

**CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO TRANSPLANTE JURÍDICO INADEQUADO À
REALIDADE BRASILEIRA**
*LEGAL CONSEQUENCES OF LEGAL TRANSPLANTATION UNSUCCESSFUL TO
BRAZILIAN REALITY*

Maria Helena Diniz

Mestre e Doutora em Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Livre Docente e Titular de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, por Concursos de Títulos e Provas. Professora de Direito Civil no Curso de Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Professora de Filosofia do Direito, de Teoria Geral do Direito e de Direito Civil Comparado nos Cursos de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Coordenadora do Núcleo de pesquisa em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Membro da Academia Paulista de Direito (Cadeira 62- patrono Oswaldo Aranha Bandeira de Mello); da Academia Notarial Brasileira (Cadeira 16- patrono Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda), do Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro. Presidente do Instituto Internacional de Direito – IID, São Paulo (Brasil).

E-mail: profa.mariana.santiago@gmail.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2679610153406796>.

Autora convidada.

RESUMO

O ser humano vive em interação, por isso é preciso restringir sua conduta por meio de normas, determinadas por fatores históricos, sociais geográficos etc., pois nascem para se realizar e atender a realidade social de uma nação. Por tal razão, deve seu elaborador afastar-se de transplante jurídico inadequado à realidade do País que provoca a instabilidade normativa e ineficácia social das normas.

PALAVRAS-CHAVE: Colonialismo jurídico; Instabilidade normativa; Ineficácia social da norma vigente.

ABSTRACT

Human beings live in interaction, so it is necessary to restrict their conduct through norms, determined by historical, social and geographic factors etc., as they are born to fulfill themselves and reach the social reality of a nation. For this reason, its creator must move away from legal transplantation inappropriate to the reality of the country, which causes normative instability and social ineffectiveness of the rules.

KEYWORDS: *Legal colonialism; Normative instability; Social ineffectiveness of the current rule.*

1. INTRODUÇÃO: NORMA JURÍDICA COMO FENÔMENO DE REGULAMENTAÇÃO SOCIAL

O homem não é apenas indivíduo; é ao mesmo tempo um ser social. Embora possua um ser independente, não deixa de ser, por outro lado, parte de um todo, que é a comunidade humana. É um ser gregário por natureza, é um ser eminentemente social, não só pelo instinto sociável, mas também por força de sua inteligência, que lhe demonstra que é melhor viver em sociedade para atingir seus objetivos.

Espontânea e até intencionalmente os homens são levados a formar grupos sociais. O homem vive na sociedade e em sociedades. Tão sociável é que não se contenta em viver em uma só sociedade, mas em várias, tais como: famílias, escolas, associações desportivas, recreativas, culturais, religiosas, profissionais, sociedades agrícolas, mercantis, partidos políticos etc.

A ideia de homem é uma ideia de comunidade: *unus homo, nullus homo*. O homem isolado é uma aberração ou uma exceção. (TELLES JR, 1953, cap. 3, n. 2 e 3, cap. 5, n. 3 e 4)

O homem é essencialmente coexistência não apenas existe, mas coexiste. Para ele, viver é conviver; a sua existência só é possível dentro do contexto convivencial.

O ser humano pela própria convivência é levado a interagir. E como toda interação produz perturbação social, para que a sociedade possa conservar-se, é preciso delimitar as atividades das pessoas que a compõe por meio de normas jurídicas.

Poder-se-ia, lançado mão de uma filosofia elementar, comentar que o homem não pode, devido a sua própria natureza, viver senão em sociedade, e nestas condições ele deve submeter-se às normas que regem os grupos, porque é evidente que não pode haver sociedade sem normas. Logo, as normas fundam-se numa parte sobre a natureza social humana e outra necessidade de organização no seio da sociedade; a sociedade sempre foi regida e há de reger-se por certo número de normas sem o que não poderia subsistir.

A norma jurídica pertence, constitutivamente, à vida social, pois tudo o que há na vida social é suscetível de revestir a forma da normatividade jurídica.

Os homens elaboram normas jurídicas incitados por uma necessidade social surgida em certo tempo, por um problema de convivência ou de cooperação que precisa ser solucionado. Têm por fim a realização e a garantia de paz e da ordem social.

Assim, segundo Von Ihering, a norma jurídica é o instrumento elaborado pelos homens para lograr a realização de fins necessários para sua vida. A teleologia social tem, portanto, um papel dinâmico e de impulsão normativa. (POUND, 1942, p. 111-112)

A norma é um meio para assegurar a realização de fins necessários para a vida social.

Poder-se-ia dizer que o homem não pode, devido a sua própria natureza, viver senão em sociedade, e nessas condições ela deve submeter-se às normas que regem os grupos, porque é evidente que não pode haver sociedade sem normas. A norma jurídica pertence, constitutivamente a vida social, pois tudo que há na vida social é suscetível de revestir a forma de normatividade jurídica.

Portanto, para que a sociedade se conserve e progrida, é necessário restringir a atividade voluntária dos indivíduos e da própria sociedade. Essa restrição das atividades mediante normas é uma necessidade orgânica da sociedade, conhecida pela observação dos fatos. Sem ela os homens não têm condições de vida.

Os homens são empurrados na legalidade dessa vida social, o que ressalta a importância da norma jurídica. Isto porque nenhuma coletividade pode manter-se e atingir seus objetivos se não houver uma ordem: daí a existência de normas que impõe a todos uma linha de conduta.

Poder-se-á dizer que não a uma norma jurídica que não deva sua origem a um fim, a um propósito, a um motivo prático. O propósito, a finalidade consiste em produzir na realidade social determinados efeitos que são desejados por serem valiosos, justos, convenientes, adequados à subsistência de uma sociedade, oportunos etc.

Os homens elaboram normas incitados por uma necessidade social surgida em certo tempo, por um problema de convivência ou de cooperação que precisa ser solucionado.

Assim segundo Von Ihering, a norma jurídica é um instrumento elaborado pelos homens para lograr aquele fim consistente em que se produza a conduta desejada, é, portanto, um meio especial adotado pelos indivíduos em sociedade para assegurar a realização dos fins cujo logro consideram necessário para sua vida. A teleologia social tem um papel dinâmico e de impulsão normativa.

A norma jurídica é a coluna vertebral do corpo social, por estar vinculada a determinada realidade social. (DEL VECCHIO, 1953, p. 279)

O poder é o elemento essencial no processo de criação da norma jurídica. Isto porque toda norma jurídica envolve uma opção, uma decisão por um dentre muitos caminhos possíveis. Só será jurídica no momento em que for declarada como tal pelo órgão incumbido de levar o grupo a seus fins e se estiver entrosada com a ordem jurídica da sociedade política.

Não é possível que uma norma se torne norma de direito positivo sem poder. Clara é a implicação do poder na gênese de uma norma jurídica, pois é a co-participação opcional da inteligência governante que converte em norma uma dentre as muitas vias normativas possíveis

A norma surge de um ato decisório do Poder, que deve levar em conta os fins sociais, a situação histórica, interesse nacional etc.

A norma está sujeita à prudência objetiva exigida pelo conjunto das circunstâncias fático-axiológicas em que se acham situados os respectivos destinatários.

Na elaboração da norma há uma pressão axiológica relacionada com uma situação fática concreta.

Essa dupla feição que a norma jurídica apresenta, e que Gêny, estudou de modo magistral, faz com que ela oscile entre dois pólos: o *dado*, que é o conjunto das realidades sociais norteadoras do comportamento do homem, e o *construído*, que a técnica que o artifício humano elabora e pelo qual a norma adquire a forma objetiva com que se impõe ao meio social.

2. NORMA COMO DECORRÊNCIA DE UMA SITUAÇÃO DE FATO CONCRETA

A norma jurídica corresponde a necessidade de ordem, de harmonia e justiça, cujas raízes se prendem numa determinada realidade social, logo não pode ser criação da imaginação, nem de fantasia do poder de que emana.

É do fato da vida do homem, em sociedade, determinado por múltiplos fatores de ordem histórica, religiosa, moral, biológica, geográfica etc. que a norma jurídica nasce. (DINIZ, 2019, p. 28-38)

A norma nasce para se realizar e atender a realidade nacional.

Se assim não fosse a norma jurídica seria como diz Von Ihering um “fantasma de direito” e como toda assombração viveria uma vida de mentira, não se realizaria. A norma não corresponderia a sua finalidade; seria no seio da sociedade elemento de desordem, e de desequilíbrio ou ainda um instrumento de arbítrio e de opressão. A norma viveria numa “torre de marfim” isolada, à margem da realidade, e abstraindo-se do homem e da sociedade, alhear-se-ia de sua própria finalidade e de suas funções, passaria a ser uma pura ideia, criação cerebrina a arbitrária.

Verifica-se no Brasil um desajustamento entre a realidade material dos fatos e a realidade formal das normas. A realidade define a situação de certa maneira; as normas jurídicas de outra. E, então, fica-se a pensar se são os fatos que se revoltam contra as normas jurídicas ou se são as normas que se rebelam contra os fatos. Isto porque a marcha de nossa legislação e de nossa jurisprudência tem acompanhado a evolução do direito estrangeiro, dando azo a transplante jurídico inadequado à realidade brasileira. (VON IHERING, t.3 § 43, p.16. MONTORO, 1972; VIANNA, 1955, 2V)

3. COLONIALISMO JURÍDICO: EFEITOS

Inúmeros são os transplantes de institutos inadequados à realidade brasileira, mas nem todos nós percebemos isso. Entretanto eles existem e estão nas normas jurídicas podemos dar alguns exemplos. (MONTORO, 1972)

A Constituição de 1891 trouxe-nos o Federalismo Presidencialista norte-americano, transplante este, desde a inadequada cópia na própria denominação do país -Estados Unidos do Brasil- até o artificialismo de outorgar competência aos Estados para elaborar seu próprio

Código de Processo não correspondia à nossa realidade histórica, pois o Brasil sempre foi Estado unitário.¹

Oliveira Vianna (1955, p. 356) observa que foram tais os desmandos e aberrações que praticamos na execução das Constituições, que fomos levados a modificar a de 1824 em 1891, a de 1891 em 1926, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988; sempre imitando a voga de outro lado da atlântico. Gerando instabilidade normativa.

O júri no cível e no crime, foi também um transplante inadequado da Constituição de 1824., por não corresponder à cultura brasileira. *No cível* nunca chegou a se instalar, permaneceu como letra morta. No crime julgava a quase totalidade por delitos, e veio a ser podado para hoje só decidir *crimes dolosos* contra vida.

Outro transplante é o juiz de garantias (lei n. 13969/2019) visando reforma processual penal, mediante designação de juiz para atuar na investigação preliminar, encerrando sua competência com o oferecimento da denúncia, logo não poderá atuar no processo.

Existe desde o séc. XIX na França, desde 1970 na Alemanha, 1987 em Portugal, 1988 na Itália, 1999 na Argentina. Panamá, Colômbia e Chile adotam também esse instituto.

Será que funcionará no Brasil? Só o tempo dirá, visto que se terá de romper com uma cultura enraizada, pois essa fase é chamada de inquérito policial presidida por delegado.

O Código Civil de 2002, pretendendo unificar as obrigações civis e mercantis, revoga parte do CCom, abandonando os princípios franceses, inspiradores do CCom 1850 e passa sob influência do *CC Italiano* a adotar a teoria da empresa. Pelo novo Codex, o critério da empresarialidade traçam os contornos do direito comercial. Tal se deu porque tem prevalecido a ideia de que não é o ato de comércio como tal que constitui o objeto do direito comercial, mas sim a atividade econômica habitualmente destinada à circulação das riquezas, mediante bens ou serviços.

O Código Civil de 2002, deu uma nova dimensão ao direito comercial, que passou a tratar da movimentação da economia, pois, não sendo mais o direito dos comerciantes e dos atos de comércio, alcança uma maior amplitude, caracterizando-se como um direito de atividade econômica organizada para produção e circulação de bens e serviços. Ampliou-se tanto a esfera de aplicação da lei mercantil que a atividade comercial tomou-se apenas um das

¹ “Quando já não podíamos suportar o burlesco do constitucionalismo monárquico, improvisamos a República, que armou a praça pública de nossa civilização incipiente e heterogênea o vistoso coreto das instituições norte-americanas enlaivadas de utopia francesa.” (PONTES DE MIRANDA, p.170)

atividades submissas à norma específica. De modo que, hoje, tem-se como certo estarem sujeitos às *normas* não civis previstas no Código de 2002 todos os atos de empresas e atos empresariais (gênero), aí incluindo as espécies: atos comerciais, circulação de mercadorias e serviços, atos industriais etc.

O Código civil de 2002, ao unificar o direito obrigacional, por não distinguir as obrigações civis das mercantis, revela a pretensão de reduzir as obrigações a uma unidade orgânica, estendendo à atividade empresarial os preceitos norteadores da relação jurídico- obrigacional.

Tal unificação vem dando margem para criação de novo CCom e provocou a edição da Lei n. 13874/2019 por considerar a empresa a célula fundamental da economia, exaltando a liberdade econômica e revitalizando a função social do contrato de sociedade e da propriedade e a íntima relação da boa fé objetiva com a probidade no procedimento empresarial. Amputando-se os excessos do individualismo e da autonomia da vontade, consagrando a princípio da socialidade, amoldando o interesse do empresário ao da coletividade. Como se vê esse transplante trouxe alterações no CC, gerando instabilidade legislativa.

Outro transplante jurídico inadequado é o art. 103- A§§ 1º a 3º da CF alusivo a súmula vinculante própria de pais de *common law*. (DINIZ, 2019, p. 316 a 327. MELO FILHO, v. 25, p. 25. MOREIRA, 35-5-16. SALIBA, 6: 21-2)

O ingresso de uma nova lei, no ordenamento jurídico poderá com o tempo levar à criação de súmula vinculante (CF, art. 103-A§§ 1º a 3º) em razão de eventual indeterminação semântica de vocábulos, lacuna ou antinomias, discrepância doutrinária etc.

A súmula vinculante apesar de um lado:

- agilizar o judiciário;
- preservar a isonomia interpretativa, eliminando decisões contraditórias;
- poder ser revista ou cancelada.

Pode por outro lado, conduzir, ante sua obrigatoriedade à perda de independência de decisão pelo magistrado, pois se não a seguir sua decisão poderá ser cassada.

Parece-nos que o ideal seria que o Poder Constituinte Derivado, alterasse o art. 103- A, para que a súmula tivesse eficácia vinculante relativa, sem engessar o pensamento do magistrado, que deverá aplicar ou não, a súmula. Só devendo aplicá-la e tiver certeza de que contém a solução justa para o caso e se atende à finalidade social.

Assim a, súmula vinculante que surgir, após a entrada em vigor de uma nova norma não retiraria sua eficácia social.

Com a obrigatoriedade da Súmula temos hoje no ordenamento jurídico, normas vigentes, mas sem eficácia social, mesmo que seja cláusula pétrea (p. ex. art. 5º, in. LXVII, diante da Súmula do STF n. 25). Grande é a gravidade de assunto, pois o transplante inadequado faz com que muitas normas permaneçam como letra morta, apesar de terem vigência legal. Por ex. diante de um conflito entre um tratado internacional e uma norma interna.

Pelo Pacto de São José de Costa Rica assinado pelo Brasil não há prisão civil para depositário infiel e pelo art. 5º, inc. LXVII da CF, há prisão civil para depositário infiel.

Isso não deveria ocorrer por ser o pacto somente aplicável a fato interjurisdicional, que envolva pessoas domiciliadas, em países signatários.

Entre depositante e depositário brasileiros prevaleceu a CF, mesmo que a EC n.43/2004 tenha incluído §3º ao art. 5º CF, dispondo que tratados sobre direitos humanos aprovados pelo Congresso sejam equiparados a EC, porque o art.60§ 4º da CF dispõe que cláusula pétrea é insuscetível de emenda.

Apesar disso a Súmula 25 do STF entendeu que é ilícita prisão civil de depositário infiel qualquer que seja a modalidade de depósito.

Teria tal Súmula força para alterar cláusula pétrea da CF se nem a poder constituinte derivado a tem? Será que o transconstitucionalismo dos direitos humanos justificaria alteração de cláusula pétrea pelo judiciário?

Contudo por força dos arts. 103- A §§ 1º a 3º CF e 5º inciso XXXVI da CF devemos respeitar coisa julgada, trazendo como consequência, a ineficácia social do art. 5º inciso LXVII da CF, que continua vigente.

CONCLUSÃO

Convém salientar aqui que não se pretendeu fazer um trabalho de crítica, apenas se exemplificou casos normativos para mostrar como, às vezes, a norma se sobrepõe aos fatos.

Nenhuma lei de determinada época pode ser compreendida sem o conhecimento efetivo das condições sociais desse povo e dessa época, porque o sentido da norma depende das circunstâncias sociais dentro das quais foi elaborada.

A criação do direito deve ter em vista determinadas situações reais da vida social de cada país. Para ressaltar essa ideia Von Ihering lança mão do seguinte argumento do Pe. Francisco Suárez: “assim como o médico não prescreve a mesma medicação a todos os enfermos, dando uma receita de acordo com a condição concreta de cada paciente, assim também o direito não pode apresentar sempre e em todos os lugares a mesma regulação, deve adaptar-se às condições do povo, à sua Constituição e à sua história, atendendo seu grau de civilização e as necessidades da época”. Portanto, o direito não pode apresentar a mesma solução para todos os países, por ser uma criação objetiva e real da história de cada um deles.

O transplante jurídico inadequado introduz em nosso meio um elemento cujo sentido ou finalidade não corresponderia à nossa realidade, a nossa história e aos interesses nacionais.

É bom ressaltar que não se deve desprezar as contribuições alienígenas, mas recebê-las com espírito crítico, integrá-las em nosso meio, adaptando-as à realidade social e às condições existenciais da vida brasileira.²

É preciso que o Poder Executivo, Legislativo e judiciário e Poder Constituinte Derivado atendam aos anseios do povo brasileiro e se afastem do colonialismo jurídico, almejando, ao buscar a finalidade social, uma coisa só: a grandeza de ser justo fazendo da pena e do verbo a espada de Têmis.

Só assim teremos um Brasil melhor, menos cinza, mais justo, mais humano e acolhedor, para que a ordem e o progresso reinem para sempre.

Para que tenhamos o Brasil que tanto sonhamos e queremos, é preciso que haja uma reforma a longo prazo, que sem agredir, aponte os caminhos que atendam a realidade nacional e façam com as normas vigentes tenham estabilidade e eficácia social.

² VON IHERING, R. *El fin en el derecho*, Buenos Aires, 1949; FRANCO MONTORO, *Introdução a ciência do direito*. Martins, SPaulo, 1972, p. 12 a 14; DINIZ, M.H, *Conceito*, op. cit. p. 43.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA MOREIRA, José C. Súmula, Jurisprudência, precedente, uma escalada e seus riscos. *Revista Síntese. Direito Civil e Processual Civil*, 35: 5-16.

DEL VECCHIO, *Philosophie du droit*, 1953.

DINIZ, M.H. *Conceito de norma jurídica como um problema de essência*, SPaulo, Saraiva, 2019.

– *Compendio de Introdução à Ciência do Direito*, SPaulo, Saraiva, 2019.

FRANCO MONTORO, A. *Filosofia direito e colonialismo cultural*. Congresso Inter Americano de filosofia, 1972. – *Introdução à ciência do direito*. Martins, SPaulo, 1972.

MELO FILHO, Alvaro, Direito Sumular brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará*, v. 25.

OLIVEIRA VIANNA, *Instituições políticas brasileiras*, José Olympio, 1955, v.2.

PONTES DE MIRANDA, *Preliminares para a revisão constitucional*.

SALIBA, Tatiana, A mescla de *Common Law* no direito legislado brasileiro: riscos e adequação *MPMG Jurídico*, 6: 21-2.

TELLES JR. Goffredo, *A criação do direito*, SPaulo, 1953.

VON IHERING, *L' esprit du droit romain*, t.3.

– *El fin en el derecho*, Buenos Aires, 1949.