhando uma pintura de melancia aberta, o poeta poderia interpretar: “— as carnes vermelhas da melancia estão prenhes de sementes férteis”. Com isso, estará fazendo apenas uma virtual des-

crição do real? Nesse caso, o que representa esta figura de linguagem?

No aspecto político, que práticas ou ações no ciberespaço podem ser definidas como liberais, conservadoras ou, então, revolucionárias? O site das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARCs) se encaixa em qual perfil ou matiz político? Sua proposta virtual está de acordo com a prática real?

3 Notas sobre o virtual

Pois bem, vejamos do que se constitui a rede, o ciberespaço, a inteligência coletiva, mas iniciemos com uma definição conceitual e etimológica do próprio virtual:

A palavra virtual vem do latim medieval, “virtualis”, derivado por sua vez de “virtus”, força, potência. Na filosofia escolástica, é virtual o que existe em potência e não em ato. O virtual tende a atualizar-se, sem ter passado no entanto à concretização efetiva ou formal. A árvore está virtualmente presente na semente. Em termos rigorosamente filosóficos, o virtual não se opõe ao real mas ao atual: virtualidade e atualidade são apenas duas maneiras de ser diferentes (LÉVY, 1996, p.15).

Essa perspectiva, Lévy (1999, p.47) ainda reforçaria buscando outros argumentos:

A palavra “virtual” pode ser entendida em ao menos três sentidos: o primeiro, técnico, ligado à informática, um segundo corrente e o terceiro filosófico [...] Na acepção filosófica, é virtual aquilo que existe apenas em potência e não em ato, o campo de forças e de problemas que tende a resolver-se em uma atualização.

De posse dessa definição de virtual, o que devemos entender por Direito Virtual? Como se dará essa passagem, esse processo, esse momento doloroso de nascimento (atualização) do direito de novo tipo? Vejamos algumas linhas ainda incipientes, mas já reveladoras da dimensão do desafio que nos aguarda.

Primeiro, o virtual é real (o oposto do virtual é o atual), dado que tudo o que existe é a flecha do tempo na física de Stephen Hawking, ou seja, o momento presente, o aqui e agora de cada sujeito ontológico ou ontogenético, posto que também se supõe que o ontológico tem necessariamente uma categoria transcendente (na cultura, nas representações, na alteridade ou na sociedade³).

Segundo, não é exatamente equivocado, mas também não é absolutamente correto dizer que a Internet é o virtual (junto a outros 24 meios, é parte constitutiva do espaço virtual). É certo que não é o único MEIO e nem o

primeiro, visto que o texto e a própria estruturação da linguagem anteciparam este MEIO⁴, mas hoje é um meio privilegiado, em virtude do seu alcance, potencial e massificação⁵. Assim, o que os meios digitais fizeram foi acelerar este processo de maturação da própria comunicação humana.

Por isso, quando falamos do virtual, certamente pensamos na Internet, e isso é correto (ainda que limitado), porque se visualiza a cibercultura sendo produzida e também se expressando por este meio – e de forma privilegiada, se pensarmos que em breve serão bilhões os agentes da comunicação livre. O que não nos autoriza, por sua vez, é tomarmos esse dado como uma pretensa relação exata, mecanicista, reducionista, determinista ou tecnicista – pois aí sim haveria uma série de implicações tecnicistas ingênuas⁶.

Claramente, quem criou a virtualidade foi o próprio homem e não a máquina:

As técnicas [...] sua presença e uso em lugar e época determinados cristalizam relação de força sempre diferentes entre seres humanos⁷ [...] As verdadeiras relações, portanto, não são criadas entre “a” tecnologia (que seria da ordem da causa) e “a” cultura (que sofreria os efeitos), mas sim entre um grande número de atores humanos que inventam, produzem,

utilizam e interpretam de diferentes formas as técnicas (LÉVY, 1999, p.23).

Seguindo Lévy (1999), sob o prisma de que *a história não tem dono*, podemos (e devemos) nos perguntar: *quantas vezes o homem inventou a roda, assim como as formas de vida?*

4 Código de ética para internet

É fácil observar que a apresentação constante de imagens e de idéias, assim como a rápida transmissão de informações tem consequências simultaneamente positivas e negativas⁸ no que diz respeito ao desenvolvimento psicológico, moral e social das pessoas e das comunidades reais ou virtuais (relação ou campo específico da abordagem do direito virtual). Também é possível que tais consequências incidam na estrutura e no funcionamento da sociedade, na partilha de uma cultura com outra, na percepção e na transmissão dos valores, nas idéias do mundo, nas ideologias, nas convicções religiosas, na prestação jurídica e na garantia do direito.

Estamos diante de uma tecnologia capaz de nos colocar plugados (ligados) a todo o mundo simultaneamente, aliás, para as crianças que nascem na era da Internet isso já é trivial. Entretanto, não podemos negar que a inconstância tec-

nológica é uma realidade e, por isso mesmo, produtora de consequências cada vez mais inesperadas.

Outro fator que merece análise é o fato de que a revolução da informação trará espaços e tempos sociais distintos para um só lugar. Deverá provocar uma nova visão do que chamamos atualmente de espaço virtual (ou ciberespaço), fomentando outros tipos de entrelaçamentos e, conseqüentemente, fazendo surgir novos valores, idéias, padrões ou sistemas culturais, para os quais a maioria das culturas, ideologias e religiões não está preparada, e sem contar os efeitos nocivos e o risco da sectarização social. Isto poderá demonstrar o imperativo do diálogo e da busca de valores comuns.

Uma cultura que partilha valores, que resulta em parte do convívio com um amplo espectro de opiniões, é um elemento importante para o funcionamento de uma democracia. Porém, na medida em que o papel dos jornais e dos noticiários televisivos se torna menor e na medida em que cresce a comercialização de nosso universo de comunicação, a sociedade passa a correr o risco da fragmentação, e as comunidades que partilham valores correm o risco de serem dissolvidas.

Por isto é preciso quem promova o bem comum, em especial nos meios

tecnológicos, afinal são tantos os exemplos negativos, e basta ver a avalanche de propaganda bélica, consumista, antiética, filmes sobre guerras, violência em qualquer horário e programa nas TVs, programas para alardear todo tipo de miséria humana.

A internacionalização da Internet e o processo de globalização em curso na história da humanidade são irreversíveis. Os dois podem ser chamados de globalização solidária já que a realização desses processos é dependente da nossa vontade, e não apenas dos governantes ou dos políticos ardilosos. Não é fácil vencer forças que querem usar os meios tecnológicos para promover as diferenças sociais e fazer crescer o ódio cultural, inter-religioso, apenas repetindo as ameaças que elas impõem. Mas é preciso reagir com um vigoroso avanço de solidariedade social, cultural, racial e principalmente a tolerância religiosa e política, tão carentes nos dias de hoje, e tão necessárias para a construção de uma autêntica globalização solidária.

Diante desse contexto, a elaboração de um código de ética para a internet, no plano internacional, poderia ser uma saída para regular a utilização desse meio de comunicação social em prol de uma sociedade que aponta para uma democracia participativa. Uma empreitada que requereria a

presença dos Estados membros de agências transnacionais, ONG's, grupos de países como o Mercosul e os Comitês Gestores da internet espalhados pelo mundo.

Quanto ao direito virtual, tem que ficar claro que este se posta já no nascedouro do ciberespaço e, por isso, é óbvio, temos de considerar cada vez mais afirmativamente o interior do espaço virtual, a vivência e a latência da cibercultura, pois que o direito está colocado no miolo da crise do próprio direito estatal. Com o que também se justifica a necessidade de aprofundarmos mais uma vez esse *miolo* do *direito high tech*.

5 Cybercultura: uma possível releitura da atualidade sobre múltiplas culturas

Ciberespaço é uma expressão criada por Willian Gibson, no romance *Neuromante*, de 1984, e inspirado na idéia da cibernética, de Norbert Wiener (1961), em que o princípio da auto-realimentação (em inglês, *feedback*), ou autogoverno, é a idéia central. E este conceito talvez pudesse indicar muito mais do que o seu uso atual em automação e controle. A *ciberização* atual é feita pelas plataformas de computadores (conjunto com equipamento e pro-

grama), que requerem cada vez mais novas redes de dados e que acabam por exigir maior infra-estrutura para suportar esse volume de dados agregado.

Podemos dizer que o ciberespaço tem três dimensões evolucionárias cada vez mais integradas, fortalecendo seu uso, ampliando suas possibilidades de interatividade e integrando serviços: as redes de dados, as redes de serviços telefônicos e as redes de TVs. A integração total dos serviços já é quase evidente, e a futura mudança e lançamento de novos equipamentos de acesso e comunicação, um corolário fácil de demonstrar.

Ao contrário das obras mitificadoras do *high tech*, Lévy (1999) não faz grandes revelações de impacto, como as equivocadas e otimistas de Bill Gates (1998) ou a já conhecida e tradicional antitecnologia. Entre estes, destaca-se Virilio (1996) em sua obra *Velocidade e Política*, por exemplo. A propósito, o primeiro tópico do livro *Cibercultura*, de Pierre Lévy, é a inadequação da metáfora do impacto. Ao contrário de outros simplistas ou complexos analistas da tecnologia, Lévy procura abordar as novas questões colocadas de forma clara, cuidadosa e bastante profunda. Para o artigo, adotamos a definição dada por Lévy, ainda que ele próprio deixe bem claro que não pretende definir a ciber-

cultura, mas a maneira como a concebe:

É o conjunto das técnicas (intelectuais e materiais), de práticas e atitudes, de modos de pensamentos e de valores, que se desenvolvem juntamente com o ciberespaço (LÉVY, 1999, p.17).

Mas o que é o ciberespaço? Uma metáfora possível para o ciberespaço é a de Stephen Hawking (1988), o autor do clássico *Uma breve história do Tempo*, sobre sua dimensão espaço-temporal, e não mais a divisão Newton-Cartesiana (ainda resistente na simplista racionalidade contemporânea) do tempo e do espaço como dimensões independentes e contínuas, mas uma só dimensão espaço-tempo, descontínua e infinita, criando novas concepções na cultura. Sejam concretos: é possível você estar em dois locais ao mesmo tempo e até em dias diferentes; basta estar online no Japão e você estará simultaneamente em dois locais, em horas e, talvez, dias diferentes. Na prática, hoje, o ciberespaço é a grande teia mundial (WWW – *World Wide Web*), ou apenas a rede mundial.

O conceito mais importante desenvolvido em sua obra é o de que a rede de computadores é um universo sem totalidade, pois ela permite a um grande número de pessoas conectadas

construir e partilhar uma inteligência coletiva, sem submeter-se a qualquer tipo de restrição político-ideológica. Usando este princípio, Lévy (1999) encara a rede mundial como um agente humanizador (porque democratiza a informação) e humanitário (porque permite a valorização das competências individuais e a defesa dos interesses das minorias) e não apenas de restritos grupos elitistas de *sábios*.

Assim, o universal é uma espécie de aqui/agora virtual da humanidade, em que cada cultura age sobre a outra como um atrator estranho (conceito que vem da Teoria do Caos ou da não-linearidade): religiões, ideologias, saberes e até éticas podem ser colocadas em contato no espaço-tempo da cibercultura, obrigadas a certas polaridades, a desatarem e evitarem o efeito nocivo da omissão; sendo impossível, portanto, esconder-se de uma discussão sobre a ética e os valores, solidariamente com outros grupos éticos e culturais, mesmo cada um com sua semântica própria.

6 Livro: virtualização do pensamento

Disso tudo, surgem problemas como: o fechamento semântico dos grupos restritos, a busca de uma unidade pela razão, reducionismos cartesianos ou reducionis-

mos tecnicistas, fundamentalistas e mesmo ideológicos. Mas, mesmo assim, em alguns casos, o próprio ciberespaço parece ter o remédio ao colocar os mundos e as suas semânticas específicas na rede global, e mostrando-se capaz de desatar esta espécie de *semi-inconsciência do efeito coletivo*, sobretudo quando cria possibilidades novas e criativas dentro de uma diversidade saudável e rica. Na visão de Lévy (1999), o livro já é a virtualização do pensamento. Criamos realidades virtuais a partir dele: as palavras sínteses do nosso pensamento, as frases e as construções lógico-rationais que podem ou não ser aproximações metafóricas da realidade – metáfora porque se trata de uma contínua *atualização* da própria realidade. E o que é o real, portanto? Em Lévy (1999), o oposto do real não é o virtual, mas sim o atual, essa *contínua atualização* e não as imponderáveis virtualidades (latências) existentes. Enfim, o virtual existe e se atualiza, isto é, materializa-se em formas e fôrmas diversificadas e variadas. Pode-se pensar, por exemplo, no próprio dinheiro colocado virtualmente num banco e atualizado no momento em que o retira em algum caixa eletrônico; mas, infelizmente, isto também é válido para mega-investidores que, praticamente, controlam as economias pobres.

Isso implica dizer, de modo global, que Lévy (1999) defende a tese de que a rede impossibilita o monopólio

do saber, pois, mesmo que alimento e seja alimentada pelo desejo de conhecimento do usuário, a rede mundial não é dotada e não pode dotar ninguém de poderes malignos ou diabólicos, ela apenas coloca em evidência e acelera aquilo que os homens têm na mente e na cultura. A maior crítica que pode ser feita ao infofilósofo francês é o raciocínio utilitarista para a rede mundial, mas seria grosseiro reduzir sua teoria à fórmula: a rede de computadores é boa porque é útil. Todavia, não podemos deixar de dar alguma razão àqueles que apontam os problemas que ela representa ou pode representar para o processo de socialização e democratização do acesso aos computadores (no direito a ser *positivado*, por exemplo, o debate está em torno do sempre referido *potencial de dano*). Da mesma forma, com as leis que permitam o direito intelectual na *Web*, trata-se de evitar a enxurrada de bobagens e informações erradas colocadas na rede mundial, sem falar de grupos bélicos e raciais que se organizam através deste rápido e ágil meio de comunicação. Os não-plugados também devem ser lembrados, mas devemos lembrar os modelos concentradores de renda, pois é o processo de exclusão econômica que propicia esta nova modalidade de segregação social.

Os problemas a que nos referimos dizem respeito aos incluídos, aos

conectados. A análise deste novo tipo de vida *on-line* (substituindo a vida atual com o virtual que se atualiza), também indica o grau de miopia intelectual que o excesso de informação é capaz de produzir em algumas pessoas que combatem este moderno meio de comunicação, como já se combateram as máquinas que desempregavam trabalhadores, as calculadoras que iam fazer os meninos esquecer a tabuada⁹. Além disso, e as bobagens da TV?

O importante na teoria de Lévy (1999) é a generosa idéia da pluralidade que a rede mundial possibilita na prática, que nos convida à aceitação de valores e culturas diferentes da nossa. E, então, resta-nos saber o que faremos diante de tamanhas diferenças culturais e dos grandes muros e nós que nos atam. Lévy é um otimista: a própria rede mundial poderá nos ajudar a desatá-los. De forma concreta, porém, nosso maior nó, nesse novo campo teórico que também envolve o direito, está centrado no próprio conceito de direito virtual e, por isso, é para esse desafio que nos dirigimos agora.

7 O Direito como função promocional da pessoa humana

A internet – considerando a troca rápida de informações que proporciona, mesmo diante de diversidades

culturais, políticas, econômicas, sociais e religiosas das pessoas e comunidades – supre a necessidade de busca do bem comum desejada pela sociedade? Qual direito deve regular este fenômeno de ordem mundial?

O diálogo como aprendizado intercultural, entre grupos de pessoas, poderá constituir ambientes virtuais propícios ao pluralismo, condenando o chamado *domínio cultural*, ou seja, situação que pode permitir a uma determinada cultura manipular e transmitir unilateralmente falsos valores em relação a uma circunstância, fato, notícia. É evidente que a liberdade de expressão, intrinsecamente relacionada com a fluidez aberta, imediata e descentralizada do meio de comunicação social que é a Internet, não pode acarretar em uma banalização dos valores humanos em detrimento de pressões políticas, econômicas, ideológicas.

Portanto, o direito, hoje, deve ser visto, também, como um direito que tem uma função promocional da pessoa humana, não sendo tão somente um direito punitivo. Deve se interessar por comportamentos tidos como desejáveis e, por isso, não se circunscreve a proibir, obrigar ou permitir, mas almeja estimular comportamentos, através de medidas diretas ou indiretas.

O direito aplicado, visando a uma função promocional, pode assegurar a jus-

tiça social, distributiva, comutativa e participativa na sociedade, estando-lhe reservada nesta perspectiva uma condição significativa no que diz respeito à realização do bem comum e, especialmente, no exercício pleno da cidadania.

Em síntese, um direito voltado para a proteção e segurança da dignidade da pessoa humana, ajudando na construção de uma sociedade solidária. Acreditamos ser este o direito que deve regular o Direito Virtual – é hora, pois, de resgatarmos os *princípios do direito*, uma vez que o Direito Virtual, *um direito em aberto*, requer acima de tudo o *bom senso*.

8 O que (não) é o Direito Virtual

Assim, na última parte do artigo, procuraremos definir a expressão Direito Virtual em detrimento de outros significados utilizados atualmente e mesmo que sejam tecnicamente até mais específicos, como: direito eletrônico; direito online; *cyberlaw*; direito e telemática; direito e comunicação¹⁰; direito e Internet¹¹; direito digital; direito e cibernética; ou, ainda, direito do ciberespaço.

Não será *direito eletrônico*, porque, diferentemente do virtual, as relações com o eletrônico podem sugerir, inclusive, que se esteja tratando de bingos,

jogos eletrônicos, fliperamas e esta área da legislação dos chamados *jogos de azar* que, na verdade, é um vai e vêm sem fim de liminares, recursos, decisões e revogações que atendem a interesses econômicos estranhos ao interesse geral que buscamos definir (inteligência coletiva, cibercultura, democracia virtual¹²).

Não será *direito on line* porque sugere que devemos estar *on line*, em primeiro lugar, e porque não indica que o direito positivo, monista, possa regular determinadas situações. Sugere ainda que seja criada uma área específica do direito, voltada exclusivamente às particularidades virtuais.¹³

Não será *cyberlaw*¹⁴ porque a expressão também indica a presença marcante da lei, transmite a idéia da necessidade da codificação e esse não é mesmo o caso, visto que o direito costumeiro também é capaz de lidar com o virtual e, talvez, de forma até mais ágil e criativa.¹⁵

Não será *direito e telemática*, no sentido estrito, uma vez que não se restringe à comunicação, e por mais sofisticado que seja o próprio alcance dessa comunicação, quando pensamos, por exemplo, em toda a rede interligada a partir dos satélites, cabos de fibra ótica, a própria Internet, gps e tudo o mais que expresse *envio, recebimento, troca, pro-*

dução e armazenamento de informações, e quer seja de forma livre (Internet), quer seja a comunicação controlada, ponto-a-ponto, como é o caso das TVs (e ainda que sejam interativas).

O direito virtual estaria mais próximo do que se convencionou chamar de direito à comunicação, do que da telemática, de forma ampla, porque ainda poderia sugerir o complexo que resulta da comunicação (e seus meios de expressão) no interior das sociedades de massa, todo o debate acerca da influência da mídia (como regulação de horários para exibição dos filmes), como o próprio debate sobre o direito à comunicação e suas garantias reais e formais (das garantias constitucionais – *Hábeas data* – aos mecanismos, órgãos e instituições de regulação, como o Ministério da Comunicação).

Não será *direito e comunicação*, entretanto, porque ainda é definição restrita, e também porque, de forma crítica, pode-se invocar o próprio acesso à informação e que, aliás, raras vezes se complementa em comunicação aberta e não apenas se locupleta na *comunicação infantilizada das massas*. Isto é, um debate mais cultural do que da ordem de um novo direito.

Não será *direito e Internet*, porque a rede, o ciberespaço é muito maior, amplo, variado ou diversificado do que

a Internet e deve recepcionar essa globalidade, onde ainda se encontram as infinitas redes públicas e particulares, as *intranets* e *extranets* ou mesmo a *freenet* (moldáveis e desenvolvidas em todos os dias – portanto, fugazes, mas em rápido, crescente e em contínuo fluxo de crescimento).

Não será *direito digital* por vários motivos, a começar pela indicação óbvia de que seriam excluídos todos os recursos analógicos, a exemplo de todos os sistemas baseados no *liga x desliga, um e zero* (até mesmo os computadores?), branco ou preto (vide a publicação do racismo) ou certo e errado (como o próprio Estado).

Não será *direito e cibernética* porque também o Estado é baseado em um sistema cibernético, estando relacionado a muitos outros sistemas e fluxos de comunicação (no melhor estilo *in put x out put*), mas também interligado e refletindo meios abertos e não hierarquizados (o próprio ciberespaço). Restrito ao Direito do Estado, por exemplo, essa disciplinarização seria própria do direito constitucional ou administrativo ou é elemento constitutivo da *vontade política* do Estado e, assim, caberia à Teoria Geral do Estado. Ou, então, levar-nos-ia a pensar em *cyborgues* ou *entes maquínicos autônomos* – o que está mais para a ficção do que algo que se verifique em termos de uma possível inteligência artificial.

Não será *direito do ciberespaço*, porque Direito Virtual tanto é direito do ciberespaço, quanto será direito *ao* e *no* ciberespaço. O direito virtual busca trazer essas três dimensões, ou seja, por virtual entende-se o direito que nasce das práticas virtuais (que lhe seja inerente, a exemplo da impossibilidade de retratação pública virtual, para crimes contra a honra) mas também é o direito positivo que possa ser aplicado ao virtual (vide a criminalização do estelionato). Ainda compreende o direito ao ciberespaço, pois que também recobre o direito à informação. O virtual aqui segue a indicação de Lévy, isto é, de potência e possibilidade, não se limitando à expressão do senso comum de que virtual é inerte, não-existente, amorfo, indefinido. Na verdade, direito virtual é todo o direito, dado que *todo o direito não socorre a quem dorme*, exigindo a tomada de posição e de decisão, a iniciativa, quer seja dos indivíduos, quer seja das comunidades (e ainda que sejam reais ou especificamente virtuais – agrupamentos humanos virtuais, como nos *chats*).

Enfim, será direito virtual por uma série de razões e, como visto, algumas mais amplas do que o controle hierárquico dos sistemas restritos (TV Digital, por exemplo, ou a regulação das escutas no sistema de telefonia e a referida *comunicação ponto-a-ponto*), mas

também por razões mais específicas, como: a punição ou não do *spam*¹⁶, da atividade *hacker*, a verificação do princípio da reserva legal *versus* a ocorrência dos fatores de risco e dano, o debate sobre a censura do *meio livre*, sobre o controle econômico dos provedores, de seus protocolos e chaves. Além de que é evidente a quebra da segurança jurídica na Internet, aliás, não se verificando como próprio instituto jurídico (devido processo legal, isonomia, legalidade?) poderia aí se realizar. Nessa linha, também invoca-se a produção, veiculação e comunicação de mensagens políticas antagônicas ao *status quo*, como: a mobilização zapatista, a divulgação das Farc, a expressão dos ciganos na ex-Iugoslávia ou mesmo a publicação de um *site* Talebã.

Aqui, o direito difuso à comunicação também será confuso, pois não se têm definidas as regras, nem os agentes (parceiros ou não) da mesma forma como se caminha cada vez para mais longe do monopólio legal do Estado. A situação típica gerada inclina-se muito mais para o anonimato, auto-organização, auto-governo, mas igualmente pela auto-regulação imposta pelos grupos econômicos hegemônicos: da identificação e localização de IPs à imposição da quebra do sigilo dos e-mails, em todo o mundo, pelo governo americano após o 11 de setembro de 2001¹⁷ –

travestido de legalidade. E aí estamos relacionando direito internacional e vários ramos do direito privado e público (por exemplo, quebra de sigilo e da privacidade) num piscar de olhos, e mesmo tendo sabotado qualquer idéia que ainda restava à pleura de soberania do Estado.

9 Considerações Finais

Por isso, o Direito do Estado que hoje não prioriza o *direito internacional à livre comunicação* (cibercultura, inteligência coletiva) e não sonoriza a crise do desmanche de todas as teorias da soberania estatal é mero reflexo de um conservadorismo que teima em negar (nem se diz contrapor) a realidade vivida no momento presente. Assim, por esse ângulo de abordagem (e embate), percorre-se todo o direito, seus ramos, bem como o ideal de justiça (formal e material: os *sem-tela* exigem o direito ao ciberespaço), mas não se aborda toda a discussão legal, jurídica ou processual, simplesmente porque não condizem ou não conduzem ao direito virtual.

O direito virtual recobre ou tem que ser pensado neste leque que vai do Estado ao *spam*, do direito à comunicação ao *hacker* (predador ou guerrilheiro? Uma realidade política ou jurídica?), da democracia virtual à insuficiência da soberania legislativa (muito mais

morosa, penosa e muito menos abrangente do que o virtual), do direito civil e penal (estelionato e calúnia virtual) ao potencial de dano da rede (expansão de práticas ilícitas, como pedofilia, e geração de formas novas: invasão, apropriação ou destruição de banco de dados), do direito internacional ao debate político amplo (além da ingenuidade, por exemplo, de quem compra maconha em um *site* na Holanda, julgando estar livre de penalizações, porque lá o consumo não é criminalizado).

Hoje, concluindo, pode-se dizer que o *direito virtual é um direito muito mais confuso* (as regras do jogo não estão claras – aliás, elas se fazem e refazem todos os dias, como o *flame*) do que *difuso*, o que se espera para amanhã com a extensão, expansão, difusão ou diversificação de entendimento do que seja o próprio direito à comunicação. É uma das expressões do ciberespaço, recebendo o resguardo legal do Estado (*cyberlaw*), como também é o campo onde pode florescer a ciberética ou *netiqueta*: reaproximando direito (ou princípios do direito) e ética (costumes ou práticas sociais). O direito virtual, por fim, é um ramo do direito que terá de enfrentar (com isenção?) a propagação de vírus causadores de desastres individuais (bilhões de dólares anuais), como terá de lidar com o *ciberterrorismo*, na ótica do direito político e não penal,

que se utiliza dos nossos PCs individuais (*escravizando-os*) a fim de promover violentos atentados à Casa Branca e à Microsoft (a casa-mãe da informática). Como legislar o fato lógico dos vendedores de anti-vírus serem os mais interessados na produção de novos vírus, para incrementar suas vendas?

Notas

¹ Partes do artigo foram publicadas no Jornal Diário. A amarração geral, no entanto, é original e foi desenvolvida com o intuito exclusivo desta publicação na Revista Em Tempo – daí que muitos argumentos não se encontram nas publicações anteriores e relativas.

A partir de reflexões desenvolvidas no NEPI (Núcleo de Estudos, Pesquisas, Integração e de Práticas Interativas), um grupo de estudo e pesquisa interdisciplinar, o artigo apresenta uma reflexão entre direito, cultura, ética e virtual, em níveis ou fases diferentes, mas que se relacionam entre si.

² Tanto é assim que, a própria Internet é entendida como o meio, recurso ou instrumento que acelera a objetivação do virtual.

³ Há um esquema desta discussão à página 145 do livro *O que é virtual?*, de Lévy.

⁴ Ainda podemos retroagir às *pinturas rupestres*.

⁵ Aqui, a mensagem é o meio, isto é, o meio é todo ele formado e forrado pela mensagem.

⁶ O Tao tē King já trazia a estonteante revelação de que o virtual conforma o real, pois basta lembrarmos que o significado do jarro está no vazio (na ausência, no não-preenchimento) e não nas bordas de barro (a existência, o *preenchimento concreto*).

⁷ Historicamente, no longo processo de desenvolvimento cognitivo e técnico das sociedades humanas, o marco dessa afirmação se dá no chamado Período Neolítico.

⁸ Na guerra do Iraque, os mísseis mais poderosos são guiados por satélite: a *guerra high tech*.

⁹ Lembremo-nos dos neoluditas e do próprio Unabomber. Além de críticos como J. Baudrillard ou Ernesto Sábaro.

¹⁰ Veremos adiante que se requer um *direito internacional de livre comunicação*.

¹¹ Em espanhol diz-se, ainda, *derecho informático*.

¹² Sobre a questão específica da democracia virtual, pode-se acessar site com proposta teórica e prática, e que seja ele próprio interativo, como: <http://demo.meex.com.br>.

¹³ Instituto Online para Direito e Informática. Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima, 2002. Disponível em: <<http://home.earthlink.net/~lcgems>>.

¹⁴ Em oposição conjunta ao *civil law* e ao *common law*.

¹⁵ Ciber Juris. Direito Informático e Seguridade Digital. Disponível em: <<http://www.ciberjuris.com.br/cyber.htm>>.

¹⁶ Este termo SPAM tem origem na cena de um programa de série inglesa de comédia Monty Python, onde alguns Vikings desajeitados, num bar, pediram repetida e exageradamente o termo SPAM, uma marca de um presunto enlatado americano.

¹⁷ Em 11 de setembro de 2001 os Estados Unidos da América sofreram um ataque terrorista calamitoso no centro do poder político e econômico. Várias foram, e continuam surgindo, as leituras sobre os acontecimentos, porém o ponto comum entre elas está na forma como vinha sendo conduzido o processo de globalização, valorizando mais o econômico. Tudo indica que deveria ocorrer uma flexibilização maior no processo de globalização para alcançar também as áreas da política, do social e do cultural.

Referências bibliográficas

GATES, B. Spam: Perdendo tempo na Internet. *Folha de São Paulo*, 8 abr. 1998. Caderno 5, p.2.

GIBSON, William. *Neuromante* (Neuromancer). Tradução de José Arconada Rodríguez y Javier Ferreira Ramos, México: Minotauro, 1983.

HAWKING, S. W. *Uma Breve História do Tempo: do Big Bang aos Buracos Negros*. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

LÉVY, P. *As Tecnologias da Inteligência: o Futuro do Pensamento na Era da Informática*. Rio de Janeiro: 34, 1993.

_____. Os perigos da "máquina universo". In: PESSIS-PASTERNAK, G. *Do caos à inteligência artificial: quando os cientistas se interrogam*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993.

_____. *O que é o virtual?* São Paulo: 34, 1996.

_____. O digital e a inteligência coletiva. *Folha de São Paulo*, 06 jul. 1997. Caderno 5, p. 3.

_____. O inexistente impacto da tecnologia. *Folha de São Paulo*, 17 ago. 1997. Caderno 5, p.3.

_____. Todos dizem "eu estou aqui". *Folha de São Paulo*, 21 set. 1997. Caderno 5, p.3.

_____. *A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. São Paulo: Loyola, 1998.

_____. A reencarnação do saber: o ciberespaço não é um mundo frio, mas o lugar de uma fervilhante população. *Folha de São Paulo*, 22 fev. 1998. Caderno 5, p.3.

_____. Um sistema auto-regulador: a internet tem sido capaz de criar mecanismos próprios de controle das informações. *Folha de São Paulo*, 12 abr. 1998. Caderno 5, p.3.

SÁBATO, E. *Homens e Engrenagens: Reflexões Sobre o Dinheiro, a Razão e a Derrocada de Nosso Tempo*. Campinas/SP: Papirus, 1993.

VIRILIO, P. *O Espaço Crítico*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

_____. *Velocidade e Política*. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

WIENER, Norbert. *CYBERNETICS: or Control and Communication in the Animal and the Machine*. Cambridge: MIT Press, 1948, 1961.

_____. *Cibernética e Sociedade: o Uso Humano de Seres Humanos*. São Paulo: Cultrix, 1993.

A responsabilidade civil do bibliotecário

Maria Valéria Bertachini do Nascimento Gonçalves*

Bárbara Fadel**

Raquel Rosan Christino Gitahy***

Resumo

A responsabilidade civil do profissional bibliotecário é ainda hoje pouco discutida no meio acadêmico. O assunto é de grande relevância devido ao importante impacto da informação que se constitui, atualmente, num produto indispensável para o progresso. A informação passou a ser um instrumento, uma ferramenta de grande importância, pois a pessoa que detém a informação goza de uma posição de destaque perante as demais pessoas.

Buscando ser uma fonte de pesquisa, este trabalho tem como objetivo alertar o profissional bibliotecário quanto à sua responsabilidade civil a fim de que tome consciência de seu papel na sociedade. Para isto, chegamos a pontuar condutas do seu dia-a-dia com uma repercussão violenta se examinarmos as suas consequências, pois elas podem acarretar danos ao usuário.

Palavras-chave

Responsabilidade civil. Bibliotecário.

THE CIVIL LIABILITY OF THE PROFESSIONAL LIBRARIAN

Abstract

The civil liability of the professional librarian still is today little argued in the half academic. The subject is of great relevance due to the important impact of the information that it constitutes, currently, in an indispensable product for the progress. The information started

* Bibliotecária, aluna do Curso de Direito do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília.

** Professora do mestrado em Ciências da Informação da Unesp, campus de Marília

*** Professora do Curso de Direito do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília–, doutora em educação pela Unesp, professora do mestrado em Educação da UNOESTE

⁹ Lembremo-nos dos neoluditas e do próprio Unabomber. Além de críticos como J. Baudrillard ou Ernesto Sábaro.

¹⁰ Veremos adiante que se requer um *direito internacional de livre comunicação*:

¹¹ Em espanhol diz-se, ainda, *derecho informático*.

¹² Sobre a questão específica da democracia virtual, pode-se acessar site com proposta teórica e prática, e que seja ele próprio interativo, como: <http://demo.meex.com.br>.

¹³ Instituto Online para Direito e Informática. Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima, 2002. Disponível em: <<http://home.earthlink.net/~lcgems>>.

¹⁴ Em oposição conjunta ao *civil law* e ao *common law*.

¹⁵ Ciber Juris. Direito Informático e Seguridade Digital. Disponível em: <<http://www.ciberjuris.com.br/cyber.htm>>.

¹⁶ Este termo SPAM tem origem na cena de um programa de série inglesa de comédia Monty Python, onde alguns Vikings desajeitados, num bar, pediram repetida e exageradamente o termo SPAM, uma marca de um presunto enlatado americano.

¹⁷ Em 11 de setembro de 2001 os Estados Unidos da América sofreram um ataque terrorista calamitoso no centro do poder político e econômico. Várias foram, e continuam surgindo, as leituras sobre os acontecimentos, porém o ponto comum entre elas está na forma como vinha sendo conduzido o processo de globalização, valorizando mais o econômico. Tudo indica que deveria ocorrer uma flexibilização maior no processo de globalização para alcançar também as áreas da política, do social e do cultural.

Referências bibliográficas

GATES, B. Spam: Perdendo tempo na Internet. *Folha de São Paulo*, 8 abr. 1998. Caderno 5, p.2.

GIBSON, William. *Neuromante* (Neuromancer). Tradução de José Arconada Rodríguez y Javier Ferreira Ramos, México: Minotauro, 1983.

HAWKING, S. W. *Uma Breve História do Tempo: do Big Bang aos Buracos Negros*. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

LÉVY, P. *As Tecnologias da Inteligência: o Futuro do Pensamento na Era da Informática*. Rio de Janeiro: 34, 1993.

_____. Os perigos da "máquina universo". In: PESSIS-PASTERNAK, G. *Do caos à inteligência artificial: quando os cientistas se interrogam*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993.

_____. *O que é o virtual?* São Paulo: 34, 1996.

_____. O digital e a inteligência coletiva. *Folha de São Paulo*, 06 jul. 1997. Caderno 5, p. 3.

_____. O inexistente impacto da tecnologia. *Folha de São Paulo*, 17 ago. 1997. Caderno 5, p.3.

_____. Todos dizem "eu estou aqui". *Folha de São Paulo*, 21 set. 1997. Caderno 5, p.3.

_____. *A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. São Paulo: Loyola, 1998.

_____. A reencarnação do saber: o ciberespaço não é um mundo frio, mas o lugar de uma fervilhante população. *Folha de São Paulo*, 22 fev. 1998. Caderno 5, p.3.

_____. Um sistema auto-regulador: a internet tem sido capaz de criar mecanismos próprios de controle das informações. *Folha de São Paulo*, 12 abr. 1998. Caderno 5, p.3.

SÁBATO, E. *Homens e Engrenagens: Reflexões Sobre o Dinheiro, a Razão e a Derrocada de Nosso Tempo*. Campinas/SP: Papirus, 1993.

VIRILIO, P. *O Espaço Crítico*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

_____. *Velocidade e Política*. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

WIENER, Norbert. *CYBERNETICS: or Control and Communication in the Animal and the Machine*. Cambridge: MIT Press, 1948, 1961.

_____. *Cibernética e Sociedade: o Uso Humano de Seres Humanos*. São Paulo: Cultrix, 1993.

A responsabilidade civil do bibliotecário

Maria Valéria Bertachini do Nascimento Gonçalves*

Bárbara Fadel**

Raquel Rosan Christino Gitahy***

Resumo

A responsabilidade civil do profissional bibliotecário é ainda hoje pouco discutida no meio acadêmico. O assunto é de grande relevância devido ao importante impacto da informação que se constitui, atualmente, num produto indispensável para o progresso. A informação passou a ser um instrumento, uma ferramenta de grande importância, pois a pessoa que detém a informação goza de uma posição de destaque perante as demais pessoas.

Buscando ser uma fonte de pesquisa, este trabalho tem como objetivo alertar o profissional bibliotecário quanto à sua responsabilidade civil a fim de que tome consciência de seu papel na sociedade. Para isto, chegamos a pontuar condutas do seu dia-a-dia com uma repercussão violenta se examinarmos as suas consequências, pois elas podem acarretar danos ao usuário.

Palavras-chave

Responsabilidade civil. Bibliotecário.

THE CIVIL LIABILITY OF THE PROFESSIONAL LIBRARIAN

Abstract

The civil liability of the professional librarian still is today little argued in the half academic. The subject is of great relevance due to the important impact of the information that it constitutes, currently, in an indispensable product for the progress. The information started

* Bibliotecária, aluna do Curso de Direito do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília.

** Professora do mestrado em Ciências da Informação da Unesp, campus de Marília

*** Professora do Curso de Direito do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília –, doutora em educação pela Unesp, professora do mestrado em Educação da UNOESTE

to be an instrument, a tool of great importance, therefore, the person whom the information withholds enjoys of a prominence position before the too much people. Searching to be a research source, this work has as objective to alert the professional librarian how much to its civil liability so that it takes conscience of its paper in the society. For this, we arrive to day-by-day pontuar behaviors of its with a violent repercussion if we will examine its consequences, therefore the same ones can cause damages to the user.

Keywords

Civil liability. Librarian.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL BIBLIOTECARIO

Resumen

La responsabilidad civil del profesional bibliotecario es todavía poco discutida en el medio académico. El asunto es de gran relevancia debido al importante impacto de la información que se constituye, actualmente, en producto indispensable para el progreso. La información se convirtió en una herramienta muy importante, pues la persona que detiene la información suele gozar de una posición de relieve ante las demás personas. Como obra de consulta, este trabajo tiene como objetivo alertar al profesional bibliotecario en cuanto a la responsabilidad civil, a fin de que tome conciencia de su papel en la sociedad. Para ello, llegamos a puntuar conductas de su cotidiano con una repercusión violenta si examinamos sus consecuencias, pues ellas pueden acarrear daños al usuario.

Palabras clave

Responsabilidad civil. Bibliotecario.

Introdução

A preocupação com o profissional bibliotecário deve ser vista de uma forma holística. Hoje se necessita buscar um aprimoramento constante para que se possa chegar a um profissional de excelência, consciente de seus direitos e obrigações e não apenas um prestador de tarefas aos olhos do empregador. A consciência dos seus direitos e deveres, diante da comunidade

como um todo, deve transparecer na sua postura profissional.

Hoje, com o fluxo informacional intenso, as organizações precisam dos bibliotecários para que possam desenvolver-se, progredir e competir no mundo globalizado, oferecendo aos seus gestores inúmeras oportunidades para quem detiver a informação, sinônimo de poder.

A informação é matéria prima de crescente importância na economia pós-in-

dustrial. O fluxo de informação e seu gerenciamento estão se tornando fatores estratégicos, isto porque a agregação de valor nas atividades econômicas se deslocou progressivamente do processo industrial para o organizacional (MAURY, 1993, p.106).

A informação como um produto precisa ser tratada e o bibliotecário, pela sua formação acadêmica, é o profissional apto para isso, uma vez que detém a técnica necessária para obter um maior aproveitamento desse produto pelo seu usuário.

Atualmente quando se questionam as novas tecnologias da informação, várias designações referenciam o profissional que lida com a informação; ora fala-se em cientista da informação, ora em o profissional da informação, porém se pergunta: Quem é o cientista da informação? Quem é o profissional da informação? Podemos responder estas questões simplesmente dizendo que o profissional que trabalha com a informação e que dá a ela um tratamento adequado para que possa chegar ao seu destinatário – usuário/cliente – de uma maneira rápida, econômica e eficiente, e que tem essa formação, é o profissional bibliotecário.

Quando se fala das atividades do profissional bibliotecário nos dias de hoje, é preciso ter bem claro que as atividades de catalogar, classificar, indexar,

organizar, administrar, armazenar e disseminar a informação continuam ainda marcantes. Todavia, é preciso estar atento para que estas atividades estejam afinadas com o mercado que não quer somente quantidade, mas visa, principalmente, a qualidade, a eficiência, a excelência de seus produtos e serviços.

A qualidade total é uma meta que se está buscando com o objetivo de promover o desenvolvimento sócio-político-técnico-econômico das nações, visando não apenas a aumentar a competitividade de produtos e serviços, como também, fundamentalmente, a melhoria da qualidade de vida (PINTO, 1993, p.135).

Além das atividades, mencionadas acima, o profissional deve estar apto para dispor e operar as novas tecnologias da informação, entre elas, ter familiaridade com a informática, usar as ferramentas de busca na rede, ter conhecimento em outros idiomas, e amplo conhecimento cultural, sendo estes os mais requisitados.

Há uma preocupação muito grande por parte dos educadores dos cursos de biblioteconomia, em direcionar os futuros profissionais, não só com conteúdo técnico, mas também com uma visão mais abrangente quanto às tecnologias e como cidadão, conforme salienta Guimarães (1994, p.7):

[...] no sentido de, mais do que formar um profissional devidamente aparelhado com as técnicas que esse mercado exige [...], propiciar a formação de um profissional cidadão de espírito inovador, crítico e reflexivo, sensível às mudanças científicas e tecnológicas, preocupado com a investigação constante e fazendo de sua atividade profissional o cartão de visitas para a valorização de sua classe.

Para desenvolver as suas atividades, o profissional deve pautar sua conduta não somente pelos efeitos coercitivos impostos pelo ordenamento jurídico vigente nas resoluções de sua profissão, mas sim pelos valores éticos, como integridade moral, honestidade e respeito mútuo.

Segundo Dias (1994, p.2), “a responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social”. Para falarmos propriamente na responsabilidade civil do bibliotecário e suas consequências temos que transportar o bibliotecário do seu campo de atuação para a sociedade, como cidadão que está inserido no todo e que tem como norma de conduta o ordenamento jurídico vigente, que disciplina as regras de conduta na esfera civil. Neste contexto, a Lei n. 10.406, de janeiro de 2002, dispõe no seu Art. 1º, Capítulo 1 – Da responsabilidade e da capacidade – “que toda a pessoa é capaz de direitos e de-

veres na ordem civil” (BRASIL. Código Civil, 2002).

O referido Código Civil, prevê no seu Art. 186 que:

aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Já no Art. 187, destaca que:

também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Desta forma, esta pesquisa pretende se apoiar neste enunciado, abordando a responsabilidade da pessoa civil, o cidadão profissional *bibliotecário* no contexto da responsabilidade civil, que é definida como a obrigação de uma pessoa em reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio ou fato de pessoas ou coisas que dela dependam.

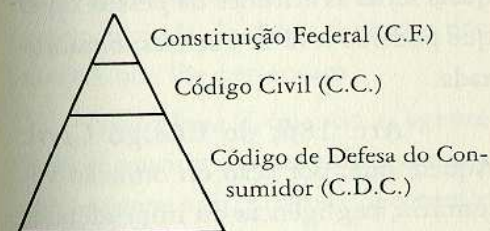
O problema em foco é o de saber se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou. Se a resposta for afirmativa, cumpre indagar em que condições e de que maneira será tal prejuízo reparado. Esse é o campo que a teoria da responsabilidade civil procura cobrir. A formação da consciência do profissional bibliotecário em

relação aos riscos que está correndo por disseminar uma informação errada, imprecisa, ultrapassada, ou até mesmo em sendo omissa, é o objetivo deste trabalho.

A Responsabilidade Civil do Profissional Bibliotecário

O profissional bibliotecário tem deveres e obrigações para com seus usuários, considerando não só o Código de Ética Profissional do Bibliotecário, que ele *jura*, mas principalmente um dever maior, um dever como cidadão.

A figura da pirâmide usada abaixo é apenas para uma demonstração didática, no intuito de exemplificar as normas que iremos abordar em um grau de hierarquia.



Lei 4.084/62 – Profissional Bibliotecário
Lei 9.674/98 – Profissional Bibliotecário
Código de Ética do Profissional Bibliotecário (CEPB)

No topo está a Constituição Federal Brasileira de 1988. A Carta Magna é a Lei mais importante de um país,

portanto, nada poderá ir contra os seus preceitos constitucionais. As leis abaixo dela terão obrigatoriamente de segui-la nos seus princípios fundamentais. A Carta Magna apresenta em seu art. 5º, inciso XIV, uma das garantias fundamentais do ser humano, que é o acesso à informação. Esse artigo assevera que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

É lógico que não podemos nos pautar apenas na Constituição Federal para enquadrar responsabilidade a quem quer que seja. Simplesmente estamos dizendo que o profissional bibliotecário não poderá esquecer que ele faz parte de um conjunto maior, estando inserido, dentro do ordenamento jurídico, no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, como também na sua legislação específica, ou seja, na Lei 9.674/98 e no Código de Ética Profissional do Bibliotecário (CEPB) – (Resolução do CFB n.42/01).

Desta forma, o bibliotecário, por força de sua especialidade, já adquire sua primeira obrigação perante a Lei Maior, que é a de fornecer aos seus usuários, seja ele quem for, sem nenhuma discriminação, a informação solicitada. E segundo o art. 5º, inc. XIV, que vem ao encontro do preceito do CEPB em seu art. 2º, alínea “e” deverá “contri-

buir, como cidadão e como profissional, para o incessante desenvolvimento da sociedade e dos princípios legais que regem o país”.

Desta forma, iremos demonstrar a responsabilidade civil diante das normas apontadas no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor e, ao final de cada comentário, pinçar aspectos da norma específica do profissional bibliotecário para designar sua responsabilidade civil.

O Código Civil aborda a responsabilidade das pessoas, já preceituando em seu Capítulo I – *Da responsabilidade e da capacidade*, onde em seu Art. 1º diz que “Toda a pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

De maneira geral o preceito acima citado diz que toda a pessoa é capaz de direitos e deveres, porém devemos entender, estudando os artigos seguintes, que as pessoas capazes para exercerem pessoalmente os atos da vida civil são aquelas maiores de dezoito anos, conforme o artigo 5º, do Código Civil que preceitua que “a menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”.

Então podemos entender ainda que, para que a pessoa seja responsabilizada pelos seus atos na vida civil, além da maioridade, ela deve também, con-

forme os artigos seguintes, não possuir nenhuma enfermidade ou deficiência mental, não ser ébrio habitual ou viciado em tóxicos. Daí retiramos o primeiro requisito para que uma pessoa possa ser responsabilizada pelos seus atos na vida civil. Quanto ao profissional bibliotecário, enquanto cidadão ele se enquadra nos itens acima e, enquanto profissional, o primeiro requisito para apurarmos a sua responsabilidade está na Lei n. 9.674/98, que dispõe sobre a capacidade do profissional bibliotecário, que somente poderão exercer a profissão os portadores de diploma de Bacharel em Biblioteconomia, inscritos nos quadros do Conselho Regional da respectiva jurisdição.

Já no Título III – *Dos atos ilícitos*, o Código Civil irá nos demonstrar quais serão as atitudes da pessoa capaz que poderão levá-la a ser responsabilizada.

“Art. 186, do Código Civil: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

No art. 186, do Código Civil, no início da sua disposição iremos notar a presença dos termos *aquele que*, colocado propositalmente, porque o legislador deixou bem amplo, não se dirigin-

do a pessoa capaz, visto anteriormente, isto porque as pessoas absolutamente incapazes (art. 3º, do Código Civil), e as pessoas relativamente incapazes (art. 4º, do Código Civil), serão cobradas através de seus tutores e curadores que são seus representantes legais, isso quer dizer que ninguém ficará impune quando cometer um dano a outrem. O bibliotecário só será capaz para exercer sua atividade se estiver inscrito/registrado no Conselho Regional de Biblioteconomia e, para tanto, é preciso ter capacidade civil.

Por ação ou omissão voluntária entendemos que será voluntário o ato que depende da vontade; é a ação humana propriamente dita. A pessoa quer ou não fazer alguma coisa. A responsabilidade pode derivar de ato próprio, ou de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por animais que lhe pertençam.

Negligência é quando o agente deixa de praticar ato necessário, não age como deveria agir, a culpa é decorrente de abstenção.

Imprudência é quando a pessoa ultrapassa os limites estabelecidos pela norma.

O Bibliotecário deverá pautar a sua conduta no art. 2º, alínea “c”, do Código de ética profissional do Bibliotecário, respeitando e agindo conforme

as normas regidas para seu desempenho. *Negligência e Imprudência*, estas são ações que qualquer profissional poderá cometer em suas atividades laborativas: entretanto o que muitos desconhecem é seu tratamento e as suas implicações no mundo jurídico, levando muitas vezes à descrença em certas profissões. Em vista disto, é bom ficar atento para não cometermos esses erros.

Violar direito e causar dano: trata-se aqui quando o bibliotecário praticar alguma atividade própria de sua profissão, como a pesquisa em bases de dados para fornecer informações aos usuários, deixando de fazê-la de forma adequada e prudente e por isso poderá acarretar um dano que pode ser material/patrimonial ou moral.

Exemplificando: quando o bibliotecário em sua plena atividade profissional falta com o sigilo próprio de sua atividade, que poderá ser de ordem institucional, quanto de algum tipo de sigilo, contido em documentos da empresa, que não poderá ser divulgado para o público em geral, ou ainda quando o sigilo advém de fatores pessoais, como por exemplo, um “doador” que não quer que seu nome seja revelado.

Ato ilícito: ilícito é tudo aquilo juridicamente proibido, ou seja, todo ato proibido por lei. O Código Civil, no Art. 187, ressalta que:

Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

No art. 187, do Código Civil, o legislador deixa claro que também cometerá ato ilícito aquele que for titular de um direito que, ao exercê-lo, excede de maneira voluntária, mesmo que seja pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O art. 39, inc. II, da Lei 9.674/98, acentua que constitui ato ilícito “praticar, no exercício profissional, ato que a lei defina como crime ou contravenção penal”. Então, analisando o artigo, fica nítido que o profissional bibliotecário tem o dever de conhecer a legislação específica da área, conforme o art. 3º, alínea “g”, do Código de ética profissional do Bibliotecário, “conhecer a legislação que rege o exercício profissional da Biblioteconomia, assim como as suas alterações, quando ocorrerem, cumprindo-a corretamente e colaborando para o seu aperfeiçoamento”, como também conhecer as legislações que regem o país. Ele não poderá alegar desconhecimento para ficar impune na órbita civil, tanto porque na alínea “k” do art. 3º, do Código de Ética profissional do profissional bibliotecário, fica clara a sua responsabilidade civil ao definir:

prestar serviços assumindo responsabilidades pelas informações fornecidas, de acordo com os preceitos do Código Civil e do Código do Consumidor vigentes”.

Então o bibliotecário deverá se posicionar desde o começo de sua carreira, tomando conhecimento das normas que irão assegurar-lhe direitos, como também ficar alerta quanto as suas obrigações no âmbito civil e profissional, não podendo depois alegar desconhecimento de seus direitos e obrigações, pois como bibliotecário saberá onde encontrar as informações necessárias para o seu desenvolvimento e desempenho como cidadão.

Passamos para o Título IX – *Da responsabilidade civil*, do Código Civil, em seu Capítulo I – *Da obrigação de indenizar*. Esse capítulo possui 17 artigos, dentre os quais abordaremos três deles nesta pesquisa. (arts. 927, 931 e 932)

Art. 927, do Código Civil. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

No art. 927, do Código Civil, o legislador completa os artigos 186 e 187,

pois cita a obrigação de reparar o dano causado. Em seu parágrafo único ele diz que, “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa”, aqui se aplica a responsabilidade objetiva, ou seja, o que se leva em conta é o dano e não a culpa, na responsabilidade objetiva do *patrão* não é exigida a prova de culpa, basta à relação de causalidade entre a ação e o dano.

Na segunda parte do parágrafo único “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”, pontua-se as atividades profissionais do bibliotecário, que poderão implicar risco a direitos de seus usuários, pois os usuários também têm direitos perante o Código de Ética, que são: ser bem atendido pelo profissional que deverá aplicar zelo e recursos para a prestação do serviço. Ser tratado com respeito e urbanidade.

O Código de Ética nos deixa claro, quais são as atividades do Bibliotecário e como ele deverá agir com seu usuário, para que ocorra uma harmonia do seu serviço. No art. 7º, do Código de ética do bibliotecário, alíneas “a”, “b” e “c”, são descritas atividades exercidas pelo profissional bibliotecário em relação aos seus usuários.

Alínea “a”: O Bibliotecário deve, em relação aos usuários e clientes “apli-

car todo zelo e recursos ao seu alcance no atendimento ao público, não se recusando a prestar assistência profissional, salvo por relevante motivo”. Podemos aqui citar o caso de *negligência* onde o Bibliotecário se recusa a prestar um serviço, ou seja, negar uma informação por não gostar do usuário, ou ainda não depender de apoio técnico na solução de um problema do cliente deixando-o sem resolvê-lo, sequer orientando-o na busca de soluções.

É certo também que às vezes o bibliotecário não tem essa liberdade de fornecer qualquer informação ao usuário; ele também terá que obedecer às regras da instituição em que estiver trabalhando. Isso porque, em determinadas instituições, por motivos políticos e religiosos, é vetado o acesso de seus usuários a certos temas, mas é dever do bibliotecário informar por que o usuário não poderá acessar aquela informação ali, e orientar, se souber, onde ele poderá encontrar o que está procurando. Porém, para as informações disponíveis, terá ele a obrigação de repassá-las, podendo, se não o fizer, ir contra um preceito constitucional.

Alínea “b”: O Bibliotecário deve “tratar os usuários e clientes com respeito e urbanidade”. Aqui o importante é a relação entre o Bibliotecário e o Usuário, quando não deverá acontecer um tratamento movido com descaso,

humilhando o usuário, com arrogância, ao pensar que o guardador do saber e que o outro não é nada. Isto não é só para o bibliotecário; vale para outras atividades ou profissões, pois o usuário tem o direito de ser atendido com respeito onde quer que ele se encontre, seja numa loja de departamentos, seja numa Unidade de Informação.

Alínea "c": O Bibliotecário deve, em relação aos usuários e clientes "orientar a técnica da pesquisa e a normalização do trabalho intelectual de acordo com suas competências". Nesta alínea o Bibliotecário deverá orientar o usuário com sabedoria. O bibliotecário é um profissional que detém técnicas específicas para fornecer ao seu usuário com segurança o que ele procura. Quando o usuário o procura para obter orientações sobre a normalização de referências bibliográficas de seu trabalho científico, por exemplo, o bibliotecário deverá fornecer-lhes, orientando-o e acompanhando-o na correção das referências, podendo até corrigi-las *de forma a prestar serviço*. O bibliotecário poderá ensiná-lo a fazer a referência ou simplesmente fazê-la para seu usuário. O que o bibliotecário não pode é deixar de prestar este tipo de serviço, pois faz parte dos seus afazeres como profissional. É certo lembrar que não são todos os bibliotecários que gostam deste tipo de serviço, porém deverá no míni-

mo orientá-lo sobre as normas atuais, e indicá-lo a outro profissional.

Art. 931, do Código Civil:

Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

Podemos interpretar o art. 931, do Código Civil, com o entendimento de que as pessoas acima citadas, respondem objetivamente. A empresa poderá neste caso oferecer serviços de levantamento bibliográfico ou correção de referências bibliográficas, de normalização em trabalhos científicos, entre outros. Aqui podemos fazer uma analogia que esses serviços são os produtos postos em circulação pela empresa. Não importa quem cometeu o erro causando dano a um terceiro, o empresário, que no caso é o bibliotecário, responderá pelo erro de seu funcionário, não importando se ele agiu com dolo ou culpa, quem responderá objetivamente é o empresário-bibliotecário, pois, ao contratar o funcionário, correu o risco. Vale lembrar que o empregador, no caso o bibliotecário-gestor, quando ao contratar algum funcionário, deverá ter muito cuidado na escolha, pois quem será o responsável pelo funcionário será ele próprio, desta forma correndo o risco de cometer alguma falta.

Neste caso o terceiro prejudicado poderá requerer judicialmente a indenização demonstrando apenas o dano obtido. O empresário-bibliotecário, por sua vez, poderá entrar com uma ação de regresso contra o empregado causador do dano, porém este terá que provar o dolo ou culpa do agente causador do dano.

Art. 932 do Código Civil:

São também responsáveis pela reparação civil:

[...] III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; [...]

O referido art. 932, do Código Civil, inciso III, deixa claro que o empregador é responsável pela reparação civil, objetivamente, de seus empregados, servidores, criados, serventes, representantes e funcionários, estes a serviço da empresa, independentemente de culpa. O empregador é o responsável pelos seus empregados, assim como o pai é o responsável pelo seu filho menor. A empresa neste caso assume o risco, pois é ela quem obtém o lucro. Sendo o empregador responsável pelos seus funcionários, e respondendo objetivamente pelos prejuízos causados por eles, quando ao ingressar com uma ação de indenização de perdas e danos, por um dano sofrido, é bem mais fácil pleitear

a responsabilidade do patrão do que do empregado. Vejamos as vantagens.

Para pleitear uma indenização do empregado, terá que provar que ele agiu com dolo ou culpa, ocasionando um dano, pois teremos aqui a responsabilidade civil subjetiva e como se pretende uma indenização pecuniária, ou seja, em dinheiro, nem sempre o empregado terá bens suficientes para assegurar o pagamento, os bens ou patrimônio do empregador é que irão garantir o recebimento da indenização.

Entretanto, se pleitear uma indenização do empregador, a primeira vantagem é que não precisa provar a culpa do empregador, pois ele responderá objetivamente por prejuízos causados pelos seus funcionários; a segunda vantagem seria a presunção de que a empresa tenha patrimônio suficiente para garantir o pagamento da indenização.

No art. 3º, alínea "k", do Código de ética do profissional bibliotecário, é clara a responsabilidade do bibliotecário, pois assumindo posições, seja como um profissional liberal (pessoa física), seja como um empreendedor (pessoa jurídica), ele poderá assumir tanto a responsabilidade subjetiva, como a objetiva, dependendo da situação. Vejamos:

Assume responsabilidade civil subjetiva, quando ele, no exercício de suas

atividades, vier a ocasionar um dano ao usuário, *agindo com dolo ou culpa*.

Ex.: um usuário (advogado), em uma Unidade de Informação Jurídica, ou seja, especializada. Diante do Bibliotecário pede que lhe forneça uma legislação X; ao entregar aquela Lei ao usuário, este lhe indaga sobre o ano da Lei e pergunta se é aquela lei que está em vigor, se não existe uma outra mais recente. Com pouco caso e desdém o Bibliotecário diz que é aquela Lei é que está em vigor, não tendo outra que a revogue. Entretanto, sabemos que o bibliotecário trabalha com tecnologias da informação, portanto, tem acesso às bases de dados, a *sites* que possibilitariam verificar aquela informação. Conhecendo os recursos disponíveis para garantir a informação segura ao usuário, ele, enquanto profissional, se omite. Na seqüência verifica que há sim uma lei que revogou aquela e que o seu teor foi substancialmente modificado, porém não se abala e não comunica o caso ao usuário, mesmo sendo conhecido ou por fazer parte da Associação dos Advogados, ou por ser cliente da Unidade de Informação. Então, diante do exposto, este Bibliotecário agiu com negligência em seu trabalho, não se interessando pela busca da informação e nem com o usuário, sendo depois omissos, por não ter disseminado aquela informação atualizada, enfim deixando passar.

Por outro lado o advogado, diante daquele material que lhe forá entregue, estuda-o de forma minuciosa, para elaborar a tese na defesa de seu cliente, porém em audiência o advogado é surpreendido pelo juiz e seu colega que o argumento usado não condiz com a norma vigente e acaba por complicar a vida de seu cliente e a sua própria reputação, pois, se houvesse estudado a legislação vigente, não estaria passando por aquele constrangimento frente ao seu cliente e ao juiz, demonstrando para eles sua incompetência. O cliente do advogado poderá entrar com uma ação de reparação de danos tendo como fato o desconhecimento do advogado da legislação, instrumento esse de seu labor; há aqui a responsabilidade civil do advogado por desconhecer a lei em vigor.

Diante do exposto, temos um direito violado que é o acesso à informação, temos o causador do dano, que foi omissos, negligentes, não agindo de forma correta com seu cliente e nem com a instituição na qual trabalha. Pergunta-se:

O bibliotecário deveria ser punido pelo seu mau atendimento ao usuário da Unidade de Informação?

Responderia ele pela responsabilidade civil?

Como o autor da ação, no caso o advogado, poderia ser indenizado? Qual o tipo de ação que ele poderia usar para

ser recompensado o seu prejuízo? Que provas ele precisaria alegar para ver cumpridos seus direitos?

Respondendo as questões:

Na primeira questão o bibliotecário infringiu vários artigos do Código de Ética, a título de exemplo, podemos citar:

Art. 2º – Os deveres do profissional de Biblioteconomia compreendem, além do exercício de suas atividades: “a” – dignificar, através dos seus atos, a profissão, tendo em vista a elevação moral, ética e profissional da classe.

Art. 3º – Cumprir ao profissional de Biblioteconomia:

“b” – exercer a profissão aplicando todo zelo, capacidade e honestidade no seu exercício.

Art. 7º – O Bibliotecário deve, em relação aos usuários e clientes, observar as seguintes condutas:

“a” – aplicar todo zelo e recursos ao seu alcance no atendimento ao público, não se recusando a prestar assistência profissional, salvo por relevante motivo.

“b” – tratar os usuários e clientes com respeito e urbanidade.

No caso hipotético, o advogado teria, ainda, duas alternativas para propor a ação, tendo como fundamento a reparação do dano:

1ª) Poderia entrar com ação de indenização por perdas e danos contra o bi-

bliotecário, mas, tendo que provar a culpa, seria uma lide muito demorada e poderia ao final não corresponder ao almejado, pois se tornaria difícil provar a culpa. Aqui o bibliotecário responderia por responsabilidade civil subjetiva, tendo como fundamento legal o art. 186, do Código Civil.

2ª) Ação de perdas e danos contra a Unidade de Informação, pois já vimos que o empregador é responsabilizado objetivamente, ou seja, há a teoria do risco. Não precisará o advogado provar a culpa da Unidade de Informação; precisará somente provar a relação entre a omissão e o dano, todavia terá que fazer prova que o empregado, no caso o bibliotecário, agiu conforme o art. 186, do Código Civil, ou seja, sendo omissos, negligentes ou imprudentes, violando assim um direito e causando o dano a outrem; precisará comprovar o vínculo do funcionário com a Unidade de Informação que naquele momento era responsável pelo serviço prestado, e que ele estava exercendo sua atividade sob as suas ordens. Isto pode gerar uma ação de responsabilidade civil objetiva contra a Instituição, fundamentada legalmente nos arts. 931 e 932, inc. III, do Código Civil. A Instituição, por sua vez, terá o direito a ação de regresso contra o bibliotecário, ou seja, a instituição não teve culpa diretamente, porém terá que pagar a indenização, por-

que o bibliotecário – funcionário foi o causador direto do dano. Como a Instituição teve um prejuízo, ou melhor, uma diminuição do seu patrimônio, ela tem direito de cobrar do verdadeiro culpado – o funcionário – aquela indenização. Para tanto ela irá propor uma ação de indenização por perdas e danos contra o bibliotecário e, neste caso, terá que provar a culpa, pois a pessoa física responderá pela responsabilidade civil subjetiva.

Como vimos, não é fácil provar a culpa de um bibliotecário, pois ele trabalha com um produto subjetivo, que é a informação. Fica difícil também ao bibliotecário, no meio de tantas informações, saber qual é a mais adequada para seu usuário. Mas, diante do exposto, ficou clara qual a postura que o bibliotecário deverá tomar frente ao seu usuário e padrão, conforme nos ensina Guimarães (2000, p.67):

a responsabilidade profissional, envolvendo desde a garantia pelo serviço prestado (com a respectiva possibilidade de assistência técnica) até aspectos jurídicos relativos à responsabilidade civil em caso de danos [...]

Considerações Finais

Este trabalho teve como objetivo alertar o profissional bibliotecário quanto à sua responsabilidade civil.

Para isto, chegamos a pontuar condutas do seu dia-a-dia, como o atendimento ao usuário e a disseminação da informação, condutas estas corriqueiras, porém com uma repercussão violenta se examinarmos as suas conseqüências, pois elas podem acarretar um dano ao usuário.

Pretendemos mostrar ao bibliotecário a sua importância e a importância de sua atuação em relação aos serviços prestados, bem como conscientizá-lo quanto às normas legislativas de sua profissão.

O Bibliotecário da atualidade, diante das normas de sua profissão e da legislação civil, não tem como ficar impune como ocorria no passado, quando a legislação não era tão aplicada quanto hoje. Assim, os profissionais, quaisquer que sejam as suas áreas, estão preocupados em atender seus clientes de forma correta a fim de satisfazê-los com serviços de qualidade.

O bibliotecário, consciente das suas responsabilidades diante de seu usuário e de sua instituição, deve procurar transmitir para seus pares o conhecimento necessário sobre a correta atuação profissional que é exigida hoje pela sociedade, buscando o crescimento e a melhoria da sua classe.

Referências bibliográficas

BRASIL. Código Civil (2002). *Novo Código Civil*: Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em vigor a partir de 11 de janeiro de 2003. Organização do texto: Joyce Angher. São Paulo: Ridel, 2002. (Coleções de Leis Rideel; Legislação brasileira).

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Maurício Antonio Ribeiro Lopes. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 266p.

BRASIL. *Decreto Lei n. 56.725*, de 19 de agosto de 1965. Regulamenta a Lei n. 4.084, de 30 de junho de 1962, que dispõe sobre o exercício da profissão de Bibliotecário. Disponível em <<http://www.cfb.org.br/Atualizacao/legisla/56725-65.htm>>. Acesso em: 15 maio 2002.

BRASIL. *Lei n. 4.084*, de 30 de junho de 1962. Dispõe sobre a profissão de Bibliotecário e regula seu exercício. Disponível em: <<http://www.ced.ufsc.br/bibliote/crb/lei4084.html>>. Acesso em: 29 mar. 2001.

BRASIL. *Lei n. 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/servlets/NJUR.Filtro?tipo=LEI&secao...>>. Acesso em: 28 ago 2002.

BRASIL. *Lei n. 9.674*, de 26 de junho de 1998. Dispõe sobre o exercício da profissão de Bibliote-

cário e determina outras providências. Disponível em <<http://www.cfb.br/Atualizacao/legisla/lei9674-98.htm>>. Acesso em 15 maio 2002.

CONSELHO FEDERAL DE BIBLIOTECONOMIA. *Resolução n. 42*, de 11 de dezembro de 2001, Código de ética profissional do bibliotecário. Disponível em: <<http://www.crb10.org.br/codigodeeticabibliotecario.html>>. Acesso em: 15 maio 2002.

DIAS, J. A. *Da responsabilidade civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 372p.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Teoria geral do direito civil*. 18.ed., aum. atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002). São Paulo: Editora Saraiva, 2002. v.1.

GONÇALVES, C. R. *Responsabilidade civil*. 6.ed., atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 1995. 686p.

GUIMARÃES, J. A. C. A ética na formação do bibliotecário: uma reflexão. *Palavra Chave*, São Paulo, v.8, p.5-7, out. 1994.

MAURY, P. O que faz a informação ser estratégica. *Revista de Biblioteconomia UFMG*. Belo Horizonte, v.22, n.1, p.106-107, jan./jun. 1993.

PINTO, V. B. Informação: a chave para a qualidade total. *Ciência da Informação*. Brasília, v.22, n.2, p.133-137, maio/ago. 1993.

Um juiz mais ativo no processo civil

Nelson Finotti Silva*

Resumo

O processo deve garantir uma adequada tutela jurisdicional, assegurando às partes uma igualdade real e não formal; deve permitir o acesso à justiça, que não se restringe ao mero ingresso em juízo, mas o direito de acesso à ordem jurídica justa, devendo o juiz atuar de forma ativa, não sendo um mero *convidado de pedra*; a imparcialidade não se confunde com neutralidade. Havendo desequilíbrio entre as partes, a justiça estará comprometida. Cabe ao juiz, dentro do seu poder, impor não só o tratamento igualitário, mas garantir às partes as mesmas oportunidades, garantir a paridade de armas; para tanto, o juiz não deve ser apenas um sujeito da relação jurídica processual, deve deixar de ser o juiz burocrata.

Palavras-chave

Igualdade. Democracia. Cidadania. Juiz. Processo. Imparcialidade.

A MORE ACTIVE JUDGE AT THE CIVIL PROCEDURE

Abstract

Legal proceeding must guarantee a suitable jurisdictional tutelage, ensuring the parties a real, and not formal, equal protection of law. It must permit the access to the Judiciary, not limited to the mere right of action, but to the right of access to the fair legal order. Judge ought to act actively rather than being a mere representative figure. Impartiality does not mean neutrality. Justice will fail in case of an unbalance between the parties. It is up to the judge, within his power, not just enforce the equal treatment, but to assure the parties the same opportunities and the parity of arms. Therefore, the judge does not have to be just a participant of the juridical procedure relation. He has to be a bureaucrat.

* Procurador do Estado de São Paulo, Mestre em Direito Público pela Universidade de Franca/SP, Professor de Direito Processual Civil na Universidade Paulista – UNIP – São José do Rio Preto/SP.

Keywords

Equal protection. Democracy. Citizenship. Judge. Legal proceeding. Impartiality.

UN JUEZ MÁS ACTIVO EN EL PROCESO CIVIL

Resumen

El proceso debe garantizar una adecuada tutela jurisdiccional, asegurando a las partes una igualdad real y no formal, debe permitir el acceso a la justicia, que no se restringe al simple ingreso en juicio sino al derecho de acceso a la orden jurídica justa. El juez debe ser activo y no ser sólo *invitado de piedra*, la parcialidad no debe confundirse con la neutralidad. Si hay desequilibrio entre las partes, la justicia estará comprometida. Es deber del juez, en ejercicio de su poder, imponer no sólo el tratamiento igualitario sino también garantizar a las partes las mismas oportunidades y paridad de recursos. Para ello, el juez no debe ser solamente un sujeto de la relación jurídica procesal y tampoco el juez burócrata.

Palabras clave

Igualdad. Democracia. Ciudadanía. Juez. Proceso. Imparcialidad.

Não basta ao Estado realizar a jurisdição com a participação popular através do processo; deve garantir uma adequada tutela jurisdiccional, propiciando uma ordem jurídica justa através do acesso à justiça acessível a todos, assegurando às partes uma igualdade real e não formal, não o mero ingresso em juízo.

O acesso à justiça não só importa em um processo justo e imparcial como também garante a igualdade de oportunidades com a participação efetiva e adequada das partes.

Democracia significa acima de tudo participação com garantia à igual-

dade de oportunidades, bem como, efetiva e adequada, como uma decorrência natural do princípio da igualdade substancial: é o pleno exercício da cidadania.

O professor Watanabe (1988) escreveu um estudo sobre o Acesso à Justiça e Sociedade Moderna onde concluiu dizendo que o acesso não se limita à mera provocação do Poder Judiciário e sim, "é fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa", considerando-se como dados elementares do direito à ordem jurídica justa: a) o direito à informação; b) adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-eco-

nômica do país; c) direito a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; d) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; e) direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à justiça com tais características (WATANABE, 1988, p.128).

A preocupação do juiz moderno não se restringe à mera condução do processo, mas é garantir que ao final o provimento jurisdiccional seja concedido conforme os valores da sociedade e, como afirma Cappelletti e Garth (1988, p.15) a decisão deve apenas depender dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao direito e que poderiam afetar a afirmação ou reivindicação dos direitos.

O juiz é um cidadão e como tal é partícipe da sociedade, devendo conhecer de perto os valores por ela desejados; não pode deixar de discutir suas idéias, nem fechar os olhos às desigualdades e aos problemas sociais existentes.

Portanto, o juiz ativo é imprescindível para a concretização dos direitos e garantias fundamentais, (COUTINHO, 1996).¹ O papel do juiz

moderno no processo não é de mero espectador ou um *mero convidado de pedra*, na democracia participativa deve se preocupar em dar o rumo ao processo de modo que todos devam dele participar com as mesmas oportunidades.

O processo não é um jogo onde vence o mais forte, o mais poderoso, o mais esperto; o processo é um instrumento de justiça por meio do qual se espera entregar o direito a quem de direito, de modo que a inércia do julgador certamente poderá comprometer a pacificação social pretendida pela atividade jurisdiccional.

Assim, é indispensável, para que se observe o devido processo legal, que as partes sejam tratadas com igualdade e admitidas a participar do processo, não se omitindo dessa participação o próprio juiz a quem incumbe a condução do processo e o correto julgamento da causa.

O princípio da igualdade é sinônimo de justiça; não a igualdade formal, o mero reconhecimento de que todos são iguais perante a lei, mas o reconhecimento das desigualdades e sua igualização, impondo-se, assim, promover a igualização diante da desigualdade.

A própria Constituição Cidadã, ao mesmo tempo em que estabelece no artigo 5º, *caput*, e inciso I, a igualdade

perante a lei, “todos são iguais perante a lei”, adota, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a igualização, ao impor a necessidade de “reduzir as desigualdades sociais”. Nesse passo, a norma maior tratou de impor a todos os *poderes* a função de assegurar a igualização do indivíduo como objetivo fundamental do país.

Certamente a igualização que se procura efetivar não é só referente à igualdade material, até porque, a igualdade não é só perante a lei, mas perante o direito e como sinônimo de justiça; deve-se dar em todos os ramos do direito, inclusive no processo civil.

Ensina Ada Pellegrini Grinover que o princípio da isonomia tem dimensão estática e dinâmica: a estática quando a lei anota a igualdade de todos perante a lei de modo formal, recusando o legislador a existência da desigualdade, e a dinâmica, quando o Estado assume o compromisso de constatar as desigualdades e criar mecanismos para supri-las, transformando a igualdade em real e não formal (GRINOVER, 1990, p.6).²

O princípio da isonomia não admite que o juiz contemporâneo tenha uma posição complacente, uma visão puramente formal do princípio. Se constatar a existência de desigualdade

entre as partes, deve atuar de forma concreta e efetiva, promovendo a igualização, procurando, assim, manter o equilíbrio dos interessados, conferindo amplas e iguais oportunidades para alegar e provar.

Em outras palavras, dar tratamento igualitário às partes é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na exata medida de suas desigualdades; efetivamente, trata-se de um princípio dinâmico (LUCON, 1999, p.79).³

É comum dizer que o juiz não deve ter uma atuação muito ativa porque estaria a comprometer o princípio da imparcialidade.

Falar em juiz imparcial é quase um pleonismo, tal é a situação inseparável entre juiz e imparcialidade, sendo direito fundamental um juiz imparcial e independente.

Imparcial é o juiz que não tenha interesse no objeto do processo nem queira favorecer uma das partes, o que não quer dizer que não tenha interesse que sua sentença seja justa e que atue com esse compromisso, e se necessário, deverá promover a igualização sem que isso venha a comprometer sua imparcialidade.

A direção do processo cabe ao juiz que deve intervir para propiciar o tratamento igualitário, mantendo o equi-

líbrio, entregando o direito a quem de direito, ou seja, resguardando a fé na justiça.

Em havendo desequilíbrio entre as partes, a justiça estará comprometida e, para que isso não ocorra, o julgador não deve ser um simples sujeito da relação processual, deverá atuar ativamente.

A atuação ativa do juiz não é motivo de violação da sua imparcialidade. Na fase atual, parcial é o juiz inerte que, diante da desigualdade, nada faz para afastar o desequilíbrio, principalmente, se tal desigualdade refletir no resultado do processo.

Portanto, se o juiz se expõe à censura da parcialidade por ter agido ativamente no rigor da lógica, também ficará exposto à mesma censura na hipótese de ficar inerte, posto que a sua inércia poderá favorecer a outra parte. Ademais, a ninguém interessa mais do que ao juiz que se faça justiça, ou seja, que vença quem efetivamente tenha razão; trata-se do direito de acesso à ordem jurídica justa.

Como anota Lopes (2002, p.173):

[...] a postura burocrática e protocolar do juiz entra em conflito aberto com as tendências atuais do processo civil e, por isso, deve ser afastada. Não se concebe, no estágio atual da doutrina processual, que a parte seja prejudicada pelo apego ao fetichismo das formas e à dogmática tradicional.

De todo o exposto, pode-se afirmar que o princípio da igualdade substancial impõe ao julgador, como detentor de uma parcela do poder do Estado, a necessidade de promover a igualização das partes, conferindo as mesmas oportunidades, fortalecendo, assim, o princípio da imparcialidade, eis que está impedindo que as desigualdades reflitam no resultado do processo, demonstrando, assim, que o julgador estará mais atento aos fins sociais e jurídicos do processo⁴; o juiz deve ser imparcial, mas não neutro.

A inércia judicial importará em favorecimento da parte mais forte, violando, assim, o princípio da imparcialidade. O princípio da isonomia impõe que as partes estejam no mesmo pé de igualdade e, existindo a desigualdade, cabe ao julgador, como elemento do poder estatal, promover a igualização.

Afirma Grinover (1990, p.11):

[...] a plenitude e a efetividade do contraditório indicam a necessidade de se utilizarem todos os meios necessários para evitar que a disparidade de posições no processo possa incidir sobre seu êxito, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças. Como se notou, a quem *age* ou *se defende* em juízo devem ser asseguradas as mesmas possibilidades de obter a tutela de suas razões.⁵

Portanto, a igualdade de oportunidades de participação na relação ju-

rídica processual está intimamente ligada ao contraditório estabelecido entre as partes.

Proporcionar a igualização entre as partes é permitir um acesso à ordem jurídica justa, permitindo um equilíbrio, dando a elas a possibilidade de efetiva defesa de seus direitos.

O direito processual, regido por princípios publicistas, impõe ao juiz um papel ativo, próprio da sua função social, devendo estimular o contraditório, suprimindo as deficiências das partes, superando as desigualdades.

Nem sempre é fácil constar situações ou pessoas que necessitem o mesmo tratamento, nem será fácil reconhecer as desigualdades que irão impor um tratamento diferenciado, mas é certo que é inadmissível creditar direitos e deveres iguais a todos os sujeitos, quando se sabe existir em desigualdades entre pessoas.

É imprescindível manter o equilíbrio das partes na relação jurídica processual; o diálogo processual, representado pela tese e antítese, ação e defesa, deve ser garantido no seu mais amplo sentido, devendo o juiz ser mais participativo e não um simples sujeito com a finalidade de sentenciar.

Correia (1999, p.24), tratando da questão da paridade de armas, afirma:

No que concerne à necessidade, para que exista realmente "due process of law", de um juiz imparcial e independente, verifique-se o seguinte: atualmente, vem-se requerendo do juiz que este deixe de ser, um mero convidado de pedra do processo. Aliás, em contraposição à figura do juiz dos tempos do liberalismo, que conduzia o processo sem intervir de forma alguma – em consonância com a própria noção liberal da ausência de intervenção do Estado –, vem emergindo hodiernamente a figura dos poderes assistenciais do magistrado. Os poderes assistenciais do juiz defluem, em prestígio à noção de justiça material (em contraposição à mera idéia de justiça formal), de um princípio por alguns admitidos – que não vem expresso na Constituição –, conhecido como princípio da paridade das armas. Segundo desdobramento deste último princípio, é indispensável, para a própria garantia da igualdade das partes no processo, que, em situações de desigualdade, o juiz atue conduzindo o processo e assistindo o mais frágil na relação jurídica deduzida em juízo.

Tem o juiz o dever de promover e preservar a igualdade substancial entre as partes, afastando as desigualdades, devendo de ofício adotar medidas, por exemplo, relacionadas com a instrução da causa, como os poderes instrutórios que em absoluto viola o princípio da imparcialidade, ressaltando que o poder instrutório não deve ser supletivo, pois, se assim for, não atenderá os fins aqui almejados.

Deparando-se o julgador com situações que levem a um desequilíbrio, deverá promover a igualização que, nem de longe, comprometerá sua imparcialidade. Ao contrário, esta restará fortalecida, na medida que garanta às partes do processo a mesma igualdade de armas, ou seja, mantenham-nas em equilíbrio, sendo este o verdadeiro sentido da expressão *par conditio*, condições paritárias.

O julgador deve ter a consciência de que a omissão no requerimento de uma prova, nem sempre se deve a fatores econômicos ou culturais, bem como, não tem a intenção de dispor do direito, daí ser o processo dotado de meios que garantam a igualdade das partes, como por exemplo, participar ativamente da produção da prova.⁶

Quando o juiz determina a realização de uma prova, não tem condições de saber qual o seu resultado, portanto, não se sabe a quem irá favorecer.

Maior poder instrutório permite uma apuração mais completa dos fatos e aplicação do direito material mais correto. O juiz não está preocupado que saí vitorioso o autor ou o réu; sua preocupação deve residir em uma ordem jurídica justa, propiciando às partes as mesmas oportunidades, promovendo, inclusive, a igualização. A vitória deverá ser daquele que efetivamente te-

nha razão, realizando a atividade jurisdicional plenamente sua função.

Ademais, não se pode olvidar que a atividade do juiz, por imposição constitucional, é submetida ao contraditório e à motivação das decisões. Assim, sua imparcialidade está devidamente garantida, ainda que participe ativamente da instrução⁷, eis que suas decisões devem ser fundamentadas e proferidas após efetivo contraditório entre as partes.

Para falar em devido processo legal, juiz imparcial e independente, decisão justa, torna-se necessário que o juiz deixe de ser apenas um sujeito da relação jurídica processual, deixe de ser burocrata.

Não há dúvidas de que o julgador deve ser imparcial e manter-se equidistante para que possa proferir uma sentença justa, mas isso não quer dizer que tenha de fechar os olhos diante do desequilíbrio das partes pois, se assim o fizer, será parcial e a igualdade estará comprometida. Por outro lado, equidistante não quer dizer distante da realidade dos fatos. O julgador moderno deve ser participativo, conhecer a sociedade em que vive e, principalmente, ter consciência do que ela espera dele.

Uma ordem jurídica justa e uma efetividade do processo só ocorrerão quando o Estado-Juiz, frente à complexidade

do nosso modelo social e suas crises; à globalização da cultura e da economia; à pobreza; à falta de cultura da população, oferecer ao jurisdicionado pleno acesso ao Poder Judiciário, garantindo ele condições materiais efetivas de que, como cidadãos, terá a solução de seus conflitos dentro de um processo em que será garantido o equilíbrio substancial – paridade de armas – de forma que, ao comparecer a Juízo, faça-o tranqüilo de que terá as mesmas oportunidades ainda que contra o mais poderoso dos adversários.

Notas

1 A advertência de Coutinho (1996), depois de ressaltar a descrença no Poder Judiciário pela sociedade é pertinente: “diante de tal quadro caótico, os juízes devem tomar consciência de sua responsabilidade e poder de intervenção social, rompendo a posição de conservadorismo e aparente neutralidade diante dos conflitos, sob pena de esvaziamento de sua autoridade e de seu poder estatal de ordenação da sociedade. Em tese, a máquina judicial e a preparação humanística do magistrado deveriam evoluir com a mesma celeridade que as constantes mudanças sócio-culturais, para se adaptar melhor a elas e realizar o ideal da justiça social”.

2 “A igualdade pode ser vista sob seu aspecto meramente formal, contrapondo-se à igualdade material. E pode ser vista sob o ângulo do esforço de transformação da igualdade formal em igualdade material. O que significa, em outras palavras, que a igualdade tem uma dimensão estática e outra dinâmica. Na dimensão estática, o axioma de que *todos são iguais perante a lei* parece configurar, como foi argutamente observado, mera ficção jurídica, no sentido de que é evidente que todos são desiguais, mas essa patente desigualdade é recusada pelo legislador. A isonomia supera, assim, as desigualda-

des, para afirmar uma igualdade puramente jurídica. Na dimensão dinâmica, porém, verifica-se caber ao Estado suprir as desigualdades para transformá-las em igualdade real” (GRINOVER, 1990, p.6).

3 “No processo, a isonomia revela-se na garantia do tratamento igualitário das partes, que deve ser vista não apenas sob o aspecto formal, mas também (e principalmente) analisada pelo prisma substancial. A paridade das partes no processo tem por fundamento o escopo social e político do direito; não basta igualdade formal, sendo relevante a igualdade técnica e econômica, pois elas também revelarão o modo de ser do processo. Enquanto a igualdade formal diz respeito à identidade de direitos e deveres estatuídos pelo ordenamento jurídico às pessoas, a igualdade material leva em consideração os casos concretos nos quais essas pessoas exercitam seus direitos e cumprem seus deveres. Ao julgador compete assegurar às partes a paridade de tratamento, cabendo-lhe observar e fazer observar a igualdade entre os iguais e a desigualdade entre os desiguais, na exata medida das desigualdades presentes no caso concreto” (LUCON, 1999, p.97).

4 Para Portanova (1999, p.79), o próprio símbolo da justiça merece ser revisto: “Tradicionalmente a imparcialidade é representada por uma mulher com olhos vendados e com uma espada numa mão e a balança equilibrada noutra. Contudo, não há que negar, é temeridade dar uma espada a quem está de olhos vendados. Ademais, como visto no princípio jurídico, muitas vezes a balança está desequilibrada. Logo, o mais correto é manter os olhos da Justiça bem abertos para ver as desigualdades e igualá-las”.

5 “Eis o novo significado social do princípio da igualdade processual, atuando mediante adequados institutos e por força do reconhecimento de poderes de iniciativa judicial que, como lembra Calamandrei, podem colocar a parte socialmente mais fraca em condições de paridade inicial frente à mais forte, e impedir que a *igualdade de direitos* se transforme em *desigualdade de fato* por causa da inferioridade de cultura ou de meios econômicos” (GRINOVER, 1990, p.11).

6 A propósito, vale lembrar a lição de Bedaque: “Essa interferência do magistrado não afeta de modo algum a liberdade das partes. Se o direito debatido incluir-se no rol dos chamados ‘direitos disponí-

veis’, permanecem elas com plenos poderes sobre a relação material, podendo, por exemplo, renunciar, desistir, transigir. Todavia, enquanto a solução permanecer nas mãos do Estado, não pode o juiz se contentar apenas com a atividade das partes. A visão do ‘Estado-social’ não admite essa posição passiva, conformista, pautada por princípios essencialmente individualistas. Esse modo de analisar o fenômeno processual sobrepõe o interesse público do correto exercício da jurisdição ao interesse individual. Trata-se de uma visão essencialmente instrumentalista do processo. A real igualdade das partes no processo é um valor a ser observado sempre, ainda que possa conflitar com outro princípio processual.

7 Adverte Marinoni (2000, p.102): “O princípio do contraditório, por ser informado pelo princípio da igualdade substancial, na verdade é fortalecido pela participação ativa do julgador, já que não bastam oportunidades iguais àqueles que são desiguais. Se não existe paridade de armas, de nada adianta igualdade de oportunidades, ou um mero contraditório formal. Na ideologia do Estado social, o juiz é obrigado a participar do processo, não estando autorizado a desconsiderar as desigualdades sociais que o próprio Estado visa a eliminar. Na realidade, o juiz imparcial de ontem é justamente o juiz parcial de hoje”.

Referências bibliográficas

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2.ed. São Paulo: Malheiro, 1997.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brayant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1999.

COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. O papel do juiz: agente político no estado democrático de direito. *Justiça e democracia*, São Paulo, v.1, p.132-146, jan./jul. 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUCON, Paulo Henrique dos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.132-150.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

Apontamentos sobre o abuso do direito de demandar e seu conteúdo histórico¹

Petruska Laginski*

Resumo

O direito de demandar atualmente tornou-se garantia constitucional a todo cidadão, que, tendo direito seu lesado ou na iminência de lesão, possa postular a tutela jurisdicional, sendo a ação judicial um dos meios para reparar um dano ou evitá-lo. Uma análise da evolução da legislação pátria, acerca do abuso do direito de demandar, mostra que o surgimento do tema no Brasil, restrito a descrição da responsabilidade da parte no processo, ocorreu já no período entre a proclamação da Independência e a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973. Numa segunda fase, que vai do período entre a publicação e a entrada em vigor do Código de 1973 até a lei 8.954/94, a legislação contempla a extensão da responsabilidade aos procuradores. Finalmente, considerando até os dias atuais, a legislação faz a inserção da responsabilidade e sanção a todos aqueles que participam no processo, especialmente com as alterações processadas no CPC pela Lei 10.358 de 27/12/01. A busca de um novo modelo processual, que trate apropriadamente do tema, especialmente a questão dos recursos, penalizando aqueles que se utilizam do processo em desrespeito à realização do direito como uma promoção da pessoa humana, deve estar em consonância com o compromisso social de propiciar a todos o acesso à justiça, à celeridade no julgamento, e à efetividade da decisão final.

Palavras-chave

Abuso do direito de demandar. Deslealdade processual. Conteúdo histórico. Responsabilidade das partes e dos procuradores.

NOTES ON THE ABUSE OF THE RIGHT TO DEMAND AND ITS HISTORICAL CONTENT

Abstract

The right to the lawsuit nowadays has become a constitutional guarantee for all citizens, that having their right cheated out or in the eminence of being cheated out, are able to

* Advogada em Marília/SP; mestranda em Direito pelo UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília.

claim the jurisdictional defense. One of the ways to repair damage or at least avoid it is the judicial action. An analysis of the evolution of the native country's legislation about the abuse of the right to the lawsuit shows that the introduction of the theme in Brazil, restricted to the description of the responsibility of the party in the lawsuit, had already occurred in the period between the Independence Proclamation and the validity of the Civil Suit Code of 1973. On a second phase from the publication and validity of the 1973 code until the 8.954/94 law, the legislation contemplates the extension of the responsibility of attorneys. Finally, considering up to now, the legislation inserts the responsibility and the penalty to all those who take part in the lawsuit, especially with the alterations on the Civil Suit Code through the 10.358 law from 12/27/01.

The search for a new process model which deals with the theme appropriately, especially the appeals, punishing those who use the lawsuit to disrespect the law fulfillments as a elevation of the human being, must be in accordance with the social commitment of propitiating the access to justice for everyone, the celerity of the trial, and the effectiveness of the final decision.

Keywords

Abuse of the right to the lawsuit. Process disloyalty. Historical content. Responsibility of parties and attorneys.

NOTAS SOBRE EL ABUSO DEL DERECHO A DEMANDAR Y SU CONTENIDO HISTÓRICO

Resumen

El derecho a demandar, en la actualidad, se ha convertido en garantía constitucional de todo ciudadano, quien al tener su derecho lesado o en la inminencia de lesión puede postular la tutela jurisdiccional, siendo la acción judicial uno de los medios para reparar un daño o evitarlo. Un análisis de la evolución de la legislación patria, sobre el abuso del derecho a demandar, muestra que el surgimiento del tema en Brasil, restricto a la descripción de la responsabilidad de la parte en el proceso, tuvo lugar ya en el periodo entre la proclamación de la Independencia y la entrada en vigor del Código de Proceso Civil de 1973. En una segunda fase, que va del periodo entre la publicación y la entrada en vigor del Código de 1973 hasta la ley 8.954/94, la legislación contempla la extensión de la responsabilidad a los procuradores. Finalmente, considerando hasta los días actuales, la legislación hace la inserción de la responsabilidad y la sanción a todos aquellos que participan en el proceso, especialmente con las alteraciones procesadas en el Código de Proceso Civil por la ley 10.538 de 27/12/01. La búsqueda de un nuevo modelo procesal, que trate apropiadamente el tema, especialmente la cuestión de los recursos, penalizando a aquellos que usan el proceso para desrespetar la realización del derecho, como una promoción de la persona humana, debe estar en consonancia con el compromiso social de proporcionar a todos el acceso a la justicia, a la celeridad en el juicio y a la efectividad en la decisión final.

Palabras clave

Abuso de derecho a demandar. Deslealtad procesal. Contenido histórico. Responsabilidad de las partes y de los procuradores.

1 Introdução

As disciplinas que procuram estudar a história e o conteúdo do direito sempre serviram de fundamento para a criação ou aprimoramento das instituições, seja de caráter material ou processual.

Aos estudiosos do direito torna-se regra obrigatória compreender as mudanças ocorridas nos mais diversos setores da sociedade: político, econômico, cultural e social; e os seus reflexos no mundo jurídico, para que a lei não se torne *letra morta*, distante da realidade.

O direito é, portanto, uma ciência em constante aperfeiçoamento, acompanhando, ainda que tardiamente, as necessidades da evolução do próprio ser humano. Ilustrando, deve ser citada a Constituição Federal brasileira de 1988 que, em resposta aos anseios da sociedade, reconheceu e inseriu no rol de proteção do Estado, como entidade familiar, a união entre duas pessoas, do sexo oposto, que convivem com ânimo matrimonial, além de estender o conceito de família a qualquer um dos pais e seus descendentes.

No mesmo sentido, o direito processual procura especializar suas instituições a fim de atender as necessidades daqueles que buscam, através do processo, defender a efetivação de seus direitos subjetivos.

Mas a reclamação, enquanto exigência da satisfação dos direitos subjetivos, não se transformou no direito de demandar por acaso. O crescimento populacional e o surgimento das cidades, dos Estados, o desenvolvimento do comércio e a necessidade de uniformizar os litígios, além de submetê-los a uma autoridade judiciária (inicialmente particular e posteriormente através de funcionários públicos), foram apenas um dos motivos que levaram ao desenvolvimento do processo civil, e em especial da preocupação com o abuso desse direito.

Atualmente outros fatores (proliferação de faculdades de direito sem especial atenção ao conteúdo e qualidade do currículo) comprometem a qualidade técnica dos profissionais do direito que, por conseguinte, afetam diretamente o sistema jurídico brasileiro.

Assim, o estudo da evolução histórica processual demonstra a resposta dos legisladores ao clamor da sociedade jurídica, em se estabelecerem limites ao direito de demandar ou, em outras palavras, fixarem punições ao abuso do direito de demandar.

É através deste método que construiremos o presente artigo sobre o abuso do direito de demandar e formas de punir a má-fé processual.

2 Apontamentos sobre o Abuso do Direito de Demandar

O conflito de interesses é tão antigo quanto o reconhecimento do direito subjetivo. Assim temos que o reconhecimento de um direito subjetivo impõe a uma sociedade, seja ela primitiva ou moderna, o dever de apresentar um julgador, para dirimir os conflitos surgidos em decorrência da não-observância deste direito, seja para salvaguardá-lo da ameaça de lesão ou para repará-lo.

O direito de demandar atualmente tornou-se garantia constitucional a todo cidadão, que, tendo direito seu lesado ou na iminência de lesão, possa postular a tutela jurisdicional, sendo a ação judicial um dos meios de reparar um dano ou evitá-lo. O Poder Judiciário tem um importante papel, não só na prestação da tutela jurisdicional, como também na condução do processo, tornando-o eficaz e imune a condutas reprováveis, que possam prejudicar as partes.

Dá-se o nome de litigante às partes que no processo figurem como autor, réu, exequente, executado, assistente, interveniente de toda ordem, Ministério Público e Fazenda, e por extensão os Advogados. Por sua vez, intitula-se litigante de má-fé a parte que apresente comportamento desleal,

ultrapassando os limites legais do direito de demandar, realizando as condutas previstas no art. 17 do CPC – Código de Processo Civil.

Primeiramente, em se tratando de direito de demandar, cumpre definir o conteúdo da expressão *ter um direito*.

Ter um direito, da antigüidade até a idade medieval, significava possuir determinados privilégios, que protegiam os interesses de uma classe em detrimento de outras. Assim, por exemplo, a condição de escravo não permitia que este possuísse qualquer direito em relação aos seus senhores, bem como aos súditos não eram conferidos direitos como: a preservação da propriedade privada e a proibição do confisco.

O direito era estabelecido verticalmente, ou seja, conferido segundo os interesses da classe dominante. Exemplo desta situação é passagem comentada por Cristiano Paixão Araújo Pinto, ao falar sobre os direitos na sociedade do oriente antigo e o Código de Ur-Nammur:

A organização da sociedade segue os padrões já estabelecidos no Código de Ur-Nammur. Assim, há um estrato de homens livres, uma camada de homens dotados de personalidade jurídica, mas com liberdade limitada (pode-se chamá-los “subalternos”) e uma parcela de escravos (equiparados

a um bem móvel). Não é difícil concluir que o Código dará um tratamento diferenciado a cada um desses segmentos: “Por exemplo, aquele que, espancando a filha de um homem livre, faz com que ela aborte, pagará uma indenização de 10 siclos de prata; se tratar da filha de um subalterno, 5 ciclos; de um escravo, apenas 2” (PINTO apud AYMARD, 2003, p.49-50).

Igual descrição, relativa ao conceito de direito como privilégios, apresenta Bobbio:

No estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos Cidadãos (BOBBIO, 1992, p.61).

Já Faoro, ao comentar as Ordenações do Reino de Portugal, na sua vigência também incidentes no Brasil, denota a relação de verticalidade:

As Ordenações não regulam, não disciplinam, relações jurídicas individuais, tendo em conta a harmonia dos interesses que pugna. O direito se dirigia ao delegado real, ao agente do soberano, e daí se projetava ao indivíduo, instrumento de desígnios superiores, vigiado de cima, do alto, sem autonomia moral e sem incolu-

midade jurídica (FAORO, 2001, p.85).

Esta relação de verticalidade existente no conceito de direito antigo, a partir do séc. XVIII, torna-se uma relação de horizontalidade, pois estabelece os direitos como universais e recíprocos, contrariando a hierarquia de grupos.

Ter um direito, a partir de então, é possuir uma faculdade ou um poder que o direito objetivo confere à pessoa, frente a outras, de modo universal e recíproco. É a liberdade de uma pessoa, coexistindo com a liberdade de outra pessoa, ambas conferidas pelo direito objetivo.

Esta é a base da doutrina kantiana do Direito, derivada da máxima:

o Direito é o conjunto das condições, por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de um outro, segundo uma lei universal da liberdade (BOBBIO, 1997, p.70).

Neste conceito kantiano encontramos o fundamento dos requisitos para se *ter um direito*, ou seja, a universalidade e a reciprocidade. O Direito, portanto, é o limite da coexistência entre os arbítrios ou as liberdades (direitos), ou o *Direito*

[...] é o que possibilita a livre coexistência dos homens, a coexistência em nome da liberdade, porque somente onde a liberdade é limitada, a liberdade

de um não se transforma numa não-liberdade para os outros, e cada um pode usufruir da liberdade que lhe é concedida pelo direito de todos os outros de usufruir de uma liberdade igual à dele (BOBBIO, 1997, p.71).

Assim, a pessoa que possui o direito, na verdade, gera a outra pessoa ou ao Estado, o dever, a obrigação de respeitá-lo. Este dever pode apresentar-se por distintas formas: como um dever de abster-se de determinada conduta, ou como uma obrigação de fazer algo.

Mas, também, existe posicionamento diferenciado, como pode ser observado no pensamento de Michael Freeman:

Igualmente controversa é a idéia de "direitos". A palavra "direitos" na língua inglesa está associada à palavra "correto". Alguma coisa é "direita" se é correta ou verdadeira. Uma ação é – moralmente falando –, direita se for requerida ou, pelo menos, permitida pela moralidade. A passagem de "direito" para "direitos" é, contudo, arrojada e controversa. Provavelmente, todas as culturas têm concepção de certo e errado, mas o conceito de "direitos" é moderno e ocidental. Ações ou políticas são certas ou erradas, mas pessoas têm direitos. A linguagem dos direitos é possessiva. Alguns filósofos rejeitam esse traço possessivo do conceito de "direitos". As pessoas não têm direitos do mesmo modo como têm ca-

beças. Diz-se que os direitos são, portanto, místicos. Podemos, certos opositores admitir, ter direitos legais, mas eles derivam de sistemas legais particulares, e não são universais. Além disso, muitas culturas do mundo estão firmadas em deveres, e não em direitos, e, mesmo no Ocidente, são muitos os que argumentam que a ênfase nos direitos, e não nos deveres, conduz a uma sociedade egoísta e desordenada. Para essas objeções, existem duas respostas simples. Primeiro, dizer que uma pessoa tem um direito não é reivindicar que esteja de posse de alguma "coisa" metafísica estranha. É dizer que, de acordo com uma norma ética que estamos invocando, as pessoas têm, moralmente, direito a alguma coisa, e que alguém tem a obrigação de provê-la. Por exemplo, se dizemos que toda criança tem direito a cuidado físico e emocional, estamos reivindicando que as crianças têm, moralmente, o direito àquele cuidado, e que alguém é obrigado a provê-lo. Essa descrição do que são direitos mostra que o debate direitos x deveres é falso. A linguagem dos direitos nunca é um complexo discurso moral, e sempre requer um relato correspondente dos deveres (FREEMAN, 2001, p.91-92).

Em se tratando de direito de demandar, é um direito porque universal ou pertencente a todos e, também, recíproco enquanto visto sob três aspectos: a) confere igual direito à parte contrária, exercido através da reconvenção e em algumas hipóteses de ações incidentais; b)

estabelece que para todo direito de demandar seja assegurado o direito da ampla defesa; c) determina sanções ao abuso do direito de demandar;

Não se pode deixar de lembrar que o direito de demandar gera ao Estado o dever de respeito ao acesso à justiça, além da fiscalização e punição pelo abuso.

A relação de universalidade e reciprocidade entre as partes no processo não parece, neste momento, apresentar maiores complicações.

Mas ao conferir legitimidade para reconhecer e aplicar sanção ao abuso do direito de demandar, o legislador em verdade chamou para o Estado a responsabilidade de punir aqueles que passaram a utilizar-se do processo, além de um instrumento de exercício legítimo do direito de demandar, como um mecanismo para impedir, protelar, embargar ou desobrigar o cumprimento de uma provável sentença condenatória.

Tal qual o instituto da revelia, a condenação ao abuso do direito de demandar surgiu como evolução do estudo jurídico para garantir a prestação da tutela jurisdicional, bem como a lisura no processo judicial.

O longo caminho percorrido pela legislação brasileira, quando diz respeito à matéria sobre o direito de demandar, constata a preocupação em se

criarem mecanismos para punir não só a conduta abusiva das partes, mas também dos advogados e atualmente de todos os que participam do processo: entre eles oficiais, magistrados, escrivães e peritos. Por isto, na seqüência serão analisados os aspectos históricos que resultaram na forma como é concebido atualmente o direito de demandar. Com isto será mais fácil compreender a sistemática envolvida no processo como um todo e poder indicar eventuais pontos frágeis e passíveis de abuso, objetivando a coerência do sistema.

3 Breve Conteúdo Histórico

A evolução da legislação pátria acerca do abuso do direito de demandar é nitidamente marcada por três fases distintas: 1) surgimento do tema no Brasil, restrito à descrição da responsabilidade da parte no processo, ou período entre a proclamação da Independência e a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973; 2) extensão da responsabilidade aos procuradores, ou o período entre a publicação e entrada em vigor do Código de 1973 até a lei 8.954/94; e, finalmente 3) período entre a entrada em vigor da lei 8.954/94 até os dias atuais, com a inserção, na legislação, da responsabilidade e sanção a todos aqueles que participam no processo, especialmente com as altera-

ções processadas no CPC pela Lei 10.358 de 27/12/01.

3.1 Surgimento do tema: a responsabilidade exclusiva da parte

O Brasil, no período imediato à proclamação da independência, não possuía condições de produzir normas próprias para reger o país. Ainda imerso na forte influência do pensamento jurídico português, não restou outra alternativa que a de adotar inicialmente as normas portuguesas até então vigentes, no que não contrariasse a soberania nacional, além do que fosse disposto na Constituição de então.

Assim, por força de um decreto, de 20 de outubro de 1823, da Assembléia Geral Constituinte, as leis até então vigentes, inclusive no tocante ao processo civil, promulgadas em Portugal ou no Rio de Janeiro pelos reis portugueses, continuaram a vigorar no Brasil (SANTOS, 1997, p.52).

Somente em 25/11/1850 foi promulgado o Código Comercial, destinado a regular as atividades comerciais, e que, embora vigorasse conjuntamente com as Ordenações Filipinas, apresentava algumas disposições sobre a matéria processual, como simplificação dos atos processuais, redução de prazos e melhor disciplina dos recursos.

Desde a aprovação do Código Comercial até 1939, as disposições criadas para punir o abuso do direito de demandar não deixaram de retratar uma certa preocupação com a malícia processual, embora muito mais no sentido de se introduzir a teoria da probidade processual, do que efetivamente procurar responsabilizar o litigante de má-fé. Por este fato, a matéria permaneceu dispersa em vários capítulos da legislação que se seguiu, seja nos códigos estaduais de processo ou na consolidação das leis referentes à Justiça Federal de 1989, sem entretanto, utilização prática.

Bevilaqua (1956, p.281; LEÃO, 1982, p.26) ao comentar o art. 100, do Código Civil de 1917, admitiu a entrada da teoria que condenava o abuso do direito de demandar no Brasil.

Somente com a revolução de 1930, demonstrou-se o propósito de uma revisão geral das leis do país, que já não mais atendiam aos anseios da nação, instalando-se em 1934 a Assembléia Constituinte que elaborou uma nova Constituição para a República, fortemente influenciada pela cultura francesa e italiana.

Com a Constituição de 1934, por força do art. 11 das Disposições Transitórias, passou-se a organizar um projeto de Código de Processo Civil e Comercial. Vale lembrar que, até 1939, data do novo Código, havia jurisdições separadas para as áreas cível e comercial.

Entretanto, por ocasião da conclusão do projeto, o país sofreu o golpe de 1937 (o chamado Estado Novo), com a outorga de uma Carta Constitucional que, mantendo a *unidade do direito processual*, estabeleceu também a *unidade da justiça comum*, com a supressão da Justiça Federal.

Em atendimento aos preceitos da Carta, o Ministro Francisco Campos encarregou uma comissão para oferecer um projeto do Código de Processo Civil. Mas em meio à turbulência entre os seus membros, quanto às diretrizes a serem imprimidas ao estatuto, resultou o trabalho em separado de Pedro Batista Martins, erigido em projeto oficial, dado à publicação em 04 de fevereiro de 1939, para receber sugestões.

O projeto recebeu várias críticas, sendo as objeções especialmente dirigidas ao princípio autoritário que o orientava, conseqüência também de uma política autoritária, imposta ao país, em pleno regime ditatorial, de tão dolorosa recordação.

Em 18 de setembro de 1939, acolhidas algumas críticas, foi aprovado o Código, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1940.

Não obstante tais circunstâncias, na sua elaboração, o Código de 1939 adotou doutrinas modernas, tomando o processo como instrumento do Estado no

desempenho da função jurisdicional, e norteados pelos princípios da oralidade, da publicidade, do dispositivo e do princípio do juiz ativo.

Mas, por outro lado, apresentava muitos e reconhecidos defeitos, especialmente no concernente aos processos especiais, aos recursos e à execução.

Pode-se dizer que o país atravessou, nessa fase, uma grande crise de processo e de justiça, reflexo da política do período, que trouxe normas pouco precisas, sem grandes resultados práticos.

Alcides Mendonça de Lima leciona que o:

Código de Processo Civil de 1939, vigente até 31 de dezembro de 1973, foi o primeiro diploma nosso que traçou regras em torno do “princípio da probidade” que, evidentemente, abrange a vedação do “abuso do direito de demandar” (1980, p.57-66).

Na vigência do CPC de 1939, a figura do litigante de má-fé ou da lide temerária estava especificamente disciplinada em seu art. 3º e 63. Entretanto, outros dispositivos internos ao código também tiveram a finalidade de conter o abuso do direito de demandar.

O artigo 3º formava a base da matéria: “Art. 3º – Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por mero capricho, emulação ou erro grosseiro.”

Já o artigo 63 enumerava condutas e sanções para os procedimentos considerados contrários ao princípio da probidade processual. *in verbis*:

Art. 63 – Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários de advogado.

§1º – Quando, não obstante vencedora, a parte se tiver conduzido de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, o juiz deverá condená-la a pagar à parte contrária as despesas a que houver dado causa.

§2º – quando a parte, vencedora ou vencida, tiver procedido com dolo, fraude, violência ou simulação, será condenada a pagar o décuplo das custas.

§3º – se a temeridade ou malícia for imputável ao procurador, o juiz levará o caso ao conhecimento do Conselho local da Ordem dos Advogados do Brasil, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior (BRASIL, 1939).

Adroaldo Leão faz uma comparação a respeito desses dois artigos, nos seguintes termos:

As hipóteses dos dois artigos não se confundiam. Enquanto o art. 3º dizia respeito à ação de abuso de direito, resultante da malícia, erro grosseiro, capricho e emulação no

pedido ou na defesa, o art. 63, referia-se a sanção de caráter disciplinar ou sanções processuais (custas, honorários e advogados), que não excluía as sanções de direito material, desde que o ilícito do art. 3º tivesse se caracterizado. Aquelas, algumas vezes, poderiam até ser impostas, de ofício, pelo juiz. A propósito, tragam-se à colação as palavras do imortal Pontes de Miranda: “Não se diga que o art. 63 e seus parágrafos são mera aplicação, ou série de regras subsumidas no art. 3º. Aqui, em vez do que se passa no art. 3º e parágrafo único, a atuação da justiça é disciplinar, independentemente mesmo de requerimento das partes, exercida, algumas vezes, de ofício. O texto não exige qualquer provocação. A lei, que fez a condenação nas custas livre de qualquer pedido (artigo 158 e 283), foi coerente em atribuir ao juiz a eficiência fiscalizadora do art. 63 e § 1º e 3º. A despeito da parecença entre o abuso do direito e a figura de delito disciplinar das regras referidas, é acertado evitar-se a confusão de princípios. Emulação, mero capricho, erro grosseiro (art. 3º) e malícia no exercício dos meios de defesa (art. 3º, parágrafo único) são conceitos que *in casu*, podem apanhar o mesmo fato, mas tem outra extensão que alteração intencional da verdade, conduta temerária no curso da lide (art. 63, §1º), dolo, fraude, violência ou simulação (art. 63, §2º)” (LEÃO, 1982, p.28).

Afastadas estas distinções, observa-se que as condutas descritas no art. 3º, bem como a expressão *modo temerário*

do art. 63, possuem caráter subjetivo, obrigando o julgador a investigar a verdadeira intenção do fato em si, o que dificulta o reconhecimento da deslealdade processual e do seu agente.

Neste período, o advogado não sofria qualquer penalidade no âmbito do processo judicial, salvaguardada a punição disciplinar no seu órgão de classe. Já em relação à parte, a sanção limitava-se ao ressarcimento das custas e despesas do processo ou pagamento do décluplo das custas em caso de fraude, dolo, violência ou simulação.

3.2 Extensão da responsabilidade aos procuradores

Já em 1969, Alfredo Buzaid, então Ministro da Justiça, elaborou o anteprojeto para aprovação do novo Código de Processo Civil. Após os trâmites legais, incluindo várias emendas ao projeto primitivo, o Código foi aprovado e inserido no ordenamento jurídico em janeiro de 1973.

Entretanto, o novo código não rompeu com a resistência em incumbir responsabilidade ao advogado que age com dolo ou culpa.

Embora tenha substituído os artigos 3º e 63 do código revogado pelo art. 14 da nova lei, onde se inseriu o dever de lealdade das partes e seus *pro-*

curadores, manteve o novo código, a aplicação da sanção exclusivamente aos litigantes – autor, réu ou interveniente.

Disponha o novo código em seus arts. 14, 16, 17:

Art. 14: Compete às partes e aos seus procuradores:

I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II – proceder com lealdade e boa-fé;

III – não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV – não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito;

Art. 16: Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu e interveniente.

Art. 17: Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa, cuja falta de fundamento não possa razoavelmente desconhecer;

II – alterar intencionalmente a verdade dos fatos;

III – omitir intencionalmente os fatos essenciais ao julgamento da causa;

IV – usar do processo com o intuito de conseguir objetivo ilegal;

V – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

VII – provocar incidentes manifestamente infundados; (BRASIL, 1973)

Outro fato inovador, trazido pela nova lei, foi o alargamento da sanção com a introdução da condenação em

indenização pelos prejuízos sofridos e honorários advocatícios, além das despesas efetuadas pela parte inocente, já previstas no código anterior.

É neste sentido o disposto do art. 18:

Art. 18 O litigante de má-fé indenizará à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

§1º quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§2º não tendo elementos para declarar, desde logo, o valor da indenização, o juiz mandará liquidá-la por arbitramento na execução (BRASIL, 1973).

Estes artigos foram alterados em 1980, pela lei 6.771 de 27 de março de 1980, sem que a emenda proporcionasse aperfeiçoamento ao instituto.

Apenas como comparação, assim passou a vigorar o art. 17:

Art. 17: reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa, contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II – alterar a verdade dos fatos;

III – usar o processo para conseguir objetivo ilegal (suprimiu-se a expressão “com o intuito de” do primitivo inciso IV ora transformado em III);

IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI – provocar incidentes manifestamente infundados (BRASIL, 1980);

A nova lei, em síntese, ao suprimir o inciso III, reduziu para seis o número de incisos do art. 17, dos quais três permaneceram com redação inalterada (IV, V, VI), enquanto a outra metade teve o seu texto parcialmente modificado.

Curiosamente, após essa modificação de 1980, contribuiu para satisfação dos interesses da sociedade jurídica a lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, que em seu art. 14, § 4º, prevê a responsabilização do advogado e dos demais profissionais liberais pelos atos realizados no exercício de sua profissão.

Ao lado do Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da OAB, em 1994 (lei 8.906/94), trouxe nova luz sobre a responsabilidade do advogado. Em seu art. 32 prescreve que “o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”.

Também o art. 34, inciso IX, do mesmo Estatuto Legal, prescreve sobre infração disciplinar do advogado: “constitui infração disciplinar: prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio.”

3.3 Da Lei 8.952/94 até hoje

Uma das grandes evoluções do instituto ocorreu com a lei 8.952/94, que alterou significativamente a redação do art. 18 e do parágrafo 2º do Código de Processo Civil, permitindo ao juiz, de ofício ou a requerimento, condenar a parte contrária pela má-fé processual, além de fixar o valor da indenização em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

Assim, expandiu-se a área de atuação do magistrado quanto ao abuso do direito de demandar, antes restrito ao requerimento da parte.

Embora não disposto de maneira expressa, a jurisprudência timidamente passou a interpretar e aplicar a lei de forma que pudesse também punir o procurador, quando comprovada a deslealdade processual.

Neste sentido, uma decisão judicial proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

Age com deslealdade e má-fé profissionais o advogado que, sem interpor a competente exceção, lança palavras dentre as razões de um recurso, insidiosamente sugerindo que a Juíza Relatora esteja a ocultar sua parcialidade. Agravo regimental não conhecido, declarando-se a deslealdade e má-fé de seu subscritor. (Decisão em agravo regimental; 2ª Turma; Rel. Juiz Márcio Moraes).

A partir de decisões como a acima consignada, fundamentalmente com caráter ético-profissionais, dos Tribunais pátrios, a Ordem dos Advogados do Brasil, durante o ano de 2000, lançou a campanha *Ética – A Bandeira do Advogado*, procurando divulgar o conteúdo do Código de Ética Profissional, além de discutir questões relevantes, como por exemplo a aplicação de penalidade ao patrono e ao seu cliente, quando evidente a litigância de má-fé no desenrolar processual.

Evidente que campanhas como esta ultrapassam as fronteiras dos profissionais daquele órgão, envolvendo toda a sociedade e, por conseqüência, o próprio legislador.

Após a discussão da intenção do legislador em punir o advogado que age com deslealdade processual, passou-se a um novo entendimento, a partir de dezembro de 2001, com a nova redação dada ao artigo 14 do CPC, dada pela Lei 10.358, de 27/12/2001, que alterou fundamentalmente o destinatário da punição pela deslealdade processual. Ao inserir a expressão “e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo”, a norma estendeu a sanção também aos auxiliares e serventuários da justiça, além de abrir discussão quanto à punição do próprio do magistrado.

Assim, o art. 14 passou a ter a seguinte disposição:

Art. 14: São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final;

Parágrafo único: Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação ao disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado (BRASIL, 2001).

Esta alteração na redação do art. 14 veio ao encontro dos anseios dos processualistas, para sanar problemas decorrentes de atos procrastinatórios, não somente das partes e de seus advogados, como também dos auxiliares da justiça. Dessa forma, vale ressaltar que, dá-se o nome de litigante às partes que no processo figurem como autor, réu, exequente, executado, assistente, interveniente de toda ordem, Ministério Público

e Fazenda, e por extensão os Advogados.

São nessa linha os pensamentos dos processualistas Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery.

É o *improbis litigator*, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito. As condutas aqui previstas, definidas *positivamente*, são exemplos do **descumprimento do dever** de probidade estampado no CPC 14. (NERY JUNIOR; NERY, 2002, P.302, grifo nosso)

Assim, além das pessoas acima enumeradas, que podem eventualmente agir como litigantes de má-fé, a lei estende ao síndico da falência, ao comissário da concordata, ao liquidante da sociedade, ao leiloeiro, a todos os auxiliares do juízo, oficiais de justiça e outros, a cominação da multa do art. 18, § 2º, do CPC, quando causem algum tipo de embaraço ao cumprimento de ordem judicial, contrário ao elencado no art. 14, V, do CPC.

Entretanto, há divergência doutrinária a respeito do Magistrado estar ou não incluído na expressão *todos aqueles que de alguma forma participem do processo*.

Somente para respaldar a afirmação, Wambier (2002, p.37) e Dinamarco (2002, p.92) entendem estar o Ma-

gistrado incluído e sujeito à penalidade. Já em sentido contrário, Cândido Rangel Dinamarco e Rui Stoco. A discussão encontra-se ainda em fase inicial, tendo em vista a novidade da matéria, não havendo conclusões definitivas a respeito.

4 Conclusão

O tema da punição pelo abuso do direito de demandar desenvolveu-se, historicamente, de forma muito tímida em relação a outros dispositivos processuais, como a tutela específica e assecuratória das obrigações de fazer e não-fazer.

O entendimento dominante reconhecia apenas a conduta desleal, quando realizada pela parte, aplicando a esta a condenação ao pagamento das custas e despesas processuais.

Não obstante o fato de existir uma sanção para o caso, houve certa limitação quanto a ser estendida a punição aos procuradores, mesmo que comprovadamente tivessem realizado condutas previamente descritas e caracterizadas como má-fé processual.

A evolução do pensamento jurídico, inclusive quanto ao papel fundamental do advogado na administração da justiça e pacificação social – inserido com relevância no texto consti-

tucional como sendo indispensável à administração da justiça e inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão –, serviu de pontapé inicial para o debate mais profundo acerca do tema.

Neste sentido, a ordem dos advogados do Brasil, cumprindo com seu papel institucional, através do Estatuto dos Advogados, Lei 8.906/94, inseriu a questão da responsabilidade dos advogados pelos atos praticados no exercício da profissão, quando estes tenham agido com dolo ou culpa. Texto inclusive que vem de encontro com o disposto no Código de Defesa do Consumidor.

Por outro lado, trouxe contribuição fundamental que se refletiu na lei 8.952/94, onde se permitiu ao juiz da lide a possibilidade de agir *ex officio* para punir a deslealdade processual.

Não há como negar os esforços empreendidos pela instituição em prol da ética profissional. Nos últimos cinco anos, os Tribunais de Ética, especialmente na seção de São Paulo da OAB, passaram por grandes transformações. A criação de novas turmas, também regionalizando-as para o interior do Estado, tiveram papel fundamental para a elevação do número dos julgamentos dos procedimentos ético-disciplinares.

Ressalta-se que o advogado é atualmente o único profissional liberal,

sem qualquer vínculo com o órgão judiciário, como no caso de peritos e depositários, que pode ser apenado com uma multa de caráter ético-disciplinar, sem participar do processo como parte, além de submeter-se a um julgamento perante seu órgão de classe.

Afora tais questões, o debate não se restringiu apenas à conduta dos advogados, mas mereceu maiores reflexões dos mais diversos setores, envolvendo toda a comunidade jurídica brasileira, e culminando no entendimento de que todos os que de alguma forma participem do processo podem praticar condutas caracterizadas como deslealdade processual, e por conseguinte sujeitos também às sanções normativas.

Entretanto, mesmo com esta inováção, promovida pela Lei 10.358/2001, críticas continuam pairando sobre os dispositivos processuais que regem a matéria. O debate entre as diversas posições reacende temas como a imparcialidade do juiz, ampla defesa, devido processo legal, até de inúmeros outros, entre eles a impossibilidade do juiz da causa aferir a conduta profissional do advogado, sob pena de infringir a inviolabilidade funcional prevista na Constituição Federal.

Diante destas indagações, verifica-se que existe uma zona cinzenta quanto à condenação pelo abuso do direito de demandar entre situações ex-

clusivamente técnicas, que necessitam de um conhecimento específico na área, e aquelas atitudes que podem também ser consideradas como deslealdade processual, mas verificadas através do julgamento subjetivo do juiz.

A busca de um novo modelo processual, que trate apropriadamente do tema, especialmente a questão dos recursos, penalizando aqueles que se utilizam do processo em desrespeito à realização do direito e promoção da pessoa humana, deve estar em consonância com o compromisso social de propiciar a todos o acesso à justiça, à celeridade no julgamento, e à efetividade da decisão final.

Todas estas questões passam necessariamente pelo crivo de uma reflexão histórica crítica do tema, motivo pelo qual este trabalho foi desenvolvido, e espera-se possa servir de contribuição aos estudiosos do direito.

Notas

¹ Artigo baseado em trabalhos apresentados no curso de Pós-Graduação *stricto sensu* – Mestrado em Direito, da UNIVEM – centro Universitário de Marília, a Fundação Eurípides Soares da Rocha, nas disciplinas: Teorias da Constituição e História do Direito, ministradas respectivamente pelos professores Doutores Oscar Vilhena Vieira e Hercília Mara Facuri Coelho.

Referências bibliográficas

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. v.1

_____. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. v.2

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo civil, Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973*, Rio de Janeiro: Forense, 1991. v.1

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Atual. por Achilles Bevilacqua e Isaías Bevilacqua. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo Ltda, 1956. v.1

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

_____. *A Era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução Alfredo Fraid. 4.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. *Coleções de leis da República dos Estados Unidos do Brasil de 1939*. v.6, p.311-438. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 23 set. 2003.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1937. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, col.1, p.1, 17 jan. 1973. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 23 set. 2003.

BRASIL. Lei n. 6.771, de 27 de março de 1980. Introduz alterações no artigo 17 do Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, col.2, p.5490, 28 mar. 1980. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 24 set. 2003.

BRASIL. Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001. Altera artigos 14, parágrafo único do artigo 154 (vetado), 175 (vetado), 178 (vetado), 253, 407, 433, 575, 584; acresce artigos 431-A, 431-B; revoga inciso III do artigo 575. *Diário Oficial da União*, col.2, p.5, 28 dez. 2001. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 23 set. 2003.

CHEIM JORGE, F.; DIDIER JR., Fredie.; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual: as mudanças introduzidas no código de processo civil pelas leis ns. 10.352 e 10.358, de dezembro de 2001*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3.ed., rev. e ampl. São Paulo: Globo, 2001.

FARAH, Elias. *Cidadania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

FERREIRA MAIA, Valter. *Litigância de má-fé no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FREEMAN, Michael. Direitos humanos universais e particulares nacionais. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*. Cidadania e Justiça: os reflexos da globalização, São Paulo, ano 5, n.11, p.91-92, 2001.

LEÃO, Adroaldo. *O litigante de má-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

LIMA, Alcides de Mendonça. Abuso do direito de demandar. *Revista de Processo*, v.19, p.57-66, jul./set. 1980.

NERY JUNIOR, Nelson.; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor: atualizado até 15.03.2002*. 6.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo; WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). Direitos e sociedade no direito antigo: Mesopotâmia e Egito. *Fundamentos da história do direito*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.31-57

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1997. v.1

STOCO, Rui. *Abuso do Direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do Direito*. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Reflexões sobre gênero e mulher

Tereza Cristina Albieri Baraldi*

Resumo

Reflexões sobre as relações existentes entre Gênero e as questões voltadas para as diferenças existentes entre homens e mulheres, decorrentes do sexo biológico e as desigualdades resultantes das arbitrariedades e da milenar dominação/poder exercido pelos homens sobre as mulheres. Estabelecimento de alguns conceitos de Gênero e suas relações com identidade, natureza, cultura, feminismo, categoria de análise histórica, diferença, desigualdade, direito e cidadania.

Palavras-chave

Gênero. Cultura. Diferença. Desigualdade. Direito. Cidadania.

REFLECTIONS ON GENDER AND WOMAN

Abstract

The present article is about reflections on the relations between gender and the subjects geared towards the differences between man and woman as a result of biological sex and inequality as a consequence of the arbitrariness and the millenary man power/preeminence over woman. It also discusses the settlement of some gender concepts and their relations with identity, nature, culture, feminism, social historiography, right and citizenship.

Keywords

Gender. Culture. Differences. Inequality. Right. Citizenship.

REFLEXIONES SOBRE GÉNERO Y MUJER

Resumen

Reflexiones sobre las relaciones entre Género y las cuestiones que se refieren a las diferencias entre hombres y mujeres, resultantes del sexo biológico y de las desigualdades derivadas de las arbitrariedades y de la milenar dominación/poder ejercido por los hombres sobre las mujeres. Establecimiento de algunos conceptos de Género y sus relaciones con

* Mestre em Educação pela Unesp, professora do Curso de Direito do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília – e Delegada de Polícia.

la identidad, naturaleza, cultura, feminismo, categoría de análisis histórica, diferencia, desigualdad, derecho y ciudadanía.

Palabras clave

Género. Cultura. Diferencia. Desigualdad. Derecho. Ciudadanía.

Ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico, define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que qualificam de feminino.

Simone de Beauvoir

1 Gênero e Identidade: conceitos

Gênero e Identidade são temas complexos, que exigem vários níveis de reflexão e análise. Quando falamos em *gênero e identidade*, tratamos das relações entre os sexos na sua perspectiva social, histórica e cultural. O tema pressupõe, também, uma reflexão sobre a *diferença* nas práticas cotidianas, na elaboração do discurso, na aplicação do Direito, no processo de socialização e na construção da identidade social de *gênero*.

Em termos gerais, *Gênero* pode ser conceituado como o comportamento socialmente construído, de acordo com o sexo da pessoa. Trata-se de um conjunto de práticas, símbolos, representações, normas e valores sociais que as sociedades elaboram, continuamente, a

partir de diferenças sexuais anátomo-fisiológicas.

Essa *diferença* tem um conceito dinâmico por causa das constantes mudanças sociais e da noção de pluralidade. Por sua característica basicamente relacional (homem x mulher), o *gênero* procura destacar que a construção dos perfis de comportamento feminino e masculino define-se um em função do outro, uma vez que se constituíram social, cultural e historicamente em um tempo, espaço e cultura determinados.

A sociedade, através de seus poderosos mecanismos de socialização – linguagem, família (onde são introjetados os primeiros e fortes conteúdos culturais), escola, religião, meios de comunicação – e, finalmente, o Estado, através das leis, vai formando homens e mulheres com comportamentos masculinos e femininos bem definidos.

Assim, desde a década de 80, *gênero* tem sido o termo utilizado para teorizar a questão da diferença sexual no tocante aos papéis desenvolvidos pelos sexos masculino e feminino. Esta diferença acarreta situações de desigualdades, que acaba gerando uma relação

de inferioridade entre homens e mulheres. Dessa forma, a categoria *gênero* reivindica para si um território específico, em face da insuficiência dos corpos teóricos existentes para explicar a persistência da desigualdade entre homens e mulheres.

Dentro da categoria *Gênero*, encontramos as relações *gênero*, que são um elemento constitutivo das relações sociais baseadas nas diferenças hierárquicas que distinguem os sexos e são, portanto, uma forma primária de relações significantes de poder.

No tocante ao conceito de *identidade*, é oportuno considerar (por ser satisfatório) o que consta na Proposta de Declaração dos Direitos Humanos sob a Perspectiva de Gênero, que assim dispõe:

Todas as pessoas têm direito a sua própria identidade como indivíduos, como membros de grupos com os quais se identificam, como membros de uma nação e como cidadãos (ãs) do mundo, com o grau de autonomia e autodeterminação em todas as esferas necessário para preservar sua dignidade e seu sentido de autovalia. Este direito à *identidade* não será afetado negativamente pelo matrimônio.

Em outras palavras, *Identidade* significa a autodeterminação individual em todos os setores da vida, portanto, o conceito de *identidade* é conexo ao de

gênero e significa o reconhecimento das diferenças existentes entre os seres humanos.

As diferenças são biológicas ou culturais, e não implicam a superioridade de alguns em relação aos outros. As desigualdades, ao contrário, são criações arbitrárias, que estabelecem uma relação de inferioridade de pessoas ou grupos em relação a outros. Assim, enquanto as desigualdades devem ser rigorosamente prescritas, em razão do Princípio da Isonomia, as diferenças devem ser respeitadas ou protegidas, conforme signifiquem uma deficiência natural ou uma riqueza cultural.

2 Gênero X Natureza X Cultura

A divisão do trabalho entre os sexos, assim como outras questões de *gênero*, têm origem nas funções biologicamente distintas do homem e da mulher, porém, esses papéis são apenas consequências sociais dessas funções. Como uma questão de *Gênero*, as diferenças de atividades entre homens e mulheres são adquiridas culturalmente – não são congênitadas. A diferença biológica pode ter sido o ponto de partida para essas prescrições, mas, à luz do conhecimento moderno, ficou muito claro que essas diferenças são determinadas exclusivamente pela cultura.

Todos os sistemas humanos de organização são construções culturais, assim como a elaboração complexa de comportamentos, normas e costumes emanados dos seres humanos que a compõem, homens e mulheres dotados de consciência e voltados à mortalidade. No entanto, dentro de um sistema circular de justificativas, a mulher é apresentada, quase universalmente, como ligada à natureza, à contingência biológica, enquanto o homem é apresentado como ligado à cultura, à abstração e à técnica.

A observação da condição feminina – física, social e psicológica – foi usada para ligá-la à natureza e, assim, essa natureza acabou impressa nas instituições, nos costumes e nas leis que tratam das relações entre os homens e as mulheres e entre estes e o Estado.

Essa identificação simbólica, que é puramente cultural, pretende justificar a subordinação da mulher, pois se a cultura humana tem como fim transcender e submeter a natureza, a mulher, considerada ligada à natureza por suas funções reprodutoras, estaria incluída nesse objetivo da cultura.

Assim, essa aproximação da mulher com a natureza lhe teria atribuído as funções domésticas, do alimento e de manutenção dos filhos, enquanto ao homem atribuiu as funções públicas.

Faz-se necessário entendermos as fontes de subordinação feminina, para obtermos os meios pelos quais essa subordinação poderá ser superada. Até hoje, as atividades econômicas e políticas da mulher são restringidas pelas responsabilidades que lhe são atribuídas pela cultura nos cuidados com os filhos, com o lar, com a família – responsabilidades que constituem um compromisso duradouro e absorvente, de tal forma que não tem similar nas atividades masculinas.

A cultura, conforme sustentam Rosaldo e Lamphere (1979), é o sistema de pensamento e de tecnologia intrinsecamente ligados aos interesses mais gerais dos agrupamentos humanos, que garantem seu controle sobre a natureza, seja esta tida como benéfica ou destruidora.

Já vimos que a colocação da mulher em uma categoria com afinidade mais direta com a natureza é de ordem cultural, e esta é baseada na excessiva importância que se dá à função puramente fisiológica de procriação específica das mulheres. As funções do corpo são usadas como determinantes para seus papéis sociais, considerados inferiores ao do homem, e esses papéis tradicionais formam na mulher uma estrutura psíquica diferenciada, que também é vista pela cultura como mais ligada à natureza.

Assim, para provar a subalternidade da mulher, apelou-se não somente para a religião, a filosofia e a teologia do mundo antigo, mas também à biologia, à psicologia e ao direito do mundo moderno. O círculo vicioso se instalou. Quando um indivíduo ou um grupo é mantido em situação de inferioridade, torna-se inferior; e as mulheres ainda hoje são consideradas inferiores aos homens na concepção cultural. São as arbitrariedades cometidas nas relações de gênero que sustentam as situações de desigualdades.

3 Gênero e o feminismo

O feminismo foi o grande responsável pela maior visibilidade das mulheres e a conseqüente conquista de direitos. Segundo Sâmara; Soihet; Matos (1997, p.63), “As feministas americanas foram as que primeiro utilizaram o termo gênero para acentuar o caráter fundamentalmente social das distinções baseadas no sexo”, indicando uma rejeição ao determinismo biológico implícito no uso dos termos como *sexo* ou *diferença sexual* (inteiramente ligados à concepção natural, da natureza feminina).

Após a 2ª Guerra Mundial, graças aos movimentos feministas, as mulheres conquistaram novos espaços so-

ciais em função de um conjunto de fatores que lhes deu visibilidade. Um desses fatores foi a maior presença feminina no mercado de trabalho, inclusive no espaço educacional, aliado à expansão da luta das mulheres pela liberdade e igualdade de direitos, uma conquista do espaço público que, repetido, derivou da afirmação dos movimentos feministas.

É importante observar que, no final do século XIX, no mundo todo, as reivindicações femininas se concentravam basicamente na educação feminina e no direito de voto para as mulheres. No Brasil, a partir da década de 20, o feminismo, representado exponencialmente por Bertha Lutz, Maria Lacerda de Moura e Eugenia Cobra, também lutava pela emancipação política feminina paralelamente às lutas operárias.

Apesar da potencialização das lutas femininas remontarem ao início do século XX, suas reivindicações só retomaram expressão em 1975 com a instituição do ano Internacional da Mulher, pela ONU.

É oportuno lembrar que, embora nessa época o contexto político fosse desfavorável às reivindicações feministas porque estávamos sob governos militares, os temas que interessavam mais às mulheres eram: contracepção, aborto, violência sexual, somados às exigên-

cias de melhorias no trabalho e da cidadania das mulheres.

Na década de 70, somaram-se à luta feminista outros canais de participação da mulher, que consistiam em movimentos por melhores condições de vida que ocuparam ainda mais o espaço social e político, tais como melhoria nas áreas da saúde, educação, saneamento básico, habitação, e esses movimentos ocorriam no âmbito dos bairros, escolas, creches e igrejas.

Assim, conforme Matos (2000), ensina, a partir de 70, as mulheres passaram a ser objeto de estudo, uma vez que se tornaram mais visíveis na sociedade e na academia, onde os estudos sobre a mulher se encontravam marginalizados da maior parte da produção intelectual e da documentação oficial.

4 Gênero como categoria de análise histórica

A partir dos anos 80, o feminismo passou por toda uma autocrítica: antigas plataformas como a busca pela igualdade de condições e direitos em relação aos homens e a procura da construção de uma identidade feminina única, foram em parte questionadas, pontuadas pela diversidade dentro das próprias lutas femininas. As mulheres penetravam nos movimentos sociais,

expressando suas reivindicações no interior dos partidos, sindicatos e inúmeras associações, além de se descobrir a diversidade dentro do próprio movimento feminista. Assim, o feminismo é revisto internamente. As feministas convenceram-se de que sua luta deixou de ser uma luta localizada e demandava diversas áreas de atuação e reivindicações múltiplas, que se interligavam.

Dessa forma, a categoria *gênero* surgiu dentro do movimento feminista, que descobriu que ele não era homogêneo – cada região e casa sociedade tinha sua luta.

Ainda, como ensina Matos (2000), *gênero*, enquanto nova categoria de pesquisa, vem procurando dialogar com outras categorias históricas já existentes. Reafirmamos que, por sua característica basicamente relacional, a categoria *gênero* procura destacar que os perfis de comportamento feminino e masculino definem-se um em função do outro.

Os estudos de *gênero* têm-se mostrado como um campo multidisciplinar, com uma pluralidade de influências e vertentes que tentam reconstruir experiências que foram excluídas em todas as áreas do conhecimento.

Assim, discorreremos sobre *gênero* e *relações de gênero*, que possuem conceitos diferentes, porém conexos. *Gênero* é

uma categoria histórica de pesquisa. *Relações de gênero* são os fatos decorrentes das relações existentes entre pessoas que desenvolvem papéis masculinos e papéis femininos (na sua maior amplitude), construídos social, cultural e historicamente pelas sociedades. As *relações de gênero* são objeto de estudo de uma categoria de pesquisa denominada *Gênero*.

Dessa forma, podemos dizer que o conceito de *gênero* e de *relações de gênero* pode ser universal, mas os papéis desempenhados por homens e mulheres, que influenciam nas *relações de gênero*, podem ser diferentes de sociedade para sociedade.

É importante lembrar que, partindo-se do pressuposto de que não se pode fazer história sem registros, além do que, tratando-se de questões de *gênero*, os desafios na busca de dar visibilidade às mulheres do passado, torna-se indispensável a organização de documentos, arquivos e bibliotecas temáticas bem como a produção de inventários e outros elementos que possam visibilizar a pesquisa dessa categoria.

5 Gênero e Direito

O Direito é o fundamento da ordem social: organiza a vida social e atri-

bui às pessoas deveres e obrigações, reciprocidade de poderes e de faculdades. Tem origem na própria sociedade e se refere ao ser humano desde o momento em que é concebido, em todos os passos de sua vida até sua morte e depois dela pelos sucessores.

Se partirmos do pressuposto de que a coexistência social deriva da natureza humana e que o Direito é o fundamento dessa coexistência, ele, como conjunto de normas estatais, é uma força social e tem como finalidade última o aperfeiçoamento da coletividade mediante o aperfeiçoamento do indivíduo.

A norma jurídica, que positiva o Direito, é o resultado da realidade social e reflete os objetivos, as crenças, os valores e os princípios éticos de uma determinada sociedade (se considerarmos a produção legislativa de um Estado Democrático).

O Direito deve-se adequar à evolução da sociedade, vivenciada através do desenvolvimento econômico e social e de reivindicações e lutas dos próprios sujeitos do Direito. Sendo, ao mesmo tempo, renovador e conservador, deve inovar na medida em que o social o exija. Na prática, o Direito nunca evoluiu de forma regular, havendo, muitas vezes, uma grande defasagem entre o Direito existente e a realidade social e humana.

6 Gênero e Cidadania

O movimento feminista sempre buscou a igualdade entre homens e mulheres, para redução das diferenças existentes em todos os aspectos. Com efeito, se entendemos que a diferença é um produto da opressão, no campo jurídico, o que deve ser reivindicado é a igualdade formal.

A idéia da igualdade pode ser pensada em diferentes níveis e remete, imediatamente, para a idéia de cidadania. A cidadania, em sentido estrito, está fundamentada na ordem jurídica de um Estado.

Quando lutamos, no Brasil, contra a ditadura militar, estávamos atuando a partir de uma idéia de cidadania política, buscávamos a igualdade do ponto de vista político. Quando discutimos a questão da igualdade ou desigualdade no emprego e no mercado de trabalho, estamos trabalhando com uma idéia de cidadania social. Quando buscamos a aplicação do Direito de forma igual para homens e mulheres, estamos diante da igualdade jurídica, formal.

Vivemos numa sociedade em que, do ponto de vista real, homens e mulheres, negros e brancos, orientais e ocidentais, não são iguais.

Mas, se partirmos do pressuposto de que essa diferença tem uma mesma origem e definição social, a questão

que se apresenta é se teria sentido a aplicação igual do Direito existente, que foi formatado na mesma matriz para aplicação a pessoas consideradas e reconhecidas como diferentes pela própria *construção social*? ou o conceito de igualdade, no campo de aplicação do Direito deve ser repensado?

No que diz respeito à igualdade formal, a reivindicação feminista é a da aplicação das normas jurídicas de forma igual para homens e mulheres, ou seja, igual sujeição às normas que se criticam porque a importância delas foi estabelecida sem a adequada consideração da origem e da definição social das diferenças. Em outras palavras, se as normas jurídicas foram feitas para a aplicação geral, como podem os efeitos de sua aplicação serem os mesmos para homens e mulheres, já que há uma diferença histórica, cultural e social de origem entre eles, baseada nas desigualdades?

Parece-nos que tal questão tem recebido uma solução governamental, através das Ações Afirmativas, pelo menos no que diz respeito às relações do mundo do trabalho. Entende-se por Ações Afirmativas as políticas públicas que têm como meta corrigir anti-gas e novas discriminações.

Países como os Estados Unidos e os da atual União Européia, desde os

anos 50, envolveram uma pluralidade de locutores para trabalhar com a questão das Ações Afirmativas ou discriminações positivas: movimentos de mulheres, as organizações sindicais e as instituições do poder público, cujo resultado convergiu em modelar os primeiros princípios de igualdade entre homens e mulheres no corpo jurídico/legal e no cotidiano das relações democráticas.

No Brasil, no âmbito jurídico, já encontramos as Ações Afirmativas presentes a partir da metade da década de 80, quando iniciávamos o processo de redemocratização do nosso Estado. Uma das primeiras políticas públicas visíveis para reduzir a desigualdade na questão de direitos entre homens e mulheres foi a criação das Delegacias de Polícia de Defesa da Mulher no Estado de São Paulo. Criação que, depois, foi sendo imitada pelos demais Estados-federados.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 foi a grande portadora das normas de caráter afirmativo intentadas pelos Constituintes. Com a efetivação das normas Constitucionais portadoras das também chamadas discriminações positivas, estamos assistindo à redução das desigualdades nas consequências das relações de gênero, principalmente nas relações do trabalho.

Para proteção da mulher nas relações hierárquicas decorrentes do trabalho, até um tipo penal foi criado (embora a mulher não seja a vítima exclusiva) nas relações de poder que envolvem o trabalho, principalmente na posição de hipossuficiência em que a mulher, geralmente, se encontra: o crime de Assédio Sexual, muito comum nas relações laborais.

A evolução dos direitos da mulher faz-se paralelamente à própria evolução do Direito, variando enormemente de Estado para Estado, segundo suas culturas mais ou menos machistas. O ritmo dessa evolução é muito mais lento do que o ritmo da evolução do Direito em geral, porém, podemos dizer que um dos sinais exteriores do desenvolvimento harmônico de uma sociedade é a posição igualitária real da mulher nessa sociedade.

Admitimos que a modificação da lei, por si só, não é suficiente para extirpar preconceitos profundamente enraizados em certas camadas sociais. A lei só tem sentido social se for eficaz e ela só poderá ser eficaz se for conhecida e invocada por quem dela possa se beneficiar. No caso da mulher, percebe-se que, até hoje, o seu nível de informação é menor do que o do homem — esta observação vale para todos os países (e especialmente para o Brasil) com sua população de baixo nível educacional.

No entanto, embora a lei por si só não garanta a queda dos preconceitos e discriminações, é indispensável a existência da lei igualitária para homens e mulheres para dar respaldo a uma mudança efetiva da condição social feminina, na medida das conquistas já realizadas através dos séculos de opressão e de mal-entendidos.

Conclusão

Um processo histórico secular construído culturalmente, no cotidiano das sociedades, e alicerçado por conquistas econômicas e tecnológicas, sobretudo nas últimas décadas, não se muda com passe de mágica – vide os resultados dos esforços do movimento feminista. Mas justamente os avanços tecnológicos, em todos os setores da cultura moderna, abrem espaços – paulatinamente, é verdade – para que a mulher desenvolva seu potencial e conquiste respeito em terrenos anteriores eminentemente masculinos. Trata-se de uma espécie de abertura em que as contradições sócio-culturais da discriminação e do preconceito sobre a atuação da mulher vão-se evidenciando, sendo discutidas e, por que não, diluídas.

Neste ritmo, a perspectiva feminina parece bastante otimista. Os espaços conquistados se ampliam geome-

tricamente e de forma irreversível. Se há muito o que fazer ainda, certamente tudo se passará, daqui para frente, em décadas e não mais em séculos. E homens e mulheres se descobrirão *pessoas*, diferentes, sim, mas complementares, portanto semelhantes. E a isonomia será consequência matemática. Basta seguir em frente, sem abrir mão de direitos ou de deveres, sejamos homens ou mulheres: em última análise, cidadãos!

Referências bibliográficas

- BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*. São Paulo: Difel, 1960.
- DOCUMENTO n° E/CN.4/1998/NGO/3: Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas – Genebra, 1998.
- MATOS, Maria Izilda S. de. *Por uma História da Mulher*. Bauru/SP: Edusc, 2000.
- ROSALDO, M. Zimbalist; LAMPHERE, L. (Org.). *A Mulher, a Cultura e a Sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- SAMARA, Eni de Mesquita; SOIHET, Rachel; MATOS, Maria Izilda S. de. *Gênero em Debate: trajetória e perspectivas na historiografia contemporânea*. São Paulo: Educ, 1997.

Responsabilidade civil do hospital

Vinícius Bernardes Caldereiro*
Raquel Rosan Christino Gitahy**

Resumo

A normatização da responsabilidade civil deve caminhar para a procura de uma efetiva reparação do dano, sendo de se alterar a sistemática adotada sempre que os mecanismos de reparação sucumbam diante de uma realidade que se mostre distante da norma ideal, sob pena de se produzir cada vez mais o fruto da injustiça e desequilíbrio social.

Observando o cotidiano, percebemos a injustiça realizando-se em torno de um dos bens fundamentais do homem: o direito à saúde, que fica prejudicado com a má prestação de serviço dos hospitais.

O presente trabalho é um estudo sobre qual a responsabilidade civil destes estabelecimentos de saúde, sejam eles públicos ou privados, a fim de que o cidadão tome consciência da responsabilidade civil que eles possuem.

Palavras-chave

Hospital. Responsabilidade civil. Direito civil. Indenização.

THE CIVIL LIABILITY OF THE HOSPITAL

Abstract

The normalization of the civil liability has to set out for an effective repairing of damage as well as modify the systematics whenever the repairing mechanisms fail in the face of a reality far from the ideal principles. Therefore, injustice and social unbalance may follow from this failure.

The right to healthcare, one of our basic possessions, comes to harm when hospitals render bad quality services. The present work is intended for studying the civil liability of public or private health centers so that the citizens can be conscious of it.

Keywords

Hospital. Civil liability. Civil law. Indemnity.

* Aluno do curso de Direito do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília.

** Doutora em educação pela Unesp. Professora do Curso de Direito do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília, da Universidade do Oeste Paulista e Instituição Toledo de Presidente Prudente

No entanto, embora a lei por si só não garanta a queda dos preconceitos e discriminações, é indispensável a existência da lei igualitária para homens e mulheres para dar respaldo a uma mudança efetiva da condição social feminina, na medida das conquistas já realizadas através dos séculos de opressão e de mal-entendidos.

Conclusão

Um processo histórico secular construído culturalmente, no cotidiano das sociedades, e alicerçado por conquistas econômicas e tecnológicas, sobretudo nas últimas décadas, não se muda com passe de mágica – vide os resultados dos esforços do movimento feminista. Mas justamente os avanços tecnológicos, em todos os setores da cultura moderna, abrem espaços – paulatinamente, é verdade – para que a mulher desenvolva seu potencial e conquiste respeito em terrenos anteriores eminentemente masculinos. Trata-se de uma espécie de abertura em que as contradições sócio-culturais da discriminação e do preconceito sobre a atuação da mulher vão-se evidenciando, sendo discutidas e, por que não, diluídas.

Neste ritmo, a perspectiva feminina parece bastante otimista. Os espaços conquistados se ampliam geome-

tricamente e de forma irreversível. Se há muito o que fazer ainda, certamente tudo se passará, daqui para frente, em décadas e não mais em séculos. E homens e mulheres se descobrirão *pessoas*, diferentes, sim, mas complementares, portanto semelhantes. E a isonomia será consequência matemática. Basta seguir em frente, sem abrir mão de direitos ou de deveres, sejamos homens ou mulheres: em última análise, cidadãos!

Referências bibliográficas

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*. São Paulo: Difel, 1960.

DOCUMENTO nº E/CN.4/1998/NGO/3: Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas – Genebra, 1998.

MATOS, Maria Izilda S. de. *Por uma História da Mulher*. Bauru/SP: Edusc, 2000.

ROSALDO, M. Zimbalist; LAMPHERE, L. (Org.). *A Mulher, a Cultura e a Sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

SAMARA, Eni de Mesquita; SOIHET, Rachel; MATOS, Maria Izilda S. de. *Gênero em Debate: trajetória e perspectivas na historiografia contemporânea*. São Paulo: Educ, 1997.

Responsabilidade civil do hospital

Vinícius Bernardes Caldereiro*
Raquel Rosan Christino Gitahy**

Resumo

A normatização da responsabilidade civil deve caminhar para a procura de uma efetiva reparação do dano, sendo de se alterar a sistemática adotada sempre que os mecanismos de reparação sucumbam diante de uma realidade que se mostre distante da norma ideal, sob pena de se produzir cada vez mais o fruto da injustiça e desequilíbrio social.

Observando o cotidiano, percebemos a injustiça realizando-se em torno de um dos bens fundamentais do homem: o direito à saúde, que fica prejudicado com a má prestação de serviço dos hospitais.

O presente trabalho é um estudo sobre qual a responsabilidade civil destes estabelecimentos de saúde, sejam eles públicos ou privados, a fim de que o cidadão tome consciência da responsabilidade civil que eles possuem.

Palavras-chave

Hospital. Responsabilidade civil. Direito civil. Indenização.

THE CIVIL LIABILITY OF THE HOSPITAL

Abstract

The normalization of the civil liability has to set out for an effective repairing of damage as well as modify the systematics whenever the repairing mechanisms fail in the face of a reality far from the ideal principles. Therefore, injustice and social unbalance may follow from this failure.

The right to healthcare, one of our basic possessions, comes to harm when hospitals render bad quality services. The present work is intended for studying the civil liability of public or private health centers so that the citizens can be conscious of it.

Keywords

Hospital. Civil liability. Civil law. Indemnity.

* Aluno do curso de Direito do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília.

** Doutora em educação pela Unesp. Professora do Curso de Direito do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília, da Universidade do Oeste Paulista e Instituição Toledo de Presidente Prudente

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL HOSPITAL

Resumen

La reglamentación de la responsabilidad civil debe caminar hacia la búsqueda de una efectiva reparación del daño, así como la alteración de la sistemática adoptada siempre que los mecanismos de reparación sucumban frente a una realidad que se muestre alejada de la norma ideal, bajo la pena de producir cada vez más el fruto de la injusticia y del desequilibrio social.

Observando el cotidiano, percibimos la injusticia realizándose alrededor de uno de los bienes fundamentales al hombre: el derecho a la salud, que se queda perjudicado con la mala prestación de servicios de los hospitales.

El presente trabajo es un estudio sobre cuál la responsabilidad civil de estos establecimientos de salud, ya sean ellos públicos, ya sean privados, a fin de que el ciudadano tome conciencia de la responsabilidad civil que ellos poseen.

Palabras-Clave

Hospital. Responsabilidad civil. Derecho civil. Indemnización.

Considerações iniciais

Origina-se a palavra *responsabilidade* do latim *re-spondere*, que aponta a idéia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Possui o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir.

Segundo (FRANCISCO apud BERNARDI, s.d):

a responsabilidade é o sistema encarregado de manter o equilíbrio preconizado e buscado pelo direito e que se encontra a cada instante abalado pela realidade fática das violações e dos danos intermináveis. É a válvula de restauração do império das leis e princípios

Pela citação acima, percebemos que não há como conceber uma teoria da responsabilidade civil-senão dentro deste escopo dinâmico. Toda a estruturação normativa da responsabilidade civil deve voltar-se para a procura de uma efetiva reparação do dano, sendo de se alterar a sistemática adotada sempre que os mecanismos de reparação sucumbam diante de uma realidade que se mostre cada vez mais fruto de injustiça e desequilíbrio social.

Voltando-se à reparação efetiva do dano encontramos como objeto do presente estudo a responsabilidade civil do hospital. Porém, devido a sua diversidade de natureza como público e privado, faremos a verificação da res-

ponsabilidade civil de forma multifacetada, considerando tais naturezas.

A responsabilidade civil do hospital particular

A natureza jurídica da responsabilidade dos hospitais em face de seus pacientes, internos ou não, é contratual. Segundo Dias (1999), trata-se de obrigação semelhante à dos hoteleiros, pois

[...] na realidade, essa obrigação participa do caráter das duas responsabilidades com que se identifica, isto é, tanto compreende deveres de assistência médica, como de hospedagem, cada qual na medida e proporção em que respondem, isoladamente, os respectivos agentes. (DIAS apud CINTRA, s.d).

Se o doente for admitido como contribuinte, forma-se entre ele e o hospital um contrato, impondo ao último a obrigação de assegurar ao primeiro, na medida do estipulado, as visitas, atenções e cuidados que seu estado necessita.

Porém, atualmente, não há mais a aplicação da teoria comum da responsabilidade contratual, segundo a qual o contratante se presume culpado pelo não alcance do resultado a que se obrigou. Pelo novo Código Civil a responsabilidade é objetiva, podendo ser fundamentada nos artigos 932 III, 933 e

942 parágrafo único, que salientam, respectivamente:

São também responsáveis pela reparação civil: o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele.

As pessoas elencadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

São solidariamente responsáveis com os autores, os co-autores e as pessoas designadas no artigo 932.

Ainda, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, parágrafo VI, determina que

As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo, ou culpa.

Assim, fica bem caracterizada a responsabilidade dos hospitais pelos atos daqueles que neles exercem as suas atividades profissionais. Nota-se que foi estendido pela Constituição Federal de 1988 ao setor privado, quando prestador de serviço público. A idéia sobre o

caráter de serviço público dos prestadores de serviços de saúde pode ser reafirmada com o artigo 6º, da Constituição Federal, em seu *caput*: "São direitos sociais, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

O artigo 196, também da nossa Constituição Federal ressalta que

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Fixa-se bem o caráter de serviço público, mesmo que delegado, da atividade de prestação de serviços hospitalares.

No caso de haver condenação do hospital por causa da atividade médica, deve ser comprovada a culpa do médico e, sendo condenado o hospital, cabe-lhe o direito de regresso contra o médico causador do dano ao paciente, pois a condenação do hospital só se terá dado por ter ficado comprovada a culpa no agir do médico. Ao hospital cabe a denúncia da lide daquele que saiba ser o responsável pelos danos que o autor alega contra ele.

A obrigação do hospital para com o paciente é de meios e não de resultado. Não há obrigação do hospital de curar o paciente. Relaciona-se isto com a assistência médica que o hospital presta. Deve ser: adequada, diligente e prudente. No tocante às outras atividades dos hospitais, ou seja, as que são inerentes à sua atividade como empresa hospitalar, que não seja a assistência médica, aplica-se a responsabilidade civil ao hospital, porque, na relação que possui com o paciente, há implícita a cláusula de incolumidade, que provém da obrigação de meios do estabelecimento. A obrigação de manter incólume o paciente se enquadra na obrigação de resultado, quando o hospital deve manter incólume o paciente enquanto houver estado nas suas instalações, deixando-o salvo de outros danos que não sejam atos médicos.

O hospital tem obrigação de vigiar e fiscalizar o trabalho dos seus prepostos (médicos ou não), havendo a responsabilização hospitalar, devido a defeitos que causem prejuízo aos pacientes. Além da responsabilidade do hospital, há a responsabilidade solidária de outras entidades pelos atos médicos realizados em suas dependências; exemplificando, temos: empresa prestadora de serviço de saúde, nas modalidades de seguro saúde, planos de saúde ou previdência social pública.

A solidariedade descrita acima pode ser estendida a todos os participantes do atendimento hospitalar médico, hospital e entidade que se responsabiliza pela cobertura dos gastos do paciente.

Não é difícil demonstrar que responderão pela lesão todos os que concorreram, sendo responsáveis de qualquer maneira pela sua ocorrência.

O código de defesa do consumidor e a responsabilidade civil dos hospitais particulares

Quando tratamos da responsabilidade civil dos hospitais particulares, é fundamental a discussão a respeito da aplicação do artigo 14 do Código Defesa do Consumidor, que salienta:

O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Podemos afirmar que o artigo aplica-se para o caso dos que defendem o fundamento da responsabilidade dos hospitais de forma objetiva, como bem escreve Stoco (1995):

[...] não se pode negar que os hospitais são prestadores de serviço médico e de hospedagem. O hospital firma com o

paciente internado um contrato hospitalar, assumindo a obrigação de meios consistentes em fornecer serviços médicos (quando o facultativo a ele pertence) ou apenas em fornecer hospedagem (alojamento, alimentação) e de prestar serviços paramédicos (medicamentos, instalações, instrumentos, pessoal de enfermagem etc...).

No que pertine aos primeiros (serviços médicos), quando o paciente é tratado por seus próprios facultativos, os serviços prestados são aqueles concernentes ao tratamento médico contratado. Constitui uma atividade de meio e não de resultado, de modo que se obriga apenas a propiciar o melhor serviço ao seu alcance, tudo fazendo para cumprir aquilo a que se propôs. Não se obriga efetivamente a curar o paciente, mas em agir com a máxima diligência para obter o resultado querido, sem ser responsabilizado caso o resultado almejado não seja alcançado.

Quanto aos segundos, sua atividade é assemelhada à dos hotéis e pensões. Compromete-se a fornecer acomodações e refeições condignas e condizentes com o preço estabelecido. (STOCO apud CINTRA, s.d).

É de se observar, portanto, que, se houver dano ao paciente atribuído ao hospital por causa da atuação de seus empregados, decorrendo da atividade médica, vai ser aplicado o parágrafo 4º, do artigo 14 do Código Defesa do Consumidor (responsabilidade aquiliana), que salienta: "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa."

É exigido que seus prepostos atuem normalmente e que a cirurgia seja feita segundo as técnicas usuais e utilização dos instrumentos adequados. Se isto acontecer, o contrato estará cumprido. Sendo descumpridas essas mínimas condições, haverá o inadimplemento contratual.

Se o doente não for atendido pela recusa do estabelecimento hospitalar, a falta de assistência por defeito da organização, não mantendo o plantão ou os serviços necessários para atender a uma emergência que é previsível, é um fator que determina a responsabilidade do hospital. Já se o não-atendimento for decorrente de encaminhamento a outro hospital, se justificada a remessa do doente a um hospital de referência, não haverá motivo para se atribuir a responsabilidade. Normalmente, o médico que ordena reencaminhamento de paciente, devido à falta de leito ou condições de atendimento, age com diligência e não deve ser considerado culpado. Não há obrigação do hospital de se preparar para todos os casos de emergência, sendo certo que todos são aparelhados com unidades de pronto-socorro, elidindo culpa, e ainda inviabilizando a técnica da presunção da culpa, sendo uma eterna responsabilização.

O Código de Defesa do Consumidor não fala em responsabilidade presumida do patrão em relação ao

empregado, pois a fundamentação da responsabilidade civil do fornecedor deixou de ser a relação contratual, assim como o fato de terceiro para se materializar na relação de consumo contratual ou não, quando responde objetivamente o hospital, como fornecedor de serviços, quando há o defeito na sua prestação.

Responsabilidade civil dos hospitais públicos

Há questão interessante no fundamento da responsabilidade dos hospitais públicos devido a falha ou defeito na prestação do serviço público de saúde.

Serviço, conforme conceito contido no parágrafo 2º, do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor “é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante **remuneração**, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

Tratando-se de direito à saúde e à vida humana, garantidos pela Constituição Federal, como garantia fundamental, mesmo que os serviços prestados sejam gratuitos, não há isenção de dever da entidade hospitalar em assegurar esses direitos do paciente. O fundamento jurídico dessa responsabilidade será objetiva, de acordo com o artigo 37, parágrafo 6º da Constituição

Federal de 1988, não se aplicando as regras estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de um serviço público derivado da atividade precípua do Estado, que visa ao bem comum.

Já foi decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que na responsabilidade dos hospitais se inclui a inculmidade, mesmo quando o tratamento seja gratuito.

No art. 932 do Novo Código Civil, existe a solidariedade, no caso do empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele. Assim, a vítima pode mover a ação contra qualquer um ou contra todos os devedores solidários.

Utilizando-se o padrão do empregado, ambos correm o risco de que, da atividade daqueles, surja dano para terceiros. Ocorrendo o dano referido, responderão solidariamente com os causadores diretos aqueles sob cuja dependência estes se achavam.

Foi adotado o princípio da responsabilidade objetiva, pois o Estado tem o dever de indenizar sempre que se demonstrar a existência do fato, praticado por agente do serviço público que, nesta qualidade, causar dano, eximindo-se a administração, total ou parcialmente, se provar força maior, fato

necessário ou inevitável da natureza, ou a culpa exclusiva ou concorrente da vítima.

O Estado não tem o dever de indenizar por danos decorrentes do exercício de sua atividade médico-hospitalar sempre que demonstrar que a causa não foi posta por médico a seu serviço, mas decorrente das condições próprias do paciente.

Enuncia o art. 933, que os empregadores, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos seus empregados, serviçais e prepostos, referindo-se aos atos ilícitos, culposos em sentido lato, compreendendo a culpa e o dolo do empregado. Havendo dolo ou culpa *stricto sensu* do empregado na causa do dano, presume-se, *ipso facto* e de forma irrefragável, a responsabilidade (e não a culpa, por se tratar de responsabilidade objetiva) do empregador.

São necessários três requisitos, para que exista responsabilidade do empregador por ato do preposto, cuja prova incumbe ao lesado:

1º) a qualidade de empregado, serviçal ou preposto, do causador do dano (prova de que o dano foi causado por preposto);

2º) conduta culposa (dolo ou culpa *stricto sensu*) do preposto;

3º) que o ato lesivo tenha sido praticado no exercício da função que lhe competia, ou em razão dela.

O que se faz mais importante nessas relações é o vínculo hierárquico de subordinação.

Assim, se o ato ilícito foi praticado fora do exercício das funções e em horário incompatível com o trabalho, não acarreta a responsabilidade do empregador. Isso não significa, porém, que o empregador fique exonerado de responsabilidade porque o ato do empregado se revista de dolo, ou seja, contra suas instruções. (GONÇALVES, 2002, p.148-149).

Os hospitais públicos da União, Estados, Municípios, suas empresas públicas, autarquias e fundações, estão submetidos a um tratamento jurídico diverso, uma vez que suas relações estão no Direito Público dentro do direito administrativo, tendo, portanto, o Poder Público responsabilidade de natureza extracontratual, pois na relação paciente-hospital não se tem propriamente um contrato.

Porém autores como Dias e Monteiro (s.d) sustentam que, embora entre o doente e o médico que o assiste, por dever de ofício, em hospital público, não haja contrato, deve ser reconhecida a existência de uma relação contratual de fato entre o pacien-

te e a organização hospitalar, pois o doente internado não é um estranho. Os deveres de cuidado e de proteção que resultam do comportamento típico da internação derivam do princípio da boa-fé, e o seu descumprimento pode ser examinado, no direito brasileiro, à luz dos artigos 186 e 927 do Código Civil.

Será significativa e representará, sem dúvida um avanço entre nós, em matéria de responsabilidade civil, a inovação constante do parágrafo único do art.927 do Novo Código Civil. A admissão da responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco para os direitos de outrem, da forma genérica, como consta do texto, possibilitará ao Judiciário uma ampliação dos casos de dano indenizável.

Conclusão

O presente ensaio buscou enfatizar a responsabilidade civil dos hospitais, tendo em vista duas diferentes naturezas: o público e o privado.

O posicionamento dos Tribunais é no sentido de não admitir a prova de que não houve culpa do padrão, uma vez provada a do preposto. O padrão não pode exonerar-se de sua responsabilidade alegando que escolheu preposto devidamente habilitado para o exercício da função.

O Novo Código Civil consagrou a responsabilidade objetiva, independentemente de culpa, dos empregadores e comitentes pelos atos de seus empregados, serviços e prepostos (art.933), afastando, assim, qualquer dúvida que ainda exista sobre o assunto, ficando prejudicada a Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, que referia-se ainda a "culpa presumida" dos referidos responsáveis.

O empregador tem que comprovar que o causador do dano não é seu empregado ou preposto, ou que o dano não foi causado no exercício do trabalho que lhe competia, ou em razão dele, para aí sim, livrar-se da obrigação de indenizar.

Não se pode negar o avanço cada vez maior em efetivar a proteção à saúde do paciente, geralmente tido como a parte vulnerável na relação com os hospitais. Frente aos obstáculos da concretude da justiça nos danos vindos das relações hospital-paciente, percebemos que o conhecimento do problema em questão, por parte do leitor, torna-se uma ferramenta importante na construção de um sistema jurídico mais acessível àqueles que têm um de seus direitos fundamentais violados: o direito à saúde. A detenção da ferramenta do conhecimento sobre o tema é o que procuramos, de forma modesta, fazer no presente texto.

Referências bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil dos Médicos. *Revista Jurídica*, n.231, Jan. 1997, p.122.

BERNARDI, Silvia Waltrick. Responsabilidade da pessoa jurídica frente ao erro médico. Disponível em: <<http://www2.estacio.br/graduacao/direito/novos/arquivos/Direito do Consumidor>>. Acesso em: 07 de Jan. 2003.

BITTAR, Carlos Alberto (Coord.) *Responsabilidade Civil Médica, Odontológica e Hospitalar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BRASIL. Código Civil (2002). *Novo Código Civil*. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em vigor a partir de 11 de janeiro de 2003. Organização do texto: Joyce Angher. São Paulo: Ridel, 2002. Coleções de Leis Rideel. Legislação brasileira.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Maurício Antonio Ribeiro Lopes. 5.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 266p.

CINTRA, Lília de Pedro. *Da responsabilidade civil dos estabelecimentos de saúde*. Disponível em: <http://www12.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2458>. Acesso em: 21 de Dez. 2002.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v.1.

DIAS, Figueiredo; MONTEIRO, Jorge. Responsabilidade Médica em Portugal. *Revista Forense*, n.289, p.53, s.d.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 7. Ed. Atual. E ampl. De acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SOUZA, Neri Tadeu Câmara. *Responsabilidade Civil do Hospital*. Disponível em: <http://br.geocities.com/erromedicoresp>. Acesso em: 14 de Dez. 2002.

STOCO, Ruy. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 316p.

Bioética en la constitución mundial

Norma González Pacheco, del Foro de la ética mundial, propone la bioética a la humanidad.

Indice: Víctor Rodríguez

El mundo actual se enfrenta a una crisis de valores que afecta a todos los ámbitos de la vida humana. La bioética, como disciplina que estudia las implicaciones éticas de los avances científicos y tecnológicos en el campo de la vida, ofrece una perspectiva fundamental para abordar esta crisis. En un mundo donde la ciencia avanza a un ritmo vertiginoso, es necesario que la ética acompañe a la investigación y a la aplicación de los conocimientos. La bioética no solo se ocupa de los dilemas morales que surgen en la práctica clínica, sino que también aborda cuestiones más amplias relacionadas con el medio ambiente, la justicia social y el futuro de la humanidad. Por lo tanto, la bioética debe ser considerada una herramienta esencial para la construcción de una sociedad más justa y equitativa.

La bioética es una disciplina que surge de la interacción entre la biología y la ética. Su objetivo principal es analizar y evaluar las implicaciones morales de los avances científicos y tecnológicos en el campo de la vida. Esto incluye, entre otros, temas como la clonación, la manipulación genética, el uso de animales en experimentos, la eutanasia y el aborto. La bioética también se ocupa de cuestiones más amplias relacionadas con el medio ambiente, la justicia social y el futuro de la humanidad.

La bioética es una disciplina que surge de la interacción entre la biología y la ética. Su objetivo principal es analizar y evaluar las implicaciones morales de los avances científicos y tecnológicos en el campo de la vida. Esto incluye, entre otros, temas como la clonación, la manipulación genética, el uso de animales en experimentos, la eutanasia y el aborto. La bioética también se ocupa de cuestiones más amplias relacionadas con el medio ambiente, la justicia social y el futuro de la humanidad.

TRADUÇÕES

La bioética es una disciplina que surge de la interacción entre la biología y la ética. Su objetivo principal es analizar y evaluar las implicaciones morales de los avances científicos y tecnológicos en el campo de la vida. Esto incluye, entre otros, temas como la clonación, la manipulación genética, el uso de animales en experimentos, la eutanasia y el aborto. La bioética también se ocupa de cuestiones más amplias relacionadas con el medio ambiente, la justicia social y el futuro de la humanidad.

Bioética en la constitución mundial

Nueva Constitución Política del Perú debe ofrecer máxima protección a la humanidad

Enrique Varsi Rospigliosi

Hoy más que nunca, la humanidad ve su existencia amenazada por el desarrollo excesivo de técnicas biomédicas. Esto merece una profunda reflexión, así como una respuesta apropiada por parte de la ley, a quien le corresponde imponer límites legales a la bioética dándole normas especiales y estableciendo una posición en la Ley Fundamental. Todas las constituciones en el mundo defienden los derechos humanos, ya que estos son la columna vertebral que permite la existencia de una sociedad. Pero la biotecnología es una de las principales fuentes de violación de estos derechos hoy en día, y en consecuencia, debe ser vigilada por la Constitución.

Es por esto que muchas constituciones ya establecen principios legales en lo que se refiere a bioética y genética. De hecho, en el año 1993 hubo un intento de hacer esto en el Perú. La comisión de la constitución del Congreso Constituyente Democrático

aprobó un artículo que resaltaba "la protección de todo tipo de experimentos o manipulaciones genéticas en contra de la dignidad". Sin embargo, este texto no fue incluido en la constitución aprobada por referéndum, perdiéndose la oportunidad de legislar sobre este tema.

En la actualidad, en las "Bases para una reforma constitucional", presentado por la Comisión encargada del estudio de las bases para una reforma constitucional en el Perú (Julio 26, 2001), tampoco se considera los principios bioéticos incluidos en la ley comparativa constitucional; que en líneas generales son los siguientes:

1. Limitar la aplicación y mal uso de material genético humano (Ecuador) y garantizar la identidad genética contra la creación, desarrollo y uso de la tecnología en experimentación científica. (Portugal, Ucrania), protección a la identidad genética (Grecia). Estos parámetros limitan las técnicas de manipulación genética

- que violan la esencia de la humanidad y la identidad del individuo. Aunque la investigación científica es apoyada y reconocida, aun por leyes constitucionales, estas deben cuidar el bienestar humano, y un ser humano nunca debe ser usado como medio para completar objetivos.
2. No habrán experimentos médicos o científicos sin el consentimiento de la persona (Armenia, Croacia, Chechenia, Egipto, Eslovenia, Guatemala, Estonia, Latvia, Paraguay, Rusia, Santa Fe – Argentina, Polonia, Sudáfrica, Turquía, Venezuela, Zimbawe), Todas las personas serán protegidas de las intervenciones biomédicas (Grecia). El derecho al consentimiento informado es básico, ya que permite al paciente consentir o rechazar experimentos científicos o médicos después de haber sido bien informado sobre el procedimiento a ser usado. Este derecho normalmente es considerado en la ley médica de cada país; pero aun así debería ser incluida en el Código Civil (Proyecto de código Civil Argentino) ya que este derecho es parte intrínseca de la persona.
 3. Preservación de la integridad de los activos genéticos del país (Brasil, Ecuador), y regulación de la bioseguridad de los organismos voluntariamente modificados (Ecuador). Los países con una variedad de recursos genéticos deben considerar leyes para protegerlos, comenzando por un reconocimiento constitucional del uso sostenido y preservación de la biodiversidad. Esta norma general debería velar por la protección de la salud, del medio ambiente y la biodiversidad, promoviendo la seguridad en la investigación, el desarrollo de la biotecnología y su aplicación en la producción y servicios (reglamentar, administrar y controlar los riesgos derivados de su uso confinado y la liberación de organismos modificados voluntariamente).
 4. Protección especial de la reproducción humana (Nicaragua), Control de nuevos procedimientos de reproducción (proyecto de constitución de Québec) e Igualdad para todos los niños, aun lo procreados con asistencia científica (Colombia). El objetivo es la protección integral de la población procreada científicamente y esta nueva forma de discriminación, genoismo, que se ve reflejada en el trato diferenciado entre niños concebidos naturalmente y los concebidos por medios científicos. De esta manera, este principio limita el uso alternativo y caprichoso de técnicas de procreación y todos sus derivados biotecnológicos (conservación criogénica, materni-

dad subrogada, embriones de paternidad múltiple etc.)

5. Promoción del derecho de investigación de la paternidad (Bolivia, Costa Rica, Cuba, España, El Salvador, Guatemala, Honduras, Italia, Panamá, Uganda, Venezuela) Reconocimiento del derecho a una identidad biológica (Venezuela) y origen (Buenos Aires – Argentina) La ley establece el derecho de cada persona de contar, legalmente, con un padre y una madre. A pesar que la investigación de la paternidad es reconocida en leyes especiales, como los códigos infantiles, códigos civiles y códigos familiares; su reconocimiento constitucional es esencial.
6. Promoción de la medicina tradicional de acuerdo a principios bioéticos (Venezuela) y Regulación de la práctica médica (Washington) Ya que la medicina ancestral de la cultura y carácter de muchos países, debe ser reconocida e incentivada por el gobierno. La cultura es un elemento fundamental cuando una persona toma una decisión sobre su salud. Mucha gente prefiere la medicina folclórica basada en creencias ancestrales. La importancia de la medicina tradicional debe ser notada y aprobada por la práctica médica.

7. Respeto a las futuras generaciones (Buenos Aires – Argentina, Santa Cruz – Bolivia, Brasil, Japón, Noruega) El hábitat debe ser cuidado para permitir que las nuevas generaciones disfruten de un mundo genéticamente limpio y sean traídos al mundo sin manipulaciones de ningún tipo. Debemos pensar en la comunidad y no en el individuo; en el hábitat y no en el hombre. Además este perfil de clasificación de la humanidad como un nuevo sujeto de derechos, fortalece la teoría de Concepturus que percibe a la humanidad como el ser legal ideal. Todas las personas, aún las de generaciones futuras, merecen protección legal y constitucional.

El pionero de la regulación constitucional de la bioética fue la Confederación Suiza desde 1992. Su constitución actual (1999) protege al hombre y su hábitat contra el abuso de las técnicas de reproducción y manipulación genética basándose en los siguientes principios:

- Derecho al uso de medicina reproductiva e ingeniería genética en el ambiente humano y protección contra su abuso
- Está permitido el uso de técnicas de procreación para remediar

la infertilidad o evitar la transmisión de enfermedades

- No se admite la donación de embriones o maternidad sustituta
- El patrimonio germinal humano y embriones no son productos comerciales
- El patrimonio genético humano puede ser analizado, registrado y revelado solo con el consentimiento de la persona
- Cada persona tiene acceso a su información genética
- Reconocimiento legal de trasplante de células
- Protección al uso de ingeniería genética en un ambiente no humano.

La protección a la salud requiere de una completa regulación en el Perú. La ley genética y médica están comprometidas en la creación de reglas especiales. Estas deben surgir de principios base, aceptados en la Constitución. Basándose en un análisis comparativo es urgente establecer parámetros sobre materia bioética, aprovechando la oportunidad de que la Carta Magna proteja íntegramente al individuo, evitando usarlo como material en la exploración genética y pro creativa y su explotación. Esto será logrado estableciendo principios bioéticos en nuestro sistema legal y constitucional.

Bioética na Constituição mundial

Nova constituição política do Peru deve oferecer máxima proteção à humanidade

Enrique Varsi Rospigliosi

Versão: Marcelo Leal de Lima Oliveira

Hoje, mas do que nunca, a humanidade vê sua existência ameaçada pelo desenvolvimento excessivo de técnicas biomédicas. Isto merece uma profunda reflexão, assim como uma resposta apropriada por parte da lei, a quem corresponde impor limites legais à bioética, dando-lhe normas especiais e estabelecendo uma posição na Lei Fundamental. Todas as constituições no mundo defendem os direitos humanos, já que estes são a coluna vertebral que permite a existência de uma sociedade. Contudo, a biotecnologia é uma das principais fontes de violação destes direitos hoje em dia e, em consequência, deve ser vigiada pela Constituição.

É por isso que muitas constituições já estabelecem princípios legais no que se refere a bioética e a genética. De fato, no ano de 1993 houve uma tentativa de se fazer isso no Peru.

A comissão da constituição do Congresso Constituinte Democrático

aprovou um artigo que ressaltava “a proteção de todo tipo de experimentos ou manipulações genéticas contrárias a dignidade”. No entanto, este texto não foi incluído na constituição aprovada por referendo, perdendo-se a oportunidade de se legislar sobre este tema.

Atualmente, nas “Bases para uma reforma constitucional”, apresentada pela Comissão encarregada do estudo das bases para uma reforma constitucional no Peru (26 de Julho de 2001), tampouco se considerou os princípios bioéticos incluídos na lei comparativa constitucional, que em linhas gerais são os seguintes:

1. Limitar a aplicação e mal uso de material genético humano (Equador) e garantir a identidade genética contra a criação, desenvolvimento e uso da tecnologia em experimentação científica (Portugal, Ucrânia), proteção à identidade genética (Grécia). Estes parâmetros limitam as técnicas de manipulação genética que violam a

essência da humanidade e a identidade do indivíduo. Ainda que a investigação científica esteja apoiada e reconhecida, ainda por leis constitucionais, estas devem cuidar do bem estar humano e um ser humano nunca deve ser usado como meio para completar objetivos.

2. Não haverá experimentos médicos ou científicos sem o consentimento da pessoa (Armênia, Croácia, Chechênia, Egito, Eslovênia, Guatemala, Estônia, Latvia, Paraguai, Rússia, Santa fé – Argentina, Polônia, África do Sul, Turquia, Venezuela, Zimbábue). Todas as pessoas serão protegidas das intervenções biomédicas (Grécia). O direito ao consentimento informado é básico, já que permite ao paciente consentir ou rechaçar experimentos científicos ou médicos depois de haver sido bem informado sobre o procedimento a ser usado. Este direito normalmente é considerado na lei médica de cada país, mas ainda assim deveria ser incluída no Código Civil (Projeto de Código Civil Argentino) já que este direito é parte intrínseca da pessoa.
3. Preservação da integridade dos ativos genéticos do país (Brasil, Equador) e regulação de biosegurança dos organismos voluntariamente modificados (Equador). Os países com uma variedade de recursos genéticos devem desenvolver leis para protegê-los, começando por um reco-

nhecimento constitucional do uso sustentado e preservação da biodiversidade. Esta norma geral deveria velar pela proteção da saúde, do meio ambiente e da biodiversidade, promovendo a segurança na pesquisa, o desenvolvimento da biotecnologia e sua aplicação na produção e serviços (regulamentar, administrar e controlar os riscos derivados de seu uso confinado e a liberação de organismos modificados voluntariamente).

4. Proteção especial da reprodução humana (Nicarágua), controle de novos procedimentos de reprodução (projeto de constituição do Quebec) e igualdade para todas as crianças, mesmo os procriados com assistência científica (Colômbia). O objetivo é a proteção integral da população procriada cientificamente e esta nova forma de discriminação, genoísmo, que se vê refletido no tratamento diferenciado entre as crianças concebidas naturalmente e as concebidas por meios científicos. Desta maneira, este princípio limita o uso alternativo e caprichoso de técnicas de procriação e todos seus derivados biotecnológicos (conservação criogênica, maternidade subrogada, embriões de paternidade múltipla etc.).
5. Promoção do direito de investigação da paternidade (Bolívia, Costa Rica, Cuba, Espanha, El Salvador, Guatemala, Honduras, Itália, Pana-

má, Uganda, Venezuela). Reconhecimento do direito a uma identidade biológica (Venezuela) e origem (Buenos Aires – Argentina). A lei estabelece o direito de cada pessoa de contar, legalmente, com um pai e uma mãe. Apesar da investigação da paternidade ser reconhecida em leis especiais, como os códigos da infância, códigos civis e códigos de família, seu reconhecimento constitucional é essencial.

6. Promoção da medicina tradicional de acordo com princípios bioéticos (Venezuela) e regulamentação da prática médica (Washington) já que a medicina ancestral da cultura e caráter de muitos países, deve ser reconhecida e incentivada pelo governo. A cultura é um elemento fundamental quando uma pessoa toma uma decisão sobre sua saúde. Muita gente prefere a medicina folclórica baseada em crenças ancestrais. A importância da medicina tradicional deve ser reconhecida e aprovada pela prática médica.
7. Respeito às futuras gerações (Buenos Aires – Argentina, Santa Cruz – Bolívia, Brasil, Japão, Noroega). O habitat deve ser cuidado para permitir que as novas gerações desfrutem de um mundo geneticamente limpo e sejam trazidos ao mundo sem manipulações de qualquer tipo. Devemos pensar na comunidade e não no indivíduo; no habitat e não no homem. Ademais, este perfil de

classificação da humanidade como um novo sujeito de direitos, fortalece a teoria de Concepturos que percebe a humanidade como o ser legal ideal. Todas as pessoas, mesmo as de gerações futuras, merecem proteção legal e constitucional.

O pioneiro da regulamentação constitucional da bioética foi a Confederação Suíça desde 1992. Sua constituição atual (1999) protege ao homem e seu habitat contra o abuso das técnicas de reprodução e manipulação genética baseando-se nos seguintes princípios:

- Direito ao uso da medicina reprodutiva e engenharia genética no ambiente humano e proteção contra seu abuso;
- Está permitido o uso de técnicas de procriação para remediar a infertilidade ou evitar a transmissão de enfermidades;
- Não se admite a doação de embriões ou a maternidade substituta;
- O patrimônio germinal humano e embriões não são produtos comerciais;
- O patrimônio genético humano pode ser analisado, registrado e revelado somente com o consentimento da pessoa;
- Toda pessoa tem direito de acesso a sua informação genética;

- Reconhecimento legal de transplante de células;
- Proteção ao uso de engenharia genética em um ambiente humano;

A proteção à saúde requer uma completa regulamentação no Peru. A lei genética e médica estão comprometidas na criação de regras especiais. Estas devem surgir de princípios básicos, aceitos pela Constituição. Baseando-se

em uma análise comparativa é urgente estabelecer parâmetros sobre a matéria bioética, aproveitando a oportunidade de que a Carta Magna proteja integralmente o indivíduo, evitando usar-lo como material na pesquisa genética e procriativa e em sua exploração. Isto será conseguido estabelecendo-se princípios bioéticos em nosso sistema legal e constitucional.

Friedenspreis 2001

Jürgen Habermas

Er ist einer der groben Denker unserer Zeit:

Der Philosoph Jürgen Habermas erhält im Oktober den Friedenspreis des Deutschen Buchhandels

(Von Achim Bahnen)

Frankfurt 1966: Im "berfüllten Hörsaal fragt ein Student, ob der Dozent sich nicht einfacher ausdrücken könne, er sei so schwer zu verstehen. Der halbe Hörsaal applaudiert. Er werde sein Bestes tun, erwidert der Redner, um verstanden zu werden. Die andere Hälfte des Auditoriums buht. Er könne versichern, ergänzt der Redner, dass seine guten Absichten gewiss scheiterten. Jürgen Habermas hieß der Dozent, lehrte seit zwei Jahren als professor für Philosophie und Soziologie und galt als Erb der „Frankfurter Schule“ deren „Kritische Theorie“ am Vorabend der Studentenbewegung den akademischen Nachwuchs faszinierte. Dass ausgerechnet der Architekt einer „Theorie des kommunikativen Handelns“ im eigenen Land oft missverstanden wurde, ist trotz eines durchaus sperrigen Stils, zumal der frühen Schriften, jedoch kein Sprachproblem – ganz bewusst wollte eine kon-

servative professorenschaft und das Aushängeschild der akademischen Linken falsch verstehen. Auf philosophischer Ebene wurde die Figur des „herrschaftsfreien Diskurses“ ins Lächerliche gezogen, indem man ideale Geltungsansprüche mit faltischen Gesprächsbedingungen verwechselte, und politisch wurde die Gesellschaftskritik für den Terror der roten Armee Fraktion (RAF) verantwortlich gemacht, obwohl Habermas schon im Sommer 1967 den „linken Faschismus“ anprangerte. Allerdings hat er selbst mit Polemiken, philosophisch wie politisch, immer wieder provoziert, sich in Debatten eingemischt oder sie – wie 1986 den Historikerstreit über Ursachen und Singularität des Holocaust – mit initiiert.

Dass Jürgen Habermas nun den Friedenspreis des Deutschen Buchhandels erhält, ist ein spätes Zeichen gesellschaftlicher Wandlungen und republikanischer Normalität. Denn zweifelsohne wird damit der international bedeutendste lebende deutsche Philosoph geehrt. Erst kürzlich wurde ihm in Harvard die Ehrendoktorwürde verliehen, im Frühjahr

- Reconhecimento legal de transplante de células;
- Proteção ao uso de engenharia genética em um ambiente humano;

A proteção à saúde requer uma completa regulamentação no Peru. A lei genética e médica estão comprometidas na criação de regras especiais. Estas devem surgir de princípios básicos, aceitos pela Constituição. Baseando-se

em uma análise comparativa é urgente estabelecer parâmetros sobre a matéria bioética, aproveitando a oportunidade de que a Carta Magna proteja integralmente o indivíduo, evitando usar-lo como material na pesquisa genética e procriativa e em sua exploração. Isto será conseguido estabelecendo-se princípios bioéticos em nosso sistema legal e constitucional.

Friedenspreis 2001

Jürgen Habermas

Er ist einer der groben Denker unserer Zeit:

Der Philosoph Jürgen Habermas erhält im Oktober den Friedenspreis des Deutschen Buchhandels

(Von Achim Bahnen)

Frankfurt 1966: Im "berfüllten Hörsaal fragt ein Student, ob der Dozent sich nicht einfacher ausdrücken könne, er sei so schwer zu verstehen. Der halbe Hörsaal applaudiert. Er werde sein Bestes tun, erwidert der Redner, um verstanden zu werden. Die andere Hälfte des Auditoriums buht. Er könne versichern, ergänzt der Redner, dass seine guten Absichten gewiss scheiterten. Jürgen Habermas hieß der Dozent, lehrte seit zwei Jahren als professor für Philosophie und Soziologie und galt als Erb der „Frankfurter Schule“ deren „Kritische Theorie“ am Vorabend der Studentenbewegung den akademischen Nachwuchs faszinierte. Dass ausgerechnet der Architekt einer „Theorie des kommunikativen Handelns“ im eigenen Land oft missverstanden wurde, ist trotz eines durchaus sperrigen Stils, zumal der frühen Schriften, jedoch kein Sprachproblem – ganz bewusst wollte eine kon-

servative professorenschaft und das Aushängeschild der akademischen Linken falsch verstehen. Auf philosophischer Ebene wurde die Figur des „herrschaftsfreien Diskurses“ ins Lächerliche gezogen, indem man ideale Geltungsansprüche mit faltischen Gesprächsbedingungen verwechselte, und politisch wurde die Gesellschaftskritik für den Terror der roten Armee Fraktion (RAF) verantwortlich gemacht, obwohl Habermas schon im Sommer 1967 den „linken Faschismus“ anprangerte. Allerdings hat er selbst mit Polemiken, philosophisch wie politisch, immer wieder provoziert, sich in Debatten eingemischt oder sie – wie 1986 den Historikerstreit über Ursachen und Singularität des Holocaust – mit initiiert.

Dass Jürgen Habermas nun den Friedenspreis des Deutschen Buchhandels erhält, ist ein spätes Zeichen gesellschaftlicher Wandlungen und republikanischer Normalität. Denn zweifelsohne wird damit der international bedeutendste lebende deutsche Philosoph geehrt. Erst kürzlich wurde ihm in Harvard die Ehrendoktorwürde verliehen, im Frühjahr

war er ein weithin beachteter Gast in China.

Der philosophische Weltbürger Habermas wurde am 18. Juni 1929 in Düsseldorf geboren, promovierte 1954 in Bonn und arbeitete als freier Journalist, bis Theodor W. Adorno auf den selbstbewussten Autor aufmerksam wurde und ihn als Assistent an das Institut für Sozialforschung holte. Mit seiner „frischen“ Marx-Lektüre indes gewann Habermas dort nicht nur Freund. Horkheimer monierte den „übersteigerten Idealismus“ und „Mangel an gesellschaftlichem Verständnis“. Die Habilitation über den „Strukturwandel der Öffentlichkeit“ musste er 1961 in Marburg einreichen, bevor er 1964 Horkheimers Lehrstuhl übernahm. Seitdem hat Habermas einen langen, beständig Fremdes aufgreifenden Weg eines „nachmetaphysischen“ und doch von der „Einheit der Vernunft“ überzeugten Denkers zurückgelegt, der noch nicht als abgeschlossen gelten darf: Nach seiner Emeritierung 1994 ist er kein retrospektiver Selbstdeuter geworden, sondern hat sich, so der amerikanische Philosoph Richard Rorty, „die intellektuelle Neugierde eines Zwanzigjährigen bewahrt“. Als Grundmotiv lässt sich die Frage angeben, unter welchen Bedingungen gesellschaftliche Machtverhältnisse rational gestaltet und emanzipatorisch fortentwickelt werden können. Habermas' Denken muss damit auch als Reaktion auf

Auschwitz verstanden werden. Der revolutionäre Impuls, der ihn zunächst bewegte, verwandelte sich schnell in einen evolutionären: Schon bald galt Habermas der bürgerliche Verfassungsstaat als historische Errugenschaft. Das Thema Öffentlichkeit ist dabei in doppelter Weise prägend geblieben: als Gegenstand der Reflexion und zugleich als Modus derselben.

Habermas ist ein öffentlicher Denker par excellence, den Ralf Dahrendorf treffend schlicht „Zeitgenossen“ bezeichnet. Vor drei Jahren attackierte ihn der damalige Friedenspreisträger Martin Walser in seiner umstrittenen Festrede. Wenn Jürgen Habermas nun am 14. Oktober in der Paulskirche das Wort ergreift, darf man auf einen nicht weniger eingreifenden Beitrag zur geistigen Situation der Zeit gespannt sein.

Der Begründer, Stifter und Leiter des Hamburger Instituts für Sozialforschung, prof. Dr. Jan Philipp Reemtsma, wird am 14. Oktober die Laudatio auf Jürgen Habermas in der Paulskirche halten. Habermas ist der 52. Träger des Friedenspreises, der vor allem von der Botschaft der Preisträger-Persönlichkeiten lebt. Ihre Namen stehen für die wichtigsten Strömungen der Kultur- und Geistesgeschichte. Zu ihnen gehörten unter anderem Jorge Semprún, Octavio Paz, Teddy Kollek, Václav Havel und George F. Kennan.

Jürgen Habermas e o prêmio da paz de 2001, oferecido pelos editores alemães

Versão: Silvana Colombo * e Mariana Moron Saes Braga **

Na área das ciências humanas, o filósofo alemão Jürgen Habermas talvez possa ser considerado o mais criativo e prolífico dos intelectuais vivos da atualidade. Mesmo para aqueles que não concordam com as idéias que ele defende, é difícil negar a capacidade e a competência que Habermas possui para estabelecer debates com seus interlocutores, e, através deles fomentar a crítica que impulsiona a ciência.

Mais ainda, há que se reconhecer em Habermas também a capacidade que possui de fazer sínteses de diferentes matrizes teóricas. Numa matéria publicada pelo caderno *Mais*, do jornal Folha de São Paulo, de 8 de junho de 2003, o próprio Habermas reconheceu a variedade das fontes nas quais foi buscar as referências para suas teorias. Segundo ele mesmo declarou, seu pensamento foi construído tendo como base

as filosofias clássicas de Kant, de Hegel e de Marx, passando por Nietzsche e Heidegger. Sobre essa primeira base, declarou Habermas, foram colocados posteriormente as teses de Peirce, George Herbert Mead, John Dewey, Karl-Otto Apel, T. Adorno, John Rawls, R. Rorty, Brandon, Putnam e Dworkin. Isso sem mencionar outros tantos personagens ilustres da intelectualidade, cujos nomes aparecem dialogando com Habermas em suas obras. É o caso de Jean Piaget, de Lawrence Kohlberg, de Max Weber, de Davidson, apenas para citar alguns.

O que se deve destacar em Habermas, no entanto, não se restringe à forma criativa pela qual ele se apropria e sintetiza diferentes matrizes teóricas, para a partir delas construir uma teoria originalmente crítica, quase sempre dirigida à análise de algum fato ou

fenômeno atual. Com a mesma desenvoltura, Habermas aplica seu raciocínio tanto à filosofia clássica alemã, analisa o desenvolvimento da sociedade pelo desenvolvimento do direito, estuda o fenômeno da globalização, e termina no seu mais recente investimento: a crítica aos desdobramentos aparentemente incontrolláveis dos avanços da genética, quando aplicados à reprodução humana.

O ponto forte do raciocínio de Habermas é o seu otimismo declarado quanto à possibilidade de que o desenvolvimento da racionalidade individual, amparada em práticas democráticas de tomada de decisões através da Ética do Discurso, possa contribuir para o desenvolvimento da coletividade. Através de práticas discursivas racionais coletivas, ocasiões de relação política em que o único poder reconhecido seria o do melhor argumento, poder-se-ia convencionar acordos entre os participantes do discurso. Tais situações de prática comunicativa seriam, para Habermas, as situações ideais para se resolver qualquer tipo de problema vivido por uma coletividade. Por isso, se todas as idéias e teorias defendidas por Habermas pudessem ser agrupadas num único rótulo, sua obra, no conjunto bem que seria reconhecida como uma teoria sobre democracia radical, e de sua viabilidade para resolver

os problemas da humanidade no mundo pós-moderno.

Estas são as razões elencadas para justificar porque a obra de Habermas interessa a todas as ciências envolvidas pelo selo das Humanidades, especialmente o Direito. Serve para justificar também o valor atribuído aos textos habermasianos estudados no grupo de estudo *Direito, Racionalidade e Democracia*, da Faculdade de Direito de Marília, desde o ano de 2000.

Da mesma forma, as razões acima relacionadas explicam o interesse pela leitura do artigo publicado na revista alemã *Deutschland*, que noticiou um prêmio concedido a Habermas em 2001, cujo artigo traduzido encontra-se exposto a seguir.

Prêmio da Paz 2001

Jürgen Habermas: “Ele é um dos grandes pensadores do nosso tempo: o filósofo Jürgen Habermas recebeu em outubro o prêmio da paz do Comércio Livreiro Alemão.”

Frankfurt 1966: em um auditório lotado, um estudante pergunta se o docente não poderia expressar-se mais facilmente, pois era muito difícil entendê-lo. Metade do auditório aplaude. Ele faria o melhor de si para ser entendido, responde o orador. A outra

metade do auditório via. Ele poderia assegurar, completa o orador, que suas boas intenções fracassaram. Jürgen Habermas chamava-se o docente, ensinava há dois anos como catedrático de filosofia e sociologia, e era considerado herdeiro da “Escola de Frankfurt”, cuja “Teoria Crítica”, às vésperas do movimento estudantil, fascinava a nova geração acadêmica. Que justamente o arquiteto de uma “Teoria do Agir Comunicativo”, fosse frequentemente mal compreendido em seu próprio país, não é todavia nenhum problema de linguagem, apesar de um estilo inteiramente compactado, principalmente nas primeiras obras – de modo consciente, quiseram um professorado e os publicistas conservadores entender falsamente o anúncio da esquerda acadêmica. Ao confundir-se as “pretensões ideais de validade” com as “condições fáticas do diálogo”, e politicamente, ao responsabilizar a crítica da sociedade pelo terror da Fração do Exército Vermelho (RAF), a figura do “discurso livre de dominação”, sobre o plano filosófico, foi levada ao ridículo, apesar de que Habermas, já no verão de 1967, detratava o “fascismo de esquerda”. Na verdade, ele próprio sempre provocou polêmicas, tanto filosóficas como políticas, envolveu-se em debates ou os co-iniciou – como em 1986

a “disputa de historiadores” sobre causas e singularidades do Holocausto.

Que Jürgen Habermas receba agora o Prêmio da Paz do Comércio Livreiro Alemão, é um sinal tardio de transformações sociais e normalidade republicana. Pois com isso, sem dúvida, homenageia-se o mais internacionalmente significativo filósofo alemão vivo. Só recentemente foi a ele concedido, em Harvard, o título de “doutor honoris causa”, na primavera ele foi um hóspede bastante respeitado na China.

O filósofo *cidadão do Mundo* Jürgen Habermas nasceu em 18 de junho de 1929, em Düsseldorf, doutorou-se em 1954 em Bonn e trabalhou como free-lance, até Theodor Adorno notar o autoconsciente autor e torna-lo assistente no Instituto de Pesquisas Sociais. Com sua fresca *** leitura de Marx, Habermas ganhou, lá, não somente amigos. Horkheimer criticou o “excessivo idealismo” e a “falta de entendimento social”. Ele teve que apresentar em 1961, em Marburg, a livredocência sobre a “mudança estrutural da esfera pública”, antes de assumir em 1964 a cátedra de Horkheimer. Desde então, Habermas deixou atrás de si um longo caminho de um pensamento pós-metafísico, que permanentemente incorpora o estranho, e que todavia está convencido da unidade da razão, e que ainda não pode valer como concluído:

após sua aposentadoria, em 1994, ele não se tornou um retrospectivo intérprete de si mesmo, conservou para si, como diz o filósofo americano Richard Rorty, a “curiosidade intelectual de um homem de vinte anos”. Como motivo fundamental, pode-se indicar a pergunta: sob que condições, relações sociais de poder podem ser configuradas e emancipatoriamente desenvolvidas. Com isso, o pensamento de Habermas deve também ser entendido como reação a Auschwitz. O impulso revolucionário, que a ele primeiro moveu, tornou-se logo em impulso evolucionário: cedo Habermas considerava o Estado constitucional burguês como conquista histórica. O tema da esfera pública permaneceu marcado de duplo modo: como objeto e ao mesmo tempo como modo da reflexão.

Habermas é um pensador público *par excellence*, Ralf Dahrendorf designou-o, de modo certo, simplesmente como “contemporâneo”. Há três anos, o então titular do Prêmio da Paz, Martin Walser, atacou-o em seu controvertido discurso solene. Quando Jürgen Habermas tomar a palavra, em 14 de outubro na Paulskirche, podemos ficar em suspense por uma contribuição não menos interventiva para a situação espiritual da época.

O fundador, instituidor e diretor do Instituto para pesquisa social de

Hamburgo, Prof.º Dr. Jan Philipp Reemtsma, fará no dia 14 de outubro a *laudatio* a Habermas na Paulskirche. Habermas é o titular do 52º Prêmio da Paz, que vive sobretudo da mensagem das personalidades dos titulares do prêmio. Os seus nomes representam as mais importantes correntes da história da cultura e do espírito. A eles pertencem, entre outros, Jorge Semprún, Octavio Paz, Teddy kollek, Václav Havel e George F. Kennan.

Notas

* Acadêmica de Direito da Faculdade de Direito de Marília – UNIVEM.

** Mestranda do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Marília – UNIVEM

*** Não se conseguiu em português uma palavra melhor para exprimir o significado do vocábulo em alemão. A expressão *fresca* deve ser entendida ao mesmo tempo como atual, original e não contaminada por outras leituras e interpretações.

SINOPSES

após sua aposentadoria, em 1994, ele não se tornou um retrospectivo intérprete de si mesmo, conservou para si, como diz o filósofo americano Richard Rorty, a “curiosidade intelectual de um homem de vinte anos”. Como motivo fundamental, pode-se indicar a pergunta: sob que condições, relações sociais de poder podem ser configuradas e emancipatoriamente desenvolvidas. Com isso, o pensamento de Habermas deve também ser entendido como reação a Auschwitz. O impulso revolucionário, que a ele primeiro moveu, tornou-se logo em impulso evolucionário: cedo Habermas considerava o Estado constitucional burguês como conquista histórica. O tema da esfera pública permaneceu marcado de duplo modo: como objeto e ao mesmo tempo como modo da reflexão.

Habermas é um pensador público *par excellence*, Ralf Dahrendorf designou-o, de modo certo, simplesmente como “contemporâneo”. Há três anos, o então titular do Prêmio da Paz, Martin Walser, atacou-o em seu controvertido discurso solene. Quando Jürgen Habermas tomar a palavra, em 14 de outubro na Paulskirche, podemos ficar em suspense por uma contribuição não menos interventiva para a situação espiritual da época.

O fundador, instituidor e diretor do Instituto para pesquisa social de

Hamburgo, Prof.º Dr. Jan Philipp Reemtsma, fará no dia 14 de outubro a *laudatio* a Habermas na Paulskirche. Habermas é o titular do 52º Prêmio da Paz, que vive sobretudo da mensagem das personalidades dos titulares do prêmio. Os seus nomes representam as mais importantes correntes da história da cultura e do espírito. A eles pertencem, entre outros, Jorge Semprún, Octavio Paz, Teddy kollek, Václav Havel e George F. Kennan.

Notas

* Acadêmica de Direito da Faculdade de Direito de Marília – UNIVEM.

** Mestranda do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Marília – UNIVEM

*** Não se conseguiu em português uma palavra melhor para exprimir o significado do vocábulo em alemão. A expressão *fresca* deve ser entendida ao mesmo tempo como atual, original e não contaminada por outras leituras e interpretações.

SINOPSES

Direito comunitário europeu – uma perspectiva para a América Latina

Lafayette Pozzoli

O Direito Comunitário não constitui uma unificação da ordem internacional do direito, da mesma forma não se trata de uma substituição do direito do Estado-nação e, também, não se confunde com o direito nacional ou internacional. Atualmente as relações entre grupos de países (e também in-

ternas a esses grupos) são uma realidade, resultante de um sistema político que o impõe, partindo do interesse econômico, tendendo, igualmente, chegar a uma inte-gração, ao mesmo tempo, nas áreas política, social e cultural. São estas as relações reguladas pelo Direito Comunitário.

Trabalho, Economia, E Tecnologia

Novas perspectivas para a Sociedade Global

Jorge Alberto Machado (Org.)

Giovanni Alves

Manuel Castells

Francisco Entrena

Vinício Martinez

Manuel Belo Moreira

César Shirmer dos Santos

Pollyana Notargiacomo Mustaro

Rosa Pedro Leite

O desenvolvimento das tecnologias de informação e a expansão das redes de computadores proporcionaram maior velocidade e dinamismo às comunicações e às relações entre os indivíduos e grupos humanos, abrindo novos e largos horizontes de aplicação. Isso teve importantes implicações na economia, nas relações humanas, na produção de conhecimento, no trabalho, na produtividade, nas relações dos indivíduos com os organismos públicos e nas relações entre os Estados. É notório que um mundo aparentemente “menor”, com maior interdependência entre os atores políticos e sociais, vem se

configurando. Isso tudo ocorre em um cenário de visível fragmentação e abismais desigualdades, no qual, aos problemas pré-existentes – como os ligados ao subdesenvolvimento e à dinâmica de um sistema econômico desigual – somam-se novos, derivados de choques e conflitos inerentes a uma “nova sociedade global” que ainda não conseguiu conjugar, ao menos satisfatoriamente, desenvolvimento tecnológico com desenvolvimento social e humano.

A proposta inicial deste livro, que reúne autores de diferentes disciplinas, foi a de buscar entender ou in-

interpretar aspectos da sociedade contemporânea através de ferramentas teóricas de fontes diversas, como a filosofia, economia, história, psicologia, informática e as ciências sociais. Ao abordar, a

partir de perspectivas diversas, tais temáticas, este volume busca fomentar a reflexão e o debate acerca de importantes questões atuais.

Apolo e Dionísio – arte, filosofia e crítica da cultura no primeiro Nietzsche

Márcio Benchimol Barros

Editora Annablume – São Paulo, 2003

O texto consiste de dissertação de mestrado defendida em maio de 1999 junto ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Unicamp, tendo como orientador o prof. Oswaldo Giacóia Jr.

“*Dionísio e Apolo* – eis um grande tema... Mesmo a pesquisa internacional sobre Nietzsche (*Nietzsche-Forschung*) tem aqui uma notável lacuna interpretativa a preencher”. Estas palavras de Volker Gerhardt, eminente estudioso da filosofia nietzscheana, dão voz a uma percepção que balizou a concepção e o desenvolvimento do trabalho que ora vem a público.

Ultimamente tem se tornado cada vez mais claro que ainda temos contas a acertar com o primeiro Nietzsche. Partindo da intuição básica de que o significado da oposição *Apolo/Dionísio* não se esgota nas páginas de *O Nascimento da Tragédia*, Márcio Benchimol empreen-

de a investigação dos múltiplos sentidos encobertos sob a mesma, para em seguida identificá-los como pano de fundo das reflexões do jovem filósofo acerca da linguagem, da cultura e da própria filosofia. E o que surge deste esforço é a imagem de um Nietzsche desconhecido de muitos.

Lançando mão da análise de vários textos importantes – porém pouco visitados – da primeira fase da obra de Nietzsche, como também de grande volume das anotações pessoais do filósofo (*Fragmentos Póstumos*), muitos dos quais aparecem aqui pela primeira vez em português, o autor traz à tona a unidade de um pensamento vigoroso e original, que nos inclina a redimensionar o significado e a importância deste período inicial, usualmente negligenciado como uma mera preparação para o Nietzsche da *Vontade de Potência*, do *Eterno Retorno* e do *Além do Homem*.

interpretar aspectos da sociedade contemporânea através de ferramentas teóricas de fontes diversas, como a filosofia, economia, história, psicologia, informática e as ciências sociais. Ao abordar, a

partir de perspectivas diversas, tais temáticas, este volume busca fomentar a reflexão e o debate acerca de importantes questões atuais.

Apolo e Dionísio – arte, filosofia e crítica da cultura no primeiro Nietzsche

Márcio Benchimol Barros

Editora Annablume – São Paulo, 2003

O texto consiste de dissertação de mestrado defendida em maio de 1999 junto ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Unicamp, tendo como orientador o prof. Oswaldo Giacóia Jr.

“*Dionísio e Apolo* – eis um grande tema... Mesmo a pesquisa internacional sobre Nietzsche (*Nietzsche-Forschung*) tem aqui uma notável lacuna interpretativa a preencher”. Estas palavras de Volker Gerhardt, eminente estudioso da filosofia nietzscheana, dão voz a uma percepção que balizou a concepção e o desenvolvimento do trabalho que ora vem a público.

Ultimamente tem se tornado cada vez mais claro que ainda temos contas a acertar com o primeiro Nietzsche. Partindo da intuição básica de que o significado da oposição *Apolo/Dionísio* não se esgota nas páginas de *O Nascimento da Tragédia*, Márcio Benchimol empreen-

de a investigação dos múltiplos sentidos encobertos sob a mesma, para em seguida identificá-los como pano de fundo das reflexões do jovem filósofo acerca da linguagem, da cultura e da própria filosofia. E o que surge deste esforço é a imagem de um Nietzsche desconhecido de muitos.

Lançando mão da análise de vários textos importantes – porém pouco visitados – da primeira fase da obra de Nietzsche, como também de grande volume das anotações pessoais do filósofo (*Fragmentos Póstumos*), muitos dos quais aparecem aqui pela primeira vez em português, o autor traz à tona a unidade de um pensamento vigoroso e original, que nos inclina a redimensionar o significado e a importância deste período inicial, usualmente negligenciado como uma mera preparação para o Nietzsche da *Vontade de Potência*, do *Eterno Retorno* e do *Além do Homem*.

Apolo e Dionísio – Arte, Filosofia e Crítica da Cultura no Primeiro Nietzsche é obra de leitura agradável e útil tanto para

o interessado em filosofia nietzscheana quanto para o especialista.

Palhaços

Mário Fernando Bolognesi

Editora da UNESP – São Paulo, 2003

Trata-se de um estudo sobre o circo e seus palhaços no Brasil atual. Resultou de uma pesquisa bibliográfica e empírica, que incluiu viagens por quase todo o país, registros fotográficos, observações diretas e entrevistas. Resultado de uma pesquisa bibliográfica e empírica, com viagens por grande parte do Brasil, este livro não só preenche uma lacuna acadêmica sobre a história do circo e a atividade dos palhaços brasileiros, como também – e principalmente – nos faz voltar um pouquinho à infância, pois estuda a arte do palhaço tal como ela é no circo nacional, tomando como base a dramaturgia, a interpretação e a encenação. O livro realiza ainda uma recuperação bibliográfica de parte da história do circo moderno, com uma investigação das origens dos palhaços, suas influências e aproximações com o teatro. Nesse sentido, inclui a reprodução escrita de toda uma tradição oral de esquetes e entradas, fornecendo um material inédito para pesquisadores e artistas.

O palhaço, assim como o circo, não tem tradição de pesquisa no país. Somente a partir da década de 1980 o tema começou a receber maior atenção. Por isso, este estudo sobre o circo e seus palhaços no Brasil contemporâneo é um marco.

Durante três anos, o autor visitou circos pelas mais diversas regiões, coletando registros fotográficos, entrevistas e observações diretas. Foi possível assim um mapeamento do repertório levado à cena, destacando-se os modos de encenação e interpretação, além da reprodução e do registro de esquetes e entradas.

O livro mostra as diferentes atuações dos palhaços, os parâmetros e limitações a que obedecem. Nos circos grandes, eles têm hoje reduzidas participações, ocupando apenas os breves intervalos em que o palco está sendo preparado para números de maior peso, enquanto, nos pequenos e médios, mantêm a importância, sendo os astros em apresentações de comédias e dramas.

Apolo e Dionísio – Arte, Filosofia e Crítica da Cultura no Primeiro Nietzsche é obra de leitura agradável e útil tanto para

o interessado em filosofia nietzscheana quanto para o especialista.

Palhaços

Mário Fernando Bolognesi

Editora da UNESP – São Paulo, 2003

Trata-se de um estudo sobre o circo e seus palhaços no Brasil atual. Resultou de uma pesquisa bibliográfica e empírica, que incluiu viagens por quase todo o país, registros fotográficos, observações diretas e entrevistas. Resultado de uma pesquisa bibliográfica e empírica, com viagens por grande parte do Brasil, este livro não só preenche uma lacuna acadêmica sobre a história do circo e a atividade dos palhaços brasileiros, como também – e principalmente – nos faz voltar um pouquinho à infância, pois estuda a arte do palhaço tal como ela é no circo nacional, tomando como base a dramaturgia, a interpretação e a encenação. O livro realiza ainda uma recuperação bibliográfica de parte da história do circo moderno, com uma investigação das origens dos palhaços, suas influências e aproximações com o teatro. Nesse sentido, inclui a reprodução escrita de toda uma tradição oral de esquetes e entradas, fornecendo um material inédito para pesquisadores e artistas.

O palhaço, assim como o circo, não tem tradição de pesquisa no país. Somente a partir da década de 1980 o tema começou a receber maior atenção. Por isso, este estudo sobre o circo e seus palhaços no Brasil contemporâneo é um marco.

Durante três anos, o autor visitou circos pelas mais diversas regiões, coletando registros fotográficos, entrevistas e observações diretas. Foi possível assim um mapeamento do repertório levado à cena, destacando-se os modos de encenação e interpretação, além da reprodução e do registro de esquetes e entradas.

O livro mostra as diferentes atuações dos palhaços, os parâmetros e limitações a que obedecem. Nos circos grandes, eles têm hoje reduzidas participações, ocupando apenas os breves intervalos em que o palco está sendo preparado para números de maior peso, enquanto, nos pequenos e médios, mantêm a importância, sendo os astros em apresentações de comédias e dramas.

Por isso mesmo, um retrato acurado do palhaço e de seu significado nas artes cênicas deve considerar com cuidado os circos de menor porte.

No contato direto com essa realidade, a pesquisa alcança momentos expressivos e memoráveis, como no exame da montagem da célebre peça *O ébrio*, realizada pelo palhaço Piquito,

na cidade de Ariranha – SP, em 1998, e na reprodução de esquetes vistos durante as viagens ou lembrados pelos artistas entrevistados. Nesses casos, a oralidade recebe um tratamento escrito, contribuindo para que futuros artistas da cena cômica levem o melhor da tradição circense para os picadeiros e outros palcos.

Normas técnicas para publicação

Apresentação de artigos

1- Formato:

Os artigos devem ser apresentados em disquetes identificados (formato word gravado em .RTF), acompanhados de 4 cópias impressas (3 delas sem identificação do autor) em papel branco, tamanho A4 (21,0 x 29,7 cm) com margens de 2,5cm, entrelinhamento 1,5, fonte 12, Times New Roman, observada a ortografia oficial. As páginas devem ser numeradas consecutivamente no canto inferior direito. Os artigos devem contar com no mínimo 20.000 e no máximo 35.000 caracteres.

2-Sequência:

Os artigos devem apresentar a seguinte sequência:

- a) Título;
- b) Autor(es); (nesta linha deve-se acrescentar símbolo- * – que remeta à nota de rodapé informadora da qualificação do(s) autor(es))
- c) Resumo (máximo de 10 linhas);
- d) Palavras-chave (máximo de 06 palavras);
- e) Título em inglês
- f) Abstract
- g) Key-words (máximo de 06 palavras)
- h) Resumo em espanhol
- i) Palavras-chave em espanhol
- j) Texto;
- l) Notas finais. A nota de rodapé só é permitida na primeira lauda e para indicar vínculo profissional, auxílios recebidos, apresentação em eventos e atribuição de créditos. As demais notas (apenas explicativas) deverão constar no final do texto enumeradas de acordo com o seu aparecimento, em conformidade com as

recomendações da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

m) Referências bibliográficas (apenas dos textos citados);

Obs 1: As citações devem ser elaboradas de acordo com a NBR 10520 da ABNT, através do sistema autor-data.

Obs 2: As referências bibliográficas devem ser indicadas de acordo com a NBR 6023 da ABNT, de forma completa quando obra considerada no todo: autor; título; organização, revisão e tradução; edição; local; editor; ano de publicação; número de páginas; volumes; série ou coleção.

Obs 3: Os artigos devem obedecer ao rigor científico e devem estar adaptados aos temas da revista.

3-Anexo:

Os textos devem ser acompanhados de anexo contendo identificação completa, endereço completo para contato, e-mail e/ou número de telefone.

4- Tema:

Direito, Direitos Humanos, Cidadania e outros temas que se liguem às questões jurídicas de um modo geral, e que provoquem discussão.

5- Endereço:

O material deve ser enviado para: Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (Revista *Em tempo*), Av. Hygino Muzzi filho, 529 – Caixa Postal 2041. Marília – SP – Cep: 17.525-901. A/C da Prof. Heloisa Helena Siqueira Correia. Também pode ser entregue na própria Instituição.

6- Prazo de recebimento:

A Revista *Em tempo* estará recebendo artigos, a serem publicados no próximo volume até 15/2/2004.

Por isso mesmo, um retrato acurado do palhaço e de seu significado nas artes cênicas deve considerar com cuidado os circos de menor porte.

No contato direto com essa realidade, a pesquisa alcança momentos expressivos e memoráveis, como no exame da montagem da célebre peça *O ébrio*, realizada pelo palhaço Piquito,

na cidade de Ariranha – SP, em 1998, e na reprodução de esquetes vistos durante as viagens ou lembrados pelos artistas entrevistados. Nesses casos, a oralidade recebe um tratamento escrito, contribuindo para que futuros artistas da cena cômica levem o melhor da tradição circense para os picadeiros e outros palcos.

Normas técnicas para publicação

Apresentação de artigos

1- Formato:

Os artigos devem ser apresentados em disquetes identificados (formato word gravado em .RTF), acompanhados de 4 cópias impressas (3 delas sem identificação do autor) em papel branco, tamanho A4 (21,0 x 29,7 cm) com margens de 2,5cm, entrelinhamento 1,5, fonte 12, Times New Roman, observada a ortografia oficial. As páginas devem ser numeradas consecutivamente no canto inferior direito. Os artigos devem contar com no mínimo 20.000 e no máximo 35.000 caracteres.

2-Sequência:

Os artigos devem apresentar a seguinte sequência:

- a) Título;
- b) Autor(es); (nesta linha deve-se acrescentar símbolo- * – que remeta à nota de rodapé informadora da qualificação do(s) autor(es))
- c) Resumo (máximo de 10 linhas);
- d) Palavras-chave (máximo de 06 palavras);
- e) Título em inglês
- f) Abstract
- g) Key-words (máximo de 06 palavras)
- h) Resumo em espanhol
- i) Palavras-chave em espanhol
- j) Texto;
- l) Notas finais. A nota de rodapé só é permitida na primeira lauda e para indicar vínculo profissional, auxílios recebidos, apresentação em eventos e atribuição de créditos. As demais notas (apenas explicativas) deverão constar no final do texto enumeradas de acordo com o seu aparecimento, em conformidade com as

recomendações da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

m) Referências bibliográficas (apenas dos textos citados);

Obs 1: As citações devem ser elaboradas de acordo com a NBR 10520 da ABNT, através do sistema autor-data.

Obs 2: As referências bibliográficas devem ser indicadas de acordo com a NBR 6023 da ABNT, de forma completa quando obra considerada no todo: autor; título; organização, revisão e tradução; edição; local; editor; ano de publicação; número de páginas; volumes; série ou coleção.

Obs 3: Os artigos devem obedecer ao rigor científico e devem estar adaptados aos temas da revista.

3-Anexo:

Os textos devem ser acompanhados de anexo contendo identificação completa, endereço completo para contato, e-mail e/ou número de telefone.

4- Tema:

Direito, Direitos Humanos, Cidadania e outros temas que se liguem às questões jurídicas de um modo geral, e que provoquem discussão.

5- Endereço:

O material deve ser enviado para: Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (Revista *Em tempo*), Av. Hygino Muzzi filho, 529 – Caixa Postal 2041. Marília – SP – Cep: 17.525-901. A/C da Prof. Heloisa Helena Siqueira Correia. Também pode ser entregue na própria Instituição.

6- Prazo de recebimento:

A Revista *Em tempo* estará recebendo artigos, a serem publicados no próximo volume até 15/2/2004.

Disposições Gerais

1- As decisões do Conselho Editorial da Revista do Curso de Direito da Fundação-UNIVEM são soberanas, não cabendo recurso de espécie algum.

2- Todos os direitos autorais são reservados, sendo que nenhuma parte da publicação poderá ser reproduzida, destacada ou transformada por qualquer forma ou meio, sem constar o crédito da referência, de acordo com as leis de direitos autorais vigentes no Brasil.

3- A aceitação do trabalho para publicação implica na transferência de direitos do autor para a revista, sendo assegurada à Fundação-UNIVEM, Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação Eurípides Soares da Rocha, o direito à mais ampla divulgação da informação.

4- Os autores receberão 5 exemplares do número da revista em que foi publicado seu trabalho.

5- O conteúdo dos trabalhos é de exclusiva responsabilidade dos autores.