

Revista DIREITO GV

1

v. 1 n. 1 MAIO 2005
ISSN 1808-2432

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

DIREITO GV

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

Revista DIREITO GV

ISSN 1808-2432

EDITOR
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

CONSELHO EDITORIAL
ÁLVARO PIRES *(UNIVERSIDADE DE OTTAWA - CANADÁ);* ALBERTO AMARAL JR. *(UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO);* DAVID TRUBEK *(WISCONSIN LAW SCHOOL - EUA);* DAMIEN CHALMERS *(LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND SOCIAL SCIENCE);* DIEGO EDUARDO LÓPEZ-MEDINA *(UNIVERSIDADE DE LOS ANDES - COLOMBIA);* CHARLES SABEL *(YALE LAW SCHOOL – EUA);* GREGORY SCHAFFER *(WISCONSIN LAW SCHOOL – EUA);* JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAÚJO *(UNIVERSIDADE DE BARCELONA – ESPANHA);* JOSÉ EDUARDO FARIA *(UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO);* JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES *(UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PORTUGAL);* JOSÉ MARIA AREILZA *(INSTITUTO DE EMPRESA – ESPANHA);* JUDITH MARTINS-COSTA *(UFRS);* KAZUO WATANABE *(USP-CEBEPEJ);* KEITH S. ROSENN *(MIAMI LAW SCHOOL-EUA);* NORBERT REICH *(UNIVERSIDADE DE BREMEN- ALEMANHA);* MARCOS NOBRE *(UNICAMP-CEBRAP);* MARIA TERESA SADEK *(USP-CEBEPEJ);* MIGUEL POIARES MADURO *(FACULDADE DE DIREITO DA NOVA UNIVERSIDADE DE LISBOA);* MIGUEL REALE JR. *(USP);* PÉRSIO ARIDA; RAFAELLE DI GIORGGI *(UNIVERSIDADE DE LECCE-ITÁLIA);* ROGÉRIO PEREZ-PERDOMO *(IESA, CARACAS - VENEZUELA);* RICARDO RIBEIRO TERRA *(USP-CEBRAP);*

EDITORES ASSOCIADOS: ARNO DAL RI (FONDAZIONE CASSAMARCA); ANTONIO MAUÉS (UFPA);CARLOS EDUARDO DE ABREU BOUCAULT (UNESP); JULIANA NEUENSCHWANDER MAGALHÃES (UFRJ); SOLANGE TELES DA SILVA (UEA/UNISANTOS); VERA THORSTENSEN (ASSESSORA DA MISSÃO DO BRASIL EM GENEBRA); WILSON MADEIRA (UFF)

COMISSÃO EXECUTIVA
CONRADO HÜBNER MENDES; DIOGO ROSENTHAL COUTINHO; FLÁVIA PORTELLA PÜSCHELL; LUCIANA GROSS CUNHA; JEAN PAUL ROCHA; MAÍRA ROCHA MACHADO; MARCELO NEVES; MICHELLE RATTON SANCHEZ; SALEM HIKMAT NASSER; VIVIANE MULLER PRADO

PARECERISTAS
ATUARÃO COMO PARECERISTAS DA REVISTA DIREITO GV OS MEMBROS DO CONSELHO EDITORIAL; PROFESSORES, PESQUISADORES E ALUNOS DA DIREITO GV, PROFESSORES DA DIREITO RIO, ALÉM DE EVENTUAIS PARECERISTAS NOMEADOS AD-HOC. ATUARÃO COMO PARECERISTAS PERMANENTES DA REVISTA DIREITO GV OS SEGUINTES PROFESSORES:

AIRTON SEELAENDER; ALEXANDRE DITZEL FARACO *(CENTRO UNIVERSITÁRIO FRANCISCANO DO PARANÁ);* ANTONIO RODRIGUEZ DE FREITAS JR. *(USP);* ARGEMIRO CARDOSO MOREIRA MARTINS *(UNIVALI-SC);* ARTHUR BARRIONUEVO FILHO *(EESP-EAESP);* BARBARA ROSENBERG *(MINISTÉRIO DA JUSTIÇA);* CAIO MARIO PEREIRA DA SILVA NETO; CARLOS EDUARDO BATALHA *(CEBRAP/SÃO BERNARDO);* CARLOS KLEIN ZANINI *(UFRGS);* CELSO CAMPILONGO *(USP);* CLAUDIA ROESLER *(UNIVALI-SC);* DEISY DE FREITAS LIMA VENTURA *(UNIVERSIDADE FEDERAL STA MARIA-RS);* DENISE VITALE MENDES *(CEBRAP);* ESTÊVÃO MALLET *(USP);* GILBERTO BERCOVICI *(USP),* JAIRO SADDI *(IBEMEC);* JOSÉ AUGUSTO FONTOURA *(UNISANTOS E UNIVERSIDADE DO AMAZONAS);* JOSÉ RICARDO FERREIRA DA CUNHA *(UFMG);* KATHIA MARTIN-CHENUT; LAURINDO DIAS MINHOTO *(USP - SAÚDE PÚBLICA);* LUCIANO CAMARGO PENTEADO; LUIS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA *(USP);* OTAVIO YASBEK; RABIH ALI NASSER *(GV LAW);* RICARDO MARCELO FONSECA *(UFPR);* RICARDO SEITENFUS *(UNIVERSIDADE STA MARIA-RS);* ROGÉRIO ARANTES *(PUC/SP);* SAMUEL RODRIGUES BARBOSA *(UFF);* TERESA NEGREIROS; TIAGO CORTEZ *(CEBRAP);* VALCIR GASSEN *(UNIVALI-SC).*

REDAÇÃO
ANA MARA MACHADO (ESTAGIÁRIA)
CLÁUDIA DE CARVALHO GUARNIERI (REVISÃO)

Revista DIREITO GV

v. 1 n. 1 MAIO 2005

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

DIREITO GV

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

ISSN 1808-2432

31 / 05 / 2005
SÃO PAULO - SP

PUBLICAÇÃO SEMESTRAL DA

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
(DIREITO GV)

TIRAGEM 2100 EXEMPLARES

© RDGV - REVISTA DIREITO GV, MAIO 2005 – RIO DE JANEIRO
ED. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ISSN 1808-2432
V. ILUST. SEMESTRAL

REVISTA DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
(DIREITO GV) DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS

EDITORES
MAIO 2005, JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ
INCLUI BIBLIOGRAFIA

1. DIREITO – PERIÓDICOS. I. SÃO PAULO (CIDADE). DIREITO GV

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO
SÃO RESERVADOS À ED. FGV.

DISTRIBUIÇÃO
COMUNIDADE CIENTÍFICA: 1700 EXEMPLARES
LIVRARIAS: 400 EXEMPLARES

REVISÃO
CLÁUDIA GUARNIERI

PROJETO GRÁFICO E EDITORAÇÃO ELETRÔNICA
MARCELO GUERREIRO (ULTRAVIOLETA DESIGN)
TAMMY TAKENAKA (ULTRAVIOLETA DESIGN)

PRODUÇÃO INDUSTRIAL
IMPRESSÃO E ACABAMENTO: GRÁFICA BANDEIRANTES
DATA DE IMPRESSÃO: 31/05/2005
TIRAGEM: 2100 EXEMPLARES

PERIODICIDADE
SEMESTRAL

CORRESPONDÊNCIA
RUA ROCHA, 233, 7º ANDAR - BELA VISTA
CEP 01330-000 - SÃO PAULO - SP - BRASIL
TEL. (11) 3281-3304 / 3310
EMAIL: REVISTADIREITOGV@FGVSP.BR

Revista DIREITO GV

v. 1 n. 1 MAIO 2005

ARTICLES

LEGAL RESEARCH AND ECONOMICS RESEARCH: ON THE HISTORICITY OF LEGAL NORMS

ODIOUS DEBTS AND THE GLOBAL LAW

REFLECTIONS ON THE PRINCIPLE OF THE SOCIAL FUNCTION OF CONTRACTS

HABERMAS AND THE "REFLEXIVE" STRUCTURE OF LAW

THE PERSON AS OBJECT OF CRIMINAL LAW INTERVENTION: PRELIMINARY NOTES ON THE RECEPTION OF POSITIVISTIC CRIMINOLOGY IN BRAZIL

FUNCTIONS AND PRINCIPLES OF TORT LAW: THE ART. 927 § ÚNICO *OF THE BRAZILIAN CIVIL CODE*

LIABILITY FOR DAMAGES CAUSED BY INANIMATE THINGS

THE EVOLUTION OF PRIVATE LAW AND THE BACKWARDNESS OF LAW TECHNIQUES

HISTORICAL NOTES ON THE TERM "RESPONSIBLE"

ARTIGOS

A PESQUISA EM DIREITO E EM ECONOMIA: EM TORNO DA HISTORICIDADE DA NORMA
PERSIO ARIDA : **011**

DEUDAS ODIOSAS Y EL DERECHO MUNDIAL
ANDREAS FISCHER- LESCANO : **023**

REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS
JUDITH MARTINS-COSTA : **041**

HABERMAS E A ESTRUTURA "REFLEXIVA" DO DIREITO
RÚRION SOARES MELO : **067**

A PESSOA-OBJETO DA INTERVENÇÃO PENAL: PRIMEIRAS NOTAS SOBRE A RECEPÇÃO DA CRIMINOLOGIA POSITIVISTA NO BRASIL
MAÍRA ROCHA MACHADO : **079**

FUNÇÕES E PRINCÍPIOS JUSTIFICADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O ART. 927, § ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL
FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL : **091**

DA RESPONSABILIDADE PELO FATO DAS COISAS INANIMADAS, (EXTRATOS) (1897)
LOUIS JOSSERAND : **109**

A EVOLUÇÃO DO DIREITO PRIVADO E O ATRASO DA TÉCNICA JURÍDICA (1955)
ORLANDO GOMES : **121**

ESBOÇO HISTÓRICO SOBRE O TERMO RESPONSÁVEL (1977)
MICHEL VILLEY : **135**

REVIEWS

WHAT IS SPECIFIC ABOUT GENERAL CLAUSES

EDMUND MEZGER AND CONTEMPORARY CRIMINAL LAW

A BRAZILIAN REVIEW OF THE ANATOMY OF CORPORATE LAW – A COMPARATIVE AND FUNCTIONAL APPROACH

FUNDAMENTAL RIGHTS AND PRIVATE RELATIONS

RESENHAS

O "QUE" DE ESPECÍFICO NAS CLÁUSULAS GERAIS
LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO : **149**

EDMUND MEZGER E O DIREITO PENAL DO *NOSSO* TEMPO
MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO : **153**

UMA RESENHA BRASILEIRA DE *THE ANATOMY OF CORPORATE LAW*: A COMPARATIVE AND FUNCTIONAL APPROACH
LUÍS GUSTAVO HADDAD : **161**

DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES
VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA : **173**

ESSAY

CREATIVE COMMONS, MEDIA AND RECENT TRANSFORMATIONS IN INTELLECTUAL PROPERTY LAW REGULATIONS

ENSAIO

CREATIVE COMMONS, MÍDIA E AS TRANSFORMAÇÕES RECENTES DO DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL
RONALDO LEMOS : **181**

CARTA DA DIRETORIA

A Escola de Direito de São Paulo da FGV pretende consolidar-se como referência na pesquisa e no ensino do Direito no Brasil. Para realizar este objetivo, desde o início de suas atividades, tem desenvolvido diversas iniciativas, sempre baseadas no debate entre pares abertos à participação externa de professores e alunos de outras instituições, nacionais e internacionais.

Com base nesse procedimento, nossa Escola criou um currículo diferenciado que tem exigido a produção de material didático inédito. Esta produção tem alimentado um debate sobre metodologia de ensino em Direito que não encontra nem precedente nem par em nosso país. A produção de material didático revelou-se uma tarefa sem fim diante das demandas de reformulação que a realidade brasileira coloca perante nossa grade curricular e nossos métodos de ensino.

Por meio do mesmo procedimento, a Direito GV decidiu contratar a maioria de seu corpo docente em tempo integral, viabilizando financeiramente suas atividades de pesquisa e ensino. Todos os professorem podem ter bolsas vinculadas à produção intelectual, cujas metas encontram-se previstas num plano de trabalho, apresentado anualmente à instituição. Toda a produção intelectual da Escola é submetida a debates realizados quinzenalmente, o Workshop de pesquisadores, reunião que congrega nossa comunidade intelectual, bem como convidados externos à nossa Escola entre professores, alunos e profissionais do direito.

Em todas as nossas atividades, trata-se de manter as questões em aberto para evitar a excessiva padronização de métodos e procedimentos. É preciso evitar a cristalização de maneirismos que não encontram explicação senão na repetição acrítica de comportamentos que ninguém sente a necessidade de justificar racionalmente.

Para evitar esse desfecho indesejável de nossos esforços, é preciso manter aceso o debate interno com abertura para a crítica externa, capaz de nos colocar diante de outros critérios de ação. A manutenção da crítica contribui para que renovemos o olhar que lançamos sobre nosso trabalho no sentido de seu aperfeiçoamento.

A Revista Direito GV pretende guardar coerência com nossa recente, mas já consolidada, tradição de trabalho intelectual. Trata-se de uma publicação que se destina a veicular uma produção de alto nível com base no procedimento que tem orientado todas as nossas ações. Nesse sentido, a revista não será o espelho do que acontece na Escola de Direito de São Paulo, mas sim um retrato dos princípios que fundamentam suas atividades. Trata-se de criar uma publicação marcada pelo debate intelectual aberto sujeito a controle externo, nacional e internacional.

A melhor maneira que encontramos para realizar este objetivo foi construir a revista com base em um conselho editorial marcadamente externo à instituição, com presença de professores brasileiros e estrangeiros, além do processo de seleção de artigos conhecido como *double blind peer review*; tudo conforme a descrição presente em nossa linha editorial.

Trata-se de uma iniciativa que consolida e reforça nossos objetivos institucionais, abrindo ainda mais as portas de nossa instituição para a participação de todos os interessados na discussão intelectual em bases acadêmicas sobre o Direito brasileiro, latino-americano, internacional e global. Pretendemos que a revista Direito GV seja veículo para a evolução do saber em nossa área de estudos e, principalmente, que contribua para a consolidação da prática da crítica intelectual em nosso país.

É nossa crença que o debate é fator fundamental para a produção de um trabalho intelectual de alto nível. Com o objetivo de contribuir para sua consolidação em nosso meio, apresentamos à comunidade jurídica brasileira a Revista Direito GV.

LETTER FROM THE BOARD OF DIRECTORS

FGV's Sao Paulo School of Law (Direito GV) plans to consolidate itself as reference in research and teaching of Law in Brazil. In order to achieve this objective since the beginning of its activities it has developed several initiatives, always based on debate among peers open to external participation of professors and students from other institutions, both domestic and international.

Based on that procedure, our School created a differentiated set of courses requiring the production of ground-breaking teaching material. Such production has fueled unprecedented debate about Law teaching methodology in our Country. The production of didactic material has emerged as an endless task in view of the reformulations that Brazilian reality places before our set of courses and our teaching methods.

Through the same process, Direito GV *decided to hire most of its faculty on a full time basis so as to make their research and teaching activities financially viable. All professors can have scholarships coupled with intellectual production of which the targets are prescheduled for planned work, annually submitted to the institution. The entire intellectual production of the School is submitted to debates carried out every fifteen days in the Researcher's Workshop, a meeting that brings together our intellectual community as well as invited guests comprising professors, students and Law professionals.*

In all our activities we strive to keep subjects open in order to avoid excessive standardization of methods and procedures. It is necessary to avoid the crystallization of mannerisms that can only be explained by acritical repetition of behaviors that no one feels the need to rationally justify.

To avoid such undesirable outcome of our efforts, it is necessary to keep internal debate alive and open to external critique, capable of placing ourselves in the presence of other action criteria. Continued critique contributes to our renewing of the way we see our work, for further enhancement thereof.

Direito GV Law Review *is determined to preserve coherence in our recent but already consolidated tradition of intellectual work. Ours is a publication intended to convey high level production based on the procedure that has guided all our actions. Accordingly, the magazine will not be a mirror of what takes place at Sao Paulo School of Law (Direito GV) but a mirror of the principles its activities rely upon. Our aim is to create a publication characterized by open intellectual debate and subject to external control, domestic and international.*

The best way we found to achieve said objective was to build the magazine based upon a patently external Editorial Council, with participation of Brazilian and foreign professors, in addition to the article selection process known as 'double blind peer review', entirely consistent with the description present in our editorial line.

This initiative consolidates and strengthens our institutional objectives, opening even more widely the doors of our institution to allow participation of all that are interested in intellectual discussion based on academic principles about Brazilian, Latin-American, International and Global Law. We plan Direito GV Law Review *to be a vehicle for knowledge evolution in our field of study, and principally that it may contribute to consolidating the intellectual critique in our Country.*

We believe debate is a key factor for high level intellectual production. With the purpose of contributing to its consolidation in our environment, we now introduce Direito GV Law Review *to the Brazilian legal community.*

CARTA DO EDITOR

A Revista Direito GV é uma revista generalista e arbitrada, que se dedicará a publicar estudos marcados pelas mais diversas abordagens teóricas e metodológicas. Está aberta a trabalhos estritamente dogmáticos dos diversos ramos do Direito, bem como a textos que discutam as características e as fronteiras do pensamento dogmático. A revista também acolherá artigos que tratem de problemas interdisciplinares, além de trabalhos que possam ser classificados nas disciplinas: sociologia jurídica, história do direito e filosofia do direito. Acolheremos também textos que tratem da metodologia de ensino do Direito.

A Escola de Direito de São Paulo tem como preocupação central promover e publicar de trabalhos de pesquisa inovadores, que ampliem e modifiquem as pautas de pesquisa, metodologias e referenciais teóricos estabelecidos. Além disso, entende que a melhor maneira de manter o bom nível da produção científica de uma instituição é o controle externo por pares, nacional e internacional. A Revista Direito GV nasce destas duas crenças.

Nossa escola acredita que o acesso à Revista Direito GV deve se pautar exclusivamente pelo critério da qualidade científica. A melhor maneira de realizar este objetivo é adotar o procedimento de seleção de artigos conhecido internacionalmente como *double blind peer review*. Seja o autor do texto professor titular ou aluno de graduação, formado em Direito ou não, profissional da FGV ou de outras instituições, nada disso importa. Seu trabalho será publicado se tiver sua qualidade atestada pelos pareceres anônimos de dois especialistas, escolhidos entre os membros de nosso conselho editorial, corpo permanente de pareceristas, professores e alunos, além de especialistas escolhidos *ad-hoc* conforme as necessidades do processo de arbitragem.

Todo o processo de seleção de artigos será conduzido pessoalmente pelo Editor e pela comissão executiva, garantido o sigilo do nome do autor e dos pareceristas, bem como o acesso do autor aos pareceres finais. Pretendemos que nossos pareceristas estabeleçam uma real interlocução com os autores e sugiram os aperfeiçoamentos e acréscimos que julgarem necessários para o incremento da qualidade dos textos.

Eventuais convites para escrever nesta revista serão extremamente raros, formulados exclusivamente pelo Editor, mediante sugestão e discussão pela comissão executiva. Caberá a ambos a responsabilidade pela qualidade do texto publicado. Os convites terão lugar caso possam justificar-se por si mesmos. A excepcional qualidade do trabalho em questão evidenciará que submetê-lo ao processo de seleção não passaria de uma formalidade. Todos os artigos convidados serão identificados como tal.

O objetivo de criar uma revista arbitrada depende não apenas da seriedade de seu processo de seleção, mas especialmente da remessa de textos pelos autores interessados. Seremos capazes de publicar exclusivamente artigos selecionados no momento em que passemos a receber um número de textos suficientemente grande para alimentar convenientemente nosso processo de seleção.

Por razões óbvias, não foi o que aconteceu com este número 1 que contém apenas trabalhos convidados. Provavelmente, o mesmo se repetirá no número dois. A despeito desta circunstância inicial, temos a satisfação de informar aos nossos leitores que já temos 12 artigos em processo de seleção, o que nos parece auspicioso para nossos objetivos.

Além dos artigos científicos, a Revista Direito GV publicará traduções e eventuais republicações de textos clássicos, selecionados

conforme os assuntos discutidos em cada número, além traduções artigos de interesse acadêmico. Há também uma seção de resenhas e ensaios que pretende discutir criticamente obras relevantes para a pesquisa em direito, além de publicar textos de interesse que não se enquadrem na formas de exposição acadêmicas. Quanto às resenhas, serão privilegiados títulos acadêmicos em detrimentos de publicações de cunho meramente profissional. A seção incluirá análises de livros e revistas, nacionais e estrangeiras.

A Revista Direito GV entende que a melhor maneira de apresentar uma obra a seus leitores é por meio da discussão de seus argumentos. Por esta razão, toda resenha conterá uma exposição dos principais passos da argumentação da obra, além da discussão crítica de uma ou de algumas de suas questões centrais. Resenhas meramente descritivas não fazem sentido em uma revista que pretende contribuir para a discussão dogmática e teórica em Direito.

A Escola de Direito de São Paulo espera que sua iniciativa encontre boa acolhida entre os pesquisadores em Direito e aguarda a remessa dos textos pelos autores interessados. A participação ativa da comunidade jurídica nacional é fundamental para a realização de nossos objetivos.

* * *

Cabe aqui um agradecimento especial ao professor Thomas Wood Jr. da Escola de Administração da FGV pela constante disponibilidade em discutir os planos dessa revista, além de partilhar, com grande generosidade intelectual, sua experiência na condição de editor da Revista de Administração de Empresas.

Agradecemos também a toda a equipe da RAE e da revista GV Executivo, que nos tem auxiliado a pensar e executar os procedimentos operacionais de nossa publicação.

Jaime Meira do Nascimento Junior e *André Rodrigues Corrêa* contribuíram com nossa revista com a tradução dos textos de Louis Josserand e Michel Villey respectivamente, publicados neste número.

Marcelo Gomes, presidente da Fundação Orlando Gomes, Marion Colas da editora PUF e Antoine Bonfait da editora Armand-Colin, protagonizaram a concessão dos direitos de publicação e/ou tradução textos de, respectivamente, Orlando Gomes, Josserand e Villey.

A todos nossos sinceros agradecimentos.

* * *

Este número 1 da Revista Direito GV é dedicado a todos os alunos de graduação e pós-graduação *lato sensu* da Escola de Direito de São Paulo da FGV, razão de ser de todo nosso trabalho.

Boa leitura!

EDITOR'S LETTER

Direito GV Law Review *is a generalist and arbitrated magazine that will focus on the publication of studies characterized by a wide range of theoretical and methodological approaches. It is open to strictly dogmatic works in the several areas of Law, as well as to texts that discuss characteristics and leading edges of dogmatic thought. The magazine will also receive articles dealing with interdisciplinary problems, in addition to works that could be grouped in the disciplines of Juridical Sociology, History of Law and Philosophy of Law. We will also receive texts on Law Teaching methodology.*

The Sao Paulo School of Law (Direito GV) has as a central concern to promote and publish innovative research works that broaden and change established research programs, methodologies and theoretical references. Additionally, it understands that the best way to maintain the superior level of scientific production of an institution is the external control by domestic and international peers. Direito GV Law Review *derives from the two abovementioned principles.*

Our school believes that access to Direito GV Law Review *should be based solely on scientific quality criteria. The best manner to achieve this target is to adopt the*

article selection process internationally known as 'double blind peer review.' Whether the author of the text is full professor or graduate student, bachelor of science in Law or not, professional graduated from FGV or other institutions, none of that matters. His or her work will be published on condition that it has its quality confirmed by anonymous opinions from two specialists selected among members of our Editorial Council, permanent group of persons who give an opinion, professors and students, in addition to designated specialists consistent with arbitration process needs.

The whole article selection process will be personally conducted by the Editor and by the Executive Committee, with guaranteed secrecy as to the name of the author and persons who gave an opinion, as well as the author's access to final opinions. It is our intention that the persons who give an opinion establish effective dialogue with the authors so as to propose improvements and additions considered necessary for text quality enhancement.

Eventual invitations to write in this magazine will be extremely rare, made only by the Editor, through suggestions from and discussion with the Executive Committee. They are jointly responsible for the quality of published texts. Invitations shall take place when they are self-justifiable. The exceptional quality of a work will confirm that its submittal to the selection process would be simply a formality. All invited articles will be identified as such.

The purpose of creating an arbitrated magazine depends not only on the thoroughness of its selection process, but chiefly on the remittance of texts by interested authors. We will be able to publish only selected articles once we receive a number of texts large enough to appropriately feed our selection process.

For obvious reasons this was not case in this first edition, which features only invited works. In all probability the same will occur in our second edition. In spite of this initial circumstance we are happy to tell our readers we already have twelve articles going through selection process, which seems promising as regards our objectives.

In addition to scientific articles, Direito GV Law Review *will be publishing translations and eventual republications of classics, selected according to the subjects discussed in each edition, and also translated articles of academic interest. There is also one section for reports and essays intended to critically discuss relevant works meant for research in Law and for the publication of texts of interest that do not fit into academic account modes. As to reports, academic titles will be privileged rather than purely professional articles. The section will include analyses of both domestic and foreign books and magazines.*

Direito GV Law Review *understands that the best way to present a work to its readers is through discussion of its line of reasoning. Therefore, every report will include a description of the main steps of the line of reasoning of the work, in addition to critique discussion of some of its main points. Merely descriptive reports would not make sense in a magazine that is set to contribute to dogmatic and theoretical discussion of Law.*

The Sao Paulo School of Law expects Law Researchers to welcome its initiative and looks forward to receiving texts sent by interested authors. Active participation of the domestic legal community is key to achieving of our objectives.

* * *

We would like to include a special thanks to Professor Thomas Wood, Jr. from the FGV School of Administration for his unwavering availability to discuss plans concerning this magazine and share with genuine intellectual generosity his experience as Editor of the Business Administration Magazine (RAE).

We also express our gratitude to the entire team of the Business Administration Magazine (RAE) and the GV Executive (GVE) magazine, which helped us think and carry out the operating procedures of our publication.

Jaime Meira do Nascimento Junior and Andre Rodrigues Correa contributed to our magazine with the translations of texts by Louis Josserand and Michel Villey respectively, published in this edition.

Marcelo Gomes, President at Orlando Gomes Foundation, Marion Colas from PUF publishing house and Antoine Bonfait from Armand-Colin publishing house obtained publication and/or translation licenses for texts by Orlando Gomes, Josserand and Villey.

Our sincere thanks to every one of you.

* * *

This Number One Edition of Direito GV Law Review *is dedicated to all students of graduate and post-graduate courses* lato sensu *from FGV Sao Paulo School of Law, raison d'être of all our work.*

Enjoy your reading!

A PESQUISA EM DIREITO E EM ECONOMIA: EM TORNO DA HISTORICIDADE DA NORMA [1]

Persio Arida

LEGAL RESEARCH AND ECONOMICS RESEARCH: ON THE HISTORICITY OF LEGAL NORMS

RESUMO

Após esquematizar o pensamento econômico sobre a norma em algumas categorias, argumenta-se que é na historicidade da norma que o pensamento econômico revela sua maior lacuna. O texto sugere que a pesquisa em direito sobre a historicidade da norma pode vir a interagir de modo profícuo com a pesquisa econômica, influenciando inclusive o desenho de políticas econômicas.

PALAVRAS-CHAVE

economia / direito / pesquisa / norma / historicidade

ABSTRACT

Based on a simple taxonomy of the forms by which economic thinking apprehends the impact of the norm, the text argues that the main lacuna of economics lies in understanding the historicity of legal norms. The text suggests that law research on the historicity of legal norms can interact in a fertile way with economic research and that this interaction may have economic policy-making implications.

KEYWORDS

economics / law / research / norm / historicity

1 Introdução

Em um estudo recente, Marcos Nobre (2003) tratou de responder à seguinte questão: como explicar que o direito, como disciplina acadêmica, não tenha acompanhado o vertiginoso crescimento qualitativo da pesquisa científica em ciências humanas no Brasil nos últimos trinta anos? A resposta naturalmente exige que se discuta a relação do direito com as disciplinas clássicas das ciências humanas e que se pergunte pela natureza específica da pesquisa em direito.

O tema, vastíssimo, transcende os limites deste pequeno texto. Trato aqui das relações entre a pesquisa em economia sobre as normas e a pesquisa em direito, não do ponto de vista da especificidade de uma ou de outra, mas sim a partir de uma perspectiva interna da pesquisa em economia. Interessa-me aqui não a pesquisa econômica em geral, mas a pesquisa econômica sobre a norma. Por pesquisa sobre a norma agrupo as pesquisas sobre o impacto econômico de leis e regras

administrativas, ordenamentos jurídicos e instituições jurídicas. A pergunta que aqui me interessa é a seguinte: qual é a vertente da pesquisa em direito mais profícua do ponto de vista do pensamento econômico sobre a norma?

Para responder a esta pergunta, trato de mapear o estado atual do pensamento econômico sobre a norma para buscar, na insuficiência da própria reflexão econômica, a vertente na qual a pesquisa em direito mais pode contribuir para o entendimento dos seus efeitos. Outra alternativa, complementar certamente, mas aqui não desenvolvida, seria mapear o estado atual do pensamento em direito sobre os efeitos econômicos da norma para daí traçar a vertente de pesquisa em direito que pareça mais promissora para interagir com a pesquisa econômica.

Justamente por me situar de forma deliberadamente unilateral no universo da pesquisa em economia, não questiono a natureza específica da pesquisa em direito, tópico do texto de Marcos Nobre. Argumentarei aqui que é no entendimento da historicidade da norma que está a lacuna maior do pensamento econômico sobre a norma. O pensamento econômico encontra dentro de seu próprio movimento os conceitos que lhe permitem captar o efeito da norma sobre a vida econômica; é também capaz de entender a evolução da norma como adaptação às vicissitudes da vida econômica ou como resultante da ação de grupos de interesse; não é, no entanto, capaz isoladamente de compreender a evolução da norma quando decorrente de dinâmicas normativas ou internas ao próprio sistema jurídico. Daí o argumento de que é a pesquisa em direito sobre a historicidade da norma que maior impacto pode ter no modo pelo qual os economistas pensam a norma e seus efeitos. Tomo aqui como postulado que a pesquisa em torno da historicidade da norma, feita no âmbito dos estudos jurídicos, não viola a natureza específica da pesquisa em direito, preocupação do texto de Marcos Nobre.

Uso aqui a expressão historicidade da norma, em vez de história da norma, de forma proposital. Tomo historicidade no sentido mais amplo do termo, designando como historicidade da norma o modo de ser da norma no mundo histórico. Do ponto de vista da pesquisa em economia sobre a norma importa entender não apenas como a norma evoluiu historicamente – a história da norma propriamente dita –, mas em particular como pode vir a evoluir em circunstâncias diferentes. É este o entendimento que importa para fundamentar propostas de políticas econômicas. E o entendimento de como a norma pode evoluir em situações diversas, e sua possível interação com desdobramentos futuros da vida econômica, visto na perspectiva e na linguagem da pesquisa em direito, pertence ao campo da historicidade, não da história.

A pesquisa em economia à qual farei referência neste texto é a desenvolvida pelo programa neoclássico, no qual agentes autônomos e voltados para o interesse individual se articulam socialmente por meio do mercado. A razão é que foi a partir dele que a pesquisa sobre as normas tomou impulso em economia, corporificada hoje em

revistas como o *The Journal of Law and Economics* e o *European Jornal of Law and Economics* e cristalizada em livros-texto sobre economia e direito.[2] O programa neoclássico, como se sabe, julga a norma a partir de seu efeito sobre a alocação de recursos. Normas indutoras de formas de comportamento que levam ao ótimo de Pareto são vistas como benéficas; normas que dificultam sua obtenção são nocivas. Para o programa neoclássico, as escolhas valorativas devem ser realizadas no interior do conjunto de alocações de recursos que atendem ao critério de Pareto.[3]

A perspectiva neoclássica pode ser criticada por esposar tacitamente uma visão simplista da realidade do direito. Normas são compatíveis com o ótimo de Pareto ou a ela prejudiciais; caberia ao economista iluminar o legislador quando da sua edição ou o juiz quanto às conseqüências de suas decisões. De forma deliberadamente caricata, é como se o pensamento neoclássico se inspirasse, sem o saber, em Weber e Kelsen. Em Weber ao supor que a interferência da moral no direito acabaria por retirar sua racionalidade do direito, posto que esta consistiria justamente na aderência aos procedimentos estabelecidos; em Kelsen, ao entender tanto a rejeição do direito natural quanto a aplicação da lei como um ato criativo, não mecânico, de criação de uma norma inferior com base em uma norma superior, a oportunidade para que juízes possam usar os resultados da pesquisa econômica em suas decisões.[4] Talvez se possa dizer com Habermas (1999), no entanto, que outra é a realidade do direito, que o próprio ato de seguir procedimentos jurídicos é um ato moral, que a separação do direito e da moral não faz sentido, como bem o atestaria a axiologia das Constituições Federais em vários países e que é possível pensar em um direito racional, com previsibilidade nas decisões, mesmo diante da incorporação da moral ao direito.

Passo aqui ao largo desta controvérsia. Para o programa neoclássico de pesquisa a questão se resume, ou tem se resumido até hoje, em saber que normas e que sistemas estabelecidos de interpretação de normas levam ao equilíbrio Pareto-ótimo. É possível que a pesquisa em direito, ao iluminar de forma radicalmente diversa a imbricação entre normas e valores, venha a sugerir caminhos para a pesquisa em economia radicalmente diversos dos até agora por ela trilhados. Do ponto de vista da questão feita neste texto, no entanto, parece-me evidente que a pesquisa sobre a historicidade da norma tem hoje um potencial de interação com a pesquisa em economia maior do que as pesquisas sobre as relações entre moral e direito o teriam, embora, como restará evidente ao longo da argumentação, os dois temas se entrelacem em vários aspectos.

O texto contém mais seis seções. As seções 2 a 5 apresentam uma taxonomia da pesquisa em economia sobre a norma em quatro categorias distintas. Trata-se de uma taxonomia exageradamente simplificada, posto que há casos de pesquisas que se enquadram em mais de uma categoria e as distinções são menos cristalinas do que se desejaria; serve bem, no entanto, para ilustrar a lacuna do pensamento econômico

sobre a norma. A seção 6 mostra em que aspecto preciso se manifesta a insuficiência do pensamento econômico. A seção 7 encerra o texto com uma sugestão deliberadamente provocativa sobre a cooperação entre pesquisas de direito e economia.

2 A NORMA COMO DISTORÇÃO

A primeira vertente da pesquisa em economia busca mostrar como normas editadas com o objetivo de impor valores terminam muitas vezes por distorcer o equilíbrio de mercado. O pressuposto é que o equilíbrio de mercado, na ausência da norma, tenha as propriedades do ótimo de Pareto. O impacto da norma, julgado do ponto de vista da geração de riqueza, é negativo.

Considere o caso de um drástico aumento no valor das locações residenciais causado, digamos, por um grande aumento de demanda. O mecanismo endógeno de equilibração dos mercados exige tempo. O alto valor da locação induz, mediante novas construções, um aumento na oferta de imóveis para locação até que se reencontre o equilíbrio de longo prazo. Se o legislador, no entanto, optar por proteger os inquilinos congelando o valor das locações residenciais, terminará por criar inúmeras distorções que afastam a economia do ótimo de Pareto.[5]

O exemplo ressalta o papel crucial do tempo na interação entre a norma e o fato econômico. Se os ajustes do sistema de preços fossem instantâneos (no nosso caso, se a resposta da oferta ao aumento de alugueres fosse imediata), não haveria a tensão social que motiva a intervenção do legislador. Retomaremos este aspecto mais adiante quando da discussão sobre a historicidade da norma.

3 A NORMA CORRETIVA

A primeira vertente de pesquisa aborda a norma como interferência em um equilíbrio de mercado eficiente que atende às propriedades do ótimo de Pareto. A segunda vertente de pesquisas em economia examina situações nas quais há uma falha ou anomalia de mercado e, portanto, o equilíbrio econômico não é Pareto - ótimo. A pesquisa concentra-se então na determinação da norma capaz de corrigir a distorção observada.

O exemplo mais imediato é dado por externalidades. O interesse pelo tópico tomou novo vigor a partir da formulação pioneira de Coase enfatizando a importância da caracterização eficiente dos direitos de propriedade. Shavell (2003) provê uma excelente introdução ao tema e às dificuldades da determinação da norma legal (no caso, a atribuição dos direitos de propriedade) que levaria a economia ao ótimo de Pareto na ausência de custos de transação. O tópico naturalmente suscitou o interesse por falhas de mercado que tornariam viezado o próprio processo de contratação, como informação assimétrica ou o problema dos "free riders".[6]

Formações não-concorrenciais são um outro potencial exemplo de falha de mercado. A pesquisa trata de desenhar a forma de regulação adequada para corrigir os efeitos negativos de equilíbrios oligopólicos sobre a alocação de recursos. As questões que aqui surgem são complexas. Muitas vezes o que aparece como oligopólio ou monopólio na oferta de determinado produto sofre formas de competição via outros produtos. A taxa de retorno sustentável ao longo do tempo por um oligopólio é menor do que aparenta ser por causa do custo de preservação das barreiras de entrada (gastos na construção/manutenção da marca ou investimentos em pesquisa que criem produtos novos). Normas reguladoras eficazes em determinados momentos podem se tornar obstáculos ao bom funcionamento do mercado em outras ocasiões.[7]

O setor financeiro também é regulado sob a hipótese implícita de uma falha de mercado. No caso, a falha decorreria do fato de que os regimes de *free banking*, nos quais não há regulação específica para o setor financeiro, aumentariam os riscos da crise bancária. Os intermediários financeiros deveriam, portanto, atuar sob regime de concessão e supervisão do Banco Central. O desafio consiste em reduzir ao mínimo a probabilidade de uma crise sem inibir o processo concorrencial. Garantir irrestritamente e sem custo os depósitos bancários, por exemplo, é uma norma equivocada – reduz a zero o risco da crise bancária à custa de socializar prejuízos. O marco regulatório vigente tentou resolver o desafio por meio de dois caminhos.[8]

O primeiro foi incentivar fundos de investimento. Mediante os fundos, o risco de crédito é incorrido diretamente pelo poupador, reduzindo, portanto, o risco bancário propriamente dito. O intermediário passa a ser um prestador de serviços. O segundo caminho foi impor lastros mínimos de capital em função da natureza da operação de crédito. Os critérios de capital mínimo, padronizados pelos Acordos de Basiléia, evitam que o intermediário incorra riscos desproporcionais ao seu capital próprio. A experiência mostrou que os dois caminhos suscitaram uma nova gama de questões.[9]

Outro exemplo de norma corretiva é a proibição de quitar obrigações no País em moeda estrangeira. Tal norma, por impor uma restrição à livre escolha dos agentes, provoca em tese um afastamento do ótimo de Pareto.[10] A pesquisa em economia, no entanto, tende a endossá-la porque evita que o ganho de senhoriagem seja apropriado pelo Tesouro de outro país. A norma não teria razão de ser em um mundo no qual houvesse estorno dos ganhos de senhoriagem entre países.

4 A NORMA FUNDANTE

A terceira vertente de pesquisas se volta para a norma como o regramento a partir do qual contratos e mercados são estruturados. Esta vertente de pesquisas, por sua

vez, tem se desenvolvido em dois campos. O primeiro foi inaugurado por Buchanam e Tullock (1998). Colocando-se decididamente na tradição contratualista, a pergunta se desloca para saber qual é a constituição ideal. Dissolve-se a figura do legislador abstrato de quem emanam normas corretivas ou distorcivas e surge em seu lugar uma pluralidade de legisladores sem propósito comum e que não agem necessariamente visando maximizar o bem-estar da sociedade. O interesse próprio, no entanto, tende a perder importância quando a escolha é feita em condições que impedem que o agente possa prever como sua escolha pode vir a afetar seu bem-estar no futuro; tal é o caso da escolha constitucional, que afeta primordialmente as gerações futuras.

O segundo tem caráter comparativo. Iniciou-se na comparação dos regimes de *common law* e *civil law*. O argumento é que países cujo sistema legal facilita e incentiva o respeito aos direitos individuais de propriedade e aos contratos privados tendem a ter melhor desempenho do que outros, principalmente pelo desenvolvimento da intermediação financeira entre poupança e investimento; nestes países, os poupadores têm mais confiança em emprestar e os tomadores têm mais confiança em investir. Mais recentemente, a atenção tem se voltado não para a discussão dos efeitos do sistema legal tal qual firmado na origem, mas sim sobre sua adaptabilidade às vicissitudes da vida econômica. Sistemas legais que se adaptam rapidamente às necessidades de contratação entre agentes privados apresentam desempenhos econômicos superiores a sistemas legais rígidos.[11]

5 A HISTORICIDADE DA NORMA: A EVOLUÇÃO ENDOGENAMENTE DETERMINADA

A ênfase na adaptabilidade nos conduz naturalmente a uma quarta vertente de pesquisas em economia. Nos escritos institucionalistas, por exemplo, busca-se compreender a evolução da norma como uma conseqüência de inovações oriundas da dinâmica do próprio mercado ou como uma maneira de se apropriar de externalidades. O surgimento das sociedades por ações, por exemplo, decorreria necessidade de dar forma institucional a blocos de capital maiores do que aqueles tipicamente agrupados no interior de famílias. Tais blocos de capital, por sua vez, seriam necessários para explorar atividades com lucratividade maior do que a média em setores com escala de operação mínima elevados. Para dar um outro exemplo, North e Weingast (1989) interpretam o predomíno da *common law* e do sistema representativo trazido pela Revolução Gloriosa como resposta ao problema de como limitar o poder discricionário da Coroa; o novo sistema, além de fundar o mercado de capitais, terminou por se traduzir, de forma apenas aparentemente paradoxal, por uma maior capacidade de financiamento da Coroa. No exemplo das sociedades anônimas, a criação de uma nova norma decorre da oportunidade de se apropriar dos ganhos de economias de escala; no caso da Revolução Gloriosa, perde

qualquer necessidade intrínseca (pois a Coroa, representada pelos Stuarts, por pouco não venceu), mas encontra sua racionalidade na obtenção de uma forma institucional Pareto-ótima em relação à anterior. No jargão dos economistas, esta vertente de pesquisas trata de "endogeneizar" a norma.

Tal vertente de pesquisa dá conta certamente de um dos impulsos importantes para a modificação das normas. Seria, no entanto, reducionista pensar a historicidade da norma exclusivamente como uma resposta defasada aos requisitos de um único subsistema da vida social. Os efeitos daquilo que Dworkin (1996) denominou como uma leitura moral da Constituição, para dar um exemplo, sobrepassam qualquer tentativa de interpretação baseada nas exigências dos mercados. As normas evoluem muitas vezes por razões não relacionadas aos avatares do sistema econômico. E mesmo que evoluam em adaptação à evolução econômica, tem que fazê-lo em coerência com o arcabouço jurídico como um todo.

6 A historicidade da norma: retrocessos

De particular interesse para a pesquisa econômica é o entendimento de retrocessos. Como pensar normas editadas na contramão do que se desejaria? A resposta que emerge da pesquisa econômica enfatiza três fatores: (i) a pressão dos grupos de interesse – no jargão dos economistas, a "captura" do Estado por interesses privados; (ii) distorções no processo de representação que fazem com que os parlamentares votem em desacordo com as preferências de seus eleitores; e (iii) a ignorância do legislador quanto aos efeitos econômicos das normas que promulga. Os três fatores têm se mostrado campos de pesquisa extremamente férteis.[12]

Nem sempre, no entanto, está o pensamento econômico bem equipado para pensar o retrocesso no quadro normativo. Tomemos um exemplo de nossa história recente. Do ponto de vista da racionalidade econômica, o princípio fundamental do Direito é o do *pacta sunt servanda*. No entanto, o respeito aos contratos, tal qual entendido pelos economistas, tem sido relativizado pelas mudanças na hermenêutica jurídica decorrente do predomínio de constitucionalistas sobre civilistas. Na nossa história recente, a introdução, no texto constitucional e no Código Civil, de conceitos como função social da propriedade privada ou a boa-fé objetiva, sem que tenham sido acompanhados de uma jurisprudência coerente e consolidada que permita antever seu impacto sobre as decisões dos juízes em casos de litígio, certamente dificulta o respeito aos contratos tal qual concebido por economistas.[13]

O efeito destes desdobramentos foi diminuir a "calculabilidade" dos contratos, criando um elemento adicional de risco e incerteza na avaliação de seus efeitos. Como bem observou Max Weber, a predominância de formas de produção estruturadas por meio do mercado requer um sistema legal com efeitos *calculáveis* racionalmente pelas

partes;[14] a sobredeterminação dos contratos por considerações que não podem ser racionalmente calculadas pelas partes afeta negativamente a produção e o emprego. Mas, embora o pensamento econômico consiga apreender as conseqüências destes desdobramentos no plano normativo, não é capaz, isoladamente, de compreender as razões de seu surgimento ou a dinâmica de sua evolução.

A evolução da norma aparece assim muitas vezes para o pensamento econômico como um "choque adverso" – algo que o pensamento econômico não é capaz de antever. Somente a pesquisa em direito sobre a historicidade da norma pode ajudar a compreender estes desdobramentos. Um exemplo, extraído da macroeconomia, ilustra o argumento.

Considere um Banco Central empenhado na tarefa de manter a inflação estável sob o pressuposto de que, ao assim proceder, estará mantendo o produto e o emprego em seus níveis potenciais. O Banco Central, no entanto, observa sinais do que lhe parece ser um surto especulativo na bolsa de ações ou no mercado cambial. A resposta convencional é não intervir, impondo uma política monetária mais dura apenas se o aumento no preço dos ativos vier a ameaçar o cumprimento da meta inflacionária. A razão é que não se sabe de antemão se tal aumento é um surto especulativo que irá dissipar-se mais tarde ou um movimento condizente com os "fundamentos" da economia.[15]

A resposta convencional não é necessariamente correta, tanto por razões econômicas quanto por razões pertinentes à historicidade da norma.

Iniciemos pelas razões econômicas. Surtos especulativos ensejam alocações insustentáveis de recursos; seu colapso traz conseqüências adversas como falências e desemprego. Em alguns casos a manutenção do produto em seu nível potencial exige que o Banco Central atue no sentido de evitar que um surto especulativo adquira decisões exageradas. Tal atuação pode ocorrer por meio das formas estabelecidas de comunicação (como as atas do nosso Copom), da intervenção direta (variações na taxa de juros) ou de mudanças no quadro regulatório (como restrições à alavancagem ou margens em mercados futuros).

Consideremos agora razões normativas. A reversão de surtos especulativos, por seus efeitos sociais traumáticos, muitas vezes enseja resposta no plano normativo. Mudam as leis, o espírito que preside sua interpretação ou ambos. Normas visando coibir excessos especulativos e medidas compensatórias tornam-se socialmente legítimas. O resultado é que o processo econômico natural que levaria ao equilíbrio marshalliano de longo prazo é interrompido. O equilíbrio de longo prazo marshalliano, atingido quando o efeito de todos os choques temporários já se fez inteiramente presente e constantes todos os demais aspectos, é uma abstração útil para caracterizar o modo pelo qual os mercados se auto-regulam; é igualmente útil para saber a tendência endógena do sistema de preços; mas nem sempre é um guia seguro para a política econômica justamente porque ignora as

mudanças no embasamento legal. E como muitas vezes as normas editadas para corrigir os efeitos de um surto especulativo não têm cláusula limitada de vigência, as mudanças no embasamento legal suscitadas por uma situação econômica específica sobrevivem à circunstância que as criou.

Esta espécie sofisticada de endogeneidade adversa não escapou à atenção dos economistas. Constitui hoje uma espécie de sabedoria na política monetária, por exemplo, evitar flutuações muito abruptas no valor da riqueza e da renda justamente para evitar tensões sociais e econômicas excessivas. No entanto, a pesquisa econômica não está equipada para pensar este tipo adverso de "endogeneidade" porque sua emergência é intrinsecamente valorativa, suscitada de forma aberta ou tácita por imperativos que relevam em última análise do fundamento moral da sociedade. Tem, por isto mesmo, muito a aprender com a pesquisa em direito na medida em que esta possa iluminar os determinantes de normas que, na ótica estrita da racionalidade econômica, tendem a ser interpretadas como despropositadas ou descabidas.

7 A historicidade da norma: o aprendizado social

Encerro este pequeno texto com uma sugestão provocativa. O exemplo da seção anterior mostra que um melhor entendimento da historicidade da norma poderia levar a modificações no desenho da política econômica. Quais políticas econômicas minimizam a edição de normas ou a cristalização de entendimento e jurisprudência que dificultem a obtenção do ótimo de Pareto? A resposta, evidentemente, supõe que se entenda melhor as relações do tempo do direito com o tempo da economia,[16] mas sugere, ao mesmo tempo, que a interação entre a pesquisa econômica e a pesquisa em direito, em uma espécie de aprendizado conjunto, pode se mostrar extremamente fértil.

Tomemos como nossa sugestão provocativa o teto para a taxa de juros estabelecido pela Constituição de 1988. Antes mesmo da sua promulgação, a comunidade de economistas, de forma praticamente unânime, já alertava para seus efeitos desestabilizadores – desintermediação financeira e fuga para ativos reais, com conseqüente desvalorização da moeda, redução da poupança e do investimento. O entendimento do dispositivo como não auto-aplicável evitou uma crise econômica que provavelmente teria sido de grande magnitude. Foi a opção correta? É de perguntar se, diante dos efeitos catastróficos da aplicação do teto dos 12%, não teriam os parlamentares corrigido rapidamente o erro. Ao tornar o dispositivo constitucional inoperante, evitamos a desmoralização pública dos defensores da medida. Demos assim uma sobrevida ao pensamento populista, presente hoje não na defesa dos 12%, mas na pressão política por juros mais baixos independentemente da conjuntura econômica enfrentada pelo País.

Menciono nossa abortada tentativa de limitar juros não para motivar exercícios contrafactuais, necessariamente imprecisos e nem sempre úteis, mas apenas para chamar a atenção para a importância de um melhor entendimento das formas pelas quais a legislação pertinente à vida econômica evolui ao longo do tempo. Em certas condições, a experimentação no plano social de fórmulas que desafiam a racionalidade econômica pode ser benéfica no longo prazo. A pesquisa em direito, ao iluminar a historicidade das normas, pode também aqui interagir de forma profícua com a pesquisa econômica na busca das maneiras pelas quais a sociedade pode amadurecer.

FIM

: ARTIGO CONVIDADO

NOTAS

1 Versão revisada de palestra proferida no Simpósio *O que é pesquisa em direito?*, organizado pela Escola de Direito de São Paulo da FGV e pelo Núcleo de Direito e Democracia do Cebrap nos dias 09 e 10.12.2002. O texto foi também apresentado em seminário da série Diálogos da Universidade de São Paulo em 25.03.2004. Agradeço comentários de meus debatedores nas duas ocasiões, Calixto Salomão Filho e Tercio Sampaio Ferraz, respectivamente, e de vários participantes dos seminários, em particular Professores Carlos Ari Sundfeld, Marcos Nobre, Celso Campilongo, Ronaldo Porto Macedo Jr., José Roberto Rodriguez, Rabih Ali Nasser e Jean Paul Cabral Veiga Rocha.

2 Exemplos são Cooter e Ulen (2001) e Miceli (2004).

3 Para um argumento recente em favor da exclusão de considerações de *fairness* ou eqüidade de tratamento vindo de outra tradição de pensamento veja Kaplow e Shavell (2003).

4 Veja Posner (2003).

5 Há distorções de quatro espécies diferentes: (i) dualidade no mercado de alugueres, contratos de locação antigos congelados convivendo com novos contratos com valores inflados para contrabalançar o risco de novo congelamento; (ii) aumento no percentual de imóveis vacantes; (iii) proliferação de práticas informais fundadas na confiança pessoal ou em contratos de gaveta; e (iv) redução da construção de novos imóveis para alugar e, por conseguinte, do capital fixo e do emprego.

6 Em uma veia distinta, Djankov et al. (2002), se interessam pelo próprio processo de execução de contratos na justiça: o formalismo processual tornaria ineficiente o processo de contratação, criando assim efeitos semelhantes a uma falha de mercado.

7 A imposição de um teto para a participação de mercado, por exemplo, pode em alguns momentos beneficiar a competição evitando a concentração excessiva, mas em outros prover uma proteção legal para ineficiência na medida em que o produtor de menor custo simplesmente ajusta para cima sua margem de lucros para assegurar a existência do produtor de maior custo.

8 Digo o marco vigente porque a proposta de Maurice Allais (1989) – a saber, separar rigidamente bancos de depósito (100% de reservas compulsórias) de bancos de investimento (0% de reservas compulsórias) – está hoje em dia praticamente esquecida.

9 A operação dos fundos pode reintroduzir, via alavancagem e derivativos, o risco de crise bancária generalizada, como recentemente exemplificado no caso da crise do LTCM em 1998, descrita em detalhe em Lowenstein (2001). A imposição de requisitos mínimos de capital, por sua vez, pode ser em alguns casos irrelevante (quando a alocação desejada de capital pelo gestor da instituição financeira supera o mínimo legal) e em outros casos excessiva (quando peculiaridades do crédito ignoradas pela norma tornam o mínimo legal maior do que aquele ditado pela racionalidade econômica).

10 A restrição à livre escolha não é necessariamente prejudicial. Exemplos de questões difíceis: (i) uma norma vedando a emissão de ações sem direito a voto beneficiaria o mercado de capitais? (ii) uma norma evitando diferenciação entre credores no caso de falências ou concordatas reduziria o custo de capital para a empresa? (iii) uma norma vedando indexação de contratos tornaria a economia mais estável?

11 Beck e Levine (2003) é um excelente apanhado desta literatura; Beck et al. (2002) argumentam que a origem do sistema legal importa precisamente por conta da adaptabilidade.

12 Olson (1971) é referência básica no campo de pesquisas da captura; Arrow (1970) nos estudos de representação e da busca de formas superiores de representação; e a ignorância como fator foi foco de proposta de Halson (2002) no sentido de usar mercados futuros e derivativos para sinalizar ao legislador o efeito econômico de normas ainda em discussão.

13 Note-se aqui que, se houvesse uma jurisprudência coerente e consolidada, não haveria necessariamente o efeito negativo observado na nossa experiência. Conceitos como a função social da propriedade estão também presentes em outras constituições.

14 Ver Max Weber (1968), v. 1, item 4, Summary of the most general relations between law and society, p. 337.

15 Fisher Black costumava costumava dizer que mercado eficiente é aqule no qual o preço oscila entre metade e o dobro do valor indicado pelos "fundamentos" – uma frase de efeito para ilustrar a dificuldade de prejulgar processos especulativos.

16 O tópico é vasto e certamente transcende o objetivo deste pequeno texto. Note-se, à guisa de observação apenas, que o entendimento do tempo do direito como retrospectivo e do tempo da economia como prospectivo está longe de ser adequado. A formatação de jurisprudência sobre determinado aspecto, assim como a intenção do legislador, é sempre prospectiva, voltada para o futuro. E qualquer agente econômico sabe que suas decisões no passado podem ser questionadas em juízo no futuro em determinados prazos de tempo; a caracterização do passado como dado, comum em modelos econômicos, é razoável apenas em um nível de abstração elevado. Outra dimensão de contraste é a presença de marcos cronológicos, como prazos de prescrição, no tempo do direito; note-se, no entanto, que a pesquisa em economia busca encontrar freqüências temporais não aparentes, como procedimentos de dessazonalização, uso de médias móveis e mesmo escolha da unidade de tempo para fins de medida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLAIS, Maurice. *Les conditions monetáires d'une économie de marché*. Paris: Montchrestien, 1989.
ARROW, Kenneth. *Social choice and individual values*. New Haven: Yale University Press, 1970.
BECK, Thorsten; DEMIRGÜÇ-KUNT, Asli; LEVINE, Ross. Law and finance: why does legal origin matter?. *NBER Working Paper* 9379, 2002.
———; LEVINE, Ross. Legal institutions and financial development. *The Handbook of New Institutional Economics*, 2003. No prelo.
BUCHANAM, James; TULLOCK, Gordon. *The calculus of consent*: logical foundations of constitutional democracy. Michigan: University of Michigan Press, 1998.
COOTER, Robert ULEN, Thomas. *Law and economics*. Addison –Wesley Series in Economics, 2001.
DJANKOV, Simeon LA PORTA, Rafael; LOPES-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. Courts: the Lex Mundi Project. *NBER Working Paper* 8890, 2002.
DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*: the moral reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
HANSON, Robin. *Shall we vote on values, but bet on beliefs?*. George Mason University, 2002. Texto não publicado.
KAPLOW, Louis SHAVELL, Steven. Fairness versus welfare: notes on the Pareto principle, preferences and distributive justice. *NBER Working Paper* 9622, 2003.
LOWENSTEIN, Roger. *When genius failed*: the rise and fall of long term capital management. New York: Random House, 2001.
MICELI, Thomas. *The economic approach to law*. Stanford: Stanford University Press, 2004.
NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. *Revista Novos Estudos*, n. 66, 2003.
NORTH, Douglas WEINGAST, Barry. Constitutions and commitment: the evolution of institutional governing public choice in seventeenth-century England. *The Journal of Economic History*, December, v. 49, 1989.
OLSON, Mancur. *The logic of collective action*: public goods and the theory of groups. Cambridge: Harvard University Press, 1971.
POSNER, Richard. Kelsen versus Hayek: pragmatism, economics and democracy. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
WEBER, Max. *Economy and Society*. Ed. Guenther Roth e Claus Wittich. Berkeley: University of California Press, 1968.

Persio Arida
ECONOMISTA

DEUDAS ODIOSAS Y EL DERECHO MUNDIAL

Andreas Fischer- Lescano

ODIOUS DEBTS AND THE GLOBAL LAW

RESUMO

As recentes crises financeiras no sistema econômico global têm levado a várias tentativas de reformar o cenário institucional internacional. Concentrando-se na doutrina do direito internacional público referente ao "débito odioso", o artigo sustenta que, ao lado dos esforços dirigidos política e economicamente, o sistema jurídico terá de desenvolver mecanismos para transformar conflitos sociais em *quaestio iuris*. A opção é que a "formalização" jurídica pode ser capaz de arrefecer as respectivas tendências destrutitivas.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Internacional Público / *Odious Debts* / América Latina / Argentina

ABSTRACT

The recent financial crisis in the global economic system have led to various attempts to reform the international institutional setting. Focussing on the international public law doctrine of odious debts *the article argues that beside politically and economically driven efforts also the legal system will have to develop mechanisms to reformulate social conflicts into the quaestio iuris. The option is that legal "formalization" might be able to dampen the respective destructive tendencies.*

KEYWORDS

International Public Law / Odious Debts / *Latin America* / *Argentina*

Sobre la situación económica argentina ya se ha dicho todo[1]: es desesperante. Saqueos, inesestabilidad política y el agudo peligro, en parte ya concretado, de una expansión de la crisis sobre todo el continente latinoamericano se ven acompañados por una curiosa mezcla de concreta incapacidad y abstracta docilidad de acción de los actores internacionales de la política económica. Por un lado se podría definir la debilidad del FMI, del G8, de los Clubes de Paris y de Londres en su evidente impotencia de practicar en este caso concreto una adecuada intervención de crisis con gran razón como "escandalosa"[2]. Pero por otro lado se trata justamente, por lo visto, del tipo de escándalos que, si no se ha sido ya acometido por el virus del derrotismo intelectual, dan paso a operaciones iniciales de procesos de reflexión. De esa manera se han iniciado, entretanto, hasta dentro del FMI ciertos

procesos mentales que recapacitan sobre algo no menos revolucionario que un "procedimiento de insolvencia económica para países endeudados"[3]. No entanto, hasta que la política mundial se haya puesto de acuerdo sobre esto, pasará aún mucha agua por el Río de la Plata, y aunque estos procesos, con discreto apoyo también por parte de la política alemana[4], sean demás bienvenidos: Para Latinoamérica llegan demasiado tarde.

Argentina es ya hoy una manifestación de corrupción sociomundial y al mismo tiempo la prueba sobre la existencia de un *going global* de estructuras corruptivas dentro de la sociedad mundial. Y por más que uno se entregue a la comodidad de las redes solidarias efectivas de los Estados de bienestar europeos, y de esa manera a la solución rápida de parálisis reflexiva, atribuyendole las causas de esa situación a la falta de una reforma necesaria de las estructuras financieras y administrativas argentinas y a la existencia segura de la corrupción y de sus *ñoquis*[5] encarnados en las autoridades del país, no se podrá negar que el fin del Estado nacional argentino es el comprobante de un *clash of rationalities*[6] sociomundial; un *clash*, que es el resultado de un politeísmo del cual evidentemente la política no sale victoriosa y el cual ya ha sido mencionado por Max Weber: "Es así," escribe, "como en la antigüedad, cuando ésta no despertaba aún del encanto de sus dioses y demonios, pero en otro sentido: como cuando el antiguo griego le ofrecía sacrifícios a Afrodita y luego a Apolo y sobre todo a cada uno de los dioses de su ciudad; y si bien hoy desencantado y despojado de aquella mítica plasticidad, ésta es en su interior aún la verdadera plasticidad de aquel comportamiento. Y sobre esos dioses reinará, quizás, el destino, pero con seguridad ninguna ciencia."[7]

1 Corrupción estructural en la sociedad mundial

Y es que realmente parecemos ser testigos de una lucha entre dioses: dioses que se llaman Economía, Política, Ciencia, Tecnología, Medios de Comunicación y Moral, los cuales no permiten ningún otro tipo de dioses a su lado y que sólo tienen un objetivo: que sus racionalidades de área de función parcial, desarrolladas al máximo y extremadamente especializadas, se institucionalicen en todo el ámbito social.8 Esto no es, en sí, inquietante, pues la pluralidad de tales áreas de función[9] con igualdad de derechos es, por lo visto, exactamente lo que diferencia a los órdenes sociales liberales de sus variantes totalitarias; en otras palabras: sus "derechos fundamentales como institución"[10], así definidos por Niklas Luhmann. De esta manera, la función original del derecho es, no sólo la de asegurar la autoconstitución del individuo, sino la de trazar límites entre sistemas, es decir, desarrollar reglas de incompatibilidad con el fin de poder señalar una injusticia, en caso que un clash of rationalities conduzca a lesiones sociales.[11] Gunther Teubner ha indicado ya varias veces que, por esa razón, la tarea del derecho es la de desarrollar reglas de

colisión para los casos de corrupción estructural en áreas de racionalidad sociomundiales[12], como que el derecho también se debe ocupar de reaccionar contra las tendencias colonizantes de otras áreas de función del sistema social y de modificar las condiciones estructurales de las que se proveen esos subsistemas para adoctrinarle a la sociedad sus racionalidades.

Formulandolo de esta manera se lee el problema de la crisis de endeudamiento argentino como un ejemplo del domínio ejercido por el código económico en la sociedad mundial, lo cual manifiesta que el domínio de este código ha causado daños que no sólo comprenden la existencia de seres humanos pasando hambre, cuya autoconstitución como individuos se ve atingida[13], sino que de esa manera también afecta a las perspectivas de futuro del sistema político argentino, segmentariamente diferenciado. No es necesaria una teoría de sistemas para poder observarlo. Un diario, cuyo contenido informativo no se limíte solamente a la sección publicitaria, es suficiente. Pero más atractiva se torna la manera de observación propia de la teoría de sistemas es recién al querer sacar a la luz los posibles escenarios de solución de la crisis. Pues, si evidentemente no se puede confiar en la política mundial como solucionadora del problema en el caso actual, entonces: ¿No habrá que reflexionar, quizás, sobre la posibilidad de obtener perspectivas de solución a través del derecho? ¿Pero qué puede decir el derecho mundial acerca de la crisis de la deuda argentina? Ante todo llama la atención que profesionales del derecho hayan estado tomando parte, ciertamente, a ambos lados de las mesas de negociaciones que se mantuvieron sobre las permanentes conversiones de deuda repetidas desde 1982 en medida nada insignificante, pero que exactamente en la misma medida aún se considera inútil a la actualización o redeterminación de categorías jurídicas e instrumentos para el domínio de la crisis del tercer mundo, con la justificación de que "la revelación de normas jurídicas relacionadas con los hechos en ese contexto, tienen más bien la validez de un juego de canicas"[14].Y en efecto: Como si fuera necesario asegurar jurídicamente ese reparto de tareas, la literatura del derecho internacional público le ha dirigido su atención primordialmente al cuestionamiento sobre un *pactum de negotiando* (por supuesto sin haber llegado hasta ahora en consenso a algún resultado en este discurso con decenas de años y libre de todo control) cuyas discusiones implican la obligación de los países acreedores a someterse a negociaciones de conversión de deuda con los países deudores.[15] ¿Es que el derecho mundial no tiene absolutamente nada más que decirle a estos príncipes postmodernos aparte de un "hablemos de eso", y esto aún decorado con todo tipo de propuestas sin compromiso para modificar la situación actual del derecho internacional público, las que a su vez se ven reducidas a la mera transferencia de medidas de insolvencia estatales a los países en cuestión y a propuestas de programas paternalistas de condonación de deudas (por ej. el HIPC) a través de los países "acreedores" reunidos en el Banco Mundial y en los Clubes de Paris y de Londres?

2 ¿Deuda odiosa Argentina?

¿Es que no existen figuras dogmáticas que tengan consecuencias jurídicas más amplias, incluso tal vez del tipo de nulidad del contrato obligatorial? Para empezar se podrá verificar que la carente capacidad de pago de deudores estatales ya ha dado lugar en el pasado, en gran número, a generar regulamientos contractuales. Vale destacar en este lugar la remisión de la deuda alemana, según lo establecido por el Convenio de Londres de 1953,[16] pero también numerosas estipulaciones de otros convenios provenientes de los siglos XVIII y XIX, acuerdos luego de la Primera Guerra Mundial, el Tratado de Campo Formio del año 1797 (entre Francia y Austria)[17] el Tratado de Tilsit de 1807 (Francia y Prusia)[18], el Tratado de Viena de 1864[19] (Dinamarca, Prusia y Austria). Todos estos son ejemplos de la tendencia a excluír determinado tipo de deudas del campo de las deudas de estado. Y también en la actualidad manifiestan los créditos *swaps*, las demandas de procedimientos de insolvencia económica para países endeudados, ciertas medidas dentro del Banco Mundial, del FMI, del Club de Paris, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y de iniciativas multilaterales de saneamiento de deuda como por ejemplo dentro del G8, que se hacen esfuerzos por restringir la obligatoriedad legal de estos contratos.

Sin duda alguna, el contenido legal de estas demandas y reacciones de la política no es necesariamente aquél del tipo *odious debts*, contratos obligatoriales ruinosos que le otorgan al deudor la pretensión legal de desgravamen. Pues la respectiva actuación, por parte del acreedor, no es ni ha sido sobrellevada en ningún momento mediante una convicción jurídica homogénea y transparente, sino que es consecuencia primaria de consideraciones económicas y políticas. Por esta vía de conexión a conversiones y saneamiento de deuda a través del consenso político no se puede llegar al comprobante de una norma de derecho internacional consuetudinario; en este caso sería condición necesaria la convicción jurídica estatal.

Hay que proceder diferenciadamente. De esta manera se observará la evolución del concepto de *odious debts* y se verá que en todos esos casos de liberación de deuda se trata, en primer lugar, de situaciones de sucesión estatal. Clásico es, en ese sentido, el caso de la *Deuda Cubana*, el pleito, así denominado, por el reembolso de los créditos que España había adquirido en nombre de Cuba para financiar el abatimiento de los levantamientos cubanos.[20] La Comisión Americana de la Paz ha reconocido finalmente la argumentación de los representantes norteamericanos y ha determinado la nulidad de esta obligación (1898)[21]: "Desde el punto de vista moral, la propuesta de imponerle esas deudas a Cuba es igualmente insustentable. Si, como se ha declarado alguna vez, la lucha por la independencia de Cuba ha sido efectuada y sostenida por una minoría de la isla, imponerle a los habitantes en su totalidad el costo de la represión de las insurrecciones significaría el castigo de todos por los actos de algunos. Si, por otro lado, estas luchas han representado, como lo corroboran los

Comisionados Americanos, las esperanzas y aspiraciones del conjunto del pueblo cubano, echar abajo a los habitantes por un gravamen creado por España en el esfuerzo de oponerse a su independencia sería una injusticia mayor."[22]

Aparte del ya comentado caso del *Cuban Debt*, existen a la vez otros antecedentes internacionales[23], que corroboran la afirmación de una norma para la liberación de deberes del sucesor en caso de *odious debts*, como el problema de deuda de Indonesia,[24] el caso de la deuda polaca del año 1919,[25] el pleito de Socobel de 1938 entre Bélgica y Grecia,[26] la posición de Rusia frente a Turquía del año 1912,[27] la negativa de Méjico en 1883 de asumir deudas austríacas[28] y la anexión británica a la República de Boer en el año 1900.[29]

En el derecho internacional público puede demostrarse mediante estos casos precedentes - sin ninguna objeción por parte de los internacionalistas - la existencia de una constelación, en la cual los contratos obligatoriales son, bajo razones del derecho internacional consuetudinario, inefectivos: las *odious debts*, las así denominadas "deudas odiosas". Esta norma protege a los estados sucesores de hacerse responsables por las deudas de sus predecesores, siempre y cuando esas deudas no se hayan adquirido en interés de la población del respectivo territorio,[30] y si por ejemplo se ha financiado, de este modo, la represión de un movimiento de liberación por medio de la potencia colonial. Sin embargo, y aquí se encuentra la dificultad de esta norma, su validez como parte del derecho internacional consuetudinario puede ser demostrada sólo en el caso de que ello trate de vínculos jurídicos de *Estados* sucesores. Para el caso de un cambio de régimen político simple no tiene validez, aparentemente.

No entanto, en el ejemplo argentino se trata, justa y principalmente, de una deuda de este tipo, de una "deuda de régimen". Pues esta problemática empezó con el año 1976, el comienzo de la ultima dictadura militar, un régimen político que descolló por sus sistemáticas violaciones de los derechos humanos[31]. Antes de esa fecha Argentina era un país de la periferia moderna relativamente rico. Desde entonces, su deuda externa comenzó a incrementarse, pasando de un monto inferior a los 8 mil millones de dólares a uno superior, en la actualidad, a los 160 mil millones de dólares.[32] Sería demasiado fácil atribuírle la causa sólo a la evasión de capitales de las élites sociales. El sistema financiero internacional es una maquinaria algo más compleja, no obstante no se debe olvidar en la descripción de la situación financiera actual que, de los 160 mil millones de dólares de la deuda externa, se encuentran, por otro lado, alrededor de 40 mil millones de dólares estacionados por las élites argentinas en bancos extranjeros.[33] Si ese dinero realmente fue transferido ilegalmente al extranjero, como lo sugiere la sentencia del juez federal argentino, Ballestero, del 13 de julio de 2000[34], o no, el punto decisivo es que en el período de tiempo de la dictadura militar el endeudamiento argentino ha sufrido un incremento de alrededor del 364 %, de los entonces 8 mil millones de dólares, a

posteriormente unos 45 mil millones de dólares, y que en esa época en Argentina había un régimen en el poder cuya legitimación no se consolidaba a través de elecciones populares sino por las armas y del cual fueran víctimas varias decenas de miles de *desaparecidos*.[35] Cualesquiera sean las cuotas de causalidad que se les quiera conferir a las medidas de política económica de la Argentina postdictatorial, considerando la situación de la deuda en la actualidad[36], la causa decisiva[37] de la crisis de la deuda externa, su punto de partida y su condición *sine qua non*, es el endeudamiento de la Argentina a través del régimen militar.

3 Alexandre Sack y las deudas de régimen

¿Puede decirse con toda seguridad que el derecho internacional no conoce una reglamentación de esa materia? ¿Es necesario atribuírle efectividad jurídica incondicional[38] a los contratos de crédito ruinosos y a los contratos de crédito adquiridos para el respaldo de régimenes dictatoriales? ¿Es legítimo mantener la vigencia, hasta el día de hoy, de las deudas de este régimen ilícito argentino? ¿*Ex iniuria ius oritur*?

Numerosas organizaciones no gubernamentales responden a todo esto un categórico *no*.[39] Ellas invocan en particular al internacionalista Alexandre Nahum Sack, que escribió en 1927: "Si un régimen déspota celebra un convenio de deuda que no se pone al servicio de las necesidades y los intereses del Estado, sino para fortificarse a sí mismo como régimen o para oprimir una sublevación popular, etc., esa es, entonces, una deuda odiosa para el pueblo de ese Estado. Esa deuda no une a la nación; es la deuda de un régimen, la deuda personal de un conductor político y como consecuencia cae con la abdicación de ese régimen."[40] Estas son claras palabras (¡pero abiertas a la interpretación!) que numerosos internacionalistas apoyan[41] y que estas organizaciones no gubernamentales quieren ver aplicadas a la Argentina de hoy.[42] Pero todas ellas trabajan sólo con una analogía: "Si una sociedad organizada estatalmente no es sometida a cumplir con deberes, pura y simplemente de manera colectiva, por todos los convenios contractuales de sus representantes políticos, y si en carencia de un interés nacional le son imputables obligaciones *ad personam*, entonces no hay ninguna razón por la cual se deba exceptuar de esto a un cambio de gobierno. Si la población dentro de un territorio delimitado responde, bajo ciertas condiciones, a deudas públicas de acuerdo a padrones de equidad y *fairness*, entonces tiene que ser posible que tanto un estado sucesor como un gobierno, por lo menos uno que haya surgido de una revolución política, pueda invocar en principio que no sea legitimado como interés nacional una obligación contraída por su predecesor."[43]

Por razones de coherencia de derecho esto es absolutamente convincente y hoy por hoy más actual que en el momento que esta teoría de las deudas odiosas fuera extendida y aplicada por Sack a las deudas de régimen. Pues las singulares asimetrías en la protección de los derechos humanos en caso de un conflicto armado

"internacional" y en caso de un conflicto de carácter "meramente" nacional se ven removidas poco a poco.[44] Y por más que se desee intentar consolidar diferentes tipos de standards de derechos humanos para conflictos armados, tanto internacionales como nacionales, hay que reconocer que a través de la junta militar argentina se ha llevado a cabo un conflicto armado interno, en el cual del lado de las víctimas se encuentran varias decenas de miles de *desaparecidos*. Si a continuación se describe el sentido de la doctrina de las deudas odiosas en relación a la sucesión estatal de esta manera: "Quien pone medios financieros a disposición de emprendimientos militares u otros fines, que evidentemente sean contrarios al interés nacional, no debe ser exonerado por el derecho internacional público de los riesgos de tal inversión".[45] De esta manera no hay ninguna razón por la cual conflictos armados internos e internacionales deban ser tratados desigualmente en cuanto a esto.

4 ¿Norma o proyección de norma?

Todo esto parece absolutamente sensato, mas lo que vale en la teoría, no tiene por qué ser correcto en la práctica legal. Pues en el derecho internacional no se depende solamente de que se formulen analogías sensatas, sino de que se pueda demostrar el vigor de los preceptos jurídicos. Eso sólo funciona si la norma, de la cual se afirma su validez, pueda anexarse a las fuentes de derecho mencionadas en el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En este caso son de importancia el derecho internacional consuetudinario y principios generales del derecho. Y precisamente a esto hay que agregar que una regla general que diga que "las deudas odiosas no son obligatorias" es difícil de constatar. Esa regla mal corresponde[46] a la práctica estatal y la operación de extraer principios generales jurídicos se vería enfrentada con la dificultad de que (no obstante estas excepciones de inmoralidad se encuentren talvez en todas las ordenaciones legales del mundo) ellas no dejan de tematizar cada una por su lado cosas completamente diferentes.

Aún así: El sistema de derecho mundial postvestfálico funciona entretanto de modo algo más complejo. En él se han desarrollado jerarquías de normas. La jerarquización de programas legales[47] es una de las estrategias más significativas para limitar interdependencias. Sólo que ella no transcurre (como lo hace para Kelsen) de arriba hacia abajo, tampoco de abajo hacia arriba, sino en *strange loops*: Reduciendose a inte7rdependencias facilitadas centralmente, sea a través de programas legales o de dogmática de órden jurídico, el sistema del derecho desarrolla estructuras de orientación, establece y excluye conexiones.[48] La distinción jerárquica de niveles de validez en la estructura de la norma le sigue a la estrategia de reducción de interdependencias mediante la transformación de relaciones asimétricas en simétricas, la conmutación de dependencias de determinación mutuales en unilaterales.[49] Estas son simplificaciones de procesos de resolución internos, que

en el sistema jurídico posibilitan diferentes combinaciones de continuidad e innovación,[50] sin que, no obstante, puedan llegar a una jerarquización lógica de las características necesarias para esa determinación, a efectos de clasificar cada norma inequívocamente dentro de lugares de exclusividad recíproca en el sistema (así como se ve implicado en el modelo de Kelsen de norma fundamental). El sistema jurídico se protege así internamente de que no se pueda garantizar una deducción completa y lógica de resoluciones que surgen de otras resoluciones - el caso límite a la interdependencia absoluta.[51] Así escribe Gunther Teubner: "No se concibe del todo la realidad operativa de la jerarquía jurídica si se la acoge primero bajo la copla conceptual *descripción ajena sociológica versus descripción propia teórico-jurídica*, para finalmente adoptarla como mera autodescripción teórico-jurídica. Por lo contrario, se trata de una autodescripción de la práctica jurídica actual (especialmente de los tribunales), la que la utiliza para conectar sus operaciones retroactivamente con otras operaciones. Para eso se necesitan pruebas jurídicas de validez de una norma a aplicar, las que se conducen para demostrar que la norma en cuestión se encuentra dentro de esa jerarquía de normas (resolución, normas sublegales, normas legales, normas constitucionales). Una disolución de la jerarquía de normas bloquearía respectivamente operaciones jurídicas, si no se pone a disposición simultánemente una forma de interdependencia fuera de toda jerarquía."[52]

Esta es exactamente la función del Art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: la de facilitar una *reticulación retroactiva de resoluciones con lo ya resuelto*. ¿A qué se refiere esto de *lo ya resuelto*? En primer lugar, el texto del citado artículo: "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, se encuentre en contradicción con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter."[53]

En consecuencia, la norma que interesa en el ejemplo argentino no es del tipo que dice: Acuerdos de derecho internacional que conducen a *deudas odiosas* son nulos. Por el contrario, una norma que se vea violada a través de la deuda odiosa es más que suficiente. La nulidad del acuerdo al que se hace referencia es consecuencia del propio Art. 53 de esta Convención. Así no hay dificultad en reconocer que, para justificar una norma tal - las "*deudas odiosas* son nulas" -, puede prescindirse de nuevas conclusiones de convenio, y que, por el contrario, puede ponerse en consideración la validez del derecho del *jus cogens*; de esta manera ya no se trata de encontrar pruebas para una norma de derecho internacional consuetudinario - las "*deudas odiosas* son nulas" - o para una regla determinada por los principios generales del derecho, sino de evaluar derechos fundamentales en colisión, eventualmente también en

acumulación. Cabe agregar que este no es algún fenómeno nuevo; téngase en cuenta la decisión tomada por el Tribunal Yugoslavo en el caso *Furudziya*, para poder observar esa técnica en su aplicación.[54]

5 Violaciones del jus cogens en Argentina

Si se trata aún sólo de colocar los valores máximos correspondientes en una relación adecuada, hay que considerar que: (1) la junta militar argentina financiaba con los créditos un conflicto armado interno y la práctica de la *desaparición de personas*[55] o bien transfería estas sumas a cuentas en el extranjero, (2) los servicios de deuda que se efectuaron en tal resultado han contribuído a implantar un vacío de la política argentina y que (3) este vacío ha llevado a circunstancias caóticas, saqueos y demás violaciones de los derechos humanos. De que la desaparición de personas en Argentina, perpetrada y subvencionada estatalmente, constituya una infracción al *jus cogens*, ya no cabe ninguna duda.[56] Numerosos dictamenes judiciales contra los militares argentinos lo corroboran[57] y su formulación más nítida la ha propiciado el juez estadounidense Jensen.[58]

Del Art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se deduce directamente: El apoyo financiero de violaciones al *jus cogens* no es amparado por la justicia.[59] Esos contratos obligatoriales son ineficaces. Y como regla general se puede expresar: *Deudas odiosas*, cuya presencia conducen a la ineficacia de contratos obligatoriales por ser remontables a una corrupción estructural de la economía y a un régimen déspota/ nepótico, tienen cabida, cuando sostienen de por medio a un régimen tal a cometer infracciones contra los derechos protegidos por el *jus cogens*.

6 Conversiones de deuda y agentes privados

El asunto es, empero, algo más complejo: La situación actual de endeudamiento argentino puede remontarse normativamente a obligaciones de deuda contraídas por el gobierno militar y esos contratos son condición *sine qua non* de la situación actual.[60] Sin embargo, los contratos obligatoriales originales han sido sometidos, entretanto, a reiteradas conversiones: los contratos de la junta militar ya no tienen vigencia. Y en segundo lugar, una gran parte de los contratos no está sujeta al derecho internacional, pues esos contratos de crédito no se han celebrado entre sujetos del derecho internacional (Estados y organizaciones internacionales) sino entre Argentina y acreedores privados. Ambas cosas no pueden contraindicar la consecuencia jurídica del carácter ineficaz de las obligaciones de deuda argentinas.

En primer plano, las conversiones de deuda: Derechos que reposan sobre el *jus cogens* no quedan sujetos a caducidad.[61] Más allá de cómo se hayan comportado gobiernos sucesivos con respecto al problema de la deuda, el derecho de invocar la

ineficacia de deudas de Estado no ha decaído. Esto tiene vigor especialmente considerando que un contrato que incide en falta al jus cogens no puede ser confirmado y de que no puede prescindirse de la respectiva posición jurídica.[62]

Y también la objeción de que del lado acreedor se encuentren en primer plano agentes privados no obliga a Argentina a continuar con la amortización de deudas. Esos contratos son, de la misma manera, ineficaces. La figura jurídica pertinente es la ley de *órden público internacional*.[63] La diferencia con el *órden público de derecho privado* es descripta por Walter Kälin: "Ese término de *órden público* del derecho internacional (o bien de los derechos humanos) se diferencia de términos análogos del *derecho privado internacional*. En este último, el "órden público" comprende aquellos valores fundamentales del *propio* órden jurídico nacional, los cuales evitan, como medio de protección del propio órden jurídico (y así de la propia soberanía) la aplicación del órden jurídico ajeno, desde el punto de vista del derecho de colisión de por sí aplicable. Opuestamente a eso define el "órden público internacional" aquellas máximas de derecho internacional con las cuales - en interés de interceptar un órden jurídico ajeno infractor al derecho internacional -, el derecho extranjero debe concordar en su contenido para poder ser aplicable en lugar del derecho propio.[64] Esto tiene como consecuencia, según el derecho internacional público, que los Estados se encuentran comprometidos a no dar forma final menos favorable a la posición jurídica de otros Estados en su relación con acreedores privados, que a las posiciones jurídicas análogas en relación con los Estados entre sí.[65] Por eso, más allá de que bajo qué tipo de orden se encuentren los contratos argentinos con agentes privados, por las razones mencionadas con vistas al *jus cogens*, estos no son obligatorios; es más, hay que reflexionar por el contrario, sobre la maniobra de tornar la financiación externa de un conflicto armado interno en un objeto de indemnización.[66]

7 Anulación de la deuda

Con todo esto puede asegurarse que la deuda externa argentina reposa sobre contratos obligatoriales remontados a *deudas odiosas* de la junta militar, cuya mácula no pierden por haber sido, entretanto, sometida reiteradamente a conversiones *swap*. Más allá de cómo se hayan comportado los gobiernos sucesivos elegidos democráticamente para evitar más daños, la obligación de derecho internacional de la República Argentina de restitución de créditos remontables a la dictadura militar y los costos consecutivos resultantes son nulos, siempre y cuando esos créditos hayan sido puestos a disposición para la financiación del conflicto armado mencionado o bien para la financiación de sus proyectos nepóticos.[67] Esos contratos contravinieron al *jus cogens* o bien al *órden público internacional* desde su comienzo. Son nulos, independientemente de si se trata de contratos de la República Argentina con Estados, con organizaciones internacionales, o con agentes privados. Éste es el

resultado de la aplicación de una regla en el caso concreto. Y a fines de resumir el contenido de la norma hallada en vías de observación del derecho internacional público en vigor, esa regla, cuyas funciones son las de la garantía de la autoconstitución del individuo y de la diferenciación social, determina:

Deudas odiosas, que conducen a la ineficacia de contratos obligatoriales por ser remontables a una corrupción estructural de la economía y a un régimen nepótico, tienen cabida: cuando (1) se apoya en él a un régimen a violar derechos protegidos por el *jus cogens*, y cuando (2) esas obligaciones de deuda pasan a ser la condición determinante para la factibilidad de las obligaciones de deuda actuales, independientemente de si los acreedores son agentes estatales o privados. La consecuencia jurídica consiste en (compárese Art. 71, cifra 1, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados)[68] el restablecimiento de la situación jurídica precedente a la violación del *jus cogens*, es decir: (1) en la liberación de deuda de Estado, y en su defecto, (2) en la obligación de los individuos actuantes de restitución de deuda para con los acreedores.

Con respecto a la deuda externa argentina, *Eric Toussaint* expresa en consecuencia, al menos teniendo en cuenta una gran parte de las deudas, con todo el derecho mundial: "Los ciudadanos pueden exigirle al presidente [...] con toda razón que él mantenga la suspensión de pagos, para de este modo conseguir la cancelación de la deuda".[69]

NOTAS

1 Véase: Heiner Flassbeck, *Lehrstück am Rio de la Plata*, en: Blätter für deutsche und internationale Politik, 2/2002, pp. 135 y ss; Barbara Fritz, Lateinamerikas ewige Schuldenkrise, Frankfurter Rundschau, 03.01.2003.

2 Heiner Flassbeck, *Lateinamerika in der Falle*, en: Blätter für deutsche und internationale Politik, 10/2002, pp. 1169 y ss.

3 Véase el discurso del 26 de noviembre de 2001 de Anne Krueger, First Deputy Managing Director, International Monetary Fund, International Financial Architecture for 2202: *A New Approach to Sovereign Debt Restructuring*, http://www.imf.org/external/np/speeches/2001/112601.htm; con carácter instructivo también: Martin Dabrowski/ Rolf Eschenburg/ Karl Gabriel, *Lösungsstrategien zur Überwindung der internationalen Schuldenkrise*, Berlín, 2000.

4 Compárese el texto de Christoph Paulus, realizado como encargo del Ministerio de Colaboración Económica y Desarrollo de la RFA: Christoph Paulus, *Überlegungen zu einem Insolvenzverfahren für Staaten*, en: Wertpapiermittteilung, 2002, pp. 725 y ss.

5 *Ñoquis*, denominación coloquial para un fenómeno de corrupción argentina, que define a los ciudadanos, empleados y funcionarios estatales que cobran formalmente un salario mensual por un trabajo que no han ejecutado.

6 Claro que aquí se trata de otra problemática que la descripta en el vulgar-científico "*clash of civilizations*" (compárese Samuel Huntigton, *The Clash of Civilizations*, en: Foreign Affairs, 3/1993, pp. 3 y ss.).

7 Max Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3. Ed., Tuebingen, 1968, p. 605.

8 Gunther Teubner, *Altera Pars Audiatur: das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche*, en: ARSP, Supl. 65 (1996), pp. 199 y ss (200).

9 Compárese: Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Francfort a. M., 1992, pp.109 y ss.

10 Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution*, 4ta. edición, Berlín, 1999.

11 Gunther Teubner, *Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken*, en: KritV, 2000, pp. 388 y ss. (399).

12 Gunther Teubner, *Altera Pars Audiatur: das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche*, ARSP Supl. 65 (1996), pág. 199pp.; el mismo en: *Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken*, en: KritV, 2000, pp. 388 y ss. (400).

13 "En la provincia norteña de Tucumán han muerto en los últimos días cuatro niños de hambre, cuyos padres se encontraban sin trabajo desde hace dos años y no recibían más apoyo del Estado. En total se habla de la existencia de 260.000 niños con desnutrición aguda en el quinto país más grande de exportación agraria del mundo. A través de la dura crisis económica que persiste desde 1998 ha caído, entretanto, casi el 60 % de la población bajo los límites de la pobreza" (Trad. del autor). En: Sueddeutsche Zeitung, 15/11/2002.

14 Rudolf Dolzer, *Staatliche Zahlungsunfähigkeit: Zum Begriff und zu den Rechstfolgen im Völkerrecht, en: Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung*, FS Karl Josef Partsch, publ. p. Jürgen Jekewitz, Berlín, 1989, pp. 531 y ss. (532 y s.).

15 Sobre el deber de negociación dentro del derecho internacional público véase en gral.: Hugo Hahn, *Das pactum de negotiando als völkerrechtliche Entscheidungsnorm*, en: Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs Beraters 18 (1972), pp. 489 y ss.; Ulrich Beyerlin, *Pactum de Contrahendo, Pactum de Negotiando*, en: EPIL 7 (1984), pp. 371 y ss.; en particular véase: Michael Bothe/ Josef Brink, *Public Debt Restructuring, The Case for International Economic Cooperation*, en: GYIL 29 (1986), pp. 86 y ss.; August Reinisch, *State Responsability for Debts; International Law Aspects of External Debt and Debt Restructuring*, Colonia, 1995, pp. 19 y ss.

16 Rudolf Dolzer, op.cit, p. 540.

17 Sobre esto: Hans Cahn, The Responsibility of the Successor State for War Debts, en: AJIL 44 (1950), pp. 480 y ss.; P. K. Menon, *The Succession of States and the Problem of State Debts*, en: Boston College Third World Law Journal 6 (1986), pp. 111 y ss. (116).

18 El Art. 24 relativo a Sajonia, Danzig y Vestfalia preveía: "while debts contracted by a sovereign in its capacity as ruler of a certain area were recognized by the succeeding states, debts contracted during the war between France and Prussia were excluded." (Compárese la representación de: P. K. Menon, *The Succession of States and the Problem of State Debts*, en: Boston College Third World Law Journal 6 (1986), pp. 111 y ss. (116)).

19 Art. XVII del tratado: "[T]he new Government of the dutchies (Eslesvico- Holsacia) succeeds to the rights and obligations contracted by the administration of His Majesty the King of Denmark which concern the ceded areas. It is to be understood that obligations resulting from contracts concluded by the Danish Government in connection with the war and the federal execution are ot comprised in the aforementioned provision." (Compárese: Hans Cahn, *The Responsibility of the Successor State for War Debts*, AJIL 44 (1950), pp. 480 y ss. (481 y s.)).

20 Véase la representación de: Günter Frankenberg/Rolf Knieper, *Rechtsprobleme der Überschuldung von Ländern der Dritten Welt*, en: RIW 1983, pp. 569 y ss. (577 y ss.).

21 Compárese: Mark Thompson, *United States of America v. Steinmetz, the Doctrine of State Succession, Maritime Finds, and the Bell of the C.S.S. Alabama*, en: Connecticut Law Review 28 (1995/96), pp. 479 y ss. (500).

22 Citado de: Günter Frankenberg/Rolf Knieper, *Rechtsprobleme der Überschuldung von Ländern der Dritten Welt*, RIW 1983, pp. 569 y ss. (577 y s.); véase también la representación del caso de: Michael Hoeflich, *Through a Glass Darkly: Reflections upon the History of the International Law of Public Debt in Conection with State Sucession*, en: Ill.L.R. 1982, pp. 39 y ss. (53 y ss.).

23 Sobre práctica infraestatal, véase: North Carolina Debt Issue (Reginald McGrane, *Foreign Bonholders and American State Debts*, Nueva York, 1935, pp. 334 y ss.) – en el cual la Corte Suprema de los EE.UU. declaró determinados empréstitos estatales como ineficaces.

24 Sobre esto se discutió en 1949 en La Haya. Indonesia se rehusaba a asumir las deudas que los Países Bajos había causado en la lucha sobre todo en contra del Movimiento de Liberación Nacional de Indonesia (P. K. Menon, *The Succession of States and the Problem of State Debts*, en: Boston College Third World Law Journal 6 (1986), pp. 111 y ss. (117)).

25 Por más detalles: P. K. Menon, The Succession of States and the Problem of State Debts, Boston College Third World Law Journal 6 (1986), pp. 111 y ss. (117). Otra cosa no se desprende del Art. 33 de la Convención de Viena sobre Sucesión de Estados con respecto a la Propiedad Estatal, Archivos y Deudas (Viena, 8 de Abril de 1983): "State debt means any financial obligation of a predecessor Sate arising *in conformity with international law* towards another State, an international organization or any other subject of international law." (Doc. A/CONF.117/14; en cursiva por A.F.L.) A pesar de que la Convención contenía al principio una cláusula sobre 'odious debts' (Philip Wood, *The Law and Practice of International Finance*, Londres, 1980, p. 120 y s.), de su eliminación no se deduce que se haya llegado de allí en adelante a un consenso relacionado a la no inclusión, especialmente porque la Convención es un ejemplo de codificación con poco éxito: Hasta ahora han firmado sólo seis Estados el proyecto.

26 Con respecto a la causa jurídica de una incapacidad de pago hubo concordancia de pareceres entre ambas partes, no entanto había controversias sobre la esfera de los hechos. También Bélgica, que hacía valer derecho a pago contra el gobierno griego expuso: "So far as the principle is concerned, the Belgian Government would no doubt be in agreement." (PCIJ, Series A/B, Nº 87, p. 260).

27 Sobre ambos casos: Rudolf Dolzer, op.cit., p. 541 y s.

28 Pomeroy indica que esa repulsa radicaba en que "a large part of those debts has been created to maintain that usurper in his place against the legitimate authority and all of them were most scandalously usurious." (John Norton Pomeroy, *Lectures on international law in time of Peace*, Boston, 1886, p. 75).

29 Sobre esto: Michael Hoeflich, *Through a Glass Darkly: Reflections upon the History of the International Law of Public Debt in Conection with State Sucession*, en: Ill.L.R. 1982, pp. 39 y ss. (59): "The British Government denied all legal responsibility for such "odious" debt, denied the Republic`s capacity to have issued such debt validly, and announced that the British Government would not honour the bonds upon presentation."

30 P. K. Menon, *The Succession of States in Respect to Treaties, State Property, Archives and Debts*, 1991, p. 161; compárese también: Daniel O´Connell, State Succession in Municipal Law and International Law III, 1967, p. 459, quien desarrolla la categoría de 'hostile debts', eso es, deudas "imposed on a community without its consent and contrary to its true interests." Véase también el argumento de China en relación al caso del Huguang Railway Loan: "According to international law, the concept of odious debts covers all debts assumed by a preceding nation in order to fullfill a purpose which runs counter to the fundamental interests of the successor nation. Evidently, the debts incurred by an old government in order to maintain its reactionary rule and supress the people of that country in collaboration with the imperialist powers belong to the category of odious debts. The characteristics of odious debts that they cannot be inherited." (cit. de: Debra Tarnapol, *The Role of the Judiciary in Settling Claims against the PRC*, en: Harvard International Law Journal 25 (1984), pp. 355 y ss. (361).

31 Andreas Fischer-Lescano, *Globalverfassung: Los desaparecidos und das Paradox der Menschenrechte*, en: ZfRSoz 2/2002 (en publ.).

32 Eric Toussaint, *Wie Argentinien nicht in die Schuldenfalle fiel, sondern getrieben wurde*, en: Bibliotheken/ila 249, http://www.ila-bonn.de/artikel/249argen.htm. Desde principios del año 2002, Argentina no puede cumplir más con sus obligaciones para con acreedores privados. El país debe reembolsarle al FMI, al Banco Mundial y al Banco Interamericano de Desarrollo en total 2,4 mil millones de dólares en el corriente año. Desde noviembre del 2002

Argentina tampoco puede atender sus créditos del Banco Mundial (valor total aprox. 8 mil millones de dólares; compárese con: Frankfurter Rundschau, 16/11/2002). Sobre acciones procesales por parte de pequeños inversionistas en Alemania (Argentina tiene obligaciones de aprox. 7 mil millones de dólares para con acreedores alemanes; entretanto se ha formado una "Comunidad de Intereses Argentina", pero que evidentemente no tiene la intención de representar a los intereses de Argentina sino de los inversionistas afectados por la crisis obligatorial argentina), véase Katharina Koufen, *Deutsche klagen gegen Argentinien* (Alemanes demandan contra Argentina), en: taz del 16/8/2002.

33 *BIS*, en: Quarterly Review, International Banking and Financial Market Developments, Junio 2001, www.bis.org.

34 Juez Federal Ballestero (Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nº 2 de la Capital Federal), fallo del 13/7/2001, en la causa nº 14.467, en: http://www.odiousdebts.org/odiousdebts/publications/SentenciaDeudaExterna.pdf

35 Sobre la desaparición de personas en Argentina: CONADEP (Ed.), *Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, Buenos Aires, 1984; sobre la calificación jurídica: Kai Ambos, *Straflosigkeit in Argentinien für während der Militärdiktatur (1976-1983) begangene Taten des "Verschwindenlassens"? Rechtslage für Opfer mit deutscher und anderer Staatsangehörigkeit*, en: EuGRZ, 1998, pp. 468 y ss.; sobre la dictadura militar y sus consecuencias económicas: Tino Thun, *Menschenrechte und Außenpolitik. Bundesrepublik Deutschland-Argentinien 1976-1983*, Bremen, 1985; sobre su totalidad: Andreas Fischer-Lescano, *Globalverfassung: Los desaparecidos und das Paradox der Menschenrechte*, en: ZfRSoz 2/2002, (en publ.).

36 En el transcurso posterior bajo el gobierno de *Alfonsín* en los años 1984 bis 1988 el incremento fue más bien moderado (del 44%), para luego subir durante el gobierno de *Menem*, a causa o a pesar de las numerosas privatizaciones, de 65 a 146 mil millones de dólares (un incremento del 123%).

37 Pruebas: fallo del 13/7/2001, en la causa nº 14.467.

38 Con la excepción de una situación de emergencia nacional que conduce a un derecho de suspensión, Art. 25, Codificación de la Comisión Internacional del Derecho sobre Responsabilidad de los Estados. Se puede argumentar enteramente que un estado de emergencia tal se da actualmente en Argentina, pero como ya dicho, la consecuencia jurídica es sólo la de la suspensión, no la de la anulación de las deudas.

39 Compárese el listado de diversas campañas de deudas odiosas en: www.odiousdebts.org y www.jubilee2000.org.au/educational/odious_debts.pdf; el preludio que ha dado paso de la discusión actual sobre el debate del sanemiento de deudas a la figura dogmática de las deudas odiosas lo ofreció un libro de Patricia Adams, *Odious Debt: Loose Lending, Corruption and the Third World's Environmental Legacy*, London 1991; véase de ahora en más también: Peter Abrahams, *The Doctrine of 'Odious Debts'*, Leiden, 2000; Aktion Finanzplatz Schweiz (Ed.), *Odious Debts. Hinterlassenschaften der Diktatoren*, Zurich, 2000, y de la misma, *Entschädigung ist ein Menschenrecht*, Zurich, 2001; Hanlon, *Dictators and Debt*, Londres, 1998; Jeff Rudin, *Odious Debt Revisited*, Cape Town, 2001.

40 Alexandre Sack, *Les Effets des transformations des États sur leur dettes publiques et autres obligations financières*, Paris, 1927, p. 157 y s., trad. A.F.L.

41 Günter Frankenberg/Rolf Knieper, *Rechtsprobleme der Überschuldung von Ländern der Dritten Welt*, en: RIW 1983, pp. 569 y ss.; James Forman/Michael Jehle, *Effects of State and Government Succession on Commercial Bank Loans to Foreign Sovereign Borrowers*, en: Ill.L.R. 9, 1982, pp. 21 y ss.; Philip Wood, *The Law and Practice of International Finance*, Londres, 1980, p. 120 y s.; véase también: John Norton Pomeroy, *Lectures on international law in time of Peace*, Boston, 1886, p. 62.

42 Pruebas sobre esto en: www.odiousdebts.org y www.jubilee2000.org.

43 Günter Frankenberg/Rolf Knieper, *Rechtsprobleme der Überschuldung von Ländern der DrittenWelt*, en: RIW 1983, pp. 569 y ss. (577).

44 Sobre esto: Kai Ambos, *Straflosigkeit in Argentinien für während der Militärdiktatur (1976-1983) begangene Taten des "Verschwindenlassens"? Rechtslage für Opfer mit deutscher und anderer Staatsangehörigkeit* (m. arr.), en: EuGRZ 1998, pp. 468 y ss.

45 Günter Frankenberg/Rolf Knieper, *Rechtsprobleme der Überschuldung von Ländern der Dritten Welt*, en: RIW 1983, pp. 569 y ss. (578).

46 Para decir verdad existe, aún así, un caso precedente, el que podría ser invocado en virtud de una argumentación de este tipo: Un fallo arbitrativo en el caso entre Gran Bretaña y Costa Rica (el así llamado Tinoco Arbitration), que tuvo su punto de partida en el año 1919 cuando el Banco Internacional de Costa Rica emitía numerosos bonos de consolidación para el Royal Bank of Canada. Esos títulos fueron utilizados exclusivamente para objetivos privados del antiguo dictador de Costa Rica, Federico Tinoco y su hermano. El gobierno democrático sucesivo de este país declaró nulos, posteriormente, a todos los bonos de consolidación emitidos durante el tiempo de esta dictadura, por lo cual se generó un litigio con Gran Bretaña. El tribunal de conciliación convocado combrobó que el gobierno sucesivo no había cometido una infracción contra el derecho internacional cuando declaró no válidos a los bonos del gobierno anterior. Este tribunal de conciliación fundamentó esto a través del comportamiento dictatorial del régimen de Tinoco. (Great Britain v. Costa Rica, 1923, 2 Ann. Dig. 34).

47 Sobre la función de los programas de condicionalidad del sistema jurídico véase: Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Francfort a. M., 1995, pp. 195 y ss.

48 Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Francfort a. M., 1981, p. 253.

49 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 254

50 Niklas Luhmann, op. cit., p. 252.

51 Niklas Luhmann, op. cit., pp. 252 y ss. La garantía de representaciones capaces de ser tomadas como referencia (norma fundamental/constitución) no representa, por esa razón, un requisito para la consumación operativa del sistema jurídico, por más que sea un alto de reflexiones razonable como descripción del sistema dentro del sistema (dentro de sí mismo) (compárese Niklas Luhmann, op. cit., pp. 73 y ss.).

52 Gunther Teubner, *Des Königs viele Leiber*, en: Hauke Brunkhorst/Matthias Kettner, *Globalisierung und Demokratie*, Francfort a. M., 2000, p. 246, n.p.p. 4.

53 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, Viena, 23 de mayo de 1969.

54 ICTY Furundzija, en: ILM 38 (1999), p. 349 y s., cif. 153 y ss.; compárese: Pinochet III (1999) 2 WLR, p. 841 E/F (Browne-Wilkinson).

55 Sobre estos delitos en Argentina véase: Andreas Fischer-Lescano, *Globalverfassung: Los desaparecidos und das Paradox der Menschenrechte*, en: ZfRSoz 2/2002, (en publ.).

56 Sobre los derechos humanos protegidos por el jus cogens véase en lugar de otros: Bruno Simma, *International Human Rights Law and General International Law*, en: Recueil des Cours (RdC) IV 1995, p. 226; Bruno Simma /Ved Nanda, *Slavery and Slave Trade: Steps Towards its Eradication*, en: Santa Clara L. Rev. 12 (1972), pp. 424 y ss.; Christian Tomuschat: "Equality of human beings, protection of human life and physical integrity, freedom from torture and slavery are without any doubt propositions that need no additional confirmation" (Christian Tomuschat, *Obligations arising for States without or against their Will*, en: Recueil des Cours 1993 IV, p. 303).

57 Andreas Fischer-Lescano, *Globalverfassung: Los desaparecidos und das Paradox der Menschenrechte*, en: ZfRSoz 2/2002, (en publ.).

58 Fallo publ. en parte en: Henry Steiner/Philip Alston, *Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, 2. Ed., Oxford, 2000, pp. 1062 y ss.

59 También Menon opina que "debts contracted in violation of the peremptory norm of international law" son ineficaces. (P.K. Menon, *The Succession of States in Respect to Treaties, State Property, Archives and Debts*, 1991, p. 163).

60 Sobre esto la sentencia del juez fed. arg. Ballestero, fallo del 13 de julio de 2001, en la causa nº 14.467.

61 Stefan Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlín, 1992.

62 Stefan Kadelbach, op. cit. arriba.

63 Sobre el órden público del derecho internacional: Walter Kälin, *Menschenrechtsverträge als Gewährleistung einer objektiven Ordnung*, en: DGVR 1994, pp. 9 y ss.

64 Walter Kälin, *Menschenrechtsverträge als Gewährleistung einer objektiven Ordnung*, en: DGVR 1994, pp. 9 y ss. (35, n.p.p. 129), cursiva en el original.

65 Rudolf Dolzer, *Staatliche Zahlungsunfähigkeit: Zum Begriff und zu den Rechtsfolgen im Völkerrecht, in: Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung*, FS Karl Josef Partsch, publ. p. Jürgen Jekewitz, Berlín, 1989, p. 550.

66 Sobre la responsabilización de agentes privados en caso de violaciones a los derechos humanos: Burkhard, Heß, *Kriegsentschädigungen aus kollisionsrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht*, en: DGVR, 2001, en publ.. En ese contexto son problemáticas las colisiones con reglas de reparación a través de un tratado de paz; sobre pretensiones de restitución y compensación en gral.: *Final Report of the Special Rapporteur of the UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*, Theo van Boven, *Study concerning the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, y el *Revised set of basic principles and guidelines on the right to reparation for victims of gross violations of human rights and humanitarian law* según la decisión de la Subcomisión 1995/117, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/17.

67 La difícil indagación de hechos, en este lugar, con respecto al volúmen de la desobligación (esto también vale para las propuestas de una "inversión de la prueba" que lleva a que no es en primera línea el Estado afectado por la deuda odiosa el que debe poner de manifiesto los hechos o bien el empleo de los fondos, sino los acreedores – compárese Günter Frankenberg/Rolf Knieper, *Rechtsprobleme der Überschuldung von Ländern der Dritten Welt*, en: RIW 1983, pp. 569 y ss.) no puede ser emprendida aquí, naturalmente. Antes se ofrece un procedimiento (introducible por Argentina según derecho internacional en vigor) ante el Tribunal Internacional de Justicia según el Art. 66 letra (a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: "Cualquiera de las partes en una controversia relativa a la aplicación o a la interpretación del artículo 53 o el artículo 64 podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a menos que las partes convengan de común acuerdo someter la controversia al arbitraje". Numerosas referencias sobre la cuota parte de *deuda odiosa* y los costos consecutivos resultantes (pago de intereses) se encuentran ya en el fallo de Ballestero, véase cit. ant.

68 Art. 71. „Consecuencias de la nulidad de un tratado que esté en oposición a una norma imperativa de derecho internacional general. I. Cuando un tratado sea nulo en virtud del artículo 53, las partes deberán: (a) eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto, que se haya ejecutado basandose en una disposición que esté en contraposición a la norma imperativa de derecho internacional general, y (b) ajustar sus relaciones mutuas con la norma imperativa de derecho internacional general." (Trad. del autor)

69 Eric Toussaint, en: Le Monde Diplomatique, del 1º de febrero de 2002, p. 17.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAMS, Peter. *The doctrine of "odious debts"*. Leiden, 2000.
ADAMS, Patricia. *Odious debt*: loose lending, corruption and the Third World´s environmental legacy. London 1991.
AMBOS, Kai. Straflosigkeit in Argentinien für während der Militärdiktatur (1976-1983) begangene Taten des "Verschwindenlassens"? Rechtslage für Opfer mit deutscher und anderer Staatsangehörigkeit. *EuGRZ*, 1998.
BEYERLIN, Ulrich. Pactum de Contrahendo, Pactum de Negotiando. *EPIL* 7, 1984.
BOTHE, Michael; BRINK, Josef. Public debt restructuring, the case for international economic cooperation. *GYIL* 29, 1986.
BOVEN, Theo van. *Revised set of basic principles and guidelines on the right to reparation for victims of gross violations of human rights and humanitarian law*. UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1996/17.

———. *Study concerning the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms*. UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8.
CAHN, Hans. The responsibility of the successor State for war debts. *AJIL* 44, 1950.
CONADEP (Ed.). *Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, Buenos Aires, 1984.
DABROWSKI, Martin; ESCHENBURG, Rolf; GABRIEL, Karl. *Lösungsstrategien zur Überwindung der internationalen Schuldenkrise*. Berlín, 2000.
DOLZER, Rudolf. Staatliche Zahlungsunfähigkeit: Zum Begriff und zu den Rechstfolgen im Völkerrecht. *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung*. FS Karl Josef Partsch, publ. p. Jürgen Jekewitz. Berlín, 1989.
FISCHER-LESCANO, Andreas. Globalverfassung: Los desaparecidos und das Paradox der Menschenrechte. *ZfRSoz* 2/2002.
FLASSBECK, Heiner. Lateinamerika in der Falle. *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 10/2002.
———. Lehrstück am Rio de la Plata. *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 2/2002.
FORMAN, James; JEHLE, Michael. Effects of State and government succession on commercial bank loans to foreign sovereign borrowers. *Ill.L.R.* 9, 1982.
FRANKENBERG, Günter; KNIEPER, Rolf. Rechtsprobleme der Überschuldung von Ländern der Dritten Welt. *RIW* 1983.
FRITZ, Barbara. *Lateinamerikas ewige Schuldenkrise.* Frankfurter Rundschau, 03.01.2003.
HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Francfort a. M., 1992.
HAHN, Hugo. Das pactum de negotiando als völkerrechtliche Entscheidungsnorm. *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs Beraters* 18, 1972.
HANLON. *Dictators and debt*. Londres, 1998.
HEß, Burkhard. Kriegsentschädigungen aus kollisionsrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht. *DGVR*, 2001.
HOEFLICH, Michael. Through a glass darkly: reflections upon the history of the international law of public debt in connection with State succession. *Ill.L.R.* 1982.
HUNTIGTON, Samuel. The clash of civilizations. *Foreign Affairs*, 3/1993.
KADELBACH, Stefan. *Zwingendes Völkerrecht*. Berlín, 1992.
KÄLIN, Walter. *Menschenrechtsverträge als Gewährleistung einer objektiven Ordnung. DGVR*, 1994.
KOUFEN, Katharina. Deutsche klagen gegen Argentinien (Alemanes demandan contra Argentina. *Taz* del 16/8/2002.
KRUEGER, Anne. *A new approach to sovereign debt restructuring*. Disponível em: <http://www.imf.org/external/np/speeches/2001/112601.htm>.
LUHMANN, Niklas. Ausdifferenzierung des Rechts. *Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Francfort a. M., 1981.
———. *Das Recht der Gesellschaft*. Francfort a. M., 1995.
———. *Grundrechte als Institution*. 4. ed. Berlín, 1999.
MCGRANE, Reginald. *Foreign Bonholders and American State debts*. Nova York, 1935.
MENON, P. K. The succession of States and the problem of State debts. *Boston College Third World Law Journal* 6, 1986.
O'CONNELL, Daniel. *State Succession in Municipal Law and International Law III*, 1967.
PAULUS, Christoph. Überlegungen zu einem Insolvenzverfahren für Staaten. *Wertpapiermittteilung*, 2002.
POMEROY, John Norton. *Lectures on international law in time of peace*. Boston, 1886.
REINISCH, August. State responsibility for debts. *International law aspects of external debt and debt restructuring*. Colonia, 1995.
RUDIN, Jeff. *Odious debt revisited*. Cape Town, 2001.
SACK, Alexandre. *Les Effets des transformations des États sur leur dettes publiques et autres obligations financières*. Paris, 1927.
SCHWEIZ, Aktion Finanzplatz (Ed.). *Odious debts. Hinterlassenschaften der Diktatoren*. Zurich, 2000.
SIMMA, Bruno. International human rights law and general international law. *Recueil des Cours* (RdC) IV, 1995.
———; NANDA, Ved. Slavery and slave trade: steps towards its eradication. *Santa Clara L. Rev*. 12, 1972.
STEINER, Henry; ALSTON, Philip. Human rights in context. *Law, Politics, Morals*. 2. ed. Oxford, 2000.
TARNAPOL, Debra. The role of the Judiciary in Settling Claims against the PRC. Harvard *International Law Journal* 25, 1984.
TEUBNER, Gunther. Altera Pars Audiatur: das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche. *ARSP*, Supl. 65, 1996.
———. Des Königs viele Leiber. In: BRUNKHORST, Hauke; KETTNER, Matthias. *Globalisierung und Demokratie*. Francfort a. M., 2000.
———. Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken. *KritV*, 2000.

THOMPSON, Mark. United States of America v. Steinmetz, the Doctrine of State Succession, Maritime Finds, and the Bell of the C.S.S. Alabama. *Connecticut Law Review* 28, 1995-1996.
THUN, Tino. *Menschenrechte und Außenpolitik. Bundesrepublik Deutschland-Argentinien 1976-1983*. Bremen, 1985.
TOMUSCHAT, Christian. Obligations arising for States without or against their Will. *Recueil des Cours* IV, p. 303, 1993.
TOUSSAINT, Eric. Wie Argentinien nicht in die Schuldenfalle fiel, sondern getrieben wurde. *Bibliotheken/*ila 249. Disponível em: <http://www.ila-bonn.de/artikel/249argen.htm>.
WEBER, Max. *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. 3. ed. Tuebingen, 1968.
WOOD, Philip. *The law and practice of international finance*. Londres, 1980.

Andreas Fischer- Lescano

Dr. iur. Andreas Fischer-Lescano, LL.M. (EUI, Firenze)
J.W. Goethe-University, Institute of Economic Law

REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS [1]

Judith Martins-Costa

REFLECTIONS ON THE PRINCIPLE OF THE SOCIAL FUNCTION OF CONTRACTS

RESUMO

De acordo com o Código Civil brasileiro, em vigor desde 2003, a liberdade de contratar é expressamente limitada pelo princípio da função social do contrato. Este artigo identifica a transformação qualitativa do direito de contratar que emerge desse novo texto normativo.

PALAVRAS-CHAVE

contrato / liberdade de contratar / função social / solidariedade social

ABSTRACT

According to the Brazilian Civil Code, which came into force on 2003, the freedom of contract is expressly limited by the principle of the social destination of contract. This paper identifies how the freedom of contract was transformed by this rule.

KEYWORDS

contract / freedom of contract / social destination / social solidarity

1 Introdução

O princípio da função social,[2] ora acolhido expressamente no Código Civil (arts. 421 e 1.228, § 1.º) constitui, em termos gerais, a expressão da socialidade no Direito Privado,[3] projetando em seus corpora normativos e nas distintas disciplinas jurídicas a diretriz constitucional da solidariedade social (CF, art. 3.º, III, in fine). Conquanto expresso no Código em tema de propriedade e contrato, o princípio manifesta-se também no Direito da Empresa:[4] conjugando os fatores da produção (trabalho, capital e recursos humanos) e os agentes do processo econômico (consumidor, trabalhador e empresário), as empresas têm, indiscutivelmente, dimensão transindividual ou comunitária. Assim, embora o silêncio do Código sobre a função social ao regular o Direito da Empresa, não há dúvida sobre a sua base constitucional[5] e sistemática.[6]

No entanto, se é bem verdade que o princípio da função social, como expressão da "diretriz da socialidade", indica um rumo a seguir, oposto ao do individualismo predatório, também é certo que a expressão se estende sobre um território tão vasto

quanto acidentado. É preciso remover antigos preconceitos,[7] percorrer trilhas recobertas por incertezas e ensaiar novas respostas para velhas dúvidas, pois tão inútil quanto apenas proclamar a importância do princípio é repetir sonoras platitudes. Por isso, como o viajante que, ao seguir a trilha ignota, busca o *panorama* onde situar-se – para só então se ocupar dos marcos indicativos das possíveis direções – também assim, em relação ao art. 421, devemos, primeiramente, *olhar em volta*.

A primeira constatação, a que salta aos olhos, é de *ordem estrutural*. A noção de estrutura como "um todo de significações" tem imensa importância na compreensão do Código Civil de 2002, pois está no centro da obra filosófica de Miguel Reale, o presidente da Comissão Codificadora.[8] Coligada à noção de *estrutura* está a de *sistema* e, por fim, a de *função*, pois o conceito de estrutura importa o de função, cujo papel crucial é fornecer o critério e a importância de fatores dinâmicos e dos processos, no interior dos sistemas.[9]

Seguindo a perspectiva estrutural e funcional, constataremos de imediato que o art. 421 indica três sendas que vale a pena trilhar: a) vem colado ao princípio da liberdade de contratar, inaugurando a regulação, em *caráter geral*, do Direito dos contratos e situando-se como princípio desse setor; b) refere a função social como *limite* da liberdade de contratar; e c) situa a função social como *fundamento* da mesma liberdade.

Essas três sendas conformam a estrutura deste trabalho constituindo, ao mesmo tempo, o seu continente e seu conteúdo.

2 Função social e liberdade de contratar: uma "Autonomia Solidária"

O Direito Contratual na atualidade, diz Teresa Negreiros, tem como característica estar situado num "quadro de referências principiológicas".[10] Inaugurar com a principiologia o Livro dos contratos evidencia o valor simbólico, operativo, performático[11] e prospectivo que advém da fixação, na lei, de princípios que já foram apontados pela doutrina e expressos pela jurisprudência. Enquanto no Código de Beviláqua a principiologia vinha implícita – cabendo ao intérprete deduzir os princípios a partir da racionalidade do sistema –, no Código de 2002 os princípios vêm explícitos, inaugurando a própria disciplina contratual.

A ausência de explicitação dos princípios, no Código de 1916, era uma *ausência eloqüente*: indicava um certo papel atribuído aos princípios na compreensão, construção, interpretação e na aplicação do Direito. Estes não eram tidos como verdadeiras normas jurídicas, tinham papel apenas supletivo ou argumentativo, sendo chamados a atuar no caso de lacunas ou para confirmar a razão de ser de determinada regra.

Já agora o panorama é diverso. Os princípios, sendo anunciados (e de forma altissonante) já no pórtico do Direito Contratual, estão a indicar que o seu valor é integrativo da disciplina contratual e vinculante ao intérprete. Os princípios compõem,

cada um deles, na dimensão do peso e da ponderação que lhes é própria, a estrutura dos institutos e das regras contratuais. Daí também o seu valor operativo e prospectivo, valor de *normas produtoras de normas*.

Pois bem: o primeiro princípio a aparecer no texto do art. 421 é o *princípio da liberdade de contratar*. Seria esse princípio mera decorrência da "autonomia da vontade"? Poderia ser visto por si só? Ou teria ligação estrutural e funcional com o princípio da função social do contrato?

2.1 LIBERDADE, AUTONOMIA, RESPONSABILIDADE

A liberdade é valor fundante, decorrência do reconhecimento da dignidade da pessoa humana[12] a quem se reconhece, pré-juridicamente, a *autodeterminação*. Acreditou-se, primeiramente, na "dádiva de Prometeu" – que teria dado aos homens a plenitude do pensamento "que pode se impor àquilo que é" –, mas houve, em seguida, a descoberta de Sófocles: o homem ensinou a si mesmo a palavra e o pensamento. Então se percebeu que "a essência do homem (*to deinon*) é a sua própria autocriação".[13]

Se formos fiéis à descoberta de Sófocles,[14] concluiremos que a liberdade está no coração do Direito Civil, que é o direito das pessoas que vivem na *civitas*, em comunidade. O problema está no modo de entender a liberdade.

Não se trata, a meu ver, nem de uma "liberdade consentida"[15] nem de uma liberdade exercida no vazio, mas de uma *liberdade situada*, a liberdade que se exerce na vida comunitária, isto é, o lugar onde imperam as leis civis. Essa clivagem fundamental já estava em Sófocles, acima lembrado.[16] Daí a imediata referência, logo após a liberdade de contratar, à função social do contrato; daí a razão pela qual liberdade e função social se acham *entretecidos*, gerando uma nova idéia, a de autonomia (privada) solidária.

É que, como "liberdade situada", a liberdade de contratar a que alude o art. 421 é elemento componente e manifestação da *autonomia privada*, compreendida como "o processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação das relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam".[17] Entenda-se "autonomia privada" como poder ou competência para a nomogênese,[18] como especificação, no Direito (e, muito especialmente, no Direito das Obrigações) da autodeterminação, que é noção da filosofia e "princípio constitutivo do político".[19] E *não se entenda* "autonomia privada" como "autonomia da vontade", expressão que designa, concomitantemente: a) uma construção ideológica, datada dos finais do século XIX por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico, constituindo "um mito voluntariamente tecido pelos detratores do individualismo, para melhor criticar os seus excessos";[20] b) uma explicação dada ao fenômeno contratual, visualizando-o exclusivamente pelo viés do acordo ou consenso mútuo; c) a tradução jurídica de uma forma econômica própria do capitalismo

comercial oitocentista, ainda não dominado pela grande empresa e pela produção em massa, aceitando-se, então, a idéia de uma quase que "espontânea" composição dos interesses econômicos interprivados.[21]

Desconectada do voluntarismo que tanto a perturbou,[22] a autonomia privada (locução que tem seu peso forte no primeiro termo do sintagma)[23] encontra *necessária conexão funcional* no alargamento da idéia de responsabilidade, a tal ponto de, recentemente, um filósofo, preocupado com os riscos da imputação ilimitada, afirmar que os cidadãos devem estar atentos, de maneira reflexiva, para o conceito de responsabilidade – "conceito-chave de nossa época" – assumindo a *responsabilidade por sua responsabilização*.[24] Aliás, tanto a responsabilidade vem sendo alargada que uma das muitas fórmulas que pretendem sintetizar o diagnóstico da época vem revelada, justamente, pela expressão "princípio da responsabilidade".[25]

Não por acaso, pois, na estrutura do Código, a responsabilidade civil ganhou autonomia, como "obrigação de indenizar", merecendo título próprio e não mais sendo tratada como mero apêndice, misturadamente às "conseqüências da inexecução das obrigações", como no Código de 1916. Além do mais, concorrem com o antigo modelo da imputação subjetiva, ou baseada na culpa, (art. 927, *caput*, c/c o art. 186) outros diversos modelos de imputação. Exemplificativamente, a responsabilidade pelos danos causados em virtude do exercício inadmissível de uma posição jurídica[26] (art. 927, *caput*, c/c o art. 187, que versa hipótese de ilicitude objetiva); a derivada da quebra de dever de segurança (art. 931); prevê-se a responsabilidade pela confiança, como modalidade da Teoria da Aparência (arts. 861-862), e cria-se, no parágrafo único do art. 927, verdadeira cláusula geral de responsabilidade derivada de estruturas sociais causadoras de risco.[27]

Observa-se, assim, por conexões estruturais, sistemáticas e funcionais entre a liberdade contratual, a função social e o princípio da responsabilidade que, ao alargamento da responsabilização, corresponde, *pari passu*, a ressignificação da autonomia privada como poder jurígeno. Entretanto, uma tal ressignificação se faz na direção inversa à do atomismo, da redução sociológica e ontológica das *pessoas concretas* ao abstrato *sujeito sempre-igual*. O ponto que mais agudamente marca essa ressignificação, contudo, é, a meu juízo, aquele marcado pela diversidade dos nexos de imputação, notadamente aquelas formas que guardam direta relação com o *fato* da vivência comunitária e com a diversidade concreta dos sujeitos sociais, tudo concitando à afirmação do "princípio da materialidade da regulação jurídica".[28] A diversificação daqueles nexos (antes subsumidos quase que exclusivamente na imputação subjetiva, ou pela culpa) está a demonstrar, com toda a eloqüência, duas realidades conexas: a diversificação dos sujeitos e dos papéis sociais (não mais escondida no mito do "sujeito sempre-igual"); e a *racionalidade complexa e substantiva* - e não meramente técnica, instrumental ou monológica[29] –, que passa a informar a ordem jurídica.[30]

E a ordem jurídica responde, por sua vez, com institutos e instituições a essa nova racionalidade, própria da sociedade transversalizada, complexa, assimétrica, massificada, despersonalizada: basta pensar na responsabilização pela confiança e na responsabilização de terceiro por lesão do direito de crédito para concluir que a "liberdade de contratar" referida no art. 421 é uma liberdade ligada estrutural e substancialmente – entretecida – com a *polis*.

2.2 O ENQUADRAMENTO NORMATIVO DA LIBERDADE DE CONTRATAR

Se a liberdade de contratar referida no art. 421 é uma *liberdade situada*, forçoso é buscar situá-la, averiguando qual é o seu entorno, o meio ambiente na qual se move e se desenvolve, e quais os significados que a expressão conota.

O ambiente da liberdade de contratar é a comunidade. Toda a comunidade é uma dimensão histórico-social permanentemente instituída e permanentemente criativa de significados.[31] Esses significados vêm da prática, da vida social concreta, intercomunicativa, traduzindo valores que a sociedade assume como particularmente relevantes. Por isso mesmo, para chegar a um significado *pensável* ao princípio da função social do contrato, devemos examiná-lo no quadro dos valores nos quais vem o princípio inserido: aí está seu entorno, seu meio ambiente ou "quadro normativo".

Numa perspectiva constitucional, a liberdade de contratar vem, por vezes, confundida ou correlacionada exclusivamente com o princípio constitucional da livre iniciativa. Esse é, concomitantemente, princípio fundamental da República (CF, art. 1.º, IV) e princípio geral da atividade econômica (art. 170), em relação à qual o papel do Estado é o de agente normativo e fiscalizador (art. 174).[32] Por isto, é a todos assegurado "o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente da autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".[33]

Em relação à livre iniciativa econômica a liberdade de contratar é *instrumental*, isto é, para assegurar o exercício de atividade econômica, garantem-se os meios necessários àquele exercício. Como todo meio, a liberdade de contratar não existe "em si", mas "para algo", isto é, está permanentemente polarizada e conformada para *os fins a que se destina*. Esses fins não são apenas concretizar a liberdade de iniciativa econômica, mas, por igual, os princípios estruturantes do art. 1.º, as diretrizes ou "normas objetivo"[34] traçadas no art. 3.º e no art. 170 , bem como nas liberdades, garantias e direitos dos arts. 5.º e 7.º, todos da Constituição. Nessas normas (e ainda em outras que a Constituição produz) estão desenhados modelos de caráter conformador para o Estado e a sociedade como, aliás, já delineou o Supremo Tribunal Federal, que, ao examinar a Lei 8.039, de 30.05.1990,[35] decidiu:

> em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames

> da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros.[36]

Digna de nota é a menção, no voto do Ministro-relator, ao entendimento de José Afonso da Silva, segundo o qual:

> […] a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidades de submeter-se às limitações postas pelo mesmo. É nesse contexto que se há de entender o texto supratranscrito do artigo 170, parágrafo único, sujeito aos ditames da lei e, ainda, dos condicionamentos constitucionais em busca do bem-estar coletivo. Ela constitui uma liberdade legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário.[37]

Estabelecido esse cunho instrumental da liberdade de contratar, perceberemos que o seu perfil será traçado num quadro amplo e flexível, mas cuidadosamente delineado por certos pontos que dão fisionomia e identidade à ordem econômica numa ordem jurídico-social que valoriza, antes de mais, a dignidade da pessoa e o livre desenvolvimento de sua personalidade. Os pontos identitários de uma ordem econômica normativamente considerada[38] são constituídos por valores, diretrizes (ou escopos), garantias e direitos, alguns deles limitáveis a uma dimensão interindividual, outros apenas pensáveis na dimensão transindividual. Assim, exemplificativamente, os *valores* da cidadania, dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho e da livre iniciativa; as *diretrizes* da liberdade social, justiça; existência digna, solidariedade; desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem quaisquer preconceitos ou outras formas de discriminação; as *garantias* à pequena propriedade rural, à defesa do consumidor e à liberdade de concorrência, bem como a garantia da responsabilização por danos causados à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas; pelos *direitos* à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, entre outros.

Situada essa perspectiva podemos concluir que a autonomia privada (fonte da liberdade de contratar), ressignificada, afastada da perspectiva atomista e voluntarista, assenta-se no *postulado* (concomitantemente *fático e normativo*) da socialidade, é dizer: que todo indivíduo é social e que o telos da individuação só pode ser alcançado

socialmente.[39] Daí a razão pela qual pode afirmar, com integral pertinência, um civilista português:

> embora o projeto do novo Código tenha sido elaborado e apresentado no início dos anos setenta, não deixa de ser interessante notar que o sentido implicado pela referida 'função social' se aproxima irresistivelmente da intencionalidade pressuposta por uma recente tendência européia, que pretende fazer do pensamento da *solidariedade contratual* a nuclear força estruturante de uma 'nova' dogmática do contrato.[40]

Creio que essa "força estruturante de uma nova dogmática contratual" indica justamente o que tenho designado por "autonomia privada solidária". Essa noção decorre justamente da conjugação ou entrelaçamento entre as idéias-chave do art. 421, a de liberdade de contratar e a de função social do contrato, somadas à expansão das imputações de responsabilidade.

Já discernido o sentido da primeira expressão, devemos, agora, tentar compreender o que pode significar a função social que apresenta, no texto do art. 421, dois distintos níveis de compreensão semântica, quais sejam o que situa a função social como limite ao exercício da liberdade de contratar (3) e como razão de ser do exercício dessa mesma liberdade (4).

3 A liberdade de contratar será exercida nos limites da função social do contrato

Toda função é uma competência dirigida a uma finalidade. Na interpretação da expressão "função social" o problema não está no substantivo, mas no adjetivo. O que significa exatamente o "social" que qualifica a função?

Observei que, no texto do art. 421, é o primeiro princípio – o da liberdade de contratar – que dá a regência para que se possa discernir o sentido adequado do "-social" que qualifica a "função". É que, dizendo respeito a um *direito subjetivo* (a liberdade de contratar), o "social" – que adjetiva a "função" – pode ser conotado ou *à expansão intersubjetiva da liberdade*, ou *à expansão transubjetiva da liberdade*.[41]

3.1 limite interno ou externo?

A liberdade de contratar indica o exercício de um *direito subjetivo*, cuja dogmática foi inaugurada por Savigny. O direito subjetivo seria o poder da vontade como expressão da liberdade humana. O significado da "fórmula de Savigny", percebe Menezes Cordeiro,[42] não é casual, nem isolado: todo o *Sistema de Direito Civil* assentava na vontade humana, base dos direitos, das relações jurídicas e de diversos institutos jurídicos.

Aí está expressa uma *arché*, no sentido aristotélico,[43] um *logos*, no sentido estóico: algo que explica o porquê da totalidade das coisas num determinado setor da vida. Na fórmula de Savigny essa "autoridade explicativa" era a vontade humana. No campo dos contratos foi, em conseqüência, dada uma resposta congruente a esse *logos*: a liberdade humana expressava-se pela vontade; a vontade jurisdicizada expressava-se em "manifestações de vontade"; duas manifestações concordes entre si geravam um contrato. Daí que a resposta congruente à "fórmula de Savigny" tenha cumprido a notável função de incluir, na própria definição de contrato como acordo de vontades livres, "*a explicação dos misteriosos efeitos contratuais*".[44]

O início do século XX veio traçar uma nova trilha, agora em direção à funcionalização do direito subjetivo. São formuladas teorias negativas ao conceito de direito subjetivo, substituindo-o por outras figuras. Entre as mais relevantes estão as de Léon Duguit que, fundado na pretensão cientificista da imparcialidade,[45] quis afastar todo o traço de subjetividade, substituindo a idéia de direito subjetivo pela da existência de *posições vantajosas* para certas pessoas porque garantidas pelo poder estatal, na medida em que desempenham funções dignas dessa garantia;[46] e de Otto von Gierke, sustentando a existência de "limites imanentes" aos direitos, decorrentes da impossibilidade da existência de direitos sem deveres.[47] Desde então,[48] toda a teoria do direito subjetivo está polarizada entre duas teses: a dos limites externos ao direito e a dos limites internos. Ambas foram assim sintetizadas:

1. *Teoria interna*: os direitos e respectivos limites são imanentes a qualquer posição jurídica; o conteúdo definitivo de um direito é, precisamente, o conteúdo que resulta dessa compreensão do direito "nascido" com limites; logo, o âmbito de proteção de um direito é o âmbito de garantia efetiva desse direito.

2. *Teoria externa*: os direitos e as restrições são dimensões separadas; as restrições são sempre "desvantagens" impostas externamente aos direitos; o âmbito de proteção de um direito é mais extenso do que a garantia efetiva, porque aos direitos sem restrições são apostos limites que diminuem o âmbito inicial de proteção.[49]

A teoria externa crê na possibilidade de existirem (em tese ou em potência) direitos sem limites. Estes hão de vir "de fora" do direito subjetivo, mediante uma norma que intervenha no âmbito de atuação do direito, como se o direito (subjetivo) fosse uma espécie de *sujeito narcisista*, em contínua e ilimitada expansão. Bernard Edelman – um jurista ao qual não é estranha a linguagem da psicanálise – foi direto ao ponto, ao observar que, nessa fórmula, sendo limitada apenas externamente, a "potência narcisista do sujeito" encontrava diante de si a resistência oposta pela potência narcisista dos outros sujeitos, traduzida na lei, cuja missão estava cingida a fixar o lugar onde as diversas liberdades se encontravam, sem se afrontar, "mantendo intacta a sua natureza". Daí se ter traçado, diz, um "curioso princípio da realidade" pelo qual a liberdade (isto é, o próprio princípio que justificava a extensão infinita do sujeito) "transferia ao outro o poder de restringir a liberdade".[50]

Segundo essa concepção, os limites externos têm apenas uma *dimensão negativa*, expressa, privilegiadamente, pela idéia de "abuso da liberdade contratual". O abuso é o "uso excessivo", a carecer de externa – e eterna – repressão. Por isso mesmo a livre iniciativa, a propriedade e o contrato, dotados ontológica e tecnicamente de uma potencial "absolutividade", só encontrariam limitações perante a lei imperativa ou norma de ordem pública.

3.2 CONSEQÜÊNCIAS DA FUNÇÃO SOCIAL COMO LIMITE EXTERNO

Vemos, aí, a idéia de limite como muro formado por preocupações solidaristas, expressas, em geral, no que a doutrina dos primeiros anos do século XX denominou de *socialismo jurídico*[51] e, após, de *dirigismo contratual*. Nesse sentido há uma oposição entre função social e liberdade contratual.[52] E há, por força dessa oposição, a delimitação de um espaço de eficácia do princípio da liberdade de contratar, qual seja: o papel da "função social" é monocórdio, atuando somente como limite e gerando deveres negativos.

Não se pense, porém, que esse papel não seja relevante. Conquanto conhecidíssimo há pelo menos um século, em termos teóricos, a inserção no Código Civil do art. 421, em caráter geral, permite ultrapassar o esquema "regra-exceção" que por longo tempo dominou a Teoria dos Contratos. Agora, percebe Almeno de Sá, o pensamento contratual de "tutela" deixa de ser visto como uma *exceção*, para passar a ser compreendido e atuado como um princípio "não apenas dirigido a certos sujeitos jurídicos, definidos pelo seu *status* ou pertença grupal, mas antes um princípio próprio do direito contratual geral".[53]

Como princípio geral, apanha uma grande variedade de casos particulares, tais como a repressão de condutas que expressam a supremacia injustificada do poder de uma parte sobre a outra ou casos de desvirtuamento da finalidade econômico-social do negócio, seja no Direito Civil *tout court*, seja no Direito Societário, no Direito da Concorrência e no Direito dos Valores Mobiliários, por força da unificação das obrigações civis e comerciais. Com base no princípio da função social (compreendido em seu papel de "previsão de limite"), o juiz pode impor deveres negativos para além daqueles cominados expressamente na lei, como, aliás, já tem apontado a jurisprudência, embora nem sempre com base em fundamentação adequada, pois é preciso não apenas estabelecer a correlação entre as razões de fato e a atuação do princípio, quanto discerni-lo de outros princípios, regras e institutos legais.[54]

É de convir, no entanto, que, se a esse papel de "previsão de limite externo negativo" se resumisse o princípio da função social do contrato, o art. 421 seria virtualmente inútil, uma vez que o exame de casos já decididos pela jurisprudência demonstra que, ou as hipóteses já estão apanhadas pela regra do art. 187 do Código Civil (consagradora da ilicitude de meios), ou não se trata de caso de incidência do princípio da função social, mas hipóteses de interpretação favorável ao aderente,

integração segundo a boa-fé, ou casos já regulados em leis especiais, como o Código de Defesa do Consumidor ou o Estatuto da Terra.

Tudo isso leva à convicção da necessidade de encontrar a *voz própria e específica* ao art. 421. E esta voz própria está, segundo penso, no segundo nível de compreensão semântica da expressão contida no art. 421.

4 A LIBERDADE DE CONTRATAR SERÁ EXERCIDA EM RAZÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A expressão "em razão da" função social indica, concomitantemente: a) que a função social do contrato integra, constitutivamente,[55] *o modo de exercício* do direito subjetivo (liberdade contratual); b) que é o seu fundamento, assim reconhecendo-se que toda e qualquer relação contratual possui, em graus diversos, duas distintas dimensões: uma, *intersubjetiva*, relacionando as partes entre si); outra, *transubjetiva*, fazendo reverberar as obrigações e os direitos assumidos pelos contratantes na esfera de terceiros, determinados ou indeterminados. Assim, a função social não opera apenas como um limite externo, é também um *elemento integrativo do campo de função da autonomia privada no domínio da liberdade contratual*.

A partir dessa concepção[56] percebe-se decorrerem várias eficácias próprias ao art. 421, que podem ser repartidas nos dois grandes grupos acima sinalizados, quais sejam as eficácias intersubjetivas e eficácias transubjetivas.

4.1 EFICÁCIAS INTERSUBJETIVAS

No primeiro grupo está a possibilidade da imposição de *deveres positivos* aos contratantes, pois o direito subjetivo de contratar (na concepção que venho adotando, qual seja a dos limites internos) já nasce conformado a certos deveres de prestação. A eficácia positiva visa impulsionar

> condutas dirigidas a um activo favorecimento e promoção de justificados interesses da contraparte, o que vem a adquirir um particular relevo, ainda que não exclusivamente, no domínio das perturbações que possam ocorrer no decurso da execução do contrato.[57]

Exemplifico essa eficácia na relação intersubjetiva, por meio de três grupos de casos, a saber: 1) contratos que instrumentalizam a propriedade dos bens de produção; 2) contratos que viabilizam, para uma das partes, prestações essenciais; 3) a noção de contratos "comunitários" como novo item da taxinomia contratual.

4.1.1 CONTRATOS QUE INSTRUMENTALIZAM A PROPRIEDADE DOS BENS DE PRODUÇÃO

O grupo dos contratos que instrumentalizam a propriedade de bens de produção

tem uma interface direta com o princípio da *função social da empresa* e com o princípio da *função social da propriedade*. Em ambos os campos a nota dominante é a da prevalência dos valores e interesses comunitários sobre os individuais.

O princípio da *função social da empresa* constitui, como afirma Calixto Salomão Filho, "o principal princípio norteador da 'regulamentação externa' dos interesses envolvidos pela grande empresa". É que, como acentua o autor,

> é da convicção da influência da grande empresa sobre o meio em que atua que deriva o reconhecimento da necessidade de impor obrigações positivas à empresa. Exatamente na imposição de deveres positivos está o seu traço característico, a distingui-lo do princípio geral *neminem laedere*. Aí está a cocepção social intervencionista, de influência reequilibradora de relações sociais desiguais.[58]

A especial densidade da empresa na vida comunitária está na raiz de deveres negativos e positivos, alguns deles pontualmente previstos em leis, outros derivados da conexão do princípio da função social com outros princípios constitucionais e legais, como a proteção ao meio ambiente ou a redução das desigualdades regionais, fundamento da concessão de incentivos fiscais, por exemplo. Incide de modo muito especial na figura do controlador, pois, como observou Fábio Konder Comparato em seu já clássico *O poder de controle na sociedade anônima*, ao exercer verdadeiro poder de disposição sobre os bens de outrem (os acionistas minoritários), o controlador

> não somente detém uma função social, mas é uma função social. A atividade empresarial deve ser exercida pelo empresário nas sociedades mercantis, não no interesse próprio, mas no interesse social, i.é, de todos os sócios *uti singuli*. Trata-se, portanto, de um poder-dever, a meio caminho entre o *jus* e o *munus*.[59]

Daí a previsão, nas leis e nos regulamentos, de mecanismos que buscam realizar o equilíbrio entre a tutela de centros de interesse igualmente dignos de tutela: os do acionista controlador, que toma maior risco no empreendimento, assumindo as responsabilidades próprias à gestão; os do acionista não-controlador, minoritário e também do preferencialista, que injeta recursos na sociedade; e os da empresa mesma, como *sujeito de direitos* – pólo gerador de empregos e riquezas – cuja existência interessa à vida comunitária. É em razão da função social que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, em importantíssimo aresto, "não ser plausível" a dissolução de sociedade anônima,

> sem antes aferir cada uma e todas as razões que militam em prol da preservação da empresa e da cessação de sua função social, tendo em vista

> que os interesses sociais hão de prevalecer sobre os de natureza pessoal de alguns dos acionistas.[60]

Exemplo dessa eficácia – inclusive para adequar o texto do art. 224-A da Lei Acionária ao princípio da função social (da empresa e do contrato de alienação) está na hipótese em que fosse realizado procedimento de oferta pública (OPA) – procedimento de inegável cunho pré-contratual – visando o *encerramento ou a extinção* das atividades da empresa.

O mencionado art. 224-A determina que a alienação, direta ou indireta, do controle de companhia aberta "somente poderá ser contratada sob a condição, suspensiva ou resolutiva, de que o adquirente se obrigue a fazer oferta pública de aquisição das ações com *direito a voto* de propriedade dos demais acionistas da companhia, de modo a lhes assegurar o preço mínimo igual a 80% (oitenta por cento) do valor por ação com direito a voto, integrante do bloco de controle. (...)". Assim sendo, afasta da oferta pública, em linha de princípio, os preferencialistas, não titulares de ações com direito a voto. No entanto, diante da relevância social da manutenção da empresa, e incidente o princípio da função social, creio ser devida a interpretação ampliativa do art. 109, II, da Lei 6.404/1976, segundo o qual é "direito essencial" de todos os acionistas – e não apenas dos titulares de ações ordinárias – a participação no acervo da companhia em caso de liquidação, sendo certo, na forma do seu § 2.º, que "os meios, processos ou ações que a lei confere no acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembléia-geral".[61] O princípio da função social da empresa ampara a solução, pois aí se desenha, em grau máximo, a sua eficácia positiva, coligado que está à *ratio* do mencionado "direito essencial" previsto no art. 109, II, da Lei societária, bem como a outras diretrizes constitucionais da ordem econômica, como a busca do pleno emprego e a proteção ao valor social do trabalho.[62]

No tratamento assegurado aos preferencialistas, esclarece Arnoldo Wald, "é preciso que também se atenda às determinações constitucionais e legais que renovaram o contrato e a empresa, dando-lhes conteúdo democrático e ético (...)". Justifica-se, assim, e na específica circunstância da aquisição para a extinção da empresa, a ultrapassagem da clausura legal, por via da interpretação expansiva, autorizada pelo princípio da função social da empresa. Contudo, é importante ressaltar que uma tal solução não pode ser visualizada *in abstracto*, antes se conformando a "juízos de realidade"[63] a serem efetuados caso a caso, consoante o critério do escopo do controlador ao proceder à oferta.

4.1.2 CONTRATOS QUE VIABILIZAM "PRESTAÇÕES ESSENCIAIS" À PESSOA HUMANA

A idéia de contratos que viabilizam "prestações essenciais" para uma das partes foi posta por Teresa Negreiros ao considerar como eixo para a concretização da "função social" não "o contrato", instrumento jurídico, mas o objeto (ou bem da vida) que o

contrato visa instrumentalizar. A premissa da qual parte é que "as necessidades humanas não podem ser um elemento ao qual a teoria contratual se mantenha indiferente",[64] o que a levou a propor a agregação, à tradicional divisão dos bens, da distinção entre bens essenciais e supérfluos, "levando em conta a destinação mais ou menos existencial conferida pelo sujeito contratante ao bem contratado".[65] Daí a equação: tanto mais *essencial* for, para as partes, o bem da vida subjacente ao objeto contratual (como no seguro de vida, no seguro-saúde, no fornecimento de água e energia elétrica, nos transportes etc.), maior deve ser a intervenção estatal (concretizando o princípio da função social), na sua tríplice esfera, para tutelar o bem contratado.

Conquanto grande parte dos contratos que instrumentalizam prestações essenciais já receba a tutela do Código de Defesa do Consumidor, haverá casos de contratos interempresariais cujo objeto também consistirá em bem essencial. Figure-se a hipótese de contratos para a importação de medicamentos – por exemplo, para o controle da Aids, ou da hepatite. Nesses casos o princípio da função social deve atuar como norte à interpretação das regras, contratuais ou legais, no sentido que melhor garanta a "carga de existencialidade" instrumentalizada pelo contrato.

4.1.3 CONTRATOS COMUNITÁRIOS

Por fim, proponho como item da taxinomia contratual a noção de "contratos comunitários" para indicar aqueles contratos – como os de seguro;[66] de consórcio; de prestação ou fornecimento de serviços de energia elétrica, entre outros – em que subjaz na sua própria racionalidade econômico-social a noção de comunidade, uma vez que num dos pólos não está meramente o interesse de uma soma aritmética de "individualidades", mas interesses supra-individuais ou coletivos.

Uma coletividade não é formada pela mera soma de individualidades, já tendo percebido a filosofia grega que o todo não é apenas a mera soma das partes: no todo, há um *plus* que se agrega, e este é o interesse comum, inconfundível com cada interesse isoladamente considerado. É justamente a existência do *interesse comum* a todos os particulares membros que conduz à idéia de comunidade, razão pela qual na apreciação desses contratos os direitos subjetivos de cada um dos contratantes não podem ser vistos de modo atomístico, como se cada um fosse uma entidade isolada, envolvido na hobbesiana luta de todos contra todos. Desta compreensão resulta a afirmação da transindividualidade ou comunitariedade que está no fulcro da operação jurídica e econômica de tais contratos. No contrato de fornecimento de energia elétrica, por exemplo, assim como seria inadequado pensar numa *conformação de conteúdos diferentes para cada contrato*, igualmente não se poderia cogitar *da diversidade da proporção de contribuições* (*preços*, *tarifas*, *prêmios*, *contraprestações*) *a cargo de cada um dos contratantes, utentes do benefício ou serviço instrumentalizado pelo contrato*. É que, nesses casos, a idéia de uma comunitariedade ou transindividualidade dos interesses em causa não pode ser afastada sob pena de ser desvirtuada a sua própria causa, ou

função econômico-social. Essas concepções restam reforçadas se tivermos presente que tais contratos estão assentados na *solidariedade social*, valor afastado pelo individualismo, mas que hoje retorna ao cerne dos ordenamentos jurídicos contemporâneos por expresso reconhecimento constitucional e legal.[67]

É, porém, na geração de eficácias transubjetivas que reside, a meu juízo, a função que mais de perto está ligada no "em razão da" e a que mais fundamente poderá inovar a teoria do contrato. Em termos amplíssimos, significa que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas.[68] Cabe, pois, ao menos indicar algumas possibilidades de concretização dessas eficácias.

4.2 EFICÁCIAS TRANSUBJETIVAS

O individualismo (entendido como apologia insensata do interesse pessoal) teve como efeito a instauração, no Direito das Obrigações, do *protótipo da compra e venda*: as relações obrigacionais passaram a ser pensadas exclusivamente como relações entre dois pólos, vinculados por um laço de subordinação. Daí nossa dificuldade em compreender a eficácia de contratos para além de um vínculo bilateral que une indivíduos isolados, cujos interesses são contrapostos.

Entretanto, os contratos são, antes de mais, fatos sociais. Em graus e medidas diversas podem afetar – e positivamente afetam – quem deles não tomou "parte". Trata-se, então, de perceber no Direito Contratual os reflexos de um fenômeno bem mais amplo – o fenômeno da transindividualidade – que, no Direito Processual contemporâneo tem expressão nos instrumentos que tutelam os chamados interesses difusos e coletivos . Na base dessa constatação situa-se a percepção das eficácias transindividuais decorrentes do princípio da função social, cujo inventário ainda se está por fazer, mas que podem ser exemplificadas mediante o recurso a três grupos de situações: a tutela externa do crédito, a interdependência funcional entre vários contratos e a projeção de efeitos sobre terceiros não determinados ou a bens fundamentais da comunidade.

4.2.1 TUTELA EXTERNA DO CRÉDITO

Essa eficácia foi posta em relevo, no Brasil, por Antonio Junqueira de Azevedo que, pela primeira vez, associou a hipótese ao princípio da função social.[69] O problema central está em saber se um terceiro (que não é "parte" no contrato) pode ser responsabilizado, perante o credor, por lesar o direito de crédito, ou, noutra perspectiva, por interferir com o contrato.

Esse problema implica em: (i) revisitar o conceito de "terceiros"; (ii) considerar as diferentes formas de "interferências"; (iii) determinar a natureza da sua responsabilidade; (iv) definir o(s) regime(s) da indenização; (v) determinar o eventual alcance de uma cláusula penal ao terceiro interferente; (vi) saber se é juridicamente possível a interferência de um terceiro sobre o crédito.

Esta última questão é, na verdade, a primeira, pois está no pressuposto à resposta a ser dada a todas as demais.

Por conta do "princípio da relatividade dos contratos" haveria uma *impossibilidade lógico-jurídica* de um terceiro interferir (ou ser afetado) sobre (ou pela) relação de crédito, pois o direito de crédito é um direito relativo, apenas oponível ao devedor, que só a este vincula. Desse modo, um terceiro não poderia sequer interferir com o crédito alheio e, não podendo interferir, não poderia, logicamente, ser responsabilizado por uma interferência que, juridicamente, não pode ocorrer.[70] No entanto, essa impossibilidade só se dá em termos de "teoria clássica" dos contratos, isto é, a polarizada em torno do princípio da "autonomia da vontade" e seus dois principais consectários: o pacta sunt servanda (obrigatoriedade dos efeitos contratuais) e o *res inter alios acta tertio necque nocet necque prodest* (princípio da relatividade dos efeitos do contrato apenas entre as partes contratantes).[71]

Segundo Junqueira de Azevedo, o princípio da função social é preceito destinado a integrar os contratos "numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade (por exemplo, contratos contra o consumidor) quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas".[72] Assim, o art. 421 daria a base para a recepção, no nosso ordenamento, de teoria que já tem curso no Direito Comparado, qual seja a da indevida interferência de terceiros no contrato (no Direito anglo-saxão equivalente às figuras da *tort of induction*, ou *tort of interference with contractual relations*), conhecido, nos países de *Civil Law* como "eficácia externa das obrigações", teoria que surge nos países de *Common Law* e tem momento paradigmático no Caso Pennzoil, ocorrido nos EUA em 1984.[73]

Nesses casos é preciso distinguir: do ponto de vista do *objeto* da indução indevida, considera-se não apenas o contrato, mas também a tutela jurídica de documentos que, até a pouco, eram tidos como despidos de relevância jurídica, instrumentos da "fase formativa", considerados ainda não-contratos, mas "acordos intermédios" (*in-between agreements*) que se vão enxertando no processo negociatório e organizando e expressando esse processo. Assim as *letters of intent*, as chamadas "relações contratuais prospectivas",[74] os "acordos preliminares" e os "acordos de princípio" (*agreements in principle*). Do ponto de vista *subjetivo*, é necessária a intenção de interferir, ou a consciência de estar interferindo. Não é preciso dolo, mas sim a "interferência intencional não justificada" ou, segundo o *Restatement*, *torts*, *2*,*d*, uma interferência intencional e imprópria (*improper*). A interferência por negligência (*negligence*) não é acionável. E, como em toda a responsabilidade por dano, é necessária a prova do nexo causal entre a interferência indevida e o dano.

Também os Direitos francês e italiano acatam a responsabilidade de terceiro que interfere indevidamente no crédito. A jurisprudência francesa realizou, há mais de meio século, um laborioso trabalho de distinção entre a *relatividade dos contratos* e a sua oponibilidade, superando a letra do art. 1.165 do *Code* que consagra

expressamente o princípio da relatividade. Essa distinção deriva de decisão de 22.06.1864 da *Cour de Cassation*. Desde então se distingue entre a força obrigatória (relatividade), que vale só entre as partes, e *a oponibilidade*, que vale na relação com terceiros. Sendo o contrato não apenas um acordo jurídico, mas também um *fato social*, compreende-se que enseje o nascimento de situações jurídicas novas que podem prejudicar terceiros ou dar-lhes vantagens.[75] Por isso, embora o contrato não "obrigue" terceiros, as partes podem opor seus direitos a terceiros e estes têm o dever de respeitar os direitos dos contratantes.

No Direito italiano, similarmente, a jurisprudência construiu os casos de tutela externa, destacando-se as novas hipóteses geradas pela interpretação ampliativa dos *contratos em favor de terceiro*, para qualificar também assim negócios tais quais os "fundos de pensão", agência, representação, cessão de posição contratual, de consultoria etc.[76]

Nesses casos, o art. 421 pode conduzir a uma certa "objetivação" do princípio da relatividade, "enfatizando os contornos sociais do contrato – aqueles que o tornam um fato social diante do qual os terceiros não estão, nem devem estar, indiferentes".[77]

4.2.2 CONTRATOS COM INTERDEPENDÊNCIA FUNCIONAL

Outro importante grupo de casos diz respeito à *consideração da eficácia na esfera de terceiros determinados*, hipótese que, na Itália e na França, também derivou da construção jurisprudencial. Seu fundamento bifurca-se em explicação sociológica (fundada no *fenômeno social da interdependência* cujas manifestações são tão diversas quanto conhecidas) e jurídica. Sob esse último ponto de vista, a consideração da eficácia de um contrato na esfera jurídica de terceiros, ou em outros contratos, está na continuidade e na interferência entre esferas de interesse, que se congregam, em múltiplas esferas na vida de relações contratuais, por forma a impor aos gestores das "esferas contíguas" limites internos que, na convivência ordenada e civil, descendem da socialidade.[78] Exemplifico com os crescentes fenômenos das "redes contratuais" e das conjugações de interesses rubricadas como "parcerias", a multiplicação dos grupos societários (formais ou de fato), as associações estratégicas etc., entre tantas outras que a prática apresenta.

4.2.3 EXTENSÃO DA EFICÁCIA A TERCEIROS NÃO-DETERMINADOS E A BENS FUNDAMENTAIS DA COMUNIDADE

A mais prestante – e inovadora – eficácia do art. 421 diz respeito, no entanto, à *extensão da eficácia – positiva e negativa – a terceiros não-determinados e a bens de interesse comum*. Para além de a função social atual como limite à ação individual em face de direitos e interesses de terceiros,[79] atua também positivamente, impondo deveres de atuação. Como exemplos que de imediato saltam à mente estão os contratos que, de alguma forma, envolvem o meio ambiente e a tutela da concorrência.

A Constituição Federal situa a defesa do meio ambiente como um dos princípios cardeais da ordem econômica (Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira, art. 170,

VI), consistindo a preservação do meio ambiente, na forma do art. 186, II, da mesma Constituição, uma das condições de concretização da função social da propriedade rural. O art. 225 – que inaugura o Capítulo IV do Título VIII constitucional – assegura "a todos" o *direito* ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; qualifica o meio ambiente entre os bens, como "bem de uso comum do povo"; atribui-lhe o caráter de *essencialidade* à sadia qualidade de vida (princípio da essencialidade do meio ambiente). Assim, em consonância a essa especial qualificação, a atividade contratual não apenas deve ser "não-lesiva", deve ser *preventiva* e *promocional do meio ambiente*. Como conseqüência, não apenas a responsabilidade contratual pela segurança e garantia do meio ambiente deve ser estendida a toda a cadeia contratual, caso haja dano, quanto se impõe aos contratantes *deveres positivos de atenção, prevenção, resguardo e fiscalização*.

Ouro exemplo contundente está na *livre concorrência*. Que a atividade econômica, e em especial a concorrência, seja substancial e concretamente "livre" é do interesse geral, concretizando o "bem comum" que a economia não seja cartelizada. Portanto, o art. 421 potencializa e permite *interpretação ampliativa* dos dispositivos legais referentes à promoção da livre concorrência, além de legitimar a imposição de deveres positivos. Por exemplo, no contrato de fusão e incorporação, impõe o dever positivo de prever formas pelas quais a empresa (mediante a fusão ou a incorporação) se resguarde de dominar mercado. Será preciso, pois, promover, com base no princípio da função social, conexões intersistemáticas entre o Código Civil e a legislação da concorrência, bem como com as normas legais e administrativas de regulação do mercado de valores mobiliários, pois, como já tive ocasião de observar, o vigente Código foi estruturado, metodologicamente, como um sistema de complementaridade intertextual,[80] conectando por meio dos grandes conceitos e diretrizes os distintos *corpora* normativos. Nesse sentido, o princípio da função social poderá funcionar como espécie de "lei de referência" para sistematizar hipóteses hoje dispersas e desconjuntadas, atuando, também, na expansão, por via hermenêutica, das regras que visam coibir práticas monopolistas ou oligopolistas.

Aliás, no campo da *atividade negocial* (seja o campo dos contratos, seja o da empresa), correta está a doutrina que indica a "funcionalidade exógena" do princípio da função social, em contrapartida à "normatividade endógena" dos princípios da boa-fé e da autonomia privada".[81] Essa normatividade encontra fundamento em uma tradição muito antiga: a idéia de *justiça legal*, de Tomás de Aquino que, na *Summa Teológica*, assentou:

> à justiça legal pertence ordenar ao bem comum as coisas que são das pessoas particulares (Suma Teológica, II-II, 61, a.2).

Aqui está o verdadeiro salto qualitativo que encontro no art. 421: o entender que a liberdade de cada um se exerce de forma ordenada ao bem comum, expresso na

função social do contrato, pressupondo *internamente conformado* o direito de liberdade (de contratar) em campos de especial relevância ao bem comum.[82] Na reconfiguração do direito subjetivo de contratar a capacidade adaptativa do Direito Civil – direito da vida, da experiência concreta – testada há dois mil anos, é chamada novamente a atuar.

: ARTIGO CONVIDADO

NOTAS

1 Esse texto retoma e dá seguimento, com acréscimos, a estudos realizados no âmbito do Projeto de Pesquisa CNPq – *A reconstrução do direito privado (que consolida os anteriores projetos: As inter-relações entre o público e o privado – 1992 a 1999; A autonomia privada diante da concepção social do contrato – 1999; e As inter-relações entre o direito público e o direito privado: a ação transformadora dos princípios constitucionais no Direito Civil* – 2000-2003), bem como na disciplina Teoria Geral dos Contratos da Faculdade de Direito da UFRGS desde 1992, e no Grupo de Estudos em Direito Privado (1998) que resultaram, por ora, no livro *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado (organizado por J. Martins-Costa) São Paulo: RT, 2002; e nos artigos: Mercado e solidariedade social entre cosmos e táxis (integrante do livro acima referido, p. 611-661); Notas sobre a função social dos contratos, *Revista Literária de Direito*, ano X, n. 53, ago.-set. 2004, p. 17-2130; e A re-significação do princípio da autonomia privada: o abandono do voluntarismo e a ascensão do valor de autodeterminação da pessoa (autora: Mariana de Souza Pargendler, orientação de J. Martins-Costa, *Jovens pesquisadores*: diversidade do fazer científico, organizado por T. Cruz e M. Rocha, Porto Alegre: UFRGS, 2003, p. 91-116).

2 Distingo a idéia de "função social" da idéia de "função econômica" ou "causa-função" (Betti), não desmerecendo, contudo, a importância dessa última na Teoria dos Contratos, em que atua como critério auxiliar na definição do tipo e do regime jurídico, em especial nos contratos "em grupo" ou "em rede". Como se sabe, a idéia de função econômico-social do contrato, na acepção que começou com a doutrina de Emilio Betti (divulgada entre nós por Orlando Gomes), considera a causa econômico-social de um modo abstrato (isto é, a causa é sempre igual em todos os contratos do mesmo "tipo"). Posteriormente, essa doutrina evoluiu para se alcançar a idéia de "causa concreta". Como afirma Guido Alpa, considera-se causa "in quanto ragione giustificativa dell'operazione economica, è un elemento logico-strutturale della veste giuridica in cui l'operazione è calata. Essa serve a spiegare le ragioni del vincolo e tante altre cose come i contratti atipici, i contratti misti e complessi, ecc" (ALPA, Guido. La causa e il tipo. In: GABRIELLI, Enrico (Org.). *I contratti in generale*. Turim: UTET, 1999. p. 513). Nesse sentido, a causa (como função econômico-social concreta, do particular negócio examinado) é útil instrumento para discernir entre a razão justificativa do ato, a função econômica do negócio e o intento prático das partes que muitas vezes não deve ser buscada no contrato, mas tem natureza sistêmica, supracontratual. É que o princípio da liberdade contratual tem reflexos não apenas nos limites ao conteúdo contratual, mas, por igual, na definição do tipo contratual (liberdade de escolha do tipo). Por isso, o art. 421 terá projeções também no campo da atipicidade, em especial nos grupos de contratos e nos "contratos em rede", servindo para auxiliar a qualificação desses negócios complexos pelo relevo que dá à sua funcionalidade econômico-social, ajudando, assim, a perceber a sua *unidade finalista*. A noção de "função econômica" tem, assim, privilegiada atuação nos contratos atípicos (atipicidade de causa-função) e nos reunidos por conexão finalista, como os "grupos de contratos" e os "contratos combinados" e as "redes contratuais".

3 Situando a socialidade como uma das "diretrizes teóricas" do novo Código Civil, Miguel Reale, na Exposição de Motivos do Projeto de Código Civil, ora em *O projeto de Código Civil*: situação atual e seus problemas fundamentais, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 9.

4 COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. *Revista de Direito Mercantil*, n. 50, p. 57-74, 1983; SALOMÃO FILHO, Calixto. Sociedade Anônima: interesse público e privado. *Revista de Direito Mercantil*, v. 127, p. 7-20. FARAH, Eduardo. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002. p. 662-713.

5 CF, art. 5.º, XXIII; e art. 170, III.

6 A regulação da atividade empresarial está, na estrutura do Código, na intercalação entre o princípio da função social do contrato e o da propriedade.

7 Um deles consistindo em identificar o "social" com o "estatal", como se apenas a função estatal pudesse assegurar a função social.

8 Reale considera a noção de "estrutura" segundo a acepção que, na Sociologia, foi evidenciada por Talcott Parsons (*Structure of social action*, Harvard University, 1949, cap. XIV-XVII), privilegiando, contudo, os seus aspectos dinâmicos e não estáticos (isto é, como *Gestalt*, e não como *Struktur*). REALE, Miguel. *O direito como experiência*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 1999. Ensaios III e VII.

9 REALE, Miguel. Ibidem, p. 152.

10 NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de. *Teoria dos contratos*: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 205.

11 Neologismo que vem do inglês *performer*, figura que, diferentemente do ator que, no teatro, interpreta a personagem que lhe é atribuída, cria o próprio papel. Atos performativos são aqueles em que a mera enunciação das palavras nas circunstâncias adequadas pelas pessoas competentes têm como conseqüência a produção dos efeitos jurídicos correspondentes ao seu significado, como explica Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos. Conceito. Fontes. Formação*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 26-27

12 Assim o declarou, por exemplo, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, no Acórdão de 28.10.1997, Processo 462/1997, 1.ª seção, in verbis: "O princípio da autonomia privada consagra a possibilidade de os sujeitos jurídico-privados livremente governarem a sua esfera jurídica, conformando as suas relações jurídicas e exercendo as suas posições activas reconhecidas pela ordem jurídica. Este princípio liga-se ao valor da autodeterminação da pessoa e, mais em geral, à sua liberdade positiva, entendida, na feliz expressão de Orlando de Carvalho, como 'direito de informar o mundo e conformar-se a si próprio'" (*Boletim do Ministério da Justiça de Portugal*, n. 470, p. 597, nov. 1997). Na doutrina a idéia é corrente, v.g:: AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada. *Revista do CEJ – Centro de Estudos Judiciários*, Brasília, Conselho da Justiça Federal, n. 9, p. 25-30, set.-dez. 1999. Entre os portugueses: SOUZA RIBEIRO, J. *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almendina,1999. p. 23 e ss. Na doutrina italiana: SACCO, R.; DI NOVA, G.: *Il contratto*. Roma: UTET, 1996. t. 2, p. 8; BENEDETTI, Giuseppe. Tutela del consumatore e autonomia contrattuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LII, n. 1, p. 24, mar. 1998; PELLICANI, Luciano. La riscoperta dell'autonomia privata. *Rivista di Diritto Civile*, p. 27-31, 1980.

13 As referências ao Prometeu Acorrentado (v. 443-444) e à Antígona (v. 332-375) estão em: CASTORIADIS, C. Antropogonia em Ésquilo e autocriação do homem em Sófocles. *Figuras do pensável*: as encruzilhadas do labirinto. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. v. 6, p. 17-46.

14 A proposição terá validade apenas se acreditarmos, como os gregos do século V a.C., "que os homens nada tomaram aos deuses e nenhum deus lhes deu o que quer que fosse", o que sintetiza, na opinião de Castoriadis, o espírito do glorioso século V. (CASTORIADIS, C. Antropogonia em Ésquilo..., cit., p. 34).

15 Não se confunda, porém, a recusa à idéia de ser a *liberdade* objeto de um "consentimento" heterônomo com a extensão, desta mesma idéia, à *autonomia privada*: ao diferenciar-se a liberdade (conceito político e filosófico) da autonomia privada (conceito técnico-jurídico) percebe-se que esta corresponde a um espaço de *liberdade jurígena* e, portanto, atribuída, pelo Direito, às pessoas, podendo definir-se como uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos". (MENEZES CORDEIRO. O *tratado de direito civil português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. t. 1, p. 217). Nesse sentido desdobra-se em uma perspectiva formal, correspondente "à impossibilidade em que se encontra o Direito de prever *todos* os efeitos concretos", e em uma perspectiva material, essa sim correspondente a setores de liberdades econômicas, como a de trabalho e a de empresa. (idem, ibidem, p. 218-219).

16 Por isso, diz Castoriadis, o tema real da tragédia não é nem a luta entre Antígona e Creonte, nem a contradição entre moral e razão do Estado, muito menos a oposição do indivíduo ao Estado (interpretações modernas, plenas de anacronismos), mas a razão pela qual tanto Antígona quanto Creonte se tornaram *apolis*. Não pode haver

cidade (*polis*, comunidade) sem leis próprias, nem a comunidade pode ser reduzida ao *nomos phronein*. No confronto entre um e outro está, pois, "o problema último do homem autônomo: a autolimitação do indivíduo e da comunidade política" (CASTORIADIS, C. Antropogonia em Ésquilo..., cit., p. 36-38).

17 Assim expressa, nos quadros de uma linhagem que remonta, na doutrina do século XX, à obra fundamental de Emilio Betti, Joaquim de Souza Ribeiro, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra: Almendina, 1999, p. 21.

18 Destacando a autonomia como poder e como fonte: REALE, Miguel. *Fontes e modelos no direito. Para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva. 1994, p. 73. Na doutrina portuguesa: FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992. v. 1, p. 8.

19 Joaquim Souza Ribeiro, *O problema do contrato*..., cit., p. 24, nota 27, anotando: "No domínio da esfera pessoal (...) e da esfera familiar (...) a autodeterminação só nos nossos dias se vem afirmando, contra enormes resistências, como um valor, constituindo ainda, em muitos ordenamentos, por um ideal por cumprir. Como princípio constitutivo do político, ela só tardiamente alcança uma (freqüentemente ameaçada) consagração, sob a roupagem do princípio democrático".

20 IZORCHE, Marie-Laure. La liberté contractuelle. *Droits et Libertés Fondamentaux*. Paris: Dalloz, 1997. p. 503, traduzi. Veja-se a precisa análise de Souza Ribeiro acerca dos "deslizamentos" da concepção moral autonômica ao conceito técnico-jurídico, perdendo a locução, ao longo dos séculos XIX e XX, "toda a ressonância kantiana", firmando-se pelo princípio voluntarístico e afirmando-se, tecnicamente, pela ligação da vontade aos efeitos (*O problema do contrato*..., cit., p. 24 e ss, em especial nota 28).

21 V. IRTI, Natalino. Il negozio giuridico come categoria storiografica. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n.19, p. 574, 1990.

22 O voluntarismo estava na base da estruturação do Direito obrigacional moderno, servindo para explicar tanto o contrato quanto a responsabilidade civil, justificando o primeiro como manifestação da "autonomia da vontade" e o dever de indenizar como conseqüência de um agir culposo, uma vez que a culpa era, nesse modelo bipolar, subsumida na imputabilidade a uma vontade livre e consciente que poderia ter movido a ação a um agir não-culposo. Vejam-se os surpreendentes resultados da pesquisa de Mariana Pargendler na jurisprudência do STJ e do TJRS buscando averiguar o que os juízes compreendiam pelos sintagmas "autonomia da vontade" e "autonomia privada (PARGENDLER, Mariana de Souza. A re-significação do princípio da autonomia privada..., cit., p. 91-116).

23 Assim observei em: Mercado e solidariedade social entre cosmos e táxis (integrante do livro acima referido, p. 611-661). Registra Francisco Amaral que, conquanto "por muitos considerado como sinônimo de autonomia da vontade", o princípio da autonomia privada "com ela não se confunde, pois a expressão "*autonomia da vontade*" tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto 'autonomia privada' significa o poder particular de criar relações jurídicas de que se participa. Assim, é o poder dos particulares de regular juridicamente as suas relações, conferindo-lhes conteúdo e eficácia juridicamente reconhecidos" (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada..., cit., n. 9, p. 26) Contudo, conquanto a distinção seja de uso mais ou menos corrente na doutrina, não no é na jurisprudência, como demonstrou a pesquisa referida na nota *supra*.

24 GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. Tradução de Flavia P. Püschel. *Novos Estudos – Cebrap*, São Paulo, v. 63, p. 105-118, jul. 2002. Os vários fenômenos agrupados sob a rubrica "sociedade do risco" (U. Beck) e a "assustadora situação de uma irresponsabilidade organizada" fizeram da responsabilidade "um tema público", diz o autor, sendo então oposto o "princípio da responsabilidade (H. Jonas) que atribui à geração presente o dever de zelar pela sobrevivência das gerações seguintes. Como conseqüência, desenvolveu-se, a partir daí, "um amplo movimento de juridicização com o fim último de determinar quem é responsável pelo controle dos riscos e a quem e como são imputados os prejuízos" (p. 106).

25 A referência é a Hans Jonas, *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt a. M, 1984. O filósofo voltou ao tema em: *Technik, Medizin und Ethik. Zur Práxis des Prinzip Verantwortung*, 1985, tradução espanhola (*Técnica, medicina y ética – sobre la práctica del principio de responsabilidad*, Barcelona: Paidós, 1997).

26 Seja-me consentido reenviar para o que escrevi em: A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: REALE, M.; REALE JR., M.; FERRARI, E. (Org.). *Experiências do direito*. São Paulo: Millenium, 2004. p. 23-62.

27 Como explicou recentemente Miguel Reale, a teoria do risco, geralmente invocada para a conceituação da responsabilidade objetiva, foi combinada com a idéia de estrutura, proporcionando uma síntese dinâmica que ultrapassa a rígida opção entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva, pois, na realidade, "as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam (*Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: RT, 2003. p. 67). Por esta razão, conquanto o nexo de imputação de responsabilidade seja, no comum dos casos, informado pelo critério subjetivo, ainda assim poderá haver que, atendendo à estrutura dos negócios, o critério objetivo do risco informe o nexo de imputação. Tendo presente essa noção, poderá a jurisprudência, "toda a vez que houver uma estrutura sócio-econômica que ponha em risco, por sua natureza, os direitos e interesses de terceiros, daqueles com os quais essa estrutura entra em contato – às vezes sem nem sequer ter qualquer benefício direto ou indireto da sua operabilidade" (REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil...*, cit., p. 11), reconhecer a responsabilidade objetiva causadora do risco, e do dano dele derivado, com todas as conseqüências que daí advêm.

28 A expressão é de: MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1986. p. 1252.

29 ROUANNET, Sérgio Paulo. *As razões do iluminismo* 7. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 15.

30 É a racionalidade substantiva que leva a considerar, por exemplo, que o princípio da autotutela não mais tem lugar perante as fundas assimetrias informativas; que numa sociedade impessoalizada, as ações pessoais aparecem como fatos, gerando expectativas; que o risco não é, muitas vezes, uma externalidade, mas tornou-se parte da natureza.

31 BARCELLONA, Pietro. *Diritto privato e società moderna*. Nápoles: Jovene, 1996. p. 15, lembrando que a produção de significados está na esfera da dimensão normativa.

32 CF, art. 174, *in verbis*: Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

33 CF, art. 170, parágrafo único.

34 A expressão é de Eros Roberto Grau, Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas, *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 5, p. 183.

35 A Lei 8.039/1990 dispunha sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares. Foi revogada pela Lei 8.170, de 17.01.1991

36 ADIn (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 319-DF. Cf. Ementa, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 149/666.

37 Excerto do voto do Min. Moreira Alves, *RTJ* 149/676.

38 Acerca das concepções normativa e naturalista do mercado escrevi em Mercado e solidariedade social..., cit., p. 611-661.

39 ROUANNET, Sergio Paulo. Iluminismo ou barbárie. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 16.

40 SÁ, Almeno. Relação bancária, cláusulas contratuais gerais e o novo Código Civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 78, p. 286, 2002.

41 Não vejo, portanto, como subsumir na expressão "função social" alusões à "função estatal" ou à "função coletiva", a não ser mediatamente, na medida em que haverá por intermédio de uma ou de todas as "funções estatais" (função judicante, função legislativa e função executiva) *o dever de assegurar*, nos seus respectivos âmbitos de competência, a função social dos contratos.

42 MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Tratado de direito civil português*, cit., t. 1, p. 149.

43 MICHELON, Cláudio. Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 21, p. 101-112, mar. 2002.

44 FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Contratos*..., cit., p. 25.

45 DUGUIT, Léon. Derecho subjetivo y la función social. *Las transformaciones del derecho* (*público y privado*). Tradução de Carlos Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1975. p.18, *in verbis*: "personalmente no admito dogma de ninguna especie; hago ciencia y sólo ciencia, fundada sobre la observación imparcial de los hechos".

46 Idem, ibidem, p. 178 e ss.

47 GIERKE, Otto von. *Función social del derecho privado*: la naturaleza de las asociaciones humanas. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904.

48 Para uma síntese sobre o debate do tema v.: LOPEZ Y LOPEZ, Angel M. Gény. Duguit y el derecho subjetivo. Evocación y nota sobre una polemica. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n. 20, p.161-179, 1991.

49 CANOTILHO, J. J. Gomes. Dogmática dos direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 347.

50 EDELMAN, Bernard. Critique de l'humanisme juridique. *La personne em danger*. Paris: PUF, 1999. p. 14.

51 Não deve ser esquecida a importância que os "socialistas jurídicos" italianos dos finais do século XIX tiveram em parte da civilística brasileira nas primeiras décadas dos Novecentos. Esses "socialistas" preocupavam-se especialmente com a função social do contrato, tema abordado diretamente tanto por Pietro Cogliolo (*Filosofia diritto privato*. 3. reimp. Firenze: G. Barbera, 1912) quanto por Enrico Cimbali (*Nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali, con proposte di riforma della legislazione civile vigente*. 4. ed. Turim: UTET, 1907). Em Cogliolo a noção de "limite externo" vem perfeitamente delimitada em capítulo justamente intitulado La funzione sociale dei contratti, in verbis: "I limiti al contrattare che pone lo stato derivano dai bisogni sociali di frenare l'uso assoluto che l'individuo possa fare della sua persona e dei suoi beni" (*Filosofia*..., cit., p. 233) . E, em nota de rodapé, mais esclarecia: "La moderna crescente attività dello stato porrà all'individuo molti limiti per l'util della società, e anche il diritto privato ne sentirà riverbero. Qui preme notare che queste forme di socialismo di stato non dipendono da questioni giuridiche, ma economiche politiqche sociali: *il diritto è indiferente*, e veste saziona coordina ciò che gli è dato dalla vita" (Idem, ibidem, n. 220, grifei). Perspectiva diversa teve Enrico Cimbali, considerado na Itália um romântico e ingênuo materialista histórico, sujeito a um certo "minestrone ideologico" (v. GROSSI, Paolo. *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico – 1860-1950*. Milão. Giuffrè, 2000. p. 12-24) – e que teve, entre nós, repercussões em Beviláqua e Vicente Rao, possibilitando uma certa renovação no Direito Civil. Em que pese o seu arriscado ecletismo, Cimbali teve o mérito de não apenas perceber, nos anos 90 do século XIX, o que viria a ser chamado de "movimento da descodificação" quanto, examinando as obrigações contratuais sob a luz do "princípio di socialità" (*Nuova fase*..., cit., p. 315, 333 e ss), conclui que a relação entre indivíduo e Estado pode ser vista sob três formas: "l'affermazione assoluta dello Stato, l'affermazione assoluta dell'individuo, l'affermazione relativa dell'uno e dell'altro, quali elemento armonici di coesistenza in cui s'integra il vero concetto de l'umanità progredita. Ed in perfetta corrispondenza con questa triplice forma di relazione, si è modificato gradativamente il concetto ed il valore giuridico dell'obbligazione" (idem, p. 316). Introduz, assim, na contracorrente do pensamento expresso por Cogliolo, a idéia de não ser o Direito "indiferente" à necessidade de harmonização entre os interesses individuais e sociais. Tal necessidade é constitutiva ao próprio Direito, na sua "nuova fase". (Para o exame dos reflexos de Cimbali na civilística brasileira, v. trabalhos do Grupo de Pesquisa CNPq-PIBIC *Direito privado – Um espaço de mentalidades – A doutrina italiana e a socialização do direito civil – A formação de uma nova mentalidade*. Orientação de J. Martins-Costa. Pesquisadores: Lourenço Floriani Orlandini e Paulo Eduardo Oliveira Berni. Porto Alegre, 2003-2004. Disponível em: <http://www1.ufrgs.br/pesquisa/projeto.asp?Localiza=9545> e em <http://genos.cnpq.br:12010/dwlattes/owa/prc_imp_cv_int?f_cod=K4728526E4>. Acesso em: 12 set. 2004.)

52 Sob essa perspectiva de exame, v.: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 55 e ss.

53 SÁ, Almeno. Relação bancária..., cit., p. 287.

54 *V.g.*: TJRS, Apelação Cível 70005715487, 2.ª Câmara Especial Cível, j. 25.03/2003; TJRS, Apelação Cível 70005700380, 2.ª Câmara Especial Cível, j. 25.03.2003.

55 Observa Teresa Negreiros: "Neste sentido, o contrato não mais se compadece com uma leitura individualista, de acordo com a qual haveria somente limites externos, isto é, confins para além dos quais seria concedida aos contratantes uma espécie de salvoconduto para exercerem a liberdade contratual à maneira oitocentista, isto é, absoluta.

Deve, pois, ser reforçada a idéia de que a funcionalização, acima de tudo, é inerente à situação jurídica, conformando-a em seus aspectos nucleares, qualificando-a em sua natureza e disciplina, donde ser equivocada a conceituação da função social como algo que seja contraposto ao direito subjetivo e que o delimite apenas externamente" (*Teoria dos contratos*..., cit., p. 209).

56 Partilha desse entendimento Cláudio Bueno de Godoy, *Função social do contrato*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 120 e ss, com oportunas e muito pertinentes observações acerca das críticas que a expressão "em razão de" do art. 421 vem merecendo por setores da doutrina.

57 SÁ, Almeno. Relação bancária..., cit., p. 286.

58 SALOMÃO FILHO, Calixto. Sociedade Anônima..., cit., p. 19.

59 COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 100-101, grifamos.

60 STJ, 3.ª T., REsp 247002/RJ, Rel. Min. Nancy Andrigui, j. 04.12.2001, *DJ* 25.03.2002, p. 272, e *LEXSTJ* 155/178.

61 A hipótese de extensão aos preferencialistas do direito, conforme as circunstâncias do caso, é aventada por Roberta Prado e por Jorge Lobo, conquanto esses autores não a fundamentem no princípio da função social, preconizando, ao contrário, soluções *de lege ferenda*. (V. PRADO, Roberta Nioac. Da obrigatoriedade por parte do adquirente do controle de sociedade por ações de capital aberto de fazer, em iguais condições, aos acionistas minoritários – art. 254 da lei 6.404/76 e Resolução CMN 401/76 – É efetivo mecanismo de proteção dos minoritários?. *Revista de Direito Mercantil*, ano XXXVI, n. 106, p. 81-106, abr.-jun. 1997; e LOBO, Jorge. Interpretação realista da alienação de controle de companhia aberta. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XI, n. 124, p. 100 e ss., nova série, out.-dez. 2001.)

62 Estabelecendo a ligação entre o valor social do trabalho e o princípio da função social, o estudo de: REALE JÚNIOR, Miguel. Função social do contrato: integração das normas do Capítulo XV com os princípios e as cláusulas gerais. *Estudos de Direito do Seguro – III Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS, 2003. p. 35-55.

63 LOBO, Jorge. Interpretação realista ..., cit., p. 91-106.

64 NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de. *Teoria dos contratos*..., cit., p. 379.

65 Idem, ibidem, p. 383.

66 O traço que peculiariza o contrato de seguro, distinguindo-o fundamentalmente de outros contratos típicos, é o fato de consistir "um sistema de poupança, ou de economia coletiva, impensável quando ajustado individualmente" (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Natureza jurídica do monte de previdência. *Anais do II Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*, Porto Alegre, p. 105, nov. 2001). Nessa perspectiva, diz o autor, é o seguro "uma velha instituição" que, "convivendo embora com todas as formas do individualismo moderno, preservou o germe de uma instituição de natureza *solidária*, enquanto genuína expressão de um contrato rigorosamente econômico, porém, apesar disso, com a feição de um negócio jurídico que, ao invés do *conflito*, assenta-se no princípio da *solidariedade* entre os sujeitos que dele participam" (Idem, ibidem, p. 104).

67 Nos anos 50, a acuidade de Ruy Cirne Lima já percebera: "Fato jurídico não é, portanto, o contrato, de conclusão instantânea; mas os contratantes, o objeto do contrato, o contrato mesmo, e a própria coletividade social, a que aqueles pertencem. O todo condicionará a relação jurídica que, graças a essa conjunção, virá a surgir e a perdurar" (*Sistema de direito administrativo*, Porto Alegre, 1953, p. 228).

68 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*..., cit., p. 206.

69 AZEVEDO, Antonio Junqueira. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana de terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 750, p. 113-120, abr. 1998.

70 SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003. Prefácio.

71 ALPA, G; FUSARO, A.; DASSIO, M.; SOMMA, A.; TORIELLO, F. *Efetti del contratto nei confronti dei terzi*. Milão: Giuffrè, 2000. p. 2 e ss.

72 AZEVEDO, Antonio Junqueira. Desregulamentação do mercado..., cit., p. 116.

73 Caso ocorrido na década de 80 e célebre por ter resultado numa das maiores indenizações já impostas por uma Corte dos EUA: 7,53 bilhões de dólares de indenização, impostos a Texaco em demanda promovida por Pennzoil, mais 1 bilhão de dólares de *punitive damages* (indenização punitiva) em razão da grave culpa da Texaco.

74 Segundo E. Santos Júnior, *Da responsabilidade civil*..., cit., p. 293, constituem relações, travadas no âmbito comercial, que ainda não estão formalizadas em qualquer contrato ou acordo, mas cuja formalização se antevê com um *razoável grau de probabilidade*, acarretando o potencial contrato uma vantagem econômica para o lesado pela interferência. Por exemplo, a perspectiva de obter clientes, ou vender imóveis, ou o exercício de uma opção de renovação de um contrato em vigor (*Restatement*, *torts*, *2d*, *Comment c* (*type of relation*) *à $ 766 B.*).

75 BACACHE-GIBELLI, Mireille. *La relativite des conventions et les groupes de contrats*. Paris: LGDJ, 1996. p. 85.

76 ALPA, G.; FUSARO, A.; DASSIO, M.; SOMMA, A.; TORIELLO, F. *Effeti del contratto*..., cit., p. 4. Sobre a problemática dos contratos com prestação ao terceiro, v.: MACCARONE, Giovanni. *Contratto con prestazione al terzo*. Nápoles: ESI, 1997.

77 NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de. Teoria dos contratos..., cit., p. 217.

78 **ALPA**, G.; FUSARO, A.; DASSIO, M.; SOMMA, A.; TORIELLO, F. *Effeti del contratto*..., p. 22.

79 Examina essa atuação Humberto Theodoro Júnior, *O contrato*..., cit., p. 35 e ss.

80 **MARTINS-COSTA**, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil brasileiro. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 78, p. 616 e ss, 2002.

81 Assim: FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 107-115. Parece partilhar da mesma perspectiva: FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo (Org.). *O novo Código Civil*..., cit., p. 127-198. Conectando as duas funcionalidades: BUENO DE GODOY, Cláudio. Função *social do contrato*, cit., p. 110 e ss e 131 e ss.

82 Por isso a importância de permanecer, no texto legal, a expressão "em razão" que, infelizmente, alguns doutrinadores cogitam eliminar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos. Conceito. Fontes. Formação*. Coimbra: Almedina, 2000.
ALPA, Guido. La causa e il tipo. In: GABRIELLI, Enrico (Org.). *I contratti in generale*. Turim: UTET, 1999.
———; FUSARO, A.; DASSIO, M.; SOMMA, A.; TORIELLO, F. *Efetti del contratto nei confronti dei terzi*. Milão: Giuffrè, 2000.
AZEVEDO, Antonio Junqueira. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana de terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 750, p. 113-120, abr. 1998.
BACACHE-GIBELLI, Mireille. *La relativite des conventions et les groupes de contrats*. Paris: LGDJ, 1996.
BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Natureza jurídica do monte de previdência. *Anais do II Fórum de Direito do Seguro*

José Sollero Filho, Porto Alegre, p. 105, nov. 2001.
BARCELLONA, Pietro. *Diritto privato e società moderna*. Nápoles: Jovene, 1996.
BENEDETTI, Giuseppe. Tutela del consumatore e autonomia contrattuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LII, n. 1, p. 24, mar. 1998.
CANOTILHO, J. J. Gomes. Dogmática dos direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
CASTORIADIS, C. Antropogonia em Ésquilo e autocriação do homem em Sófocles. *Figuras do pensável*: as encruzilhadas do labirinto. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.
CIMBALI, Enrico. *Nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali, con proposte di riforma della legislazione civile vigente*. 4. ed. Turim: UTET, 1907.
COGLIOLO, Pietro. *Filosofia diritto privato*. 3. reimp. Firenze: G. Barbera, 1912
COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. *Revista de Direito Mercantil*, n. 50, p. 57-74, 1983
———. *O poder de controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
DUGUIT, Léon. Derecho subjetivo y la función social. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*. Tradução de Carlos Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1975.
EDELMAN, Bernard. Critique de l'humanisme juridique. *La personne em danger*. Paris: PUF, 1999.
FARAH, Eduardo. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002.
FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992.
GIERKE, Otto von. *Función social del derecho privado*: la naturaleza de las asociaciones humanas. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904.
GODOY, Cláudio Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.
GROSSI, Paolo. *Scienza giuridica italiana*. Un profilo storico – 1860-1950. Milão. Giuffrè, 2000.
GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. Tradução de Flavia P. Püschel. *Novos Estudos – Cebrap*, São Paulo, v. 63, p. 105-118, jul. 2002.
IRTI, Natalino. Il negozio giuridico come categoria storiografica. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n. 19, p. 574, 1990.
IZORCHE, Marie-Laure. La liberté contractuelle. *Droits et Libertés Fondamentaux*. Paris: Dalloz, 1997.
JONAS, Hans. *Das Prinzip Verantwortung*. Frankfurt a. M: Suhrkamp, 1984.
———. *Técnica, medicina y ética – sobre la práctica del principio de responsabilidad*. Barcelona: Paidós, 1997.
LIMA, Ruy Cirne. *Sistema de direito administrativo*. Porto Alegre: Globo, 1953.
LOBO, Jorge. Interpretação realista da alienação de controle de companhia aberta. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XI, n. 124, p. 100 e ss., nova série, out.-dez. 2001.
LOPEZ Y LOPEZ, Angel M. Gény. Duguit y el derecho subjetivo. Evocación y nota sobre una polemica. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n. 20, p.161-179, 1991.
MACCARONE, Giovanni. *Contratto con prestazione al terzo*. Nápoles: ESI, 1997.
MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002.
———. Culturalismo e experiência no novo Código Civil brasileiro. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 78, p. 616 e ss, 2002.
———. Mercado e solidariedade social entre cosmos e táxis. In: *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002.
———. Notas sobre a função social dos contratos. *Revista Literária de Direito*, ano X, n. 53, ago.-set. 2004.
———. O renascer do *venire contra factum proprium*. In: REALE, M.;
REALE JR., M.; FERRARI, E. (Org.). *Experiências do direito*. São Paulo: Millenium, 2004.
MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1986.
———. O *tratado de direito civil português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
MICHELON, Cláudio. Um ensaio sobre a autoridade da razão no direito privado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 21, p. 101-112, mar. 2002.
NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de. *Teoria dos contratos*: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
PARGENDLER, Mariana de Souza. A re-significação do princípio da autonomia privada: o abandono do voluntarismo e a ascensão do valor de autodeterminação da pessoa. *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos

princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002.
PELLICANI, Luciano. La riscoperta dell'autonomia privata. *Rivista di Diritto Civile*, p. 27-31, 1980.
PRADO, Roberta Nioac. Da obrigatoriedade por parte do adquirente do controle de sociedade por ações de capital aberto de fazer, em iguais condições, aos acionistas minoritários – art. 254 da lei 6.404/76 e Resolução CMN 401/76 – É efetivo mecanismo de proteção dos minoritários?. *Revista de Direito Mercantil*, ano XXXVI, n. 106, p. 81-106, abr.-jun. 1997.
REALE JÚNIOR, Miguel. Função social do contrato: integração das normas do Capítulo XV com os princípios e as cláusulas gerais. *Estudos de Direito do Seguro – III Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro – IBDS, 2003.
REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: RT, 2003.
———. *Fontes e modelos no direito. Para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.
———. *O direito como experiência*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 1999.
———. *O projeto de Código Civil*: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986.
RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almendina, 1999
ROUANNET, Sérgio Paulo. *As razões do iluminismo* 7. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
———. Iluminismo ou barbárie. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
SÁ, Almeno. Relação bancária, cláusulas contratuais gerais e o novo Código Civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 78, p. 286, 2002.
SACCO, R.; DI NOVA, G. *Il contratto*. Roma: UTET, 1996.
SALOMÃO FILHO, Calixto. Sociedade Anônima: interesse público e privado. *Revista de Direito Mercantil*, v. 127, p. 7-20, jul.-set. 2002.
SANTOS JÚNIOR, E. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003.
SOUZA RIBEIRO, J. *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almendina,1999.
THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Judith Martins-Costa
Professora Adjunta de Direito Civil (UFRGS)
Doutora e Livre Docente pela Universidade de São Paulo

HABERMAS E A ESTRUTURA "REFLEXIVA" DO DIREITO

Rúrion Soares Melo

HABERMAS AND THE "REFLEXIVE" STRUCTURE OF LAW

RESUMO

HABERMAS PROCUROU EXPLICAR QUE A CONCEPÇÃO DE UMA GÊNESE LÓGICA DE DIREITOS É EXPLICITAMENTE DESCRITA COMO UM PROCESSO CIRCULAR NO QUAL AS LIBERDADES DE INDIVÍDUOS PRIVADAMENTE AUTÔNOMOS E OS DIREITOS DE CIDADÃOS POLITICAMENTE AUTÔNOMOS PARA PARTICIPAR NO PROCESSO DEMOCRÁTICO DE AUTOLEGISLAÇÃO SÃO CONSTITUÍDOS "COORIGINARIAMENTE". DE ACORDO COM ESSA IDÉIA, A "COORIGINARIDADE" CORRESPONDE À ESTRUTURA "REFLEXIVA" DO DIREITO, UMA VEZ QUE A FORMA DO DIREITO ORGANIZA O PRÓPRIO PROCESSO DEMOCRÁTICO E POR ISSO DEVE CRIAR AS CONDIÇÕES PARA SUA PRÓPRIA LEGITIMAÇÃO. CONTRA UMA INTERPRETAÇÃO LIBERAL DA RECONSTRUÇÃO HABERMASIANA DO SISTEMA DE DIREITOS, VAMOS ESBOÇAR O QUE ENTENDEMOS SER UMA "CORRETA" COMPREENSÃO DESSA ESTRUTURA "REFLEXIVA".

PALAVRAS-CHAVE

HABERMAS / DIREITO / DEMOCRACIA / LEGITIMIDADE

ABSTRACT

HABERMAS INTENDED TO EXPLAIN THAT THE CONCEPTION OF A LOGICAL GENESIS OF RIGHTS IS EXPLICITLY DESCRIBED AS A CIRCULAR PROCESS IN WICH THE LIBERTIES OF AUTONOMOUS PRIVATE INDIVIDUALS AND THE RIGHTS OF POLITICALLY AUTONOMOS CITIZENS TO PARTICIPATE IN THE DEMOCRATIC LAW-MAKING PROCESS ARE CONSTITUTED "EQUIPRIMORDIALLY". ACORDING TO THIS IDEA, IT CORRESPONDS TO THE "REFLEXIVE" STRUCTURE OF THE LAW, ONCE THE FORM OF LAW ORGANIZES THE DEMOCRATIC PROCESS ITSELF AND THEREFORE MUST ENGENDER THE CONDITIONS TO ITS OWN LEGITIMACY. AGAINST A LIBERAL ACCOUNT OF HABERMAS'S RECONSTRUCTION OF THE SISTEM OF RIGTHS, WE WILL SKETCH WHAT WE THINK TO BE A "CORRECT" UNDERSTANDING OF THIS "REFLEXIVE" STRUCTURE

KEYWORDS

HABERMAS / LAW / DEMOCRACY / LEGITIMACY

Ao se perguntar como é possível a legitimidade do direito positivo coercitivo, Habermas realizou uma investigação teórico-histórica a fim de mostrar o modo como a modernidade respondeu a tal questão tanto por meio dos direitos humanos que asseguram a autonomia privada como no princípio da soberania popular expressa nos direitos que asseguram a autonomia pública dos cidadãos. Após uma breve apresentação da tese habermasiana da "cooriginaridade" entre direito e democracia, gostaríamos de introduzir, junto com Ingeborg Maus, a questão da interpretação do direito segundo sua estrutura "reflexiva" (1). Em seguida, com o intuito de considerar objeções a uma possível tendência "liberal" presente na solução

habermasiana, vamos nos limitar a esboçar o que entendemos ser uma "correta" compreensão dessa estrutura "reflexiva", com a finalidade de apontar para a pretensão de legitimidade inscrita no interior do sistema de direitos e sua conexão interna com a prática democrática de autodeterminação (2).

I

Procurando compreender como o direito moderno encontra-se estruturado segundo um sistema de normas positivas e obrigatórias que pretendem, ao mesmo tempo, ser legítimas, Habermas, ao reconstruir as premissas do direito racional moderno, chamou atenção para o "duplo aspecto da validade do direito" tal como se encontrava no conceito de legalidade de Kant, a saber, "normas do direito são, sob aspectos diferentes, ao mesmo tempo leis da coerção e leis da liberdade".[1] Ou seja, o direito deveria prestar contas tanto à positividade quanto à coerção legítima asseguradora da liberdade. A idéia central é a de que o direito positivo, mesmo sucedendo o direito natural, ainda tem a pretensão de ser racional na medida em que procura garantir a liberdade e apoiar-se, por sua vez, na legitimidade. E, como notou Ingeborg Maus, ao fazer isso, "a clássica hierarquia entre direito natural e direito positivo é agora transformada numa tensão entre facticidade e validade no interior do direito".[2] E é partindo desse "duplo aspecto da validade do direito", de uma concepção de legalidade na qual o direito recebe uma conotação "reflexiva", que temos de compreender de onde o direito positivo retira sua legitimidade.

Buscando responder a isso, Habermas reage a um problema que, segundo o próprio autor, permanecera sem solução no quadro do pensamento político moderno, assim como nas teorias do direito e da democracia, a saber, o problema da relação entre o princípio democrático de autodeterminação soberana do povo e o Estado de direito. De acordo com uma interpretação liberal, a autodeterminação democrática *só pode* se realizar no *medium* de um direito positivo estruturado individualisticamente, isto é, tendo como meta a garantia de liberdades subjetivas. Já para a interpretação republicana, a "domínio das leis" *só se* justifica na medida em que obtém validade por meio do processo de formação da vontade soberana dos cidadãos. Habermas nota que essas duas fontes de legitimação, segundo a história da filosofia política, se mantiveram em concorrência. Isso porque o princípio da "dominação das leis" no Estado de direito parece limitar a autodeterminação soberana, e esta, por sua vez, não pode infringir os direitos humanos que são positivados como direitos fundamentais.[3]

A solução da questão passaria a depender, então, de uma escolha entre duas alternativas concorrentes:

> Ou as leis – inclusive a lei fundamental – são legítimas somente se elas coincidem com os direitos humanos, não importando onde fundamentam

> sua legitimidade. Sendo assim, o legislador soberano só pode decidir no interior desses limites impostos pela lei, de modo a ferir o princípio da soberania popular. Ou as leis – inclusive a lei fundamental – só são legítimas se elas resultam de uma formação democrática da vontade. Neste caso, o legislador democrático pode criar uma constituição arbitrária e, assim, também infringir a própria lei fundamental, de modo a ferir a idéia do Estado de direito (*Rechtsstaatlichkeit*).[4]

Ora, a pretensão de legitimidade do direito, para Habermas, implica, do ponto de vista normativo, uma conexão interna entre Estado de direito e democracia, pois o "direito não é um sistema narcisisticamente fechado em si mesmo".[5] E aqui, mais uma vez, Habermas segue a intuição kantiana de uma *cooriginaridade* (*Gleichursprünglichkeit*) entre direitos humanos e soberania popular.[6] Assim, podemos responder à questão sobre quais "direitos os cidadãos têm que atribuir uns aos outros, caso queiram regular legitimamente sua vida em comum com meios do direito positivo"[7] se considerarmos conjuntamente as seguintes perspectivas: tanto pela referência ao domínio das leis garantido pelos *direitos humanos* como em alusão ao princípio da *soberania popular*. Habermas quer tornar explícita a tese da cooriginaridade entre direitos humanos e soberania popular que, segundo o autor, permanecera implícita no caso de Kant. "No meu livro", diz Habermas em uma entrevista esclarecedora,

> procurei mostrar como pode-se fazer justiça à nossa intuição de que os direitos humanos não têm porque ser separados do legislador soberano, nem tampouco podem ser simplesmente instrumentalizados por este para seus próprios fins. A autonomia privada e pública (*staatsbürgerliche*) se pressupõem reciprocamente. E esta cooriginaridade da soberania popular e dos direitos humanos se explica porque a prática de autolegislação dos cidadãos do Estado tem que ser institucionalizada na forma de direitos de participação política; mas isto pressupõe o *status* de pessoas jurídicas como portadoras de direitos subjetivos; e uma tal ordem de *status* não pode existir sem os clássicos direitos de liberdade. Não pode haver em geral direito positivo sem tais direitos; e o direito positivo é precisamente a única linguagem na qual os cidadãos podem garantir mutuamente a participação na prática de autolegislação.[8]

De acordo com Maus, Habermas estaria seguindo Kant, primeiramente, no que concerne à compreensão moderna do direito a partir de sua estrutura "reflexiva". Os direitos fundamentais não geram por si mesmos legitimidade, mas sim a democracia, o processo de autolegislação soberana do povo; ou seja, ainda que a forma do direito organize o processo democrático, a legitimidade do direito resulta somente do último.[9] Por outro lado, a democracia não é possível se não estiver necessariamente

baseada no direito a iguais liberdades subjetivas, sem o qual não é possível nem mesmo a forma do direito enquanto tal.[10] Desse modo, não se trata mais de entender a teoria do direito moderno segundo uma estrutura que separasse "direito" e "democracia" (ainda presa à separação entre direito positivo e direito natural), mas sim de compreender a "reflexividade" por meio de sua estrutura "circular": o direito remete à democracia, que por sua vez remete ao direito etc.

No caso de Habermas, podemos identificar essa estrutura "reflexiva" na sua formulação do princípio de democracia: "só podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros de direito por meio de um processo discursivo constituído juridicamente de estabelecimento do direito".[11] Ora, nessa formulação Habermas deixa claro que se trata de um "processo discursivo *constituído juridicamente* de estabelecimento do direito". A formação política da opinião e da vontade acontece no *medium* do direito. Neste caso, o sistema de direitos assegura iguais direitos de comunicação e participação.

Uma vez que a cooriginaridade é uma resposta a um aspecto peculiar do direito moderno, a saber, sua "reflexividade" – entendida como a exigência de legitimação do direito positivo no *medium* do próprio direito –, "poderia surgir", comenta Albrecht Wellmer,

> um círculo vicioso. Pois [...] o discurso democrático deve estar ancorado nos direitos fundamentais liberais e por sua vez somente *por meio do* discurso democrático cabe prosseguir a interpretação e institucionalização dos direitos fundamentais. Todavia, eu creio que aqui se trata de um círculo *prático* inevitável e não de um círculo vicioso de tipo *teórico*.[12]

Segundo Wellmer, Habermas, apesar da cooriginaridade, procurou *resolver* o círculo prático inevitável ao derivar os direitos fundamentais do princípio de democracia, ou seja, somente por meio deste poderíamos decidir "o que, além dos direitos iguais de comunicação e participação, deve valer como direito fundamental liberal".[13] Haveria, nesse caso, um primado da práxis política perante a concepção liberal. O problema consiste em que:

> este *pressuposto* do discurso democrático só poderia passar teoricamente por alto se partíssemos do pressuposto, ainda que falso, de que o princípio democrático a iguais direitos de comunicação e participação designa algo assim como o ponto final ideal de um discurso perfeitamente livre de coerção e com ele um critério de avaliação das sociedades reais. Mas *se não é assim*, então o que devem significar "iguais direitos de participação e comunicação" é algo que só poderá determinar-se no contexto de todo sistema de direitos, práticas e instituições.[14]

O mesmo tipo de dificuldades foi apontado por Frank Michelman. A "inevitabilidade", que recai a toda proposta que se põe uma meta de atribuição de validade ao direito tal como a encontrada no princípio de democracia, surge agora como um regresso ao infinito:

> Tal como o próprio Habermas coloca a questão, o procedimento atribuidor-de-validade do exame democrático das leis tem que ser um procedimento "que é em si constituído legalmente". Sendo assim, e se ele toma um procedimento democrático constituído legalmente com a finalidade de produzir direitos fundamentais válidos, então os direitos (válidos) que moldam *este* passo de criação dos direitos devem ser eles mesmos produto de um passo procedimental conceitualmente anterior que foi por sua vez moldado por direitos (válidos) que devem ter sido, enquanto tais, concebidos a partir de um passo juridicamente constituído ainda anterior. E assim por diante, aparecendo como um regresso sem fim.[15]

Se o processo circular corresponde à estrutura "reflexiva" do direito moderno, o problema, comenta Maus, não reside em "cair" num tal "círculo vicioso", ou num "regresso sem fim", mas sim em sabermos por qual lado podemos penetrar sua estrutura: "Não se trata – tal como explica Albrecht Wellmer – da questão de um simples círculo teórico, mas antes de um 'círculo... prático inevitável'. Em outras palavras, [...] não se trata da questão de evitar o círculo, mas de entrar nele no lugar certo".[16] Ora, essa estrutura "reflexiva" compõe o direito de tal modo que podemos justificá-lo seja em relação à primazia do domínio das leis, seja em referência à soberania popular. Contudo, pendemos ou para uma visão "liberal" ou para uma visão "democrática", conforme adentremos no círculo.

Quando Habermas, por exemplo, apresenta seu sistema de direitos, uma das preocupações fundamentais foi mostrar que a gênese lógica das leis tem como núcleo normativo a cooriginaridade das autonomias privada e pública. Entretanto, a formulação do sistema de direitos induz a um certo desequilíbrio entre ambas as perspectivas, criando a imagem de que Habermas não poderia definir qual seria a porta de entrada "correta" no círculo. Vejamos o caso da prioridade da autodeterminação política. Se o princípio de democracia é não somente fonte de legitimidade do direito, mas também representa o processo de criação legítima das leis, podemos, por um lado, levantar a questão de se "Habermas não solapou sua agenda para a explicação da igualdade ou cooriginaridade (*equiprimordiality*) das liberdades e da soberania popular num sistema de direitos ao tomar partido em favor da soberania popular".[17] Por outro lado, e em sentido oposto, a gênese lógica dos direitos parte de um programa completo de direitos a liberdades subjetivas que apenas posteriormente incorpora a autonomia pública.[18] Se lembrarmos o sistema de direitos, composto por cinco categorias de direitos,

as três primeiras dizem respeito à autonomia privada (garantia dos direitos à liberdade de ação subjetiva, o *status* de membro do direito e a proteção jurídica individual); ao passo que somente na quarta categoria encontramos a autonomia política (direitos à participação igual no processo de formação da opinião e da vontade).[19]

Muitos autores entendem que Habermas, não podendo fundamentar a legitimação do direito sem recorrer à anterioridade da forma do direito, parte de um ponto de vista liberal, ou, diríamos, entra no círculo "inevitavelmente" *via* direito, e acaba pagando um preço alto.[20] Sendo assim, a tentativa de estabelecer uma base de legitimação para o direito criaria uma situação "paradoxal", tal como a entende Michelman, por exemplo. Habermas, ao reconstruir um procedimento capaz de produzir essa legitimidade, não pode prescindir da perspectiva liberal, uma vez que a democracia pressuporia direitos fundamentais. E isso seria corroborado mesmo pela reconstrução histórica habermasiana dos paradigmas do direito. Contudo, Habermas nos oferece uma interpretação do sistema de direitos que, bem compreendida, implica a abertura para sua legitimação. Pois, ainda que a necessidade de institucionalização – em termos de direitos – da prática de autolegislação tenha de ser preenchida com um código ou um sistema de leis, resultando na garantia de liberdades subjetivas de ação, a distribuição igual desses direitos só pode ser satisfeita por meio de um procedimento democrático que possa justificar a suposição de que os resultados da formação política da opinião e da vontade são racionais.

2

Para que o direito retire de sua própria constituição as condições de sua legitimidade, os direitos fundamentais *no seu todo*, e não apenas os direitos políticos dos cidadãos, devem ser constitutivos para o processo de autolegislação. Isso pressupõe que o sistema reconstruído por Habermas deve conter, desde o início, "os direitos que os cidadãos têm de reconhecer, se eles querem regular legitimamente sua vida comum com os meios do direito positivo".[21] "E a gênese lógica desses direitos", ainda Habermas, "forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção do direito legítimo, isto é, o princípio de democracia, se constituem *cooriginariamente*".[22]

Sendo assim, mesmo o processo democrático "para a produção de direito legítimo" deve se dar pelo caminho do direito. Isso implica, num primeiro momento, uma compreensão puramente *funcional* do direito, precisada por Habermas, na esteira de Kant, segundo as determinações formais de regras de ação jurídicas: a relação jurídica considera somente a capacidade das pessoas em ligar exteriormente sua vontade, ou seja, a liberdade de arbítrio; o direito abstrai da complexidade de formas de vida, limitando-se apenas a regular matérias que abrangem as condições externas; e, por fim, o direito contenta-se com o efeito da ação conforme as regras, prescindindo da

motivação.[23] Pois, "sem a forma do direito, nem o código jurídico nem o princípio de democracia poderiam se configurar", ou seja, "não é somente o código jurídico, mas também a forma do direito que é condição para a possibilidade da democracia".[24]

O cidadão do Estado só pode exercer sua autonomia política se ele assumir sua posição como *portador* (*Träger*) de direitos. Para tanto, Habermas reconstrói uma gênese lógica de direitos: trata-se de uma ordem de *status* que os próprios participantes numa "prática constituinte" têm de criar, uma vez que pretendem realizar seu projeto pelo *medium* do direito. As três primeiras categorias de direitos são as seguintes:

> (1) Direitos fundamentais, que resultam da configuração politicamente autônoma do direito *à maior medida possível de iguais liberdades de ação subjetivas*.
> Esses direitos exigem como correlato necessário:
> (2) Direitos fundamentais, que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de membro* de uma associação voluntária de parceiros do direito;
> (3) Direitos fundamentais, que resultam imediatamente da *reclamabilidade* (*Einklagbarkeit*) de direitos e da configuração politicamente autônoma de proteção jurídica individual.[25]

> Na quarta categoria, lê-se:
> (4) Direitos fundamentais de participação com igualdade de chances nos processos de formação da opinião e da vontade, na qual os cidadãos exercitam sua *autonomia política* e pela qual criam o direito legítimo. [26]

A gênese de apresentação dos direitos fundamentais no sistema de direitos deve ser corretamente compreendida tendo por referência o princípio de democracia. Suas três primeiras categorias já devem ser entendidas como resultando de um processo de formação política da opinião e da vontade. Como deve se dar essa "cooriginaridade", uma vez que se partiu da forma do direito? Se o princípio de democracia é o outro "lado da moeda" do sistema de direitos, tanto o processo de constituição como o de revisão material dos direitos fundamentais estão ancorados na configuração política dos direitos. Qualquer uma das categorias de direitos deve poder ser revisada no que toca aos seus conteúdos, sempre passíveis de serem alterados pelo legislador soberano, isto é, pela comunidade de direito. "Sem as três primeiras categorias de direitos fundamentais", diz Habermas, "não poderia se dar algo assim como o direito; mas sem uma configuração política dessas categorias, o direito não poderia receber conteúdos concretos".[27]

Não há, portanto, um direito que se defina anteriormente à autonomia política; assim como, de acordo com sua gênese lógica, não pode haver democracia sem os direitos fundamentais. Em outras palavras, o legislador já deve assumir a posição de portador de direitos subjetivos, e estes devem ser entendidos como resultando da

vontade soberana do legislador. Por essa razão, são legítimos aqueles direitos que o próprio membro de uma comunidade de direito se atribuiu, por meio de uma práxis comum de autodeterminação de normas juridicamente constituídas. Se nas três primeiras categorias os cidadãos devem ser entendidos como *destinatários* das leis, na quarta devem assumir o papel de *autores* de sua própria ordem jurídica. Habermas descarta assim a possibilidade de haver algo como uma instauração do direito *in abstracto*, pois o código jurídico deve ser configurado e interpretado politicamente, de modo que os cidadãos, que pretendem regular legitimamente sua vida comum com o auxílio do direito positivo, possam atribuir-se "determinados" direitos. Em suma,

> de um lado, as três primeiras categorias de direitos são representantes insuficientes (*ungesättigte Platzhalter*) para a especificação dos direitos fundamentais individuais, ou seja, princípios jurídicos com os quais o legislador constitucional se orienta. De outro lado, este tem que se orientar pelos princípios apresentados, apesar de sua soberania, na medida em que ele se serve em geral do *medium* do direito.[28]

Se o direito se mantivesse "fechado" em algum tipo de código estabelecido de uma vez por todas, não seria possível perceber como esses princípios só podem ser encontrados em constituições históricas e sistemas políticos concretos.[29] Cabe, aqui, chamar atenção à diferenciação que Habermas faz entre o sentido "mais amplo", na esteira de Luhmann, e o "mais estrito" do sistema jurídico: no sentido "mais amplo", o direito é um sistema de ação específico que pode subordinar a totalidade das interações reguladas por meio de normas, tendo como referência o próprio direito; no sentido "mais estrito", o direito abrange também as interações sociais que não se orientam pelo direito, mas que *podem ser* responsáveis pela produção de um direito novo e reproduzi-lo enquanto tal.[30] Trata-se de lançar luz ao nexo interno entre o código do direito e a sua abertura para a formação política da opinião e da vontade. Uma vez compreendida essa relação, é possível notar que o direito a iguais liberdades de ação, assim como os correlatos direitos à associação e às garantias do caminho do direito, não podem ser "esgotados" em si mesmos. Conforme as constituições historicamente estabelecidas, os direitos liberais clássicos à dignidade do homem, à liberdade, à vida, à propriedade, ou os direitos de associação e participação em coletividades, mesmo os direitos de minorias etc., não são senão configurações políticas concretas determinadas dos direitos à liberdade no sentido de um direito a iguais liberdades subjetivas, assim como da concretização do *status* geral de um membro numa associação livre de parceiros do direito.

Essa estrutura "reflexiva" do direito permite compreendermos que a configuração democrática do sistema de direitos acata demarcações políticas bem definidas. Isso só é possível, insistimos, quando percebemos que as normas jurídicas referem-se a contextos de interação de sociedades concretas. O aspecto concreto do direito

exige que as normas jurídicas remontem a decisões de um legislador local. Isso não implica, claro, que fins políticos destruam a forma do direito, suprimindo em absoluto a diferenciação entre política e direito. Trata-se de atentar a como o direito serve como "*medium* para a auto-organização de comunidades jurídicas que se afirmam, no seu ambiente social (*sozialen Umwelt*), sob condições históricas determinadas".[31] O caráter concreto do direito tem a ver com o conteúdo, o sentido da validade e o modo de legislação das normas jurídicas.

Uma vez que as normas jurídicas regulam contextos de relações de comunidades jurídicas concretas, em seu conteúdo deve poder ser incorporado aquele leque amplo de problemas determinados a serem solucionados a cada vez pelo direito. Isso implica uma abertura maior do direito diante da formação política da vontade dos membros de comunidades jurídicas concretas. Habermas identifica três âmbitos que devem poder ser regulados pelo direito. Matérias jurídicas podem dizer respeito àquilo que é igualmente bom para todos os possíveis concernidos, e neste caso se trata da regulamentação de conflitos de ação sob o ponto de vista da justiça. Contudo, "geralmente elas não exprimem aquilo que é bom para todos os homens",[32] pois tocam em fins e bens coletivos que despertam questões de formas de vida concretas e da identidade comum. Neste caso, tais normas devem estar de acordo com o modo como os participantes de certos grupos querem viver, refletindo assim contextos ético-políticos de realização. Por fim, o conteúdo das normas jurídicas deve englobar questões pragmáticas voltadas à escolha racional dos meios pelos quais esses participantes querem alcançar seus fins – assim como, reforça Habermas, engloba a possibilidade da formação necessária de compromissos em torno de interesses não generalizáveis.[33]

No que toca à validade do direito, a "validade (*Gültigkeit*) ou aceitabilidade liga-se à validade (*Geltung*) ou à aceitação".[34] Neste ponto trata-se de uma "diferenciação do sentido da validade ou da legitimidade do direito"[35] na medida em que neste não podemos excluir a facticidade dos contextos existentes. Isso diz respeito ao momento volitivo que se introduz no sentido da validade das normas jurídicas, uma vez que estas estão intimamente ligadas ao "substrato factual da vontade".[36] Segundo Habermas, isso ocorre porque "uma autocompreensão coletiva só pode ser autêntica no horizonte de uma forma de vida já dada; a escolha de estratégias só pode ser racional em relação a fins estabelecidos; um compromisso só pode ser eqüitativo com referência a situações de interesses dadas".[37]

As normas jurídicas, por fim, limitam-se a estabelecer um acordo (*Vereinbarung*) racionalmente motivado entre os membros de uma comunidade de direito. A formação política racional da vontade enfrenta necessariamente as contingências do processo de legislação, uma vez que a autolegislação jurídica deve estar ancorada em contextos históricos, isto é, nas contingências de formas de vida, dos fins e situações de interesse que vão influenciar a práxis de autodeterminação. Não há vontade política fundamentada racionalmente sem uma ligação desta com contextos contingentes.[38]

Ora, quanto mais concreta for a matéria a ser regulada, mais o direito deve se abrir reflexivamente à autocompreensão de uma coletividade e de sua forma de vida. No entanto, temos que imaginar as decisões de autolegislação, aquelas que se passam em contextos bem definidos, como sendo a efetivação do sistema de direitos, ou seja, sua configuração política. Não há como prescindir dos direitos fundamentais. Mas isso não significa que Habermas estaria sendo mais liberal do que pretendia, posto que a formação política da vontade precisa estar constituída juridicamente. O processo da efetivação dos direitos precisa estar envolvido em contextos que definem o campo de disputa próprio de conflitos sociais e políticos. Os direitos fundamentais são efetivados no Estado de direito por meio de uma "batalha" que não pode ser entendida de forma politicamente neutra.[39]

NOTAS

1 HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 1998. p. 47 (HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 49). As traduções de livros em língua estrangeira presentes no artigo são, na sua maioria, de nossa responsabilidade. No caso dos textos de Habermas, sempre que possível indicaremos entre parênteses a tradução para o português de seus títulos, ainda que as traduções aqui apresentadas estejam modificadas conforme a necessidade.

2 MAUS, I. Liberties and popular sovereignty: On Habermas's reconstruction of the system of rights. In: BAYNES, K.; SCHOMBERG, R. (Ed.). *Discourse and democracy*: essays on Habermas's between facts and norms. New York, University of New York Press, 2002. p. 89-90.

3 Cf. HABERMAS, J. Der demokratische Rechtstaat – eine paradoxe Verbindung widersprüchlicher Prinzipien?. *Zeit der Übergänge*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 2001. p. 133 (HABERMAS, J. O Estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 153).

4 Idem, ibidem, p. 134 (p. 154).

5 HABERMAS, J. Nachwort. *Faktizität und Geltung*, cit., p. 678 (v. 2, p. 323).

6 "A tensão entre a perspectiva liberal e a democrática presente no pensamento político-jurídico kantiano leva-o [Kant] a procurar manter a dupla exigência de respeito aos direitos humanos e à soberania popular. É essa dupla exigência que Habermas chama de intuição kantiana da co-originariedade de soberania popular e direitos humanos e vice-versa, uma não podendo ter o primado sobre a outra."TERRA, R. *Kant e o direito*. Rio de Janeiro: Zahar, p. 58.

7 HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*, cit., p. 109 (p. 113).

8 HABERMAS, J. Ein Gespräch über Fragen der politischen Theorie. *Die Normalität einer Berliner Republik*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 1995. p. 158.

9 Cf. MAUS, I. Liberties and popular sovereignty: on Habermas's reconstruction of the system of rights, cit., p. 92.

10 Cf. Idem, ibidem, p. 96.

11 No original lê-se: "[...] rechtlich verfassten diskursiven Rechtsetzungsprozess". HABERMAS, J *Faktizität und Geltung*, cit., p. 141 (p. 145).

12 WELLMER, A. Condiciones de una cultura democrática. Sobre el debate entre "liberales" y "comunitaristas". *Finales de partida*. Madrid: Cátedra, 1996. p. 83-84.

13 Idem, ibidem, p. 84.

14 Idem, ibidem, p. 85.

15 MICHELMAN, F. How can the people ever make the laws? A critique of deliberative democracy. BOHMAN, J.; REHG, W. (Ed.) *Deliberative democracy. Essays on reason and politics*. Cambridge: The MIT Press, 1997. p. 164.

16 MAUS, I. Liberties and popular sovereignty: on Habermas's reconstruction of the system of rights, cit., p. 96.

17 Idem, ibidem, p. 93.

18 Idem, p. 95 e ss.

19 Cf. HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*, cit., p. 155 e ss (p. 159 e ss). Na próxima seção iremos abordar mais de perto o sistema de direitos.

20 Cf. entre outros: SCHEUERMAN, W. Between radicalism and resignation: democratic theory in Habermas's between facts and norms. BAYNES, K.; Schomberg, R. (Ed.). *Discourse and democracy*: essays on Habermas's Between facts and norms, cit.; MICHELMAN, F. Jürgen Habermas: between facts and norms. *The Journal of Philosophy*, ano XCIII, n. 6, jun. 1996. MOUFFE, C. *El retorno de lo político*. Barcelona: Paidós, 1999. As conseqüências de uma semelhante crítica podem ser encontradas em: FRASER, N. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. In: CALHOUN, C. (Ed.) *Habermas and the public sphere*. Cambridge: The MIT Press, 1992. Cf. ainda a crítica comunitarista ao primado da concepção do Estado de direito liberal em: TAYLOR, C. A política do reconhecimento. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000.

21 Idem, p. 155 (p. 158-159).

22 Ibidem (p. 158).

23 Cf. idem, p. 143 (p. 147).

24 MAUS, I. Liberties and popular sovereignty: on Habermas's reconstruction of the system of rights, cit., p. 101.

25 HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*, cit., p. 155-156 (p. 159).

26 Idem, ibidem, p. 156 (p. 159). A quinta categoria diz respeito aos direitos sociais.

27 HABERMAS, J. Der demokratische Rechtstaat – eine paradoxe Verbindung widersprüchlicher Prinzipien?, cit., p. 148 (p. 169).

28 HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*, cit., p. 160 (p. 163).

29 E é por essa razão que Habermas faz a reconstrução dos "paradigmas do direito". Cf. idem, *ibidem*, cap. IX.

30 Cf. HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*, cit., p. 239 (p. 242).

31 Idem, *ibidem*, p. 188 (p. 191).

32 Idem, p. 190-191 (p. 193-194).

33 Cf. Idem, p. 192 (p. 195).

34 Cf. Idem, p. 192.

35 Idem, p. 193.

36 Idem, p. 196.

37 Idem, p. 196.

38 Cf. idem, p. 195 (p. 197-198).

39 Cf. Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat. In: HABERMAS, J. *Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 1997 (A luta por reconhecimento no Estado democrático de direito. In: HABERMAS, J. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FRASER, N. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. In: CALHOUN, C. (Ed.). *Habermas and the public sphere*. Cambridge: The MIT Press, 1992.
HABERMAS, Jurgën. A luta por reconhecimento no Estado democrático de direito. In: ————. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002.
————. Der demokratische Rechtstaat – eine paradoxe Verbindung widersprüchlicher Prinzipien?. *Zeit der Übergänge*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 2001.
————. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
————. Ein Gespräch über Fragen der politischen Theorie. *Die Normalität einer Berliner Republik*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 1995.
————. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 1998.
————. Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat. In: ————. *Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 1997.
————. O Estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?. *Era das transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
MAUS, I. Liberties and popular sovereignty: On Habermas's reconstruction of the system of rights. In: BAYNES, K.; SCHOMBERG, R. (Ed.). *Discourse and democracy*: essays on Habermas's between facts and norms. New York: University of New York Press, 2002.
MICHELMAN, F. How can the people ever make the laws? A critique of deliberative democracy. In: BOHMAN, J.; REHG, W. (Ed.) *Deliberative democracy. Essays on reason and politics*. Cambridge: The MIT Press, 1997.
————. Jürgen Habermas: between facts and norms. *The Journal of Philosophy*, ano XCIII, n. 6, jun. 1996.
MOUFFE, C. *El retorno de lo político*. Barcelona: Paidós, 1999.
SCHEUERMAN, W. Between radicalism and resignation: democratic theory in Habermas's between facts and norms. In: BAYNES, K.; Schomberg, R. (Ed.). *Discourse and democracy*: essays on Habermas's Between facts and norms, New York, University of New York Press, 2002.
TAYLOR, C. A política do reconhecimento. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000.
TERRA, R. *Kant e o direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
WELLMER, A. Condiciones de una cultura democrática. Sobre el debate entre "liberales" y "comunitaristas". *Finales de partida*. Madrid: Cátedra, 1996.

Rúrion Soares Melo

Doutorando do Departamento de Filosofia da USP
Bolsista Fapesp e pesquisador do Núcleo Direito e Democracia do Cebrap

A PESSOA-OBJETO DA INTERVENÇÃO PENAL: PRIMEIRAS NOTAS SOBRE A RECEPÇÃO DA CRIMINOLOGIA POSITIVISTA NO BRASIL

Maíra Rocha Machado [1]

THE PERSON AS OBJECT OF CRIMINAL LAW INTERVENTION: PRELIMINARY NOTES ON THE RECEPTION OF POSITIVISTIC CRIMINOLOGY IN BRAZIL

RESUMO

Este artigo é resultado de uma primeira aproximação ao tema da recepção da criminologia positivista no Brasil. A pretexto de explorar a utilização dos termos "criminoso" e "delinqüente", o objetivo do texto é apresentar parte da obra de Raimundo Nina Rodrigues e destacar sua relevância para a compreensão do sistema penal brasileiro atual.

PALAVRAS-CHAVE

teoria criminológica / criminologia positivista / direito penal brasileiro

ABSTRACT

This paper is the result of a first approach to the reception of positivist criminology in Brazil While exploring the use of the terms "criminal" and "delinquent", the paper's goal is to present some of the work of Raimundo Nina Rodrigues and to highlight its relevance to analysis of the contemporary Brazilian criminal system.

KEYWORDS

theoretical criminology / positivist criminology, Brazilian criminal law

Hoje, no Brasil, utilizamos muito comumente os termos "criminoso" e "delinqüente" para nos referirmos a pessoas. Mesmo excluindo os grandes meios de comunicação, é possível encontrar documentos de naturezas muito distintas que utilizam estes termos em, ao menos, duas situações: para relacionar uma pessoa específica à violação de uma norma penal específica, na descrição de um fato concreto; ou, então, para indicar um coletivo genérico, uma categoria social até, independente de qualquer vínculo com a intervenção jurídico-penal.

No primeiro caso, em que estamos diante de um fato concreto, chama atenção o fato de nossa legislação dispor de vários outros termos para se referir ao que vou designar aqui de *pessoa-objeto* da intervenção penal. Até o início do processo, chamaremos de suspeito ou acusado. Com a denúncia, um réu, um autor, um processado. Até aqui, todos primários. Se o processo terminar em condenação, um condenado,

um sentenciado, um recorrente. Culpado, só com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Na execução da pena privativa de liberdade, preso. Ao terminar de cumpri-la, um egresso. Após cinco anos, reabilitado, volta a ser primário. Se, antes disso, com outro processo vier nova condenação, um reincidente. Do ponto de vista jurídico, portanto, os nomes dados à pessoa-objeto da intervenção penal indicam etapas de um procedimento.

No segundo caso, a questão coloca-se de maneira diferente. A referência a "criminoso" ou "delinqüente", fora de narrativas de situações concretas, parece buscar distinguir entre "eles" e "nós" – leia-se: a "população em geral" ou as "pessoas honestas". Considerando que este tipo de distinção forma-se antes e independentemente da violação de uma norma ou da intervenção jurídico-penal, é difícil imaginar como diferenciamos hoje os "criminosos" dos demais cidadãos.

Estas são as questões que pretendo explorar livremente neste texto. Meu objetivo é apenas indicar que se trata de um tema importante, porém ignorado, que produz efeitos diretos em nossa forma de compreender e analisar o crime e a pena. No decorrer do texto, buscarei, em primeiro lugar, sugerir o que significa utilizar os termos "criminoso" ou "delinqüente", no marco da história do conhecimento sobre o crime e a pena, com vistas a justificar a relevância do tema. Em seguida, partindo da hipótese de que no Brasil a história desse conhecimento pode ser outra, inicio uma primeira aproximação ao tema a partir da obra de Nina Rodrigues.[2]

O "CRIMINOSO" E O "DELINQÜENTE" NA HISTÓRIA DOS SABERES SOBRE O CRIME

Na esfera penal, é possível identificar dois tipos bastante distintos de linguagem aos quais Pires (1995: 58) denomina "código institucional" e "código descritivo".[3] A característica do código institucional que importa aqui é a seguinte: ele nos leva a adotar a linguagem jurídica, ou institucional do direito, para descrever comportamentos e fatos. Trata-se de uma linguagem útil na prática do direito, mas que não permite realizar distinções muitas vezes fundamentais à compreensão de certos temas. O código descritivo, ao contrário, busca justamente distanciar-se da linguagem jurídica, a fim de examinar seus pressupostos de base. A idéia aqui é abandonar os conceitos jurídicos (penais), modificar sua significação ou ainda elaborar conceitos novos (Pires, 1995: 59). Do ponto de vista tanto teórico quanto empírico, permite olhar além e através dos conceitos jurídico-penais. E explorar a tendência do código institucional a aceitar facilmente a configuração que as instituições sociais dão à realidade.

O que parece ser uma simples questão de linguagem relaciona-se muito estreitamente às escolhas do aplicador do direito e do pesquisador. Em relação ao primeiro, parece natural a utilização do código institucional. Na atividade de pesquisa, diferentemente, a adoção de um ou outro código estará vinculada ao objeto que se pretende investigar e aos resultados que se pretende extrair da pesquisa. Para o

pesquisador, o importante é conhecer e manejar ambos os códigos, tendo a clareza de que um mesmo fato ou comportamento pode ser descrito e analisado de uma e outra forma e que cada uma delas presta-se a conhecer objetos diferentes.

Com o que foi dito até aqui, tem-se a impressão de que a utilização dos termos "criminoso" e "delinqüente" revela uma opção pela linguagem jurídica, própria ao código institucional. De fato, uma primeira aproximação ao uso destes termos no ordenamento jurídico brasileiro indica que sempre estiveram presentes, ainda que variassem substancialmente a forma e a intensidade desta utilização. Nas codificações anteriores a 1940, por exemplo, adota-se a expressão "*ser* criminoso" na redação de normas relacionadas à autoria e à imputabilidade penal, além do termo "delinqüente" ser empregado em todas as situações em que hoje utilizaríamos o termo "agente".[4] O Código Penal de 1940, por sua vez, praticamente elimina estes termos da parte geral e "agente" passa a ser o mais utilizado.[5] Na parte especial, permanecem desde então menções pontuais ao termo "criminoso", sendo outras introduzidas por alterações legislativas realizadas até mesmo na década de 90.[6]

A presença dos termos "criminoso" e "delinqüente" na legislação penal brasileira – bem como em artigos científicos e meios de comunicação de massa, em decisões dos tribunais superiores etc. – parece desempenhar um papel relevante na análise do sistema penal contemporâneo. Para justificar esta relevância, partirei da hipótese – muito preliminar e provisória – de que a adoção dos termos "criminoso" e "delinqüente" pressupõe a existência material e objetiva do "crime" ou da "criminalidade" independentemente do direito e das instituições.[7]

Na história do conhecimento sobre o crime, essa forma de percebê-lo identifica-se com um dos dois grandes eixos ao redor dos quais esse conhecimento se organiza. Num panorama muito sucinto, ao redor do primeiro eixo estariam aqueles que conceberam o crime quase exclusivamente como uma *maneira de fazer ou de ser*. E, ao redor do segundo, aqueles que o conceberam quase exclusivamente como uma definição social, isto é, como uma *maneira de etiquetar* determinados comportamentos ou situações problemáticas e de reagir em relação a eles (Pires, 1992: 17).

Foi o nascimento da criminologia, no final do século XIX, o marco de surgimento do conjunto de conhecimentos produzidos ao redor do primeiro eixo. A preocupação central dos autores que participaram da elaboração desse conhecimento foi descobrir as causas do comportamento criminal, descrever as tendências estatísticas da criminalidade e, ainda, compreender os processos de adaptação social e pessoal que conduzem à prática de um crime. Em uma das vertentes desse eixo – a que mais nos interessa aqui – a grande questão foi encontrar os traços do crime no indivíduo e distinguir o comportamento do "criminoso" do comportamento dos homens honestos. Denominada "criminologia positivista", caracteriza-se pela investigação da diferença entre os homens, com acento ora em variáveis biológicas, ora psicológicas, ora em variáveis relativas ao meio (Pires, 2001: 8).[8]

O segundo eixo desponta na década de 60, a partir de estudos realizados inicialmente nos Estados Unidos. Nesse eixo, a preocupação central é a maneira de definir os acontecimentos e de reagir a eles. O crime deixa de ser considerado uma característica ou um comportamento da pessoa, para ser visto como o produto das agências de controle social. Quem define o comportamento de quem como "criminoso"? Quais são as conseqüências do processo de estigmatização? Como essas práticas sociais são criadas e se modificam ao longo da história? São estes alguns dos temas investigados nesse eixo. A partir desses estudos, o sistema penal deixa de constituir uma solução para o problema do crime, para tornar-se parte desse problema (Pires, 1992: 19).

Ainda que sem qualquer homogeneidade interna, os conhecimentos produzidos ao redor destes dois eixos permitem, hoje, que se reconheça no crime uma dupla dimensão: uma maneira de fazer e uma maneira de definir.[9] Visualizá-lo nessa dupla dimensão implica, entre outras coisas, uma mudança em nossa linguagem: um comportamento deixa de ser "criminoso" para ser passível de criminalização, caso intervenham determinadas instituições que desencadeiem o processo de construção de um fato qualquer em um crime. Reconhecer no crime também uma definição, isto é, o resultado de uma série de decisões institucionais, não significa, de maneira nenhuma, negar a existência ou a importância do comportamento ou da situação-problema que desencadeou o processo de definição. Enfim, identificar no crime essa dupla dimensão significa incorporar em nossa forma de percebê-lo as descobertas das ciências sociais no decorrer da segunda metade do século XX.

No entanto, essa história do conhecimento sobre o crime não necessariamente coincide ou assemelha-se à história brasileira desse conhecimento. Os trabalhos dos inúmeros autores brasileiros que, no decorrer do século XX, debruçaram-se sobre a questão criminal ainda estão para ser, em alguns casos, conhecidos e, de forma geral, sistematizados. Trata-se de um projeto extenso e ambicioso, porém indispensável se se quer conhecer o estado atual dos saberes sobre o crime e a pena no Brasil. Enquanto isso, e para dar início a este projeto de alguma forma, apresento a seguir uma primeira aproximação aos estudos do professor e médico legista Raimundo Nina Rodrigues (1862-1906): o livro *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil* (1894) e alguns artigos publicados no final do século XIX e depois reunidos por Arthur Ramos em *As collectividades anormaes* (1939).

Inicio este estudo sobre a recepção da criminologia positivista no Brasil pela obra de Nina Rodrigues, não por ter sido ele o primeiro autor brasileiro a criticar as teorias lombrosianas,[10] tampouco por haver sido um dos poucos teóricos da época que de certa forma dialogou com os precursores estrangeiros desse pensamento.[11] Mas sim pelo fato de Nina Rodrigues combinar a aplicação prática dos pressupostos lombrosianos, como médico legista na Faculdade de Medicina da Bahia, com uma sofisticada reflexão jurídica sobre as possibilidades de reforma do

sistema penal. Atento, em ambos os casos, ao elenco de problemas que lhe apresentava aquela sociedade brasileira. Refutando ou questionando, sempre que necessário, os postulados teóricos em face das evidências que coletava na realidade. Contribuição empírica e teórica, praticamente desconhecida no direito.

Nina Rodrigues e a criminologia positivista no Brasil

> A caixa em que vinha a cabeça de Antonio Conselheiro foi aberta na Faculdade de Medicina da Bahia, "a fim de que fosse estudada pelo famoso antropólogo Nina Rodrigues que gozava em todo país de grande autoridade científica. (...) Esperava-se de Nina Rodrigues um laudo que apresentasse Antonio Conselheiro como um louco ou um criminoso de nascença. Assim haveria a justificativa científica para a guerra de Canudos. Mas Nina Rodrigues, depois de minucioso exame segundo os cânones da escola positivista, emitiu honestamente a sua opinião autorizada (...) A ciência da época ditava seu julgamento: nem louco, nem criminoso" (Moniz, 1981: 97-98).

Em 1897, Nina Rodrigues e o Dr. Sá de Oliveira procederam ao "exame craneometrico" da peça. Medidas do crânio, medidas da face, índice cefálico e índice nasal. Em artigo publicado em 1901, conclui: "O craneo de Antonio Conselheiro não apresentava nenhuma anomalia que denunciasse traços de degenerescência: é um craneo de mestiço onde se associam caracteres anthropologicos de raças differentes". E, enfim: "É pois um craneo normal" (Nina Rodrigues, 1901: 131 e 133). O diagnóstico será então de delírio crônico, confirmado pelas informações recolhidas sobre a história do alienado, seus antecedentes hereditários, os traços particulares de sua infância. Para além do estudo do crânio de Antonio Conselheiro, foi o episódio de Canudos que permitiu Nina Rodrigues tematizar a "loucura das multidões", explicando-a a partir do momento de crise social e religiosa e das características das "populações nômades e guerreiras" do sertão brasileiro que tinham na figura do "jagunço" seu protagonista.

Há quem sugira que os estudos de Nina Rodrigues sobre o episódio de Canudos tenham ultrapassado os dois artigos por ele publicados em 1897 e em 1901. Henrique Alves, em 1958, em breve texto intitulado Nina Rodrigues e *Os sertões*, compara trechos do primeiro artigo de Nina Rodrigues com a obra de Euclides da Cunha, a fim de apontar identidades na forma de ambos apreciarem a personalidade de Antonio Conselheiro.[12] Identidades que, somadas à expressa referência que faz Euclides da Cunha a Nina Rodrigues, lhe permitem afirmar a "contribuição de Nina Rodrigues ao prestígio de *Os sertões*.[13]

Não foi, porém, nos artigos referentes ao que Nina Rodrigues denominou "loucura epidêmica de Canudos" que o professor de medicina legal colocou em dúvida a

relevância ou o potencial explicativo dos estudos sobre as características biológicas na determinação de quem eram os "criminosos". Alguns anos antes, o exame do crânio do bandoleiro Lucas da Feira – "negro creoulo e escravo", réu confesso de assassinatos e roubos – apresentou também resultados assustadoramente normais. "Será que a insignificante anomalia do craneo de Lucas poderia nos fazer duvidar de sua criminalidade? Não, ele era realmente um criminoso e confessou bem em seus interrogatórios haver assassinado mais de vinte pessoas, roubado a mais não poder, raptado e violado mais de seis moças, etc." (1895: 158). Dialogando expressamente com Lombroso, pergunta "Será que os estudos sobre os criminosos se acham em falha aqui? Não o creio. Na minha opinião, é preciso somente completar, em Lucas, o estudo physico do criminoso com seu estudo psycologico".

Mas, na descrição das características psicológicas de Lucas, Nina Rodrigues identifica "traços de alta generosidade". Agindo em bando, tinha muitos cúmplices, e no decorrer dos interrogatórios tomou todo o cuidado em não comprometê-los. Negando todos os fatos que pudessem denunciá-los, "acabou por declarar que não denunciaria jamais seus amigos, sabia que seus dias estavam contados, mas jamais trahiria aquelles que outr'ora o haviam ajudado" (1895: 160). Uma vez mais, Nina Rodrigues chegava a conclusões distintas do que afirmava Lombroso sobre a conduta dos criminosos que agiam em bando. No exame psicológico de Lucas, Nina Rodrigues não identificou este traço, este hábito que Lombroso notava nos criminosos associados de se acusarem em princípio, depois buscarem atenuar seu crime atribuindo-o ao domínio dos cúmplices.

A explicação das "qualidades criminais" de Lucas estaria, então, em outros fatores. Estaria na "tendência sanguinária dos negros" e em seu estado de "selvagem domesticado", ainda que seus índices cefálico e nasal não fossem "verdadeiramente os índices das raças inferiores". São os fatores relacionados à raça que permitem Nina Rodrigues concluir que "Lucas é bem um criminoso para nós brasileiros, que vivemos sob a civilização européa. Na Africa, ele teria sido, ao contrario, um valente guerreiro, um rei afamado" (1895: 162-163). Essa afirmação pode indicar uma certa inquietação por parte de Nina Rodrigues em relação ao "ser criminoso". Mesmo sem indicar nesse texto o que diferenciaria nós brasileiros e a África, essa passagem parece afastar a idéia de que o criminoso o é na natureza, independentemente de qualquer juízo exterior à sua conduta. Só em face de um caso muito concreto, que combinava características tão díspares, pôde Nina Rodrigues identificar em um mesmo indivíduo "um criminoso" e "um rei afamado". De uma ou outra forma considerado, de acordo com a civilização que o observa.

Essa questão foi abordada com maior profundidade, ainda que sob outro enfoque, no livro *Raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, de 1894. Dedicado a estudar as modificações que as condições de raça imprimem à responsabilidade penal, Nina Rodrigues busca demonstrar, com base no fenômeno da mestiçagem no

Brasil, a incoerência de um sistema penal baseado na noção de livre-arbítrio. Para realizar este estudo, Nina Rodrigues parte de três premissas. Em primeiro lugar, considera que a cada fase da evolução da humanidade, se comparadas raças antropologicamente distintas, corresponde uma *criminalidade própria*, de acordo com o seu grau de desenvolvimento intelectual e moral. Em segundo lugar, considera impossível, material e organicamente, que os representantes das fases inferiores dessa evolução passem bruscamente, em uma só geração, ao grau de cultura mental e social das fases superiores. E, em face disso, constata que, perante as conclusões da sociologia e da psicologia modernas, o postulado da vontade livre como base da responsabilidade penal "*só se pode discutir sem flagrante absurdo*" quando for aplicável a uma agremiação social muito homogênea, chegada a um mesmo grau de cultura mental média" (Nina Rodrigues, 1894: 50-51).[14]

A partir dessas premissas, Nina Rodrigues inicia a descrição do fenômeno da mestiçagem no Brasil retomando a célebre frase de Silvio Romero: "do ponto de vista historico e social (...) todo brazileiro é mestiço, se não no sangue, pelo menos nas idéias" (1894: 89). Nina Rodrigues identifica na população brasileira uma grande maioria de mestiços e uma minoria de "elementos antropológicos puros": a raça branca (europeus ou latinos), a raça negra (africanos) e a raça vermelha ou indígena. Para a maioria de mestiços que carecem de "unidade antropológica", adota a distinção entre as seguintes classes: mulatos – claros, escuros e dos primeiros sangues; mamelucos ou caboclos; curibocas ou cafuzos e, por fim, os pardos, produtos do cruzamento entre as três raças (1894: 89). Identifica as correntes migratórias e a distribuição das raças e classes pelas diversas regiões do Brasil e formula a questão central do livro:

> "Pode-se exigir que todas estas raças distinctas respondam por seus actos perante a lei com igual plenitude de responsabilidade penal? Acaso, no celebre postulado da escola clássica (...), se pode admittir que os selvagens americanos e os negros africanos, bem como os seus mestiços, já tenham adquirido o desenvolvimento physico e a somma de faculdades psychicas, suficientes para reconhecer, num caso dado, o valor legal do seu acto (discernimento) e para se decidir livremente a commettel-o ou não (livre arbítrio)? – Por ventura pode-se conceder que a consciencia do direito e do dever que teem essas raças inferiores seja a mesma que possue a raça branca civilisada?" (Nina Rodrigues, 1894: 111-112).[15]

O primeiro indicativo da resposta é apresentado em seguida: "responder alguem a estas inquirições pela affirmativa seria empenhar em serio compromisso o bom conceito dos seus conhecimentos em sciencias biologicas" (1894: 112). E será de acordo com essas ciências que Nina Rodrigues irá apontar como principal característica do

mestiçamento no Brasil o cruzamento de raças humanas muito distintas, que acaba sempre "por dar nascimento a productos evidentemente anormaes" (1894: 132).[16] Assumindo a incapacidade das raças inferiores, e sua influência no caráter da população mestiça, Nina Rodrigues propõe uma escala que vai do "producto inteiramente inaproveitavel e degenerado ao producto valido e capaz de superior manifestação da actividade mental" (1894: 141).

Se assim se apresenta na natureza, assim há de refletir na responsabilidade moral e penal. Desse postulado, Nina classifica os mestiços brasileiros em três grupos, de acordo com sua capacidade de responsabilização penal. Em primeiro lugar, estariam os *mestiços superiores* que, pela predominância da raça civilizada na sua organização hereditária ou por uma combinação mental feliz, devem ser julgados perfeitamente equilibrados e plenamente responsáveis. Em seguida, identifica o grupo dos *mestiços evidentemente degenerados*. Citando Morel, considera que estes, em virtude de anomalias de sua organização física, bem como de suas faculdades intelectuais e morais, devem ser considerados "tristes representantes de variedades doentias da especie" (1894: 167). E, portanto, uns devem ser total e, outros, parcialmente irresponsáveis. Por fim, os *mestiços comuns*, produtos socialmente aproveitáveis, superiores às raças selvagens de onde provieram, mas que "pelas qualidades herdadas dessas raças", "pelo desequilíbrio mental que neles operou o cruzamento", não são equiparáveis às raças superiores e "acham-se em iminência constante de cometer ações anti-sociais de que não podem ser plenamente responsáveis". São todos casos de responsabilidade atenuada (1894: 168).

Para Nina, quanto mais profunda e competente for a análise psicológica do criminoso, quanto mais adiantados e aperfeiçoados estiverem os conhecimentos da psicologia mórbida, tanto mais fácil será descobrir móveis de ação, inteiramente alheios à influência da vontade livre e, por conseguinte, tanto mais numerosas serão as declarações de irresponsabilidade e mais freqüentes as absolvições (1894: 71-72).

É em face dessas conclusões que Nina formula o "dilema com o qual se debatem os criminalistas clássicos: *ou punir sacrificando o princípio do livre-arbítrio, ou respeitar esse princípio, detrimentando a segurança social*" (1894: 73). Para Nina, trata-se em realidade de um falso dilema. Não há livre-arbítrio nos crimes culposos ou involuntários e ainda assim nossos códigos atribuem a esses crimes uma punição. Isto é, a possibilidade de haver responsabilização penal independentemente da existência de "manifesta intenção criminosa", tal como ocorre com os crimes cometidos pelas raças inferiores, já está presente no sistema penal, supostamente regido pela noção de livre-arbítrio.

No entanto, tudo isso não leva Nina a advogar que nos códigos se insira uma escusa de qualquer espécie para os crimes cometidos pelas raças inferiores. Pois repousa sobre a aplicação absoluta dos princípios da Escola Clássica a garantia da ordem social do país. E não há inovação nisso: "Em todos os tempos, à sombra, sob

a tolerância e em nome do livre-arbítrio, se puseram em ação medidas repressivas, mesmo de extremo rigor que, de fato, nenhuma relação guardava com a responsabilidade dos punidos" (1894: 172).[17] Contenta-se Nina, neste livro, em apontar a incoerência e o "absurdo das conclusões lógicas" derivadas da noção de livre-arbítrio, em face da ciência e das pesquisas empíricas por ele realizadas.

* * *

Essa brevíssima descrição de alguns fragmentos dos estudos de Nina Rodrigues conecta-se com o tema desenvolvido no início deste texto de duas formas.

Em primeiro lugar, é possível localizar esses estudos ao redor daquele primeiro eixo que percebe o crime exclusivamente como uma maneira de *fazer* ou de *ser*. A referência à idéia de que a "criminalidade" não é a mesma em diferentes países ou momentos históricos está relacionada ao estágio de evolução de uma dada sociedade, e não à percepção de que o crime é produto de uma definição institucional. Além de situado no conjunto de conhecimentos que visualizam o crime dessa forma, os estudos de Nina Rodrigues aqui descritos focalizam, especificamente, a pessoa-objeto da intervenção penal.

No relato dos exames de Antonio Conselheiro e Lucas da Feira, o estudo do indivíduo realiza-se sobre um caso concreto: ao médico legista chegam o corpo e a história de vida. E é nesses elementos que Nina busca encontrar traços, indícios e características que possam explicar *as causas* daquele comportamento.

Na análise e classificação da "criminalidade dos mestiços", o estudo do indivíduo permanece no centro da análise. Mas os fatores que permitem a realização de distinções entre grupos são anteriores e independentes de qualquer conduta, de qualquer violação da norma penal. O critério que arrima a distinção fundamental em Nina Rodrigues – "raça branca civilizada" e "raças inferiores" – tinha, na época, aparentemente, base científica: desenvolvimento físico e soma de faculdades psíquicas. E, no interior do argumento de Nina Rodrigues, essa distinção deveria ter reflexos claros na atribuição de responsabilidade penal, ainda que recue em face da onda de "impunidade", isto é, dos possíveis efeitos de suas conclusões científicas.

Em segundo lugar, com todas as ressalvas ao "espírito do tempo", seria possível aproveitar algo dos estudos de Nina para compreender a utilização que fazemos hoje dos termos "criminoso" e "delinqüente"?

No tocante ao uso destes termos fora da narrativa de situações concretas, seria pertinente traçar um paralelo entre as distinções "raça branca civilizada *x* raças inferiores" e "população em geral *x* criminosos"? Em ambos os casos estamos diante de distinções que parecem cumprir alguma função na construção dos modelos de intervenção penal, ainda que a distinção se realize antes e independentemente da violação de uma norma penal. Mas em Nina os critérios que fundamentam a diferença

estão ditos e justificados de acordo com o estado do saber da época. E entre nós?

Nina beneficia-se da história: escreveu sob a égide do Código Penal de 1890 e produziu um conhecimento sobre o crime que localizamos no primeiro eixo. Mas hoje, no Brasil, parece não haver outro caminho senão reconhecer que os termos "suspeito", "réu", "condenado", etc. referem-se às diferentes fases do procedimento jurídico ao qual uma pessoa pode *estar* submetida. "Criminoso" e "delinqüente", ao buscarem indicar o que uma pessoa *é*, não têm lugar no direito.

NOTAS

1 Agradeço a leitura crítica e os comentários que este texto recebeu, em dezembro de 2003, no Workshop de Pesquisadores da Edesp-FGV e, em novembro de 2004, em reunião plenária do Núcleo Direito e Democracia do Cebrap.

2 A "recepção da criminologia positivista no Brasil" constitui um tema de pesquisa extremamente amplo e rico em fontes e referências bibliográficas da época. No entanto, neste texto serão abordados apenas alguns trabalhos de Nina Rodrigues, sem qualquer pretensão de representatividade ou de esgotamento do tema. Em trabalhos recentes o tema aparece, por exemplo, em Salomão Shecaira, *Criminologia* (São Paulo: RT, 2004). Para uma extensa sistematização dos principais autores brasileiros do período, ver Marcos César Alvarez, Bacharéis, criminologistas e juristas – saber jurídico e nova escola Penal no Brasil. *Coleção Monografias IBCcrim*, São Paulo, n. 25, 2003.

3 Retomo aqui as reflexões de Pires (1995: 58-62) sobre os códigos de linguagem na atividade criminológica. Ainda que seu objetivo seja outro – indicar que a esses códigos correspondem representações opostas sobre o objeto da criminologia –, a distinção e a forma como estão descritos facilitam a compreensão do meu argumento.

4 O *Código Criminal do Império do Brasil*, de 1830, no capítulo dedicado à "qualidade das penas" e à "maneira como hão de impor e cumprir" refere-se a "réus", a "condenados", mas também a "delinqüentes" (arts. 62 e 64). As descrições das circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como das regras referentes à satisfação do dano servem-se basicamente do termo "delinqüente" (arts. 16 a 21). No capítulo I do primeiro título ("Dos crimes e dos criminosos") – lê-se que "não haverá criminoso ou delinqüente sem má fé" no art. 3.º; que "são criminosos, como autores, os que cometerem (...) crimes" e, ainda, que "são criminosos, como cúmplices, todos os mais que diretamente concorrerem para se cometer crimes" (arts. 4.º e 5.º). Mas é o art. 7.º em que a regra de imputação confunde-se com a pessoa-objeto da intervenção: "nos delitos de abuso da liberdade de comunicar os pensamentos, *são criminosos, e por isso responsáveis*: (...)" (grifos meus). Da mesma forma, o *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, de 1890, e a *Consolidação das Leis Penais*, de 1932, referem-se às regras sobre a imputabilidade penal mediante a expressão "ser criminoso" e utilizam amplamente o termo "delinqüente" no Livro I, dedicado aos crimes e às penas. Vale lembrar, por fim, que o *Código Penal* de 1969 – decreto dos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar – não só retoma o uso destes termos na parte geral, como o faz em expressões do tipo "criminoso habitual" e "criminoso por tendência" (arts. 52 e 64). O Código de 1969 esteve nove anos em *vacatio legis* até ser revogado em 1978, ou seja, nunca chegou a entrar em vigor.

5 A exceção está no art. 115 que estabelece a redução do prazo prescricional "(...) quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um ou maior de setenta anos". A reforma de 1984 introduz pequena modificação no dispositivo, mas mantém o termo "criminoso".

6 Há referências a "criminoso primário" nos arts. 155, § 2.º, e 171, § 1.º, e no art. 180, § 5.º, cuja redação foi determinada pela Lei 9.249 de 1996. É possível encontrar ainda o termo "criminoso" nos arts. 348, § 2.º, e 349, bem como no art. 287 que versa sobre "apologia de crime ou criminoso" ainda que o tipo penal descreva a conduta como "fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de *autor de crime*".

7 A questão central subjacente a esta hipótese pode ser formulada da seguinte maneira: será que a mera utilização destes termos permite identificar uma forma específica de perceber "o crime"? Uma resposta a esta pergunta e, conseqüentemente, a reformulação desta hipótese dependem do levantamento e sistematização dos diferentes usos conferidos a estes termos em cada um dos ambientes indicados (lei, decisão judicial, mídia etc.).

8 Ao lado de diversos autores, destaca-se o trabalho dos italianos Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, ainda que suas contribuições individuais se diferenciem fortemente tanto pela formação como pelos temas de interesse de cada um deles. Sobre a vida e obra desses autores, ver Mary Gibson, *Born to crime. Cesare Lombroso and the origins of biological criminology*. London: Praeger Press, 2002.

9 Para uma extensa análise sobre a insuficiência de ambos os eixos e a forma mediante a qual ambos mutilam a realidade, ver Pires (1992 e 2001). Nestes trabalhos, o autor indica um terceiro caminho que busca superar a unilateralidade presente em cada um destes eixos de conhecimentos. A construção dessa nova forma de perceber a questão criminal parte de três premissas: "(i) a explicação dos comportamentos humanos é um *tema legítimo* de investigação; (ii) no entanto, o crime é uma forma de adjudicação ou um estatuto institucional; (iii) e, conseqüentemente, a explicação dos comportamentos humanos, ainda quando são criminalizados, *não pode jamais ser considerada* como teria do comportamento *criminal*" (Pires, 2001: 6).

10 Castiglione (1962: 269-290) dedica um capítulo de seu livro *Lombroso perante a criminologia contemporânea* à "repercussão da escola positiva no Brasil". Ali, os juristas Tobias Barreto e João Vieira de Araújo são considerados os pioneiros, seguidos de A. J. Macedo Soares, V. M de Melo Franco, Viveiros de Castro, Reinaldo Porchat, Cândido Mota e como referência de "grande vulto", ainda que a ele dedique pouco mais de meia página, Nina Rodrigues.

11 Nina Rodrigues publicou artigos em Archives d´anthropologie criminelle (Lyon), Annales d´hygiene publique et de médecine légale (Paris), Annales medico-psycologiques (Paris) e ainda no Archivio di psichiatria (Turim) – fundado por Lombroso em 1880. Em 1895, nesta mesma revista, Lombroso publicou um artigo sobre a obra *Raças humanas*..., cit. de Nina Rodrigues (Castiglione, 1962: 250).

12 O texto do escritor e ensaísta Henrique Alves foi publicado originalmente em *A Gazeta*, São Paulo, 14.mar.1958. E reimpresso na coletânea de artigos de sua autoria *Nina Rodrigues e o negro no Brasil*, São Paulo, Série Cultura Negra, n. 05, [s.d.].

13 "O negro bantú, ou cafre, com as suas varias modalidades, foi até neste ponto nosso desprotegido. Sómente nos ultimos tempos um investigador tenaz, Nina Rodrigues, subordinou a uma análise cuidadosa a sua religiosidade original e interessante" (Euclides da Cunha (1902). *Os sertões*. 9. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1926. p. 66). Ver, nesse sentido: Alfredo Bosi. Canudos não se rendeu. *Literatura e resistência*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 209-220.

14 Em outro trecho, este ponto é formulado de modo ainda mais incisivo: "para que se possa exigir de um povo que todos os seus representantes tenham o mesmo modo de sentir em relação ao crime, que formem todos da acção delictuosa e punivel o mesmo conceito, para que a pena, aferida pela imputabilidade, não se torne um absurdo, um contrasenso", é indispensável que esse povo tenha alcançado um certo grau de homogeneidade (Nina Rodrigues, 1894: 46).

15 Vale lembrar que esta formulação da responsabilidade penal – discernimento e livre-arbítrio – muito se assemelha às condições do que chamamos hoje "imputabilidade". O art. 26 do Código Penal atual (1984) considera isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era *inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato* ou de *determinar-se de acordo com este entendimento*.

16 "É verdade biológica bem conhecida que nos cruzamentos de espécies diferentes o êxito é tanto mais favorável quanto mais afastadas na hierarquia zoológica estão entre si as espécies que se cruzam" (Nina Rodrigues, 1894: 132).

17 Um pouco mais adiante, cita Coutagne: "Não nos ensina a história que em todas as épocas a administração do

castigo tem variado, não de acordo com a noção abstrata de intenção criminosa, mas segundo os perigos que corre a civilização, ameaçada de momento em tal e tal de suas bases?" (Nina Rodrigues, 1894: 172).

18 As datas indicadas após o nome do autor referem-se à primeira edição da obra, e aquela inserida após o título da obra diz respeito à edição utilizada como referência neste trabalho.

19 No decorrer deste texto a paginação do artigo de Álvaro Pires indica versão mimeografada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Henrique (1958). Nina Rodrigues e *Os sertões. Nina Rodrigues e o negro no Brasil*, São Paulo, Série Cultura Negra, n. 05, [s.d.].
BOSI, Alfredo. Canudos não se rendeu. *Literatura e resistência*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 209-220.
CASTIGLIONE, Teodolindo. *Lombroso perante a criminologia contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 1962.
GIBSON, Mary. *Born to crime. Cesare Lombroso and the origins of biological criminology*. London: Praeger Press, 2002.
MONIZ, Edmundo (1981). *Canudos*: a luta pela terra. 4. ed. São Paulo: Global, 1986.
NINA RODRIGUES, Raimundo (1894). *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. 2. ed. Bahia: Editora Guanabara, [s.d.].
——— (1895). Lucas da feira. In: RAMOS, Arthur (organização póstuma). *As collectividades anormaes*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1939.
——— (1897). Loucura epidêmica de Canudos. In: RAMOS, Arthur (organização póstuma). *As collectividades anormaes*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1939.
——— (1901). A loucura das multidões. In: RAMOS, Arthur (organização póstuma). *As collectividades anormaes*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1939.
PIRES, Álvaro. La criminologie d'hier et d'aujourd'hui. *Histoire des Savoirs sur le Crime et la Peine*. Ottawa: Les Presses de L'Université d'Ottawa, 1995. v. 1 (*Perspectives criminologiques*), p. 13-67.
———. Consideraciones preliminares para una teoría del crimen como objeto paradojal. In: SOZZO, M. *Futuros fragmentados. Visiones desde/sobre las criminologías contemporáneas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.[19]
———; DIGNEFFE, Françoise. Vers un paradigme des inter-relations sociales? Pour une reconstruction du champ criminologique. *Criminologie*, v. 25, n. 2, p. 13-47, 1992.

Maíra Rocha Machado

Bacharel e Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Pesquisadora do Núcleo Direito e Democracia do CEBRAP

Professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito GV)

FUNÇÕES E PRINCÍPIOS JUSTIFICADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O ART. 927, § ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL

Flavia Portella Püschel [1]

FUNCTIONS AND PRINCIPLES OF TORT LAW: THE ART. 927 § ÚNICO OF THE BRAZILIAN CIVIL CODE

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo refletir sobre possíveis parâmetros para a interpretação do art. 927, parágrafo único, do CC – que introduziu no direito brasileiro uma norma geral de responsabilidade objetiva – com base nas funções normalmente atribuídas à responsabilidade e nos princípios desenvolvidos pela doutrina para justificar a imputação de responsabilidade sem culpa.

PALAVRAS-CHAVE

responsabilidade civil objetiva / novo Código Civil / funções da responsabilidade civil

ABSTRACT

This paper has the goal to reflect upon possible guidelines for the interpretation of art. 927, parágrafo único, *of the new Brazilian Civil Code, which has introduced a general strict tort liability rule into Brazilian law. In order to do that, the author analyzes the functions normally attributed do tort liability, as well as the principles developed to justify strict liability in general.*

KEYWORDS

strict tort liability / new brazilian Civil Code / functions of tort liability

A responsabilidade civil objetiva, isto é, sem culpa, não é uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Pelo contrário. Anteriormente à entrada em vigor do Código Civil (CC) de 2002, diversas leis já a previam, desde, por exemplo, o Dec. 2.681, de 07.12.1912, sobre as estradas de ferro (determinando a responsabilidade objetiva por danos causados a passageiros e proprietários marginais) até – dentre as mais recentes – o Código de Defesa do Consumidor (Lei. 8078, de 11.09.1990).

O próprio CC de 1916, embora consagrasse como regra geral a responsabilidade fundada na culpa, previa também diversos casos de responsabilidade objetiva.[2]

Ainda assim, pode-se dizer que o CC de 2002 apresenta, em termos de responsabilidade civil, uma tendência à objetivação.

Os casos de responsabilidade sem culpa previstos pelo Código anterior foram

mantidos (art. 938, por exemplo); ao seu lado foram incorporados expressamente casos de responsabilidade objetiva desenvolvidos pela jurisprudência (art. 932, I, II, III), presunções *iuris tantum* de culpa foram abandonadas (art. 936) e, principalmente, incluiu-se o parágrafo único do art. 927, dispositivo sem correspondente no Código anterior.

Estabelece o art. 927, parágrafo único, do CC:

> "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" (grifos nossos).

O art. 927, parágrafo único, é especialmente interessante por tratar-se de uma cláusula geral de responsabilidade objetiva.

Até o advento do CC de 2002, a responsabilidade subjetiva era a regra, prevista pelo art. 159 do CC de 1916. Os casos de responsabilidade objetiva, considerados excepcionais, eram previstos por normas específicas.

O art. 927, parágrafo único, não prevê uma hipótese específica de responsabilidade objetiva. Ao contrário, trata-se de norma bastante ampla, na qual o legislador empregou termos cujo sentido é ainda indefinido.

O que é *atividade*? Quando se considera que alguém a *desenvolve normalmente*? Como saber o que se deve considerar atividade de *risco por natureza*?

Tais questões foram deixadas em aberto pelo legislador e serão respondidas pelo Poder Judiciário.[3]

A proposta deste texto é refletir sobre possíveis parâmetros para a interpretação do art. 927, parágrafo único, com base nas funções a serem cumpridas pela responsabilidade civil e na tradição doutrinária e jurisprudencial sobre a responsabilidade objetiva em geral.

1 Funções (e limites) da responsabilidade civil

Historicamente, atribuíram-se à responsabilidade civil funções diversas, mas relacionadas entre si: punir um culpado, vingar a vítima, indenizar a vítima, restabelecer a ordem social e prevenir comportamentos anti-sociais.[4]

A partir do século XIX, a responsabilidade sofreu transformações importantes, que alteraram o modo como se enxergam suas funções.

Em primeiro lugar, como resultado das pesquisas desenvolvidas no campo da criminologia, a partir dos positivistas do século XIX, desapareceram os fundamentos de três dessas funções tradicionais da responsabilidade: a punição, a vingança e o restabelecimento da ordem social.[5]

Além disso, mudanças sociais levaram a um grande aumento dos casos de danos

acidentais, a partir, principalmente, do final do século XIX, como conseqüência da industrialização. Em situações de danos causados acidentalmente, isto é, sem culpa, não faz sentido a punição do autor do prejuízo, nem o restabelecimento da ordem social. Nesse contexto, o mais importante é cuidar da indenização da vítima.[6]

A isso aliou-se o desenvolvimento dos seguros. O seguro oferece uma forma de reparação coletiva dos danos que, ao mesmo tempo em que modificou o modo como se encarava o problema da reparação da vítima, contribuiu ainda para o enfraquecimento das funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil, uma vez que, havendo seguro, o causador do dano não é quem o indeniza.[7]

Atualmente, pode-se afirmar serem três as principais funções exercidas pela responsabilidade civil: indenização da vítima, distribuição dos danos entre os membros da sociedade e prevenção de comportamentos anti-sociais.[8]

A maior ou menor adequação da responsabilidade civil para a realização dessas três funções varia de acordo com o caso e com o modo como o direito a regula. Nem sempre a atribuição de responsabilidade civil é o meio mais adequado para atingir os objetivos de prevenir comportamentos anti-sociais, garantir a indenização da vítima e distribuir danos.

Ademais, a realização simultânea desses objetivos pode ser difícil, pois, em alguns casos, para atingir um deles, compromete-se a realização do outro. O estabelecimento de seguros de responsabilidade civil obrigatórios, por exemplo, facilita a indenização das vítimas, pois distribui os danos entre todos os segurados, diminuindo o risco de o prejudicado ficar sem indenização por insolvência do responsável, mas, por outro lado, compromete a função preventiva da responsabilidade.[9]

Na realidade, a responsabilidade civil é simplesmente uma das ferramentas por meio das quais a sociedade persegue esses objetivos. Além da responsabilidade, esses mesmos fins são buscados também por meio, por exemplo, de controle e sanções administrativas e penais (para prevenção de comportamentos anti-sociais), da criação de um sistema previdenciário ou da realização de seguros obrigatórios (para indenização da vítima e distribuição de danos).[10]

Diante disso, é interessante analisar um pouco mais de perto essas três principais funções da responsabilidade civil nos dias de hoje e algumas de suas limitações.

1.1 INDENIZAÇÃO DA VÍTIMA

Desde que, historicamente, a responsabilidade civil se dissociou da idéia de crime, sua função de indenização ganhou destaque.[11]

Trata-se de uma função inegável da responsabilidade civil, mas que apresenta limitações importantes.

Em primeiro lugar, a responsabilidade civil faz correr por conta da vítima o risco da insolvência do responsável. O seguro diminui esse risco e torna a responsabilidade um meio mais eficiente de indenização.[12]

Além disso, ela implica um custo alto, devido ao longo processo judicial normalmente necessário, tornando-se inacessível para a vítima em muitos casos.[13] A existência de seguro não resolve esse problema, pois não elimina o processo judicial.

1.2 DISTRIBUIÇÃO DOS DANOS

Em certos casos – especialmente naqueles de danos acidentais[14] – ao mesmo tempo em que se faz necessário indenizar a vítima, não é justo atribuir o fardo da indenização ao autor do fato danoso. Nessas situações, é conveniente distribuir o dever de indenizar entre os membros de uma coletividade, diminuindo o ônus individual.

A responsabilidade civil pode ser um instrumento direto ou indireto de distribuição de danos.[15] É meio direto quando o responsável pode repartir o valor da indenização diretamente entre um grupo de pessoas, como o fornecedor que incorpora ao preço de seu produto o valor correspondente às indenizações por danos causados por bens defeituosos. É meio indireto quando o responsável realiza um seguro de responsabilidade civil, hipótese em que os danos são distribuídos entre todos os segurados.

Aqui, mais uma vez, a responsabilidade é somente um dos instrumentos disponíveis. A previdência social, por exemplo, é outro meio para diluição dos riscos de danos entre os membros da sociedade.[16]

Além disso, algumas vezes, a distribuição de danos por meio da responsabilidade civil pode ter um efeito preventivo geral indesejável, tornando economicamente inviável uma atividade socialmente importante.[17]

1.3 PREVENÇÃO DE COMPORTAMENTOS ANTI-SOCIAIS

A responsabilidade civil pode ter dois tipos de efeitos preventivos.[18] Um efeito preventivo específico, decorrente da ameaça da sanção de reparação. E um efeito preventivo geral, consistente na eliminação de certas atividades perigosas como conseqüência da imposição de responsabilidade em uma economia de mercado.[19]

O efeito preventivo específico da responsabilidade civil não é o mesmo em relação a todos os comportamentos anti-sociais. A experiência comprova, por exemplo, que a ameaça de imposição de uma obrigação de indenizar não previne a prática de ilícitos violentos. Por outro lado, a responsabilidade civil pode ser uma forma de dissuasão bastante útil em outras situações, como no caso de violações ao direito à privacidade praticadas pelos meios de comunicação.[20]

No caso dos danos causados acidentalmente, isto é, sem culpa, o efeito preventivo da responsabilidade civil tende a ser limitado, mas existe.

Se uma atividade oferece riscos inevitáveis, de modo que mesmo o comportamento mais cuidadoso de quem a exerce não é capaz de impedir a ocorrência de danos, a imposição de responsabilidade não poderá mudar essa realidade. Por outro lado, mesmo nesses casos, é claro que o comportamento *descuidado* é capaz de *aumentar* os riscos oferecidos pela atividade. Sendo assim, a imposição de responsabilidade

civil terá o efeito de prevenir a ocorrência de danos até o limite em que o exercício cuidadoso da atividade em questão pode evitá-los.[21]

De todo modo, a responsabilidade deve ser apenas um dos mecanismos em uma política de prevenção de acidentes. A experiência comprova que há outros meios, muitas vezes mais eficazes, de prevenção desse tipo de dano, como o controle e a fiscalização efetivos das atividades perigosas.[22]

Tomando o exemplo de A. Tunc,[23] o paciente confia no médico porque sabe que ele não pode exercer sua atividade sem possuir um diploma, e não por causa de sua responsabilidade pelos danos que eventualmente causar à saúde dos clientes.

2 Princípios justificadores da responsabilidade objetiva

As normas de responsabilidade civil não têm o poder de desfazer o acontecido. Isso significa que, uma vez ocorrido um dano, o direito, por meio das normas de responsabilidade civil, cuida apenas de estabelecer quem deve *suportá-lo*.

Desde que o tema da responsabilidade sem culpa passou a ocupar os civilistas, muitas foram as justificativas apresentadas pela doutrina para a atribuição desse ônus a uma ou outra pessoa.

A questão da responsabilidade sem culpa, embora já houvesse sido tratada anteriormente,[24] ganhou grande importância teórica e prática na Europa no final do século XIX, em virtude da relevância que adquiriram nessa época alguns problemas típicos das sociedades industrializadas, começando pelos acidentes de trabalho e envolvendo, posteriormente, os acidentes de trânsito e de consumo.[25]

A doutrina alemã foi pioneira neste tema.[26] G. Marton[27] identifica o penalista alemão K. Binding como o primeiro a ocupar-se dos fundamentos teóricos da responsabilidade civil objetiva, em obra publicada em 1872.

Na Itália, o precursor da teoria da responsabilidade objetiva foi G. Venezian, que publicou obra a respeito do tema em 1884.[28]

Na França, são considerados fundadores da teoria da responsabilidade objetiva R. Saleilles e L. Josserand.[29]

R. Saleilles partiu da análise da jurisprudência em matéria de acidentes de trabalho. Após haver demonstrado que os tribunais franceses vinham alargando cada vez mais o conceito de culpa (*faute*), com o objetivo de proteger os trabalhadores, o autor demonstrou que as soluções jurisprudenciais não se adequavam mais à teoria da culpa e estavam mais de acordo com a idéia de que os prejuízos decorrentes de uma atividade devem ser atribuídos a quem a controla e dela extrai vantagem.

Ele defendeu ainda que tal raciocínio não se aplicava apenas aos acidentes de trabalho, mas a toda atividade individual, considerando ser a concepção da responsabilidade por risco – como se denominou a nova teoria – a inspiração do art. 1.384 do CC francês.

L. Josserand, que se juntou a R. Saleilles na defesa da teoria do risco a partir de 1897, defendia a aplicação da responsabilidade objetiva a todos os acidentes decorrentes do fato de uma coisa.

A teoria do risco, de R. Saleilles e L. Josserand, obteve grande repercussão e foi adotada gradativamente pela jurisprudência e pela legislação francesas.[30]

No doutrina brasileira encontramos a matéria tratada de modo muito bem sintetizado por C. M. da Silva Pereira,[31] segundo o qual, diversas modalidades de teoria do risco inspiraram os diversos autores, resultando na formação de subespécies da teoria do risco.

O autor apresenta uma sinopse dessas subespécies da teoria do risco: teoria do risco integral, teoria do risco-proveito, teoria do risco profissional e teoria do risco criado.

De acordo com a teoria do risco integral, todo fato que provoque um dano deve resultar na responsabilização do agente. Essa teoria não obteve repercussão no direito privado.

Segundo a teoria do risco profissional, há dever de indenizar "quando o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado".[32]

A teoria do risco profissional sujeita o empregador a ressarcir danos resultantes de acidentes envolvendo seus empregados, no trabalho ou por ocasião dele.

A teoria do risco-proveito teve ampla repercussão. Baseia-se na idéia de que a responsabilidade deve ser imputada a quem retira proveito ou vantagem do fato causador do dano: *ubi emolumentum, ibi onus*.

Problema dessa teoria é definir o que se deve considerar como proveito ou vantagem.

Por fim, o próprio C. M. da Silva Pereira[33] defende a teoria do risco criado, segundo a qual se atribui a responsabilidade ao sujeito que cria o risco.

Ela é, segundo o autor, mais ampla do que a teoria do risco proveito, pois não depende do fato de ser o dano correlativo de um proveito ou vantagem para o agente.

A crítica que G. Marton[34] dirige à doutrina francesa pode ser feita igualmente a esta doutrina brasileira. Quando procuram se filiar a alguma das subespécies da teoria do risco, os autores acabam por adotar apenas um princípio para fundamentar a responsabilidade objetiva. Ainda que o princípio adotado seja de fato fundamental, encarar a questão de um único ponto de vista impede que se compreenda o problema da responsabilidade civil. Para compreendê-lo, é preciso tratar os princípios apontados pela doutrina como um *conjunto* de idéias justificadoras da responsabilidade objetiva.[35]

A percepção do modo como vários princípios se combinam para justificar a imposição de responsabilidade objetiva depende de se ter em mente o papel das normas de imputação de responsabilidade, que é interromper o fluxo infinito dos acontecimentos – um novelo confuso de múltiplas relações de causalidade – em um ponto determinado, para atribuir a uma pessoa – o responsável – um certo

fato e suas conseqüências.[36]

A interrupção do fluxo dos acontecimentos em um determinado ponto e a imputação de alguns fatos a um indivíduo não é a única forma de lidar com a questão da responsabilidade. O novelo das relações de causalidade pode ser interrompido em pontos diversos e os fatos podem ser atribuídos a uma pessoa, a outra pessoa, a uma coletividade, ao destino etc.

De modo que a imputação de um fato determinado a uma pessoa considerada responsável por ele e suas conseqüências é uma *opção* feita dentre várias soluções possíveis.[37] É essa opção que precisa ser justificada, se não se quer que ela seja totalmente arbitrária. Naturalmente, a opção pode variar de acordo com o caso. Pode-se escolher atribuir certo fato ao destino, deixando a cargo da vítima os danos dele decorrentes e optar por imputar um outro fato a um indivíduo determinado, que será então condenado a indenizar a vítima.[38]

Muitas vezes, essa opção é feita bastante claramente pelo legislador. Diante da cláusula geral do art. 927, parágrafo único, no entanto, conclui-se que tal tarefa foi atribuída ao juiz.

Os vários princípios desenvolvidos pela doutrina para justificar a imputação de responsabilidade objetiva podem ser sintetizados da seguinte maneira e relacionam-se estreitamente com as funções da responsabilidade civil, como se percebe facilmente.[39]

2.1 PRINCÍPIO DA CORRESPONDÊNCIA ENTRE RISCO E VANTAGEM

A visão mais antiga e mais disseminada da responsabilidade objetiva a justifica com base na idéia de que o beneficiado por uma atividade deve arcar com os prejuízos dela decorrentes (*ubi emolumentum, ibi onus*).[40]

Trata-se do princípio fundamental da teoria do risco-proveito, referida acima.

A maior dificuldade relativa a esse princípio, como já se disse, é estabelecer o que deve ser considerado benefício: apenas vantagens pecuniárias ou quaisquer vantagens.

No limite, é possível considerar, como G. Marton,[41] que "todos os que agem livremente, por vontade própria, o fazem em seu próprio interesse" (tradução nossa), obtendo, portanto, um benefício.

O princípio da correspondência entre risco e vantagem é especialmente convincente como fundamento da responsabilidade de profissionais, pois estes podem distribuir o risco entre seus clientes, igualmente beneficiários da manutenção da fonte de risco, por meio do preço.[42]

2.2 PRINCÍPIO DO RISCO EXTRAORDINÁRIO

Toda atividade humana envolve riscos. Dirigir um automóvel, praticar um esporte, até andar a pé envolve o risco de sofrer danos.[43] O próprio fato de ocorrer um acidente qualquer é a comprovação de que a atividade em questão envolvia algum risco.

O ordenamento jurídico, ao regular a responsabilidade civil, define o modo como esses riscos deverão ser distribuídos. Ao estabelecer a responsabilidade subjetiva, o legislador atribui à vítima os riscos envolvidos em dada situação, a não ser que haja dolo ou culpa de quem deu causa ao dano.[44] Ao estabelecer a responsabilidade objetiva, por outro lado, o direito desloca da vítima para uma outra pessoa o ônus de arcar com os riscos da situação.

Uma justificativa para esse tratamento diferenciado dos riscos envolvidos nas mais diversas situações da vida é a idéia de risco extraordinário (*besondere Gefahr*, na doutrina alemã),[45] isto é, um risco acima do normal.[46]

O caráter extraordinário do risco pode ser determinado pela grande probabilidade da ocorrência de danos, pelo valor elevado dos prejuízos potenciais ou pelo desconhecimento do potencial danoso da situação ou atividade regulada.[47]

2.3 PRINCÍPIO DA CAUSA DO RISCO

De acordo com o princípio da causa do risco, a responsabilidade deve ser atribuída a quem deu causa ao dano, isto é, ao sujeito que mantém a fonte do risco.[48]

Esse princípio relaciona-se de modo íntimo com o princípio da prevenção, tratado abaixo, pois, normalmente, o sujeito que mantém a fonte de risco é quem a conhece melhor e está na melhor posição para evitar, na medida do possível, a ocorrência de danos.

Como já se disse, há uma teoria que baseia toda a responsabilidade objetiva unicamente na relação de causalidade (teoria do risco integral).[49]

Embora esse princípio não seja suficiente para justificar sozinho a responsabilidade objetiva, ele é certamente fundamental.[50] Além da sua relação com o princípio da prevenção, o princípio da causa do risco garante a existência de um vínculo entre o evento danoso e o responsável.

2.4 PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

De acordo com o princípio da prevenção, a responsabilidade se atribui ao sujeito em melhores condições para controlar e reduzir os riscos de dano.[51]

A responsabilidade objetiva tem um papel preventivo reduzido, quando se aplica a fatos cuja ocorrência independe do comportamento cuidadoso do agente.[52] No entanto, embora não seja possível eliminar todos os riscos, é certo que eles podem ser maiores ou menores, dependendo do modo como a atividade é exercida.

O sujeito que controla a fonte de risco pode, por meio de certas medidas, reduzir o risco ao nível mais baixo possível. A imposição de responsabilidade é um incentivo para que ele o faça.[53]

2.5 PRINCÍPIO DA DISTRIBUIÇÃO DOS DANOS

De acordo com esse princípio, tendo em vista que uma das funções da responsabilidade

é distribuir os danos, ela deve ser atribuída ao sujeito em melhores condições para repartir o prejuízo, de modo que um número maior de pessoas o suporte e seja diminuído o fardo individual.[54]

2.6 PRINCÍPIO DA EQÜIDADE

Segundo o princípio da eqüidade (referido às vezes pela expressão *richesse oblige*), a responsabilidade se atribui a quem tem as melhores condições de suportar o prejuízo do ponto de vista econômico.[55]

Naturalmente, este princípio não é justificativa suficiente para a responsabilidade objetiva, se considerado isoladamente.[56]

No entanto, pode ser considerado uma justificativa complementar para a atribuição deste tipo de responsabilidade.

2.7 EXEMPLOS DE COMBINAÇÕES DE PRINCÍPIOS

Para demonstrar como os vários princípios acima se combinam de modo variado para justificar a responsabilidade civil objetiva em situações diversas, pode-se ilustrar o problema com alguns exemplos do direito brasileiro.

A imputação de responsabilidade sem culpa ao dono ou detentor de animal (CC, art. 936) pode se considerar justificada principalmente pelos princípios da causa do risco e da prevenção e, em menor medida, pelo princípio da correspondência entre risco e vantagem, entendida a vantagem em sentido amplo.

A responsabilidade por acidentes nucleares (Lei 6.453, de 17.10.1977), por outro lado, justifica-se principalmente pelo princípio do risco extraordinário, mas também pelos princípios da causa do risco, da distribuição dos danos, da correspondência entre risco e vantagem e, em menor medida, pelo princípio da prevenção.

A responsabilidade pelo fato do produto (CDC, art. 12), por sua vez, justifica-se essencialmente pelos princípios da correspondência entre risco e vantagem, da distribuição dos danos e da causa do risco, bem como, de modo secundário, pelos princípios do risco extraordinário, da prevenção e da eqüidade.

Já na justificação da responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados por seus agentes (CF, art. 37, XXI, § 6.º, e CC, art. 43) predomina o princípio da distribuição, secundado pelo princípio da eqüidade.

Mesmos nas situações em que um mesmo princípio justifica a atribuição de responsabilidade, sua relevância varia em cada caso. Assim, por exemplo, a importância do princípio da prevenção é muito maior no caso da responsabilidade do dono ou detentor de animal do que no caso da responsabilidade por acidentes nucleares, já que a possibilidade de prevenção de danos por meio do comportamento do responsável é muito maior no primeiro caso do que no segundo, tendo-se em vista que a tarefa de vigiar e controlar um animal é bem menos complexa do que a de controlar uma instalação nuclear.

O princípio da correspondência entre risco e vantagem é muito mais relevante para justificar a responsabilidade do fornecedor por fato do produto do que para justificar aquela do dono ou detentor de animal. O fornecedor, como exerce uma atividade econômica profissionalmente, busca necessariamente vantagens econômicas. Já o dono ou detentor de um animal nem sempre o explora economicamente.

O princípio do risco extraordinário é claramente determinante para justificar a responsabilidade por danos decorrentes de acidentes nucleares, uma vez que os riscos trazidos por essa atividade são especialmente altos e podem resultar em danos gravíssimos a um grande número de pessoas. Já no caso da responsabilidade do Estado, estabelecida de maneira genérica para as mais variadas atividades, que oferecem também riscos variados, o princípio do risco extraordinário não é determinante.

Por outro lado, o princípio da distribuição do dano, praticamente irrelevante quando se trata da responsabilidade do dono ou detentor de animal – já que o simples fato de ser proprietário ou detentor de um animal não implica condições favoráveis para a distribuição de prejuízos pela coletividade –, é determinante para justificar a responsabilidade do Estado por atos de seus agentes.

A combinação variada de princípios justificadores em cada caso de responsabilidade objetiva evidencia também o modo diverso como se perseguem os objetivos de indenização, distribuição e prevenção em cada situação.

Assim, por exemplo, a atribuição de responsabilidade ao dono ou detentor de animal busca mais claramente o propósito de prevenção de comportamentos antisociais do que a imputação de responsabilidade objetiva ao Estado.

A responsabilização do fornecedor por danos decorrentes de seus produtos é um mecanismo de distribuição que atinge a finalidade de indenização da vítima de modo que tende a ser mais eficaz do que a imputação de responsabilidade ao dono ou detentor de animal – caso em que, pela ausência de mecanismo de distribuição de danos, o risco de insolvência do responsável é maior.

3 Breves conclusões

Percebe-se que a norma geral de responsabilidade objetiva do art. 927, parágrafo único, do CC está ainda em grande medida por fazer. O legislador fixou alguns parâmetros para a imputação dessa responsabilidade, mas bastante amplos e vagos.

A imputação de responsabilidade a uma pessoa, constituindo uma opção dentre várias alternativas possíveis, possui um caráter político intrínseco. Muitas vezes as opções são feitas bastante claramente pelo legislador. Não é o caso do art. 927, parágrafo único, do CC.

Caberá ao Poder Judiciário, portanto, a realização dessa opção, ao definir o que, de fato, se deve considerar como atividade naturalmente perigosa de modo a imputar responsabilidade ao sujeito que normalmente a exerça.

A aplicação dos princípios justificadores da responsabilidade objetiva, à luz das funções da responsabilidade civil e de sua inserção no âmbito mais amplo da regulação dos danos acidentais, pode ser um bom guia para a realização desta tarefa.

Embora seja ainda difícil prever a extensão que a jurisprudência dará à norma do art. 927, parágrafo único, do CC, é possível imaginar que, não havendo em prática outros meios eficazes para buscar a indenização, a prevenção e a distribuição de prejuízos acidentais na sociedade,[57] a jurisprudência seja levada a assumir em grande parte o papel de definir uma política para tratamento dos danos acidentais em geral, por meio do instrumento que lhe concedeu o legislador: a amplitude do parágrafo único do art. 927 do CC.[58]

NOTAS

1 A autora agradece a José Rodrigo Rodriguez pela leitura atenta e pelas críticas feitas às primeiras versões deste trabalho, aos membros do *Workshop de Pesquisadores* da Direito GV, aos Professores Ricardo Terra e Marcos Nobre e membros do *Núcleo Direito e Democracia* do Cebrap, pelas críticas feitas por ocasião das discussões de versões anteriores deste texto.

2 Além de hipóteses expressas de responsabilidade sem culpa, como a do art. 1.529 (responsabilidade do habitante de uma casa ou parte dela por dano proveniente de coisas que dela caíssem ou fossem lançadas em lugar indevido), o CC de 1916 previa casos de culpa presumida, como aquele do art. 1.527 (responsabilidade do dono ou detentor do animal por danos causados por este), em que se invertia o ônus da prova, ficando a cargo do imputado responsável a comprovação de não ter agido com culpa. Além disso, a jurisprudência brasileira já havia reconhecido a existência de responsabilidade sem culpa em certos casos, por meio da interpretação do antigo Código. Assim é que a Súmula 341 do STF, por exemplo, já determinava ser presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto, para os efeitos do art. 1.521, III, do CC de 1916.

3 Essa circunstância é devida ao fato de ser o parágrafo único do art. 927 uma cláusula geral. Como técnica legislativa, a cláusula geral se opõe à casuística. Enquanto na casuística o legislador procura prever do modo mais completo e detalhado possível as hipóteses de aplicação da norma, tipificando condutas, as cláusulas gerais não pretendem dar previamente resposta a todos os problemas da realidade, deixando à jurisprudência a tarefa de sua construção progressiva. Sobre o estado atual do debate acerca das cláusulas gerais, cf. J. Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, São Paulo: RT, 2000. Esse espaço que a cláusula geral abre para a atuação judicial levanta a questão do seu controle institucional democrático. Para uma reflexão sobre a relação entre cláusulas gerais e *Rule of Law*, cf. J. R. Rodriguez, Franz Neumann, o direito e a teoria crítica, *Lua Nova*, n. 61, p. 53-73, 2004.

4 Cf. A. Tunc, *La responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Economica, 1989. p. 133.

5 Cf. A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 133.

6 Cf. Idem, ibidem, p. 133.

7 Cf. Idem, p. 133-134; P. S. Atiyah. *The damages lottery*. Oxford: Hart, 1997. p. 108.

8 A distribuição de danos, no entanto, pode ser vista como um meio de facilitar a realização da função de indenização da vítima. Alguns autores incluem entre as funções contemporâneas da responsabilidade civil também a garantia dos direitos dos cidadãos. Cf., a respeito, A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 149-155.

9 De acordo com B. Starck (*Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: Rodstein, 1947. p. 491-492), manter o efeito preventivo da responsabilidade civil, sem diminuir a garantia para as vítimas é o ponto nevrálgico do seguro de responsabilidade civil. Há meios de realizar essa conciliação – como o estabelecimento de franquias e a variação do prêmio de acordo com a conduta do segurado – mas todos apresentam problemas. A franquia, por exemplo, é desvantajosa para a vítima, que corre o risco da insolvência do autor do dano com relação a esse valor.

10 É possível até mesmo imaginar um sistema em que esses objetivos sejam perseguidos sem recurso à responsabilidade civil. Na Nova Zelândia, por exemplo, desde a década de 70, todos os danos acidentais são indenizados com recursos de um fundo constituído especialmente para esse fim (trata-se do *Accident Compensation Scheme*, administrado pela *Accident Compensation Corporation* e regulado, principalmente, pelo *Injury Prevention, Rehabilitation and Compensation Act*, de 2001), tendo a responsabilidade civil perdido nesse campo a sua função de indenização e distribuição de dano. Lá admite-se, por outro lado, a responsabilidade civil com fim puramente punitivo. Sobre a experiência neozelandesa, cf.: A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 79-83; J. Y. Gotanda. Punitive damages: a comparative analysis. *Colum. J. Transnt'l L.*, 42, p. 415-420, 2004; J. Manning. Reflections on exemplary damages and personal injury liability in New Zealand. *NZ Law Review*, p. 143-184, 2002.

11 Cf. A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 142. A função indenizatória da responsabilidade civil é amplamente reconhecida pela doutrina (em geral, ela não é nem discutida, mas pressuposta pelos autores). Cf., entre outros: C. M. da Silva Pereira. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 10; J. de Aguiar Dias. *Da responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1, p. 16; S. Rodrigues. *Direito civil*: responsabilidade civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4, p. 4-6; M. H. Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*: responsabilidade civil. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7, p. 6-8; O. Gomes. *Obrigações*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 337; S. Cavalieri Filho. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 36.

12 Mas, como dito acima, compromete a sua função preventiva.

13 Na verdade, há outros meios de indenização da vítima, muitas vezes mais adequados do que a responsabilidade civil, como a previdência social. Lembre-se também, a título de exemplo, do mencionado *Accident Compensation Scheme* neozelandês. Cf. A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 143.

14 Cf. A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 147.

15 Cf. A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 146; S. Rodrigues, *Direito civil*: responsabilidade civil p. 4.

16 Cf. A. Tunc, ibidem, p. 146; O. Gomes, *Obrigações*, p. 337.

17 Cf. A. Tunc,ibidem, p. 147.

18 A função de prevenção de comportamentos anti-sociais será referida como função punitivo-preventiva, pois o efeito preventivo atribuído à responsabilidade civil considera-se derivar da imposição de uma sanção punitiva. A função punitivo-preventiva da responsabilidade civil é admitida por parte da doutrina brasileira. A favor da função punitivo-preventiva da responsabilidade civil, cf., entre outros: C. M. da Silva Pereira *Responsabilidade civil*, p. 11; S. Rodrigues, *Direito civil*: responsabilidade civil, p. 4 (pelo menos quando se trata de dano causado dolosamente); C. A. Bittar. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 232-239. Pela admissibilidade do caráter punitivo-preventivo apenas em casos específicos, cf. M. C. Bodin de Moraes, *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 263. Contra o caráter punitivo-preventivo da responsabilidade civil, cf. W. Melo da Silva, *O dano moral e sua reparação*, Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 346-347. Na doutrina francesa, a obra de B. Starck (*Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, p. 11 e 354-482), em defesa da função punitivo-preventiva da responsabilidade civil, foi um marco, tendo o tema sido retomado recentemente por S. Carval (*La responsabilité civile dans as fonction de peine privée*. Paris: LGDJ, 1995. p. 379-384). No Brasil, existem muitas decisões judiciais admitindo expressamente a função punitivo-preventiva da responsabilidade civil em tema de indenização por danos extrapatrimoniais. Assim, por exemplo: STJ – 4.ª T. – REsp

246258 – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 18.04.2000; STJ – 4.ª T. – REsp 215607 – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 17.08.1999; STJ – REsp 445646 – 4.ª. T. – Rel. Ruy Rosado de Aguiar – 03.10.2002; STJ – REsp 389879 – 4.ª T. – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 16.04.2002; STJ – REsp 173366 – 4.ª T. – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 03.12.1998. Não é possível prever o modo como doutrina e jurisprudência serão afetadas pelo art. 944, *caput*, do CC, que expressamente determina medir a indenização pela extensão do dano. Note-se que no parágrafo único do mesmo art. 944, ao vincular a possibilidade de redução da indenização ao grau de culpa do agente, o próprio CC parece pressupor a lógica punitivo-preventiva, considerando injusto punir alguém cuja conduta é apenas levemente reprovável. Se o CC considerasse apenas a função de indenização, tal norma não faria sentido. Afinal, independentemente do grau de culpa do agente, o dano está feito e, se não é indenizado, fica a cargo da vítima, "condenada", a suportá-lo em definitivo. De qualquer forma, o reconhecimento de um efeito punitivo-preventivo da responsabilidade, ainda que secundário, não implica necessariamente a possibilidade de condenação a reparações que ultrapassem o valor do prejuízo sofrido pela vítima. Em situações que geram para o responsável ganhos superiores ao valor do dano provocado, é certo que o efeito punitivo-preventivo só pode ser obtido por meio da condenação a pagar valor superior à extensão do dano (por exemplo, no caso em que o aumento das vendas de uma revista ultrapassa o valor do dano causado pela violação à privacidade decorrente da publicação de certa notícia). Mas, nos demais casos, a simples obrigação de indenizar o prejuízo causado continuará a ter algum efeito punitivo-preventivo.

19 Cf. A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 135; F. Pessoa Jorge. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1999. p. 48. Segundo F. Pessoa Jorge, há autores que defendem possuir a responsabilidade civil função *exclusivamente* punitivo-preventiva. Essa posição não se sustenta no direito civil brasileiro, em primeiro lugar, pelo fato de prever o CC, em seu art. 927, *caput*, que "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a *repará-lo*" (grifos nossos). Além disso, o art. 944 estabelece que a indenização se mede pela extensão do dano, excluindo seu caráter exclusivamente punitivo-preventivo. Por fim, como aponta F. Pessoa Jorge (ibidem), se a responsabilidade civil desempenhasse função exclusivamente punitivo-preventiva, seria preciso admitir sua aplicação em caso de tentativa de lesão, bem como excluir a transmissão *mortis causa* da obrigação de indenizar.

20 Cf. A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 135-136.

21 Cf. A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 137-138. Naturalmente, desde que não haja seguro de responsabilidade civil, caso em que o sujeito causador do dano não é quem efetivamente arca com o custo total da indenização, sendo este distribuído entre todos os segurados.

22 Cf. Idem, ibidem, p. 141.

23 Ibidem, p. 141.

24 G. Marton (*Les fondements de la responsabilité civile*. Paris: Sirey, 1938. p. 156-157) identifica em certos autores da Escola do Direito Natural do século XVIII os primeiros representantes conscientes da idéia de que o autor de um dano pode ser considerado responsável, mesmo na ausência de qualquer culpa de sua parte. Em virtude das condições de vida daquela época, foi a responsabilidade das pessoas privadas de discernimento (menores e alienados) que ocupou esses autores. O próprio G. Marton adverte, no entanto, que essas primeiras construções da responsabilidade sem culpa não chegaram a obter grande repercussão, tendo o problema reaparecido na literatura jurídica com força e importância teórica apenas ao final do século XIX.

25 Cf.: G. Viney. *Traité de droit civil*: introduction à la responsabilité. 2. ed. Paris: LGDJ, 1995. p. 82; G. Marty e P. Raynaud. *Droit civil*: les obligations. 2. ed. Paris: Sirey, 1988. t. 1, p. 434; P. Trimarchi. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milano: Giuffrè, p. 12; J. de M. Antunes Varela. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2003. v. 1, p. 631-634. Segundo G. Viney [*Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris: LGDJ, 1965, ora in S. Carval (Org.), *La construction de la responsabilité civile*, Paris: PUF, 2001, p. 333], foi determinante para a superação da culpa como critério de imputação o desenvolvimento de técnicas de indenização coletiva, como os seguros. No mesmo sentido, S. Rodrigues, Direito civil: responsabilidade civil p. 5.

26 Cf. G. Marton, *Les fondements de la responsabilité civile*, p. 157; G. Viney, *Traité de droit civil*: introduction à la responsabilité, p. 82-83. Também é alemã a primeira lei a atribuir claramente a responsabilidade civil à empresa com fundamento no risco envolvido em sua atividade: a *Lei Prussiana sobre Estradas de Ferro (Preussisches Eisenbahngesetz)*, de 1838, promulgada em uma época em que a Prússia contava com menos de cem quilômetros de trilhos instalados [sobre essa lei, cf.: H. Kötz. *Deliktsrecht*. 8. ed. Neuwied: Luchterhand, p. 136; P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva* p. 12;

G. Alpa e M. Bessone. *La responsabilità del produttore*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999. p. 96; A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 68].

27 *Les fondements de la responsabilité civile*, p. 161.

28 G. Marton, ibidem, p. 169.

29 Segundo G. Viney [*Traité de droit civil*: introduction à la responsabilité, p. 83], na França, J.-E. Labbé, em 1890, já se havia manifestado de modo favorável ao princípio segundo o qual, quem obtém vantagem por meio do uso de uma máquina capaz de prejudicar terceiros deve reparar os prejuízos causados. Isso não tira, no entanto, de R. Saleilles e L. Josserand, o mérito de haver dado a essa idéia, em trabalhos publicados alguns anos depois, a dimensão de uma verdadeira teoria, capaz de explicar e justificar toda uma nova orientação da responsabilidade civil. A doutrina francesa é, sem dúvida, aquela que maior influência teve sobre os autores brasileiros, como se percebe pelas referências feitas pelos doutrinadores nacionais às obras francesas. A relação entre a doutrina francesa e a alemã, mais antiga, não é totalmente clara. Segundo G. Marton [*Les fondements de la responsabilité civile*, p. 206] é certo que R. Saleilles e L. Josserand conheciam as teorias alemãs. Apesar disso, afirma G. Marton, ambos mantiveram em suas obras plena independência com relação à doutrina germânica.

30 Para uma exposição acerca do desenvolvimento da teoria do risco na França, cf. G. Viney, *Traité de droit civil*: introduction à la responsabilité, p. 83-93. Paradoxalmente, como informa esta autora, ao mesmo tempo em que a teoria do risco foi gradativamente adotada pela jurisprudência e pela legislação, ela começou a perder adeptos entre os doutrinadores, passando rapidamente a enfrentar uma verdadeira hostilidade. Como opositores da teoria do risco na França, a autora menciona, entre outros: M. Planiol, H. Mazeaud e L. Mazeaud. Hoje, após grande polêmica havida em torno da obra de A. Tunc na década de 60, G. Viney aponta dominar na França uma posição intermediária. Há casos de responsabilidade objetiva consagrados, muitos autores são favoráveis à extensão da responsabilidade objetiva à maioria das atividades perigosas, mas, ao mesmo tempo, têm ainda uma ligação forte com a noção de culpa, à qual desejam conservar um lugar como fundamento da responsabilidade civil. Sobre a teoria do risco na França, cf. também: G. Marty e P. Raynaud, Droit civil: les obligations, p. 433-443; J. de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil* pp. 58-75; W. Melo da Silva. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962., p. 92-113.

31 *Responsabilidade civil*, p. 281-285. Sobre a doutrina brasileira, cf. também W. Melo da Silva, *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*, p. 127-138.

32 C. M. da Silva Pereira, *Responsabilidade civil*, p. 270.

33 Ibidem, p. 284.

34 *Les fondements de la responsabilité civile*, p. 212-213.

35 G. Marton [Ibidem, p. 156-222] demonstra que nenhum desses princípios é capaz de justificar por si só a responsabilidade objetiva. Como afirmam K. Larenz e C.-W. Canaris [*Lehrbuch des Schuldrechts*. 13. ed. München: C. H. Beck, 1994. v. 2, t. 2, p. 606], no direito positivo (os autores referem-se ao direito positivo alemão, mas a afirmação pode ser considerada válida para a responsabilidade objetiva em geral) os vários princípios que fundamentam a responsabilidade pelo risco não aparecem todos sempre da mesma forma, nem com a mesma força. Eles se combinam de modo variável, de forma que a fraqueza de um é compensada pela força de outro.

36 Cf. K. Günther. Responsabilização na sociedade civil. Tradução de F. P. Püschel. *Novos Estudos* 63, p. 109, 2002.

37 Sobre as conseqüências ambivalentes dessa opção, no que se refere aos espaços de liberdade do indivíduo, cf. K. Günther, ibidem, p. 109-110.

38 Não é demais lembrar, mais uma vez, que a responsabilidade civil não tem o poder de desfazer o acontecido. Uma vez ocorrido um dano, o direito cuida apenas de definir quem deverá suportá-lo, se a vítima, outra pessoa, uma coletividade de pessoas etc. Em outras palavras, alguém sempre paga.

39 Assim, por exemplo, o princípio da prevenção se relaciona diretamente com a função de prevenção de

comportamentos anti-sociais, o princípio da distribuição dos danos com as funções de indenização da vítima e de distribuição dos danos, os princípios da correspondência entre risco e vantagem e da causa do risco com as funções de indenização e prevenção de comportamentos anti-sociais e o princípio da eqüidade, com a função de indenização. A exposição que se fará apresenta as principais justificativas da responsabilidade por risco invocadas pela doutrina. Ela não se pretende exaustiva e não exclui a eventual existência de outros fundamentos para a responsabilidade objetiva. Cf., a respeito, K. Larenz e C.-W. Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, p. 606.

40 Cf. R. Saleilles. La responsabilité du fait des choses devant la Cour Superieure du Canada. *Rev. Trim. Dr. Civ*. 10, p. 48 e 51, 1911; L. Josserand. *Cours de droit civil positif français*. 2. ed. Paris: Sirey, 1933. v. 2, p. 215; G. Marton, *Les fondements de la responsabilité civile*, p. 173-174; C. M. da Silva Pereira, *Responsabilidade civil*, p. 281; K. Larenz e C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, p. 605; G. Marty e P. Raynaud, *Droit civil*: les obligations, p. 436; P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, p. 13; G. Alpa e M. Bessone, *La responsabilità del produttore*, p. 96; A. Lima. *Culpa e risco*. São Paulo: RT, 1960. p. 120-121; J. de M. Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, p. 633.

41 *Les fondements de la responsabilité civile*, p. 178: "(...) il faut supposer que tous ceux qui agissent librement, par leur propre volonté, le font dans leur propre intéret".

42 Cf. K. Larenz e C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, p. 605-606. Ver também o que se diz sobre o princípio da distribuição do prejuízo, abaixo. G. Marton [*Les fondements de la responsabilité civile.*, p. 174-176] identifica o austríaco V. Mataja como o primeiro a chamar atenção, em obra publicada em 1888, para os efeitos econômicos da adoção de uma responsabilidade subjetiva ou objetiva, apontando a necessidade de se considerarem os prejuízos decorrentes da atividade econômica como débito no balanço, sem o que se tem uma falsa percepção dos resultados econômicos da empresa. Se ao empresário é permitido transferir os prejuízos causados por sua atividade a terceiros (como ocorre na responsabilidade subjetiva) ele recebe na verdade uma espécie de subvenção oculta e corre-se o risco de manter em funcionamento empresas que são na verdade prejudiciais ao conjunto da sociedade. Tais considerações de política econômica, pondera G. Marton, aumentam o valor intrínseco do princípio da correspondência entre risco e vantagem.

43 Cf., por exemplo, A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 150-151.

44 Segundo J. de M. Antunes Varela [*Das obrigações em geral*, p. 630], o fato de a vítima ter de suportar um dano advindo de caso fortuito, força maior ou fato não culposo de terceiro, "é uma espécie de preço que cada um tem que pagar por estar no mundo ou viver em sociedade".

45 O princípio do risco extraordinário teve grande desenvolvimento na literatura alemã e constituiu a idéia fundamental para a consolidação teórica da responsabilidade objetiva naquele país. Cf. G. Marton, *Les fondements de la responsabilité civile*, p. 196.

46 Cf. K. Larenz e C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, p. 607. Já R. Saleilles, em artigo datado de 1911 [La responsabilité du fait des choses devant la Cour Superieure du Canada., p. 53-54] reconhecia a existência de riscos inerentes à vida e à liberdade, devendo a responsabilidade deles resultante fundar-se na apuração de culpa. Segundo o autor, a responsabilidade não deve ser objetiva em qualquer circunstância, mas apenas naqueles casos em que a atividade se afasta do que se considera normal, criando riscos extraordinários. Cf. também, do mesmo R. Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, 3. ed., Paris; LGDJ, 1925, p. 440.

47 Cf. K. Larenz e C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, p. 607.

48 Cf. L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, p. 215 e 307.

49 Para uma crítica a essa teoria, cf. G. Marton, *Les fondements de la responsabilité civile*, p. 163-168.

50 Como afirma G. Marton [Ibidem, p. 168-169], o princípio da causalidade não pode ser considerado como único fundamento da responsabilidade, mas tem a função de determinar a direção da atribuição de responsabilidade. Não se deve esquecer, como também adverte o mesmo autor [Ibidem, p. 169, n.8], que a exigência de relação de causalidade não é exclusividade da responsabilidade objetiva, mas se exige também na responsabilidade subjetiva.

51 Cf. G. Marton, *Les fondements de la responsabilité civile*, p. 178-179; K. Larenz e C.-W. Canaris, *Lehrbuch des*

Schuldrechts, p. 605; G. Marty e P. Raynaud, *Droit civil*: les obligations, p. 437.

52 Cf. K. Larenz e C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, p. 609. Para uma crítica da função preventiva da responsabilidade civil em geral, cf., entre outros, A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 141-142.

53 Cf. G. Marton, *Les fondements de la responsabilité civile*, p. 178-179; K. Larenz e C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, p. 605; G. Marty e P. Raynaud, *Droit civil*: les obligations, p. 437.

54 Cf. G. Marton, *Les fondements de la responsabilité civile*, p. 192; A. Tunc, *La responsabilité civile*, p. 147-149; P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, p. 14; G. Alpa e M. Bessone, *La responsabilità del produttore*, p. 96. De acordo com J. de Aguiar Dias [*Da responsabilidade civil*, p. 50.], a distribuição do ônus do prejuízo atende ao interesse da paz social. Segundo K. Larenz e C.-W. Canaris [*Lehrbuch des Schuldrechts*, p. 354 e 607-608], a responsabilidade objetiva é uma manifestação da justiça distributiva, em contraposição à justiça comutativa, de que é exemplo a responsabilidade subjetiva. A justiça distributiva não tem caráter de compensação por algo devido. Isso não quer dizer que a indenização no caso da responsabilidade objetiva não tenha a função de, na medida do possível, recompor a situação anterior ao dano (essa função da indenização está presente tanto na responsabilidade objetiva quanto na responsabilidade subjetiva). A diferença é que, na responsabilidade subjetiva, isto é, nos casos de manifestação da justiça comutativa, trata-se de entregar à vítima algo que o ofensor lhe tirou, algo que lhe é devido. A justiça comutativa trata da correção da injustiça (*Unrecht*), enquanto a justiça distributiva cuida da distribuição do infortúnio (*Unglück*). De acordo com G. Viney (*Le déclin de la responsabilité individuelle.*, p. 333), a possibilidade de distribuição de danos é fundamental para justificar o deslocamento – feito pela responsabilidade sem culpa – do ônus de arcar com o prejuízo dos ombros da vítima para aqueles de alguém que não agiu com nenhuma culpa. Nas palavras da autora: "Si les conditions physiques, économiques et sociales de la civilisation moderne ont donc contribué à libérer l'indemnisation de la condition d'une faute prouvée (...), c'est uniquement grace au développement des techniques d'indemnisation collective qui ont donné au déplacement de l'incidence naturelle du préjudice, en dehors de la culpabilité, une justification théorique e pratique" ["Se as condições físicas, econômicas e sociais da civilização moderna contribuíram para libertar a indenização da condição de uma culpa provada (...), foi unicamente graças ao desenvolvimento das técnicas de indenização coletiva, que deram à transferência da incidência natural do prejuízo, na ausência de culpabilidade, uma justificação teórica e prática" (tradução nossa)].

55 Cf. G. Marton, *Les fondements de la responsabilité civile* p. 188-189.

56 Cf. Idem, ibidem, p. 188-189. Como pondera este autor, se a simples eqüidade fosse suficiente para fundar a responsabilidade, todas as pessoas ricas poderiam ser obrigadas a indenizar todo prejuízo sofrido por qualquer indivíduo pobre.

57 Como o controle e fiscalização de atividades perigosas, com a aplicação de sanções administrativas, para a prevenção e o sistema previdenciário para a função de reparação.

58 Um exemplo da influência que a falta de outros mecanismos de indenização, distribuição e/ou prevenção pode ter sobre a jurisprudência em tema de responsabilidade civil nos dá o voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, em acórdão no qual o STJ decidiu pelo aumento do valor da indenização de um prejuízo extrapatrimonial: "Como não há outro modo eficaz de se obter algum tipo de reparação diante da omissão dos órgãos administrativos, o resultado da concessão de sanções irrisórias pelo descumprimento da regra do Código de Defesa do Consumidor (...) consistirá em estímulo ao abuso" (STJ – REsp 445646 – 4.ª T. – Rel. Ruy Rosado de Aguiar – 03.10.2002).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALPA, Guido; BESSONE, M. *La responsabilità del produttore*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.
ATIYAH, P. S. *The damages lottery*. Oxford: Hart, 1997.
BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.
CARVAL, S. (Org.). *La construction de la responsabilité civile*. Paris: PUF, 2001.
———. *La responsabilité civile dans as fonction de peine privée*. Paris: LGDJ, 1995.
CAVALIERI FILHO, S. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: responsabilidade civil. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
GOMES, Orlando. *Obrigações*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
GOTANDA, J. Y. Punitive damages: a comparative analysis. *Colum. J. Transnt'l L.*, n. 42, p. 415-420, 2004.
GÜNTHER, K. Responsabilização na sociedade civil. Tradução de F. P. Püschel. *Novos Estudos*, n. 63, p. 109, 2002.
JORGE, F. Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1999.
JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*. 2. ed. Paris: Sirey, 1933.
KÖTZ, H. *Deliktsrecht*. 8. ed. Neuwied: Luchterhand, 1998.
LARENZ, Karl; CANARIS, C.-W. *Lehrbuch des Schuldrechts*. 13. ed. München: C. H. Beck, 1994
LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: RT, 1960.
MANNING, J. Reflections on exemplary damages and personal injury liability in New Zealand. *NZ Law Review*, p. 143-184, 2002.
MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 2000.
MARTY, G.; RAYNAUD, P. *Droit civil*: les obligations. 2. ed. Paris: Sirey, 1988.
MARTON, G. *Les fondements de la responsabilité civile*. Paris: Sirey, 1938.
MORAES, M. C. Bodin de. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: responsabilidade civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
RODRIGUEZ, José Rodrigo. Franz Neumann, o direito e a teoria crítica. *Lua Nova*, 2004.
SALEILLES, R. *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*. 3. ed. Paris: LGDJ, 1925.
———. La responsabilité du fait des choses devant la Cour Superieure du Canada. *Rev. Trim. Dr. Civ.*, n. 10, p. 48 e 51, 1911.
SILVA, W. Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.
———. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.
STARCK, B. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: Rodstein, 1947.
TRIMARCHI, P. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milano: Giuffrè, 1961.
TUNC, A. *La responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Economica, 1989.
VARELA, J. de M. Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
VINEY, G. *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris: LGDJ, 1965.
———. *Traité de droit civil*: introduction à la responsabilité. 2. ed. Paris: LGDJ, 1995.

Flavia Portella Püschel

Professora da Direito GV,
Doutora em Direito Civil na USP
e pesquisadora do Núcleo Direito
e Democracia do CEBRAP

DA RESPONSABILIDADE PELO FATO DAS COISAS INANIMADAS, (EXTRATOS) (1897) ©PUF

Louis Josserand

LIABILITY FOR DAMAGES CAUSED BY INANIMATE THINGS

TRADUÇÃO *Jaime Meira do Nascimento* [1]

RESUMO

Este texto é um excerto de obra clássica da doutrina francesa *"De la responsabilité du fait des choses inanimées"*, fundadora da teoria da responsabilidade objetiva. Nele, aponta os fundamentos de uma responsabilidade por danos decorrentes de coisas inanimadas. Mostra a insuficiência dos critérios tradicionais fundados na culpa, apontando o risco como critério capaz de oferecer solução para os problemas dogmáticos que surgem com a industrialização das sociedades na passagem do século XIX para o século XX.

PALAVRAS-CHAVE

responsabilidade / direito civil / imputação / risco / culpa

ABSTRACT

This text is an excerpt of the French classic «De la responsabilité du fait des choses inanimées», *founder of the doctrine of strict liability in that country It shows the insufficiency of the traditional criteria of guilt based Tort liability considering the changes brought by industrialization during the passage of the 19th to the 20th century. It proposes risk as a more adequate criterion for imposing liability*

KEYWORDS

torts / private law / liability / risk / guilt

(...) A responsabilidade pelo fato das coisas tem sua fonte primeira não em uma noção de direito, mas em considerações de eqüidade. Seguindo a observação de Saleilles, porque o dono do empreendimento se aproveita da sorte, a lei coloca ao seu encargo o azar, os riscos da indústria, da profissão. O *risco profissional*, tal é o fundamento da obrigação que pesa sobre o industrial, sobre o empreendedor: o indivíduo que agrupa em torno de si outras atividades humanas, que se cerca de pessoas e máquinas, cria um organismo cujo funcionamento não ocorre sem atribulações e que pode causar danos independentemente de qualquer culpa daquele que a dirige; esses danos, esses acidentes inevitáveis que constituem os perigos inerentes a qualquer empresa, que têm como causa tão-somente o desenvolvimento dentro de uma direção lícita da atividade humana, constituem precisamente em seu conjunto o

risco profissional: e quem, portanto, suportará o risco senão aquele no interesse do qual funciona o organismo que ele criou?

O risco profissional deve entrar nos custos gerais de uma empresa industrial; figuram-se nesses custos "os alugueres, o seguro contra incêndio, o preço de compra do material e uma soma destinada a representar a sua amortização dentro de um certo número de anos. E, pois, some-se a isso a reparação e a amortização do material humano".[2] A necessidade dessa concepção faz-se mais imperiosa na medida em que se desenvolve e se torna ilimitado o horizonte industrial, na medida em que a atividade se concentra em imensas empresas, nas sociedades poderosas na presença das quais o operário, com a teoria antiga, ficaria desarmado; na medida em que também a indústria se torna mais técnica, mais largamente tributária da ciência, visto que os acidentes tornam-se então mais tenebrosos, muito freqüentemente anônimos; o caso fortuito absorve mais e mais o domínio da culpa e a vítima, chocando-se contra o obstáculo da origem obscura do acidente, suportará quase sempre as conseqüências danosas de um estado de coisas, de uma força que não foi de forma alguma criada por ela. Existe um único meio de escapar desse resultado lamentável: assentar a teoria da responsabilidade sobre uma base mais larga, trata-se de admitir ao lado da responsabilidade nascida do delito a obrigação decorrente do fato da empresa, do simples jogo da atividade humana, do caso fortuito.

Tal é a teoria contida em germe no artigo de Saleilles. Sua exatidão, sua eqüidade, parecem-me evidentes: mas eu a considero ainda insuficiente e muito estreita. Saleilles aplica-a tão-somente à indústria e mesmo à grande indústria, àquela que possui um maquinário complicado; ele não a faz beneficiar o operário a quem se confiou uma enxada ou um martelo, nem o podador cuja queda é causada por um galho que quebra, nem sem dúvida aquele que passa, o estranho ferido por um objeto que me pertence: a teoria de Saleilles é de ordem exclusivamente industrial. Está exatamente aí a crítica que me permitiria lhe dirigir; eu creio que, ao ser alargada, ela ganha por poder ser mais bem defendida. Não são apenas as coisas industriais que deflagram a responsabilidade do patrão pelos danos que elas ocasionam; são quaisquer coisas que acarretam, pelo prejuízo que causam, a responsabilidade daquele que delas se beneficia, que delas lucra. *A obrigação nascida do fato da indústria* deve-se substituir pela *obrigação nascida do fato das coisas*, a noção de *risco profissional*, pela noção do *risco criado*.

O art. 1.384, 1.º, não autoriza, com efeito, nenhuma distinção: ele fala de coisas em geral e não somente de coisas industriais. O legislador de 1804 não pensou evidentemente em estabelecer disposições especiais para a indústria cujo imenso desenvolvimento e transformação profunda escapavam então de qualquer previsão. A distinção proposta vai, portanto, de encontro à letra e ao espírito do texto. Ademais, sua aplicação seria uma fonte fecunda de dificuldades. Como julgar se uma determinada indústria possui um maquinário suficientemente complicado para que

a responsabilidade pelos acidentes seja regida pelo art. 1.384? O juiz teria um poder soberano de apreciação que conduziria, em hipóteses idênticas, a consagrar diferenças que nada justificariam e que constituíram verdadeiras injustiças. Para um certo tribunal, a responsabilidade do fato da indústria começaria aqui, para um outro, ela somente começaria ali.

Essas dificuldades, essas objeções, desaparecem com a teoria que, aceitando o art. 1.384, 1.º, em toda a sua abrangência, consagra a responsabilidade pelo simples fato de uma coisa qualquer, a noção de risco criado. Essa teoria tem a seu favor não apenas a generalidade do texto; ela pode alegar a seu favor também a generalidade dos motivos que a legitimam, pois esses motivos existem seja qual for a natureza e a importância da coisa que causou o dano; em todos os casos, a eqüidade exige que as conseqüências do fato das coisas sejam suportadas pela pessoa que as tinha sob sua guarda, que delas se servia: aí encontra-se uma noção que em nada é específica da indústria. Minha carroça atropela um transeunte; durante a caça, meu fuzil explode e fere meu vizinho. Nenhuma reprovação pode me ser endereçada: meu cavalo era de natureza pacífica e eu o conduzia prudentemente; meu fuzil era de uma marca excelente e estava em um bom estado de conservação. Não é justo que eu suporte, contudo, as conseqüências do acidente? Não, alguém objetaria, pois o senhor não agiu com nenhuma culpa; e nós não concebemos de forma alguma que exista responsabilidade quando não haja culpa. Mas o transeunte que atropelei, o colega de caça que feri, tampouco cometeram qualquer ato culposo e, todavia, a doutrina atualmente aceita os declara responsáveis pelo acidente visto que ela os faz suportar suas conseqüências. Pois (e trata-se de uma idéia que, apesar de sua evidência, não é suficientemente percebida) é impossível subtrair do proprietário da coisa a responsabilidade pelo dano sem fazer pesar esta mesma responsabilidade sobre a vítima: "Como a causa do acidente é desconhecida, diz-se às vezes, *ninguém deve ser responsável*, pois ninguém se encontra em estado de culpa". O raciocínio é absolutamente falso: tão logo um acidente se produz, não é possível que ninguém seja responsável no sentido amplo da palavra, isto é, que ninguém suporte as conseqüências do evento; se o proprietário da coisa que causou o acidente não é obrigado a reparar o dano, a vítima deverá necessariamente suportá-lo; ela incorrerá em toda responsabilidade pelo acidente, responsabilidade que se traduzirá pela perda da vida ou da saúde, sem compensação. Qualquer que seja a solução adotada, uma responsabilidade sempre resultará dela; toda a questão é saber quem deve suportá-la.

Ora, reduzida a esses termos precisos, a dificuldade não é tão séria. É bem verdade que o proprietário, tanto quanto a vítima, não agiu de forma culposa: desse ponto de vista, as situações deles são idênticas, igualmente fora de qualquer idéia delituosa. Mas ao menos a vítima não tem nada em comum com objeto do qual resultou o dano; ela foi tocada por uma coisa, carroça ou fuzil, à qual ela era material e juridicamente estranha: não se vê qual poderia ser a origem de uma responsabilidade

pesando sobre ela. Ao contrário, o proprietário da carroça ou do fuzil, ou mesmo a pessoa que se servia desses objetos, estava com eles em uma relação estreita: ela retirava dele prazer ou lucro; é natural que ela conheça também os seus desagrados. Aquele que executa uma ação qualquer deve suportar sozinho todas as conseqüências dela decorrentes, felizes ou nefastas: assim que uma força é posta em movimento, os danos causados devem ser suportados por aquele que a desencadeou e não pelo terceiro que a ela foi submetido: o caso fortuito, ou seja, o evento provocado licitamente pelo homem, só pode ser atribuído àquele que é a sua causa ocasional. Recusar qualquer indenização à vítima do fato das coisas significa colocar as conseqüências do acidente sobre aquele que teve um papel inerte para exonerar aquele que, pela direção dada à sua atividade, verdadeiramente ocasionou o dano. (...)

Tal é, em toda a sua amplitude, em todo o seu valor jurídico e moral, o sistema em direção do qual a jurisprudência francesa parece hoje se orientar e que eu chamaria indiferentemente: sistema objetivo ou sistema da responsabilidade pelo simples fato das coisas, ou ainda teoria do risco criado. Ele tem a mais larga esfera de aplicação; ele não distingue segundo a natureza das coisas que causaram o dano, nem segundo a situação respectiva na qual se encontram o proprietário e a vítima. Sem se retardar em considerações de segunda ordem, em diferenças mais aparentes do que profundas, ele proclama que deve suportar o caso fortuito, o fato das coisas, quem dirigiu a força danosa e ocasionou o prejuízo sofrido, criando um risco em seu interesse; ele estima que a culpa não é a única fonte possível de responsabilidade e que o caso fortuito deve ser suportado por aquele que o determinou, provocou, bem mais do que por aquele que simplesmente o sofreu; e essas idéias tão revolucionárias, tão contrárias aos nossos hábitos inveterados de espírito, ele as encontra consagradas na extensa fórmula do art. 1.384.

Esse sistema, deve-se reconhecer, está em contradição com as idéias recebidas e choca nossa educação jurídica: também as propostas de lei que tendem a aplicá-lo aos acidentes industriais geraram protestos indignados no seio das duas assembléias. Alguns oradores, dentre os quais alguns jurisconsultos, levantaram-se violentamente contra a concepção de uma responsabilidade estranha a qualquer idéia de culpa e à qual eles opuseram objeções tiradas seja do Código, seja da razão. Eles estimam que seu triunfo constituiria a desordem de nossa legislação, a ruína dos princípios mais certos; a idéia do justo e do injusto desapareceria então: "Isso provoca a consciência, escreve-se na Câmara; parece que um grito de justiça levanta-se contra teorias desse gênero". O caso fortuito! Objeta-se no Senado: mas aí jamais se viu coisa diversa do que um modo de extinção das obrigações e não uma fonte de direitos.[3] Eu não insisto nessas críticas, mais ou menos agradáveis. Eu creio ter demonstrado que a teoria objetiva dava plena satisfação à eqüidade; entre seus adversários, existem alguns que, não obstante, reconhecem esse mérito ao lhe reprovar o fato de ser mais filosófico que jurídico, de sancionar os deveres morais

do proprietário bem mais que as obrigações legais. No fundo, a reprovação mais sincera, a única sincera talvez, que alguns espíritos endereçam a essa teoria, é aquela deixada em segundo plano, em uma penumbra prudente. Em realidade, se está amedrontado pelas conseqüências que resultariam, sobretudo para a pequena indústria, da concentração de riscos sobre os ombros do patrão; se a responsabilidade do fato das coisas sucumbir no terreno legislativo, sua derrota será a obra de industriais que pretendem conservar suas poderosas condições adquiridas e de economistas cujos axiomas sobre a produção e o consumo das riquezas seriam abalados pela teoria objetiva. O perigo ao qual teme a indústria é, contudo, apenas imaginário, pois ele comporta um remédio fácil e soberano, o seguro contra os acidentes. Por meio de um sacrifício anual pouco considerável e que não aumentará sensivelmente o valor dos custos gerais, o dono da empresa liberar-se-á tranqüilamente da obrigação que lhe incumbe: ele comportar-se-á, assim, segundo uma fórmula bem exata, como "o distribuidor natural, entre os objetos que fabrica, de todas as despesas aplicadas em sua fabricação".

Insiste-se e afirma-se que o sacrifício imposto ao produtor será fatalmente suportado pelo consumidor, sobre o qual recairá, em última análise, o pagamento do prêmio do seguro; como se o produtor e o consumidor fossem dois indivíduos isolados, exercendo na vida econômica papéis exclusivos e contraditórios! O próprio operário é um consumidor e, ao melhorar sua situação, é ainda o consumo que se favorece.

Seu raciocínio seria exato, objeta-se ainda, se o operário e o produtor franceses não tivessem que lutar com o operário e o produtor estrangeiros: mas não se deve temer que, ao determinar a alta, ainda que leve, dos preços, o sistema do risco profissional e o seguro que é dele resultante coloquem nossos industriais em uma situação desfavorável em relação à indústria estrangeira, cujos produtos inundariam nossos mercados? Contentar-me-ei, como única resposta, em citar o exemplo que nos é fornecido pela legislação da Alemanha: ela tornou o seguro obrigatório; ora, em presença do prodigioso crescimento do qual o comércio e a indústria dessa nação foram objeto, parece-me difícil sustentar que, ao impor ao patrão o pagamento de um prêmio de seguro, exista um sério risco de comprometer a prosperidade de sua empresa.

A teoria objetiva não teria, portanto, as conseqüências econômicas desastrosas que se esforçou em predizer: ela não modificaria sensivelmente as condições da produção ou do consumo. Quanto a suas conseqüências jurídicas, elas seriam plenamente satisfatórias, conforme vou demonstrar ao determinar o quadro exato no qual elas poderiam produzir-se.

Ao construir essa teoria, já deixei pressentir as conseqüências às quais ela conduziria e que estão todas virtualmente contidas nas proposições cuja exatidão me esforcei em demonstrar: agora devo extraí-las mais claramente a fim de completar a exposição do sistema: retirá-las-ei das três idéias seguintes:

1.ª A obrigação de reparar o dano causado por uma coisa inanimada tem uma fonte legal.
2.ª Ela apenas existe se o dano foi verdadeiramente causado pela coisa.
3.ª Ela tem seu fundamento racional na noção do risco criado.

Examinarei sucessivamente essas três proposições, que considerarei daqui em diante como provadas, e extrairei delas os interesses práticos que nelas estão contidos.

1.º A obrigação de reparar o dano tem uma fonte legal.
Resulta daí não apenas que o demandante não terá a fornecer outra prova que da relação de causalidade entre a coisa e o dano, mas também que o proprietário não poderia exonerar-se da responsabilidade mediante uma cláusula formal inserida no contrato que lhe unisse à vítima. A convenção é impotente para afastar uma obrigação estabelecida pela lei, obrigação que apresenta um caráter de ordem pública: não se concebe que o indivíduo que dirige uma força possa desinteressar-se, abstrair-se dos resultados imediatos dessa força; nenhuma convenção pode fazer com que ele não tenha sido a causa, se não moral, ao menos ocasional, material, do dano; seria contrário à ordem pública e à razão que golpes fossem suportados definitivamente por aquele que os recebeu e não por aquele que os dirigiu, ainda que involuntariamente. A teoria da obrigação legal é, portanto, infinitamente mais protetiva que a da responsabilidade contratual: com ela, não se terá mais que temer a inserção, nos contratos de locação de serviço ou de transporte, de cláusulas de exoneração que se tornariam rapidamente cláusulas de estilo; o operário, o passageiro serão protegidos mais eficazmente. O indivíduo que houver confiado seu bem a uma Companhia de estradas de ferro não terá recusada qualquer indenização pela sua deterioração sob o pretexto de que uma cláusula de não-responsabilidade figura na tarifa: a própria lei defendê-lo-á contra a tirania das grandes administrações e do caderno de encargos.

Se a cláusula de exoneração não pode intervir tacitamente em convenções dessa espécie, por mais forte razão não se deve pensar em subentendê-la, em lê-la nas entrelinhas: em outros termos, e é uma idéia na qual já insisti, a existência de um contrato anterior entre o proprietário e a vítima não oporá qualquer obstáculo à aplicação da responsabilidade pelo simples fato das coisas. É certo, a meu ver, que as partes contratantes não tiveram a intenção de afastar essa responsabilidade; mas, supondo-se mesmo que fosse de forma diversa, sua vontade restaria impotente: uma cláusula tácita não poderia ter mais efeito do que uma convenção expressa.

A teoria objetiva terá, portanto, a mais ampla esfera de aplicação: ela protegerá indiferentemente o contratante e o terceiro; o passageiro ferido por um ônibus, colocar-se-á, da mesma forma que o pedestre, sob a proteção do art. 1.384: não é o menor mérito da teoria o fato de dar assim satisfação às situações mais diversas e de chegar a um conjunto de soluções que se harmonizam perfeitamente.

2.º A obrigação nasce apenas se o dano foi *causado* verdadeiramente *pela* coisa.
Essa proposição elimina toda uma categoria de objeções que se houve por bem acumular contra a teoria objetiva com um grande luxo de epítetos indignados. Alguns de nossos representantes creram que os projetos de lei que lhes foram submetidos tornariam o industrial responsável por todos os acidentes nos quais seu material exercesse um papel qualquer e estabeleceriam, assim, a seu encargo uma responsabilidade indefinida: eles não tiveram dificuldades em demonstrar a injustiça de um tal sistema. Pode-se admitir, escreveu um dentre eles, que o patrão deva pagar uma indenização ao operário que, no curso de seu trabalho, é vítima de um tremor de terra! A objeção parece decisiva: ela nem mesmo existe. Nunca se cogitou de fazer suportar a um proprietário a responsabilidade por todos os acidentes aos quais sua coisa se encontrou associada mais ou menos diretamente. Ele é apenas obrigado a reparar os danos que foram verdadeiramente *causados pela sua coisa*, que estejam, com ela, em uma relação exata de causa e efeito. Um operário é ferido por uma engrenagem da máquina, um passageiro ou pedestre são esmagados por um trem, o industrial ou a Companhia serão responsáveis porque o acidente foi verdadeiramente determinado por um objeto que lhes pertence, que funciona em seu interesse. Mas, se o operário for engolido por um tremor de terra, o passageiro atingido por um raio, seria absurdo fazer incidir as mesmas responsabilidades, pois o dano tem sua fonte verdadeira não no material da usina ou da Companhia, mas em um tremor de terra ou no fogo do céu: proclamar o direito da vítima a uma indenização seria então tornar o homem responsável pela direção tomada pelas forças da natureza; seria colocar ao encargo do patrão ou do transportador não o risco profissional criado, mas sim, segundo as expressões de Tarbouriech, o risco da humanidade: desconheço que esta idéia estranha já tenha encontrado algum defensor em nossa sociedade moderna. O proprietário de uma coisa deve responder pelos *casos fortuitos*, mas jamais na hipótese de *força maior*.

E eu chego, assim, depois de ter seguido um caminho bem diferente, à mesma conclusão de Exner em seu *Tratado sobre a noção de força maior e sobre a responsabilidade no contrato de transporte*.[4] Nessa obra admirável, o sábio professor da Universidade de Viena protesta contra a confusão estabelecida por alguns autores e algumas legislações entre as duas noções de caso fortuito e de força maior: essa confusão é tradicional entre nós. Ela surge em todos os tratados de direito comercial ou de transporte, na motivação das decisões judiciais. Lyon-Caen e Renault reconhecem bem que "a rigor cada uma das duas expressões tem um sentido diferente". Mas esses autores acrescentam imediatamente que, "sob o ponto de vista prático, não há qualquer interesse em distinguir as duas classes de eventos; seus efeitos são idênticos". E o Tribunal de Dijon, no próprio julgado no qual adere à teoria objetiva, emprega indiferentemente uma ou outra expressão.[5] Exner levanta-se com uma grande força contra esse hábito do espírito: ele estima justamente que é impossível não distinguir

as duas classes de eventos; seus efeitos são idênticos". E o Tribunal de Dijon, no próprio julgado no qual adere à teoria objetiva, emprega indiferentemente uma ou outra expressão.[5] Exner levanta-se com uma grande força contra esse hábito do espírito: ele estima justamente que é impossível não distinguir as duas categorias de acidentes estranhos à idéia de culpa, pois uns têm uma causa inerente à coisa, ao passo que os outros provêm de um fato absolutamente independente; os primeiros foram determinados no interior mesmo da empresa, é a hipótese de caso fortuito; os outros têm uma origem puramente exterior, é a hipótese de força maior.

Ora, os acidentes nascidos de causas tão diferentes não devem ser tratados igualmente e aqui aparece o poderoso interesse da distinção: o acidente fortuito ligando-se intimamente à empresa, contribuindo para a formação do risco profissional, deve ser suportado pelo industrial, assim como todo dano inerente à direção que ele deu à sua atividade. Mas não pode ser assim em relação aos acidentes determinados por uma força maior, ou seja, por uma força exterior à empresa, sobre a qual o proprietário não pode exercer qualquer influência, pelos elementos, pela guerra ou pela violência organizada, por todos esses eventos que a lei inglesa reúne sob as expressões "fato de Deus ou dos inimigos da Rainha". Esses eventos não têm nenhuma relação com a empresa: o dano não foi verdadeiramente *causado pela* coisa, mas sim por uma força exterior, raio ou ciclone, tremor de terra ou pilhagem, do qual ela apenas foi a peça e atrás da qual ela se apaga absolutamente. O risco deve ser suportado por aquele que o criou e não por aquele que o sofreu: é sempre a mesma idéia que nos dita as conclusões. Ao impor ao proprietário a responsabilidade pelo risco criado, é, portanto, apenas o caso fortuito que a teoria objetiva lhe atribui.

O mesmo raciocínio conduzir-me-á a excluir a responsabilidade do proprietário em um outro conjunto de hipóteses, nos casos em que a vítima do dano agiu culposamente, imprudentemente. Ela não poderá obter a indenização, pois o dano foi causado não pela coisa, mas por sua própria culpa: os termos do art. 1.384 não são, portanto, satisfeitos. Se o operário que foi ferido por uma máquina estava bêbado no momento em que o acidente se produziu, é bem certo que a responsabilidade pelo fato das coisas não poderá vir em seu favor, nem se ele violou os regulamentos da usina, nem se ele cometeu uma imprudência manifesta: acordar-lhe uma indenização em um tal caso seria tornar o patrão responsável não pelo fato das coisas que lhe pertencem, mas pela culpa de seu operário em relação a esse mesmo operário.

A responsabilidade pelo risco criado cessa, portanto, no caso de força maior ou de ato culposo cometido pela vítima.

3.º A obrigação tem seu fundamento racional na noção do risco criado.

Essa idéia me permitirá determinar com maior exatidão quais as pessoas que incorrem na responsabilidade editada pelo art. 1.384: a obrigação nascerá ao encargo não do proprietário, mas daquele que criou o risco, que deu à força a direção danificadora que

ela seguiu. Tal é o objetivo que se propõe o legislador quando torna responsável aquele que tinha a coisa *sob sua guarda* (art. 1.384), aquele que *se serve* da coisa (art. 1.385).

As expressões legais estão em perfeita comunhão com a base mesma que eu atribuí à responsabilidade nascida do fato das coisas inanimadas: se eu supus no curso deste estudo que a obrigação nascia ao encargo do proprietário, é que eu me posicionei na hipótese normal, aquela na qual a coisa é utilizada pelo indivíduo ao qual ela pertence; eu me exprimi assim, *brevitatis causa*. Mas o fundamento que eu conferia à teoria objetiva não podia deixar planar nenhuma dúvida sobre o alcance prático dessa teoria: o risco deve ser suportado por aquele que o criou, abstração feita de todo direito de propriedade, até mesmo de qualquer direito real sobre a coisa; o art. 1.384 não se ocupa das conseqüências que derivam da propriedade; caso contrário, ele teria se servido de expressões bem diferentes e mais precisas; ele teria considerado responsável aquele a quem a coisa pertence, o proprietário. Ele empregou uma fórmula muito vaga e muito abrangente a fim de atingir o agente verdadeiro do dano, aquele que tinha sobre o objeto não um poder jurídico, mas um poder de fato, aquele que utilizava a coisa no momento em que o acidente se produziu e que, portanto, criou o risco: pois o risco, noção concreta e de ordem essencialmente prática, deve ser suportado pelo indivíduo que dispunha da coisa e praticava ato de senhorio sobre ela.

Importará, portanto, pouco que o diretor de uma usina não seja proprietário do material, que a carroça ou o fuzil não pertençam à pessoa que dele se servia no momento em que o dano foi causado: ela não será menos responsável, pois o acidente tem sua fonte imediata na direção que ela deu à sua atividade e não em uma noção jurídica puramente abstrata. A teoria objetiva dirige-se, assim, à causa efetiva do dano: ela adapta-se exatamente às necessidades da prática.

Até o presente momento, eu apenas indiquei as conseqüências jurídicas da teoria objetiva: mas dela derivam ensinamentos mais amplos, ensinamentos cujo poderoso interesse não poderia ser subestimado.

Supondo-se que a jurisprudência persista na via que algumas jurisdições têm trilhado, ela retirará toda importância dos projetos de lei, dos projetos tão numerosos, tão variados, que disputam há um bom número de anos os favores das duas Câmaras. Será puramente em vão que todos esses documentos legislativos terão circulado incessantemente entre o Palácio Bourbon e o de Luxemburgo: tanta atividade tornar-se-á estéril pela nova interpretação do art. 1.384. Para assegurar a reparação dos acidentes industriais, não será necessário criar uma situação de privilégio para os operários, procedimento sempre discutível; bastará colocá-los sob o direito comum do risco criado.

A solução será tanto mais curiosa que será obtida com grande simplicidade de meios: ela será tirada de nosso Código, em que está escrita desde há quase um século e no qual ela repousava apesar da fórmula límpida, enérgica, pela qual o

legislador havia acusado sua existência. Nossas leis pareciam assim apresentar uma lacuna alargada pelos progressos da indústria. As nações estrangeiras querem então fazer melhor que o Código que lhes serviu de modelo; elas introduzem, em matérias especiais, a responsabilidade pelo simples fato das coisas. Mas eis que, graças a uma leitura mais atenta e a uma interpretação mais extensiva, a obra imperfeita ultrapassa os aperfeiçoamentos dos quais ela foi objeto; o esboço acaba por ofuscar a quadro e a experiência mostra que o Código Civil pode ser suficiente a dar satisfação às novas necessidades de nossa sociedade transformada.

Ele mostra também, e a observação é essencial, que não existe noção jurídica imutável e que a lei da evolução rege soberanamente tanto o mundo jurídico como o mundo material: pois a teoria objetiva consagra um curioso retorno às idéias do passado. É uma verdade superior a toda controvérsia desde a iluminada demonstração de Ihering,[6] que as legislações primitivas fazem da injustiça e da responsabilidade uma concepção puramente objetiva: o mal é ali, em si mesmo, um ato contrário ao direito sem que haja a preocupação de retornar àquele do qual ele emana para lhe apreciar a origem e a significação moral. O homem que sofre um dano se volta para a causa imediata de seu infortúnio, esteja ela em um ser inconsciente ou mesmo em uma coisa inanimada; ele se vinga dela como uma criança se vinga da pedra que a fez cair, do galho que a atingiu; ela torna essa causa imediata responsável em detrimento de toda vontade culpável, de todo elemento subjetivo: é o reino da responsabilidade objetiva.

Mas logo as noções jurídicas e morais desenvolvem-se, as consciências afinam-se: o elemento subjetivo invade o direito e a responsabilidade torna-se inseparável da idéia de culpa. O sistema da responsabilidade objetiva aparece como uma concepção grosseira e o da responsabilidade subjetiva como um progresso imenso, uma vitória definitiva do pensamento e da justiça sobre o materialismo e a brutalidade dos primeiros tempos.

Posteriormente, o tempo faz de novo sua obra; uma outra transformação se completa. Diante do desenvolvimento inesperado do maquinismo e o caminhar sempre mais científico da indústria, o homem sente-se ameaçado por forças desconhecidas e temíveis; ele se vê exposto a acidentes anônimos cuja causa escapa a qualquer análise; ele sente a necessidade de se defender, não a exemplo de seus distantes ancestrais, contra toda força estrangeira, mas ao menos contra as forças que ele mesmo criou e das quais não pode sempre evitar os golpes. É então que a tese subjetiva torna-se insuficiente, que ela deve recuar diante da experiência para dar lugar a uma concepção mais ampla, melhor adaptada à nova sociedade; é então que a responsabilidade se separa de novo da culpa à qual se pensava tê-la ligado indissoluvelmente e que, por um brusco retorno a seus destinos primeiros, ela invadiu o domínio do caso fortuito, do qual uma tradição datada de vinte séculos a havia impiedosamente banido.[7] (...)

NOTAS

1 Traduzido de *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, L. Josserand, in « La Construction de la responsabilité civile », S. Carval, PUF, 2001.

2 Tarbouriech, op. cit., p. 111.

3 Senado, 21 de março de 1889, *JO*, p. 307.

4 Traduzido por Seligman, Paris, 1892.

5 "Considerando (...) que a presunção legal de responsabilidade apenas desaparece em caso de *força maior*; considerando que compete, em conseqüência, aos interessados justificar que a explosão da locomotiva deveu-se exclusivamente a um *caso fortuito* que eles não poderiam nem prever nem impedir (...)."

6 *Da culpa no direito privado.*

7 No mesmo momento em que eu termino a correção das provas, tomo conhecimento de que Saleilles, em uma brochura intitulada *Os acidentes do trabalho e a responsabilidade civil*, retoma e desenvolve a idéia que ele havia emitido brevemente na *Revue bourguignonne* em 1894. Lamento infinitamente que me falte tempo para analisar essa obra que fornecerá à teoria objetiva um novo e sólido apoio.

Louis Josserand

A EVOLUÇÃO DO DIREITO PRIVADO E O ATRASO DA TÉCNICA JURÍDICA (1955) [1]

Orlando Gomes

THE EVOLUTION OF PRIVATE LAW AND THE BACKWARDNESS OF LAW TECHNIQUES

RESUMO

O texto que republicamos aqui é um dos capítulos de *A Crise do Direito*, obra clássica publicada em 1955. Nele, o autor resume parte dos argumentos do livro ao apontar a insuficiência da dogmática civil diante das mudanças ocorridas na sociedade brasileira. Propõe reformulações da técnica jurídica para dar conta desta nova realidade, apontando de forma pioneira a desprivatização do Direito Civil no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE

direito privado / Direito Civil / dogmática, / crise / desprivatização

ABSTRACT

This text is the republishing of a chapter of the 1955 Brazilian classic A Crise do Direito. *It summarizes some of the main points of the book, pointing out the insufficiency of private law theory in the face of changes occurred in Brazilian social structure To account for these changes, it proposes a reformulation of the main Private Law technical concepts. The text is a pioneer in identifying the phenomena of the de-privatization of private law.*

KEYWORDS

private law / Civil Law / legal thought / crisis / de-privatization

O jurista que acompanha a evolução do Direito privado no período compreendido entre a promulgação do Código Civil francês, em 1804, e os nossos dias, verifica que as profundas transformações ocorridas atingiram, de cheio, a dogmática jurídica, impondo inadiável revisão da técnica.

A análise desse processo evolutivo revela duas tendências que não condizem. De um lado, intensifica-se o esfôrço desenvolvido pelos juristas, a partir da última década do século XIX, no sentido de assinalar o desgaste do instrumental jurídico. Do outro, a sua incapacidade para substituí-lo por outra aparelhagem adequada ao novo estilo da produção.

O que se verifica, em suma, é um grande poder de receptividade aos fatos novos, a que não corresponde, porém, aptidão construtiva. Eminentes juristas perceberam a

dissonância entre o direito codificado e as necessidades sociais, demonstraram brilhantemente que os fatos se revoltavam contra o Código, mostraram que as instituições tradicionais estavam em decadência, comprovaram, numa palavra, a imprestabilidade do arcabouço técnico do Direito. Os mais curiosos tentaram interpretar as solicitações da nova ambiência, mas não foram além da mera alteração de sentido dos conceitos básicos, pela crença de que essa variação superficial seria bastante para atender às imposições irresistíveis da realidade social. Outros pretenderam rever os conceitos, mas não ofereceram sugestões dotadas de poder de penetração necessário à sua implantação no terreno da dogmática jurídica.

Como resultado dessa incapacidade de reconstrução, a técnica jurídica permaneceu pràticamente estacionária. Ainda hoje o exame frio de seus elementos, mesmo nos códigos mais recentes, revela o seu atraso. Verdadeiramente, quem desconhecesse as mutações operadas na aplicação dos conceitos jurídicos teria a impressão de que o Direito é quase o mesmo que vigorava no começo do século XIX. As tentativas feitas para a sua remodelação caracterizam-se pela falta de imaginação. Exemplo significativo da esterilidade imaginativa dos juristas é o esfôrço desenvolvido pelo Professor Perreau, no seu famoso ensaio sôbre a técnica da jurisprudência em Direito privado. Quando o jurista se depara com uma dificuldade, oriunda de tendência nova que reclama a reconstrução, vai buscar, nas legislações mortas, termos técnicos sepultados, cometendo, inclusive, o erro de supor que o problema consiste unicamente numa questão de terminologia. Esta forma de transpor obstáculos, seja pelo recurso ao vocabulário do Direito extinto, seja pelo apêlo abusivo a neologismos rebarbativos, não altera, na sua substância, a técnica jurídica. Permanece de pé, em conseqüência, a sentença de Morin, proferida há vinte anos, segundo a qual, sôbre o terreno conceitual, isto é, nas fórmulas e nos conceitos da técnica jurídica, a ordem nova não aparece.

Entretanto, aí está, visível a olho nu. A incapacidade dos juristas para recobri-la com os conceitos e as fórmulas que estejam em concordância com as novas necessidades decorre, principalmente, da fidelidade às matrizes filosóficas do Direito privado, tal como foram fundidas ao calor dos ideais triunfantes no crepúsculo do século XVIII. A persistência dessa filosofia, a despeito dos ataques que lhe dirigem os juristas modernos, explica, em grande parte, o atraso técnico, pois os processos sugeridos para a sua renovação visam essencialmente a harmonizar as novas soluções com o fundamento teórico sobrevivente. Os juristas insurgem-se, com maior ou menor veemência, contra o *individualismo jurídico*, mas, no fundo, conservam o respeito, a admiração e o fervor por essa harmoniosa racionalização de interesses privados. Não externam confessadamente esses sentimentos. Procuram, antes, dissimulá-la. Sente-se, porém, que os conservam, porque, nas suas dissecações mais arrojadas, suspendem o bisturi sempre que percebem que vão atingir a ponto vital. O individualismo, com efeito, permanece com uma fôrça de atração, que, simultânea e paradoxalmente, desencadeia impulsos de ódio e amor.

A veneração que ficou para com a concepção contra a qual investem hoje não provém da tendência conservadora dos juristas, salientada, com razão, pelos que conhecem as resistências dos cultores do Direito às inovações. O *conservantismo* resulta, em grande parte, da influência pertinaz da doutrina que floresceu no século XIX, de que não se libertaram mesmo os que a condenaram e, ainda hoje, a criticam.

Para ter uma idéia mais precisa dessa influência, e compreender mais nitidamente o fenômeno do atraso cultural na órbita jurídica, o processo mais simples e acessível é o de escolher um sistema jurídico como *tipo ideal*, examinando as reações que provocou na doutrina e na jurisprudência.

O tipo mais puro para êsse fim é o sistema jurídico da França, não só pela veemência dos seus traços característicos, mas, também, por ter sido, desde a publicação do Código de Napoleão, o que mais larga e penetrante influência exerceu sôbre a codificação do Direito Civil nos países da civilização ocidental.

A codificação do Direito Civil francês provocou, entre os juristas do século XIX, uma tendência para o seu endeusamento. Deve-se êsse sentimento, possivelmente, à circunstância de ter sido obra legislativa que vem coroar o triunfo progressivo da Revolução, pela sedimentação dos seus ideais políticos na ordem privada, e à sua adequação às necessidades da nova ordem econômica e social, que se erigia sôbre os escombros do antigo regime destroçado. O Código de Napoleão surgiu, nesse momento histórico, como instrumento do progresso social, numa dessas fases em que o Direito escrito, traduzindo anseios e aspirações, se areja com a brisa que sopra do futuro.

É perfeitamente compreensível que os juristas o admirassem com entusiasmo férvido e acreditassem que a sua tarefa estivesse reduzida à interpretação do seu texto. Desde que estava sincronizado com o pensamento dominante, rigorosamente em dia com a História, não se justificavam investigações tendentes a demonstrar que o Direito não correspondia à sua finalidade específica. Era natural que os juristas se deixassem dominar, naquela época, pela impressão de que o Código condensara, em síntese incomparável, todo o Direito Civil e que, na sua aplicação, o que se deveria procurar era tão-somente a intenção do legislador.

Hoje, certas afirmações de jurisconsultos da época soam, em nossos ouvidos, de modo chocante. Costuma-se censurar indignadamente a sentença do Professor Bugnet, famosa por sua significação, segundo a qual, demonstrando o seu entusiasmo apaixonado pela codificação napoleônica, dizia a seus alunos: "Não conheço o direito civil; apenas ensino o Código de Napoleão". Os juristas hodiernos se arrepiam diante da assertiva de Demolombe, no prefácio do seu volumoso *Curso do Código Civil*, com o qual, fazendo profissão de fé, declarava: "os textos antes de tudo; o que publico é um curso do Código de Napoleão; tenho, portanto, que o interpretar e o explicar". Na época, todavia, em que tais afirmações foram feitas eram inevitáveis. O clima histórico em que se produziram, em verdade, não comportava

outras. Devem ser julgadas, pois, com espírito de relativismo, porque, então, êsse apaixonado culto do texto impunha-se, necessariamente, à consciência jurídica.

Sob essa influência floresceram, no século XIX, várias idéias, que se sistematizaram numa doutrina maciça, reunindo os mais notáveis civilistas na Escola da Exegese, cuja orientação foi definida, com segurança e firmeza, por uma atitude inconfundível na história do pensamento jurídico.

A essa Escola pertencem, como seus mais legítimos representantes, dentre outros, Maleville (*Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil*, 4 v., 1804); Proudhon (*Cours de droit français*, 2 v., 1809) ; Toullier (*Droit civil français suivant l'ordre du Code*, 17 v., 1811); Merlin (*Repertoire universel et raisonné de jurisprudente*, 1812); Duranton (*Cours de droit français suivant de Code Civil*, 22 v., 1825); Demolombe (*Cours de Code de Napoleon*, 31 v., 1845); Aubry et Rau (*Cours de droit civil*, 8 v., 1838); Laurent (*Principes de droit civil*, 33 v., 1869); Troplong (*Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, 27 v., 1833); Marcadé (*Explication theorique du Code Napoleon*, 11 v., 1842); Th. Huc (*Commentaire theorique et pratique de droit civil*, 15 v., 1892); Guillouard (*Cours de Code Napoleon*, 19 v., 1892); Baudry Lacantinerie (*Traité de droit civil*, 1882).

Segundo Julien Bonnecase, a doutrina da Escola da Exegese caracteriza-se por cinco traços distintivos: 1.º o culto do texto da lei; 2.º o culto da vontade do autor da lei; 3.° o culto da onipotência jurídica do legislador; 4.º o reconhecimento da existência de um direito natural; e 5.º o respeito à obra jurídica dos antecessores.

Por outro lado, a Escola Exegética distingue-se fundamentalmente pelo *método* que lhe dá o nome. A função do jurista se reduz à interpretação dos textos legais. As obras jurídicas tomam, logicamente, a feição de análise, sob a forma de comentários.

Dos traços característicos da doutrina sobrelevam, evidentemente, os três primeiros: o respeito religioso ao texto, a busca ansiosa da intenção do legislador, a crença ingênua na sua infalibilidade.

De todos os dogmas da doutrina, nenhum, contudo, exerceu influência mais perniciosa do que a fé na onipotência do legislador. Decorre, seguramente, dos dois primeiros. O culto do texto legal e o culto da vontade do legislador conduzem necessariamente à estatolatria. O Direito emanado do Estado cobre tôda a superfície da ordem jurídica. Esse monismo das fontes do Direito estiola todo esfôrço de pesquisa e de investigação do fenômeno jurídico, porque o reduz à legislação promulgada pelo Estado, ditada pela vontade soberana do legislador. sse estado de espírito se define incisivamente numa proclamação de Aubry ao doutrinar que a missão dos professores de Direito era de protestar, sem dúvida moderadamente, mas também com firmeza, contra tôda inovação que se destinasse a substituir a vontade do legislador por uma vontade estranha.

Exatamente por esse motivo, amesquinhou-se o papel da doutrina na elaboração do Direito positivo. Se a função dos juristas, do professor, do advogado, do juiz, deveria consistir unicamente na interpretação dos textos legais, com o objetivo de descobrir a vontade do legislador, a atividade crítica lhe estava trancada e anulado,

por atitude preconcebida, o esfôrço preliminar de qualquer tarefa construtiva. O legislador mesmo ficava privado dos instrumentos que a doutrina lhe poderia oferecer para captar o Direito na fonte cristalina em que borbulha. A conseqüência inelutável dessa atitude não se fêz demorar. Ao se comemorar o centenário do Código de Napoleão, a impressão geral era de que estadeiava a sua senilidade.

Antes de finar o século, que enchera com o eco de seu verbo altissonante, a reação contra a doutrina e o método exegéticos eclodira com admirável vigor, capitaneada, na França, pelo vulto preclaro de Geny. É verdade que o primeiro grito contra o dogmatismo reinante partiu da Alemanha, onde Adicres, em 1872, contestou o valor da lei na produção do Direito, e ressaltou o papel que cabe ao juiz. Mas é na obra de GENY sôbre o método de interpretação e as fontes em Direito privado positivo e, posteriormente, nos seus exaustivos estudos sôbre a ciência e a técnica jurídicas que a condenação dos processos da Escola Exegética adquire conteúdo sistemático.

Desde então, a análise crítica ganha profundidade quando investe contra a ficção da suficiência do Direito escrito e a destrói pela demonstração de que a lei não contém todo o Direito. Assinalou-se a impossibilidade de prever, em textos legais, a solução de tôdas as situações que a complexidade opulenta da vida social equaciona a cada instante.

Esclareceu Saleilles que o legisilador, devendo proceder mediante idéias gerais e fórmulas abstratas, abria necessariamente inúmeros claros, por tal forma, que um Código sempre contém inevitáveis lacunas. O mais importante, porém, foi o reconhecimento de que a lei, emanada da vontade do legislador, a ela não ficava vinculada. No admirável prefácio que escreveu para a obra de Geny, o mesmo Saleilles observou, atiladamente, que, publicada a lei, "desenvolve-se um princípio que se encontra no futuro como isolado e independente da vontade que lhe deu vida, do qual se faz uma nova *individualidade*, que também se desenvolve por si mesma, proporcionando-lhe uma existência fictícia, destacada da vontade do legislador e freqüentemente em oposição , a ela". Verifica-se, em suma, uma variação de conteúdo dentro da mesma forma, como atesta a obra notável da jurisprudência.

Estava aberto o caminho para investigação do Direito, sem as peias que o prendiam ao clima histórico do dogmatismo dos fetichistas do texto legal. Não interessa indagar se o método de interpretação preconizado pelo fundador da Escola da Livre Investigação Científica pode ou deve ser aceito em tôdas as suas conseqüências. A *revolução metodológica* importa, sobretudo, porque valoriza o papel do jurista e reintroduz a doutrina na sua função, fecunda e insubstituível, de fonte indireta do Direito. O reconhecimento da missão alta que incumbe aos cultores da ciência jurídica produziu, sem demora, efeitos proveitosos, e êsse é o grande mérito da Escola Científica. Desde então, abandonados os dogmas da Escola Exegética, a crítica ao direito vigente irrompeu, veemente e fecunda.

A reação toma o sentido de crítica ao conteúdo e à forma de Direito privado vigente. A corrente de pensamento, que na obra de Geny tem uma de suas mais poderosas

fôrças de propulsão, vem carregada de energia filosófica, mas não se exaure na eletrocução dos princípios, dos postulados, dos dogmas caldeados na fornalha da Revolução Francesa. O divórcio entre a lei e a nova realidade é proclamado com um acento estridente, mas as suas conseqüências não são esquecidas. Verificando-se que a própria noção de Direito, deduzida da filosofia do Código Napoleônico, deixara de corresponder às novas solicitações da consciência social, enriquecida pela interpretação dos fatos novos, os juristas inconformados compreendiam que a técnica jurídica reclamava reforma. Dessa compreensão resultou a atitude singular e curiosa que vieram a assumir. Os ataques dirigem-se preferencialmente contra os conceitos cristalizados na ordem superada.

Duas razões principais ditam esse comportamento. Primeiramente, o receio de investir frontalmente contra os fundamentos filosóficos do sistema jurídico decorrente da convicção conservantista de que o desgaste estragara apenas algumas peças da máquina. Em segundo lugar, porque a mora do Direito revelava sinais mais concretos nos processos de sua revelação.

O Código de Napoleão era a expressão jurídica das idéias da Revolução Francesa. Os esforços empregados por Portalis, no famoso *Discurso preliminar*, para demonstrar que seus redatores não estavam imbuídos do espírito revolucionário, não convenceram, porque, se êles não sacrificaram violentamente os direitos para servir à política, foram envolvidos na atmosfera cultural que recobria a realidade nascente daqueles dias heróicos. Pode haver ênfase na afirmação de Leon Duguit, segundo a qual o Código Civil francês foi uma simples dedução da declaração dos direitos do homem e do cidadão, mas a síntese é exata na essência última. Os intérpretes máximos desse corpo de lei, Aubry et Rau, salientaram a perfeita correspondência entre os dados sociais da época e as regras do Código. Nem foi por outro motivo que emprestaram à sua obra clássica um cunho eminentemente técnico. A correspondência não resistira a um século de vida, mas os juristas, que testemunhavam o atraso, não compreenderam, em sua maioria, que as transformações sofridas por esses dados sociais geravam, nas suas entranhas convulsas, concepções diametralmente opostas. Persuadiram-se de que o processo de esclerose do Código poderia ser detido com enxêrto de glândulas rejuvenescedoras.

Por isso concentraram o fogo sôbre a técnica. Mas não só por isso. Através da crítica à forma se atingia indiretamente o conteúdo, porque a mudança dos meios influi, maior ou menormente, nos fins.

Nem havia acesso mais cômodo para alcançar o planalto filosófico.

A técnica jurídica caracteriza-se "como conjunto de meios e de processos, através dos quais as regras do direito se elaboram, aparecem, transformam-se, aplicam-se e se extinguem". Geny a definira como a *forma* oposta à *matéria* e Brethe de la Gressaye e Laborde Lacoste, numa obra de 1946, ainda viam, na oposição clássica do *fundo e da forma*, o melhor critério para distinguir a *ciência do direito*, que fornece os elementos da norma em estado bruto, *da técnica*, *que* a informa, transforma, modela e modifica, para introduzi-la em determinada fôrma. Foi Demogue, contudo,

quem a conceituou com maior latitude, ao considerar *que* seu objeto é o conhecimento dos meios pelos quais uma regra ideal de conduta adquire os caracteres da positividade e se transforma em regra jurídica obrigatória.

Êsses meios e caminhos diversificam-se. Dos *conceitos à terminologia*, passando pelas *construções* e pelas *ficções*, tudo são processos intelectuais destinados a revelar o Direito.

Dentre êles sobreleva, sem receio de contestação, *o conceito*. O Direito é eminentemente conceitual. Precisa das noções gerais. Sem elas, não seria possível entendê-lo. O que se quer é que essas abstrações sejam imbuídas de dados da realidade, para que não percam seu sentido funcional.

Acreditam alguns no dualismo gradativo dos conceitos, entendendo, como Djuvara, professor da Universidade de Bucarest, que há *conceitos imutáveis*, sob a forma de idéias gerais, que condicionam todo o conhecimento jurídico. Pouco importa. O que interessa frisar é que, na sua maioria, os conceitos são *mutáveis*, porque inferidos da observação das necessidades sociais pela mentalidade dominante. sses conceitos evolutivos são os que definem o processo de desenvolvimento do Direito. Não são unicamente aquelas construções do espírito destinadas a sintetizar as soluções do direito positivo, como quer Gaston Morin. São abstrações que esquematizam a realidade emergente dos dados da vida social.

Dêsse modo, a exata conceituação é o processo técnico mais preciso para favorecer e, por vêzes, precipitar a evolução jurídica.

Os juristas que se rebelaram contra o individualismo do Direito privado do século XIX assestaram baterias contra a técnica jurídica dominante nessa época, visando especialmente aos conceitos e aos métodos de interpretação.

A crítica foi severa e arguta. Mas a construção falhou. A grande lacuna da Escola Revisionista reside na sua incapacidade de produzir e articular novos conceitos, através dos quais a nova ordem jurídica, que se afirma, e se anuncia, e se mostra impacientemente, pudesse ser reconhecida e identificada por seus traços fisionômicos. Há vinte anos, um dos grandes pioneiros do reformismo juridico, o Professor Gaston Morin, assinalava, em sentenças incisivas – que, no fundo, são uma confissão melancólica –, o fracasso da doutrina diante das novas situações. No terreno real – dizia êle – é uma ordem jurídica diferente daquela do Código Civil que parece debuchar-se, mas no terreno conceitual essa ordem nova não se revela.

A corrente revisionista atacou a técnica por ser o flanco mais exposto à sua penetração. Mas nem mesmo aí conseguiu desbaratar o velho conceitualisrno.

Sabe-se que o seu mais aguerrido e audacioso adversário foi, paradoxalmente, um professor de Direito Público: Leon Duguit. Em conferências memoráveis, assinalou, com uma clareza meridiana e um vigor másculo, as transformações gerais do Direito privado. Fêz a crítica do sistema privado então vigente sob uma forma concisa, verdadeiramente atraente, embora estivesse imbuído de concepções originais que provocaram forte reação, especialmente no domínio filosófico. No seu desencanto pelos

conceitos tradicionais, que não mais correspondiam à realidade social nascente, Duguit chegou ao extremo de negar o conceitualismo jurídico. Seus excessos doutrinários não importam. O que importa assinalar é o insucesso de sua tentativa de reconstrução. Sua penetrante análise dos atos jurídicos o conduziu a uma revisão total da teoria dêsses atos, mediante a qual sistematiza e classifica espécies que a técnica tradicional não distingue. Alguns dos novos conceitos, como o de *ato-condição*, difundidos por Scelle, Jèze, Bonnard, e tantos outros, penetram, sem grande aceitação, na técnica jurídica. Outros foram repelidos, ou esquecidos. Falta ao seu esfôrço construtivo aquêle impulso que o elevaria ao plano de uma síntese que se inculcasse aos espíritos como esquematização conceitual irrepreensível. Viu-se, na sua crítica, uma obra demolidora, que, para Hauriou, seu grande contraditor, dá a impressão de infecundidade e desolação.

Os outros não tentaram reconstruir com o mesmo arrebatamento. Perspicazes na crítica, contudo limitaram-se a clamar pela necessidade de revisão do Direito. Registraram a decadência da lei e do contrato, o atraso do Direito, a impotência das leis, mas não ofereceram elementos para a nova dogmática jurídica, que os fatos vêm reclamando insistentemente desde o comêço do século.

As conseqüências desse estado de carência da doutrina mostram-se hoje perniciosas à evolução jurídica. A técnica é confusa. Os conceitos são vacilantes, não tendo mais a firmeza e a precisão, que lhes são indispensáveis.

As ficções clássicas se desgastam, e como são as molas de seguimento do motor jurídico, tiram-lhe a disposição. As classificações se esgalham para abarcar novas categorias e se retorcem para alcançar categorias rebeldes. As construções se multiplicam ao sabor de impressões superficiais e ocorre, nos domínios da jurisdicidade, aquêle fenômeno assinalado por Pascal, num pensamento lapidar: "a realidade fecunda e a imaginação não concebe". Por fim, a própria terminologia, outrora tão correta, tão precisa, tão escorreita, resvala para a ambigüidade e para o preciosismo. No vocabulário jurídico, muitos têrmos adquirem sentidos múltiplos e se amiúdam os conceitos-proteus, a que se refere a Du Pasquier.

O esnobismo científico o abarrota de neologismos extravagantes, que aumentam a confusão. Em todos êsses processos da técnica do Direito observa-se a incapacidade dos juristas reformistas para a sua atualização.

Uma análise suscinta das instituições básicas do Direito civil hodierno revela a pobreza do espírito inventivo dos juristas. No direito de propriedade, no direito das obrigações, no domínio da responsabilidade civil, as construções doutrinárias não se fincam em terreno consistente, os conceitos novos são flutuantes e elásticos e a terminologia inadequada e imprecisa.

Ainda não se soube interpretar, com clareza e exatidão, o significado da evolução do direito de propriedade nestes últimos tempos. As teorias que a explicam não passam de um esfôrço descritivo, que se esgota no momento em que deve passar para a síntese conceitual. Quando saem da simples descrição de aspectos, falham. Embora se

enfeitem com metáforas brilhantes e se apresentem dotadas de grande poder sugestivo, não resistem à mais profunda análise, pois até no terreno da lógica malogram. Os esforços de Josserand, Duguit e Morin para justificar o novo sentido do direito de propriedade não satisfazem, a despeito da aparente virtuosidade de suas teorias. Sem dúvida, é irrecusável o influxo de suas idéias na evolução legislativa dêsse direito subjetivo. Códigos modernos introduziram *o elemento social* no conceito de propriedade, mas essa transformação não encontra explicação doutrinária satisfatória na concepção da relatividade dos direitos ou na idéia de que o proprietário exerce uma função social.

Difunde-se a noção de que esse Direito no qual se concentra o supremo poder do Homem sôbre as cousas deve sofrer as mais severas limitações, em extensão e profundidade, para que o equilíbrio social, necessário à preservação da paz entre os homens, seja mantido. Mas diversos fatos novos, que estão gerando situações jurídicas originais, são atraídos para o hemisfério do Direito sob a fórmula esdrúxula e imprópria de *novas propriedades*. Despe-se a propriedade tradicional das cousas de suas vestes talares, que se reconhecem fora de moda, e quando novos poderes sôbre novos bens reclamam regulamentação jurídica, retira-se do museu a velha túnica dos romanos para recobrir os fatos novos. Como não é fértil a imaginação dos juristas, procuram explicar as situações novas com o auxílio do velho conceito. Assim, ao lado da propriedade, garroteada de todos os lados, cresce e floresce a *quase propriedade*, haurindo da atmosfera, onde se diluem os caracteres evanescentes do domínio quiritário. O poder reconhecido hoje a certas categorias de pessoas, como os inquilinos, os parceiros, os comerciantes, os empregados e tantos outros se robustece e os juristas atônitos, diante da necessidade social de os garantir, vão buscar na idéia de propriedade, mui desmoralizada, o substrato teórico de sua justificação.

No direito das obrigações, a confusão não é menor. A idéia de *contrato* dilata-se para abranger situações que a negam. Sob essa denominação, e no seu espírito, inúmeras relações jurídicas se disciplinam, pelo recurso grosseiro e presunções, que sacrificam inteiramente o papel da vontade da sua formação. Dissociações extravagantes se admitem, transpondo para o mundo objetivo a separação de aspectos da mesma realidade, cindíveis, apenas, por abstração do espírito, como ocorre com a dissociação do contrato e da relação de emprego ou do contrato e da locação. Controvérsias intermináveis lavram sôbre a valorização do fim das convenções, porque os juristas hesitam em reconhecer que todo contrato tem função econômica específica, que é a sua causa final. Presunções arbitrárias de vontade e de intenção são criadas para encaixar situações jurídicas na moldura do contrato, porque as novas categorias não encontram a necessária armadura técnica. Em suma, a técnica do direito das obrigações se subverte por incapacidade da doutrina de lhe proporcionar novos quadros.

No domínio da responsabilidade civil, a tortura dos juristas é angustiante. Poucos perceberam que as novas situações exigem novo modo de equacionar o problema. Mais do que nunca, o dever de indenizar o dano causado a outrem precisa da fôrça

coercitiva do Direito. Para que seja cumprido, de acordo com os novos ditames da consciência social, não há mais que indagar se o agente foi culpado. A questão não é mais de responsabilidade, propriamente dita, mas de simples distribuição dos riscos, de predeterminação dos que devem suportar o prejuízo, independentemente da idéia de culpa. Falham, porém, os critérios, porque os fundamentos apresentados pelos partidários da teoria objetiva não possuem teor psicológico de densidade teórica satisfatória. O recurso às presunções de culpa denotam a insuficiência de renovação técnica e o gôsto pelos subterfúgios, mas, também, a incapacidade de levar até às suas últimas conseqüências o desdobramento lógico das sugestões da realidade social, que solicitam visivelmente a socialização da responsabilidade.

Mister não se faz, porém, descer a particularidades para sublinhar os defeitos e as lacunas da técnica do Direito privado nos dias fluentes.

De todos os vícios que a contaminam, nenhum mais grave, nas suas conseqüências, do que a deliberada dissimulação das transformações que agitam a ordem jurídica atual, na sua evolução irresistível. Por dois processos se vem conseguindo esse objetivo. O primeiro consiste na preservação do *vocabulário jurídico*, por sua defesa intransigente contra qualquer inovação terminológica. O segundo, no abuso das *ficções*. Conservando as mesmas palavras para designar situações diferentes, evita-se que "a massa dos homens adquira consciência imediata das transformações sociais". Sob a denominação de contrato, por exemplo, travam-se inúmeras relações jurídicas nas quais a vontade de uma das partes não exerce a sua função específica e criadora. A sobrevivência do vocábulo conduz ao absurdo conceitual do *contrato obrigatório*, mas a maioria não percebe que a situação deixou de ser verdadeiramente contratual e se comporta como se estivesse na atmosfera dessa instituição jurídica. Alega-se que a vantagem dêsse expediente reside na adaptação insensível da massa às transformações sociais. A invariabilidade terminológica encerraria o Direito numa cabine compensada, para manter artificialmente condições de vida que a pressão externa não permite mais. Os inconvenientes dêsses processos de dissimulação são manifestos. Primeiramente porque é a consciência dessas transformações que impulsiona o pensamento jurídico, uma vez que a sua verdadeira função consiste em assimilar aquelas aspirações sociais, que, por sua generalidade e intensidade, se impregnam de substância jurídica. Ocultar as transformações atrás dessa cortina de fumaça é pretender acompanhar a marcha da evolução do Direito, estugando o passo. Em seguida, a impressão da inalterabilidade domina os próprios técnicos, sejam êles legisladores, juízes ou advogados. Na lei, são inevitáveis as interferências de aspectos da instituição que emprestou o nome à nova situação jurídica. Na jurisprudência, os critérios dominantes na aplicação das regras disciplinadoras do instituto que proporcionou a denominação são utilizados como se a coincidência não fora apenas terminológica. Basta considerar, por exemplo, o inconveniente de interpretar os contratos de adesão de acordo com as regras adotadas para a exegese das

cláusulas genuinamente contratuais. Por fim, é inqualificável o deliberado propósito de *camuflar* a realidade pelo temor de declará-la.

O segundo processo consiste no uso imoderado das *ficções*. Sempre se lhes reconheceu a utilidade, como um dos meios indispensáveis de que se serve a técnica jurídica para alcançar os seus fins, a despeito de seu artificialismo imanente. Diz-se que *a ficção jurídica* é a consagração da mentira, porque tem por verdadeiro o que é falso, a fim de se chegar a um resultado que se reputa conveniente. Essas *mentiras convencionais* estão sendo empregadas com desenvoltura. Carregando nas presunções arbitrárias, os juristas recorrem freqüentemente a êsse processo de disfarce da realidade, graças ao qual, como observa Gaston Morin, mascaram-se as novas soluções, vinculando-as aos velhos conceitos, que são aparentemente respeitados, mas cujo conteúdo é sistemàticamente alterado.

Deste modo, a técnica jurídica se transforma na *apoteose* do *subterfúgio* falhando na sua finalidade, mentindo aos seus propósitos, fugindo à sua missão. O jurista que concorre para essa frustração apeia-se da sua eminente dignidade para a subserviência do papel de empreiteiro de *camuflagem*. Porque essa atitude tem encontrado seguidores, conscientes ou inconscientes, o descrédito do Direito perante as massas se acentua assustadoramente, como se aprofunda o desencanto dos que buscam na seara jurídica a resposta para as suas angústias, as suas esperanças e as suas incompreensões.

A intrepidez no combate ao velho sistema anula-se inteiramente quando chega a hora de reconstruir. Tem-se a impressão de que o temor do fracasso inspira *fugas profiláticas*. O que submergiu na torrente destruidora vem à tona, como se o espírito de rotina retornasse, de cada imersão, à superfície das águas revoltas, para lhe presidir o curso. Sob a influência da tirania do passado, a razão, atordoada e intimidada, e por vezes cautelosa e fascinada, procura argumentos, para continuar a crer no que não acredita. Os conceitos se tingem de um matiz que lhes disfarça a essência última. A técnica jurídica, assim tratada, deixa de ser uma representação fiel do momento evolutivo do Direito nos dias correntes.

À doutrina se reserva, em conseqüência, grave missão, de alta responsabilidade. Cabe-lhe, com urgência, a tarefa de "construir sistemàticamente a armadura técnica da nova ordem jurídica".

Não é possível desconhecer que essa tarefa, a despeito da sua orientação errônea, já foi encetada, e tem produzido alguns frutos, como testemunham leis e códigos recentes. Mas, em verdade, seu objetivo é muito mais amplo e mais profundo, porque não se cumprirá senão no dia em que se houver realizado completamente "a estabilização jurídica das transformações sociais", que outros processos de racionalização têm revelado.

Para atingir a êsse fim, o que sobretudo importa é a escolha do processo. Não se dará à nova ordem a utensilagem adequada se se persiste no propósito de disfarçar as realidades inovatórias sob o manto da velha técnica. É preciso dominar a tendência do espírito para sobrevalorizar as construções do passado, como é necessário controlar a sua inclinação contrária para a apoteose do momento em que vive. São

duas tensões antagônicas que podem produzir equilíbrio, se a fôrça da tradição não inspirar imaginários mêdos e fobias ingênuas, e se a fôrça do progresso não despertar fúrias iconoclastas ou "fugas para a frente".

Na disposição de espírito que convém ao cientista verdadeiro, o jurista contemporâneo pode cumprir a grande missão que a história lhe destinou, na derradeira metade do século XX.

Importa determinar, porém, o modo pelo qual deve proceder. Segundo Gaston Morin, cumpre-lhe, primeiramente, depreender, com precisão, as soluções positivas da lei e da jurisprudência e, depois, confrontar essas solucões com as exigências econômicas do momento, as necessidades sociais e as reclamações da consciência coletiva.

Êsse é o papel da doutrina. Nesta fase da história, reconhecendo que os conceitos extraídos do Direito positivo do século XIX não coincidem com a realidade social dos dias hodiernos, não atendem às atuais exigências econômicas, não respondem às novas necessidades sociais e não satisfazem aos reclamos da consciência coletiva, a missão dos juristas é substituí-los corajosamente. Adaptar o novo ao velho, tomando as suas idéias e os seus preconceitos como a medida das cousas, é processo de frustração.

Mas por isso mesmo que a primeira operação consiste em verificar a correspondência entre *a realide* e *os conceitos*, o jurista-sociólogo está obrigado a interpretar essa realidade, visto como não pode percebê-la senão através dêsse processo. Tôda dificuldade reside, pois, na apreensão da matéria-prima que se deposita nas fontes reais do Direito, e na sua seleção para transformá-la.

Provém essa dificuldade da insuficiência do instrumento de apreensão dos dados fornecidos pela realidade social. Já se disse que o espírito é um complexo no qual entram as funções do corpo, os impulsos instintivos, as tradições, as impressões infantis, as reações convencionais e o conhecimento transmitido. Via de regra, como assinalara Pasteur, a incapacidade de pressentir os fatos novos e de os aceitar, quando descobertos, é a fonte do êrro consagrado, que torna os espíritos infecundos.

Atribui-se o conservadorismo proverbial dos juristas à tendência para economizar os meios, a que se refere Ihering. Mas o que ocorre com os juristas, em verdade, não é preguiça intelectual. Pertencem êles a uma camada social cuja concepção do mundo é conservadora e a ela pertencem, por afinidade ideológica, resultante das irradiações do próprio material que trabalham. Destinados a movimentar a máquina jurídica, como operários qualificados que são, integram necessàriamente o grupo que fornece à sociedade a interpretação do mundo que lhe convém em determinado momento histórico. Ora, os estudos mais recentes da Sociologia do conhecimento mostram que "não são os homens em geral que pensam, nem mesmo os indivíduos isolados, mas os homens dentro de certos grupos". O pensamento tem raízes sociais, embora seja individual. Sendo êles inclinados a pensar de acordo com as significações emprestadas pelo seu grupo à ordem de cousas vigentes, consagram como eterna a situação ocasional em que vivem, encouraçando-se contra tôda idéia que possa atingi-la ou abalá-la. O ângulo por

que vêem a realidade subjacente está limitado pela posição em que se encontram. Convervam-se num ponto em que o seu horizonte visual não vai além daquele *conservantismo evolucionista* que Savigny defendia e exaltava na crença de que os juristas "ocupavam um lugar especial na sociedade como intérpretes do espírito do povo".

É essa integração profissional dos juristas na ideologia dominante que explica a sua inércia na reconstrucão da técnica jurídica, embora tenham pressentido a necessidade de a substituir. Por mais que reconheçam a natureza mutável das instituições jurídicas, por mais que verifiquem que o fenômeno jurídico é um fato condicionado històricamente, sentem a necessidade psicológica da estabilidade, e se voltam, sob tôdas as formas, até as mais paradoxais, para um direito que responde a êsse sentimento, um *direito natural irredutível*, tão tirânico do seu espírito, que chegam a admitir, contraditòriamente, que tenha conteúdo variável.

Uma conclusão desoladora poderia ser inferida da concepção de que o pensamento jurídico tem raízes que o vinculam à ordem dominante.

A essa inferência só se poderia chegar, porém, se admitíssemos que a ignorância da realidade social a elimina.

Em verdade, se as realidades brutas da vida social só se transformam e se cristalizam em conceitos e preceitos jurídicos mediante processos intelectuais que geralmente os deformam, não se pode duvidar de que o pensamento, embora condicionado, é capaz de romper os laços que o limitam, antecipando verdades que palpitam no futuro ou fixando conceitualmente perspectivas que o conservantismo pretende obstruir. O conflito histórico das idéias, ou, para usar o vocabulário de Manneheim, o binômio *ideologia e utopia*, revela o poder do pensamento de avançar o sinal.

Os juristas, lidando com os interêsses que se espiritualizam por uma racionalização sublimada, colocam-se numa posição que, ao mesmo tempo, encurta e dilata o ângulo de observação. Situados em plano mais elevado, podem libertar-se das limitações de sua perspectiva, para apreender o sentido da marcha que o Direito deve acompanhar.

Na elaboração do Direito positivo, cabe à doutrina o papel de criar a nova dogmática jurídica pela qual espera a ordem que aí está, transbordante de vitalidade, mas, minguando na sombra melancólica de conceitos antiquados, que monopolizam a luz e o calor do pensamento jurídico. Se é certo que as noções mumificadas não são menos perigosas do que as fórmulas inovadoras inadequadas, a verdade não está com Horvarth quando afirma que a tirania das idéias abortadas é tão dura e constrangedora quanto a tirania dos conceitos caducos. A precipitação da evolução jurídica é menos nociva do que a mumificação das idéias defuntas. Mas nem o perigo de aborto ameaça a nova técnica do direito. Ao termo da primeira metade deste século XX, o processo de gestação chega a seu fim. A nova ordem jurídica está apta a receber os eflúvios da doutrina, que tardam.

No entanto, ela ainda não se compenetrou do seu papel, de aparadeira, na hora presente. Os juristas-sociólogos não apanharam a realidade jurídica nova, na opulência

de suas sugestões, para construir sôbre esse terreno acrescido o bloco granítico, de linhas funcionais que, a um tempo, revele o sentido da nova ordem jurídica e o senso artístico de sua construção.

Cabe-lhes a tarefa de construí-la, ligando e fundindo os elementos esparsos num todo homogêneo, para que à desordem das condutas não se venha ajuntar, como lembra Dabin, uma desordem mais monstruosa: "a desordem no próprio ordenamento que pretende fazer reinar a ordem".

Para atingir o objetivo de racionalização jurídica da realidade social, o jurista constrói incessantemente. Segundo Du Pasquier, a atividade construtora diversifica-se em três planos, dos quais são mais importantes os que se reservam à *sistematização* e à *criação*. A construção sistemática "consiste em reunir numa idéia geral regras diversas que a tôdas explica, num conceito que as religa entre si". A construção criadora "parte da observação da vida real, para inferir conceitos adaptados ao tempo". No primeiro caso a operação consiste em estabelecer "relações puramente lógicas entre regras e conceitos". No segundo, em criar os conceitos em que se condensem os fins da política jurídica, para a moldagem das realidades sociais.

Os esforços que têm sido empregados, tanto para a sistematização como para a construção, não revelam rendimento apreciável. Possivelmente o atraso da técnica do Direito, a pobreza do novo conceitualismo jurídico, se deve em grande parte às hesitações e tergiversações que fervem no caldeirão da política jurídica. Mas os juristas, dedicando-se à construção sistemática, podem favorecer e estimular a construção criadora, porquanto a expansão das fôrças sociais jurígenas, longo tempo reprimidas e comprimidas, tem determinado a formação desordenada de regras, de cunho aparentemente circunstancial ou isolado, nas quais se concentram, todavia, tendências gerais.

A reconstrução sistemática do Direito se apresenta, dêsse modo, como o mais instante cometimento que clama e reclama pela dedicação dos juristas que não traem, dos teóricos que não empregam a inteligência e o saber para deformar a realidade social no propósito de arrefecer o calor de suas sugestões.

NOTAS

1 "Republicação de capítulo da obra A Crise do Direito, São Paulo: Max Limonad, 1955, pp. 234-255, com autorização de Marcelo Gomes, presidente da Fundação Orlando Gomes."

Orlando Gomes

ESBOÇO HISTÓRICO SOBRE O TERMO RESPONSÁVEL (1977) © DALLOZ

Michel Villey

HISTORICAL NOTES ON THE TERM "RESPONSIBLE"

TRADUÇÃO *André Rodrigues Corrêa* [1]

RESUMO

O texto busca identificar o sentido propriamente jurídico do termo responsável partindo do Direito Romano. O autor reconstrói as mudanças pelas quais o termo passou ao longo da história com a finalidade de ressaltar o caráter moral da responsabilidade muitas vezes subestimado pelos juristas.

PALAVRAS-CHAVE

responsabilidade / história / teoria / Direito Civil / moral

ABSTRACT

After a historical analysis of the changing functions of the term responsible, *the text identifies its legal use, arguing that it contains a moral connotation The author claims that this moral sense tends to be underestimated by lawyers*

KEYWORDS

torts / history / theory / Private Law / morals

Um fato me espanta quando, a respeito do tema deste seminário, ouço falar os juristas: constato que o assunto em torno do qual gira nosso debate, sobre o qual se edificam as doutrinas da "responsabilidade penal", da "responsabilidade civil", tem duplo sentido.

Assim, sobrelevando as questões de fundo, esboçaremos a história de um termo: digo *história*, pois penso que a polissemia do termo "responsável" é o resultado de sua evolução; e que, em distinguindo as várias camadas sucessivas de sentidos acumulados sobre o mesmo vocábulo, revelando as estruturas semânticas diversas ou os diversos sistemas de pensamentos, conseguiremos clareá-lo.

Nossa hipótese será a mesma que utilizamos em relação a outros termos da linguagem do direito:

1º Na linguagem de origem romana, encontro uma primeira acepção especificamente *jurídica*.

2º Acolhida na Europa, transposta para um outro mundo, esta linguagem se alterou. Mostramos, por exemplo, como o termo *obrigação*, proveniente da linguagem jurídica romana, uma vez apossado pelos moralistas modernos, teve alterado seu significado.[2] O mesmo ocorrerá com o termo "*responsável*".
3º E hoje desses dois sentidos resulta um ecletismo confuso.

1 Primeiro sentido, jurídico, do termo

Todo especialista na linguagem do *direito* deve começar pelo latim. Se a intelectualidade atual não se preocupa de modo nenhum com as questões de direito, na cidade romana elas eram centrais. Isto já era perceptível na Grécia, nos oradores, trágicos e filósofos.

Na tradição romana, descobriremos um conceito que, proveniente da experiência do direito, convém à ciência jurídica.

1.1 etimologias

Em nosso caminho (como foi o caso no ano anterior em relação ao termo "Estado")[3] surge um obstáculo: o termo "responsabilidade", tão bem-sucedido na doutrina jurídica contemporânea, não existe em direito romano. Ele não aparece nas línguas européias antes do fim do século XVIII[4] e seu uso efetivo não começa senão no século seguinte.

Mas cultuo demais a Roma para sucumbir ao obstáculo. Basta que esse neologismo tenha, no direito romano, suas *raízes*. "Responsável" encontra-se presente, pelo menos após o século XIII, no direito erudito,[5] e se torna corrente sob o Antigo Regime por intermédio de *responsum*, derivado de *respondere*. Começemos por uma pesquisa etimológica.

1.1.1 "Respondere" – "responsa"

Respondere por sua vez reenvia-nos a *sponsio*, instituto que possuía um lugar fundamental no direito romano arcaico – e a *spondere* (daí *sponsus*, esposo, noivo)... O *sponsor* é um devedor; o homem que no diálogo da "estipulação", por uma resposta afirmativa à questão do "estipulante", futuro credor, vincula-se a uma prestação; por exemplo, com sua esposa, a convolar justas núpcias. O *responsor* era especialmente a garantia; em outras palavras, ele era obrigado a *responder* pela dívida principal de outrem.

O termo *responder* implica conseqüentemente a idéia de se colocar como *garante* do desenrolar dos fatos vindouros. E assim ainda ecoa na linguagem do século XIII. Como a maioria dos autores de nossos dicionários prefere ignorar a literatura jurídica, retira seus exemplos quase que exclusivamente da linguagem ordinária, porém resta claro que derivam do direito.

Chrysale em *Femmes Savantes*:[6]

"Eu *respondo* por minha mulher e ocupo-me eu do assunto".

E, por metáfora, Corneille:

"E saiba que seus dias *responderão* aos dele".

Cf. Léon Daudet:

"Poucas mulheres podem responder por sua virtude, mesmo quando são naturalmente fiéis".

É verdade que, em um sentido muito amplo, *respondere* será responder a não importa que sorte de questão, ao longo de um diálogo. O jurista romano *respondia* a quem o consultava, e nós elencamos as *responsa* dos jurisconsultos entre as fontes do direito romano. Mais especificamente *respondemos* a uma exigência, fazemos frente a um dever, a um ônus que nos incumbe. Demanda-se aos devedores de *respondere creditoribus* (fórmula comumente utilizada nos textos romanos). Surpreende-me que neste seminário, diferentemente do que ocorria em Roma, onde constituía o cerne da questão, a espécie de responsabilidade que denominamos "contratual" não tenha chamado a atenção.

Estar *obrigado* a cumprir uma obrigação, esta é a situação daqueles que deverão "responder à justiça", desempenhando o papel de réu. Tradicionalmente, o menor estava dispensado: "o menor, destaca Loisel, não possui voz, nem responde à corte".

1.1.2 "Responsável" – "responsabilidade"

Procuraríamos em vão o análogo do termo "responsável" (*responsabilis*) nos dicionários latinos. Ele não surgirá senão na Idade Média. Talvez seja um termo mal forjado. Em boa lingüística, deveria ter sido construído sobre o passivo do verbo responder. Da mesma forma como verificável equivale a dizer: que pode *ser* verificado, "responsável" deveria se aplicar à *demanda* suscetível ou não de uma resposta. Assim neste texto do século XIV, citado por Littré:

"A isso responderam os mestres que a demanda dos tecelões não era responsável,[7] pelo que declararam na demanda e pela posição que os tecelões ocupavam".

A demanda não é admissível, não será, portanto, respondida. Mas, afinal de contas, como a linguagem possui suas fantasias, o novo adjetivo se prende ao sujeito ao

qual incumbe ativamente dar uma resposta. O dicionário, novamente, não me oferece senão exemplos literários:

Pascal:

"Todo o corpo dos jesuítas é *responsável* dos livros de cada um dos nossos Pais".

Voltaire:

"Cada soldado é responsável pela glória da nação".

Quanto à "responsabilidade", o primeiro emprego encontrado pelo senhor Henriot[8] está numa fórmula de Necker: "A confiança neste papel nasce da *responsabilidade* do governo". O valor de um título é acrescido pela garantia que lhe empresta o governo: pode-se exigi-lo perante o Estado.

1.1.3 Observações

De todos os textos anteriormente citados, concluirei que em origem *responder* ou ser *responsável* não implicava de maneira alguma a culpa, ou mesmo o fato do sujeito submetido. Não era por culpa sua que Chrysale cria poder "responder" por casar sua filha com Clitandre. Da mesma forma, nenhum ato culposo é pressuposto para que o devedor romano deva "responder aos credores", ou o possuidor de boa-fé em razão de certos frutos produzidos pela coisa. Último exemplo, contemporâneo: o senhor decano Carbonnier é o "responsável" pelo doutorado em sociologia jurídica, o que o *obriga* a trabalhar de graça. Não sei por culpa do que demos a ele esse título.

Existe, então, um primeiro grupo de acepções do termo *responsável*, provenientes da linguagem romana, aparentemente muito distantes da proposta deste seminário. Se, portanto, chamei a atenção para esse primeiro sentido foi porque ele é apropriado às necessidades do direito.

1.2 Corolário: o regime romano de reparação dos danos

Deixo agora a semântica, mas busco seus corolários: na tradição jurídica romana, existe um sistema de reparação ou repressão de ilícitos, civis ou penais; como dizemos, os "responsáveis" por certos danos. Mas responsáveis em razão de que causa?

Todos sabem que a máxima segundo a qual cada um deverá reparar o dano produzido por sua culpa não tem origem no direito romano. Em vão procuraríamos no *Corpus Iuris Civilis*. Ora, essa lacuna não provém de uma pretensa inaptidão dos romanos para com fórmulas abstratas (esses infelizes juristas romanos não possuíam seus diplomas de bacharelado em direito); não, os romanos eram capazes de pensamento abstrato, mas seus conceitos fundamentais, é necessário buscá-los no *Digesto*.

Não se encontram considerações gerais sobre o termo "responsável". Mas outros princípios: no livro Primeiro do Digesto, há uma definição da *justiça* – da qual o contrário é a *injustiça*.

1.2.1 Uma conseqüência da injustiça

O *Leit-motiv* do regime romano de reparação dos danos não é a culpa, mas a defesa de uma justa repartição de bens entre as famílias, de um justo *equilíbrio* (*suum cuique tribuere – aequabilitas*). Fórmula que, hoje em dia, muitos afirmam ser vazia e tautológica. Quando intervém uma ruptura nesse equilíbrio, um prejuízo contrário ao direito e à *justiça* (*damnum injuria datum*), entra em jogo a "justiça" dita "corretiva", cuja função é reduzir o desequilíbrio. Assim, quando uma coisa *é* furtada. O termo *furtum* não significa o ato culpável do ladrão, mas na origem a coisa furtada; como são coisas as *res creditae* (que são provisoriamente retiradas/expelidas do patrimônio do credor, sem causa permanente, e por isso deverão ser a ele devolvidas).

Nessa perspectiva, pouco importa que a desordem a corrigir seja ou não precedida de uma *culpa*. A meu juízo esse capítulo do direito romano inspira-se, não sabemos bem por meio de qual intermediário, na filosofia de Aristóteles. É bem sabido que Aristóteles, tratando das trocas – ou comutações/permutas – *synallagmata* (*Ética* – livro V) –, reúne sob o mesmo gênero dois casos: um valor pode ser deslocado de um patrimônio a outro, ou bem por efeito de um delito que a vítima suporta sem havê-lo procurado (*akousion*) ou de um contrato deliberado/negociado/discutido (*ekousion*). Não há para ele, entre os dois casos, diferença essencial: que alguém leve meu carro em razão de um contrato de comodato, ou por engano, ou com a intenção de furtá-lo, não modifica a sua obrigação. A obrigação nasce *re*, dizem as Institutas – tanto no caso do delito como no caso do contrato real (Inst. IV. 1 pr.). Ela tem como causa um estado de coisas *objetivo*, a perturbação da ordem, que há que se restabelecer.

1.2.2 O papel acidental da culpa

Não pretendo, de forma alguma, encerrar todo o direito romano na teoria de justiça denominada, especificamente, de "comutativa". E não afirmei, que naquele direito, foi ausente toda e qualquer consideração sobre a *culpa*. Se dispomos hoje de uma doutrina erudita da culpa, devemo-la aos juristas romanos.

a) A culpa ocupava, certamente, um lugar de destaque em certas questões *criminais*. Não podemos partir senão da suposição de que o direito criminal ocupa-se, especificamente, de *crimes*. Nunca uma culpa voluntária: Édipo é considerado responsável, em Édipo Rei, mesmo tendo ingressado no leito de sua mãe, Jocasta e tendo assassinado Laio, ignorando suas identidades. Mais tarde, em Édipo em Colono, essa ignorância é invocada como uma circunstância atenuante. Em geral os direitos antigos levavam em consideração a intenção dos criminosos na medida da pena.

Pois aqui a perturbação é na ordem natural, o desequilíbrio a corrigir é o pecado, que provoca a cólera dos deuses e deixa uma nódoa sobre a cidade – nódoa que a expiação apagará. É também a culpa que suscita a *vingança* privada, da qual o sistema romano de delitos foi, em parte, o substituto. Ou então a justiça criminal pode ter por função sancionar a lei moral. *Nulla poena sine culpa*. Embora outras análises acerca do papel da pena (utilitária – protetora da ordem social) tivessem sido propostas já no mundo greco-romano.

b) Mas foi especialmente na matéria de responsabilidade atualmente dita *contratual* que surgiu, no direito romano, a classificação das culpas, e notadamente em uma espécie particular de contratos onde o devedor estava vinculado à cumprir sua obrigação *de boa-fé*: "*prestare fidem*". Aqui temos um vínculo estabelecido com a moral; a ciência jurídica romana dirige-se a valorar as obrigações que a *bona fides* implica; e, tirando novo proveito da Ética e da Retórica de Aristóteles, a distinguir entre os vários graus de inobservância à boa-fé prometida – culpa grave ou mais leve – ou de simples negligência – em vista do que o devedor deveria responder. Onde a boa-fé tivesse sido prometida, o direito consideraria as *intenções subjetivas* do devedor.

c) Depois, a *culpa* ganha a esfera da reparação que denominamos hoje civil, do dano injusto. *Damnum iniuria datum*, regido pela lei Aquilia. Nesta o termo *iniuria* não evoca em origem a culpa subjetiva, mas somente o fato objetivo, o atentado ao direito, a lesão ao direito de outrem. Mais tarde uma mudança ocorre. E no Digesto encontraremos um frase que conhecerá, entre os romanistas, uma grande fortuna, e que seus manuais estamparão: *In lege Aquilia culpa levissima venit*. Teria vontade de traduzir: no caso da lei Aquilia, se for necessário estabelecer a existência de culpa, é suficiente que esta seja mínima. Parece que o autor deste texto pretendeu comparar a responsabilidade que nasce de um contrato (no qual o direito distinguia entre as gravidades das culpas) e a situação do autor de um *damnum iniuria datum*, onde essas distinções não têm curso. Entretanto, é certo que as ações de direito civil denominadas "*penais*" (para diferenciá-las das fórmulas exclusivamente reipersecutórias), possuem em sua origem uma culpa.

A noção de culpa é romana. No teatro processual romano, onde o réu *responde* a uma acusação, a vemos introduzir-se – como ela interveio já na doutrina de Aristóteles. Mas ela não parece possuir esse papel determinante, que mais tarde lhe reconhecerão os sistemas dos romanistas.

A doutrina romana parece diferir da moderna ao menos no que respeita à culpa do réu *não ser a causa da obrigação* (nem contratual civil, nem penal). A causa verdadeira, essencial da obrigação – se nossa análise está exata – é sempre a *desordem* em uma *relação* plurisubjetiva, e a reação da justiça (senão exclusivamente "comutativa"), *corretiva* e reparadora.

Mesmo acompanhada do dano, a culpa não é *suficiente* para fazer alguém responsável. Outros fatores serão levados em consideração: a espécie de dano sofrido pela

outra parte, a vítima, a natureza da relação em causa, o todo da relação. Nenhum princípio geral, mas tipos variados de delitos.

E a culpa não é nem mesmo uma condição *necessária*. Os juristas romanos não experimentaram nenhuma sombra de dificuldade para reconhecer múltiplos casos de *responsabilidade sem culpa: a ação de pauperie* (a obrigação de reparar o dano causado pela queda de uma telha) ou aquela do *paterfamilias* em vista dos danos resultantes dos atos de seus servos. Os textos seguintes do *Code Civil* têm origem romana: "Somos responsáveis do dano … causado por fato das pessoas pelas quais devemos responder, e das coisas das quais detemos a guarda" (1384) – "O proprietário de um animal … é responsável pelo dano que o mesmo causar" (1385) – "O proprietário de um prédio é responsável pelos danos causados por sua ruína" (1386). Textos dos quais se serve nossa jurisprudência para obter soluções para a prática contemporânea. Um romanista não deveria se escandalizar com isso.

Assim, todas as soluções concordam com o primeiro significado, etimológico do termo *responsável*, derivado da linguagem jurídica romana. São *responsáveis* (termo que, sendo de resto de pouca utilidade, não estamos obrigados a usá-lo constantemente) todos aqueles que podem ser convocados diante de um tribunal, porque pesa sobre eles uma determinada *obrigação*, proceda *ou não* a dívida de um ato de sua vontade livre. Qualificaremos esse primeiro sentido de autenticamente *jurídico*. Para nós, juristas, é o melhor, pois o mais antigo. Afinal, a etimologia, etimologicamente falando, é a pesquisa do sentido *etimos*, verdadeiro. Falta, portanto que nos ocupemos de um segundo sentido.

2 Significado moral

2.1 Recepção do termo pelo discurso moral moderno

Trocaremos de *corpus*. Depois da invasão dos bárbaros, que destruiu a cultura romana malgrado tentativas de restauração, a experiência jurídica pouco importou para a cultura européia. Os juristas não desempenharam senão papéis inferiores, auxiliares e subordinados.

Uma *literatura* religiosa conquistou um lugar dominante. Por muito tempo a filosofia da Europa suportou o peso: a ordem social passa ao comando de *moralistas* cuja proposta foi pregar, em primeiro lugar, a obediência à lei moral divina (com a qual se confundem os resíduos das morais da filosofia pagã). Esse gênero prolifera na patrística, nas penitências e nas sumas dos confessores, uma boa parte do que denominamos "direito canônico", o Decreto de Graciano, no século XVI as obras da praxística, contra as quais se batia Pascal. Dessacralizada ao final e tornando-se filosófica, a primazia da moral se perpetuará através de toda época moderna. Doravante, ela obterá suas fontes, sob o nome de primado da "lei natural", junto à consciência

ou à "Razão", específica da "natureza humana", o que permitiu recuperar o estoicismo ou epicurismo. Ela estenderá seus tentáculos até às obras de direito. Grócio, Pufendorf, entre inúmeros outros, até mesmo Bentham e Kant, em sua Metafísica dos Costumes, partirão de uma doutrina de deveres do indivíduo.

Isto significa dizer que sua linguagem se constitui em uma ótica muito nova. Sem dúvida, também o direito romano se inseria em uma moral: mas uma outra espécie de moral, moral do bem e do justo, moral que endereçava ao juiz o encargo de definir *o justo*. A moral moderna se dirige não importa a qual sujeito, ditando as regras de *conduta*.

2.1.1 DA CAPTAÇÃO DO TERMO "RESPONSÁVEL" PELA LINGUAGEM DA MORAL CRISTÃ

No que se transformou o termo "responsável" nesse novo contexto? Sustentaremos que ele percorreu um itinerário comparável àqueles de outros termos, tais como pessoa, obrigação, contrato, sociedade, interpretação. A linguagem moderna os retirou do *Corpus Iuris Civilis*. Mas, ao passar a um outro tipo de discurso, eles mudaram de sentido. Ao retornar depois, por ricochete, à linguagem jurídica moderna, ganharam no curso da viagem uma nova ressonância.

É assim que o termo "responsável" foi incorporado, primeiramente, ao discurso da moral cristã. Ele transitou pela metáfora do *julgamento de Deus*, uma vez que os preceitos da lei divina estão imbuídos de sanção. Nossa conduta será *julgada*. Este um tema que ocupava os discursos dos teólogos moralistas, antes de ganhar, com menor vigor, a linguagem vulgar.

Bordaloue, *Discurso sobre o juízo final*:

> "De todos esses atos que a verdade me reprova, eu não *responderei* por um único sequer".

Molière, *L'École des femmes*:[9]

> "E quem dá a sua filha um homem que ela odeia
> É *responsável* no céu das faltas que ela pratica".[10]

Nós somos assim constrangidos a tatear a teologia, tema perigoso. O tribunal de Deus (que denominamos assim por *imagem* e *analogia*) difere muito dos tribunais da justiça humana (a menos que se conceba, ao contrário, a justiça humana à imagem do julgamento de Deus). Deus não decide o litígio entre uma pluralidade de partes, indivíduos ou sociedade. Cada um de seus julgamentos não interessa senão a *um* sujeito único (ele ignora completamente as pessoas jurídicas, a sociedade, as empresas e as companhias de seguros). Enquanto a justiça humana é útil, visando a uma prestação *futura*, Deus não se ocupa senão do passado. Nós não respondemos por

uma *dívida*, um ônus, por um serviço a realizar, mas pela conduta por nós observada ao longo de nossa peregrinação terrena.

Como a matéria da lei moral é "o agir" humano, Deus julga os atos. Seus caracteres mais ou menos *culpáveis*. Deus sonda os rins e o coração. Ele avalia a intenção subjetiva. É ela que nos faz *responsáveis* em seu tribunal. O ato culposo se torna a causa dessa forma de *responsabilidade*.

2.1.2 A MORAL LAICA

Assim, transplantado de um terreno a outro, o sentido da palavra modificou-se. O efeito vai repercutir até nosso uso presente. Certamente, a moral nos tempos modernos se laicizou. Passamos da lei moral revelada por Deus a Moisés ou por Jesus nos Evangelhos à lei moral "natural" inscrita na consciência de cada homem; aos imperativos da "razão", até que, por fim, o homem estabeleça para si, com Nietzsche, livremente seus imperativos.

Somos agora *responsáveis* diante de nosso foro pessoal. E pelos outros, diante da humanidade, da sociedade, do tempo futuro – esses substitutos de Deus. E dentro dessas perspectivas desaparece mesmo o conjunto de imagens representativas do comparecimento diante de um juiz, enquanto refloresce a idéia de *garantia*, mas considerada somente do ponto de vista do sujeito ativo, do ponto de vista *unilateral* que caracteriza uma moral individualista, ao contrário do direito. Lemos em obras de filósofos contemporâneos: que para um homem se fazer responsável é conferir a seus atos um sentido, dar consistência à sua liberdade, "constituir-se como sujeito moral". "O campo da Ética coincide com aquele da Responsabilidade" (J. Henriot). Responsabilidade: "situação de um agente consciente diante dos atos que efetivamente há querido" (*Dicionário Lalande*). Não está claro que saímos da linguagem do direito?

2.2 REPERCUSSÕES NO DIREITO

2.2.1 UM DIREITO FEITO DE REGRAS DE CONDUTA

Não obstante, na época moderna, a ciência do direito se deixou prender em um sistema filosófico, no qual a lei moral predomina.

É um fenômeno histórico, que normalmente passa desapercebido: *a recepção do direito romano na Europa foi incompleta*. Não inexistente, entenda-se. É aos romanistas que devemos a estrutura de nossa ciência do direito. E, no entanto, desde a Idade Média, os canonistas davam mais atenção à opinião culta do que ao renascimento do direito romano. No século XVI, davam-se ouvidos ao que dizia a segunda escolástica, que é obra de teólogos. Em seguida, surge a ofensiva da Escola dita do direito natural, cuja importância na esfera da teoria do direito é injustamente subestimada. Os fundadores dessa Escola foram os moralistas; eles não são fiéis

discípulos dos juristas romanos. Eles reconstruíram a ciência do direito sobre novas bases, concordes com a cultura de seu tempo.

O nominalismo, que não reconhece como real senão os indivíduos, obtendo a vitória construirá todo o seu sistema sobre o indivíduo, sobre as liberdades individuais que defenderá. Mas, porque o homem é destinado a coexistir com seus semelhantes, o jurista feito servidor da lei prescreve a cada um seus deveres para com seus semelhantes; ela provém de Deus, da consciência, do príncipe, ou da sociedade. O conteúdo dessa moral é muito variado, do ascetismo originário ao hedonismo benthamista. Essas variações não interessam a nosso propósito. O direito é repensado a partir de uma *legislação*, governante da conduta humana.

É suficiente consultar não importa qual tratado da Escola de direito natural, ou da doutrina do direito de Kant. A primeira noção utilizada para servir de base ao sistema não é aquela de justiça, ou de justa repartição dos bens entre os homens. São de início postos os conceitos de "atos", e se eles são "imputáveis" ao indivíduo, e depois o de "obrigação". O homem "obrigado" a observar uma certa conduta será declarado *responsável* por ela. A idéia de responsabilidade, porém compreendida sob a ótica da moral, substituiu o antigo *Leit-motiv* da "justiça", se tornou a pedra angular da ordem jurídica.

2.2.2 RESPONSABILIDADE PENAL

Evidentemente, do *direito penal*. O direito penal foi constituído como disciplina especializada (o que não ocorria no *Corpus Iuris Civilis*) somente na época moderna. Ele acabou por obter um lugar de destaque, pois vimos nele o auxiliar da regra de conduta, a sanção das regras morais instaladas no vértice do direito: primeiramente do Decálogo (não roubarás), ou das leis postas pelo príncipe. Em verdade, durante a Idade Média e mesmo durante a Antigüidade pagã, a justiça do príncipe, em matéria criminal, reproduzia a justiça divina. Com a eclosão das luzes, o direito penal tornou-se o guardião de uma moral hedonística. Nele reinará, portanto, a noção *moral* de responsabilidade. Somente o indivíduo "responsável", à ação de quem o delito pode ser "imputado", à condição de que disponha de suas faculdades cerebrais, é passível de uma pena. Caso contrário, a pena não será moralmente legítima, ou mesmo eficaz e intimidante.

2.2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL

Mas há mais: o direito *civil* dos modernos foi refundado como um prolongamento da moral. O sistema jusnaturalista parte de preceitos de moralidade; assim a regra, de origem estóico-cristã, que cada um deve manter suas promessas, serve de axioma ao direito dos contratos. Mas havia uma outra regra, muito presente nas Sumas dos confessores, na moral de São Tomás, nos escolásticos espanhóis e nos professores de moral do século XVII: cada um de nós será obrigado, se faz mal ao próximo, de "restituere", de repor as coisas no lugar, de "reparar todos os danos causados por sua culpa".

No campo da moral pura, a pertinência dessa regra é por demais duvidosa: primeiramente, porque ela parece excluir que nós tenhamos de nos preocupar com a infelicidade do próximo desde que não seja por nós produzida; como a fome no Terceiro Mundo. Depois, pelo que nela há de excessivo: é admissível que "todo fato qualquer que cause um dano a outrem" obriga-nos à reparação? Passaríamos a vida inteira pagando indenizações. É correto afirmar que César Birotteau,[11] para compensar o mal feito a seus credores, fosse moralmente obrigado a sacrificar sua mulher, sua filha e seu genro? Não poderia responder: afinal, a moral cristã é uma moral de sacrifício.

O absurdo é tratá-la como uma regra de *direito*. Assim foi feito. No início de seu Tratado do Direito da Guerra e da Paz, Grócio, fundador da Escola Moderna do Direito Natural, em nome dos três axiomas aos quais "se reduziria" o "direito propriamente dito", prescreve que cada um deve "reparar os danos cometidos por culpa sua" (*Prolegômenos*, § 8). Dali a fórmula passa para o Código napoleônico: art. 1.382.

Mas a partida ainda não havia chegado ao seu final. Os redatores do Código Civil francês tiveram o cuidado de evitar, nesse texto que reproduzia um princípio de moralidade, o termo *responsável*. Ele não aparecerá senão na série de textos seguintes, que têm sua origem no Digesto, e visavam, ao contrário, os casos de responsabilidade sem culpa (ou, como diz o art. 1.383, sem culpa voluntária). A *fortuna* da expressão de responsabilidade civil se deu somente pelo aporte da doutrina. A *doutrina* do século XIX, que elaborou a teoria da responsabilidade civil, fundou-a sobre o princípio do art. 1.382. Chave mestra que abriria todas as portas, sobre a qual ordenar-se-iam todas as soluções. Essa parte do curso de direito privado que ensinamos a nossos estudantes, sob o nome de "teoria geral da responsabilidade civil", posta inteiramente sob a égide da responsabilidade moral, é um produto acadêmico, produto de um transbordamento do espírito do sistema, elaborado sobre o modelo das "construções" da Escola histórica alemã, com influências da filosofia kantiana.

2.2.4 RESULTADOS

Podemos, por fim, notar que essa construção teórica, confrontada com as necessidades dos juízes, revela-se falsa. Sem dúvida, sedutora por um lado, assemelhada aos atrativos do liberalismo. Seria o paraíso da liberdade individual se, como haviam sonhado esses autores, ninguém pudesse ser responsável a não ser por sua culpa ou fato seu.

Isso foi um fracasso. Repugna-nos reconhecer: a maioria dos juristas, conservadores por profissão e ciosos por respeitar o senso comum do seu grupo, mantém o princípio. Mas o princípio, como todos sabem, não corresponde às aplicações.

A causa não está unicamente, como querem os sociólogos, no progresso da indústria. Jamais essa famosa máxima do art. 1.382 chegou a dar conta das soluções efetivas da jurisprudência. E, hoje, estamos diante de uma enxurrada de casos de *responsabilidade sem culpa*. Eis os patrões responsáveis não por culpa sua nem mesmo por fato seu, mas pelos danos provocados ou sofridos por seus empregados, como o pai de

família o era em Roma, por seus filhos e servos. O proprietário de um automóvel, responsável pelo fato de quem o furtou, como o era o romano por seus burros de carga. E responsáveis, acima de tudo, são as entidades coletivas, empresárias, previdenciárias, ou de seguro obrigatório. O Estado francês é responsável pelos danos causados por guerras, greves, inundações, secas. Ele os *reparte* entre os contribuintes, as infelicidades dos particulares devem ser suportadas solidariamente pelo grupo, e *redistribuídas*.

Certamente, pode ser legítimo distribuir *menos* aos culpados, e ninguém pensa em eliminar da ciência jurídica toda consideração acerca da culpa. Estimo impossível quebrar toda ligação entre o direito penal e a moral do Decálogo, e creio ser correto que os viticultores do Midi, que hoje saqueiam os caminhões e entrepostos italianos, suportem os danos. Mas a culpa não é senão um dos *fatores* dentre os quais se compõe o problema do direito. Entram em consideração (e tampouco a título exclusivo) os direitos ou os interesses da *vítima*: por exemplo, não é suficiente indenizar as famílias dos mortos na estrada com a "responsabilidade" de um motorista imprudente em fuga ou de um insolvente. Nossa legislação teve que realizar um gesto em favor das vítimas.

Um regime adequado teria os olhos postos na quantidade e qualidade do dano. Se Brigitte Bardot sofresse um acidente, não se obrigaria o ciclista a pagar a soma fabulosa que representaria a reparação integral; se fosse possível, *in tanta lite*.

Nós juristas não podemos nos obnubilar por apenas um dos lados da questão, o fato de *um* dos atores do drama. Mesmo em direito penal a obsessão da culpabilidade moral, como mostraram muitos dos sociólogos, extenuaria a repressão. O papel do juiz é o de pôr na balança também o interesse das vítimas, dos terceiros e do povo... O direito procura uma divisão *justa*: aquela que, indo de encontro à moral moderna, leve em consideração os diversos fatores da causa.

Não concluiremos acerca do conteúdo. Não me pronunciarei aqui sobre o projeto Tunc.[12] Aos juristas cabe perguntar pelas melhores soluções de direito, isso não é de competência da filosofia do direito. Não tratamos senão de *linguagem*, assunto raramente abordado, que se pode julgar desprovido de interesse prático: questões de termos, cuja importância não temos razão em subestimar. Como, apoiando-se sobre o texto do nosso Código Civil, a jurisprudência foi capaz de justificar as soluções, aparentemente, mais contrárias às intenções dos seus redatores, pode, provavelmente, ser dito que aquela linguagem não importa. Se a idéia fosse empregar o termo responsabilidade apenas em seu sentido moral, para responsabilizar um louco, seria suficiente servir-se de um outro termo, como internação.

Pretendíamos ao menos denunciar a *confusão* do atual uso lingüístico. O vocábulo responsável é um termo híbrido. Tanto o tomamos num sentido como noutro. A acepção mais comumente admitida é aquela que parte da moral individualista

moderna (na nossa cultura a moral possui maior destaque do que o direito romano). Foi dito, neste seminário, que um organismo coletivo não pode ser responsável. Somente os animais racionais, tendo atingido a idade da razão, gozando de todas as suas faculdades, poderão ser tidos por "responsáveis". No entanto, se um aluno bate a cabeça jogando bola no pátio do colégio aqui do lado, o Ministério será declarado "responsável", mesmo que esteja desprovido de intenção... Isso é incoerente.

Se estima-se oportuno falar uma língua coerente, o sentido antigo parece-nos mais conveniente às necessidades específicas do direito do que o uso dado pelos moralistas. A *moral* não diz tudo. Ela retém em seus conceitos apenas um aspecto unilateral dos fatos da vida cotidiana. Ela não observa senão a conduta do indivíduo, concentrando-se nas intenções subjetivas. Já ao jurista convém olhar o fenômeno de forma mais ampla, visando captar as *relações* entre uma pluralidade de sujeitos: o autor de um delito, a vítima, e o ambiente social. Os termos do direito têm por função expressar essa visão de conjunto.

Compreende-se, assim, que uma pesquisa puramente semântica não é, definitivamente, inútil. Uma linguagem imprópria atrapalha-nos. O sentido do termo *responsável* que os modernos foram buscar no discurso da teologia ou da filosofia moral, ocupa, na ciência do direito, um espaço perturbador e dissimulador do qual fazemos muito uso. Ele *orientou* os juristas para soluções insustentáveis, obrigando, em seguida, para salvar as boas soluções jurídicas, à multiplicação de ficções (denominar de culpa aquilo que não é culpa), levando a um labirinto de discussões intermináveis acerca de um vocábulo equívoco.

Se tivessem os juristas mantido o sentido antigo, propriamente jurídico, do termo, teriam economizado uma boa parte daquelas ficções e controvérsias. Teriam, ao menos, ganhado tempo. Eis a contribuição da história da filosofia do direito. Em verdade, pouco, pois as chances de que alguém consiga alterar a linguagem de sua época não são lá muito grandes.

NOTAS

1 Tradução de Esquisse historique sur le mot "responsable", M. Villey, in *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, t. 22, 1977.

2 Cf. *Douze Essais*, p. 201 e ss. (Métamorphoses de l'obligation).

3 Nota do tradutor: Michel Villey se refere ao artigo Genèse et déclin de l'Etat publicado na revista *Archives de Philosophie du Droit*, Paris: Dalloz-Sirey, n. 21, 1976.

4 Cf. Note sur la date et le sens de l'apparition du mot "responsabilité" [Nota sobre a data e o sentido do surgimento do termo "responsabilidade"], *Archives de Philosophie du Droit*, n. 22, p. 60, 1977.

5 Nota do tradutor: A expressão "direito erudito" é utilizada na língua portuguesa para indicar o conjunto de textos – comentários ao *Corpus iuris civilis*, pareceres jurídicos – produzido pelo *mos italicus iuris* docendi (o método italiano de ensino jurídico) desenvolvido pelos denominados "Comentadores", ou "Pós-Glosadores", cujo ápice ocorre entre os séculos XIV e XV (nesse sentido, ver a versão portuguesa da obra de R. C. van Caenegem, I*ntroduction historique au droit privé* [*Uma introdução histórica ao direito privado*, tradução de Carlos Eduardo Lima Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 47, 66, 75 e 76]. O autor, porém, parece utilizar essa expressão para indicar a obra dos juristas franceses, da segunda metade do século XIII, precursores dos comentadores italianos, ou seja, a denominada "Escola de Orléans", cujos maiores representantes são Jacques de Ravigny (Jacobus de Ravanis) e Pierre de Belleperche (Petrus de Bellapertica) [Sobre o assunto ver: R. C. van Caenegem, op. cit., p. 77, e Franz Wieacker, *História do direito privado moderno*, 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 60-61].

6 Nota do tradutor: Em português: *As eruditas*, Molière, tradução de Millôr Fernandes, Porto Alegre: LP&M, 2003; e *As sabichonas*, Molière, São Paulo: Ediouro, [s.d.].

7 Nota do tradutor: Na língua portuguesa utiliza-se palavra diversa de "responsável" para denotar demanda passível de resposta: "respondível" (*Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 2440).

8 Nota do tradutor: Villey se refere ao artigo de Jacques Henriot, intitulado Note sur la date et le sens de l'apparition du mot "responsabilité" [Nota sobre a data e o sentido do surgimento do termo "responsabilidade"], publicado na mesma revista (*Archives de Philosophie du Droit*, n. 22, 1977).

9 Nota do tradutor: Em português: *Escola de mulheres*, Molière, tradução de Millôr Fernandes, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

10 Em realidade o trecho referido por Villey não se encontra na obra referida, mas sim em *O Tartufo ou o impostor*, Dorine, ato II, cena II (edição em português: *O Tartufo ou o impostor*, Martin Claret, 2003).

11 Nota do tradutor: César Birotteau é o personagem principal do romance *Grandeur et décadence de César Birotteau*, escrito em 1837 por Honoré de Balzac e presente na *La comédie humaine*: études de moeurs – *Scènes de la vie parisienne* (edição em português: *A comédia humana*,Rio de Janeiro: Globo, , 1995. v. 8 – *Cenas da vida parisiense*,). A trama se passa no período da Restauração, mais especificamente entre 1819 e 1823, e narra os esforços de um perfumista parisiense para saldar suas dívidas com credores.

12 Nota do tradutor: Refere-se Villey à proposta, apresentada por André Tunc, em 1966, de reforma do direito francês de responsabilidade civil, em matéria de acidentes de veículos automotores. Tal projeto, cuja finalidade era melhorar a situação das vítimas, defendia o abandono da noção de culpa como pressuposto da configuração do direito à indenização, assim como a eliminação do caso fortuito e da culpa da vítima como excludentes da responsabilidade daquele que conduz e/ou guarda um veículo. A partir desse e de outros projetos (como o apresentado também por André Tunc, em 1981), e sob o influxo da decisão do caso Desmares (julgado em 21.07.1982 pela 2.ª Câmara Civil da Corte de Cassação Francesa), determinando que a culpa da vítima não era um fator de redução do valor da indenização devida pelo réu, somente produzindo efeitos quando se caracterizasse como causa exclusiva do dano, o legislador francês editou a "Lei Badinter" (Lei 85.678, de 05.07.1985) com o objetivo de "melhorar a situação das vítimas de acidentes de circulação e acelerar os processos de indenização". Essa lei impõe ao condutor e/ou ao guardião do veículo "implicado" no acidente o dever de indenizar as vítimas, servindo a culpa apenas como excludente, nos caso de ato voluntário e exclusivo da vítima (arts. 1.º a 3.º).

Michel Villey

O "QUE" DE ESPECÍFICO NAS CLÁUSULAS GERAIS

Luciano de Camargo Penteado

RESENHA

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

No primeiro dos quatro prefácios de Guimarães Rosa a *Tutaméia,* intitulado "Aletria e hermenêutica", o grande romancista brasileiro adverte que sua obra talvez valha por aquilo que ela não conteve. Na busca de remeter para além do símbolo, na tarefa autêntica de significar, a humildade do autor fá-lo prescindir de si, mesmo daquele pedaço de sua carne que se plasmou em verbo. Quando se trata da literatura, o desejo de sonhar com as palavras prevalece muitas vezes sobre a veracidade do texto. Na ciência, entretanto, o peso específico da obra mede-se pela sua consistência e coerência intrínsecas. Não se pode discorrer sobre méritos decorrentes da ausência na obra *Cláusulas gerais no novo Código Civil,* do professor da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, Alberto Gosson Jorge Junior. O valor do livro refere-se àquilo que nele coube.

Não são muitos os escritos que tratam especificamente da temática das cláusulas gerais em língua portuguesa. Incidentalmente, vem referida em monografias como *A boa-fé no direito privado,* da Professora Judith Martins-Costa (São Paulo, RT, 1999), ou em obras gerais de hermenêutica, como é o caso da conhecida tradução portuguesa da obra de Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico* (Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian,

1997). No Brasil, o livro de Alberto Gosson é o pioneiro, merecendo o autor e a editora Saraiva, bem como o organizador da *Coleção Agostinho Alvim,* pela qual foi editada a obra, Professor Doutor Renan Lotufo, os merecidos elogios.

Logo de início, Gosson deixa clara a proposta: vai tratar de justificar que a solução para o conflito entre regra e princípio deve se dar no sentido de atribuir prevalência ao princípio, sempre em um contexto de privilégio ao caso concreto como *locus* preferencial do processo de *realização* do direito. As cláusulas gerais seriam mecanismos para, em sistemas codificados operantes em realidades de profunda mudança social e de necessidade de introdução de valores éticos, permitir a operatividade dos princípios jurídicos. Identifica três critérios fundamentais para a composição de uma norma jurídica como cláusula geral, que são a extensão semântica, o forte teor valorativo e a utilização dos conceitos "jurídicos" indeterminados (*recte:* conceitos legais indeterminados), desde logo aproximando as cláusulas gerais dos princípios (p. 9, argumento que volta na p. 124, a modo de conclusão de número 10).

Faz, como nunca se viu na literatura brasileira de filosofia do direito, um interessante entrelaçamento sistemático entre a noção de cláusula geral, a de sistema aberto e a maneira de pensar o ordenamento jurídico, de modo a não considerar apenas a sua estrutura, mas também a sua função. As páginas em que relê Bobbio – no famoso *Dalla struttura alla funzione* – são um primor de exegese e revisão bibliográfica (p. 11-15). Sabe lançar argumentos do texto dentro de um contexto.

O método casuístico é utilizado para apresentar o tema (p. 15-18) e retomado no exame de algumas das diferentes espécies de cláusulas gerais presentes no novo Código Civil (p. 83-108), embora nem todas sejam tratadas homogeneamente. Para mostrar a dimensão operativa das cláusulas gerais, analisa, minuciosamente, quatro julgados, em uma interessante tarefa de exame das razões intrínsecas da decisão judicial, um sobre função social da propriedade, outro a respeito da adoção, outro referente à boa-fé objetiva no contexto obrigacional, finalizando com uma decisão que cuida da chamada "culpa *in contrahendo"* (p. 15-19).

São trabalhados os conceitos e as categorias fundamentais de hermenêutica co-envolvidos, como a distinção entre regra, princípio, normas programáticas e o conceito de discricionariedade. Salienta, com precisão, a distinção entre o papel dos princípios como modo de integrar lacunas do ordenamento e como maneira de atuar como norma ao lado das regras. A análise de comparação jurídica sobre as cláusulas gerais na Alemanha, Itália, Portugal e França também é interessante, especialmente certos esclarecimentos a respeito do método e do funcionamento dos sistemas norte-americano e inglês no que concerne a conceitos e categorias abertas e flexíveis (Capítulo 2).

O livro é a referência nacional para o tema das cláusulas gerais, sendo impossível tratar do assunto com seriedade, a

partir do presente momento, sem tomá-lo como ponto de partida, ainda que seja para infirmar suas teses centrais. *Cláusulas gerais no novo Código Civil* é obra fundamental para a compreensão do *espírito do novo sistema de direito privado* subjacente ao Código de 2002.

Certamente, o trabalho é aberto, como o sistema jurídico contemporâneo, e pode ser completado, pelo autor ou pelos que se disponham a fazê-lo, examinando minuciosamente as mesmas cláusulas gerais apontadas pelo autor, como a de boa-fé, responsabilidade objetiva, dano moral, melhor interesse do menor, função social da propriedade, interferência prejudicial e função social do contrato. Um segundo volume ou uma outra obra poderiam cuidar de examinar casos concretos em que a cláusula geral tenha sido vista no seu operar – *in action*. Certamente a tarefa, hercúlea, auxiliará o aprendizado de certas categorias fundamentais e permitirá que o tema ganhe aquilo que ele se propõe a fornecer para o direito: *concreção.*

O autor efetua – e o faz com elegância – a distinção entre *cláusula geral* e *conceito legal indeterminado;* entretanto, parece dar relevo excessivo a uma espécie de delegação de competência para atuação discricionária no ato judiciativo que se fundamente em cláusulas gerais. Talvez este um dos pontos sérios de discordância acadêmica para com a obra. Ele exsurge ao longo do texto e, especialmente, vai apontado de modo mais claro na conclusão número 12: "A noção de *cláusula geral* identifica-se com o conceito de *discricionariedade,* não aquela classicamente adotada pelo Direito Administrativo e que pode ser expressado no binômio conveniência-oportunidade. Estaria mais próxima da corrente doutrinária que vê na discricionariedade administrativa a 'vinculação' do administrador à *finalidade ótima* da norma. Mas há que se ressalvar o leque de opções interpretativas, razoavelmente admissíveis, num horizonte de possibilidades, e, nesse particular, a decisão judicial aparece como um 'corte' que direciona para uma *única* decisão, eliminando as opções concorrentes".

A polissemia, *data maxima venia,* não é o diferencial das cláusulas gerais, não é o seu próprio específico, pois ela é um atributo constitutivo do próprio direito – não há como omitir Paulo: *ius pluribus modis dicitur* (o direito é predicável de modos diversos). O sistema jurídico pressupõe, até mesmo para sua sobrevivência, um *leque* de opções, mesmo em normas não qualificáveis como cláusulas gerais. Se são recondutíveis a princípios, exercitando a função de impedir a aplicação de regras em situações de confronto com valores, princípio e cláusula geral são a mesma coisa. Cairia por terra, então, a própria categoria objeto do brilhante ensaio monográfico?

Talvez a melhor concepção de cláusula geral trazida a texto escrito no Brasil ainda seja a do saudoso Professor Clóvis Veríssimo do Couto e Silva. Um exame estrutural da obra do Professor Alberto aponta para esta pequena incoerência: se vivemos um sistema que põe e repropõe temas, repleto de normas programáticas, as cláusulas

gerais não podem apenas afastar a lei, obstando a incidência de regras... até mesmo porque são regras que não se resumem a mecanismos de eliminação de conflito de normas (do tipo lei posterior derroga a anterior)! Daí, não podem ser princípios.

São regras, dotadas de tal grau de generalidade na sua redação, ora na *fattispecie,* ora na estatuição, e em certas circunstâncias em ambas, que permitem de modo mais claro a construção da norma do caso, porque, por meio delas, não estão claramente definidos os casos que serão regulados e/ou a forma em que se dará a regulação. A intenção normativa está ainda mais oculta no texto da cláusula geral. São autorização para produção de direito novo (normas secundárias), dentro do contexto valorativo. Talvez este o verdadeiro mérito das cláusulas gerais e o seu grande e temido poder. Tratando da cláusula geral de boa-fé, o professor gaúcho afirmava: "a boa-fé dá o critério para a valorização judicial, não a solução prévia" (Couto e Silva, Clóvis do. *A obrigação como processo.* São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 42). No principal artigo em que salientava a importância da matéria asseverava: "Essas modificações ensejaram as mais diferentes análises a respeito da interpretação e mesmo da fundamentação das inumeráveis decisões que faziam a concreção das disposições legislativas abertas, denominadas geralmente de 'cláusulas gerais', em que ao juiz se facultara editar a regra do caso. Com a edição de conceitos abertos como o da boa-fé, a ordem jurídica atribui ao juiz a tarefa de adequar a aplicação judicial às modificações sociais, uma vez que os limites dos fatos previstos pelas aludidas cláusulas gerais são fugidios, móveis, de nenhum modo fixos" (O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português, *O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva,* Porto Alegre, 1997, p. 39; na nota 13, há ampla bibliografia germânica sobre o tema das cláusulas gerais).

O poder da cláusula geral não é meramente seletivo, de escolha de uma entre as várias soluções possíveis. Também não é meramente obstativo, para afastar soluções incompatíveis com os valores. É um poder criativo, uma outorga de verdadeiras prerrogativas de configuração, a fim de que o magistrado pinte o quadro, para lembrar a metáfora kelseniana da *moldura*. As cláusulas gerais, portanto, exigem um maior preparo, quer da dogmática, quer dos praxistas e este, certamente, passa pela leitura do livro do Professor Alberto Gosson Jorge Junior

Luciano de Camargo Penteado
Mestre e Doutorando pela Faculdade de Direito da USP

EDMUND MEZGER E O DIREITO PENAL DO *NOSSO* TEMPO

Marta Rodriguez de Assis Machado

RESENHA

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo:* estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

A ligação entre o penalista Edmund Mezger e o regime nazista somente veio a ter maior divulgação com a publicação do livro de Muñoz Conde *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo,* em suas quatro edições, cada uma sucessivamente ampliada com os dados colhidos ao longo de sua pesquisa. Os resultados dessa pesquisa surpreenderam os estudiosos do Direito Penal. Até então, as referências a Mezger faziam-se por ter sido ele o autor de um dos mais famosos manuais de Direito Penal, uma versão resumida de seu tratado, largamente utilizada na formação de boa parte dos penalistas alemães e por ter protagonizado uma das discussões téoricas mais acaloradas: o debate entre causalistas e finalistas, que dominou a dogmática alemã nos anos 50 e que logo congregou partidários de ambos os lados em diversos países, no Brasil inclusive.

A surpresa deu-se não só pela imagem anterior que se tinha desse autor, mas também porque a colaboração de Mezger com o regime de Hitler não foi nem um pouco discreta: ele era considerado um dos penalistas mais influentes da época.

Muñoz Conde relata com algum detalhe a trajetória de Mezger a partir de 1933: partidário de primeira hora do nacional-socialismo, foi nomeado nesse mesmo ano membro da Comissão de Reforma do Direito Penal, participando da redação dos textos legais que, dentre outras coisas, tinham como missão adaptar o Direito Penal aos novos postulados políticos. A produção acadêmica de Mezger durante esse período seguia pelo mesmo caminho. No que foi necessário, tratou de adaptar sua teoria às idéias que caracterizavam o Direito Penal do nacional-socialismo, *grosso modo:* a vontade do Führer como fonte do Direito Penal; a analogia na criação de tipos penais; a substituição do Direito Penal de resultado por um Direito Penal de perigo e do conceito de bem jurídico pelo de violação de um dever; e a idéia de pena como meio para a eliminação dos elementos daninhos ao povo e à raça.

O livro não se detém, entretanto, nos reflexos desse processo na teoria dogmática de Mezger – o que certamente teria sido interessante – mas volta a atenção para a sua participação decisiva na redação do Projeto de Lei sobre o Tratamento dos Estranhos à Comunidade e aos seus estudos na área da criminologia, em que desenvolveram suas idéias biologicistas como causa de condutas anti-sociais, utilizadas para justificar as propostas de medidas de higiene racial.

Mezger participou das discussões em torno da Lei do Delinqüente Perigoso de novembro de 1933, que introduziu no Código Penal alemão a medida de custódia de segurança, permitindo manter o indivíduo, após cumprida a pena, em um centro de trabalho por tempo indeteminado. Esse instrumento foi fundamental para que se levasse adiante uma das frentes de repressão do nacional-socialismo que se fazia por meio dos tribunais civis, permitindo a internação e morte em campos de concentração de mais de 17.000 pessoas.

Um dado notável trazido por Conde é o de que a custódia de segurança tal como implementada com essa reforma era uma das propostas do Projeto de Reforma do Código Penal alemão de 1922, elaborado pelo então Ministro da Justiça da República de Weimar, Gustav Radbruch, homem de idéias em tudo distintas das que justificavam o autoritarismo nazista e que veio a sofrer pessoalmente perseguição e exílio nesse período. Mais curioso ainda é que esse mesmo projeto serviu de base a movimentos progressistas de reforma penal na Alemanha, que resultaram no Projeto Alternativo de 1966.

No último período do regime, fase em que se pretendeu um endurecimento contra os "inimigos" externos e também internos, iniciaram-se os trabalhos preparatórios de um Projeto de Lei que não chegou a entrar em vigor, que propunha medidas ainda mais radicais contra os considerados *estranhos à comunidade (Gemeinschaftsfremde):* além do internamento em campos de concentração, introduzia medidas de seleção eugênica (castração e esterilização) não só para quem cometesse delito, mas já para os

que apresentassem uma certa "tendência à delinqüência". Além disso, outorgava a SS, um dos braços da polícia do Reich, poderes para agir diretamente e determinar a privação de liberdade por tempo indeterminado dos "inimigos do regime", coisa que, pelo menos seguindo a lei anterior, requeria algum controle judicial.

Em última instância, sob o fundamento de proteção preventiva da comunidade, buscava-se a eliminação física de diferentes grupos de pessoas, que segundo o Projeto, em uma classificação que contou com a colaboração de Mezger, dividiam-se entre o grupo dos fracassados ou dos que, por sua personalidade e forma de vida e especialmente por seus defeitos de compreensão ou de caráter, eram incapazes de cumprir as exigências mínimas da comunidade; o grupo dos refratários ao trabalho e dos que levavam uma vida desordenada; e o grupo dos delinqüentes, pessoas que, por sua personalidade e forma de vida, deduziam-se tendências à comissão de delitos. Ou seja, medidas que alcançavam, de um modo geral, além dos não arianos, os marginalizados sociais, mendigos, vagabundos, "delinqüentes" sexuais (incluindo entre estes os homossexuais), ladrões de pouca monta etc.

Depois de expor o Projeto, sem dele fazer um estudo exaustivo, Muñoz Conde chega na parte que mais lhe interessa: mostrar a participação ativa de Mezger na sua elaboração, não só indicando que muitas das idéias ali consolidadas correspondiam "ao pé da letra" às idéias que Mezger havia publicado na época, mas trazendo a público uma documentação inédita, os comentários de Mezger sobre o Projeto e as transcrições (traduzidas para o espanhol) dos informes que encaminhou ao Ministro da Justiça discutindo-o.

Paira ao longo da narrativa a incompreensão (e até mesmo a indignação) do porquê do silêncio por tanto tempo sobre o passado nazista nada discreto deste autor, que, três anos depois de sua rápida passagem pela prisão em Nuremberg, voltou a ocupar a cátedra de Direito Penal na Universidade de Munich até sua aposentadoria em 1953 e chegou a ser nomeado pelo governo de Konrad Adenauer membro e vice-presidente da Grande Comissão de Reforma do Direito Penal.

Muñoz Conde tenta algumas explicações para esse silêncio, sem descartar a má-fé dos que conheciam a verdade e a esconderam.

Uma delas estaria na pouca importância dada pelos historiadores ao Projeto que mais explicitamente congregou os esforços de Mezger, sobre os estranhos à comunidade – possivelmente por ter como objeto uma parte da população que até hoje permanece marginalizada em muitas sociedades. A outra explicação aponta para a "versatilidade" de Mezger de adaptar sua teoria às circunstâncias – o que, depois do fim da guerra, ele fez sem maiores esforços, retirando de seus trabalhos as passagens mais explicitamente racistas, mas mantendo a maior parte de seus pressupostos ligados à teoria dos "tipos de autor" e da culpabilidade por conduta de vida.

Por fim, sua hipótese central: a de que a publicação da monografia *Modernas orientações da dogmática jurídico-penal (Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik,* Munich, 1950), que inaugurou a crítica de Mezger à teoria final da ação que vinha sendo defendida por Welzel desde 1930, teria sido uma manobra para desviar a atenção de seu passado e subir o nível da discussão a conceitos ontológicos e abstratos, para ficar em um plano da dogmática que se ocupava apenas da configuração das estruturas lógico-objetivas do conceito de ação criminosa e evitava assim qualquer compromisso com a realidade política. De fato, a publicação dessa monografia iniciou uma das mais importantes polêmicas da ciência penal, entre os partidários da teoria causal e da teoria final da ação, que, segundo a hipótese de Muñoz Conde, teria funcionado como uma espécie de cortina de fumaça para esconder o passado nazista desse penalista.

Descontando o discurso por vezes excessivamente engajado de Muñoz Conde, não é possível avançar para além dessas especulações sobre o suposto oportunismo de Mezger em se envolver nesse debate teórico. Mas temos ao menos que reconhecer que ele encontrou na polêmica causalismo *versus* finalismo um disfarce perfeito. Afinal, as idéias do Direito Penal nazista, especialmente as ligadas ao Direito Penal da vontade, encontravam muito mais apoio nas teses finalistas e na subjetivação do conceito de injusto de Welzel, que na concepção causal, preponderantemente objetiva de Mezger.

Muñoz Conde não deixa de tirar desse episódio uma advertência contra as tentativas de afastar o condicionamento político das construções dogmáticas e deixar clara sua simpatia pelas teses de Claus Roxin, que, em resposta às abstrações excessivas do finalismo, propõe um programa de vinculação do sistema do Direito Penal às valorações político-criminais e defende a necessidade de reelaboração das categorias tradicionais da teoria do delito em função dos princípios políticos que a informam. Nesse ponto, Muñoz Conde não se deixa intimidar pela narrativa dos capítulos anteriores, que retrata as conseqüências nefastas da aproximação da dogmática à ideologia nazista. Ele defende que a reação a isso não deve ser o isolamento desses campos, mas a reconstrução da dogmática de acordo com os princípios políticos do Estado Democrático de Direito. Entretanto, diante de um tema tão difícil quanto este, Conde não se dispõe a discutir a fundo a relação entre a dogmática e a política e o que evitaria a instrumentalização de uma pela outra. Instigado a refletir sobre o tema, resta ao leitor seguir as indicações dos textos de Roxin.

De outro lado, Muñoz Conde aproveita essa discussão para voltar os olhos para as questões contemporâneas da dogmática penal e dirigir suas críticas às teses funcionalistas de Günther Jakobs. O foco de sua crítica à teoria do delito de Jakobs vai para o caráter exclusivamente normativo da imputação, que, além de prescindir de alguns elementos político-criminais que, em

sua opinião, são essenciais (como o princípio da proporcionalidade e da intervenção mínima), não traz em seus pressupostos nenhuma orientação político-criminal, além da própria autoconservação do sistema, podendo adaptar-se a qualquer modelo de Estado ou sistema político-social.

O debate com Jakobs, entretanto, parece não evoluir, limitando-se à menção ao caráter antidemocrático do seu *Direito penal do inimigo*. Mas o livro traz a todo momento elementos que estimulam o leitor a tentar construir relações e levantar suas próprias hipóteses sobre esse tema atual do Direito Penal. Eu arriscaria a apontar uma delas.

Em seu texto intitulado *Direito penal do inimigo* (Madri, Civitas, 2003), Jakobs propõe um sistema penal à parte, voltado àqueles que, por sua posição, modo de vida ou pertencimento a uma organização, tenham abandonado de forma duradoura o direito, ampliando, para esses casos, as possibilidades de castigar comportamentos afastados da lesão ao bem jurídico e mantendo um sistema de penas elevadas e de supressão ou debilitação das garantias processuais.

A tese de Jakobs surge hoje, momento em que a dogmática penal encontra-se sob uma dupla pressão: de um lado, pelas demandas de expansão e antecipação da intervenção penal e, de outro, pela defesa da manutenção de um sistema de garantias. Ele parece tentar resolver essa tensão apostando na dicotomia entre o *Direito penal dos cidadãos* e o *Direito penal do inimigo,* delimitando campos distintos de aplicação de um e de outro e traçando um limite rígido entre o sistema de penas, vigente para os cidadãos, e o de medidas de segurança, para os inimigos.

Essa talvez seja uma das chaves possíveis para refletir sobre esse sistema à luz dos dados históricos trazidos por Muñoz Conde. De sua narrativa, que vai desde o Projeto Radbruch de 1922, passando pela Lei de Delinqüentes Perigosos de 1933, chegando ao Projeto de Tratamento aos Estranhos à Comunidade, há um fio condutor que não nos escapa: a percepção de que foi da relação entre penas e medidas de segurança e do jogo entre esses dois sistemas que se articulou boa parte das tendências autoritárias do Direito Penal nazista.

Chamando a atenção para esse fato, fica difícil continuar discutindo as funções da pena e avaliando os sistemas penais sem olhar para debaixo do tapete, onde se escondem as medidas de segurança e o processo de definição dos perigosos à comunidade que lhe é subjacente, elementos presentes nos ordenamentos jurídicos ocidentais até hoje.

Entendida a medida de segurança como um problema há muito tempo presente nos sistemas penais, que, entre avanços e retrocessos, nunca foi verdadeiramente resolvido, talvez fique mais fácil compreender a ambigüidade presente no projeto de Radbruch de 1922, que a um só tempo influenciou teses progressistas e teve seu modelo de custódia de segurança utilizado pelo nazismo. Essa ambigüidade, em maior ou menor medida, talvez seja inerente

a qualquer sistema penal que se construa com base na dualidade de suas respostas e que persista adotando o critério periculosidade, além da culpabilidade, para justificar medidas distintas para delinqüentes "normais" e delinqüentes "perigosos".

Para continuar nessa linha de reflexão e tentar compreender os caminhos que se nos apresentam hoje à luz dos que a dogmática penal percorreu no passado nazista, vale a pena tratar rapidamente da tendência do Direito Penal atual de ampliação e antecipação da sua intervenção.

Ao tomarmos algumas das nossas leis especiais mais recentes em matéria penal, como a lei de tóxicos, as que dispõem sobre o porte ilegal de armas, os crimes ambientais, os crimes contra as relações de consumo, os crimes financeiros, os crimes de trânsito e os que envolvem a manipulação genética, perceberemos, de modo geral, duas características: esses diplomas referem-se à proteção de bens jurídicos universais ou coletivos, de titularidade difusa e conteúdos abstratos e operacionalizam a tutela penal de maneira distinta da tradicional, por meio do uso recorrente das incriminações de mera conduta e dos tipos de perigo abstrato, que antecipam a intervenção do Direito Penal para momentos muito anteriores à lesão e ao risco ao bem jurídico, deles prescindindo.

Ocorre que, ao permitir a antecipação da intervenção penal para atingir inclusive ações inofensivas, esse modelo se afasta dos critérios concretos da lesão ou ameaça ao bem jurídico e assim abandona o que até agora servira de base material para legitimar a punição. O crime passa a ser interpretado como simples violação do dever de observar uma determinada norma, concentrando-se muito mais no desvalor da ação que viola a norma do que no desvalor do resultado da conduta. O problema – correndo o risco de simplificá-lo – é que, sem o critério da lesão ao bem jurídico, fica difícil estabelecer limites às possibilidades que tem o legislador de enumerar verbos que possam se converter em ações típicas. Difícil também diferenciar quando essas ações são incriminadas pelo potencial de perigo que representam a um bem jurídico ou quando são enumeradas no tipo apenas para descrever a forma de vida de algumas classes de pessoas que se quer atingir – como apontam as discussões acerca dos delitos de associação, ou seja, da incriminação do simples pertencimento a determinadas organizações.

Se, até agora, as idéias de um direito penal preventivo e a renúncia ao critério da lesividade fizeram com que a tutela penal regredisse da verificação do resultado à simples prática da ação descrita no tipo, a partir daí retroceder um pouco mais e voltar-se simplesmente contra um certo grupo de pessoas consideradas perigosas não parece ser um passo improvável.

Ao analisarmos a instrumentalização que se fez do Direito Penal na época do nazismo, parece que um de seus percursos se aproxima bastante desse. Antes de se chegar ao Direito Penal do autor, voltado aos inimigos do regime, já havia sido afastado o referencial material da lesão ao bem jurídico. Isso permitiu que o Direito

Penal fosse acionado pela simples violação de deveres e para a proteção de valores abstratos, arbitrariamente definidos.

Em outras palavras, sem o critério da lesividade a bens jurídicos bem definidos ou outro critério capaz de estabelecer limites à intervenção penal, não temos como diferenciar um Direito Penal que protege a vida e a liberdade dos cidadãos de um Direito Penal que protege o *são sentimento do povo alemão*. Para dizer mais, um Direito Penal que, como propõe Jakobs, protege a confiança no ordenamento jurídico e o respeito às normas, sem nenhum outro referencial que diga quando é legítimo punir, aceita que em seu nome possa ser feito muito mais do que se desejaria em uma democracia.

É verdade que na Alemanha nazista outras medidas, por exemplo, a utilização da analogia e o controle dos tribunais, foram também decisivas para articular a repressão pela via do Direito Penal, mas me parece extremamente relevante retornar a essa questão no momento atual, em que os debates dogmáticos giram exatamente em torno da relativização do critério da lesão ao bem jurídico como pressuposto da imputação. A idéia aqui não é simplesmente associar um dos lados do debate aos desdobramentos do nacional-socialismo, mas chamar a atenção para o fato de que, se os critérios atuais de legitimação da imputação não respondem mais à realidade do Direito Penal e das políticas criminais, devemos então refletir sobre a necessidade de substituí-los por algum outro que estabeleça limites para o desenvolvimento de tendências autoritárias.

Nessa reflexão, são da maior importância pesquisas históricas como a de Muñoz Conde, que, ao tratar de um autor como Edmund Mezger e das circunstâncias dogmáticas e políticas de seu tempo, revelam tanto sobre o Direito Penal do *nosso* tempo.

Marta Rodriguez de Assis Machado

Doutoranda em Direito pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da USP

Pesquisadora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito GV) e do Núcleo Direito e Democracia - Cebrap/SP

UMA RESENHA BRASILEIRA DE *THE ANATOMY OF CORPORATE LAW*: A COMPARATIVE AND FUNCTIONAL APPROACH

Luís Gustavo Haddad

RESENHA

KRAAKMAN, Reinier et al. *The anatomy of corporate law:* a comparative and functional approach. Oxford: Oxford University Press, 2004. 226 p.

Atualmente, poucas obras apresentam, para o direito societário, relevância equiparável à de *The anatomy of corporate law*: a comparative and functional approach. Já se atribuiu ao livro até mesmo o papel de definir os termos do debate sobre o direito societário para os próximos dez anos (conforme sustenta David Skeel Jr., Corporate anatomy lessons, 113 *Yale Law Journal* 1519), função essa já desempenhada, em décadas passadas, pelos trabalhos de Melvin Eisenberg, *The structure of the corporation:* a legal analysis, Toronto: Little, Brown & Company, 1976; Frank H. Easterbrook e Daniel Fischel, *The economic structure of corporate law,* Cambridge: Harvard University Press, 1991; e Mark Roe, *Strong managers, weak owners:* the political roots of American corporate, Princetown: Princetown University Press, 1994. Não obstante a importância da obra, o objetivo desta resenha é relativamente simples: oferecer uma exposição sumária do conteúdo do livro e tecer sobre ele dois comentários, que procuram avaliar suas inegáveis contribuições sob a ótica específica da experiência societária brasileira. Quanto à explicação do conteúdo da obra, é conveniente que ela comece com a descrição do modo como foi elaborada.

Trata-se de obra coletiva, para cuja confecção trabalharam sete autores, de cinco nacionalidades diferentes, durante mais de nove anos. Cada um dos nove capítulos é subscrito por dois ou três dos sete autores que, ao que se relata, tiveram a oportunidade de escrevê-los, discuti-los e reescrevê-los por diversas vezes, inclusive com o objetivo de torná-los – tanto quanto possível – sintéticos. Ainda no que toca ao método empregado, a intenção declarada dos autores foi a de produzir um livro que, além de sucinto, fosse a um só tempo *internacional, funcional e neutro.* Internacional, pois se pretendeu construir um aparato analítico suscetível de aplicação geral, a despeito das peculiaridades dos direitos societários de cada jurisdição concretamente considerada; e a esse respeito, cabe esclarecer, são objeto de considerações concretas pelos autores os direitos societários da Alemanha, dos Estados Unidos da América, da França, do Japão e do Reino Unido. Funcional, pois a disciplina jurídica societária foi abordada, sobretudo, sob a perspectiva de seus usos e utilidades práticas para a solução das questões apresentadas pela economia da empresa; em outras palavras, analisa-se o direito societário como ferramenta para diminuir custos de transação e incrementar a eficiência da unidade econômica que se serve dos respectivos institutos jurídicos. E neutro, pois não se quis advogar a adoção dos aspectos tidos por positivos no direito societário de uma jurisdição aos direitos societários das outras; ao contrário, tentou-se suprimir, na medida do possível, juízos de valor sobre as escolhas políticas implícitas em institutos como a *Mitbestimmung* alemã (participação dos trabalhadores em órgão de administração) e a regulamentação inglesa em matéria de aquisições de controle.

É importante descrever de início tais premissas de método porque são elas que conferem coerência e consistência ao argumento central do livro; e aqui se entra mais propriamente na exposição de seu conteúdo. Esse argumento central é o de que, nas modernas economias de mercado: (i) a regra é a organização das empresas de porte sob a forma de companhias; (ii) as companhias, por sua vez, qualquer que seja a jurisdição sob a qual sejam constituídas, comungam de um conjunto básico e estável de características jurídicas, que lhes confere identidade e utilidade econômica; e (iii) no bojo dessas características jurídicas, e em virtude delas, existem determinados conflitos de interesses típicos, em torno dos quais se articulam os direitos societários de cada jurisdição, que, por sua vez, oferecem para tais conflitos formas de composição ora iguais, ora diferentes, segundo certas estratégias. Ainda sob esse argumento, o direito societário teria, para os autores, para além de sua conformação específica em cada jurisdição, as seguintes funções essenciais: (a) prover os agentes econômicos de uma estrutura ou forma societária que contemple as características jurídicas básicas acima mencionadas; e (b) disciplinar os conflitos de interesses subjacentes ao funcionamento dessa estrutura societária, com

vistas à contenção dos comportamentos oportunistas que podem ser adotados pelos agentes econômicos envolvidos e ao aumento da eficiência da unidade econômica considerada.

Mas quais são as referidas características jurídicas essenciais e básicas que, de acordo com o livro, toda companhia tem, ou deve ter? São cinco: personalidade jurídica, responsabilidade limitada, capital representado por títulos passíveis de transferência, administração delegada com a presença de órgão com as características de um Conselho de Administração e alocação da titularidade do poder de controle com os investidores de capital. Cuida-se, como se vê, de traços conceituais bastante gerais, de modo que cabe perguntar que querem dizer os autores com tais expressões.

Em primeiro lugar, portanto, que significa, para os autores, personalidade jurídica? Sob o aspecto econômico, quer dizer a circunstância de a organização empresarial poder se apresentar ao mercado como uma única parte contratante, distinta dos acionistas e administradores, que coordena as atividades de aquisição de insumos dos fornecedores e colocação dos produtos ou serviços perante os clientes ou consumidores, nos moldes da concepção da empresa como um *nexus of contracts*. Juridicamente, essa personalidade se traduz no que a dogmática jurídica continental designa por *separação patrimonial* ou, na significativa expressão cunhada por Kraakman e Hansmann em outro estudo (The essential role of organizational law, 110 *Yale Law Journal* 387), *asset partitioning*. Essa chamada *asset partitioning,* por sua vez, possui uma dimensão positiva, que permite a companhia isolar e proteger seus próprios ativos contra as pretensões dos credores dos respectivos acionistas (*positive asset partitioning*), e também uma dimensão negativa, que faculta aos acionistas isolar e proteger seus ativos particulares contra as pretensões dos credores da companhia (*negative asset partitioning*). Em continuação, os autores identificam ainda dois elementos que caracterizariam, juridicamente, a personalidade jurídica: a preferência conferida aos credores da companhia na excussão dos ativos sociais, em detrimento dos credores dos acionistas ("firms assets are automatically pledged as security for all contractual liabilities entered into by the firm") e a regra que proíbe aos acionistas liquidar, *ad libitum,* o valor de suas participações acionárias e se retirarem da companhia ("individual owners/shareholders cannot withdraw their share of firms assets at will, thus forcing partial or complete liquidation of the firm"). A coexistência desses dois elementos, o primeiro denominado *priority rule,* e o segundo, *liquidation protection,* dá corpo ao que os autores chamam de *strong form of legal personality*. Por outro lado, se há apenas a *priority rule,* e não a *liquidation protection* – como ocorre no Brasil com as sociedades simples (art. 1.029 do Código Civil) –, estar-se-ia diante de uma *weak form of legal personality*. Sob o aspecto funcional, a chamada *strong form of legal personality* permite aos agentes

econômicos que adotam a forma de companhia reforçar sua estabilidade e capacidade de obtenção de crédito (*creditworthiness*); se combinada com a responsabilidade limitada, ademais, essa característica protege o valor econômico da companhia das vicissitudes dos negócios pessoais dos acionistas em medida suficiente para permitir a livre transferência e negociação dos títulos representativos do capital. E daí a relevância da personalidade jurídica para o incremento da eficiência da companhia como unidade econômica.

No que toca especificamente à responsabilidade limitada, que é vista como reverso e complemento da personalidade jurídica, as respectivas funções são descritas como instrumentos de otimização das atividades da companhia em duas situações principais: celebração de contratos com terceiros e obtenção de financiamentos. No âmbito da obtenção de crédito, a responsabilidade limitada – ao segregar as pretensões dos credores dos acionistas das pretensões dos credores da companhia – melhora a qualidade tanto dos ativos da companhia como também dos ativos dos acionistas enquanto garantia dos respectivos credores. Para essas duas categorias de credores, do mesmo modo, a responsabilidade limitada, em virtude da segregação acima mencionada, minora os custos de avaliação de risco e de monitoramento gerados pela concessão de crédito. Aliada à personalidade jurídica, a responsabilidade limitada é também mecanismo que permite a constituição de novas companhias e companhias controladas, para fins de alocação e distribuição adequada de riscos entre os diversos terceiros envolvidos com as diferentes áreas de negócio em que a companhia pode estar ou vir a estar engajada. Efeito semelhante, ademais, é obtido na distribuição dos riscos de insucesso do negócio entre acionistas e credores, pois sua transferência dos primeiros para os segundos, tal como operada pela limitação da responsabilidade, incentiva os credores a monitorar os administradores da companhia com maior efetividade. Essa última circunstância, aliás, é especialmente relevante em mercados como o norte-americano, em que a titularidade do capital da companhia é dispersa, e os acionistas não dispõem em geral de incentivos suficientes para fiscalizar de modo efetivo a conduta dos administradores. Por fim, é particularmente interessante – e merecedora de reflexão – a visão dos autores acerca do campo de incidência da regra da limitação da responsabilidade. O livro sustenta, nesse particular, que apenas os credores da companhia cujos créditos se constituíram por decorrência de relações contratuais (e portanto voluntárias) estariam ou deveriam estar sujeitos à observância da limitação da responsabilidade dos acionistas. Credores ditos involuntários, como seria o caso dos que sofreram quaisquer danos extracontratuais causados pela companhia, não deveriam observância a tal regra, e poderiam pleitear a satisfação de seus créditos também mediante excussão de ativos de titularidade dos acionistas.

A terceira nota jurídica essencial que caracteriza a forma da companhia,

de acordo com a obra, é a circunstância de o capital social ser representado por títulos passíveis de transferência pelos atuais acionistas a terceiros. Isso possibilita a manutenção da estabilidade das atividades empresariais mesmo que ocorram modificações no quadro de acionistas, com o que se evita a instabilidade que acomete outras formas societárias, como as cooperativas, em situações idênticas. No mais, essa característica incrementa a liquidez dos ativos dos acionistas, permitindo a estes, ainda, construir e manter uma carteira de investimentos diversificados. Sob a ótica da companhia, o mecanismo confere flexibilidade aos instrumentos de captação de investimentos. Cabe ressaltar também, nessa matéria, que os autores distinguem a simples possibilidade de transferência dos títulos da livre negociabilidade destes últimos (*free tradability*). O que se tem em mente nessa distinção é a possibilidade, reconhecida pelos vários direitos societários, de os estatutos ou mesmo acordos parassocietários estabelecerem limitações à circulação das ações (conforme autorizam, por exemplo, os arts. 36 e 118 da Lei 6.404, de 15.12.1976). Os autores ponderam ainda que, em todos os direitos societários analisados, as eficiências advindas da livre negociabilidade, e a relevância destas para o mercado de capitais, fazem com que exista uma determinada categoria de companhia em que essa característica é obrigatória. Isso também se verifica no Brasil, uma vez que as companhias abertas não podem estabelecer em seus estatutos limites à livre circulação das ações (art. 36 da Lei 6.404/1976), e as ações de companhias abertas vinculadas a acordo de acionistas que contenham restrições à respectiva circulação não podem ser negociadas em bolsa ou mercado de balcão (art. 118, § 4.º, da Lei 6.404/1976). Em remate ao raciocínio desenvolvido em torno desse ponto, os autores asseveram que a personalidade jurídica, a limitação da responsabilidade e a divisão do capital em títulos passíveis de transferência são traços constantes e uniformes das companhias em geral, usualmente encontrados de forma conjunta, em quaisquer jurisdições.

O quarto elemento essencial a que se referem os autores é a delegação pelos acionistas dos poderes de administração da companhia, com a presença de um órgão com as características de um Conselho de Administração. Sobre esse aspecto, entendem os autores que, sendo a dispersão acionária uma realidade em muitas jurisdições, e uma possibilidade em outras, a delegação dos poderes de administração permite a centralização de prerrogativas de comando que a coordenação da atividade empresarial exige. Além disso, essa delegação sinaliza a terceiros quem são as pessoas autorizadas a contrair obrigações em nome da companhia. Por outro lado, o livro destaca a importância de existir e funcionar um órgão com características típicas de um Conselho de Administração, em que: (i) os membros sejam periodicamente eleitos pelos acionistas, ou em sua maioria eleitos pelos acionistas; e (ii) as respectivas competências abarquem os assuntos

de maior relevância para a condução dos negócios sociais. Adicionalmente, seriam características identificadoras desse órgão, de acordo com os autores: (a) a sua diferenciação, ainda que formal, dos diretores encarregados de representar a companhia perante terceiros e dar andamento às respectivas operações; (b) a sua diferenciação do conjunto de todos os acionistas (i.e., da Assembléia Geral), com diminuição do custo de tomada de decisões e possibilidade de monitoramento de eventuais comportamentos oportunistas por parte dos acionistas controladores; (c) a eleição de seus membros pelos acionistas, a fim de assegurar a vinculação daqueles aos interesses destes, que, segundo se afirma, são os mais diretamente afetados pelos custos e benefícios advindos das decisões tomadas, e não têm a possibilidade de defender seus interesses em sede contratual; e (d) a sua composição por uma pluralidade de membros que permita o controle recíproco e diminua as chances de tomada de decisões idiossincráticas.

Por fim, o quinto e último traço essencial apontado pelos autores entre os que definem a forma jurídica da companhia, a despeito das peculiaridades dos direitos societários de quaisquer jurisdições, é a alocação do poder de controle sob a titularidade dos investidores de capital. O conceito utilizado, em verdade, é o de *investor ownership,* que congregaria em si o poder político de comandar o exercício das atividades empresariais e também o direito de perceber os lucros gerados por essa atividade, poderes e direitos esses que são distribuídos entre os acionistas na medida das quantidades de capital por eles investidas. Essa alocação de poderes, com efeito, é identificada como regra supletiva em todas as jurisdições analisadas, e sua justificativa econômica é sustentada pelos autores com base nos seguintes argumentos: (i) é difícil e custoso promover a proteção dos investidores de capital (*equity investors*) por intermédio de arranjos contratuais; e (ii) os interesses dos investidores (que o livro trata como autênticos "fornecedores de capital", a ponto de equiparar a companhia a uma "cooperativa de investidores de capital") tendem a ser mais homogêneos entre si em relação aos interesses dos fornecedores dos demais insumos utilizados pela companhia (como trabalho, tecnologia ou outros). Tais questões, embora sejam de grande relevância e interesse, recebem um tratamento relativamente pálido no livro, sendo o leitor remetido à conhecida obra de um dos autores, na qual essa problemática é enfrentada com o devido vagar e percuciência invulgar (HANSMANN, H. *The ownership of the enterprise*. Cambridge: Harvard University Press, 1996). De qualquer modo, não escapa à percepção dos autores que os direitos societários concretamente considerados podem afastar a presunção de alocação do poder de controle com os investidores de capital, bem como permitir ou exigir que outros fornecedores de *inputs,* ou consumidores de *outputs* da companhia (os chamados *patrons* na dicção de Hansmann), adquiram direitos relativos ao controle sobre as decisões relativas às atividades da companhia, seus lucros, ou a ambos.

Feita, com pretensões de validade universal, essa caracterização da forma jurídica da companhia, a obra desenvolve a idéia-chave que governa todos os raciocínios desenvolvidos na seqüência. Trata-se da constatação de que o direito societário se organiza em função da necessidade de disciplinar os assim chamados, na linguagem econômica esposada pelos autores, *agency problems.* Esses *agency problems* têm lugar sempre que "[the] welfare of one party [principal] depends upon actions taken by another party [agent]", e "the core of the difficulty is that, because the agent has commonly better information than does the principal about the relevant facts, the principal cannot costlessly assure himself that the agent's performance is precisely what was promised". Se é possível cifrar essa análise em termos conhecidos pela dogmática jurídica continental, o que se pode dizer é que, no âmbito do direito societário, as posições jurídicas subjetivas ativas, ou poderes jurídicos *lato sensu,* qualificam-se em geral como direitos-função, poderes-deveres ou, mais precisamente, poderes funcionais, por meio dos quais se conferem ao titular da posição certos poderes jurídicos para que, mediante seu exercício, sejam protegidos e atendidos interesses de pessoa ou pessoas diferentes do referido titular. Assim, dada a assimetria de informações existente entre o *agent* (ou titular do poder jurídico) e o *principal* (titular do interesse a ser tutelado pelo exercício do poder), em favor do primeiro, o segundo não dispõe de mecanismos prontamente eficientes para verificar se seu interesse está sendo adequadamente protegido pelo exercício do poder jurídico conferido ao *agent,* que teria assim a tendência de se valer dos poderes jurídicos a ele concedidos em benefício próprio, ou eventualmente de terceiros, com o que se instaura uma situação de nítido conflito de interesses. Em resumo, a peculiar distribuição de poderes e direitos ínsita à companhia, enquanto forma jurídica, acarreta múltiplas possibilidades de adoção de comportamento oportunista pelos que figuram como *agents,* com a conseqüente criação de diversos custos de transação e, em especial, de custos de monitoramento para os *principals.* É assim papel do direito societário, segundo os autores, estabelecer estratégias para coibir esses comportamentos oportunistas, de modo a minimizar os custos de transação em princípio inerentes ao funcionamento da companhia e, desta forma, aumentar sua eficiência como agente econômico. Segundo se assume, esse incremento da eficiência da companhia decorrente da disciplina societária propiciaria um conseqüente incremento do bem-estar social agregado, na medida em que o bem-estar dos acionistas, funcionários, fornecedores e consumidores seja aumentado, sem prejuízos indevidos e, se possível, com benefício para terceiros, como as comunidades que circundam a companhia e os que comungam do meio ambiente em que esta desenvolve suas atividades.

Partindo dessa idéia geral, os autores identificam três principais *agency problems* ou categorias de conflitos de

interesses de caráter central para o direito societário: (a) os conflitos entre administradores e acionistas; (b) os conflitos entre acionistas, mais especificamente entre acionistas controladores e acionistas não controladores; e (c) os conflitos entre acionistas e outros interessados no adequado funcionamento da companhia, como credores, empregados, fornecedores e consumidores. Para discutir os diferentes e semelhantes modos como os diversos direitos societários disciplinam esses conflitos – o que vem a ser, em realidade, a principal tarefa a que se propõem os autores –, estes estabelecem uma tipologia das estratégias jurídicas utilizadas pelos diversos direitos societários considerados para enfrentar e compor as aludidas modalidades de *agency problems*. Mas que querem dizer os autores por *estratégias jurídicas?* É difícil evitar, nesse ponto, a transcrição: na obra, considera-se uma *legal strategy* "[a] *generic method of deploying substantive law to mitigate the vulnerability of principals to the opportunism of their agents*". E quais os tipos de estratégias jurídicas identificadas pelos autores? A esse respeito, é interessante notar que há diferentes critérios pelos quais o livro distingue estratégias jurídicas para a disciplina dos conflitos de interesses. O primeiro critério é o que diferencia as chamadas estratégias regulatórias das denominadas estratégias de governança. As primeiras seriam exógenas ao funcionamento da companhia, isto é, por elas são estabelecidas normas de comportamento, que determinam em forma e conteúdo o modo como as relações entre *agents* e *principals* começam, desenvolvem-se e terminam. Já as segundas seriam endógenas ao funcionamento da companhia, na medida em que se valem da respectiva estrutura hierárquica para induzir comportamentos que se deseja sejam adotados pelos *agents*. As estratégias regulatórias, de seu lado, adotam duas possíveis subformas: (a) regras e padrões de comportamento; e (b) fixação dos termos de início e término das relações entre *agents* e *principals*. As regras (*rules*) são normas que proíbem *ex ante* a adoção de determinado comportamento pelo *agent,* como a proibição, dirigida ao acionista controlador, de integralizar o valor de ações subscritas em aumentos de capital com bens estranhos ao objeto social (art. 117, § 1.º, h, da Lei 6.404/1976) ou a proibição, dirigida aos administradores, de praticar atos de liberalidade à custa da companhia (art. 154, § 2.º, *a,* da Lei 6.404/1976). Já os padrões de comportamento são estratégias regulatórias que se destinam a dar parâmetros para a avaliação da conduta do *agent,* após a prática, por este, de determinado comportamento. É o que se vê, por exemplo, na imposição do dever geral de cuidado e diligência imposto aos administradores pelo art. 153 da Lei 6.404/1976, e na sonora obrigação, imposta ao acionista controlador, de leal respeito e atendimento aos direitos e interesses das pessoas indicadas no art. 116, parágrafo único, da Lei 6.404/1976. Quanto às estratégias regulatórias de fixação dos termos de início e término das relações entre

agents e *principals,* exemplos que parecem elucidativos são, em relação à entrada na *agency relationship,* a norma de inelegibilidade ditada pelo art. 147, § 1.º, da Lei 6.404/1976, que se resolve na conhecida declaração de desimpedimento firmada pelos administradores como condição prévia à respectiva investidura em seus cargos e, em relação à saída da *agency relationship,* o próprio direito de recesso, assegurado pelo art. 137 da Lei 6.404/1976. Já no âmbito das estratégias de governança, são três os subtipos de estratégias identificados pelos autores: (a) *selection and removal,* expressa, por exemplo, na circunstância de que os membros do Conselho de Administração são eleitos e a qualquer tempo podem ser destituídos de seus cargos pela Assembléia Geral (art. 140 da Lei 6.404/1976); (b) *initiation and ratification,* como se vê na necessidade de aprovação das contas dos administradores pela Assembléia Geral (art. 122, III, da Lei 6.404/1976) ou na necessidade de aprovação pelos preferencialistas das modificações pretendidas nas características das ações de sua propriedade (art. 136, II, e § 1.º, da Lei 6.404/1976); e (c) *trusteeship and reward,* que se pode identificar, a título de ilustração, no dever de denúncia imposto aos membros do Conselho Fiscal pelo art. 163, IV, da Lei 6.404/1976 e na eventual participação dos administradores nos resultados da companhia (art. 190 da Lei 6.404/1976). Por fim, o último critério pelo qual os autores distinguem as estratégias jurídicas de enfrentamento e composição dos conflitos de interesses é o do momento em que a estratégia é posta em ação, ou seja, se ela visa a coibir o comportamento oportunista antes de sua ocorrência (estratégias *ex ante*), ou se visa a identificá-lo e puni-lo após sua ocorrência (estratégias *ex post*), cujos exemplos podem ser facilmente visualizados nos dispositivos legais acima citados. Essa tipologia, de acordo com o livro, tem fins heurísticos, e não tem a pretensão de se qualificar como um esquema formal e formalista rígido. Trata-se apenas das ferramentas analíticas que serão usadas nos capítulos 3 a 8, para analisar os modos como os direitos societários considerados enfrentam: (i) os conflitos engendrados no processo ordinário de tomada de decisões dentro da companhia, que são objeto capítulo 3 do livro, e perante os quais se verifica a predominância das estratégias de governança; (ii) os conflitos engendrados pela necessidade de proteção dos credores da companhia, que são tratados no capítulo 4, e perante os quais se verifica a predominância das estratégias regulatórias; (iii) os conflitos decorrentes das relações entre partes relacionadas e das situações de *self-dealing,* objeto do capítulo 5; (iv) os conflitos que emergem de operações e reorganizações societárias, como aumentos de capital, cisões e incorporações, que são analisados no capítulo 6; (v) os conflitos inerentes às situações de alienação de controle, de que cuida o capítulo 7; e (vi) os conflitos relacionados à proteção dos investidores, objeto do capítulo

8, no qual novamente se verifica a predominância de estratégias regulatórias. Nas análises empreendidas nos capítulos 5, 6 e 7, o que se constata é um balanceamento de estratégias regulatórias e de governança.

Após tais análises, os autores põem fim à obra com um sintético capítulo 9, no qual são resumidos os principais argumentos desenvolvidos ao longo dos capítulos anteriores, em especial o chamado argumento da convergência (construído com mais ênfase por R. Kraakman e H. Hansmann, The End of History for Corporate Law, 89 *Georgetown Law Journal* 439). Segundo ele, o desenvolvimento dos direitos societários nos últimos vinte anos tem sido marcado por uma acentuação das respectivas similitudes, movimento esse que estaria atrelado à intensificação dos movimentos financeiros globais e da internacionalização dos investimentos. Essa convergência, esclareça-se, diz respeito precisamente às estratégias jurídicas adotadas pelos direitos societários na disciplina dos *agency problems* fundamentais, tal como definidas pela tipologia acima descrita. É evidente que as diferenças permanecem, em especial as que se relacionam com aspectos extrajurídicos, como o tamanho dos mercados de capitais, a estrutura de capital das companhias, decisões políticas e ambientes culturais. Todavia, o objetivo da obra é justamente focar e descrever os problemas comuns enfrentados pelos direitos societários considerados e desenvolver instrumentos de análise que sejam baseados nessas semelhanças e, por essa razão, comportem aplicação geral. Sob essa perspectiva, a obra é concluída com a indicação de possíveis linhas de pesquisa ulteriores, que podem tomar por base o quanto restou construído pelos autores. Entre essas linhas de pesquisa constam, por exemplo, temas de interesse para a experiência societária brasileira, como é o caso da questão dos chamados *private benefits of control,* dos grupos de empresas, e a aplicabilidade ou não da análise desenvolvida para a situação do que os autores denominam de países emergentes.

Mais poderia ser dito a respeito do conteúdo do livro. Mas esta resenha não quer ser um resumo completo; quer apenas oferecer um panorama do que o leitor encontrará, caso se decida pela *leitura*. De fato, não se trata de obra para ser consultada, e quem esteja à procura de informações detalhadas sobre os direitos societários de cada jurisdição considerada não encontrará amparo nos capítulos do livro. Dito isso, passa-se aos dois breves comentários de início anunciados.

O primeiro comentário a ser feito, em verdade, é uma advertência a quem possa querer trazer e aplicar, de pronto, os métodos de análise e raciocínios desenvolvidos na obra à realidade brasileira. A perspectiva dos autores é a das economias do capitalismo central, o que talvez tenha lhes permitido abdicar, conscientemente, de deitar atenção aos problemas práticos e efetivos de aplicação das normas de direito societário pelo Poder Judiciário e por órgãos de regulação. Com efeito, as questões de *enforcement,* embora sejam tratadas

incidentalmente, não estão no centro das preocupações dos autores. Ocorre que a análise estática das normas jurídicas, especialmente no Brasil, diz muito pouco sobre a realidade do funcionamento das companhias e do mercado de capitais em geral. E as estratégias legais de composição de conflitos identificadas e tipificadas pelos autores levam em conta, sobretudo, essa perspectiva estática, que é, por definição, distanciada das vicissitudes encontradas por acionistas, administradores, órgãos reguladores, juízes e demais partes interessadas ao tentar fazer valerem os direitos, obrigações e responsabilidades que as normas, em abstrato, estabelecem. Os autores, de seu lado, justificam essa escolha pela alegada indisponibilidade de estudos e pesquisas empíricas sobre a ocorrência e as características dos litígios societários, e a efetividade e aplicação das normas jurídicas e sociais em geral; ressentem-se os autores, ainda, de estudos sobre a relevância e o impacto de elementos psicológicos e culturais na governança das companhias. E, diante dessas deficiências, entendem que a tentativa de incluir as questões de aplicação e efetividade na discussão sobre a *anatomia* do direito societário seria demonstrar tolerância excessiva com juízos meramente especulativos. Em que pesem ser razoáveis essas ponderações, a verdade é que, para a experiência societária brasileira, a tarefa de maior prioridade não me parece ser um impensado alinhamento com as práticas vigentes nos países de capitalismo central. A agenda brasileira deve buscar um domínio (inclusive estatístico) mais seguro, e sobretudo mais claro e difundido, sobre a realidade dos fatos no funcionamento das companhias e do mercado de capitais. Com base nos resultados obtidos a partir dessa observação mais acurada de nossa própria realidade é que caberia identificar e aprimorar as estratégias jurídicas de composição dos conflitos de interesses que mais de perto dizem com nossa experiência societária. Em outras palavras, e sem que nisso vá qualquer demérito à obra, as premissas e raciocínios desenvolvidos pelos autores têm por fundamento uma realidade econômica profundamente diversa da realidade brasileira; e ainda que se esteja diante de uma convergência dos discursos sobre o governo das companhias em todo o mundo, a história já demonstrou, como nos casos da Rússia e de países do Leste europeu ao longo da década de 90, que o mimetismo institucional não é prática de que se possam extrair bons frutos. Dessa forma, é com reservas e com cautela que as ferramentas analíticas propostas pela obra devem ser vistas pela perspectiva brasileira. Apenas para terminar esse primeiro comentário, e indicar parâmetros para a avaliação mais serena das contribuições da obra, é relevante notar que já há estudos importantes que procuram receber de forma crítica e com adequado senso de localização o discurso dominante a respeito da governança corporativa (cf. GORGA, Erica. Does culture matter for corporate governance? A case study of Brazil. *Stanford Working Paper,* n. 257. Disponível em: www.ssrn.com. Acesso em: 31 mar. 2005).

O segundo comentário refere-se à visão dos autores segundo a qual a análise dos grupos de sociedades seria apenas uma linha de pesquisa subseqüente à caracterização da anatomia do direito societário. Conforme já se notou (SKEEL JR., David. Corporate anatomy lessons. 113 *Yale Law Journal* 1519), e isto é de particular relevância para a realidade nacional, a dinâmica dos grupos de sociedades não é mais um simples aspecto do direito societário, mas um traço constitutivo e quase universal da própria organização das unidades econômicas. Não seria exagero julgar incorreta a afirmação dos autores no sentido de que, nas modernas economias de mercado, a regra é a organização dos grandes empreendimentos sob a forma de companhia. A regra, em verdade, é a organização das grandes unidades econômicas e dos grandes empreendimentos sob a forma de *grupos de companhias,* cuja morfologia não necessariamente espelha, com meras diferenças de proporção, a morfologia das companhias isoladas. Assim, não obstante tenha sido levado em consideração o *Konzernrecht alemão,* o prisma que domina os argumentos da obra é o da sociedade isolada, e não o da integrada em grupos de coordenação ou subordinação. Essa perspectiva atomista, do mesmo modo, diminui em alguma medida, segundo se defende nesta resenha, o valor do livro para o enriquecimento do debate societário brasileiro.

Para concluir, é importante dizer que, sem prejuízo do teor defensivo dos comentários acima apresentados, e inclusive em razão deles, a leitura do livro é certamente recomendável, senão necessária. Com efeito, é um dado da economia brasileira atual a sua progressiva abertura para o recebimento de investimentos externos. É também incontornável a necessidade de convivência, tanto quanto possível harmônica e mutuamente proveitosa, entre as instituições nacionais e os investidores estrangeiros já presentes no País. Nesse contexto, cabe ao direito societário um importante e inegável papel de mediação e disciplina dos conflitos que dele surgem, bem como a função de criar modelos úteis de cooperação entre os agentes econômicos envolvidos. Sendo assim, é autorizado exigir dos que estudam e aplicam o direito societário brasileiro que conheçam e entendam as *formas de pensamento* e a *linguagem* que tendem a se tornar cada vez mais comuns aos operadores dos direitos societários dos países do capitalismo central, pois é destes que partem, em geral, os investimentos externos acima referidos. E, pelo menos para essa finalidade, *The anatomy of corporate law* é um tomo de lógica, gramática, e também retórica, que não será dado ignorar.

Luís Gustavo Haddad

Advogado

Membro do Núcleo de Estudos em Direito Societário e Mercado de Capitais da FGV-Edesp

DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Virgílio Afonso da Silva

RESENHA

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

1. (Meta-)Introdução

Antes de iniciar a análise das obras indicadas acima, parece-me ser necessário um esclarecimento inicial sobre a própria idéia de resenha, para que mal-entendidos sejam evitados. Isso porque, no Brasil, pelo menos na área jurídica, costuma-se entender por resenha a simples exposição do conteúdo de alguma obra, um mero resumo. Resenha, no entanto, é muito mais do que isso, já que pressupõe menos a exposição sistemática de um trabalho e mais uma abordagem crítica das teses centrais defendidas por seu autor ou por seus autores. Essa é a tarefa que aceitei, a pedido do conselho editorial desta *Revista*. Passo, então, a desenvolvê-la.

2. Preliminares

Ambos os trabalhos que são objetos desta resenha têm como origem teses de doutorado, ambas defendidas em 2003. Daniel Sarmento defendeu seu doutorado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), sob orientação do Prof. Dr. Ricardo Lobo Torres, em junho de 2003. Já Wilson Steinmetz, orientado pelo Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève,

defendeu sua tese na Universidade Federal do Paraná (UFPR), alguns meses antes, em fevereiro do mesmo ano. Os trabalhos têm como objeto o mesmo problema: a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A questão que está por trás do problema é bastante simples: os direitos fundamentais, que originalmente foram pensados para regular as relações entre os indivíduos e o Estado, devem produzir efeitos nas relações das quais este não participa, ou seja, nas relações entre particulares? Se sim, e mais importante, que efeitos podem ser esses e de que forma poderão ser realizados? Ainda que a idéia seja simples, a resolução do problema não o é. Esse é um debate que ocupou especialmente a jurisprudência e os juristas alemães por várias décadas após a promulgação da constituição de 1949. De uma certa forma, é também um debate que ocupa tribunais e juristas dos Estados Unidos, onde o debate é travado sob a epígrafe da "doutrina da ação estatal".

No Brasil, contudo, com exceção de alguns artigos esparsos,[1] o tema não havia ainda sido objeto de monografias mais extensas até a publicação, em 2004, das obras de Sarmento e Steinmetz. O pioneirismo de ambos é, portanto inegável.

Pioneirismo não é, contudo, um valor em si mesmo e os trabalhos resenhados não merecem atenção simplesmente por isso. Pioneirismo sem qualidade nada significa. Os trabalhos de Sarmento e Steinmetz devem ser encarados como referência pelo pioneirismo aliado à qualidade acadêmica. E, ainda que involuntariamente, ambos os trabalhos têm outro mérito: o de derrubar o mito, muito difundido no Brasil, de que somente o acesso ao debate travado na Alemanha proporciona as condições para se elaborar um trabalho de dogmática constitucional de qualidade. E o enfrentamento desse mito, no caso em questão, tem um significado ainda maior, já que o tema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é um tema *genuinamente germânico* e grande parte da produção acadêmica sobre ele é feita em língua alemã. Mas tanto Sarmento quanto Steinmetz, a despeito de não terem tido acesso a boa parte desse material, já que pouco foi traduzido nessa área, puderam mostrar que a qualidade de um trabalho é decorrência da acuidade da argumentação e não do argumento de autoridade.[2]

3. O PROBLEMA

Poucos são os publicistas que ainda restringem a aplicação dos direitos fundamentais apenas às relações entre os indivíduos e o Estado (relação vertical). A grande maioria deles aceita a existência de uma produção de efeitos desses direitos também nas chamadas relações horizontais, ou seja, naquelas das quais o Estado não participa. O problema central que o tema coloca não é, portanto, o problema do "se" os direitos produzem efeitos nessas relações, mas do "como" esses efeitos são produzidos. Na literatura e na jurisprudência alemãs, o debate é dividido em dois grandes blocos de teses

(cf. SARMENTO, p. 238-258; STEINMETZ, p. 135-175): de um lado ficam aqueles que entendem que os direitos fundamentais devem ser aplicados de forma direta às relações entre particulares, da mesma forma como são aplicados na relação entre o Estado e os indivíduos; do outro lado ficam aqueles que defendem que os direitos fundamentais devem produzir efeitos nas relações entre particulares, mas que esses efeitos são apenas indiretos, produzidos sobretudo por meio de uma espécie de reinterpretação do direito infraconstitucional.3 Essa dicotomia entre efeitos direitos e efeitos indiretos foi "resolvida", no caso alemão, de forma francamente favorável à segunda posição. O caso brasileiro é, por diversas razões, diferente do alemão e uma simples transposição do debate seria um equívoco. Ao abordar a nossa realidade, embora Sarmento e Steinmetz partam, ao menos no plano teórico, da mesma dicotomia que pautou o debate alemão, ambos propõem-se a encontrar soluções que sejam aplicáveis ao caso brasileiro, em face das peculiaridades de nosso texto constitucional e de nossa realidade. Em vista da limitação de espaço, pretendo me ater ao que me parece ser o essencial na questão, que é a forma de se compatibilizar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares com a autonomia privada que está na base dessas relações. Qualquer trabalho que pretenda enfrentar esse problema deve se demonstrar apto a resolver essa situação de tensão. E, nesse ponto central, os trabalhos de Sarmento e Steinmetz divergem, já que o primeiro confere um peso decisivo à questão da assimetria nas relações entre particulares, enquanto que o segundo, embora também leve essa assimetria em consideração, salienta a importância da aplicação do chamado princípio da proporcionalidade.4

4. Possíveis soluções

Nos próximos dois tópicos, pretendo fazer uma análise rápida do que considero ser alguns pontos centrais nos trabalhos de Sarmento e Steinmetz, que são as propostas de elaboração de parâmetros para a solução da tensão entre direitos fundamentais e autonomia privada. Considero esses pontos como centrais por duas razões: (1) por ser, obviamente, o ponto nevrálgico de todo o debate sobre os direitos fundamentais nas relações entre particulares, já que os direitos fundamentais, nessas relações, tendem a sufocar a autonomia privada se não houver uma forma de compreender ambos em harmonia; e (2) porque Sarmento e Steinmetz, independentemente das críticas que serão feitas a seguir, não encaram a tarefa da colisão de direitos fundamentais com a superficialidade que tem cada vez mais aumentado na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Ou seja, os autores não se contentam com a fácil posição de que tudo se resolve no caso concreto por meio de sopesamento e propõem-se a fornecer critérios para esse sopesamento, tentando aumentar a possibilidade de controle desse procedimento, evitando, assim, o excesso de subjetividade e a

quase total liberdade dos juízes na solução dos casos concretos. Fazer dogmática dos direitos fundamentais é, sobretudo, justamente elaborar critérios que possibilitem o controle intersubjetivo, aumentando a racionalidade do processo de interpretação e aplicação das disposições de direitos fundamentais.

4.1 Daniel Sarmento

Daniel Sarmento apóia boa parte da sua proposta de solução para o problema da tensão entre autonomia privada e direitos fundamentais em dois conceitos-chave. O primeiro deles é a dicotomia simetria/assimetria entre as partes; o segundo é aquilo que Sarmento chama de questões existenciais, que ele contrapõe às questões de cunho patrimonial.

O primeiro dos critérios, aquele baseado na dicotomia simetria/assimetria das partes envolvidas na relação entre particulares, é reputado por Sarmento como primordial (p. 303). Por assimetria, Sarmento entende desigualdade fática entre os envolvidos. Segundo ele: *"quanto maior for a desigualdade (fática entre os envolvidos), mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito"* (p. 303). No entanto, a associação de três fatores, que exponho a seguir, faz com que, na minha opinião, o recurso ao conceito de desigualdade fática seja algo problemático:

(1) Sarmento usa o conceito como sinônimo de desigualdade material;

(2) O conceito é estanque, já que tende a pressupor que *sempre* que houver desigualdade material entre as partes envolvidas deverá haver maior proteção dos direitos da parte materialmente mais fraca;

(3) Isso ignora o jogo de forças no interior da relação, que pode ser muito mais importante do que a condição material dos envolvidos e não estar a ela necessariamente vinculado.

Para se ter um exemplo do que se quer dizer com esses três fatores: aqueles que participam dos chamados *reality shows,* tão em voga nas emissoras de televisão no Brasil e no mundo, o fazem com base no exercício de sua autonomia da vontade. Esse exercício acarreta, sem dúvida, restrições a direitos fundamentais, especialmente ao de privacidade. A desigualdade material entre, por exemplo, a Rede Globo, uma das maiores empresas de comunicação do mundo, e os participantes de seu *reality show* é inegável. Isso não significa, contudo, que haja uma necessidade de intervir nessa relação para proteger direitos fundamentais restringidos: a desigualdade material não interfere, necessariamente, na *autenticidade das vontades.*

Com isso, quero salientar que o recurso a desigualdades (fática e material), ainda que possa ser usado como elemento da argumentação jurídica nesse âmbito, deve ser encarado com extrema reserva. Parece-me que o decisivo é a *sinceridade* no exercício da autonomia privada, que não necessariamente

terá alguma relação com desigualdades externas a ela.

Quanto ao segundo critério, que leva em consideração o tipo de questão envolvida – existencial ou econômico-patrimonial –, Sarmento sustenta que, nos casos envolvendo questões existenciais, a autonomia privada terá um peso maior do que nos casos concernentes a questões econômico-patrimoniais. Além disso, nesses últimos casos, a proteção da autonomia privada em face de um eventual direito fundamental restringido deverá variar em função da essencialidade do bem envolvido (p. 309). A importância desse critério consiste justamente na tentativa de evitar, para usar a expressão de García Torres e Jiménez-Blanco, um *"totalitarismo dos direitos fundamentais"* ou, na expressão do próprio Sarmento, a *"homogeneização forçada do comportamento individual a partir de pautas tidas como 'politicamente corretas', às custas do pluralismo e da própria dimensão libertadora que caracteriza os direitos fundamentais"* (p. 310).

4.2 Wilson Steinmetz

Para Steinmetz, a compatibilização entre direitos fundamentais e autonomia privada somente pode ser levada a cabo por meio do chamado princípio da proporcionalidade. Isso porque o autor parte do pressuposto – correto, na minha opinião – de que tanto os direitos fundamentais – pelo menos em sua grande maioria – quanto a autonomia privada têm estrutura de princípios, nos termos definidos por Alexy. Ou seja, ambos são mandamentos de otimização.[5] A compatibilização entre ambos, portanto, deveria seguir a mesma linha mestra que dirige a compatibilização de direitos fundamentais em caso de colisões entre eles.

A contribuição de Steinmetz, neste ponto, consiste no desenvolvimento de critérios que possam nortear a aplicação da proporcionalidade aos casos de atos de autonomia privada que restrinjam direitos fundamentais (p. 216-225). Steinmetz usa como exemplo a seguinte situação: em uma relação contratual entre dois particulares, estabeleceu-se, de comum acordo, a restrição a um direito fundamental de um dos contratantes – logo uma restrição a direito fundamental decorrente do exercício da autonomia privada; após a finalização do contrato, e já em curso seus efeitos, o particular que teve seu direito fundamental restringido ingressa com ação judicial para anular o contrato firmado; o outro particular, em sua defesa, invoca o princípio da autonomia privada (p. 216-217). Segundo Steinmetz, a solução para o caso somente pode ser encontrada na aplicação do chamado princípio da proporcionalidade. Seria necessário, diante disso, que se examinasse se a restrição contratual ao direito fundamental é *adequada, necessária e proporcional em sentido estrito*. Para Steinmetz, se houver a necessidade de fazer um sopesamento (proporcionalidade em sentido estrito) entre a autonomia privada e um direito fundamental, é necessário que alguns critérios sejam sedimentados para orientar o

operador do direito. O autor parte de um conceito usado por Alexy – as precedências *prima facie* – para desenvolver um modelo próprio (p. 214 e ss). Segundo ele, as *"precedências prima facie não contêm determinações definitivas em favor de um princípio [...], contudo estabelecem um ônus de argumentação para a precedência do outro princípio [...] no caso concreto. Assim, uma precedência prima facie constitui uma carga de argumentação a favor de um princípio e, por conseqüência, uma carga de argumentação contra o outro princípio"* (p. 215). Transportando esse raciocínio para o problema da tensão entre autonomia privada e direitos fundamentais, Steinmetz desenvolve quatro diferentes precedências *prima facie* (p. 224):

1. Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada.

2. Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada.

3. Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial.

4. Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo patrimonial ante o princípio da autonomia privada.[6]

Dois são os problemas principais do modelo desenvolvido por Steinmetz. O primeiro deles diz respeito ao recurso ao chamado princípio da proporcionalidade; o segundo refere-se, da mesma forma como já apontado no caso de Daniel Sarmento, à importância que se dá à idéia de igualdade ou desigualdade fática entre as partes contratantes. Nesse último ponto, se corretas forem as observações feitas quando da análise do trabalho de Sarmento, mais correto seria substituir, também no modelo de Steinmetz, igualdade e desigualdade fáticas por sinceridade e insinceridade no exercício da autonomia privada. Entendo, portanto, que o que foi dito no tópico anterior é aqui também aplicável.

Mais problemático, contudo, é o recurso ao chamado princípio da proporcionalidade para solucionar problemas nas relações das quais o Estado não participa. Em razão da limitação de espaço, restrinjo-me a apenas um desses problemas, relacionado ao teste da *necessidade*. Quando se aplica a proporcionalidade para os casos de atos *estatais* que restrinjam direitos fundamentais, perguntar se uma medida é necessária implica indagar sobre a existência de outras medidas que sejam eficazes para fomentar o mesmo objetivo, mas que restrinjam menos o direito atingido. Se houver alguma medida alternativa nesses termos, a medida estatal adotada não

era necessária e, por isso, foi desproporcional. A mim me parece, contudo, que esse raciocínio não pode ser transportado para as relações entre particulares e a razão é trivial: exigir que os particulares adotem, nos casos de restrição a direitos fundamentais, apenas as medidas estritamente necessárias – ou seja, as menos gravosas – para o atingimento dos fins perseguidos nada mais é do que retirar-lhes a autonomia de livremente dispor sobre os termos de seus contratos. Em outras palavras: exigir a obediência à regra da necessidade não é uma forma de solução da colisão entre direito fundamental e autonomia privada, já que essa autonomia estará necessariamente comprometida pelas próprias exigências dessa regra. Se aos particulares não resta outra solução que não a adoção das medidas estritamente necessárias, não se pode mais falar em autonomia. E, diante disso, as precedências *prima facie* estabelecidas pelo próprio Steimetz perdem um pouco de seu sentido, já que mesmo que a relação contratual tenha sido estabelecida sob condições de igualdade fática (ou de sinceridade) e o direito fundamental envolvido tenha conteúdo patrimonial, se os termos do contrato não forem os menos gravosos a esse direito, o contrato será sempre nulo.

5. Conclusão

Claro que, neste curto espaço disponível, pude apenas abordar pouquíssimos pontos dos trabalhos de Sarmento e Steinmetz. A escolha foi, propositalmente, pelos pontos que entendo ser mais problemáticos.[7] Como já salientei na introdução, não é a intenção de uma resenha resumir toda a obra resenhada, mas desenvolver uma breve análise crítica sobre questões fundamentais dos trabalhos analisados. Foi o que se tentou fazer. Não há dúvida de que a análise crítica aqui exposta não é a única possível. Ela é, por razões óbvias, uma análise crítica que parte dos pressupostos teóricos de seu autor. Partindo-se de outros pressupostos – como aqueles dos quais os respectivos autores partiram –, as conclusões seriam necessariamente outras. A divergência de conclusões não é, portanto, reflexo do certo ou do errado, mas de enfoques e pressupostos diferentes para o mesmo problema. E é somente a existência de divergências, como tenho sempre insistido, que pode fazer com que o debate acadêmico no Brasil fique cada vez mais interessante. No plano da dogmática dos direitos fundamentais e de seus efeitos nas relações entre particulares, o pontapé inicial já foi dado pelos ótimos trabalhos de Sarmento e Steinmetz.

NOTAS

1 Cf., por exemplo: Sarlet, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 107-163.

2 Para evitar incompreensões: não pretendo aqui,

obviamente, fazer uma defesa de uma desimportância do debate germânico. Isso seria incongruente com a minha própria produção acadêmica. Para mim, quanto maior for a possibilidade de leitura em outros idiomas (leia-se: de outros debates), maior será a possibilidade de arejar e aperfeiçoar o debate brasileiro. O que eu quis ressaltar foi apenas que nada substitui o rigor na pesquisa e a acuidade na argumentação.

3 Exceções a essa dicotomia entre efeitos diretos e efeitos indiretos são principalmente as obras de Schwabe e Alexy. Cf. SCHWABE, Jürgen. *Probleme der Grundrechtsdogmatik*. 2. Aufl., Hamburg, 1997; *Die sogennante Drittwirkung der Grundrechte*. München: Goldbach, 1971; e ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 484 e ss.

4 É claro que essa é uma simplificação da análise de ambas as soluções. Por razões de espaço, contudo, não haveria como entrar em maiores detalhes e abordar outros aspectos das monografias resenhadas.

5 Sobre o conceito de mandamentos de otimização, cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 75.

6 Para evitar incompreensões, é preciso distinguir o binômio "conteúdo pessoal/conteúdo patrimonial", usado por Steinmetz, e a dicotomia entre "questões existenciais e questões patrimoniais", usada por Sarmento. No caso de Steinmetz, pessoal e patrimonial são atributos do direito fundamental em jogo, razão pela qual ela confere maior valor à autonomia privada quando se trata de direitos de conteúdo patrimonial. No caso de Sarmento, existencial e patrimonial não são atributos dos direitos em jogo, mas do tipo de relação. É por isso que é justamente nas relações de cunho existencial que a autonomia privada deve ser mais respeitada. Um exemplo dado pelo próprio Sarmento (p. 309-310) pode esclarecer melhor esse ponto: em uma relação de cunho patrimonial, como um contrato de aluguel, seria impensável que se aceitasse uma cláusula que estipulasse a rescisão do contrato de aluguel se o locatário recebesse pessoas negras (ou judias, ou muçulmanas etc.) em seu imóvel. Por outro lado, não seria possível, com base no direito fundamental de igualdade, obrigar alguém a convidar pessoas negras (ou judias, ou muçulmanas) a sua festa de aniversário, já que essa seria uma decisão de cunho existencial.

7 Outros pontos são abordados em obra mais ampla, dedicada ao tema, a ser publicada em breve. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito:* os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005. No prelo.

Virgílio Afonso da Silva

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

CREATIVE COMMONS, MÍDIA E AS TRANSFORMAÇÕES RECENTES DO DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Ronaldo Lemos

Coordeno no Brasil o projeto Creative Commons. O nome é complicado. "Commons", em inglês, significa pedaço de terra dedicada ao uso comum. Por exemplo, em Boston existe o "Boston Common", a praça central da cidade. No Brasil, não há tradução perfeita para o termo, com exceção do Nordeste. Lá se fala na "solta", lugar onde o gado é criado livremente, por qualquer um. Esse tipo de engenho lingüístico torna possível um processo de tropicalização do nome projeto. Do mesmo modo que o rap "Whoomp! There it is" no Brasil virou "utererê", talvez o Creative Commons ganhe um apelido brasileiro. O Ministro Gilberto Gil já se refere a ele como "licença criativa", um primeiro sinal de transformação.

Essa característica de transformar criativamente elementos culturais, nossos e de outras culturas, é um dos fatores que definem nossa identidade. É assim que maracatu vira mangue-bit e o brega se transforma em tecnobrega. É esse tipo de liberdade criativa, de acesso, diálogo e transformação da cultura que o Creative Commons quer ampliar.

A grande promessa da Internet era exatamente esta: romper com as barreiras entre produtor e consumidor da cultura, entre público e artista. Criar um território neutro, aberto, que tornasse o indivíduo o centro da informação. Um território em que não necessariamente seria preciso reproduzir o modelo de concentração da mídia que predominou em todo o século XX. Em outras palavras, tornar a cultura um produto da interação entre todos, permitindo a qualquer um participar criativamente na sua constituição. Substituir o broadcast puro pela comunicação de um para todos. Interatividade, descentralização e

democratização simbólica.

A esperança e a expectativa continuam, mas cada vez mais distantes. A Internet a cada dia espelha mais as concentrações existentes na mídia tradicional. Reunir pessoas com o compromisso de reafirmar sua crença na possibilidade de uma cultura livre e participativa e em uma transformação democrática das mídias é uma das principais características do Creative Commons. Fazem parte deste grupo desde os Beastie Boys até o antropólogo Marshall Sahlins.

Dentre as razões para o surgimento do Creative Commons estão as mudanças na regulamentação do direito autoral que contradizem a tradição construída nos séculos XIX e XX. Se, durante todo o século XX, a propriedade intelectual de um modo ou de outro atendia a um equilíbrio entre os direitos autorais e os interesses da sociedade, a partir da década de 90 esse balanço foi rompido. O que se chamava "direitos autorais" passou a ser encarado como "propriedade intelectual", absoluta, apresentando cada vez mais restrições.

Nesse sentido, o que mudou? Mudou que a partir da década de 90, com o advento da tecnologia digital e da Internet, pela primeira vez na história os detentores de conteúdo começaram a vencer a disputa. Sob o argumento da "pirataria digital", pela primeira vez a indústria de conteúdo começou a prevalecer. A lei se tornou o principal instrumento de mudança, e sucessivas alterações na lei dos Estados Unidos ampliaram de modo inédito o poder dos detentores conteúdo vis a vis o novo canal de distribuição chamado Internet.

A evolução do poder dos detentores de conteúdo foi rápida, dramática e está longe ainda de se encerrar. Tudo começou com o inocente Audio Home Reording Act (AHRA), de longe o texto legal mais razoável dessa nova geração de mudanças, mas que obrigava os fabricantes de equipamentos de gravação digital (basicamente fitas DATs e Mini-Discs) a implementar medidas de proteção tecnológica nos seus produtos, impedindo a cópia seriada. Resultado: nem as fitas DAT nem os Mini-Discs deslancharam no mercado.

Em seguida vieram duas dramáticas decisões judiciais: a que condenou o site MP3.com e a que julgou o Napster ilegal. Ambas foram coroadas com a aprovação, logo em seguida, do DMCA (Digital Millennium Copyright Act), um bricolage legislativo que regula desde a responsabilidade dos provedores da Internet por violação de direitos autorais, até a criminalização de qualquer ato que contribua com a quebra de medidas eletrônicas de proteção a direitos autorais (como a criptografia que protege DVDs ou CDs que são vendidos com sistema anticópia). Com poucos anos de existência, o DMCA gerou um extenso folclore de abusos, que vão desde ameaças legais ao Professor Edward Felten de Princeton por publicar um estudo sobre a criptografia dos CDs anticópia, até a prisão do programador russo Dmitri Sklyarov por criar um sistema que permitia a leitura de eBooks no sistema operacional Linux.

E mais, a partir de 2000 os principais detentores de conteúdo pressionaram para a aprovação de uma nova lei chamada

CBDTPA (Consumer Broadband na Digital Television Promotion Act) que obrigaria qualquer aparelho eletrônico, seja ele qual for, a sair de fábrica com medidas de proteção tecnológica. Isso significa: computadores deixariam de executar instruções de seus donos, se estas conflitassem com os direitos de determinados detentores de conteúdo. Infelizmente o projeto do CBDTPA foi abandonado temporariamente.

Infelizmente porque um projeto muito mais severo foi proposto em seu lugar, o chamado INDUCE Act. Por meio deste dispositivo legal, qualquer pessoa que direta ou indiretamente contribua para a violação de um direito autoral será também responsável pela violação daquele direito. Em síntese, gravadores de CD e iPods, bem como qualquer equipamento, software ou serviço que potencialmente possa ser usado para violar direitos de autor, tornam-se ilegais.

São duas as intenções do INDUCE Act: a primeira, revogar a derrota dos estúdios de Hollywood no caso Sony, pelo qual esta obteve o direito de comercializar o videocassete. Isto porque ficou decidido que qualquer tecnologia que prove ter usos substancialmente legítimos não pode ser considerada em si ilegal. Com base nesse princípio, serviços como o Grokster e outras redes de compartilhamento peer to peer descentralizadas obtiveram decisões judiciais autorizando a continuidade de seu funcionamento.

A segunda intenção do INDUCE Act é que, a partir de sua aprovação, qualquer produto ou serviço tecnológico que de alguma forma possa contribuir para a violação de direitos autorais (um gravador de arquivos digitais, um provedor de conteúdo on-line, um servidor que permite o download ou upload de conteúdo) passa a correr o risco de ser responsabilizado pela violação de direitos autorais. A conseqüência: necessidade de se reunir com a indústria de conteúdo para certificar seu produto ou serviço de acordo com padrões técnicos a serem estabelecidos por essa mesma indústria, previamente. Em outras palavras: a indústria de conteúdo ganha poderes para ditar os padrões técnicos a serem aplicados a equipamentos e serviços on-line, como forma de impedir a potencial violação de direitos autorais.

Para terminar, basta mencionar o paradigmático Mickey Mouse Protection Act (Sonny Bono Act), que estendeu o prazo de proteção dos direitos autorais de 70 anos para 90 anos nos Estados Unidos, tudo porque Mickey Mouse, criado em 1928, cairia em domínio público em 1998. Com isto, não só o Mickey Mouse continua com a Disney, mas filmes como The Jazz Singer, os poemas de Robert Frost, o acervo de George Gershwin, dentre outros, continuam privados. Em síntese, a sociedade foi expropriada de um repertório significativo de obras a que teria direito, em nome da proteção de um interesse privado específico.

Várias razões explicam essas sucessivas derrotas em detrimento do canal e em favor dos detentores de conteúdo. Uma delas é que a Internet não possui um interesse econômico único a ela subjacente. Sua arquitetura é constituída de um conjunto de agentes econômicos,

cada um com interesses próprios. Desse modo, é muito mais difícil uma representação unívoca.

Todas essas mudanças legais levaram a uma ampliação sem precedentes históricos dos direitos da propriedade intelectual. Isto traz vários problemas. Em primeiro lugar, deturpam a razão própria de existir do direito autoral: incentivar a criação de novas obras, remunerando os autores, e maximizar a circulação das obras na sociedade. Ambos objetivos são contrariados, pois tais mudanças protegem muito mais os intermediários do que os autores, já que reduzem canais e aumentam os custos de circulação das obras. Com as transformações dos últimos anos, o direito autoral está se transformando, sobretudo, em ferramenta de entrincheiramento para salvaguardar modelos de negócio obsoletos e garantir que a Internet reproduza a estrutura do mercado de conteúdo e mídia existente.

Nesse contexto, a proposta do Creative Commons é simples: criar um universo de bens culturais que possam ser acessados ou transformados, de acordo com a autorização voluntária do autor. Isto é feito mediante uma série de licenças de direito autoral que funcionam como uma caixa de ferramentas para o criador. Por meio delas, um autor de um filme ou canção pode dizer ao mundo que ele não se importa com alguns usos do trabalho dele, enquanto mantém reservados todos os outros direitos autorais sobre a obra. A força motriz da iniciativa é voluntária: só participa do Creative Commons quem quiser, só autoriza alguns usos da obra quem quer.

O mote é trazer de volta a possibilidade natural de compartilhamento das idéias, que se esvai com as recentes modificações na legislação. Tudo para garantir a existência de um universo cultural comum com obras livres para serem acessadas, compartilhadas, redistribuídas e, se o autor permitir, também modificadas.

O esforço para a democratização da mídia no século XXI vai ocorrer não com relação ao acesso à infra-estrutura das telecomunicações, mas sim no plano dos conteúdos que circulam sobre esses canais. Nas décadas de 70 e 80, fazia sentido o foco dos esforços de democratização se concentrar na batalha (malsucedida) pela democratização de acesso aos canais de televisão e rádio. Era o apogeu da mídia de broadcast, da comunicação "de um para muitos".

O acesso à infra-estrutura continua importante. Entretanto, não é mais o fator crucial. Com a convergência tecnológica, o foco muda. A batalha desloca-se do plano físico para o plano simbólico. Do plano do acesso aos meios físicos, para o plano do conteúdo. Com a indústria de conteúdo ganhando crescente poder, a ponto de controlar os produtos e serviços que podem ser oferecidos pelas novas mídias, cria-se nada menos que uma reserva de mercado dentro de quaisquer novas mídias digitais, a ser ocupada pela mesma indústria que viu seu apogeu no século XX. Em síntese, cria-se um mecanismo jurídico para evitar a transformação da estrutura do mercado de conteúdo.

A discussão sobre o acesso ao conteúdo importa muito ao Brasil, mesmo que

nosso país seja assolado de modo tão profundo pela exclusão digital. O acesso a computadores é pequeno, mas o acesso a outros aparelhos como celulares e televisão é amplo. Só aqueles já são 60 milhões. A convergência tecnológica torna esses aparelhos os próximos meios de acesso à informação e ao conteúdo. Por isso é preciso descartar rapidamente o pensamento etapista, em que primeiro é preciso dar computadores para a população e somente depois se preocupar com a democratização do conteúdo. O conteúdo precisa ser descentralizado, aberto e acessível desde já, para que possa ser acessado seja pelo computador, seja pelo celular ou pela TV digital.

A população brasileira, mesmo nas periferias, já integra a tecnologia digital ao processo de produção cultural. O antropólogo Hermano Vianna é responsável pela análise do tecnobrega de Belém do Pará e do Forró da Amazônia, cenas culturais enormes que intensivamente usam a tecnologia digital. Por exemplo, os CDs tradicionais de áudio, com 10 a 15 músicas em média, perdem cada vez mais espaço nos camelôs de Manaus. Os fãs do Forró da Amazônia, exigentes, demandam que os CDs sejam gravados em formato MP3, com pelo menos 100 músicas. Como resultado, ficou difícil encontrar CDs de áudio tradicionais na periferia de Manaus.

Um cenário como esse leva à discussão de pelo menos duas estratégias. A primeira é a seguida pela China, centralizada. Nos últimos anos, a China deu-se a tarefa de competir diretamente com a indústria cultural norte-americana, batendo de frente com seu principal estandarte: Hollywood. Basta verificar na produção chinesa recente filmes como Hero e House of the flying daggers, para notar que a intenção é competir no mesmo nicho do melhor cinema de ação hollywoodiano – um nicho que envolve blockbusters como Matrix e Homem-aranha.

Entretanto, os filmes chineses trazem diferenças importantes. Em primeiro lugar, são falados em cantonês. Todo o enredo baseia-se na história da China. Os interiores, figurinos e objetos são elaborados de acordo com a tradição chinesa. As paisagens são chinesas (as florestas de bambu estão por toda parte). O resultado é a criação de um mercado simbólico para novos produtos culturais chineses. A fascinação provocada pelos filmes chineses leva o espectador a querer mais. Mais florestas de bambu, mais enredos sobre a China, mais cantonês, mais música chinesa, mais filmes com atores chineses e com diretores chineses.

Em síntese, o impacto no universo simbólico global é sensível e importante. A China ganha presença nos canais tradicionais e impõe, com seu gigantismo, o peso da sua cultura. O resultado é palpável: a China é um dos pouquíssimos países do mundo que têm o privilégio de assistir mais a seus filmes locais do que aos filmes hollywoodianos. Ao mesmo tempo, projeta sua cultura para o mundo, que descobre aos poucos uma alternativa ao cinema global norte-americano.

A adoção de uma estratégia como essa é pouco provável no Brasil. São recursos demais a serem mobilizados,

com um risco muito grande de insucesso e remotíssima possibilidade de desencadear no curto prazo um ciclo auto-sustentável.

Existe uma segunda estratégia mais adequada ao País, por seu caráter descentralizado. Trata-se de investir não nos mercados tradicionais, mas de ocupar as novas mídias digitais de forma pulverizada, sistemática e intensa. Inundar o universo digital, enquanto ainda aberto, com conteúdo cultural do País. Projetar a nossa cultura, urbana ou tradicional, da favela ao rock, da praia à arquitetura modernista, do maracatu ao Brazilian drum'n'bass, por meio de aparelhos celulares, da Internet, das novas TVs e rádios digitais. Enfim, ocupar intensamente esse espaço simbólico novo e ainda aberto com produtos bem feitos (mas nem por isso caros), universais e locais, que chamem a atenção sobre nossa história, nossas imagens, nossa língua, visão e povo.

Para isso, uma iniciativa como o Creative Commons é importante. Por seu caráter eminentemente internacional (já são 10 os países em que o projeto opera, incluindo França, Itália, Alemanha, Holanda e Japão, e até o final de 2005 a previsão é de que mais 40 se juntem ao grupo), o projeto facilita a projeção da cultura nacional de forma estratégica. Com a projeção global da nossa cultura, cria-se demanda. Demanda pela nossa música, história, língua, olhar e imagem. Trata-se de uma oportunidade efêmera. Ela só existe enquanto a captura das novas mídias ainda não é completa. Entretanto, se bem-sucedida, contribui para manter essa mídia sempre aberta. Daí em diante que vença o melhor e mais interessante. Na medida em que a nova mídia é ocupada por produtos descentralizados, sobretudo interativos (donde a importância de fomentar a indústria de games no Brasil), abundantes e livres, consolida-se um novo paradigma. Mudam-se os gostos, mudam-se as demandas e os hábitos de consumo.

Esta é uma nova estratégia econômica. Tome-se o exemplo da música, que se desagrega a cada dia em novos produtos: ringtones, DVDs, shows, vídeos, licenciamentos etc. Muitas vezes, permitir a distribuição de uma canção mediante uma licença do Creative Commons é a melhor forma de maximizar as receitas provenientes de cada um desses produtos. Quanto mais ouvido e conhecido um artista, maior é o consumo de produtos conexos a ele, nos mais diversos âmbitos.

Neste sentido, fica cada vez mais claro que o valor econômico na economia da música reside na relação que o artista tem com seu público. Dois exemplos paradigmáticos disso foram postos em prática pelas bandas The Darkness e Marillion. A primeira, com a venda de produtos por meio do seu site, que vão desde camisetas a faixas-bônus, obteve recursos suficientes para a produção de um novo álbum antes mesmo de as novas músicas estarem compostas.

Ainda mais emblemático foi o montante de US$1.358.000 (um milhão, trezentos e cinqüenta e oito mil dólares) obtido pela banda neozelandesa Marillion com as vendas de um próximo álbum por meio do seu website, álbum este que sequer foi gravado. Mesmo sem gravadora e fora do circuito das turnês,

a banda alcançou um valor duas vezes maior do que o necessário para a produção do disco. O restante será destinado ao financiamento de uma turnê nos Estados Unidos. Para quem acha que apenas artistas de grande porte possuem essa chance, vale notar que a banda alemã Einstuerzende Neubauten acaba de realizar o mesmo caminho, tendo vendido seu disco antecipadamente pelo seu site.

Qual o papel, então, do Creative Commons? Todos esses problemas não serão, obviamente, resolvidos com a simples adoção desse modelo de licenciamento. Entretanto, a mera existência dessa iniciativa já representa um exercício nas possibilidades de pensar novos caminhos para a mídia e para a cultura nesta era que se digitaliza rapidamente. E pensar esses novos caminhos é fundamental, porque os desafios e o contexto atual são diferentes daqueles do século passado. Também por isso, não existe a necessidade de reproduzirmos as estruturas de produção cultural nos novos meios que surgem. O Creative Commons entrega nas mãos do indivíduo criador/artista possibilidades de realizar na prática esse exercício de novas possibilidades.

Este artigo é licenciado por uma licença Creative Commons:

Atribuição – Uso não-comercial – Compartilhamento pela mesma licença 2.0 Brasil

Você pode:
- copiar, distribuir, exibir e executar a obra;
- criar obras derivadas.

Sob as seguintes condições:

Atribuição. Você deve dar crédito ao autor original.

Uso não-comercial. Você não pode utilizar esta obra com finalidades comerciais.

Compartilhamento pela mesma licença. Se você alterar, transformar, ou criar outra obra com base nesta, você somente poderá distribuir a obra resultante sob uma licença idêntica a esta.

- Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro para outros os termos da licença desta obra.
- Qualquer uma destas condições pode ser renunciada, desde que você obtenha permissão do autor.

Qualquer direito de uso legítimo (ou *fair use)* concedido por lei, ou qualquer outro direito protegido pela legislação local, não são em hipótese alguma afetados pelo disposto acima.

Ronaldo Lemos

Mestre em Direito pela Universidade de Harvard e doutor em Direito pela USP

Diretor do Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro

ANOTAÇÕES

FGV

CARLOS IVAN SIMONSEN LEAL
PRESIDENTE DA FGV

FRANCISCO OSWALDO NEVES DORNELLES
VICE-PRESIDENTE

MANOEL FERNANDO THOMPSON MOTTA
VICE-PRESIDENTE

MARCOS CINTRA CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE
VICE-PRESIDENTE

JOSÉ AFFONSO BARBOSA
DIRETOR GERAL

DIREITO GV

ARY OSWALDO MATTOS FILHO
DIRETOR

ANTONIO ANGARITA
VICE-DIRETOR

PAULO CLARINDO GOLDSCHMIDT
VICE-DIRETOR ADMINISTRATIVO

CONRADO HÜBNER MENDES
COORDENADOR DE METODOLOGIA DE ENSINO

JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ
COORDENADOR DE PESQUISAS E PUBLICAÇÕES

ADRIANA ANCONA
COORDENADORA DA GRADUAÇÃO

LEANDRO SILVEIRA PEREIRA
COORDENADOR DO GV LAW

ESDRAS BORGES COSTA
ASSESSOR DA DIRETORIA

EDITORIAL POLICY

REVISTA DIREITO GV *(FGV-SP Law Review) is a journal that publishes articles, book reviews and essays on several fields of Brazilian, international and global law. It also publishes research works and papers on theory of law, sociology of law, philosophy of law and history of law.*

This journal is opened to different theoretical and methodological approaches, including interdisciplinary papers and articles that fall into law & society and law & economics research fields. It also reviews and publishes papers concerned with techniques for teaching law and law research methods.

The 'book reviews and essays' section aims to attract readers' attention to local and foreign books and magazines thus raising critical discussions. Books of academic interest are preferred to those primarily focused on professional use. Essays are format-free, and selected by relevance and novelty. The journal only publishes articles and papers not previously published elsewhere.

REVIEW

Every article is reviewed by the Editor, who assesses whether or not it fits the journal editorial policy. The article is then sent to two anonymous referees who evaluate qualitatively its content and style in accordance with blind peer review principles. Referees take 45 to 60 days to provide their comments, that will be forwarded to the author for acknowledgment or improvement. In this latter case, a modified text can be sent to the journal to be re-evaluated. Authors will be emailed about the status of evaluation process, being able to access referees' comments on their article. Exceptionally there can be invitations for articles made by the Editor.

SUBMISSIONS

Articles, essays and book reviews must be written in Portuguese, Spanish or English, and must not have been published elsewhere.

They can be electronically sent to ***revistadireitogv@fgvsp.br****, or mailed to* ***José Rodrigo Rodriguez*** *at: Rua Rocha, 233, 7º andar, São Paulo - SP, CEP 01330-000. In case of submission by regular mail, author must send two printed copies, one of which with no author's identification, as well as a floppy disk with the article in Microsoft Word format (.doc).*

Articles *must have a maximum of 30 pages of 2100 characters. They must also be written according to ABNT (Brazilian Technical Norms Association) standards. Longer papers can be published subject to editor's evaluation.*

Book reviews *must have a maximum of 10 pages of 2100 characters, preferably without footnotes. They must have a title and do not need to be preceded by an abstract. Suggestions for foreign books and magazines to be reviewed can be sent to the editor by email.* ***Essays*** *must have a maximum of 15 pages of 2100 characters.*

Papers must be sent to the editor, according to the following guidelines:

Style

Paper size: ***letter (8,5 x 11 in)***
Text editor: ***Word for Windows 6.0 or higher***
Margins (left, right, top, bottom): ***2 cm***
Font: ***Times New Roman, size 12***
Paragraph: ***left aligned; space before text: 0; space after text: 12 points; line spacing: double spacing***

Text

- *Title with a maximum of 8 words, uppercase, bold, in either Portuguese and English*
- *Summary written in Portuguese (or Spanish), with about 150 words, left aligned, containing study field, objectives, methodology, results and conclusion*
- *Five keywords in Portuguese, left aligned*
- *Abstract written in English, with about 150 words, left aligned, containing study field, objectives, methodology, results and conclusion*
- *Five keywords in English, left aligned*

References *must be cited in the body of text, including author's last name, year and page of the publication. Complete bibliography must be presented in alphabetical order at the end of the text, according to NBR-6023.*

Notes *must be cut to the minimum needed and presented at the end of text, sequentially numbered, before bibliography.*

Diagrams, graphs and tables *must present title and source, and be placed at the end of text, after bibliography. Their position must be informed in the body of article, avoiding repetition of information in both chart and text.*

Complementary information *in the same file, author must inform:*

- ***Page 1:*** *Title of the article, followed by author's identification – full name, institution, position, full address, telephone and fax numbers and email.*

Authors are fully and exclusively responsible for their articles.

All rights, translation included, are reserved. Submission of a paper means the cession of copyrights to REVISTA DIREITO GV *(FGV-SP Law Review), and the permission to either publish in electronic media and copy for personal research purposes. Full reproduction of articles, book reviews and essays is prohibited. Citation of parts of text without previous solicitation is allowed provided that source is properly identified.*

LINHA EDITORIAL

A **REVISTA DIREITO GV** é a uma publicação generalista da área do Direito. Publica artigos, resenhas e ensaios inéditos sobre a dogmática das diversas áreas do Direito nacional, internacional e global, além de trabalhos de pesquisa aplicada e textos de Teoria do Direito, Sociologia do Direito, Filosofia do Direito e História do Direito.

A revista está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas, inclusive a textos interdisciplinares e artigos que se enquadrem no campo de pesquisa *Law & Society* e *Law & Economics*. Ademais, contém trabalhos sobre ensino e pesquisa em Direito.

A seção de resenhas e ensaios tem como objetivo chamar a atenção dos leitores para livros e revistas, nacionais e estrangeiros, e suscitar discussões críticas sobre eles. São publicados também textos, relevantes para o conhecimento do Direito, que não apresentam a forma acadêmica. As resenhas dão privilégio a títulos de interesse acadêmico em detrimento de publicações de uso profissional. Os ensaios possuem forma livre e são selecionados por sua relevância e novidade.

AVALIAÇÃO DOS ARTIGOS

Todos os artigos passam por uma avaliação prévia realizada pelo editor-chefe, verificando sua adequação à linha editorial da **REVISTA**. Após essa avaliação, os artigos são remetidos a dois pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, de acordo com o processo conhecido como *blind peer review*. O prazo para a elaboração do parecer é de 45 a 60 dias. Recebido o parecer, este é encaminhado para o autor do artigo a fim de tomar ciência ou para que incorpore as modificações sugeridas. Neste último caso, o texto modificado deverá ser remetido para a revista, sendo novamente avaliado em função das alterações. Os autores são informados por e-mail a respeito do andamento do processo de avaliação, possuindo acesso ao(s) parecer(es) de que seu artigo foi objeto, não identificada, da mesma forma, a autoria. Apenas excepcionalmente haverá artigos convidados, sendo todos os convites formulados pelo editor-chefe.

REMESSA DE TEXTOS

Os artigos, resenhas e ensaios enviados devem ser inéditos, escritos em português, espanhol ou inglês. Podem ser encaminhados pelo e-mail **revistadireitogv@fgvsp.br** ou pelo correio (aos cuidados do Editor-chefe **José Rodrigo Rodriguez,** Rua Rocha, 233, 7º andar, São Paulo - SP, CEP 01330-000). Caso o texto seja remetido pelo correio, pede-se que seja em duas cópias impressas, uma delas sem identificação de autoria, além de um disquete com o artigo em formato Word.

Os **artigos** devem ter até 30 laudas de 2.100 caracteres, redigidos conforme os padrões da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas). Textos mais extensos do que o padrão serão publicados, a critério do editor, caso seu tamanho seja justificável.

As **resenhas** devem possuir até dez laudas de 2.100 caracteres, de preferência sem notas de rodapé. Devem conter um título e não precisam ser precedidas de resumo. Sugestões de livros e revistas internacionais a serem resenhadas podem ser encaminhadas para o e-mail da revista. Os **ensaios** devem apresentar até quinze laudas de 2.100 caracteres.

Os artigos deverão ser encaminhados para a Redação com as seguintes características:

Formatação

- Folha: **Carta (letter)**
- Editor de texto: **Word for Windows 6.0 ou posterior**
- Margens: **esquerda, direita, superior e inferior de 2 cm**
- Fonte: **Times New Roman, tamanho 12**
- Parágrafo: **espaçamento anterior: 0 ponto; posterior: 12 pontos; entre linhas: duplo; alinhamento à esquerda**

Texto a primeira página do artigo deve conter:

- Título, com, no máximo, oito palavras, em maiúsculas e negrito (português e inglês)
- Resumo em português (ou espanhol), com cerca de 150 palavras, alinhamento à esquerda, contendo campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusão
- Cinco palavras-chave, alinhamento à esquerda, em português
- Resumo em inglês, com cerca de 150 palavras, alinhamento à esquerda, contendo campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusões
- Cinco palavras-chave, alinhamento à esquerda, em inglês
- Em seguida, deve ser iniciado o texto do artigo

Referências devem ser citadas no corpo do texto com indicação do sobrenome, ano e página de publicação. As referências bibliográficas completas deverão ser apresentadas em ordem alfabética no final do texto, de acordo com as normas da ABNT (NBR-6023).

Notas devem ser reduzidas ao mínimo necessário e apresentadas ao final do texto, numeradas seqüencialmente, antes das referências bibliográficas.

Diagramas, quadros e tabelas devem apresentar título e fonte e ser colocados ao final do texto, após as referências. Sua posição deve ser indicada no próprio texto, constando referência a eles no corpo do artigo. Deve-se evitar a repetição de informações contidas no texto.

Informações complementares no mesmo arquivo, o autor deverá enviar:

- **página 1:** título do artigo; seguido da identificação do(s) autor(es) – nome completo, instituição à qual está ligado, cargo, endereço para correspondência, fone, fax e e-mail.

Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

Os direitos, inclusive os de tradução, são reservados. A remessa do texto pelo autor implica sobre este a cessão dos direitos autorais para a **REVISTA DIREITO GV**, a permissão de publicação em meio eletrônico e de reprodução para fins de pesquisa pessoal. A reprodução total de artigos, resenhas e ensaios em outra publicação é proibida. É permitido citar partes dos textos sem solicitação prévia, desde que identificada sua fonte.

v. 1 n. 1 MAIO 2005

ARTIGOS

A PESQUISA EM DIREITO E EM ECONOMIA: EM TORNO DA HISTORICIDADE DA NORMA
PERSIO ARIDA : **011**

DEUDAS ODIOSAS Y EL DERECHO MUNDIAL
ANDREAS FISCHER- LESCANO : **023**

REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS
JUDITH MARTINS-COSTA : **041**

HABERMAS E A ESTRUTURA "REFLEXIVA" DO DIREITO
RÚRION SOARES MELO : **067**

A PESSOA-OBJETO DA INTERVENÇÃO PENAL: PRIMEIRAS NOTAS SOBRE A RECEPÇÃO DA CRIMINOLOGIA POSITIVISTA NO BRASIL
MAÍRA ROCHA MACHADO : **079**

FUNÇÕES E PRINCÍPIOS JUSTIFICADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O ART. 927, § ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL
FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL : **091**

DA RESPONSABILIDADE PELO FATO DAS COISAS INANIMADAS, (EXTRATOS) (1897)
LOUIS JOSSERAND : **109**

A EVOLUÇÃO DO DIREITO PRIVADO E O ATRASO DA TÉCNICA JURÍDICA (1955)
ORLANDO GOMES : **121**

ESBOÇO HISTÓRICO SOBRE O TERMO RESPONSÁVEL (1977)
MICHEL VILLEY : **135**

RESENHAS

O "QUE" DE ESPECÍFICO NAS CLÁUSULAS GERAIS
LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO : **149**

EDMUND MEZGER E O DIREITO PENAL DO *NOSSO* TEMPO
MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO : **153**

UMA RESENHA BRASILEIRA DE *THE ANATOMY OF CORPORATE LAW*: A COMPARATIVE AND FUNCTIONAL APPROACH
LUÍS GUSTAVO HADDAD : **161**

DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES
VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA : **173**

ISSN 1808 - 2432
9 771808 243005

ENSAIO

CREATIVE COMMONS, MÍDIA E AS TRANSFORMAÇÕES RECENTES DO DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL
RONALDO LEMOS : **181**