

# **DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE**



**Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro**  
**Departamento de Direito**  
**nº 10, janeiro-julho de 1997**

**Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro**

**Departamento de Direito**

**DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE**

**nº 10, janeiro-julho 1997**

**Direito, Estado e Sociedade - Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio -  
nº 10, janeiro-julho de 1997**

**Direção do Departamento de Direito**

**Francisco Mauro Dias**

**Conselho Editorial**

**Alejandro Bugallo Alvarez**

**Ana Lúcia de Lyra Tavares**

**Joaquim de Arruda Falcão**

**José Eduardo Campos de Oliveira Faria**

**José Ribas Vieira**

**Maria Celina Bodin de Moraes**

**Tânia da Silva Pereira**

**Coordenação da Publicação**

**Gisele Cittadino**

**DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE, nº 10,  
1997  
Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade  
Católica do Rio de Janeiro,  
Departamento de Direito.  
I. Direito**

Os artigos deverão ser enviados para a Secretaria do Departamento de Direito da PUC-Rio, Rua Marquês de São Vicente, 225/Ala Frings - 6º andar - Gávea - Rio de Janeiro - RJ - CEP 22.453.090

## SUMÁRIO

### 1. Artigos e Ensaios

Da Ação Monitória <i>Firly Nascimento Filho</i> .....	01
Direito à Honra: Visão Macroscópica do Tema <i>José D'Amico Bauab</i> .....	17
Piracema: A Democracia Necessária <i>José Ricardo Ferreira Cunha</i> .....	37
O Princípio da Igualdade Jurídica frente ao Direito de Família Brasileiro <i>Leila Maria Torraca de Brito</i> .....	55
A Questão da Estabilidade do Servidor Público em Face da Proposta de Reforma Administrativa do Governo Federal <i>Leila Rosa Pires Carmo Basto</i> .....	67
A Exeqüibilidade de Nota Promissória com Valores Expressos em Moeda Estrangeira <i>Luciano Vianna Araújo</i> .....	77
A Formação do Parlamento Alemão. Do Congresso de Viena à República de Weimer <i>Marco Aurelio Peri Guedes</i> .....	87
Teoria da Constituição e os Sistemas de Controle de Constitucionalidade <i>Regina Quaresma</i> .....	109
Shylock vs. Antonio (1594) <i>Roberto da Silva Fragale Filho</i> .....	125
A Constituição Face “a Perda do Lugar e da Inércia Geográfica e Territorial (B. Guggenberg) <i>Telma da Graça de Lima Lage</i> .....	137

## 2. Jurisprudência

Liquidação de Sentença à Luz das Modificações Introduzidas no CPC pela Lei nº 8.898/94  
*J. E. Carreira Alvim*..... 151

## 3. Opinião

Saldo Trágico  
*José Eduardo Faria*..... 157

## 4. Resenha

L'Engrenage de la Répression. Stratégies sécuritaires et politiques criminelles, Paris, Librairie général de droit et jurisprudence, 1995. Wanda de Lemos Capeller  
*Regina Lisboa Soares*..... 161

## 5. Notícias e Informações

Informe Anual do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC-CNPq) do Departamento de Direito..... 163

Segunda Mesa Redonda sobre Direito Internacional Privado. Convênio Departamento de Direito-CJI..... 175

Relação das Dissertações de Mestrado defendidas entre agosto/dezembro de 1996..... 179

## DA AÇÃO MONITÓRIA

Firly Nascimento Filho\*

### I - Introdução

A recente Lei no.9.079, de 14 de julho de 1995, publicada no D.O. de 17.07.95 instituiu no sistema processual civil nacional um novo instituto: a ação monitoria.

Vasculhando, em pesquisa perfunctória, dicionários jurídicos pátrios, conseguimos descobrir dois vocábulos com significado próximo, do ponto de vista etimológico, ao indicado na novel lei: monição e monitor.

Sobre a primeira palavra, assim se pronuncia PLÁCIDO E SILVA:

“...Do latim *monitio*, de *monere* (advertir, avisar), na significação jurídica, e, em uso antigo, era o aviso ou convite para vir depor a respeito de fatos contidos na monitoria.

A monitoria, assim, era a carta de aviso ou de intimação para depor.

Monição. Na terminologia do Direito Canônico, é a advertência feita pela

\* Professor de Direito Processual Civil da PUC-RIO

autoridade eclesiástica a uma pessoa, para que cumpra certo dever ou não pratique um ato, a fim de que evite a sanção ou a penalidade a que está sujeita, pela omissão ou ação indicadas".<sup>1</sup>

O vocábulo monitor, por sua vez, tem a mesma raiz latina (monere: advertir, lembrar, dirigir).<sup>2</sup>

Ambas as palavras, no entanto, não apreendem o real significado do instituto ora inserido no vigente sistema processual.

Sob o prisma histórico, por influência dos canonistas, a introdução do procedimento de índole sumária decorreu da crítica ao lento, custoso e formal procedimento ordinário medieval, sendo marcante a bula *Clementina Saepe contingit*, de 1306, do Papa Clemente V.<sup>3</sup>

Outros procedimentos surgiram, citando JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI o *mandatum de solvendo cum clausula iustificativa*, caracterizado por ser de cognição reduzida e identificado pelos juristas que perseguiram a origem histórica da ação monitoria como o instituto mais assemelhado ao adotado pelas legislações continentais, como o *procedimento d'ingiunzione*, na Itália, o *Mahnverfahren*, na Alemanha e Áustria, a *injonction de payer*, na França e na Bélgica etc.<sup>5</sup>

## II - Conceito

A ação monitoria gera um procedimento de injunção, de larga utilização na Europa, há muitos anos, que está localizado entre o processo de conhecimento e o de execução. Entre nós, o termo injunção, foi introduzido pela via constitucional, ao integrar o título de garantia constitucional aplicável para o suprimento de omissão legislativa diante da inércia do Poder competente. Com estes contornos quer dizer ordem, mandamento.<sup>6</sup>

Para a utilização do procedimento monitorio é necessário que inexista título executivo. É o que se depreende da letra do artigo 1102a, *verbis*:

<sup>1</sup> Vocabulário Jurídico, Volume III, Forense, Rio de Janeiro, 1987, 1a. edição, pág. 205.

<sup>2</sup> Op. citada, pág. 205

<sup>3</sup> Tucci, José Rogério Cruz e. Apontamentos sobre o Procedimento Monitorio, p. 161, in Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional, RT, São Paulo, 1993.

<sup>4</sup> Valiente, Tomás. Estudio Historico-jurídico del proceso monitorio, in Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1960(1):51-2, apud Tucci, op. citada, p. 162.

<sup>5</sup> O desenvolvimento dos institutos citados consta do percuciente estudo do professor paulista José Rogério Cruz e Tucci "Apontamentos sobre o Procedimento Monitorio".

<sup>6</sup> Quaresma, Regina. O Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão. Forense, 1995, Rio de Janeiro.

"Art. 1102a. A ação monitoria compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel."

A cognição a ser desenvolvida pelo magistrado é a sumária, devendo o mesmo emitir provimento executivo desde logo, caso não ocorra o oferecimento de embargos ao pedido formulado inicialmente.

O mestre paulista KAZUO WATANABE, enfocando o tema da ação monitoria, defende o ponto de vista de que houvera cognição plena e exauriente quando o demandado tomar a iniciativa de defesa. É o que chama de cognição eventual, trazendo, a propósito, o exemplo da ação de prestação de contas.<sup>7</sup>

Versando sobre a questão da tutela antecipatória, LUIZ GUILHERME MARINONI invoca as lições de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, valendo transcrever o excerto referido:

" O processo injuncional ou monitorio, " sustenta-se em dois princípios básicos: o princípio da sumariedade da cognição (*summaria cognitio*), com base na qual o juiz emite o preceito liminar; e a outorga antecipada da eficácia sentencial, por sua vez, provoca a inversão de contraditório, obrigando o réu a comparecer e defender-se, sob pena de transformar-se a decisão liminar em sentença condenatória final, dando ensejo à execução forçada".<sup>8</sup>

Para o autor paranaense os processos injuncionais não têm em consideração *periculum in mora*, sendo o procedimento monitorio documental de cognição parcial e exauriente.<sup>9</sup>

## III - Espécies

Em obra clássica, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR faz referência a duas espécies de procedimento monitorio: o puro e o documental.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Da Cognição no Processo Civil. RT. São Paulo. 1987, pág. 90.

<sup>8</sup> Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. RT. 1992, pág. 114. Silva, Ovídio Baptista da. Comentários ao Código de Processo Civil, 2a. edição, Porto Alegre, LEJUR, 1986, pág. 33.

<sup>9</sup> Op. citada, pág. 117.

No primeiro caso permite-se que a ordem seja expedida com base somente nas declarações unilaterais do credor, *inaudita altera parte*, sem necessidade de qualquer prova. Nesse caso, apresentados os embargos, a ordem pede o efeito. Em inexistindo os mesmos, a ordem de pagamento é convertida em mandado executivo.

Na segunda espécie o procedimento somente é instaurado diante da apresentação de prévia prova documental, mas o rito adotado também permite o deferimento da medida *inaudita altera parte*, ocorrendo a transformação da ordem em mandado executivo caso não sejam opostos embargos.

A oposição de embargos tem o condão de instaurar o contraditório, gerando uma atividade cognitiva típica, a ser resolvida por sentença.

#### IV - A influência italiana

Em obra conhecida FRANCESCO CARNELUTTI, já analisava o processo monitorio afirmando que o mesmo não existia no Direito Italiano, efetuando as mesmas observações de ordem doutrinária sobre o tema já expendidas no corpo do presente trabalho.<sup>11</sup>

Posteriormente o mestre italiano passou a defender a existência do instituto diante da redação dada ao artigo 633 do Código de Processo Civil Italiano, como nos informa o professor HUMBERTO THEODORO JÚNIOR.<sup>12</sup>

Em obra recente<sup>13</sup>, EDOARDO GARBAGNATI desenvolveu o tema, à luz de inúmeras contribuições doutrinárias fornecidas pelos juristas italianos, incluído o clássico estudo de CARLOS ALBERTO NICOLETTI.<sup>14</sup>

Na atualidade, diversas decisões dos tribunais de cassação da península se pronunciam sobre o assunto, consoante nos informa o atualizado "Codice de Procedura Civile, anotado por FRANCESCO BARTOLINI:<sup>15</sup>

"a) Esperibilità della procedura, in genere.

a-1) Liquidità del credito.

Poiché il requisito della liquidità del credito deve non solo esistere, ma essere

<sup>10</sup> O Procedimento Monitorio como possível solução para o problema da execução da duplicata sem aceite. Editora Vitória, Uberaba, 1976, pág. 39.

<sup>11</sup> Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano, 1942, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, págs. 60/61.

<sup>12</sup> Op. citada, pág. 40.

<sup>13</sup> Il Procedimento d'Ingiunzione, Milão, Giuffrè, 1991.

<sup>14</sup> Note sul procedimento ingiuntivo nel diritto positivo italiano, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1975(3).

<sup>15</sup> Il Codice de Procedura Civile commentati esclusivamente con la giurisprudenza. Francesco Bartolini. Edictrice la tribuna, Piacenza, 1995, págs. 1633/1635.

documentalmente provato al momento in cui il procedimento monitorio se instaura con la presentazione del ricorso, l'eventuale emanazione del decreto nel difetto di una tale condizione, considerata dalla legge come uno dei presupposti di detto procedimento, importa la illegittimità del decreto stesso, la quale non è destinata a sanarsi per il fatto che la prova scritta venga fornita in tempo successivo. Nella fase del giudizio di opposizione, tale prova sarà poi vagliata secondo le norme del giudizio di cognizione. (Cass. civ., sez. I, 29 luglio 1968, n. 2724).

Con l'ingiunzione di pagamento - dovendo questa avere ad oggetto, ai sensi dell'art. 633, primo comma, c.p.c., esclusivamente una somma liquida di denaro o una determinata quantità di cose fungibili o una cosa mobile determinata - il creditore non può domandare ( in aggiunta alla somma dovutagli ed ai relativi interessi) il risarcimento, ai sensi dell'art. 1224, secondo comma, c.c., del maggior danno derivatogli dal ritardo nell'adempiimento, ma può formulare tale richiesta ( che integra una *ementatio libelli*) nel giudizio di opposizione avverso l'ingiunzione. ( Cass, civ., sez. lav. 22 febbraio 1993, n. 2106. Nello stesso senso Cass. II, 30 maggio 1987, n. 482.

a-2) Consegna di cose.

È pienamente ammissibile la domanda, proposta nelle forme del ricorso per ingiunzione, con la quale venga esercitata un'azione de carattere personale avente ad oggetto la restituzione di una cosa in quanto l'art. 633 cod. proc. civ. , nel riferirsi alla domanda di chi ha diritto alla consegna di una cosa mobile determinata, sta a indicare qualsiasi prestazione di dare che costituisca il contenuto di un rapporto obbligatorio. (Cass. civ., sez. II, 14 dicembre 1978, n. 3820).

È inammissibile la domanda, proposta nella forma del ricorso per ingiunzione, con la quale viene esercitata un'azione di rivendicazione avente per oggetto una cosa mobile determinata. La inammissibilità della domanda comporta la irrituale instaurazione e l'irrituale svolgimento del processo; la quale irritualità, oltre a colpire la fase sommaria del processo, travolge anche la successiva fase procedurale di cognizione ordinaria instaurata con la notificazione dell'atto di opposizione al decreto ingiuntivo. Pertanto, il giudice dell'opposizione, rilevata (anche d'ufficio) la inammissibilità della domanda (in quanto non poteva essere proposta nella forma del ricorso per ingiunzione), deve limitarsi a revocare il decreto ingiuntivo, senza procedere ulteriormente all'esame della domanda nel merito. ( Cass. civ., sez. III, 18 novembre 1974, n. 3690.

Nel procedimento monitorio avente per oggetto la consegna di una cosa mobile non può non comprendersi il caso in cui la cosa mobile determinata, di cui si chiede la consegna, sia una chiave (nella specie, di accesso ad un terrazzo), poiché il giudice non è tenuto ad accertare preventivamente, ai fini della pronuncia dell'ingiunzione, se l'immobile, cui inerisce la chiave, sia posseduto legittimamente o meno dal destinatario dell'ingiunzione. Tale accertamento, infatti, riguarda una questione diversa, che può essere introdotta col giudizio di merito conseguente all'opposizione, incombendo alle parti la dimostrazione dei rispettivi assunti secondo i principi che regolano l'onere della prova. ( Cass. civ. sez. II 25 gennaio 1979, n. 567).

#### a-3) Pendenza di giudizio.

La pendenza di un giudizio di cognizione, promosso dal debitore per ottenere l'annullamento o la risoluzione del contratto

da cui scaturisca la sua obbligazione, non osta a che il creditore possa chiedere ed ottenere decreto ingiuntivo, fondato sul contratto stesso, salva l'eventuale riunione per connessione dei due procedimenti, tenuto conto che la proposizione in via riconvenzionale della pretesa creditoria, in quel, in quel giudizio instaurato dal debitore, integra una facoltà e non un obbligo del creditore medesimo. ( Cass. pen., sez. I, 22 giugno 1981, n. 4069).

La pendenza di un giudizio diretto all'accertamento negativo di un credito non costituisce ragione di improponibilità del ricorso per decreto ingiuntivo, per il riconoscimento ed il pagamento del credito medesimo, ma può soltanto comportare, in relazione al giudizio instaurato con l'opposizione al decreto, una situazione di litispendenza, nel caso di procedimenti dinanzi a giudici diversi, ovvero di riunione obbligatoria, ai sensi dell'art. 273 secondo comma cod. proc. civ. nel caso di procedimenti dinanzi allo stesso giudice od a giudici appartenenti allo stesso ufficio. ( Cass. civ. sez. I, 16 ottobre 1978, n. 4636).

#### a-4) Presenza di clausola compromissoria

Poiché nel procedimento per arbitrato rituale non è prevista l'emanazione di provvedimenti monitori, il giudice ordinario, che ne sia richiesto, può emettere decreto ingiuntivo anche in ordine a rapporto oggetto di clausola compromissoria. Questa può portare alla declaratoria di incompetenza, con conseguente revoca del decreto solo a seguito di eccezione dell'ingiunto, nel giudizio di opposizione avverso il decreto, sempre che, al momento della relativa pronuncia, non siano venute meno le condizioni del giudice medesimo ( nella specie, al seguito di sopravvenuta risoluzione consensuale del compromesso). ( Cass. civ., sez., III, 22



maggio 1976, n. 1852. Nello stesso senso, con riguardo ad arbitrato irrituale, Cass., I, 9 luglio 1989, n. 3242).

a-5) Crediti in materia di lavoro e previdenza.

L'entrata in vigore della L. 11 agosto 1973 n. 533 non ha precluso la possibilità di ricorso alla tutela monitoria ex art. 633 e seguenti cod. proc. civ., in materia di crediti di lavoro, salva restando in ogni caso la competenza esclusiva del pretore. (Cas. civ., sez., lav., 29 maggio 1981, n. 3531; conf., cass. civ., sez. I, 6 dicembre 1984, n. 6430).

In tema di violazioni in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie, l'obbligo di rispettare le forme previste dal primo comma dell'art. 18 della L. 24 novembre 1981, n. 689 (modifiche al sistema penale) sussiste, ai sensi dell'art. 35, ultimo comma della medesima legge, anche quando il ricorso, da parte degli enti ed istituti previdenziali, al procedimento ingiuntivo di cui agli artt. 633 e seguenti c.p.c. sia volto a conseguire i soli contributi e premi non versati e relative somme aggiuntive (sempre che si tratti di contributi e premi per i quali ricorra la violazione di omesso versamento di cui al secondo comma del citato art. 35 o il cui omesso o parziale versamento derivi dalle altre violazioni di cui al terzo comma dello stesso articolo), non essendo il predetto obbligo riferito alla sola sanzione amministrativa e neppure subordinato alla contestuale riscossione di essa. (Cass. civ., sez. lav. 19 dicembre 1990, n. 12040, Insp. c. Ditta P.C.S. - C.p.c., art. 633; L. 24 novembre 1981, n. 689, art. 35). 99106950.

a-6) Domanda basata su provvedimenti ex art. 708 c.p.c.

L'ordinanza con la qual il presidente del tribunale dà, ai sensi dell'art. 708 c.p.c. i provvedimenti temporanei ed urgenti di

contenuto economico nell'interesse dei coniugi e della prole, non costituisce titolo per la pronuncia di ingiunzione di pagamento ai sensi dell'art. 633 c.p.c., trattandosi di provvedimento che può formare oggetto di esame soltanto nel contesto del procedimento cui accede e che è autonomamente presidiato da efficacia esecutiva che assicura sufficiente garanzia di realizzazione dell'interesse del creditore. (Cas. civ., sez. I, 29 aprile 1991, n. 4722).

b) Pagamento di onorari.

Il professionista che chiede il compenso per le sue prestazioni ha l'onere di dimostrare la sussistenza del credito, ossia la esecuzione delle opere, nell'adempimento dell'incarico commessogli e l'entità delle stesse. Tale prova ai fini dell'emissione del decreto ingiuntivo di pagamento può essere fornita con la produzione della parcella e del relativo parere dell'organo professionale competente, ma tale documentazione non è più sufficiente nel giudizio di opposizione il quale si svolge secondo le regole ordinarie della cognizione, ed impone quindi al professionista, nella sua qualità di attore di fornire gli elementi dimostrativi della pretesa con la conseguenza che il giudice del merito non può assumere, come base del calcolo per la determinazione del compenso, le esposizioni delle parcelle contenute dal debitore con riferimento alle opere effettivamente eseguite e alla mistura degli importi. (Cass. civ., sez. II, 21 aprile 1981, n. 2342)

c) obbligazioni contrattuali.

Al fine di ottenere l'emanazione del decreto ingiuntivo in tema di contratti con prestazioni corrispettive l'istante non è tenuto a fornire una duplice completa dimostrazione, quella cioè dell'esistenza dell'obbligazione di cui si invoca il soddisfacimento e quella dell'

avvenuto adempimento dell' obbligazione propria cui l' esigibilità della prima sia subordinata essendo sufficiente la dimostrazione limitata al primo dei suaccennati effetti, cui si accompagni l'offerta di elementi indiziari in ordine al secondo. (Cass. civ., sez. I, 24 giugno 1968, n.2112; conf. sez III, 8 febbraio 1971, n. 330).

La parte che abbia eseguito un pagamento per merce non acquistata e restituita al mittente, può chiedere l'emissione di decreto ingiuntivo per la restituzione della somma pagata, senza l'obbligo di offrire elementi atti a far presumere l'adempimento della controprestazione (restituzioni), perchè le ragioni di credito fatte valere non sono subordinate all'adempimento di alcuna controprestazione né all'avveramento di alcuna condizione. (Nella specie la merce era stata respinta al mittente a mezzo dello stesso spedizionere, presso il quale era rimasta giacente per averne il mittente rifiutata la riconsegna). (Cass. civ. , sez. III, 6 settembre 1969, n. 3076).

d) Divieto di notifica all' estero.

La nullità del decreto ingiuntivo (nella specie, per essere stato notificato all'estero contro il divieto di cui all'art. 633, ultimo comma, cod.proc.civ.) deve essere eccepita nell'atto di opposizione, mentre ove l'opponente svolga solo le difese di merito, mostra tacitamente ma inequivocabilmente, di rinunciare all'eccezione, sicché la nullità deve, in tal caso, ritenersi sanata. ( Cas. civ., sez. I, 10 gennaio 1975, n. 70).

Il divieto, posto dall'art. 633 co. proc. civ., di emettere il decreto ingiuntivo nel caso in cui questo debba essere notificato fuori del territorio dello Stato, concerne una causa di inammissibilità del procedimento speciale monitorio, ma non priva il giudice del potere

di conoscere della controversia cui il decreto si riferisce. Pertanto, siffatta inammissibilità, rilevabile con l'atto di opposizione ai soli fini regolamento delle spese processuali relative della fase monitoria, non impedisce la prosecuzione del giudizio instaurato von l'opposizione, sino alla pronunzia di merito. Invero l' opposizione a decreto ingiuntivo dà luogo ad un normale ed autonomo giudizio di cognizione che si svolge secondo il rito ordinario nel contraddittorio delle parti con la conseguenza che il giudice dell'opposizione è investito del potere-dovere di giudicare dell'opposizione sulla pretesa fatta valere con l'ingiunzione e sulle eccezioni contro di essa proposte, ancorché il decreto sia stato emesso la ingiunzione, o per difetto di altri presupposti processuali, manchi la possibilità di emettere una decisione di merito nei confronti delle parti. (Cass. civ., sez. i, 6 marzo 1976, n. 757).

#### V - A tutela anticipada

A instituição da ação monitoria ocorre em momento de reformas do Código de Processo Civil que incluiu a instituição da tutela antecipada no ordenamento jurídico nacional.

O instituto foi previsto no art. 273 do C.P.C., aplicável a qualquer procedimento.

Comentando o citado dispositivo, o eminente magistrado e professor J.E. CARREIRA ALVIM, após tecer inúmeras considerações sobre os critérios que devem informar o novel instituto, cita, no direito italiano inúmeros exemplos de antecipação provisória de tutela de índole não cautelar, calhando transcrever suas preciosas lições:

“Ao contrário do que se supõe, o ordenamento jurídico italiano é rico em provimentos antecipatórios de natureza não-cautelar no procedimento ordinário (arts. 186-bis, 186-ter e 423 do CPC italiano); nos procedimentos especiais (decreto injuncional), arts. 665 e 708; em leis especiais

( Lei no. 3000, de 20/5/70 e 990, de 24/12/69; e até na jurisdição voluntária (art. 336 CC, modificado pela Lei n. 151, de 19/5/75. Com base no art. 24 da Lei n. 990/69, o juiz italiano pode fixar ao prejudicado em acidente de trânsito (incidenti stradali), que se ache em estado de necessidade, uma quantia até quatro quintos do presumível valor do dano ressarcível (cf. MANDRIOLI, Crisanto. Corso di diritto processuale civile, 9.ed., Torino, v.III, p. 282).<sup>16</sup> (grifos nossos)

Fácil verificar que o procedimento injuncional decorrente da ação monitoria está perfeitamente enquadrado como uma espécie de tutela antecipada, com contornos perfeitamente definidos por sua estrutura normativa.

#### VI - A lei brasileira

O legislador brasileiro aderiu ao sistema monitorio que exige a prévia prova documental, não admitindo que se instaure o processo se somente baseado nas declarações do autor.

O litigio deve versar sobre a entrega de dinheiro, coisa fungível ou bem móvel, independentemente de valor.

A demanda deve ser concretizada através de petição inicial nos moldes determinados pelo art. 282 do C.P.C., com a necessária assistência de advogado.

Em existindo a prova escrita, deverá o juiz expedir mandado de pagamento ou de entrega da coisa devida, que deverá ser cumprido no prazo de quinze dias.

A defesa do réu se corporificará através da oposição de embargos, oferecidos no mesmo prazo de quinze dias deferido pela lei para o cumprimento do mandado.

Sendo prazo de defesa, devem ser aplicados ao tema os critérios que informam a contagem para o oferecimento da peça defensiva no processo de conhecimento, ou seja, o *dies a quo* será o da data da juntada aos autos da certidão do oficial da entrega do mandado cumprido ou da juntada aos autos do aviso de recebimento(A.R.), caso a comunicação seja efetuada pelo serviço postal.

<sup>16</sup> Código de Processo Civil Reformado, Del Rey, 1995, pág. 109

Cumpra observar, a propósito, que a entrega do mandado deverá ser acompanhada da entrega de via citatória, sem a qual a relação processual não chega a se formar.

Na verdade, apesar da nomenclatura utilizada pelo legislador, originária, certamente, da fonte inspiradora do instituto (*opposizione*, do direito italiano), os embargos no procedimento monitorio são assemelhados à contestação do processo de conhecimento: a) tem o mesmo prazo (quinze dias); b) independem de segurança do juízo; c) são processados nos próprios autos da ação monitoria; e d) tramitam pelo rito ordinário.

A não oposição de embargos e sua rejeição tem o mesmo resultado: será instaurado processo executivo, com base em título judicial.

A lei é omissa sobre o assunto, no entanto em existindo embargos os mesmos serão decididos por sentença de mérito, dela cabendo recurso de apelação a ser recebido no duplo efeito. Assim sustentamos pois não se configura, no caso, exceção à regra geral. Acresça-se, ainda, o fato de que a simples oposição de embargos torna sem eficácia a decisão inicial proferida.

Inexistindo embargos, ocorre a criação de nova modalidade de título executivo judicial: a decisão liminar na petição inicial da ação monitoria. Tal decisão não está inscrita no rol dos títulos judiciais previstos no C.P.C. adquirindo tal característica eis que haverá automaticamente a transformação do mandado de entrega inicialmente expedido em mandado executivo. Tal interpretação parece não ser a mais adequada diante do sistema existente no próprio Digesto Processual Civil e, embora os dispositivos pertinentes não especifiquem, o magistrado, diante da inércia do réu, deverá proferir sentença julgando procedente o pedido, cominando ao réu as verbas sucumbenciais.<sup>17</sup> Nesse último caso, seria perfeitamente adequada a decisão eis que o cumprimento do mandado espontaneamente isenta o réu do pagamento das custas e dos honorários advocatícios.

Outra questão a ser enfrentada diz respeito à possibilidade de arresto e penhora no processo executivo, bem como o posterior oferecimento de embargos diante da segurança do juízo. Ora, o diploma legislativo pertinente faz, em duas oportunidades, remissão a dispositivos aplicáveis à execução do título judicial originário do processo monitorio, quer seja a decisão inicial, quer seja a sentença quando oferecidos embargos, referindo a aplicabilidade das regras inscritas no Livro II, Título II, Capítulos II e IV.

O Livro II alberga as regras do processo de execução, sendo o Título II atinente às várias espécies de execução, referindo-se o Capítulo II à

<sup>17</sup> Contra esta posição pronuncia-se JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI à luz da legislação italiana e alemã, defendendo a executividade do ato decisório liminar. Op. citada, pág. 171.

execução para entrega de coisa e o Capítulo IV à execução por quantia certa contra devedor solvente.

Depreende-se de tais regras que é perfeitamente possível ocorrer o arresto e a penhora dos bens do devedor, observados os princípios regentes da execução, inclusive a extensa lista de bens impenhoráveis.

Por outro lado, também parecem aplicáveis as regras pertinentes ao exercício do direito de defesa através da oposição de embargos com fundamento no art. 741, do Digesto Processual Civil, vez que inexistente proibição sobre o assunto e não há incompatibilidade entre o novel instituto e as demais regras aplicáveis ao tema.

Sobre a questão da competência para o conhecimento da ação monitória a mesma é a genérica, podendo alcançar o juizado de pequenas causas, ao alvedrio do autor, caso o valor da demanda seja correspondente a até vinte salários mínimos.<sup>18</sup>

O campo de aplicabilidade da ação monitória é vasto, eis que abrange qualquer relação que possua documento escrito e cujo objeto seja soma em dinheiro, bens fungíveis e bens móveis. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, no seu festejado trabalho, refere-se à cobrança de encargos de condomínio, seguro obrigatório de veículos, responsabilidade tributária de terceiros que não figuram no lançamento e na inscrição da dívida ativa, além da duplicata sem aceite.<sup>19</sup>

É presumível que o instituto face à sua simplicidade seja aplicado largamente. Com efeito, a sua utilização acarreta menores ônus, maior efetividade e menor gasto de tempo, possibilitando ao autor obter a satisfação do seu crédito ou o cumprimento de prestação consistente na entrega de coisa, sendo de especial valia nas relações de consumo, embora os seu âmbito de incidência extravase tais relações.

#### (Apêndice)

Lei nº. 9.079, de 14 de julho de 1995

Altera dispositivos do Código de Processo Civil, com a adoção da ação monitória.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

<sup>18</sup> Atualmente quarenta salários mínimos, por força da novel lei 9.099/95.

<sup>19</sup> Op. citada, pág. 49.

Art. 1º. É acrescentado ao Livro IV, Título I, da Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, o Capítulo XV, sob a rubrica "Da ação monitória", nos seguintes termos:

#### Capítulo XV

#### DA AÇÃO MONITÓRIA

Art. 1102a. A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

Art. 1102b. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias.

Art. 1102c. No prazo previsto no artigo anterior, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV.

§ 1º. Cumprindo o réu o mandado, ficará isento de custas e honorários advocatícios.

§ 2º. Os embargos independem de prévia segurança do juízo e serão processados nos próprios autos, pelo procedimento ordinário.

§ 3º. Rejeitados os embargos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, intimando-se o devedor e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV."

Art. 2º. Esta Lei entra em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Brasília, 14 de julho de 1995; 174º da Independência e 107º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

NELSON AZEVEDO JOBIM

(DO DE 17.07.95)

## **DIREITO À HONRA: VISÃO MACROSCÓPICA DO TEMA**

**José D'Amico Bauab\***

**I - A personalidade humana e os direitos inatos: a honra como direito da personalidade. O reconhecimento deste direito.**

### **1) Delimitação e relevo do tema**

A sacração dos direitos da personalidade presta-se não apenas à conservação da higidez física e psíquica de seu detentor. Serve, igualmente, à individualização da pessoa e sua identificação no meio social, propiciando-lhe a perspectiva de consecução dos escopos por ela colimados na senda de sua existência<sup>(1)</sup>.

São tais direitos congênitos, inatos: nascem com o indivíduo e a ele se ligam inextrincavelmente, independentes de qualquer normatização estatal. O próprio nascituro, entendido como pessoa concebida no ventre materno, já os porta.

Entrementes, é irrefragável que o reconhecimento dos direitos da personalidade pelo Estado, a despeito de não lhes condicionar a existência, dota-os de robustez suficiente a fim de enfrentarem quaisquer atos arbitrários de

---

\* Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

(1) Carlos Alberto Bittar, *Reparação civil por danos morais*, 1993, pp. 53 e 54.

órgãos do poder público ou mesmo incursões abusivas de particulares. Assim é que podem se tornar "liberdades públicas", através de sua entronização constitucional, e receber a necessária minudência no âmbito legislativo ordinário. Sistemas jurídicos de diferentes progênes assentam-se nessa diretriz<sup>(2)</sup>. Instrumentos legais, de natureza preventiva e repressiva, são colocados à disposição de todos como desdobramento natural de uma tutela ampla e eficaz.

No referido contexto, os direitos da personalidade dividem-se em: *direitos físicos*, referentes aos componentes materiais da estrutura humana; *direitos psíquicos*, atinentes aos apanágios intrínsecos da personalidade; e, por fim, *direitos morais*, ligados ao complexo valorativo da pessoa, projetado nela mesma e no meio social em que vive. Dessa última categoria, sublima-se o direito à honra, centro do presente estudo.

Tem-se testemunhado, ao longo do derradeiro quartel deste século, o descomunal avanço dos meios de comunicação em todos os quadrantes do globo terrestre. Os canais de informação ampliam-se e aceleram-se a ponto de permitir que chegue ao nosso conhecimento um fato verificado noutro lado do hemisfério quase que simultaneamente à sua ocorrência. Jornais e outros periódicos têm aumentado gradativamente suas tiragens; emissoras de rádio e televisão ampliado geometricamente sua audiência mercê do uso de satélites. O televisionamento a cabo e o emprego de videotexto, só para citar alguns exemplos, já estão integrados ao cotidiano moderno.

Diante disso, uma abjeção ou uma contumélia assacadas a alguém, se vinculadas por um meio de comunicação de massa, provocam, à pessoa endereçada, danos materiais e morais, possibilitando-lhe o acionamento da tutela jurídica própria. Evidente que a utilização de alguns dos meios de divulgação existentes, pelo efeito desmesuradamente nocivo que causa, leva o Direito a emanar uma resposta muito mais energética, em abono da pessoa vitimada em sua honra, fazendo com que suporte o agente as consequências daí derivadas.

## 2) Noção de honra: individual e coletiva

A honra traz, no seu bojo ontológico, uma noção polimorfa e mutável. Perpassa pelos vários setores da atividade do homem, enfocado isoladamente ou como elemento interferente na sociedade. Fala-se, então, em *honra civil*, cabente a todo cidadão; em *honra política*, que favorece o eleitor na situação de candidato ou no exercício de proselitismo partidário; em *honra comercial*, granjeada com a prática honesta e competente de atividade mercantil ou industrial; em *honra profissional*, lastreada no longo e eficiente exercício de

<sup>(2)</sup> Cite-se, como exemplo, o vetusto corão, ainda hoje pedra basilar do direito islâmico, que reconhece o instituto da *diyya* ou "preço do sangue", por meio do qual se possibilita a reparação de prejuízos, inclusive morais, resultantes de atos ilícitos, consoante informa Ali Kazemi-Rached: "En droit musulman, la *diyya* correspond à l'ensemble des biens, déterminés par la loi, dus aux victimes d'une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique" (*L'Islam et la réparation du prejudice moral*, 1990, p. 87).

uma função ou na dignidade que essa proporciona; e em *honra artística*, verificada através do desempenho, talentoso e sensível, de qualquer das artes. São as indigitadas modalidades, como tantas outras aqui não mencionadas, variações da *honra objetiva* (a ser tratada adiante). Apresenta a honra, ainda, um atributo proteiforme, porquanto muda de significação à medida que o tempo decorre, e de região para região. Não é, pois, um conceito hermético e imutável. Pode ser delineado em seus traços gerais e adaptado de acordo com as circunstâncias vertentes em cada caso. Por via de consequência, é igualmente amplo o rol de atos atentatórios a que está sujeita<sup>(3)</sup>.

Mesmo em face do alargado delineamento conceitual que o instituto da honra comporta, pode-se perfeitamente divisar uma bipartição, de interesse prático e didático, em *honra individual* e *honra coletiva*.

**Honra individual** consiste no complexo valorativo intrínseco e extrínseco de todo ser humano. Intrínseco, quando os valores pessoais percutem apenas no âmago do indivíduo; e extrínseco, quando tais valores se espargem no meio circundante.

A par da *honra individual*, vislumbra-se a *honra coletiva*, como expressão de reputação, dignidade ou decoro de um grupo, numericamente determinado ou não, de pessoas ligadas entre si por liames de variada natureza como o profissional, o social, o religioso, o racial etc. Assim é que qualquer ofensa ou ato atentatório à *honra coletiva* dá ensejo à reparação dos danos materiais e morais<sup>(4)</sup>, uma vez que há necessidade de tutelar-se a projeção da categoria ou classe lesionada no respectivo âmbito de atuação.

## 3) A honra e outros direitos afins

Elucidada a noção de honra, cabe, neste passo, cotejá-la com certos direitos da personalidade, de natureza psíquica (integridade psíquica e intimidade), moral (identidade) e até mesmo física (imagem), direitos que parecem se abeirar em alguns contornos. A distinção é imprescindível a fim de que, em caso de ocorrência de violação a mais de um desses direitos, seja factível vislumbrar os bens-jurídicos atingidos e os instrumentos de tutela a utilizar.

<sup>(3)</sup> Segundo Domingos Sávio Brandão Lima, "os ataques à honra podem concentrar-se na atribuição ou divulgação de defeitos físicos ou intelectuais, enfermidades ou doenças, vícios ou conduta imoral, carência ou deficiências culturais, indignidades profissionais ou incompetências científicas ou em meras palavras, gestos ou atitudes destinadas a menosprezar ou ferir" (*Injúria grave*, em "Enciclopédia Saraiva do Direito", Vol.44, p. 258).

<sup>(4)</sup> O dilatado conceito de dano moral, formulado por Limongi França, corrobora tal ilação: "dano moral é aquele que, direta ou indiretamente, a pessoa física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico de seus bens jurídicos (*Reparação do dano moral*, em "Revista dos Tribunais" n. 631, p. 31) (grifo do autor).

Já está assente que o direito à honra tem a reputação, a dignidade e o decoro da pessoa como bens jurídicos dignos de amparo pelo ordenamento legal.

O direito à integridade psíquica objetiva a preservação da higidez mental da pessoa. Por outras palavras, procura resguardar os elementos distintivos da estrutura interna do ser humano, os quais atuam como força motivadora de sua conduta.

O direito à intimidade, outro direito psíquico, destina-se a resguardar a privacidade do indivíduo no que tange a fatos pessoais, familiares, profissionais ou negociais de seu interesse. Impede-se a divulgação de acontecimentos, escritos e fotografias e quaisquer matérias atinentes à esfera íntima da pessoa, possibilitando-lhe uma existência tranqüila e livre da aproximação e ingerência de terceiros, quando essas se mostrem indevidas e indesejáveis.

O direito à identidade permite a uma pessoa ser individualizada e diferenciada de qualquer outra. Toda pessoa faz jus a um nome civil que, na definição de *Limongi França*<sup>(5)</sup>, "é a designação pela qual se identificam e distinguem as pessoas naturais, nas relações concernentes ao aspecto civil da sua vida pública".

Quiçá, entre as distinções que ora se colocam, a que cause maior perplexidade seja a que envolva o direito à imagem, dado que, por reiteradas vezes, se fala em "imagem", quando a hipótese em análise está a indicar a honra do indivíduo.

Direito à imagem consiste no direito que tem a pessoa sobre traços exteriores e componentes distintos de sua expressão física, tais como olhos, boca, rosto, pernas, sinais de nascença etc. Envolve, portanto, o complexo físico tomado em sua totalidade ou em suas partes, separadamente.

A imagem de uma pessoa pode ser reproduzida de diversas maneiras (em filme, videofilme, videodisco, em jornal, revista ou outra publicação) condicionando-se a utilização ao consentimento de seu titular (com exceção das pessoas notórias, cuja aquiescência é presumida). É permissível, até, o emprego de certa distorção humorística, contanto que não seja enodada a honra do indivíduo.

#### 4) A honra individual

Os atributos intrínseco e extrínseco da honra individual, ou seja, da pessoa física, conduzem a uma nova dicotomia no cerne dessa honra: *honra subjetiva e honra objetiva*.

<sup>(5)</sup> *Do nome civil de pessoa naturais*, 1975, p. 22.

A honra subjetiva, por encerrar atributos valorativos interiorizados na pessoa, tende a variar não só de indivíduo para indivíduo, consoante a natureza peculiar de cada um e as influências externas captadas, mas também no próprio indivíduo que está sujeito a modificações de sua personalidade decorrentes de inúmeras circunstâncias, como a idade e o estado de saúde<sup>(6)</sup>. Em virtude disso, não é viável inculcar definições exaustivas da matéria, a qual, na verdade, assume minúcias alteráveis de caso a caso. Pode-se, quando muito, tentar a padronização de alguns conceitos a fim de subsumir a eles a hipótese vertente. Assim é que *dignidade e decoro*, segundo a unanimidade dos autores, compõem o núcleo da honra subjetiva.

*Dignidade* é o juízo que o indivíduo tem de sua honorabilidade, de seus atributos morais. Já *decoro* abarca os atributos físicos e intelectuais que cada um tem. Por outras palavras, a dignidade refere-se a valores morais adquiridos (honestidade, sinceridade, conduta sexual etc.) e o decoro a potencialidades ou aptidões físicas e intelectuais da pessoa.

A honra subjetiva é cabente a todo ser humano, ainda que esse apresente alguma abjeção, como o ladrão inveterado, a prostituta, o viciado em drogas. Claro é que qualquer avaliação de invectiva lançada contra tais pessoas não pode recair em generalizações ou absolutismos conceituais, como já se disse. Cada caso deve ser analisado ao lume de suas particularidades. Nesse sentido, Santos Cifuentes esclarece que dizer a um "João Ninguém que este não tem conhecimento nem sentido ético não é o mesmo que dizê-lo a um prêmio Nobel de Química"<sup>(7)</sup>.

A honra objetiva, por sua vez, tem como pedra basilar de seu conceito a *reputação*, entendida como o grau de valorização e consideração que a pessoa desfruta no meio em que vive pelo desempenho de seu papel social ou profissional. A honra em tela é, portanto, o apreço que o membro de um grupo ou coletividade goza junto a seus pares, estima essa decorrente de sua posição ou qualidades latentes.

A honra individual em sua inteireza, isto é, no seu desdobramento em honra subjetiva e objetiva, só é atinente à pessoa física. Quanto à pessoa jurídica, a ela cabe apenas a honra objetiva por razões óbvias.

#### 5) As codificações e a construção penal

A legislação penal assumiu, entre nós, a vanguarda na tutela do bem da honra, através da tipificação das figuras delituosas correspondentes. Destarte, o Código Penal de 1830, sob inspiração do estatuto penal francês de 1810, já delineava os tipos da calúnia (art. 229) e da injúria (art. 236), sendo essa a

<sup>(6)</sup> Assim assevera Iago Pimentel ao analisar a personalidade (*Noções de Psicologia*, 1955, p. 221).

<sup>(7)</sup> *Apud* Aparecida I. Amarante, *Responsabilidade civil por dano à honra*, 1991, p. 62.

imputação de fato criminoso de ação privada, de vícios e defeitos, de tudo o que pudesse prejudicar a reputação de alguém, em discursos, gestos ou sinais insultantes. O diploma penal seguinte, de 1890, também previu ambas as figuras, definindo injúria como a imputação de vícios e defeitos, e de fatos determinados, ofensivos da reputação, do decoro e da honra<sup>(8)</sup>. A figura da difamação estava aí inclusa e só viria a ser consagrada autonomamente a partir do advento do código de 1940, ainda vigente em sua parte especial.

Capítulo inserido no título dos crimes contra a pessoa (exórdio da parte especial do Código Penal) prevê as três figuras: *calúnia* (art. 138), *difamação* (art. 139) e *injúria* (art. 140), as quais encontram a mesma reconhecimento na denominada Lei de Imprensa (n. 5.250, de 9/02/1967, nos arts. 20, 21 e 22, respectivamente), não se verificando diferenciação redacional alguma de um texto legal para outro. Também de maneira idêntica estão definidas no Código Eleitoral (Lei n. 4.737, de 15/7/1965, arts. 324, 325 e 326) e no Código Penal Militar (Dec.-Lei n. 1001, de 21/10/1969, nos arts. 214, 215 e 216).

Nos crimes de calúnia e difamação, tem-se como objeto jurídico (e, portanto, digno de proteção) a honra objetiva, e, no crime de injúria, a honra subjetiva. É tempestivo, pois, perlustrar esses tipos legais e vislumbrar as nuances entre eles existentes.

*Calúnia* é a falsa imputação a uma pessoa de fato definido como crime. A atribuição direcionada a alguém deve referir-se a fato determinado, certo, não se exigindo, porém, que deva conter pormenores em excesso. Basta que a imputação não seja genérica ou evasiva. Entrementes, para a caracterização integral do tipo penal, não é bastante a simples atribuição de um crime a alguém; tem de ser ela *falsa*.

O requisito da falsidade guarda algumas particularidades. Assim, por exemplo, não deixa de ser falsa a imputação de um crime a uma pessoa quando ela, na realidade, cometeu outro de natureza diversa; ou, então, quando a atribuição se firma no dolo e o crime foi cometido culposamente ou sob algumas das causas de exclusão de ilicitude (estado de necessidade ou legítima defesa, por exemplo).

*Difamação* é a imputação a uma pessoa de fato que, embora não criminoso, é ofensivo à sua reputação, a qual, como já se viu, é o conceito, a estima, o apreço de que goza o indivíduo no meio social em que vive ou atua. Difere da calúnia, porquanto essa envolve atribuição de *fato criminoso* e, para a difamação, basta a referência a situação atentatória à reputação alheia. Outrossim, a regra, na calúnia, é a *falsidade* da imputação, com as exceções indicadas na lei (CP, art. 138, § 3º; Lei de Imprensa, art. 20, §§ 2º e 3º); já na difamação a imputação pode ser, em princípio, *verdadeira*.

<sup>(8)</sup> Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal (parte especial)*, 1986, 8ª ed, v.1, p. 178.

A difamação avizinha-se da injúria quando essa envolve fatos genéricos a denotar algum vício ou defeito da pessoa. Magalhães Noronha, para espancar qualquer dúvida que tal proximidade poderia ensejar, traz os seguintes exemplos: "(...) se alguém diz que certa noiva é freqüentadora de *garçonnières* injúria, conquanto esteja aludindo a um fato; se, entretanto, fala que habitualmente ela freqüenta o apartamento de fulano, difama: existe agora a imputação de fato *determinado*"<sup>(9)</sup>. É, por conseguinte, o grau de determinação do fato imputado que proporcionará a distinção entre difamação e injúria em situações lindeiras: se se trata de fato *determinado*, tem-se a *difamação*; se *indeterminado*, genérico, a exprimir vício ou defeito de alguém, verifica-se a *injúria*.

*Injúria*, na clássica definição de Nelson Hungria, é "a manifestação por qualquer meio de um conceito ou pensamento, que importe ultraje, menoscabo ou vilipêndio contra alguém", acrescentando o oracular mestre que "é a palavra insultuosa, o epíteto aviltante, o 'xingamento', o 'impropério', o gesto ultrajante, todo e qualquer ato, enfim, que exprima desprezo, escárnio ou ludíbrio"<sup>(10)</sup>. Pela definição legal, é a ofensa à *dignidade* ou ao *decoro* de alguém, conceitos alhures vistos. Atinge-se a dignidade de um indivíduo por meio de acintes aos seus valores morais intrínsecos, tais como "ladrão", "estelionatário", "meretriz". O decoro, por sua vez, é maculado por ataques a características físicas e intelectuais de uma pessoa, expressos por termos depreciativos variados: "corcunda", "coxo", "estúpido", "idiota" etc. A veracidade do termo pejorativo imputado não elide o caráter injurioso que foi desejado pelo ofensor. Isso ocorre, v. g., quando alguém é chamado, de modo humilhante ou depreciativo, pelo defeito físico que traz consigo.

Interessante notar que, para efeito de consumação dos delitos de calúnia e difamação, necessário é que o fato imputado chegue ao conhecimento de terceira pessoa, enquanto, para a injúria consumir-se, basta o conhecimento do ofendido. E não poderia ser diferente, pois, na calúnia e na difamação, o bem jurídico que se procura tutelar é a honra objetiva, projeção da honorabilidade do indivíduo no meio social, ao passo que, na injúria, quer-se proteger a honra subjetiva, valor introspectivo da pessoa.

De acordo com a estrutura que a lei penal lhe dispensa, a calúnia, a difamação e a injúria só podem ocorrer na forma *dolosa*, na qual é manifesta a vontade do agente em concretizar as características objetivas do tipo. Inexiste, pois, a modalidade culposa de tais delitos no âmbito penal. Contudo, na esfera civil, que é independente da penal (art. 1525, Código Civil), é imaginável a ocorrência de ilícito contra a honra na forma *culposa*, por força do amplo conceito constante do art. 159 do estatuto civil.

<sup>(9)</sup> *Difamação (Direito Penal)*, em "Enciclopédia Saraiva do Direito", v. 25, p. 24.

<sup>(10)</sup> *Comentários ao código penal*, 1955, 3ª ed., v. 6, p.81.



## 6) A honra na esfera civil

É inconcusso que a proteção dispensada pelo Direito Penal à honra, através da clássica tríade calúnia-difamação-injúria, serviu, e continua a servir, como poderoso adjutório na visualização dos reflexos civis que um atentado àquele bem pode ocasionar. Mas, dessa constatação, não se pode inferir que o conceito de honra na esfera civil esteja indefectivelmente ligado ao desenho que é dado pelo Direito Penal, a ponto de não se admitir efeito civil algum se não houver o reconhecimento do correspondente ilícito penal. Pontes de Miranda assim traça seu raciocínio quanto à questão: "Onde há crime contra a honra, há ação civil; mas pode existir essa sem aquele, isto é, haver ação de condenação específica, ainda com a reintegração, e a de indenização, tendo havido absolvição do crime contra a honra". Relativamente à calúnia, o magistral mestre palmilha o mesmo caminho: "A calúnia tem, em direito constitucional e civil, extensão maior do que em direito penal; não é preciso que o ato ou omissão que se atribui, ou o fato, seja crime, que o CP definiu"<sup>(11)</sup>. Portanto, é crível afirmar que todo ilícito penal contra a honra também é ilícito civil, mas nem todo ilícito civil dessa ordem é crime.

Dessa forma, podem ser idealizados conceitos civis de calúnia, injúria e difamação, que se abeberam nos componentes legados pelo Direito Penal, mas que não se vinculam ao seu reconhecimento judicial na órbita criminal.

## 7) O estado atual da teoria

Em se tratando de pessoa física, a honra subjetiva e a honra objetiva são conceitos que não se dissociam totalmente. Para Aparecida I. Amarante, "a bipartição da honra nos dois aspectos, objetivo e subjetivo, apresenta-se mais didática, possibilitando delinear o conteúdo deste direito, porém não oferece um critério objetivo para sua conceituação do ponto de vista jurídico, vez que, quando ocorre a lesão a qualquer dos dois aspectos, o prejuízo reflete-se na pessoa mesmo, ficando difícil isolar-se um do outro". Afirma ainda a autora que "se há ofensa à reputação ou ao bom nome atinge-se, no mais das vezes, a auto-valorização ou auto-estima"<sup>(12)</sup>. Na mesma senda Carlos Alberto Bittar conclui que o atentado que atingiu a honra subjetiva pode também alcançar a honra objetiva do lesado, malgrado esse fato não ser essencial para a configuração, no âmbito civil, da injúria<sup>(13)</sup>. Desse modo, é difícil imaginar que um epíteto ofensivo à honra objetiva de uma pessoa física, como "ladrão" ou "estelionatário", não vá repercutir em seu universo psicológico. Afinal, ninguém aprecia ser ofendido em seu íntimo.

(11) *Tratado de direito privado*, 1954, v. 7, p. 45.

(12) *O. cit.*, p. 58.

(13) *Os direitos da personalidade*, p. 132.

Não é errôneo afirmar que o conceito de honra objetiva, em sua pureza, aplica-se plenamente à pessoa jurídica, ao passo que quanto à pessoa física recebe matizes subjetivos. Por outras palavras, um ataque à honra objetiva de pessoa física embute, até por presunção, uma ofensa à sua honra subjetiva, já que se reflete no seu complexo valorativo e psíquico. O contrário, porém, não é verdadeiro: a violação à honra subjetiva não significa necessariamente que também tenha sido maculada a honra objetiva, pois a violação dessa depende de repercussão no meio social.

Ademais, a circunstância de a honra subjetiva de uma pessoa física ser atingida por ricochete da ofensa à honra objetiva deverá ser levada em consideração pelo magistrado na quantificação do dano moral correspondente.

Com arrimo na dicotomia honra objetiva-honra subjetiva, em sua obra *Os direitos da personalidade*, Carlos Alberto Bittar traçou o desenho de dois direitos distintos: o *direito à honra* e o *direito ao respeito*.

Em relação ao primeiro, afirma o civilista que o seu reconhecimento "prende-se à necessidade de defesa da reputação da pessoa (honra objetiva), compreendendo o bom nome e a fama de que desfruta no seio da coletividade, enfim, a estima que a cerca nos seus ambientes familiar, profissional, comercial ou outro". "Alcança" ainda consoante suas palavras, "também o sentimento pessoal de estima, ou a consciência da própria dignidade (honra subjetiva), de que separamos, no entanto, os conceitos de dignidade e de decoro, que integram, em nosso entender, o direito ao respeito, ou seja, modalidade especial de direito da personalidade apartada do âmbito geral da honra (que, na doutrina, vem, em geral, contemplada no mesmo conjunto)"<sup>(14)</sup>.

O *direito ao respeito* "destaca-se do plano geral da honra, frente ao âmbito mais restrito de seu alcance, colhendo apenas a pessoa em si mesma (e não diante de terceiros)". Nele "o bem jurídico protegido é o conceito pessoal (complexo valorativo individual), compreendendo, como vimos, a dignidade (sentimento das próprias qualidades morais) e o decoro (consciência da própria respeitabilidade social)", sendo que "a ofensa é endereçada diretamente à pessoa (o ser em seu círculo pessoal), refletindo-se apenas no ofendido, que sofre diminuição pessoal, constrangimento ou depressão (com as consequências próprias)"<sup>(15)</sup>.

Assim, um ato atentatório pode atingir, concomitantemente, dois direitos, à honra e ao respeito, violando, respectivamente, a honra objetiva e subjetiva e gerando, pois, reparação a esses dois títulos.

(14) Pág. 125.

(15) Pág. 132.

Por último, ressalte-se a aparente contraposição do direito à honra a outro direito próprio em sociedades sob a égide do Direito, qual seja, o direito à livre manifestação do pensamento. A Constituição de 1988 garante, em seu art. 5º, IV, que "é livre a manifestação de pensamento, vedado o anonimato" e, mais adiante (art. 220), dispõe que a manifestação do pensamento, sob qualquer forma, processo ou veiculação, não sofrerá qualquer restrição, observado o disposto na Carta Magna, vedada qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística.

Uma solução afigura-se razoável sem se postergar um direito nem outro, ambos, aliás, consagrados constitucionalmente<sup>(16)</sup>: o direito à livre manifestação do pensamento pode ser exercido plenamente na medida em que não fira o direito à honra alheia. Esse último, na condição de direito de personalidade, faz por merecer tutela prioritária. O próprio texto da Carta Magna endossa essa hermenêutica quando determina, no § 1º do art. 220, que nenhuma lei conterà preceito que possa construir embaraço a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o estatuído no art. 5º, V e X, entre outros incisos; por outras palavras, o dispositivo recomenda, a par do amplo exercício da liberdade de informação, a observância dos direitos da personalidade enunciados naqueles incisos, quais sejam, o direito à intimidade (e à vida privada), à imagem e à honra.

## II - A tutela da honra no direito brasileiro

### 1) A tutela alcançada na área individual

A honra individual beneficia-se da existência de instrumentos tutelares decorrentes das esferas penal, civil e administrativa, aplicados separadamente ou de forma cumulativa, conforme o caso.

Na esfera administrativa, a tutela condiciona-se à sua previsão nos regulamentos das atividades praticadas ou das profissões exercidas, de modo que a empresa ou o profissional podem estar envolvidos, como agente lesivo ou lesionado, em questão atinente à honra, em geral, objetiva.

Já se viu que, no campo de defesa da honra, a tutela penal é concedida por meio da subsunção da prática delituosa a um dos componentes da modelar tricotomia normativa calúnia-difamação-injúria. Resta, ainda, uma perquirição sobre as sanções dimanantes da ocorrência desses crimes.

No Código Penal, a pena privativa de liberdade para a calúnia é de detenção de 6 meses a 2 anos (art. 138); para a difamação, de 3 meses a 1 ano (art. 139); e, para a injúria, de 1 a 6 meses (art. 140). Penas idênticas encontram-se, para cada um desses crimes, no Código Eleitoral, respectivamente nos arts.

<sup>(16)</sup> Quanto à honra, obteve-se um significativo progresso legislativo ao ser ela apartada do direito à imagem (art. 5º, V e X), já que se trata de direitos diversos.

324, 325, e 326 (ressalve-se, aqui, que, para a injúria, foi estabelecido limite máximo - de 6 meses - porém, não se fixou o mínimo, como ocorreu na capitulação constante do diploma penal comum). Para enquadramento na referida lei especial é mister que a calúnia, a difamação, ou a injúria tenham sido veiculadas em propaganda eleitoral.

Na Lei de Imprensa, a calúnia é apenada com detenção de 6 meses a 3 anos; a difamação, de 3 a 18 meses; e a injúria, de 1 mês a 1 ano. Percebe-se, de plano, que essas penas são muito mais severas que as cominadas no Código Penal (e, por extensão, no Código Eleitoral), talvez porque o legislador tivesse ponderado que qualquer daquelas ofensas, assacada através de um meio de imprensa de alargada penetração popular, poderia causar um dano muito mais veemente à honra alheia.

Importante constatação se extrai do cotejamento dessas penas: as mais severas foram cominadas à calúnia e à difamação, nessa ordem, cabendo à injúria pena mais benigna. Como os tipos penais da calúnia e da difamação se prestam a tutelar a honra objetiva da pessoa e a injúria, a sua honra subjetiva, não se pode inferir a conclusão de que o legislador quis dispensar à honra objetiva uma proteção mais robusta, já que um atentado que a macule se projeta no meio circundante.

Ademais, concluiu-se alhures que o fato de a honra subjetiva de uma pessoa física ser atingida por ricochete da ofensa à sua honra objetiva há de ser levado em conta pelo magistrado na tarefa de quantificar o dano moral havido em sede de responsabilidade civil. Entretanto, essa ilação não pode ser transportada para o campo penal a ponto de admitir que, em ocorrendo calúnia ou difamação contra a pessoa física, verificar-se-á necessariamente concurso formal com o delito de injúria por atentado concomitante às duas modalidades de honra. Para que haja a caracterização de mais de um crime contra a honra, deve haver estrita verificação dos tipos normativos correspondentes. Por outras palavras, os conceitos de reputação (quanto à difamação) e de dignidade e decoro (quanto à injúria) têm de ser apurados ao lume das construções doutrinárias e jurisprudenciais erijidas. O abalo psicológico que sofre a pessoa ofendida em sua honra objetiva, o qual repercute na determinação do dano na esfera civil, pode não se enquadrar nas molduras penais da dignidade e do decoro. Esse abalo, contudo, terá na órbita penal reflexo na dosimetria da pena.

No campo civil, a proteção à honra individual encontra na *técnica de reparação* sua pedra basilar, tendo-se em conta o seguinte ensinamento: "A linha básica das respostas que, no âmbito civil, o ordenamento jurídico confere as violações situa-se no *sancionamento eficaz*, no plano da *teoria da responsabilidade, dos ilícitos perpetrados*"(...), impondo-se aos agentes "o pagamento de indenizações por danos morais e patrimoniais suportados pelo

lesado, de um lado, como compensação pela infringência de valores pessoais e, de outro, como recomposição patrimonial pelos prejuízos havidos nesse nível"<sup>17</sup>.

## 2) A tutela preventiva

O ordenamento jurídico deve outorgar a mais ampla tutela possível à pessoa a fim de possibilitar-lhe a incolumidade dos direitos insitos à sua personalidade. E, evidentemente, o direito à honra está aí compreendido. Se algum desses direitos foi violado, sua integridade há de ser restaurada através de instrumentos repressivos à ação violada. Entrementes, não se obnubila a perspectiva de uma proteção preventiva, antecipatória, se o direito à honra está sob ameaça ou na iminência de ser maculado. Tem-se, então, a possibilidade de ser acionada uma tutela *a priori*, com respaldo do diploma processual civil.

Fábio Maria da Mattia pugna a idéia de que a proteção dos direitos da personalidade, afóra da ação de ressarcimento, deve ser levada à consecução por medidas cautelares com o condão de suspender os atos lesivos, sendo que a ação principal, posposta à cautelar, teria como *petitum* a declaração de existência ou não do direito em discussão e eventual condenação por perdas e danos<sup>18</sup>. Outrossim, a Carta Magna descerra um caminho praticamente infundável na defesa dos direitos da personalidade ao assegurar, em seu art. 5º, inc. XXXV, o princípio da inafastabilidade ou da proteção judiciária ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito").

São requisitos de todos os procedimentos cautelares o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

O *fumus boni iuris* traz, em seu bojo, o princípio da proporcionalidade, segundo o qual deve o magistrado sopesar os interesses ou direitos em jogo para estipular, do modo mais seguro possível, a linha divisória entre os dois direitos que se antagonizam e a pertinência de sacrificar-se um em benefício do outro, sendo ambos merecedores do amparo legal (é o caso, por exemplo, do direito de um jornalista de informar sobre a vida de certa pessoa e formular juízos valorativos acerca de suas condutas e posições, e, no lado oposto, do direito sobre quem se fala de ver a sua honra preservada). Assim, na avaliação dos pedidos liminares, os princípios da probabilidade e da proporcionalidade devem ser conjugados para compatibilizar os elementos componentes do binômio celeridade (da medida) - certeza (do direito invocado).

Tanto as ações cautelares nominadas como as inominadas podem ser utilizadas na defesa do direito à honra. Assim, v.g., a ação de exibição (arts. 844 e s., CPC) ajuizada a fim de que seja apresentada fita de programa de TV ou

<sup>17</sup> Carlos Alberto Bittar, *Danos morais: cálculo da indenização por violações à imagem e ao nome da pessoa notória*, em JTACSP, nº 121, p. 9.

<sup>18</sup> *Direitos da personalidade: aspectos gerais*, em Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, 1978, v. 3, p. 50.

rádio gravado mas ainda não transmitido, sobre o qual haja fundadas suspeitas de que contenha ataques à honra alheia.

É importante frisar que o exercício da tutela preventiva do direito à honra não conduz à forma alguma de censura, nem *prévia* (impeditiva da divulgação da matéria), nem *posterior* (exercida depois da impressão, mas antes da publicação, que obsta a circulação do veículo impresso), porque, como já se disse, com base no texto constitucional (art. 220, § 1º), qualquer manifestação do pensamento deve respeitar, entre outros direitos da personalidade, o da honra que todos os indivíduos possuem.

## 3) A tutela repressiva

A violação perpetrada à honra alheia acarreta, como qualquer ato ilícito, a produção de um dano à órbita da pessoa. Dano é a "lesão, ou redução patrimonial, sofrida pelo ofendido, em seu conjunto de valores protegidos no Direito, seja quanto à sua própria pessoa - moral ou fisicamente - seja quanto a seus bens ou a seus direitos", ou, por outras palavras, é "a perda, ou a diminuição, total ou parcial, de elemento, ou de expressão, componente de sua estrutura de bens psíquicos, físicos, morais ou materiais".<sup>19</sup>

Em face do dano à honra ocasionado por ato ilícito, é instado o ordenamento jurídico a dar uma resposta pronta e eficaz a fim de restabelecer a normalidade da situação patrimonial e moral do indivíduo vitimado, e ainda submeter o agente lesivo a uma sanção pelo mal que cometeu e como desestímulo a práticas nocivas futuras. O ordenamento, portanto, reage para atender a esse propósito através de instrumentos de tutela repressiva colocados à disposição do ofendido, em diferentes níveis (penal, civil e, às vezes, administrativo). Essa tutela é, assim, *a posteriori*.

Quanto à tutela civil, alguns mecanismos protetórios assumem especial relevo.

A reparação pecuniária ou ressarcimento coloca-se como a atribuição de uma soma de dinheiro a fim de atender aos interesses da vítima, abalados, em menor ou maior grau, pela ofensa. Constatados, no âmbito da ação e consequente relação processual, o ato lesivo à honra, o dano ocorrido e o liame existente entre eles (nexo causal), torna-se certo o direito ao ressarcimento, restando, então, determiná-lo, quantificá-lo, através de critérios estimativos.

A *retratação* (ato de desdizer-se, retirar o que disse), oriunda do plano penal, posta-se também como outra forma civil de tutela, porquanto a pessoa, atingida em sua honra, pode se dar por satisfeita quando o ofensor a formule de modo espontâneo e oportuno. A retratação expressa, pois, uma

<sup>19</sup> Carlos Alberto Bittar, *Responsabilidade civil: teoria e prática*, p. 8.

reposição *in natura*. Destarte, sua publicação ou divulgação está explicitamente prevista na Lei de imprensa (art. 26, §2º, *a e b*).

O exercício do *direito de resposta* ou *retificação*, previsto nos arts. 29 e ss. da Lei de Imprensa, é cabível quando uma pessoa, física ou jurídica, é acusada ou ofendida em publicação feita em jornal ou outra publicação periódica, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou errôneo.

A *publicação de sentença condenatória* decorrente do processo de crime contra a honra não deixa de ser outra forma específica de reparação, como também a *publicação das explicações*.

É perfeitamente factível que, além da ação de ressarcimento (por danos material e moral), outras formas de tutela ao direito à honra já violado (a retratação - e a sua publicação-, o direito de resposta, publicação da sentença condenatória penal ou civil, publicação das explicações) sejam empregadas simultaneamente a fim de repará-lo da melhor maneira possível. O uso de uma não exclui o de outra<sup>20</sup>. A única exceção a essa regra advém da Lei de Imprensa, que veda o exercício do direito de resposta se já iniciada a ação penal ou civil (art. 29, § 3º). No mais, qualquer acumulação de medidas é admissível, com eventual reflexo na quantificação do dano moral<sup>21</sup>.

#### 4) Orientações básicas quanto a pessoas notórias

Torna-se natural o fato de uma pessoa que desponta, pela sua competência, habilidade física ou intelectual, ou ainda qualificação moral, na atividade ou função que exerce, granjear para si um alto grau de fama ou notoriedade no meio a que pertence. Isso conduz inexoravelmente a uma maior exposição de suas características peculiares, atitudes e posicionamentos, além de aspectos de sua vida íntima, em face dos demais membros de sua comunidade, entendida essa da maneira mais ampla possível, uma vez que, de acordo com a projeção conquistada, poderia a pessoa transformar-se numa *figura pública* em termos regionais, nacionais ou até internacionais. Evidentemente, tendo sido a referida exposição um ato voluntário, terá ela de suportar certos ônus que não pesam sobre uma figura privada ou anônima. Mesmo assim, não poderá permitir a ordem jurídica que se crie um espaço irrestrito, sujeito a constantes e indevidas intromissões que comprometam a higidez do complexo de direitos ínsitos da pessoa notória. Há de tolerar a figura pública ingerências externas muito mais do que toleraria uma pessoa comum, mas até o ponto em que não represente uma

<sup>20</sup> O próprio texto constitucional agasalha esse entendimento em seu art. 5º, inc. V: "é assegurado o direito de resposta, proporcionalmente ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem".

<sup>21</sup> Assim, por exemplo, se efetuada oportunamente a retratação, o valor da indenização há de ser menor do que seria se ela não houvesse ocorrido.

violação ocasionadora de dano irreparável ou de difícil reparação à sua personalidade.

Nesse contexto de publicação ou divulgação de informes e impressões críticas atinentes a pessoas notórias, seus comportamentos, atitudes e modo de vida, vem à tona o papel que a imprensa tem desempenhado. Nos Estados Unidos da América nota Sarah H. Arnholz: "Public trust in the press has deteriorated in recent years and is one factor that has contributed to a decline in the media's reputation"<sup>22</sup>. Paulo José da Costa Júnior afirma com propriedade: "Entre o *regular exercício de direito* está a liberdade de imprensa, que poderá divulgar fato nocivo à reputação desde que se faça no *interesse público*"<sup>23</sup>. Esse exercício, porém, jamais poderá transmutar-se em *abuso de direito*, sob pena de o agente vir a ser responsabilizado civil e/ou criminalmente.

#### 5) Diretrizes quanto a pessoas não notórias

Uma pessoa não notória não está imune de ataques à sua honra. E, ao contrário da pessoa notória, a figura privada, pelo fato de não estar predisposta à exposição pública, apresenta uma maior chance de sentir, mais rápida e profundamente, qualquer ultraje que lhe seja dirigido.

Para Giovanni Bonilini, as probabilidades de um sujeito não se afetar, de modo mínimo, pelo menos, com o choque da ofensa que lhe é irrogada são infinitamente remotas no nível estatístico em que o Direito opera. Reflexos do ato lesivo são encontráveis na maioria dos indivíduos, surgindo, assim, uma mera presunção que é perfeitamente idônea, de per se, a constituir o meio probatório suficiente para justificar o pleito ressarcitório formulado<sup>24</sup>.

Outrossim, deve ainda ser considerada a hipótese de uma pessoa celebrar-se em certo meio restrito (acadêmico, profissional, filantrópico, etc.), mas ser desconhecida do grande público.

Cabe ao magistrado, ao abalizar as situações, conferir-lhes um tratamento materialmente isonômico. Sua apreciação sobre determinada ofensa à pessoa notória flexibiliza-se diante do limitado âmbito privado de que ela dispõe. Por outro lado, tal apreciação assume contornos mais rigorosos em se tratando de pessoa não notória. Desse modo, torna-se menos complexa a caracterização de delito civil e/ou penal à honra de figura privada. Mas não se olvide que o fato de carência de projeção, ou de projeção extremamente reduzida, da pessoa não notória no meio social repercutirá na quantificação do montante indenizatório.

<sup>22</sup> *Masson v. The New Yorker Magazine: the question of quotations*, em "New York Review", 1990, v. 65, pp. 1581/1582.

<sup>23</sup> *Comentários ao código penal*, 1987, v. I, p. 206 (grifos nossos). O interesse público está, aliás, expressamente declarado na Lei de Imprensa (art. 49, §1º).

<sup>24</sup> *Il danno non patrimoniale*, p.171.

## 6) A situação *post mortem*

A honra da pessoa morta não deixa de receber amparo do ordenamento jurídico, tanto na área penal como civil.

No Código Penal, está apenas tipificada a calúnia contra os mortos (art. 138, § 2º), o que levou Magalhães Noronha a afirmar que "não se compreende haja o Código limitado a incriminação somente à calúnia"<sup>25</sup>. O estatuto penal italiano, por exemplo, pune também a *difamação* e a *injúria* contra pessoa morta. A Lei de Imprensa, com precisão digna de elogio, capitulou as três figuras clássicas, calúnia, difamação e injúria, contra a memória dos mortos (art. 24).

Magalhães Noronha esclarece: "O morto não é sujeito passivo de delito, não se podendo falar em lesão de interesse seu. O que aqui existe é ofensa a *direito de seus parentes* e à própria sociedade"<sup>26</sup>.

Já se falando, no campo civil, da possibilidade de indenização por dano à honra de pessoa morta em benefício de seus herdeiros, é ela plenamente aceita pela grande maioria dos doutrinadores, com poucas vozes dissonantes. Nesse passo, a lição de Mário Moacyr Porto é lapidar: "Na verdade, a dor, o sofrimento, quer físico ou moral, é algo entranhadamente pessoal, pelo que não se pode, razoavelmente, admitir a sua transmissão aos herdeiros. Mas convém não tomar a nuvem por juno. O que é perfeitamente transmissível por direito hereditário é o direito de acionar o responsável pela morte, é a faculdade de perseguir em Juízo o autor do dano, quer material ou moral. (...) Tal direito de ação é de natureza patrimonial e não extrapatrimonial. O herdeiro não sucede no sofrimento da vítima, mas no direito que, incorporado ao seu patrimônio, transmite-se aos seus herdeiros. O sofrimento é personalíssimo, mas o direito de ação, de natureza patrimonial, é de outra natureza e, por isso, compõe a herança transmitida com a abertura da sucessão (art. 1572, do CC)"<sup>27</sup>.

Abraçando o entendimento acima explanado, o nosso Projeto de Código Civil de 1975 consagrou, em dois dispositivos (arts. 12 e 20), quanto a direito da personalidade de pessoa morta, a possibilidade de acionamento de instrumentos tutelares por seus parentes.

No direito posto, aceito o direito dos herdeiros de acionar judicialmente o agente lesivo à memória de pessoa morta como um direito de natureza claramente *patrimonial*, o Código Civil vigente fornece importantes subsídios para uma melhor fundamentação da demanda reparatória (como os arts. 928 e 1526, por ex.), inclusive a adoção, para verificação da legitimidade ativa da ação, da ordem de vocação hereditária estabelecida no art. 1603 c.c. o art. 1612.

<sup>25</sup> Calúnia (*Direito Penal*), em "Enciclopédia Saraiva do Direito", v. 12, p. 494.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 493 (grifo do autor).

<sup>27</sup> *Algumas notas sobre dano moral*, p. 12.

## 7) Resultados possíveis: danos materiais e morais

Um atentado à honra pode gerar danos de duas ordens: material e moral.

Perda de negócios ou de concorrências públicas, demissão de emprego, desestímulo na vida profissional com consequentes perdas patrimoniais são exemplos de efeitos negativos de natureza material decorrentes de ataques à honra alheia e passíveis de prova. Quanto ao dano moral, não se cogita de sua prova, não se exige do lesado fazer demonstração de que, efetivamente, o sofreu. Tem-se, aí, uma presunção absoluta, ou *iuris et de iure*, bastando, para a caracterização do mencionado dano, apenas a demonstração do fato violador que o gerou. Cabe ao magistrado, constatando um mínimo de razoabilidade na produção de efeitos negativos ao complexo psicovalorativo da pessoa que se julga ofendida e espancando, assim, qualquer indício de suscetibilidade exagerada da parte dessa, aplicar a referida presunção, dispensando-a, então, de produzir provas da dor que alega padecer em seu âmago. Destarte, a reparação *pecuniária* do dano moral traz os componentes de compensação, tanto à pessoa física como à jurídica, pelos transtornos sofridos, e de desestímulo, ao ofensor, de novas práticas abusivas do mesmo gênero.

### III) Nota conclusiva

O *punctum saliens* do tema aqui versado, além de tentar esclarecer e, quando possível, precisar os múltiplos aspectos do direito à honra, é o de enunciar a regra da aplicação de uma tutela ensanchada pelos instrumentos de que dispõe e prestadia pelos efeitos que proporciona, diante da perspectiva de ser aquele direito ameaçado ou violado.

Afinal, o Estado que não reconhece, e muito menos protege, os direitos da personalidade dos seus cidadãos, está fadado a ser um arremedo de organização político-social. A lúdima ordem legal não pode lançar ao desamparo a pessoa que dela se socorre para manter íntegros os seus direitos, mormente os inatos, pois *Justitia est perpetua et constans voluntas tribuendi cuique juius suum*.

### Bibliografia consultada

- Amarante, Aparecida I. - *Responsabilidade civil por dano à honra*, Belo Horizonte, Del Rey Editora, 1991.
- Arnholz, Sarah H. - *Masson v. the New Yorker Magazine: The question of quotations*, em "New York University Law Review", v. 65, n. 6, 1990, pp. 1566 e ss.

- **Bittar, Carlos Alberto** - *Danos morais: cálculo da indenização por violações à imagem e ao nome da pessoa notória*, em JTACSP, n. 121, pp. 6 e ss.
- *Os direitos da personalidade*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989.
- *Reparação civil por danos morais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- *Responsabilidade civil: teoria e prática*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, 2ª ed.
- **Bonilini, Giovanni** - *Il danno non patrimoniale*, Milano, Dott. A. Guiffè Editore, 1983.
- **Costa Jr., Paulo José da** - *Comentários ao código penal*, São Paulo, Saraiva, 1987, 2ª ed., v. I.
- **Fragoso, Helene Cláudio** - *Lições de direito penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1986, parte especial, v. I, 8ª ed.
- **França, Rubens Limongi** - *Do nome civil das pessoas naturais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1975, 3ª ed.
- *Reparação do dano moral*, em RT 631/29.
- **Hungria, Nelson** - *Comentários ao código penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1955, v. 6.
- **Kazemi-Rached, Ali** - *L'Islam et la réparation du préjudice moral*, Genève, Librairie Droz, 1990.
- **Lima, Domingos Sávio Brandão** - *Injúria grave*, em "Enciclopédia Saraiva do Direito", v. 44, pp. 248 e ss.
- **Mattia, Fábio Maria de** - *Direitos da personalidade: aspectos gerais*, em "Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial", v. 3, pp. 35 e ss.
- **Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes de** - *Tratado de direito privado*, Rio de Janeiro, Editora Borsoi, 1954, v. 7.
- **Noronha, E. Magalhães** - *Calúnia (direito penal)*, em "Enciclopédia Saraiva do Direito", v. 12, pp. 489 e ss.
- *Difamação (direito penal)*, em "Enciclopédia Saraiva do Direito", v. 25, pp. 24 e ss.
- **Pimentel, Iago** - *Noções de Psicologia*, São Paulo, Melhoramentos, 1955, 9ª ed.

- **Porto, Mário Moacyr** - *Algumas notas sobre dano moral*, em "Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial", nº 37, pp. 9 e ss.

## PIRACEMA: A DEMOCRACIA NECESSÁRIA

José Ricardo Ferreira Cunha\*

### I. Introdução

Na trajetória da humanidade, poucas vezes deparamo-nos com tantas transformações profundas como essas vividas em nossa história recente. O furacão representado pela modernidade ainda está longe de atingir a calmaria, e as idéias continuam saraivando nossas vidas de perspectivas. A despeito de ideologias que se pretendam absolutas relegando todas as demais a um limbo intelectual, a história vem se mostrando extremamente desejosa de um dinamismo inconformista que seja capaz de imprimir à humanidade uma coreografia suficiente para conduzir o conjunto da população mundial a um nível de vida satisfatório que abra caminhos para a realização dos propalados ideais modernos de *universalidade, individualidade e autonomia*.<sup>1</sup>

Como afirma Johan Galtung: "*Talvez o ser humano não seja somente o ser social, como alguns sociólogos nos querem fazer crer, mas seja também estar ativamente trabalhando contra essas forças sociais que querem reduzir nossa vida social a um mínimo. Talvez não fôssemos humanos se essa tarefa pudesse ser feita de uma só vez. É, precisamente, a necessidade permanente de lutar que dá à vida humana um significado perene*".<sup>2</sup>

De efeito, da tensão produzida a partir das experiências históricas daquilo que poderíamos denominar de "liberalismo real" e "socialismo real" e de

\* Professor de Filosofia do Direito do Departamento de Direito da Puc-Rio

<sup>1</sup>- Cf. ROUANET, Sergio Paulo. *Mal-Estar na Modernidade*. São Paulo: Cia das Letras, 1993, p.9.

<sup>2</sup>- *Apud* BORDENAVE, Juan E. Díaz. *O que é Participação*. São Paulo. Brasiliense, 1987, p.6.

suas respectivas consequências sócio-políticas, impõe-se a necessidade premente da construção de uma "democracia real". Democracia como alternativa viável para a recuperação de um crescimento humano integralmente concebido, ou seja, uma transformação que aconteça em todas as dimensões da pessoa (social, econômica, política, psicológica, familiar, inter-subjetiva, intelectual, ecológica etc...). Neste sentido, antes de mais nada, vale frisar que concebemos a democracia como *reconhecimento e desejo pelo outro num espaço que possibilita a participação de todos, sem excluídos*. Assim, a democracia torna-se um valor a ser vivenciado em todas as relações, quer sejam macro ou micro relações.

Nesse breve ensaio, nos propomos a tratar da democracia no seu aspecto político, estendendo um olhar sobre suas origens na sociedade antiga, seu desenvolvimento no estado moderno, sua relação com o político e os direitos humanos na sociedade contemporânea e, finalmente, sua configuração numa experiência atual e concreta de democracia participativa.

## II. Breves Notas para a Origem da Democracia

Não obstante a possibilidade de que idéias e práticas ditas democráticas possam remontar a eras das quais não se tenha conhecimento ou registro, é notório que o berço fundamental do estudo do mote democrático, como técnica de arranjo social capaz de promover uma ruptura na organização geral do saber, é a experiência grega clássica vivida, principalmente, na Atenas antiga (fundamentalmente século IV a.C.), chamada "cidade-Estado".

Já num momento de superação da lenda e de aplicação de um caráter sistemático na investigação da história, Heródoto elabora uma classificação teórica dos regimes políticos que posteriormente foi reelaborada por outros pensadores, por tornar-se célebre. Indaga Heródoto o seguinte: o bom regime político é aquele no qual comanda apenas um - *monarquia* - que governa para sua glória e de seus súditos? Ou aquele no qual comanda uma *minoridade* - *oligarquia* - constituída de cidadãos reconhecidos como "superiores" por seu nascimento, sua riqueza, sua competência religiosa ou militar? Ou, ainda, aquele onde comanda a *maioria* - *democracia* - constituída pela população dos camponeses, dos artesãos, dos comerciantes, dos gerreiros?<sup>1</sup> A contribuição valiosa de Atenas foi ter respondido a este questionamento vivenciando o modelo denominado, então, democrático mas reconsiderando suas bases, entendendo-o como "governo de todos os cidadãos, ou governo dos iguais - *isoi*".

Sabemos que a partir do final do século VI a.C. e durante parte do século seguinte, o poder democrático realizou uma série de reformas que estenderam o estatuto de cidadãos plenos à totalidade dos habitantes masculinos

<sup>1</sup> Cf. CHÂTELET, François & DUHUMAL, Olivier & PISIER-KOUCHNER, Évelyne. *História das Idéias Políticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990, p.16.

nascidos atenienses e livres, assegurando-lhes assim a igualdade diante da lei (isonomia) e o acesso às magistraturas. O poder central é exercido pela assembléia popular - *ekklesia* - que reúne todos os cidadãos; é ela que toma as decisões soberanamente, adota decretos, elege os magistrados e outros encarregados por diversas funções especializadas que rompem com o poder totalitário do rei. E faz tudo isso por maioria de seus membros, num processo onde todos os cidadãos têm, igualmente, direito de palavra - *isegoria*.

Decerto, as desigualdades ocorridas no plano social não são apagadas, mas essa organização cívica, que põe o poder na própria cidadania - *ágora* - e recusa que ele seja apanágio de alguém, visa conjurar não somente o aparecimento de um tirano, mas também a instalação de uma casta ou de uma classe separada da sociedade e que se aproprie do poder político. Posteriormente, a guerra vivida contra Esparta irá enfraquecer o regime democrático, até o declínio total no período helênico quando Alexandre o Grande promove a unificação do seu império, esvaziando totalmente o poder político das cidades

Entretanto, esta experiência nem sempre foi bem considerada e a própria idéia de democracia já foi tida nos anais da história como uma corruptela, desvio da boa conduta pública. Esse era o entendimento de Aristóteles ao tratar da questão das formas de governo. Vejamos como trabalha este pensamento no capítulo 7, Livro III do seu *Política*:

*"Como constituição e governo significam a mesma coisa, e o governo é o poder soberano da cidade, é necessário que esse poder soberano seja exercido por um só, por poucos ou por muitos. Quando um só, poucos ou muitos exercem o poder buscando o interesse comum, temos necessariamente as constituições retas; quando o exercem no seu interesse privado, temos desvios... Chamamos reino ao governo monárquico que se propõe a fazer o bem público; aristocracia, ao governo de poucos..., quando tem por finalidade o bem comum; quando a massa governa visando o bem público, temos a política, palavra com que designamos em comum todas as constituições..."*

Continua Aristóteles,

*"As degenerações das formas de governo precedentes são a tirania com respeito ao reino; a oligarquia com relação à aristocracia; e a democracia no que diz respeito à política. Na verdade a tirania é o governo monárquico exercido em favor do monarca; a oligarquia visa ao interesse*



dos ricos; a democracia ao dos pobres. Mas nenhuma dessas formas mira a utilidade comum" (1279 a-b).<sup>4</sup>

Ao argumento de que a democracia ateniense não poderia ser considerada como governo dos pobres, mas de todos, Aristóteles replicava alegando que a condução das assembléias públicas se dava sempre com o domínio dos *sofistas* que por dominarem a arte da retórica faziam, facilmente, valer suas opiniões, descaracterizando, assim, a vontade coletiva.

O valor positivo da democracia na idade antiga será resgatado mais à frente com o historiador grego, naturalizado romano, Políbio (viveu no sec. II a.C.). Este, ao tratar das formas de governo, seguirá a linha adotada por Aristóteles, diferindo, porém, da terceira forma de governo: "A maior parte dos que nos querem dar lições sobre esse ponto falam de três formas de governos constitucionais, chamando a primeira de reino, a segunda de aristocracia e a terceira de democracia... Podemos considerar assim seis espécies de constituições: três são conhecidas de todos - já falamos sobre elas; outras três, derivadas das primeiras, são: a tirania, a oligarquia e a oclocracia."<sup>5</sup>

Notemos que Políbio alça a democracia como forma boa da gestão pública, tendo como a sua correspondente negativa a oclocracia, entendida como governo da plebe ou governo das "massas", pejorativamente concebido.

Após a antiguidade, o avanço do tempo na civilização ocidental em direção à Idade Média irá relegar a planos insignificantes toda essa discussão, ao colocar a teologia e a filosofia patristica e escolástica no centro da questão política, admitindo o poder apenas como vontade e expressão da transcendência religiosa, representado immanentemente pelos representantes da hierarquia da Igreja. Todo o cosmo passa a ser visto a partir desse modelo hierárquico que desce dos céus à terra, formando a seguinte escala de poder: Deus, santos, arcanjos, anjos, papa, bispos, reis, súditos. Evidentemente, nesse modelo teocêntrico ou eclesiocêntrico mediévico, nunca houve espaço para qualquer reflexão acerca da democracia.

Entretanto, o movimento renascentista a partir do século XVI conseguirá romper a tecitura ontológica formada na idade média, promovendo uma nova organização geral do saber e novas técnicas de arranjo social. Das artes à política, passando pela filosofia, nomes como Da Vinci, Maquiavel e Descartes lançaram novas bases de compreensão da relação do homem com o mundo e com outros homens, numa espécie de anúncio da erupção moderna que estava por começar.

<sup>4</sup>- Cf. BOBBIO, Norberto. *A Teoria das Formas de Governo*. 5ª edição, Brasília: UnB, p. 56.

<sup>5</sup>- Ob. cit. p. 66.

### III. Alguns Apontamentos sobre a Democracia no Estado Moderno

A modernidade, marcada historiograficamente pela Revolução Industrial e pela Queda da Bastilha, teve sua acepção de *Estado* gestada inicialmente por Maquiavel, que declara haver somente duas formas de governo: monarquia ou república, estando a segunda associada a aristocracia ou democracia. A grande preocupação de Maquiavel, e outros pensadores modernos, será o problema da *divisão/fragmentação*. A idéia do autor de *O Príncipe* era fortalecer um poder central que fosse capaz de reaglutinar uma Itália totalmente fragmentada e fragilizada ante a investidas externas e internas.

De uma forma geral, podemos dizer que duas grandes antíteses nortearam o pensamento moderno: de um lado, a antítese *liberdade / opressão*; do outro a antítese *unidade / divisão*. Na elaboração teórica dos principais autores do setecentos e oitocentos, inspirados sempre por uma e/ou outra dessas duas antíteses, nem sempre a democracia logrou o espaço necessário para desenvolver-se e consolidar-se como alternativa política viável. Muitas vezes foi até considerada como um perigo ao bem-estar político, desestabilizadora da "boa ordem". Caso típico é o daquele que pode ser considerado, sem dúvida, um dos grandes filósofos políticos da modernidade: Thomas Hobbes. Para este pensador, a segunda antítese sempre foi a questão fundamental da sociedade. Sua obra de maior destaque, *O Leviatã*, demonstra claramente que a idéia de uma democracia nunca fez parte de seu repertório de preocupações.

Hobbes, que viveu atormentado pela guerra civil que presenciou, estabeleceu como ponto nevrálgico de sua elaboração política a impreterível indivisibilidade do poder soberano estatal. Entendia que a *segurança* necessária ao convívio humano somente poderia ser garantida por um poder soberano e indivisível, não sujeito à vontade coletiva. Para que isso se viabilizasse, Hobbes inaugura a categoria do contrato social, sugerindo que este Estado soberano e intocável teria sido criado e legitimado por um pacto hipotético entre todos os indivíduos. Neste acordo de vontades todos os direitos individuais teriam sido transferidos a um terceiro: o Estado-Soberano. Com a sua criação desaparece o *estado de natureza* para dar lugar à *sociedade política*, esta regulada pelo poder central emanador de todas as leis positivas de vinculação geral e obrigatória e responsável por garantir a vida de todos os indivíduos.

Percebe-se, assim, que não faz parte do sistema político hobbesiano as questões pertinentes de uma teoria ou prática da democracia, ao contrário esta seria sempre uma contradição perigosa às suas pretensões político-sociais. Em relação às formas de governo, propriamente ditas, Hobbes mostrou-se explicitamente favorável à Monarquia (evidentemente), por considerá-la mais estável. Contudo, apesar das categorias científicas da metodologia de Hobbes terem influenciado profundamente a ciência política moderna,<sup>6</sup> suas idéias não

<sup>6</sup>- Hobbes foi, sem dúvida, o primeiro autor da filosofia política moderna a adotar categorias ditas

lograram êxito, na medida que a antítese mais enfatizada pelos demais autores foi a primeira, qual seja *liberdade / opressão*.

Assim, os pensadores que se seguiram caminharam, em sua grande maioria, para um sentido oposto, fortalecendo uma teoria da *divisão dos poderes do Estado*. Este foi o processo histórico ocorrido, sobretudo, na Inglaterra do século XVIII, na França do século XIX e nos Estados Unidos da América com a independência de 1776. Todavia, é interessante notarmos que o processo de controle do Estado, via separação de poderes e luta pelas liberdades individuais em detrimento ao poder estatal, não se traduziu, necessariamente, numa implementação concreta dos ideais da democracia, uma vez que a possibilidade de *participação* foi concebida de forma restrita.

Três grandes autores que marcaram o pensamento moderno caracterizam bem o elitismo político de uma certa proposição do *século das luzes*... John Locke e Benjamin Constant, em momentos e lugares diferentes, foram unívocos ao considerar a *propriedade* como condição indispensável ao exercício da cidadania. A justificativa era a mesma: o *ócio*; ou seja, a ociosidade proporcionaria ao proprietário as circunstâncias necessárias para se dedicar ao conhecimento dos elementos imprescindíveis ao exercício político. Um trecho dos *Princípios Políticos Constitucionais*, de Benjamin Constant, exemplifica bem o afirmado: "*Somente a propriedade assegura o ócio necessário à capacitação do homem para o exercício dos direitos políticos.*"<sup>7</sup> O terceiro autor a caracterizar um certo elitismo político da modernidade é Emmanuel Joseph Sieyès. Este foi o precursor da teoria constitucional moderna. Sieyès trabalha basicamente com a categoria da representação e adota uma classificação de *cidadania ativa* e *cidadania passiva*. O detalhe essencial é que, segundo essa teoria, mesmo os "cidadãos passivos" estarão representados por aqueles que exercem ativamente seus direitos políticos, uma vez que a representação será sempre da *nação*, categoria abstrata e totalizante que engloba e massifica todas as pessoas, desprezando todas as contradições nos planos social, econômico e cultural.

Se por um lado a consolidação do *Estado de Direito* representa um avanço na prática democrática, por outro é certo que o caminho adotado na sua construção, paradoxalmente, nem sempre privilegiou a democracia. Talvez duas exceções, quase isoladas, deste pensamento predominante tenham sido Toqueville e Rousseau. O primeiro empenhou grandes esforços no estudo da recente democracia norte-americana - então em construção - e do individualismo liberal, além de desferir severas críticas contra o fracasso social da revolução

científicas no seu método de trabalho. O *racionalismo*, *empirismo*, *mecanicismo* e *individualismo* são exemplos típicos dessas categorias que futuramente iriam ser consagradas como métodos de pesquisa e ciência positiva. O próprio Hobbes tinha essa noção, tanto que afirmou que a verdadeira "ciência política" começou a partir dele.

<sup>7</sup> Cf. CONSTANT, Benjamin. *Princípios Políticos Constitucionais*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Liber Juris, p. 118.

francesa. Por sua vez, J.J. Rousseau, embora seguindo a linha *contratualista*, diverge dos contratualistas anteriores - Hobbes e Locke - por afirmar um processo entendido como democrático-popular na elaboração de todas as normas de conduta social, a Lei. Para Rousseau, a Lei deve ser, indefectivelmente, a *vontade geral* da população; vontade geral que não se confunde com a vontade da maioria, pois diferentemente desta, aquela leva em conta o posicionamento de todos os cidadãos, numa equação das diferenças entre os mais e menos que se auto-compensam.

Ironicamente, a crítica mais contundente feita a Rousseau (justamente por Benjamin Constant) foi, exatamente, a de ser anti-democrático. Não pelo modo que concebia a vontade geral, mas por afirmar que ante a sua soberania nenhuma vontade particular poderia vingar.

De qualquer forma, é certo que as bases do pensamento político moderno, entre Bodin e Bossuet, Hobbes e Rousseau, Maquiavel e Montesquieu, Locke e Marx, reservaram um lugar de tensão ambígua à democracia, geralmente negando-lhe algum destaque que lhe desse valor autônomo. Ao contrário, quase sempre foi instrumentalizada a serviço de outras idéias ou ideologias. A consequência disso no pensamento político contemporâneo (ocidental, naturalmente) nos parece séria, e identificada no fato de termos uma significativa redução do estatuto próprio da democracia à questões meramente formais e procedimentais, esvaziando-a de sua dimensão ôntica. É o que tentaremos trabalhar a seguir.

#### IV. Reflexões sobre a Democracia e o Político, nos Rastros da Subjetividade

Tomaremos como pressuposto desta reflexão a afirmação de Claude Lefort de que o espaço da realização da democracia como práxis da liberdade é o *político*.<sup>8</sup> Todavia o ponto de partida para o entendimento do político é o próprio ser humano, assim faz-se mister a compreensão da sua gênese e relação com o mundo. Para tanto, iniciaremos com uma breve consideração acerca de um ensaio de Manfredo de Oliveira<sup>9</sup>, a fim de nos auxiliar no direcionamento do caminho que estamos adotando.

O ser do homem é *ontocriativo*, isto é, o homem experimenta sua própria realidade como tarefa a ser executada por ele mesmo, em determinado mundo, com outros homens. No homem se rompe o vínculo necessário entre estímulo e a resposta: ele é, nesse sentido, um ser *indeterminado*, manifestando-se, em princípio, aberto a todo e qualquer estímulo, portanto livre de um horizonte limitado. Assim, o homem é o ser da possibilidade, da tarefa, consistindo, justamente nisso, a grande chance do ser humano: seu ser não é

<sup>8</sup> Idéia sintetizada no seu texto *Pensando o Político: Ensaio sobre Democracia, Revolução e Liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

<sup>9</sup> Cf. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e Racionalidade Moderna*. São Paulo: Loyola, 1993.

imediate, não é pronto, mas constitutivamente automediação, ontogênese. O homem experimenta-se como algo que tem de se construir a si mesmo, determinar-se, determinar seu mundo e seu tempo, fazer surgir tempo e mundo como significação. Por essa razão mesma, o homem não é um ser natural, simplesmente produzido pelo processo evolutivo, mas, enquanto automediação, é essencialmente ser histórico: ele se sabe a si mesmo como, em primeiro lugar, programa, tarefa infinita - a tarefa de construção de si mesmo e de seu mundo. A história se manifesta, pois, como processo no qual o homem se cria a si mesmo, distinguindo-se do não-humano, e se autodetermina como tal. Nesse sentido, o homem começa a emergir como sujeito prático-teórico do mundo: ele age sobre o mundo, e, a partir dessa práxis, o mundo se lhe revela de determinado modo. O homem se manifesta, assim, orientado para o mundo, enquanto ser situado no aqui e agora, e, ao mesmo tempo, em relação a todos os mundos possíveis, em virtude de sua abertura ilimitada, que manifesta-se pelo fato de o homem poder, em princípio, perguntar por esse mundo, criticá-lo, pô-lo em questão, ou seja, afirmar-se a si como sujeito autoconsciente diante do mundo objetivo.

Com efeito, a automediação do homem enquanto ser ontocriativo constitui-se através do processo de reconhecimento da outra liberdade enquanto tal, ou seja, enquanto realidade não-manipulável. A partir daqui, o homem, enquanto autoconsciência que se impõe ao mundo, descobre que não tem sua verdade simplesmente em si como realidade individual, já que esta, enquanto liberdade, é mediada pelo reconhecimento da outra liberdade. A liberdade não é, por isso, a qualidade de um sujeito individual, pois só emerge no comércio das liberdades, no processo de comunicação das liberdades entre si, na medida que elas se reconhecem reciprocamente.

Se reconhecemos que o homem é, portanto, o sujeito da sua própria realidade, condicionada e condicionante dele mesmo, numa relação de interação dialógica que se constitui criativamente no reconhecimento da intersubjetividade e da liberdade comum, a pergunta fundamental que se perfaz será: *qual o instrumento político da construção ontológica humana?*

Em nosso vêr, a democracia.

Democracia como medida da realização daquilo que é incessantemente realizável: a própria gênese humana. Neste sentido nos reencontramos com o trabalho de Claude Lefort que afirma a democracia como espaço da incerteza, não do constituído, mas do constituinte. Logo, o grande obstáculo dessa realização libertária será a existência de qualquer totalitarismo. Mas como bem nos lembra Lefort, o totalitarismo não é um fenômeno circunscrito a sistemas políticos, quer de esquerda ou de direita, é, antes, uma relação intrínseca de poder. Para Lefort, o fenômeno contemporâneo da manifestação do totalitarismo dá-se pela unificação num único eixo, mormente o Estado, de poder, saber e lei. Dessa forma o conhecimento dos fins últimos da

sociedade e das normas que regem as relações sociais estariam submetidos a um mesmo eixo comum de poder hipertrofiado e totalizante. Como consequência temos a apresentação do real não como fruto de relações historicamente construídas pelo homem, mas sim como conjunto de condições positivamente postas anteriores à ação humana. O resultado será o esvaziamento atrofante da capacidade criativa do homem: totalitarismo.

Em contraposição ao totalitarismo, Claude Lefort reforça a necessidade de investimento na democracia, lembrando Tocqueville para definir a democracia moderna como a capacidade de incorporar conflitos. Ou seja, nada mais propício para possibilitar a dimensão ontocriativa da pessoa na construção de sua realidade. Nessa perspectiva, somente a democracia será capaz de propiciar a realização humana, justamente por ser "ingovernável", rompendo com a concepção monolítica e, não raro, opressora de *ordem social*. A pretensão não é a *desordem*, mas, antes, a incerteza, capaz de refazer o indivíduo livre para pensar, julgar e opinar, reencontrando-se, assim, com sua própria identidade, mesmo que esta esteja em contínua mutação.

Destarte, abre-se o espaço indubitável para a realização certa dos *direitos fundamentais* da pessoa, que somente no jogo democrático pode se comprazer, por ser este o único capaz de corresponder às vicissitudes profundamente dinâmicas do devir humano.

## V. O Elogio da Criatividade e os Direitos Humanos

A gênese da idéia de Direitos Humanos repousa na aceção da existência de um *Direito Natural* anterior ao homem e responsável pela sua sociabilidade, numa palavra, convivência. Nesse sentido sua origem é antiga, remontando mesmo a Aristóteles, quando afirmava ser o homem um *animal político*, diferenciado dos demais por viver na *pólis*, submetido a esta ordem racional de convivência. Para Aristóteles, a fonte fundamental desse ordenamento, que ele descreve na sua *Política*, é o próprio *kosmos* que estabelece no seu ordenamento o que é *justo por natureza*. Assim, associa-se inexoravelmente à idéia de ordenamento natural a aceção de justiça, tendo nesse campo, sem dúvida nenhuma, forte influência de Platão.

Do ponto de vista daquilo que poderíamos chamar de uma filosofia política emergente, Platão desenvolve seu trabalho, em especial nos diálogos *A República* e *As Leis*, não a partir da descrição objetiva dos fenômenos políticos, mas como estudo normativo dos princípios teóricos do governo dos homens. Logo, coloca o tratamento da justiça como virtude fundamentada numa essência - eidos - ou idéia universal. De efeito, a justiça vai se constituir na proporcional harmonia e perfeição da ação individual e social na direção ascendente de sua idéia universal, possibilitando, inclusive, o exercício das demais virtudes.

Já na idade média, o Direito Natural incorpora-se no bojo teocrático

do que se poderia chamar de *direito divino*, afirmado com maior destaque por Santo Tomás de Aquino em sua *Suma Teológica*. Este filósofo admite como leis do ordenamento natural aquelas expostas dos "Dez Mandamentos" recebidos de Javé por Moisés no Monte Sinai, segundo o livro do Gênesis, na Bíblia.

Por ocasião do período de transição entre o tempo mediéxico e o moderno deu-se o pensamento *jusnaturalista*, que desloca o centro do ordenamento natural da *vontade divina* para a *justa razão humana*. Este foi o pensamento de autores como Hugo Grotius, assimilado amplamente pelos modernistas. Foi justamente na modernidade que assentou-se essencialmente a positivação do Direito Natural em forma de declarações dos direitos dos homens. Isto porque a luta moderna inspirada na antítese *liberdade-opressão*, teve como corolário a limitação do poder estatal em favor das liberdades públicas e garantias individuais.

Contudo, já encontramos remontados em períodos isolados da história, alguns momentos específicos dessa aspiração. Foi assim na história inglesa, que em 1215, por um movimento de pressão dos grandes condes e barões, conseguiu-se que o Rei João Sem Terra, sucessor infortúnio de Ricardo I, outorgasse a *Magna Carta*, declaratória de liberdades mínimas para a dignidade humana, rezando que nenhum homem livre pode ser privado de seu direito à vida, à liberdade e à propriedade, senão por um julgamento de seus pares ou pela "lei da terra".

Como por séculos a Magna Carta foi sucessivamente desrespeitada, Guilherme de Orange, em 1689, irá assinar a famosa *Bill of Rights*, restaurando as liberdades públicas, os direitos individuais e denunciando os abusos da Coroa. Este fato lhe garantiu legitimidade para que fosse imediatamente proclamado e coroado. Logo se seguiram as *Declarações da Virgínia*, em 1776, nos Estados Unidos da América e a propalada *Declaração dos Direitos dos Homens*, em 1789, na França.

Foi somente nesse século que a idéia de Direitos Humanos incorporou sua dimensão social, para além do individualismo que bem serviu aos interesses burgueses. Alguns movimentos caracterizaram esse aspecto. Na Europa surge, na virada do século, a social-democracia que incorpora no repertório do Estado a preocupação em atender às questões sociais, relacionadas às problemáticas da educação, saúde, habitação etc.. Com efeito, a Alemanha promulga em 1919 a *Constituição de Weimer* que introduz no seu texto as questões referentes aos direitos econômico-sociais, e que teve forte influência sobre a Constituição brasileira de 1934. A rigor, a primeira Constituição a incluir estes direitos foi a Mexicana de 1917, ainda sobre as graças da revolução zapatista. Mas, sem dúvida, o grande marco dos direitos humanos de caráter econômico-social, deu-se no seio do movimento socialista, com a Constituição Soviética de 1918 e a *Declaração de Direitos da População Trabalhadora e*

*Explorada*, do mesmo ano.

Por meio desse processo histórico foi se constituindo um arcabouço de direitos humanos compreendendo três gerações: 1ª) Direitos Civis e Políticos, 2ª) Direitos Sociais e Econômicos, e 3ª) Direitos Difusos e Planetários. Desta terceira geração, que não falamos anteriormente, entende-se como sendo aqueles direitos globais, como os direitos ecológicos, de desenvolvimento sustentável e auto-determinação dos povos. Tratam-se de direitos extremamente recentes no campo internacional.

Não há dúvida que o discurso dos direitos humanos foi admitido por todos os Estado Modernos, sobretudo, como uma forma de legitimação das suas práticas, que, todavia, nem sempre condizem com aquele discurso apresentado.

O fato é que ao declarar positivamente estes direitos, o Estado passa a açambarcá-los, incluindo-os na sua esfera monopolizada de produção jurídica. É por isso que percebemos, a partir sobrevôo histórico apresentado, que os direitos humanos sempre foram tratados pelo Estado de forma, basicamente e meramente, declaratória, pois assim conseguia, ao mesmo tempo, legitimar-se em sua atuação e controlar a extensão destes direitos, na medida em que, incorporado no ordenamento jurídico "oficial", passava a deter seu próprio monopólio.

Não é por outro motivo que deparamo-nos diante de situações paradoxais, onde nos países signatários da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 1948, não raro encontramos situações do mais profundo desrespeito àqueles direitos consagrados.

Dessa forma, parece que se nos apresentam duas tarefas básicas. A primeira será a de dotar de eficácia plena, por meio de dispositivos assecuratórios, os artigos constitucionais que rezam sobre os direitos fundamentais, de forma a comprometer o Estado, no seu próprio ordenamento, ao cumprimento destes direitos. A segunda tarefa, mais árdua e mais importante, será a de resgatar no seio da sociedade civil sua capacidade inovadora de criar direitos. Esta é tarefa eminentemente política.

Para tanto faz-se necessário avançar para além do estágio da defesa dos direitos propriamente ditos. Isto porque, como já vimos, os direitos defendidos serão sempre aqueles declarados juridicamente pelo Estado, e, portanto, sob a sua órbita inegável de controle. Neste caminho estaremos fadados, inexoravelmente, ao reboque da vontade estatal, já que ao defendermos os direitos declarados estaremos, certamente, nos limitando somente aos direitos reconhecidos pelo estado. Para tanto, cremos ser imprescindível o reencontro com a dimensão ontocriativa do ser humano, para que possamos, no contexto concreto das relações sociais historicamente produzidas, criar direitos que sejam capazes de responder às necessidades de cada nova situação vivida e, por que não

dizer, aos anseios e desejos de cada um, desde que éticos.

Entretanto esta tarefa somente será realizável no campo da *democracia*, uma vez que somente neste campo conseguimos a mediação indispensável para a interação das liberdades subjetivas. Não podemos esquecer que sendo a democracia o lugar da incerteza, do devir, também nela se alojam as condições de possibilidade do exercício da criatividade necessária à produção daqueles direitos humanos cabíveis na história de nossa própria socialização. Assim, esperamos ter demonstrado que os direitos fundamentais da pessoa, não representam um manancial esgotável, mas, ao contrário, brotam incessante e criativamente na medida exata da automediação do homem consigo mesmo e com sua realidade. Neste sentido, há que se perceber que essa dinâmica somente torna-se possível num espaço democrático e no campo político, estando, assim, para além de qualquer tipo de tutela estatal, conservando, porém, sua dimensão pública, vez que se realiza no processo da intersubjetividade.

De todas as condições básicas para a realização da construção dos direitos humanos, a que apontaríamos como a primeira, ou quase um pressuposto, é, sem dúvida nenhuma, a democracia. Ela seria, parafraseando Hanna Arendt, o *direito a ter direitos humanos*.

## VI. Da Possibilidade de Participação como Elemento Constitutivo da Própria Democracia

*"As pessoas só se comprometem com aquilo de que elas participam"*

Paulo Freire

Participação é, antes de mais nada, *exercício democrático*. Através dela aprendemos a eleger e, se for necessário, a "deseleger" nossos mandatários, de maneira a comprometê-los verdadeiramente com o serviço à comunidade. Por ela também se torna possível estabelecer rodízio no poder, evitando, assim, a tentação de transformar as casas do poder em monastérios de pretensos iluminados. Da mesma forma, passamos a exigir prestação de contas, desburocratização e assim por diante. Sobretudo, aprendemos, pela participação, que é tarefa de extrema criatividade construir nosso próprio mundo e dar à realidade o sentido que queremos dela. Sendo a participação esse esforço contínuo de semiose, corresponde ao trabalho do artista, como aquele escultor que consegue tirar formas sublimes e impressionantes de uma mera pedra bruta.

Embora não tenhamos buscado elementos empíricos (dados os limites deste ensaio) para afirmar com precisão objetiva, nos parece que o tema da *participação* tem sido relegado, por grande parte dos politólogos contemporâneos, a um papel meramente coadjutor e, muitas vezes, entendido como uma questão particular de profissionais de determinadas áreas, como a pedagogia, por exemplo. Se esta afirmação, que a princípio corresponde apenas a

uma percepção, for verdadeira, então certamente estamos perdendo o rumo da construção de sociedades realmente democráticas.

Tendo em vista a absoluta relevância do problema, como demonstrado anteriormente, torna-se imprescindível que busquemos uma conceituação para *participação*, a fim de nos reencontrarmos com a real consistência deste instituto, conquanto o tom vago que muitas vezes se lhe conota. Nessa missão recorreremos ao suporte oferecido pelo sociólogo Pedro Demo, tomando de empréstimo determinada reflexão, dada sua pertinência com nosso propósito neste ensaio:

*"Dizemos que participação é conquista para significar que é um processo, no sentido legítimo do termo: infundável, em constante vir-a-ser, sempre se fazendo. Assim participação é em essência autopromoção e existe enquanto conquista processual. Não existe participação suficiente, nem acabada. Participação que se imagina completa nisto mesmo começa a regredir.*

*A partir dessa noção, coloca-se a outra, de que participação não pode ser entendida como dádiva, como concessão, como algo já preexistente. Não pode ser entendida como dádiva, porque não seria produto de conquista, nem realizaria o fenômeno fundamental da autopromoção; seria de todos os modos uma participação tutelada e vigente na medida das boas graças do doador, que delimita o espaço permitido. Não pode ser entendida como concessão, porque não é fenômeno residual ou secundário da política social, mas um dos seus eixos fundamentais; seria apenas um expediente para obnubilar o caráter de conquista, ou de esconder, no lado dos dominantes, a necessidade de ceder. Não pode ser entendida como algo preexistente, porque o espaço de participação não cai do céu por descuido, nem é o passo primeiro.*

*O primeiro passo, neste terreno, é a tendência histórica à dominação. A sociedade organiza-se através de polarizações hierárquicas, predominando a postura de cima para baixo. É peculiar ao fenômeno do poder que haja um lado minoritário que comande, e outro majoritário que*

*seja comandado. Não existe algo preexistente, como se fora um espaço onde predominasse naturalmente a participação. Se isto encontrarmos, não foi porque preexistia, mas porque se conquistou." (1988: 18 e 19)*

Nesse sentido, a participação deixa de ser vista e compreendida em um caráter meramente instrumental para assumir um valor em si mesma. Ou seja, a participação não vale apenas pelas coisas que as pessoas podem fazer com ela, mas, sobretudo, pelo que ela pode fazer com as pessoas. Em outras palavras, a participação constitui-se num caminho para um determinado tipo de fazer social onde a autopromoção humana torna-se a base das relações. Através dela os indivíduos transformam-se em sujeitos capazes de realizarem suas próprias vocações, sem tutelas e curatelas; os sujeitos transformam-se em grupos e movimentos sociais capazes de conquistarem níveis mais dignos e prazerosos de existência; os grupos e movimentos sociais transformam-se numa sociedade latente e complexa, onde as contradições não representam necessariamente o caos e a destruição, mas, ao contrário, configuram um fluxo constante que dá mais vida à própria vida.

Nessa perspectiva, que poderíamos chamar de ontológica, a participação, ou melhor dizendo, o processo participativo não possui um lugar determinado na sociedade. Sua grande riqueza consiste exatamente no seu caráter praxiológico e, por isso mesmo, indeterminado. Isso significa que, ao contrário do que possa parecer num primeiro momento, a participação não assegura nenhum resultado pretendido, determinado. Mas permite que o resultado alcançado, qualquer que seja ele, se traduza numa responsabilidade de todos, sem aforismos e sem indiferenças. Solidariedade, legitimidade e responsabilidade se apresentam como essências do processo participativo. Solidariedade porque a participação de um tem como premissa a possibilidade de participação de outro, já que trata-se de um processo, por excelência dialógico. Legitimidade porque a participação possibilita que cada um inscreva no todo da realidade sua própria marca, o que não quer dizer que alguém possa se adonar dela, mas todos podem, em certa medida, nela se reconhecer. Responsabilidade porque a participação não permite evasivas, obrigando cada um a assumir sua cota-parte da situação vivida, sem que ninguém possa alegar descomprometimento com o imediato estado da arte, ou seja, com a realidade como se apresenta.

Tomando como base essa dimensão ontológica da idéia de participação, podemos concluir que no fundamento desse suposto aparece o conceito de *publicidade*, no sentido de espaço público ou de *res pública* como o lugar a liberdade pode ser vivida e agenciada. Daí se falar em liberdades públicas como núcleo das sociedades democráticas. Isso significa que a possibilidade, ou não, do processo participativo é reveladora do próprio exercício da liberdade.

## VII. Liberdade dos Antigos e Liberdade dos Modernos?

No tema da liberdade, continua rendendo bom debate a reflexão de Benjamin Constant acerca da *Liberdade dos Antigos* e da *Liberdade dos Modernos*, exposta em discurso proferido no Ateneu Real de Paris em 1818: "*O objetivo dos antigos era a distribuição do poder político entre todos os cidadãos de uma mesma pátria: era isso que eles chamavam de liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança nas fruições privadas: eles chamam de liberdade às garantias acordadas pelas instituições para aquelas fruições*". Segue Constant na sua reflexão para concluir: "*Não podemos mais usufruir da liberdade dos antigos, que era constituída pela participação ativa e constante no poder coletivo. A nossa liberdade deve, ao contrário, ser constituída pela fruição pacífica da independência privada*".<sup>10</sup>

Como vimos, para Benjamin Constant a virtude da liberdade moderna ancora-se na possibilidade do indivíduo dedicar-se à sua privacidade, afim de se lançar em empreendimentos particulares que lhe oportunizem o acesso ao comércio - leia-se mercado, sem nenhuma interferência do Estado. Isso porque Constant acreditava, consoante ao espírito mercantilista da época, que o comércio seria o provedor moderno das necessidades de consumo que os antigos conquistavam por meio de batalhas e guerras. Assim, ele argumentava que os antigos tinham tempo para se dedicarem à política quando retornavam das batalhas, mas que os modernos já não guerreiam mais e, por isso, não dispõem de tempo, uma vez que estão cotidianamente dedicados aos seus negócios particulares.

O que nos parece não se coadunar com sua idéia é o fato do mercado, nas suas condições concretas, apresentar-se na sociedade de forma limitada desde sua gênese. Ou seja, incapaz de atender, democraticamente, às necessidades gerais. Isso porque deixa à sua margem aqueles que não se enquadram no seu perfil econômico. O resultado real dessa prática concreta do mercado foi o surgimento de uma orda de pessoas excluídas de seus pretensos benefícios, que não dispõem de recursos para se fazerem reconhecer. Ironicamente, para esses indivíduos modernos excluídos da modernidade, exercer sua liberdade de participação - liberdade dos antigos - é, basicamente, a única maneira de reencontrarem sua cidadania, engendrando-se novamente no sistema social.

Portanto, estamos convictos de que o momento nos exige uma nova liberdade sem dualismos. Acreditamos que uma ruptura proativa como essa permitirá a superação da dicotomia *Estado x Sociedade Civil* na reinvenção do espaço público, onde todos possam participar igualmente no exercício das respectivas cidadanias. Aqui a corresponsabilidade na automediação das liberdades subjetivas, poderá apontar para uma solidariedade concreta, que

<sup>10</sup>- Apud BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1993, p.8.

admita o homem não somente como um ser abstrato, mas como sujeito praxiológico capaz de manifestar seus desejos e vontades, sempre em tensão dialética com suas condições reais de vida. Nesse movimento participativo de realização democrática será possível vivenciar o pleno reconhecimento do outro - alteridade radical, estabelecendo as bases de uma nova *ordem* - devir - na sociedade.

### VIII. Por uma Conclusão Hipotética e pela Hipótese de Conclusão

Quando optamos por orientar esse texto com a idéia de democracia e processo participativo entendidos como devir, fluxo contínuo, sabíamos que isso implicava na ausência de um ponto final, mesmo de uma conclusão. Isso porque vivenciando ontologicamente a experiência democrática somos arremessados em nossa própria tragédia: a condenação da liberdade, a luta sem trégua, o caminho sem fim. Pela democracia podemos nos reconhecer nesse radical devir que faz de todos nós eternos peregrinos numa estrada onde cada ponto de chegada sempre se transforma num novo ponto de partida. Mas, ao contrário do que possa parecer, isso não é ruim. É por esta constante caminhada que podemos sempre nos reconciliarmos com nosso mundo, dando sentido pleno à vida. Reconciliação sempre provisória, é verdade; mas sempre possível.

Com efeito, o que podemos concluir é um novo recomeço. Porém, nada nos impede de propor, nessa perspectiva, apenas uma hipótese. Qual seja a de que a *democracia participativa*, por sua dinâmica interativa, é o caminho mais eficaz para a construção de uma cidadania plena, na medida em que insere o sujeito no campo visível da automeiação das liberdades intersubjetivas, proporcionando, assim, o verdadeiro reconhecimento do outro. Sobretudo na democracia participativa, a dimensão ontocriativa do ser humano encontra espaço para a realização de seu devir, recriando constantemente, a partir da realidade concreta, os direitos fundamentais capazes de responder àquela situação específica, indo, assim, ao encontro da cidadania entendida como realização humana, num movimento circular de complementariedade.

Finalmente, queremos registrar que o esforço empreendido nestas idéias vale-se do reconhecimento de todos os desafios contidos no processo da necessária consolidação democrática de nosso país. Tal reconhecimento pode ser simbolizado no acontecimento da *PIRACEMA*, fenômeno que acontece com determinadas espécies de peixes que enfrentam a subida dos rios para fazer a desova. Esse é, justamente, o caso de nossa democracia: enfrentar a correnteza para perpetuar a vida...!!

Assim, nas palavras da poetisa, a democracia será como o próprio amor:

*"É porque o amor tem vida frágil. Ele existe para ser buscado, degustado num breve instante, cantado como eterno em sua*

*eterna fragilidade.*

*O amor precisa sempre estar a caminho, errante sem pousada certa, caminhante sem rumo preciso. Não se pode detê-lo, guardá-lo num cofre forte, nem temer a sua partida.*

*Ele não aceita sepulturas e nem altares. Não aceita ser o herói nem o vilão da festa. Não tem papéis e pode estar em todos eles. Não tem hora certa, nem relógio, nem agenda.*

*Acontece sem avisar, e às vezes avisa, mas não acontece.*

*O amor é louco, sem sentido e cheio de sentido. Entrega-se, mas não se deixa possuir... Mata fome hoje, mas não a sacia para sempre. Tem gosto de pão, de carne, de vinho, de sangue... gosto de mil sabores e mil odores, e nenhum pode esgotá-lo.*

*Ele é todo-poderoso no seu frágil e efêmero poder. Ele é sem poder, mas pode tudo quanto quer. Derruba reis de seus tronos e torna reis os humildes. Canta suaves baladas de amor e grita estridentes clamores de justiça. Vem como a brisa suave que atravessa os dias quentes e se vai, e depois, faz a gente ansiar desesperadamente por sua volta.*

*Aparece como um raio de sol em pleno inverno... ou como abraço envolvente de corpos amantes.*

*É como o feijão gostoso caindo em estômagos famintos, ou como a boa água da fonte para os caminhantes sedentos. É como as flores do campo em plena primavera ou como o canto dos pássaros nas manhãs de domingo.*

*A monotonia não o atrai, as definições estáticas o repugnam, e os códigos rígidos o espantam.*

*Se permanecer parado, morre.*

*Vive sempre correndo, sem descanso, revelando-se a uns e a outras para sempre continuar vivo.*

*O Amor é incansável, irmão da Justiça e da Paz.*

*Só vive provocando sede, só cresce se o deixarmos*

livre, só volta se o coração estiver sempre aberto".<sup>11</sup>

## BIBLIOGRAFIA

- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- \_\_\_\_\_. *A Teoria das Formas de Governo*. Brasília: EdUnB, 1988.
- CEDI - Centro Ecumênico de Documentação e Informação. Revista Tempo e Presença, ano 16, nº 275, maio/junho 1994. CHÂTELET, François. *História das Idéias Políticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990.
- CONSTANT, Benjamin. *Princípios Políticos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1989.
- DEMO, Pedro. *Participação é Conquista: noções de política social participativa*. São Paulo: Cortez, 1988.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- LEFORT, Claude. *Pensando o Político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- LOCKE, Jonh. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Ética e Racionalidade Moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1993.
- ROUSSEAU, J.J. *Do Contrato Social*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa/Que É o Terceiro Estado?* Rio de Janeiro: editora Liber Juris, 1988
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

<sup>11</sup>. Trecho extraído da crônica *Das curas e feridas do amor*, de autoria da teóloga Ivone Gebara. Publicado na Revista Tempo e Presença, nº 275, p. 27, do CEDI.

## O PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA FRENTE AO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

Leila Maria Torraca de Brito\*

### Introdução

Utilizando-se uma abordagem interdisciplinar, objetiva-se no presente trabalho, analisar o princípio da igualdade jurídica, referido à legislação brasileira de Direito de Família, especialmente no que tange a posse e guarda de crianças, filhos de pais separados.

Constata-se que atualmente, busca-se cada vez mais a isonomia entre homens e mulheres na organização social e política, fato que por vezes parece dificultado em função de condicionamentos sociais, refletidos na legislação ordinária.

Observa-se ainda que, o número crescente de separações matrimoniais, aliado às novas estruturas familiares presentes na sociedade contemporânea, conduziram juristas estrangeiros a uma reavaliação sobre o conceito de guarda de filhos, priorizando-se por vezes, a guarda conjunta.

### A regra de justiça e a noção de igualdade

A idéia de igualdade jurídica foi formalizada através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, numa reação da burguesia

\*Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Psicologia Clínica da PUC/RJ Professora de Psicologia Jurídica do Instituto de Psicologia da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.



revolucionária francesa aos privilégios pessoais e hierarquização de classes. Ideal presente nas Constituições modernas, desponta por vezes como avaliador constante das disposições legislativas.

O princípio da isonomia baseia-se em uma concepção individualista, invocando o igual tratamento jurídico para todos, ou pelo menos, para todos que estejam nas mesmas circunstâncias. No vocabulário jurídico editado por De Plácido e Silva (1996:405), encontra-se a definição de que

*"A igualdade redundando na igual proteção a todos, na igualdade das coisas que sejam iguais e na proscrição dos privilégios, isenções pessoais e regalias de classe, que se mostrariam desigualdades".*

Na Encyclopédie Philosophique Universelle (1990:757), J. Rancière define o vocábulo *égalité* como *"L' égalité morale et politique est un principe selon lequel des êtres possédant un même attribut doivent être traités identiquement pour tout ce qui egarde l' exercice de cet attribut."*

Constata-se no entanto, que o princípio da igualdade jurídica é relativo, a medida que a criação legislativa ordinária, necessária ao funcionamento do Estado, implica em classificar pessoas, de acordo com diferentes atributos, acarretando implicações jurídicas diversas. Observa-se assim que a renda, idade e profissão, são motivos para se estabelecer classificações específicas, acarretando desigualdades jurídicas perfeitamente justificáveis. Conforme explica o Prof. Siqueira Castro (1983:66), grande estudioso da matéria Constitucional,

*"Legislar importa necessariamente em classificar, classificar, a sua vez, significa discriminar, isto é, destacar determinadas situações fáticas para atribuir a elas, com exclusão das demais, certas conseqüências jurídicas."*

No entanto, a legislação ao classificar, deve estar fundada em razões explícitas, que justifiquem a diferença de tratamento. Busca-se a congruência com a finalidade prevista, relacionando-se a classificação aos objetivos perseguidos pela norma. O oposto a isso pode ser interpretado como diverso ao conceito de justiça.

Chaim Perelman (1972), em uma análise filosófica da relação de igualdade, ressalta que o problema se apresenta frente a dificuldade em determinar os critérios avaliadores da igualdade, ou diferença, a medida que não existem seres absolutamente iguais. A regra de igualdade jurídica necessita da especificação do que será definido como igual em cada caso, função atribuída ao legislador.

A primeira Constituição Republicana do Brasil, promulgada em 24/02/1891, já expõe no artigo 72, parágrafo 2º, o princípio isonômico.

*"Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégio de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho"*

Não obstante, a inclusão do princípio da igualdade jurídica na Carta Magna de 1891, à Constituição Brasileira de 16/07/1934, coube expressar claramente a proibição de discriminações em razão de sexo, apresentando no art.113, 1º a seguinte redação *"Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas."*

Na Carta Magna de 1988, o princípio da igualdade jurídica, encontra-se representado no Artigo 5º- *" Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição."*

#### A situação jurídica da mulher no Direito de Família Brasileiro

Apesar de as nossas Constituições Republicanas enfatizarem o princípio da isonomia, observa-se que a igualdade jurídica entre homens e mulheres, foi efetivamente prejudicada em função de diversas classificações legislativas. Consideradas como relativamente incapazes para os atos da vida civil, as mulheres brasileiras possuem motivos consideráveis para sentirem-se discriminadas até 1962. Somente nesta data, com o advento da Lei 4121, determina-se a emancipação da mulher casada.

Na história do Brasil, o projeto republicano, inspirado no Positivismo de Augusto Comte, foi responsável pela implantação da legislação civil brasileira a ser aplicada ao casamento dos que não eram católicos. Atribuía-se a mulher um papel recatado no ambiente privado, devendo obediência ao marido, modelo que vai naturalmente influenciar os estatutos jurídicos.

O decreto 181 de 1890 de autoria de Ruy Barbosa determina como válido apenas o casamento realizado perante autoridades civis, permitindo porém a separação de corpos com justa causa, apesar da indissolubilidade do matrimônio. Em 1916, publica-se o Código Civil Brasileiro que atribui ao termo família à união legalmente constituída pela via do casamento civil. Não

admitindo a dissolução da aliança matrimonial, estabelece no contrato conjugal as obrigações do marido e da mulher; obrigações que definem basicamente os papéis sociais de cada cônjuge perante o casamento e a sociedade.

Observa-se na análise desses aspectos, no Código Civil Brasileiro que o princípio da isonomia jurídica acha-se constantemente ignorado, a medida que vários artigos desta legislação atribuem diferenças em função do sexo das pessoas. Preconceitos sociais de uma sociedade patriarcal, eram transmutados em afirmações jurídicas.

Na referência, a esta argumentação pode-se citar alguns exemplos como:

- O artigo 9º, parágrafo 1º, I, do Código que atribuía ao pai, em primeiro lugar, a prerrogativa de conceder emancipação aos filhos menores, discriminando os genitores por razão exclusiva de sexo.

- O artigo 380, parágrafo único, estabelecia que o pátrio poder era de competência dos pais, o marido devia exercê-lo com a colaboração da mulher, sendo que em caso de divergência prevalecia a decisão do cônjuge varão, embora a mãe pudesse recorrer à autoridade judicial.

- O artigo 385, atribuía originariamente ao pai, a administração dos bens dos filhos menores.

- Quanto a nomeação de tutor aos filhos menores, o artigo 407 do Código Civil previa que esta era uma função a ser desempenhada em princípio pelo pai, depois pela mãe, seguida do avô paterno e finalmente o avô materno.

- Visão correlata apresentava o artigo 409 ao estabelecer sobre a tutela. Na falta de tutor nomeado pelos pais, dava-se preferência ao avô paterno, na linha ascendente, aos irmãos do sexo masculino, no plano colateral e, ainda, aos tios também do sexo masculino.

- Mais um exemplo, temos no artigo 233 do Código Civil, que conferia ao marido a chefia da sociedade conjugal, situação que perdurou até a Constituição de 1988.

Conforme argumenta o jurista Siqueira Castro (1983:100)

*"Como se vê, contam-se a dezenas as preferências criadas na codificação civilista, em detrimento da mulher. Todas elas sem exceção alguma traduzem preconceitos paternalistas enraizados em nossos costumes sociais que adentraram o direito positivo brasileiro à mingua de qualquer justificativa científica idônea."*

Percebe-se que os dispositivos Constitucionais muitas vezes não são suficientes para eliminar ou impedir influências sócio-culturais. Traçando um paralelo com a legislação brasileira, referente ao Direito de Família, depreende-se que os papéis sociais dos cônjuges encontravam-se claramente diferenciados, em função de atributos justificados como naturais, ou ainda de natureza biológica. Assim, enquanto o pai era visto como o chefe da família, responsável pelas decisões de vulto, cabia a mulher o cuidado dos filhos e da casa. Como ressalta a historiadora Gizlene Neder (in KALOUSTIAN, 1994: 31)

*"Ai está o perfil da mulher suporte, que os positivistas brasileiros do início do século talharam como modelo para o "novo" Brasil."*

Mudanças sociais, aliadas ao desenvolvimento de teorias psicológicas e educacionais sobre a educação de filhos, reforçaram a necessidade de alterações no direito de família brasileiro, que só a partir de 1977, passa a admitir a dissolução do casamento. A Lei 6515, de 26 de dezembro de 1977, conhecida popularmente como a Lei do Divórcio, *"regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências"*. As questões referentes à proteção da pessoa dos filhos, são disciplinadas pela Lei 6515, em seus artigos de 9 a 16.

Na análise das transformações referentes a família brasileira, Figueira (1986:15) compara a organização familiar da década de 50, a qual define como "hierárquica", à família que se apresenta, principalmente a partir da década de 80, como "igualitária". Agora passa-se a considerar as diferenças pessoais, deixando-se em segundo plano as diversidades referentes à posição ocupada pelo sujeito no grupo familiar, ou as atribuídas aos sexos. Presencia-se, segundo o autor, uma "desdiferenciação entre as categorias homem/mulher" (p.19) com uma maior uniformidade entre os sexos.

Pode-se observar que esta uniformidade constatada na organização social brasileira, refletiu-se na nossa Carta Magna de 1988, que dispõe sobre a igualdade dos cônjuges perante o casamento, extinguindo com a conhecida figura de "cabeça do casal", atribuída ao marido.

Questões referidas ao princípio isonômico na guarda de filhos

Apesar da Constituição de 1988, criar módulos de tratamento isonômico do homem e da mulher, perante a união conjugal, conforme disposto no artigo 226, parágrafo 5º *"Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher."* A lei 6515 de 26/12/77, exhibe no artigo 10º, parágrafo 1º, discriminação contra o genitor do sexo masculino, ao afirmar que: *"Se pela separação forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o Juiz verificar que tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles."*

Neste caso poderia-se apontar que a legislação ordinária seria discriminatória, pois tal regra não apresentaria a exigência de racionalidade. Trata o artigo, a princípio, de discriminação benigna em relação a mulher, isto é, favoreceria o sexo feminino, no entanto não deixa de ser conflitante com o texto Constitucional que prevê a impropriedade da disparidade jurídica entre os sexos.

*"No campo da igualdade entre os sexos, talvez mais do que nos outros setores em que vigora dito proibitivo constitucional, padece este de amplo relativismo, o que torna a linguagem fria da Constituição praticamente indecifrável se não se conhece de perto a mentalidade constitucionalista do lugar em que ela tem vigência, e se não se associa aos valores sócio-histórico-culturais que a rigor condicionam e delinham o seu teor e a sua aplicabilidade"* (Siqueira Castro, 1983:50-51)

A racionalidade jurídica que atribui à figura materna o papel principal no cuidado dos filhos, torna-se objeto de diversas críticas, retratadas inclusive pelos meios de comunicação. Tendo-se como simples exemplo o filme "Kramer x Kramer" (1979), baseado em situação verídica, no qual um pai luta judicialmente por demonstrar que possui aptidão para cuidar de seu filho, encargo visto comumente pela justiça como de incumbência feminina. Um pouco mais recente, o filme "Uma babá quase perfeita" (1992), retrata com humor, as agruras de um pai, na busca de um relacionamento com seus filhos, que ultrapasse o estabelecido judicialmente após a separação matrimonial.

Face a relatividade do princípio da isonomia, a tendência contemporânea é de que as Constituições estabeleçam medidas que visem a aproximação das pessoas. No que tange o Direito de Família, vários países como Estados Unidos, França, Suécia, entre outros, utilizam o regime de guarda conjunta, visto como mais adequado às necessidades da família contemporânea, quando evita-se a proeminência de um dos pais no cuidado dos filhos.

Françoise Dolto em seu livro "Quando os pais se separam" (1989), argumenta que a lei está a serviço dos cidadãos para defender as liberdades, no entanto, muitas vezes os trâmites jurídicos nos processos de separação conjugal são responsáveis por instabilidades emocionais dos filhos. Irène Théry (1988) avalia que vários pesquisadores, na busca para estabelecer critérios de avaliação que indicassem os atributos necessários ao genitor guardião, não perceberam a possibilidade das crianças serem educadas pelos dois pais, apesar de separados.

Visando um compromisso definitivo na defesa dos direitos da criança e do adolescente, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, proclamada pela ONU em 1989, e promulgada no Brasil em 1990, define em seu artigo 9º, abaixo descrito, como um dos direitos essenciais da criança - o de ser

educado pelos pais<sup>1</sup>, expondo ainda no artigo 18 a responsabilidade dos pais perante a seus filhos. Este artigos podem ser resumidos da seguinte forma.

#### Art. 9º- Separação da Família:

É direito da criança ser cuidada pelos pais, exceto quando o interesse da criança torne necessária a separação. A criança separada da família tem o direito de manter contato direto com os pais. Se foi o Estado que promoveu esta separação, elê será responsável por garantir seus direitos, e possibilitar revisão no processo.

#### Art. 18 - Responsabilidade dos pais:

Os pais têm responsabilidade primária na criação de seus filhos, sendo que o Estado deve apoiá-los nesta tarefa.

Bastien-Rabner (1992), informa que reivindicações de grupos de pais e organizações feministas passaram a exigir na França, um equilíbrio no que se refere aos direitos parentais. Defende-se que a igualdade parental e o direito da criança ser educada por seus dois genitores, devem ser resguardados. Acrescenta que antes da Lei de 22/07/87, denominada "Loi Malhuret", o ex- esposo que não detivesse a guarda possuía um simples poder de visita e de controle, ou vigilância, interpretado como restritivo.

Neste item encontra-se semelhança na comparação com o artigo 15 da Lei 6515<sup>2</sup> em vigor no Brasil. Equivocadamente este artigo da legislação brasileira, poderia reforçar a noção de que: ao pai que não permaneça com a guarda do filho, não caberá preocupações com questões do cotidiano infantil. Cumpra-se apenas "fiscalizar" a condução do processo educativo.

Explica ainda Bastien-Rabner que, retirou-se do Código Civil francês o termo guarda substituindo-o por "autoridade parental", pois constatou-se que o pai que possuía a guarda da criança considerava-se detentor de todos os direitos sobre esta; *"les parlementaires ont clairement exprimé leur volonté de retirer à la garde son rôle majeur dans le droit de l'autorité parentale"* (p.223)

Assim, para cumprir as disposições da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que priorizam o direito desta manter um contato estreito com seus genitores, a França adotou em 08/01/93 uma legislação que estabelece o sistema do exercício conjunto da autoridade parental, em princípio.

<sup>1</sup> "Convenção dos Direitos da Criança é um instrumento jurídico. Os países que a assinarem serão obrigados a adaptar suas legislações às normas da Convenção e apresentar periodicamente um relatório sobre a aplicação da mesma." (Cadernos Populares da Pastoral do Menor, nº8, 1989)

<sup>2</sup> Artigo 15- Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o Juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

(VILLENEUVE, 1994). Este Código prescreve agora, como primeira hipótese, a autoridade parental conjunta, a qual consideram de grande valor psicológico. Assegura-se destarte a conformidade do direito interno aos princípios da Convenção e ao princípio isonômico.

Na explicação referente ao exercício conjunto da autoridade parental, Villeneuve, esclarece que os pais, apesar de separados devem continuar a decidir sobre questões determinantes para os filhos, como: viagens, escola, problemas médicos, religião. Percebe-se como vantajoso este exercício em comum, a medida que obriga o genitor que não reside com a criança, a continuar a se preocupar com sua educação. Impede-se também que a mãe, geralmente a quem se atribui a moradia da criança, sintase só, ou ainda insegura, frente a decisões referentes a criança.

Segundo Agell (1992), também na Suécia, a legislação sobre o casamento baseia-se no princípio da igualdade absoluta dos cônjuges.

*"O primeiro capítulo menciona como uma regra de conduta para os cônjuges que eles devem juntos tomar conta da casa e dos filhos de devem dividir as tarefas domésticas e despesas."* (p.277)

Neste país a guarda conjunta foi introduzida como possibilidade a cerca de 20 anos. Acredita-se que esta medida contribui para reforçar os sentimentos de responsabilidade do pai que não reside com o filho, sendo também de grande valia para a criança a possibilidade de manter um contato estreito e sólido com seus pais.

Nos Estados Unidos, folhetos informativos, procuram apresentar aos pais, o que seria a guarda conjunta. O Boletim da Association of Family and Conciliation Courts, esclarece por exemplo, que a guarda conjunta, ou "joint custody", não significa uma guarda física, mas um conceito legal, que permite aos pais compartilhar a responsabilidade sobre a criança, mesmo que estejam separados.

No Brasil, chama-nos atenção estatística apresentada pelo Centro Brasileiro de Defesa da Criança, na análise de casos de desaparecimento dos menores de idade. 36,9% dos casos analisados por esta Organização não Governamental, referem-se a crianças que abandonaram suas casas devido a maus-tratos sofridos; sendo que 34,8%, referem-se a pais ou mães que fugiram com seus filhos, muitas vezes inconformados com a sentença de guarda.

A argumentação baseada nos atributos femininos como determinantes para o cuidado das crianças, acha-se presente em vários processos jurídicos, como em jurisprudência mineira de 27/05/96, referente a um caso de disputa de posse e guarda. Inconformado com a sentença que atribuía a guarda dos filhos a sua ex-mulher, o réu apelou, buscando a reforma da mesma. Justifica

o Tribunal a negativa do recurso, a partir da seguinte afirmação: "Não tenho dúvida em afirmar que os filhos menores sempre ficam melhor sob a guarda da mãe, por razões que independem de maiores justificativas." Esclarece o texto desta Jurisprudência que "...os filhos, principalmente durante a infância, devem permanecer com a mãe, por razões óbvias, garantido ao pai, que concorrerá para as suas despesas dentro do princípio necessidade possibilidade, o direito de visita."

### Conclusões

Ao instituir a guarda conjunta de filhos de pais separados, a legislação de outros países como França e Suécia, baseia-se na argumentação jurídica, de que esta decisão beneficiaria o desenvolvimento infantil, evocando também o princípio da isonomia entre os sexos.

No confronto do tratamento normativo nacional que regula esta matéria, com a argumentação em vigor em outros países, percebe-se que o legado histórico referente a diferenciação dos papéis masculino e feminino, reforçados pelo argumento biológico positivista, parece predominante em nossa sociedade. Pode-se argumentar portanto que, os artigos 10º e o artigo 15º da Lei 6515, geram contradição frente ao princípio Constitucional de igualdade jurídica entre homens e mulheres, previsto no artigo 5, I e artigo 226, parágrafo 5 de nossa Constituição.

Conforme aponta o Prof. Siqueira Castro (1983:265) "entre nós a questão está hoje regida pela Lei 6515 de 26/12/77, que embora de teor igualitário, exhibe no artigo 10, parágrafo 1, discriminação contra o cônjuge varão."

Conclui-se assim pela necessidade de revisão da legislação referente ao Direito de Família, em dissonância com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, com o princípio da isonomia entre homens e mulheres, previsto na Constituição de 1988 e, com as necessidades que se impõem frente às mudanças presentes na família contemporânea.

### Referências Bibliográficas

AGELL, A. Les tendances du droit de la famille en Suède in Direction de la Protection Judiciaire de la Jeunesse, "Droit de l'enfance et de la famille", Vaucresson, 1992,(34): 274- 286.

ASSOCIATION OF FAMILY AND CONCILIATION COURTS Joint Custody, Wisconsin.

BASTIEN-RABNER, F. Le charme discret de la Loi Malhuret in Direction de la Protection Judiciaire de la Jeunesse, "Droit de l'enfance et de la famille", Vaucresson, 1992,(34): 221- 235.

BRASIL. *Lei 6515 de 26 de dezembro de 1977*. São Paulo, Edições Julex, 1980.

BRASIL. *Código Civil*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira, São Paulo, Saraiva, 1990.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira, São Paulo, Saraiva, 1990.

BRITO, L. *Se-pa-ran-do: um estudo sobre a atuação de psicólogos nas Varas de Família*. Rio de Janeiro, Relume-Dumará /UERJ, 1993.

DE PLÁCIDO E SILVA *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro, Forense, 1996, vol.II.

DOLTO, F. *Quando os pais se separam*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1989.

FIGUEIRA, S. (Org.) *Uma nova família? O moderno e o arcaico na família de classe média brasileira*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1986.

NEDER, G. Ajustando o foco das lentes: um novo olhar sobre a organização das famílias no Brasil in Kaloustian (Org.) *Família Brasileira - a base de tudo*. São Paulo, Cortez/ UNICEF, 1994: 26-46.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*. Cadernos Populares da Pastoral do Menor, Rio de Janeiro, 1989, (8):7-9

PERELMAN, C. *Justice et Raison*. Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1972.

RANCIÈRE, J. Égalité, in Auroux, S. Les notions philosophiques - dictionnaire in Jacob, A. *Encyclopédie Philosophique Universelle*. Paris, Presses Universitaires de France, 1990:757-759.

SIQUEIRA CASTRO, C.R. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito Constitucional*. Rio de Janeiro, Forense, 1983.

THÉRY, I. L'enfant face à la séparation parentale. "Intérêt de l'enfant" et "Droits de l'enfant" in Bailleau et Gueissaz, De quel droit? De l'intérêt... aux droits de l'enfant. *Cahiers du Centre de Recherche Interdisciplinaire de Vaucresson*, França, 1988: 147-160.

VILLENEUVE, C. *Choisir son divorce*. Belgique, Marabout, 1994.

## A QUESTÃO DA ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO EM FACE DA PROPOSTA DE REFORMA ADMINISTRATIVA DO GOVERNO FEDERAL

Leila Rosa Pires Carmo Basto\*

### 1. Introdução

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 foi um marco na história de nossa democracia. Resultado de acirrados debates, tanto no plenário da Assembléia Constituinte quanto nas ruas, acabou por refletir os *fatores reais de poder* existentes no seio da sociedade brasileira após vinte anos de ditadura militar.

Por outro lado, esta Constituição, filha do mais puro sentimento democrático, tem sido considerada um obstáculo à governabilidade do país. É em nome desta “governabilidade” que se pretendeu, com base no art. 3º do ato das Disposições Constitucionais Transitórias, uma reforma ampla e irrestrita do texto constitucional, como se o Congresso, de uma hora para outra, estivesse dotado de poder constituinte originário<sup>1</sup>.

Não logrando êxito via revisão, o Governo procura agora alterar a Constituição via emenda. E para atingir seus objetivos propõe grandes reformas: Reforma Tributária, Reforma da Previdência, Reforma Administrativa, entre outras.

---

\* Aluna do Programa de Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio.

<sup>1</sup> Pretendemos deixar claro que estamos cômicos da controvérsia que tal questão suscitou. Filiamos-nos, porém, à corrente que entende estar o art. 3º do ADCT vinculado ao art. 2º do mesmo dispositivo. Sendo assim, no nosso entender, o objetivo da revisão constitucional seria adequar o texto da Constituição à nova forma e sistema de governo escolhido pelo povo em plebiscito.

O presente trabalho pretende focar a questão da estabilidade do servidor público em face do pacote de emendas referentes a esta Reforma Administrativa, que tramita perante as Casas do Congresso Nacional. Procuramos fazer uma análise crítica do tratamento dado à estabilidade na proposta de emenda, dando ênfase à questão de sua constitucionalidade, tendo em vista o caráter derivado do poder de emenda.

## 2. Algumas Considerações sobre a Estabilidade

O instituto da estabilidade no serviço público é inerente a forma de governo Republicana. A primeira Constituição brasileira a tratar da estabilidade do servidor público foi a de 1934. A Constituição Republicana de 1891 foi omissa a esse respeito.

O art. 169 da Constituição de 34 previa estabilidade após dois anos de efetivo exercício para os funcionários públicos nomeados em virtude de concurso, e após 10 anos para os demais funcionários. Assim, embora todos os funcionários públicos adquirissem estabilidade, o período do chamado estágio probatório era diferenciado: para aqueles que fossem nomeados em concurso de provas seria de 2 anos, enquanto os demais deveriam cumprir 10 anos.

A preocupação de cercar o serviço público de garantias foi tamanha que o parágrafo único deste art. 169 estabelecia que aqueles funcionários, não nomeados por concurso, que contassem menos de 10 anos de serviço público não poderiam ser destituídos de seus cargos senão por justa causa ou motivo de interesse público. Destarte, mesmo estes funcionários gozavam de uma certa estabilidade.

Todas as Constituições que se seguiram, mesmo as mais autoritárias, como as de 1937 e a de 1969, reservavam dispositivos à questão da estabilidade do funcionário público.

A estabilidade no serviço público, ao contrário do que possa parecer, não é simplesmente um privilégio do servidor. Hely Lopes Meireles, ao tratar da observância das normas constitucionais relativas aos servidores públicos, esclarece que, “ao instituí-las, as Constituições não visam unicamente ao resguardo dos interesses dos servidores, como erroneamente se pensa, (...) juntamente com as garantias outorgadas aos servidores o texto constitucional assegura ao Estado os meios para realizar uma boa administração, dentre os quais o poder-dever de zelar pela eficiência, moralidade e aprimoramento do pessoal administrativo”<sup>2</sup>.

Na mesma linha, Diogo de Figueiredo Moreira Neto entende a estabilidade como um dos *princípios constitucionais da função pública* que

<sup>2</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 1993, p. 369

“instituem um sistema indispensável para obtenção de um equilíbrio satisfatório entre o Estado e seus funcionários, de modo a que nem sejam estes esmagados pelo Estado, nem a Administração sujeita a enquistamentos de castas burocráticas”<sup>3</sup>.

A atual Constituição brasileira trata da estabilidade em seu art. 41, in verbis:

“Art. 41. São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público.

§ 1º. O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

§ 2º. Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade.

§ 3º. Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

A estabilidade seria então a garantia constitucional de permanência no serviço público outorgada ao servidor que, nomeado por concurso, em caráter efetivo, tenha transposto o estágio probatório de dois anos<sup>4</sup>. Assim são dois os pressupostos da estabilidade: a efetividade e o decurso do prazo de dois anos.

A efetividade é uma qualidade do provimento originário por concurso. É um atributo do cargo, enquanto a estabilidade é um atributo do ocupante do cargo.

O estágio probatório tem o objetivo de avaliar o desempenho do servidor no exercício da função pública. Após o período de dois anos, a Administração, com base neste desempenho, apurará a conveniência ou não da permanência de determinado servidor no serviço público. Caso seu desempenho não seja satisfatório poderá ser justificadamente exonerado, independentemente de processo administrativo.

Os parágrafos do Art. 41 tratam dos efeitos da estabilidade. Atendendo ao princípio da independência do servidor público, uma vez estável, o servidor não estará mais sujeito à conveniência da Administração, não poderá mais ser *exonerado*. Ele só perderá o cargo em virtude de sentença judicial

<sup>3</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 1976, p.217

<sup>4</sup> MEIRELLES, op.cit. pag 382.

transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa, ou seja, só poderá ser punido com a pena de *demissão*.

Outro efeito da estabilidade é o direito à reintegração quando a demissão do servidor estável for invalidada por decisão judicial. Isto porque, de acordo com o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, esgotadas as instâncias administrativas o servidor ainda pode se valer do Poder Judiciário.

Por fim, tendo em vista que a estabilidade diz respeito ao serviço público, e não ao cargo, o servidor estável pode ter seu cargo extinto ou declarado desnecessário, porém deverá ser posto em disponibilidade remunerada até ser aproveitado em outro cargo compatível com o anterior. É importante salientar que, em razão da garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, o servidor posto em disponibilidade deverá perceber vencimentos e vantagens integrais.

Por tudo o que foi ressaltado a respeito deste instituto, observa-se que a preocupação em dar estabilidade ao servidor é apenas um aspecto de uma preocupação bem maior: a de dar estabilidade o próprio serviço público. Passemos então à análise da proposta de Reforma Administrativa elaborada pelo Governo Federal no que tange à estabilidade.

### 3. Análise Crítica da Questão da Estabilidade na Proposta de Reforma Administrativa do Governo

Em agosto de 1995, foram encaminhadas à Câmara dos Deputados as mensagens de números 886 e 887 da Presidência da República, apresentando emendas ao Capítulo da Administração Pública e ao Título da Organização dos Poderes da Constituição Federal. A proposta que modifica o Capítulo da Administração Pública trata da estabilidade em seu artigo 8º.

De acordo com a exposição de motivos encaminhada ao Congresso Nacional, “não se propugna a extinção da estabilidade”, mas sim uma “flexibilização” deste instituto. O que a Reforma Administrativa pretende é uma estabilidade em dois níveis: *rígida*, para “as categorias que desenvolvam funções exclusivas de Estado”; e *flexível*, para os demais servidores públicos.

Deve-se, no entanto, analisar mais de perto as disposições a que o artigo alterado se refere. O Artigo 41 passaria então a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 41. São estáveis após cinco anos de efetivo exercício, os servidores nomeados para cargos de provimento efetivo em virtude de concurso público, só podendo ocorrer a perda de cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - por desídia, improbidade ou qualquer outra falta grave apurada mediante processo administrativo em que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa;

III - por insuficiência de desempenho no exercício de suas funções, apurada mediante processo administrativo específico em que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa;

IV - por necessidade da administração pública visando a redução ou reestruturação de quadros, bem como a adequação destes aos limites fixados com base no art. 169, observados os critérios de desligamento estabelecidos em lei complementar.

§ 1º. Ao servidor estável desligado do serviço público por força do disposto nos incisos III e IV será assegurada indenização, na forma e gradação prevista em lei.

§ 2º. Quando o desligamento do servidor ocorrer com fundamento no inciso IV, o cargo respectivo será considerado extinto ficando vedada a criação de novo cargo para as mesmas funções durante o período de quatro anos.

§ 3º. Ao servidor público estável que em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo desenvolva atividades exclusivas de Estado, definidas em lei complementar, cujo exercício exija garantias especiais contra a perda do cargo, não se aplica o disposto no inciso IV.

§ 4º. É obrigatória, antes de completado o estágio probatório, como condição para a aquisição da estabilidade a submissão do servidor nomeado para cargo efetivo a avaliação periódica e específica de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

§ 5º. Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 6º. Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, e não tendo sido aplicado o disposto no inciso IV o servidor estável ficará em disponibilidade, até seu adequado aproveitamento em outro cargo, com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

Logo no *caput* do artigo, o período de estágio probatório é estendido para 5 anos de efetivo exercício, o que não nos parece muito conveniente uma vez que a maior parte dos mandatos eletivos - Governadores, Prefeitos, Deputados - são de quatro anos. Isto poderia dar margem a perseguições ou manipulações de ordem política que acabariam por impedir que



o servidor, aprovado em concurso e nomeado para cargo efetivo durante um governo, fosse exonerado pelo governo seguinte antes que alcançasse a estabilidade.

Os incisos I e II não representam novidade, o § 1º do atual art. 41 da Constituição Federal já prevê a perda do cargo do servidor estável em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa, neste último caso estão incluídas a desídia, a improbidade e qualquer outra falta grave punível com demissão.

O inciso III refere-se à *insuficiência de desempenho no exercício da função*. Esta expressão não pode ser entendida como um sinônimo da palavra desídia, posto que está prevista em inciso diferenciado e exclusivo. Estaria então o servidor que adoece, que faz uso de licença médica, ou de licença para tratamento em pessoa da família apresentando desempenho insuficiente? Quais seriam os indícios da insuficiência de desempenho e quais os critérios utilizados para apurá-la? O inciso não apresenta maiores esclarecimentos, da mesma forma a exposição de motivos da proposta se limita a prever a “implantação de mecanismos de avaliação de desempenho dos servidores”.

Ora, existem no serviço público um sem número de funções em cada uma das esferas administrativas. Conseguirá o governo implantar mecanismos que avaliem desempenho em todas estas funções? Ao contrário de moralizar, este dispositivo pode significar um convite a demissões arbitrárias, prejudiciais tanto ao servidor quanto ao serviço público.

O inciso IV reserva à lei complementar os critérios de desligamento de servidores por necessidade da administração pública no caso de excesso de quadros. Tal dispositivo combinado o artigo 2º da mesma proposta, o qual prevê a contratação sem necessidade de concurso público, pode favorecer a uma política de clientelismo e nepotismo.

O § 1º prevê uma indenização para o servidor estável que for demitido “sem justa causa” (incisos III e IV). Este dispositivo esboça uma proteção contra a despedida arbitrária do servidor público, mas, na verdade o servidor ficaria mais desprotegido que o trabalhador comum. Isto porque o trabalhador regido pela CLT além de contar com uma indenização de 40% do valor do saldo do FGTS, ainda pode levantar o saldo deste fundo para sobreviver até conseguir um novo emprego. Talvez, o próximo passo deveria ser a criação de um “fundo de garantia para servidores com estabilidade flexível”.

O § 2º também pretende impor um freio às arbitrariedades, todavia o cargo considerado desnecessário por um administrador poderá ser restabelecido por outro, já que o período em que a criação está proibida é de 4 anos.

A chamada estabilidade *rígida* é tratada pelo § 3º, o qual também reserva à lei complementar a tarefa de estabelecer quais as “atividades exclusivas de Estado”. Há que se considerar, entretanto, que nas esferas estadual e municipal, existem diversas funções que não se enquadram no perfil que o Governo Federal adota e que não podem ser ignoradas.

O § 4º cria um terceiro requisito para a aquisição da estabilidade: a avaliação periódica e específica do desempenho do servidor, que será realizada por uma comissão. Porém o parágrafo não faz menção à composição desta comissão.

Os parágrafos 5º e 6º prevêem a disponibilidade remunerada, no entanto estabelecem que os vencimentos deverão ser proporcionais ao tempo de serviço. Tal disposição está em total desacordo com o a garantia constitucional da *irredutibilidade de vencimentos*, assegurada pelo constituinte originário como um direito individual do servidor público e, portanto, incluído no rol das cláusulas pétreas que não podem ser objeto de emenda constitucional.

#### 4. A Questão dos Direitos Adquiridos

A proposta de Reforma Administrativa ignora completamente o direito adquirido. Os governadores dos Estados aguardam ansiosamente a aprovação da emenda e já contabilizam a número de servidores estáveis que pretendem despedir.

Quando da apreciação da emenda pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, o parecer do Relator Prisco Viana restringiu a possibilidade de demissão de funcionários por insuficiência no desempenho das funções e excesso de quadros apenas àqueles servidores que ingressarem na administração pública após a promulgação da emenda. Procurou, portanto, respeitar o direito adquirido dos servidores que já possuem estabilidade.

Tal postura causou indignação por parte dos governadores dos estados. O Governador de Goiás, Maguito Vilela, numa demonstração pública de insubordinação aos preceitos constitucionais, declarou que em seu estado não respeitava direitos adquiridos: “Lá em Goiás eu não respeito o direito adquirido porque ele é menor que o direito nascido”.<sup>5</sup>

No mesmo sentido o Governador do Distrito Federal, Cristóvam Buarque, afirmou que sempre “lutou contra os direitos adquiridos dos latifundiários” e, portanto, “não poderia ficar a favor dos direitos adquiridos dos privilegiados”.<sup>6</sup>

<sup>5</sup>Jornal do Brasil de 27.09.95 - Seção Política e Governo

<sup>6</sup>idem.

Ora, ou existe direito adquirido e, sendo assim, deve ser respeitado - seja seu titular latifundiário, empresário, trabalhador ou servidor público - ou não existe tal direito. Não cabe ao administrador ou ao legislador resolver quais os direitos adquiridos que devem ser observados. De acordo com José Afonso da Silva o direito adquirido é um direito subjetivo que ainda não havia sido exercido quando do advento de lei nova: "Se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em *direito adquirido* porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular".<sup>7</sup>

A estabilidade dos direitos subjetivos é uma das garantias individuais elencadas no art. 5º da Constituição Federal. Como tal, não é passível de ser emendada, e significa um limite intransponível por qualquer proposta de emenda.

Deve-se observar ainda que o inciso XXXVI do art. 5º ao estabelecer que "a lei não prejudicará o direito adquirido ...", não está se referindo apenas à lei ordinária. Aqui, a palavra lei deve ser entendida *lato sensu*, caso contrário leis complementares ou emendas constitucionais poderiam prejudicar não só o direito adquirido, mas também o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Da mesma forma, nenhuma emanção do poder constituinte derivado pode ser contrária ao princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, embora o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal também faça referência à lei.

Pode-se afirmar que não há direito adquirido apenas contra a Constituição, ou melhor, contra o poder constituinte *originário*, uma vez que este inaugura uma nova ordem constitucional, sendo portanto incondicionado ou, nas palavras de Sieyès, "independente de toda formalização positiva".

Ocorre que em 24.10.95, o plenário da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, movido por fundamentos políticos - e não jurídicos -, derrubou o parecer do Relator Prisco Viana, e, com 27 votos a favor e 23 contra, foi aprovado o fim da estabilidade. No dia seguinte, as manchetes dos jornais já anunciavam o número de servidores estáveis que os governadores pretendiam demitir.<sup>8</sup>

Por fim, caso tais medidas eivadas de inconstitucionalidades sejam aprovadas pelas Casas do Congresso Nacional, é preciso que sejam freadas pelo Poder Judiciário e, principalmente, que o Supremo Tribunal Federal cumpra seu papel de "Guardião da Constituição", defendendo o fiel cumprimento de suas normas.

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 1992, p.380

<sup>8</sup> Jornal do Brasil, 27.10.95 - Seção Política e Governo: "Goiás demitirá 20 mil".

## 5. Conclusão

Entendemos ser inconstitucional a proposta de emenda que altera os dispositivos relativos à estabilidade. Não deveria sequer ter sido aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Mesmo que estivesse de acordo com os princípios constitucionais, tal proposta, emanção do poder constituinte derivado que é, teria de respeitar os direitos adquiridos daqueles que já fossem estáveis. Esta, conforme já visto, foi a posição tímida adotada pelo parecer do Relator Prisco Viana, que foi derrubada no plenário da Comissão.

Mais uma vez, a pressão política mostra-se mais forte que a coerência jurídica dentro do Poder Legislativo. O açodamento que caracteriza esta reforma pode nos levar a um processo de substituição de mão de obra com objetivos escusos. Tamanho desrespeito aos princípios constitucionais que regem nossa Administração Pública deve, obrigatoriamente, esbarrar nos Tribunais, caso contrário estaremos, com a conivência do Poder Judiciário, rasgando a Lei Maior que deveria reger o país, quebrando nosso pacto social e voltando ao estado de natureza hobbesiano.

## Bibliografia

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros Editores, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros Editores, 1992.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*, vol.IV, Rio de Janeiro, Forense, 1967.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1976.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, Tomo III, Arts. 34 a 112, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976.

## **A EXEQÜIBILIDADE DE NOTA PROMISSÓRIA, COM VALORES EXPRESSOS EM MOEDA ESTRANGEIRA**

**Luciano Vianna Araújo**

Persiste, ainda, controvérsia sobre se uma nota promissória, com valores expressos em moeda estrangeira, pode embasar uma ação de execução, por título extrajudicial, na forma do art. 585, inciso I, do CPC.

Na abordagem da matéria, cumpre, antes de tudo, definir os títulos de crédito, notadamente a nota promissória. Após, cabe verificar, em nosso ordenamento jurídico, as normas sobre o pagamento em moeda estrangeira, assim como as regras acerca dos índices de correção monetária. Por fim, nesse contexto, deve-se analisar a exeqüibilidade da nota promissória.

Os títulos de crédito representam uma obrigação pecuniária, com a qual não se confundem. Segundo clássica definição de VIVANTE, constitui "*documento necessário para o exercício do direito, literal e autônomo, nele mencionado*"<sup>1</sup>

Têm-se, como princípios informativos do direito cambiário, a cartularidade, a literalidade, a autonomia e a abstração. O princípio da cartularidade exige a posse do título, pelo credor, para o exercício do direito nele contido. Assim, por exemplo, sem o título de crédito, o credor não pode cobrá-lo através da ação de execução, por título extrajudicial. Não se pode sequer instruir a demanda com cópia, ainda que autenticada, do título de crédito.

---

<sup>1</sup> Cf. FÁBIO ULHOA COELHO, *Manual de Direito Comercial*, 6ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1995, p. 215.

Segundo o princípio da literalidade, a cártula exprime a existência, o conteúdo, a extensão e a modalidade do direito nela mencionado<sup>2</sup>. No título, encontram-se todos os elementos da relação jurídico-cambial.

A emissão do título de crédito gera um direito (cartular) diverso, em tese, daquele que o motivou (extracartular). Pelo princípio da abstração, ao adquirente do título não se pode opor as exceções decorrentes da relação extracartular.

Por sua vez, por força do princípio da autonomia, as obrigações cambiais revelam-se independentes umas das outras (art. 43 do Decreto nº 2.044/1908 e art. 7º do Anexo I da Lei Uniforme). Assim, por exemplo, não se pode afastar a responsabilidade (cambiária) do avalista em virtude da falsificação ou da nulidade de outra assinatura aposta no título. A circularidade do título de crédito pressupõe a sua autonomia.

Conceitua-se a “*nota promissória como sendo o título de crédito pelo qual uma pessoa, denominada emitente, faz uma promessa pura e simples, abstrata e direta, a outrem, designado como beneficiário, de lhe pagar, ou a terceiro por sua ordem, em uma época certa, uma quantia determinada, sendo, juntamente com a letra de câmbio, identificada pela expressão cambial*”<sup>3</sup>.

O art. 25 do Decreto nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, que define a letra de câmbio e a nota promissória e regula as operações cambiais, autoriza a emissão de título de crédito, com valores expressos em moeda estrangeira, ordenando, contudo, que o pagamento seja feito em moeda nacional, salvo disposição em contrário:

*Art. 25 - “A letra de câmbio deve ser paga na moeda indicada. Designada moeda estrangeira, o pagamento, salvo determinação em contrário, expresso na letra, deve ser efetuado em moeda nacional, ao câmbio à vista do dia do vencimento e do lugar do pagamento; não havendo no lugar curso de câmbio, pelo da praça mais próxima”.*

O Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966, determina a execução e o cumprimento das Convenções, assinadas em Genebra, em 7 de junho de 1930, pelo Brasil, para adoção de uma Lei Uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias, observadas as reservas feitas.

<sup>2</sup> Cf. WALDIRIO BULGARELLI, *Títulos de Crédito*, 11ª edição, Atlas, São Paulo, 1995, p. 59.

<sup>3</sup> Cf. LUIZ EMYGDIO F. DA ROSA JR., *Letra de Câmbio e Nota Promissória*, Livraria Freitas Bastos S/A, Rio de Janeiro, 1984, p. 465.

Nos termos da primeira alínea do art. 41 do Anexo I da Lei Uniforme, prevendo-se o cumprimento em moeda que não tenha curso legal no lugar do pagamento, paga-se em moeda do país, mediante o câmbio:

*Art. 41 - “Se numa letra se estipular o pagamento em moeda que não tenha curso legal no lugar do pagamento, pode a sua importância ser paga na moeda do país, segundo o seu valor no dia do vencimento. Se o devedor está em atraso, o portador pode, à sua escolha, pedir que o pagamento da importância da letra seja feito na moeda do país ao câmbio do dia do vencimento ou ao câmbio do dia do pagamento.*

*A determinação do valor da moeda estrangeira será feita segundo os usos do lugar de pagamento. O sacador pode, todavia, estipular que a soma a pagar seja calculada segundo um câmbio fixado na letra.*

*As regras acima indicadas não se aplicam ao caso em que o sacador tenha estipulado que o pagamento deverá ser efetuado numa certa moeda especificada (cláusula de pagamento efetivo numa moeda estrangeira)”.*

O Brasil aderiu à reserva do art. 7º do Anexo II da Lei Uniforme, em virtude do que pode impedir o pagamento, em seu território, de título de crédito em moeda estrangeira.

*Art. 7º - “Pelo que se refere às letras pagáveis no seu território, qualquer das Altas Partes Contratantes tem a faculdade de sustar, se o julgar necessário, em circunstâncias excepcionais relacionadas com a taxa de câmbio da moeda nacional, os efeitos da cláusula prevista no art. 41 relativa ao pagamento efetivo em moeda estrangeira. A mesma regra se aplica no que respeita à emissão no território nacional de letras em moedas estrangeiras”.*

Portanto, diante daquela reserva, não possui vigência a alínea terceira do art. 41 do Anexo I da Lei Uniforme, como ensina FÁBIO ULHOA COELHO<sup>4</sup>. As demais alíneas do art. 41 do Anexo I da Lei Uniforme não foram

<sup>4</sup> Ver *Código Comercial e Legislação Complementar Anotados*, Editora Saraiva, São Paulo, 1995, p. 413.

afetadas pela reserva, sendo, portanto, normas jurídicas com plena validade e eficácia.

Assim, deve-se verificar, no ordenamento interno, a possibilidade de emissão e/ou de pagamento de títulos de crédito em moeda estrangeira.

O Código Comercial (Lei nº 556, de 25 de junho de 1850), em seu art. 431, parte final, permitia o pagamento em "moeda metálica":

Art. 431 - (...) "*Se a dívida for em moeda metálica, na falta desta o pagamento pode ser efetuado na moeda corrente do país, ao câmbio que correr no lugar e dia do vencimento; e se, havendo mora, o câmbio descer, ao curso que tiver no dia em que o pagamento se efetuar; salvo tendo-se estipulado expressamente que este deverá ser feito em certa e determinada espécie, e a câmbio fixo*".

Por sua vez, o Código Civil (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916), no art. 947, parágrafo 1º, possibilitava o pagamento em moeda estrangeira:

Art. 947 - Parágrafo 1º "*É, porém, lícito às partes estipular que se efetue em certa e determinada espécie de moeda, nacional ou estrangeira*".

O Decreto nº 23.501, de 27 de novembro de 1933, declarou nula qualquer estipulação de pagamento em ouro ou em determinada espécie de moeda que não fosse a moeda nacional, que, na época, era o mil-réis:

Art. 1º - "*É nula qualquer estipulação de pagamento em ouro, ou em determinada espécie de moeda, ou por qualquer meio tendente a recusar ou restringir, nos seus efeitos, o curso forçado do mil-réis papel*".

Art. 2º - "*A partir da publicação deste Decreto, é vedada, sob pena de nulidade, nos contratos executáveis no Brasil, a estipulação de pagamento em moeda que não seja a corrente, pelo seu valor legal*".

O Decreto nº 23.501/33, dessa forma, revogou o disposto no art. 947, parágrafo 1º, do Código Civil, e o contido na parte final do art. 431 do Código Comercial.

Posteriormente, em 11 de setembro de 1969, o Decreto-lei nº 857 consolidou e alterou a legislação sobre o pagamento em moeda estrangeira de obrigações executáveis no Brasil, com o que se revogou o Decreto nº 23.501/33 e demais disposições em contrário:

Art. 1º - "*São nulos de pelo direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, executáveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro*".

De acordo com o art. 1º do Decreto-lei nº 857/69, que regula a matéria, proíbe-se, tão somente, a estipulação, em contratos, títulos e quaisquer outros documentos, do pagamento de obrigações, a serem cumpridas no Brasil, em moeda diversa da nacional, sob pena de nulidade. Ou seja: veda-se apenas o pagamento em moeda estrangeira, sendo lícita a estipulação de correção monetária com base em moeda estrangeira.

Portanto, aquela norma legal não impede que se emita título de crédito, com valores expressos em moeda estrangeira, para pagamento em moeda nacional, mediante a conversão da moeda no dia do vencimento.

Repita-se que a primeira alínea do art. 41 do Anexo I da Lei Uniforme prescreve a conversão, para a moeda nacional, dos valores expressos em moeda estrangeira, nos títulos de crédito, no momento de seu vencimento, assim como o art. 25 do Decreto nº 2.044/08. A reserva ao art. 7º do Anexo II da Lei Uniforme não negou vigência àquela norma jurídica.

Nessas circunstâncias, a emissão em moeda estrangeira, para pagamento em moeda nacional, serviria apenas como critério para a correção monetária dos valores expressos no título de crédito, o que não ofende o disposto no art. 1º do Decreto-lei nº 857/69.

Ocorre que, em 17 de junho de 1977, a Lei nº 6.423 fixou como critério único para a correção monetária a Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN):

Art. 1º - "*A correção, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária somente poderá ter por base a variação nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN)*".

Parágrafo 1º. *O disposto neste artigo não se aplica:*

a) *aos reajustamentos salariais de que trata a Lei nº 6.147, de 29 de novembro de 1974;*

b) ao reajustamento dos benefícios da previdência social, a que se refere o § 1º do art. 1º da Lei nº 6.205, de 29 de abril de 1975; e

c) às correções contratualmente prefixadas nas operações de instituições financeiras.

Parágrafo 2º. *Respeitadas as exceções indicadas no parágrafo anterior, quaisquer outros índices ou critérios de correção monetária previstos nas leis em vigor ficam substituídos pela variação nominal da ORTN.*

Parágrafo 3º. *Considerar-se-á de nenhum efeito a estipulação, na vigência desta lei, de correção monetária com base em índice diverso da variação nominal da ORTN*".

Assim, desde o advento da Lei nº 6.423/77, não se pode convencionar outro critério para correção monetária que não seja a Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN), sob pena de não ser considerado.

Nesse passo, diga-se que a Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN) foi substituída, em março de 1986, pela Obrigação do Tesouro Nacional (OTN), esta cedeu lugar, em fevereiro de 1989, ao Bônus do Tesouro Nacional (BTN), que, por sua vez, também já foi substituído.

Atualmente, a medida provisória nº 1.540-21, de 13 de fevereiro de 1997, proíbe a emissão de nota promissória com previsão de pagamento (ou vinculação) em moeda estrangeira, conforme o art. 1º, parágrafo único, alínea g:

Art. 1º - *"As estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exequíveis no território nacional deverão ser feitas em REAL, pelo seu valor nominal.*

Parágrafo único. *São vedadas, sob pena de nulidade, quaisquer estipulações de:*

a) *pagamento expressas em, ou vinculadas a ouro ou moeda estrangeira, ressalvado o disposto nos arts. 2º e 3º do Decreto-lei nº 857, de 11 de setembro de 1969, e na parte final do art. 6º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994*".

Conclui-se, portanto, que a legislação atual veda a estipulação do pagamento em moeda estrangeira ou, meramente, a correção monetária de

obrigações pecuniárias, exequíveis no Brasil, com base em variação do câmbio de moeda estrangeira.

Resta saber como os Tribunais, notadamente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, têm decidido quando se deparam com obrigações que prevêm o seu cumprimento ou atualização monetária em moeda estrangeira. A controvérsia gira em torno do seguinte ponto: a obrigação em si é nula ou, tão somente, desconsidera-se a cláusula de pagamento (ou de correção monetária) em moeda estrangeira.

Antes da instituição do Superior Tribunal de Justiça, pela Constituição Federal de 1988, cabia ao Supremo Tribunal Federal decidir essa matéria, de natureza infraconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que nula seria, apenas, a estipulação do pagamento em moeda estrangeira e não a obrigação em si, como se depreende do v. acórdão, a seguir transcrito:

*"Moeda estrangeira. Nulidade da estipulação do pagamento em moeda estrangeira mas não da obrigação assumida. Pagamento em moeda nacional ao câmbio do dia em que foi firmado o contrato de mútuo. Precedentes do Supremo Tribunal Federal"*.<sup>5</sup>

Nas razões do seu voto, o Min. EVANDRO LINS E SILVA, relator do v. acórdão acima transcrito, ensina que, se acolhesse a tese de que a obrigação em si é nula, se estaria consagrando a má-fé do devedor, que não pode alegar a própria torpeza. Por outro lado, o Direito também não admite o enriquecimento sem causa.

Em Sessão Plenária, de 8 de setembro de 1976, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, que, para impedir o enriquecimento sem causa, converte-se o valor da moeda estrangeira para o dia em que se contraiu a obrigação:

*"Mútuo, em moeda estrangeira, contraído e exequível no Brasil. Inteligência do art. 2º do Decreto nº 23.501, de 27 de novembro de 1933. Aplicação do princípio de que é vedado o enriquecimento sem causa. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. A conversão da moeda estrangeira em moeda nacional se faz pelo câmbio da data em que foi contraída a obrigação, e não do seu pagamento, pois, com base*

<sup>5</sup> Primeira Turma, rel. Min. EVANDRO LINS E SILVA, no agravo de instrumento nº 39.356-GB, julgado em 24 de outubro de 1966, in Revista Trimestral de Jurisprudência nº 40/15.

*no enriquecimento sem causa, apenas se restituem as partes ao status quo ante”.*<sup>6</sup>

Não se pode, d. v., concordar com a decisão, acima transcrita, pois, quando do julgamento, em setembro de 1976, inexistia, em nosso ordenamento jurídico, norma que proibisse a estipulação da atualização monetária com base na moeda estrangeira, como verificou o Min. CUNHA PEIXOTO (voto vencido), o que só ocorreu a partir da Lei nº 6.423/77.

Nesse contexto, mais acertado o v. acórdão, de que foi relator o Min. THOMPSON FLORES, que, antes da Lei nº 6.423/77, permitiu a correção monetária com base em moeda estrangeira:

*“Notas promissórias. Pacto adjeto, fixando seu valor em conformidade com a estimação do dólar à época do vencimento.*

*Nulidade da cláusula. Incorre porque se valeram as partes de mero critério, semelhante a correção monetária, não proibido pelo D. 21.316-32 e legislação que o seguiu, pertinente à vedação ali estatuída”.*<sup>7</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, em consonância com o Supremo Tribunal Federal, considera sem efeito a estipulação do pagamento ou da correção monetária em moeda estrangeira, ordenando a conversão para a moeda nacional na data da prevista no contrato ou no título executivo:

*“Correção monetária. Termo inicial previsto no contrato.*

*Uma vez cancelada, por força de lei de ordem pública, a estipulação da correção monetária com base na variação cambial da moeda norte-americana, tal fato em nada afeta a convenção das partes com respeito ao termo inicial de incidência da correção monetária”.*<sup>8</sup>

Nesse contexto, converter-se-ia o valor, estipulado em moeda estrangeira, na nota promissória, para a moeda nacional, na data do ajuste da obrigação, corrigindo-se a quantia pelos índices oficiais de inflação, pois não se

<sup>6</sup> Sessão Plenária, rel. Min. MOREIRA ALVES, recurso extraordinário nº 80.172-RJ, julgado em 8 de setembro de 1976, in *Revista Trimestral de Jurisprudência* nº 82/491.

<sup>7</sup> Sessão Plenária, rel. Min. THOMPSON FLORES, no recurso extraordinário nº 73.635-GB, julgado em 12 de abril de 1973, in *Revista Trimestral de Jurisprudência* nº 65/446.

<sup>8</sup> Quarta Turma, rel. Min. BARROS MONTEIRO, recurso especial nº 996-MS, julgado em 6 de fevereiro de 1990, in *Revista do Superior Tribunal de Justiça* nº 7/410.

considera a atualização monetária um acréscimo. Ademais, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, admitir o direito ao crédito, previsto em nota promissória, com valores em moeda estrangeira, mas, por outro lado, vedar qualquer correção monetária daqueles valores, importaria, na prática, na própria negativa do direito:

*“Em regime de violenta inflação, reconhecer o direito ao crédito e negar a atualização de seu valor é o mesmo que negar o direito”.*<sup>9</sup>

Por fim, diga-se que o processo aritmético, com a finalidade de converter os valores em moeda estrangeira, prescritos na nota promissória, para a moeda nacional, bem como o de, em seguida, atualizá-los monetariamente, não retira, do título cambiário, sua executividade.

A respeito, eis o ensinamento de J. J. CALMON DE PASSOS, ao versar sobre a nova redação do art. 604 do CPC, introduzida pela Lei nº 8.898, de 29 de junho de 1994:

*“Nunca se teve dúvida de que, em se tratando de título executivo extrajudicial, estava o credor-exequente autorizado a “atualizar” o valor cartulado no título, desde que adotadas as bases de cálculo nele definidas e as previstas em lei com incidência necessária, porque cogentes ou, se dispositivas, por não terem pactuado diversamente os interessados”.*<sup>10</sup>

Acrescente-se que, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a emissão do título de crédito com valores em ORTN's não o invalida, nem tampouco impede sua cobrança, por meio de ação de execução:

*“Embargos à execução. Nota promissória emitida em ORTN's.*

*A circunstância de o título estar emitido em ORTN's ou conter a expressão numérica a elas correspondente não é suficiente para invalidá-lo. Precedentes do Supremo Tribunal Federal”.*<sup>11</sup>

Por outro lado, segundo o ensinamento de J. J. CALMON DE PASSOS, a conversão (por exemplo, de ORTN ou, até mesmo, de moeda

<sup>9</sup> Primeira Turma, rel. Min. GARCIA VIEIRA, recurso especial nº 21.354-3-PR, julgado em 1º de junho de 1992, in *Revista do Superior Tribunal de Justiça* nº 29/572.

<sup>10</sup> Cf. *Inovações no Código de Processo Civil*, 2ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1995, p. 41.

<sup>11</sup> 4ª Turma, rel. Min. BUENO DE SOUZA, recurso especial nº 607-SP, julgado em 3 de outubro de 1989, in *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, nº 5/526.

estrangeira) deve atender aos critérios de cálculo previstos no próprio título ou aqueles com incidência obrigatória, por força de lei cogente ou dispositiva (caso não haja prescrição na cártula).

Observe-se que, com a nova redação do art. 604 do CPC, eliminou-se, de uma vez por todas, a liquidação, por cálculo do contador, devendo, por isso, o exequente apresentar, com a inicial, memória discriminada e atualizada do seu crédito, consubstanciado em título executivo, judicial ou extrajudicial.

Por essas razões, impõe concluir que a emissão de nota promissória, com previsão de pagamento (ou correção monetária) em moeda estrangeira, não impede sua cobrança, através de ação de execução, por título extrajudicial, mediante a apresentação da planilha com a conversão dos valores, para a moeda nacional, na data da estipulação da obrigação, atualizando-se monetariamente o principal, pelos índices oficiais.

## A FORMAÇÃO DO PARLAMENTO ALEMÃO: DO CONGRESSO DE VIENA À REPÚBLICA DE WEIMAR

Marco Aurelio Peri Guedes\*

### Sumário

1. Introdução. 2. História do Parlamento Alemão. 2.1. Do Congresso de Viena à Assembléia de Frankfurt - A era Metternich (1815/1848). 2.2. Da Assembléia de Frankfurt à Unificação alemã - A era de Bismarck (1848/187). 2.3. Da Constituição alemã de 1871 à Primeira Guerra Mundial. 3. O Parlamento na República de Weimer. 3.1. O Congresso Constituinte de 1919. 3.2. O Parlamento e a representação da cidadania - Os partidos políticos da República. 3.3. O crepúsculo do Reichstag. 4. Conclusão.

### 1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo traçar um perfil histórico do nascimento, evolução e consolidação do Parlamento na Alemanha. Tem início o trabalho com uma abordagem histórica do Congresso de Viena, ocasião em que podem ser vislumbrados na Alemanha vestígios do nascimento de uma instituição parlamentar, em conformidade com as demandas dos cidadãos alemães; analisando em seguida Assembléia de Frankfurt de 1848 e a Carta alemã de 1871. Com a derrota dos exércitos alemães na Primeira Guerra Mundial e a queda da Dinastia Hohenzollern, o engrandecimento do Parlamento ocorrido nos anos da

\* Aluno do Programa de Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio.



guerra resultam em sua definitiva consolidação quando do nascimento da República de Weimar em 1919.

Cabe lembrar, antes de mais nada, que no período de 1815 a 1870 não se pode falar em uma unidade política do povo alemão. Para evitar mal entendidos quando da leitura do presente trabalho, deve-se ter em mente que apesar de ainda ser um povo politicamente fragmentado, apresentava-se como uma nação, com língua, costumes e passado histórico muito semelhantes.

Basta dizer que à esta época, apesar de a Alemanha estar dividida em vários pequenos Estados soberanos, um deles já se destacava e viria a tomar uma posição de proeminência e influência no *Heartland* europeu: a Prússia. Por sua posição geográfica, sua notável organização e o forte papel desempenhado por sua aristocracia rural - *Junkers*, a influência da Prússia sobre os demais Estados de língua germânica, se faria visivelmente concreta quando da própria Assembléia de Frankfurt em 1848, bem como posteriormente quando do processo de unificação alemã, em 1870, sob a condução do Chanceler Otto von Bismarck.

No século XIX, a “política alemã”, devendo ser entendida como assinalado há pouco, foi dominada por dois líderes de vulto internacional no fórum das nações européias: o austríaco Metternich (de 1815 a 1850) e o prussiano Bismarck (1850 a 1890). Mesmo não sendo alemão, Metternich não pode ser excluído deste trabalho devido ao seu papel nas relações entre a Áustria e os Estados alemães.

O Parlamento alemão como instituição independente do Executivo imperial, só adquirir este grau de destaque na República fundada em 1919. De fato, o início das grandes reformas sociais no Estado alemão já haviam começado desde o último quartel do século XIX, quando da elaboração de várias leis de conteúdo social, objetivando adaptar a Alemanha à sua nova realidade de país industrializado e também com intuito de frear o avanço do socialismo e sua representação no Parlamento.

No capítulo II é retratada, portanto, a evolução do parlamento alemão desde suas raízes históricas no século XIX, passando pela Assembléia de Frankfurt em 1848 e o momento da unificação da Alemanha em 1870. Não se pode perder de vista o fato de que por volta de 1815, já havia um forte núcleo histórico-parlamentar nos Estados alemães. Para efeito deste trabalho, todos os fragmentados Estados alemães foram considerados como se a Alemanha já estivesse unificada, apesar de não ser o método ideal.

Do contrário, poder-se-ia apenas, com rigor, estudar a sua evolução a partir da Constituição alemã de 1871, relegando a segundo plano o seu nascedouro. Cumpre notar, ainda, que não são consideradas as contribuições das

várias dietas dos Estados alemães para o grande parlamento alemão, limitando-se a o enfoque ao papel do *Reichstag* prussiano, a autêntica raiz histórica do moderno parlamento alemão.

No capítulo III é feita uma breve análise do Parlamento na República de Weimar, após a sua nova feição democrática trazida pela Constituição alemã de 1919. Fica evidenciado que a sua organização interna era idêntica ao Parlamento de 1871, com as suas novas atribuições adaptadas ao regime democrático. É ressaltada também a negligência feita ao sistema partidário e o papel do Parlamento como ator político fundamental para o estabelecimento e concretização dos direitos sociais, não só no exemplo de Weimar, mas em qualquer sistema democrático.

## 2. História do Parlamento Alemão

### 2.1. Do Congresso de Viena à Assembléia de Frankfurt - A era Metternich (1815/1848)

As nações européias no primeiro quartel do século XIX estão com as suas estruturas institucionais profundamente abaladas. A Revolução Francesa de 1789 e a ascensão de Napoleão Bonaparte ao trono da França deram à Europa um período de instabilidade política muito grande. Com Napoleão e sua *grand armée*, as monarquias européias sentiram a força dos ideais de 1789. Porém, a ameaça foi debelada finalmente pelo Duque de Wellington em Waterloo, terminando com o episódio dos “Cem dias” do retorno de Napoleão ao trono da França.

Ainda que a França estivesse derrotada, muitas das idéias revolucionárias haviam sido disseminadas pela Europa, e criado fortes raízes. Em 1814 as principais nações européias - Inglaterra, Áustria, Prússia e Rússia - reuniram-se no que ficou conhecido como o Congresso de Viena<sup>1</sup>.

No Congresso de Viena o mapa político europeu foi redesenhado. A nova ordem européia nada mais significou do que o renascimento do antigo regime, a Era da Reação das monarquias absolutas às idéias revolucionárias. Viena, sede do Congresso das potências vencedoras, significou o renascimento do poder austríaco, depois das marcantes derrotas nas campanhas napoleônicas.

Nesta ocasião desponta no cenário político do Congresso de Viena a personalidade de Klemens von Metternich, Ministro das Relações Exteriores da Áustria (Dinastia Habsburgo). A Áustria ressurgia do conflito europeu como o expoente máximo da reação absolutista, por ter sob sua responsabilidade um império com dezenas de nacionalidades em constante desejo de revolta.

<sup>1</sup> - BRUNN, G., “La Europa del siglo XIX”, p.p. 15/20.

Com o Congresso de Viena, em lugar do Sacro Império Romano, cria-se a Confederação Germânica, uma liga com pouco mais de 38 Estados alemães, incluindo a Prússia, que sofria forte influência da política externa austríaca. Os Estados da Confederação Germânica enviavam os seus representantes a uma dieta em Frankfurt-am-Main. Porém, o valor desta dieta era praticamente nulo, meramente formal. A intenção de Metternich era não permitir qualquer forma de contestação ao Poder dos Habsburgos, reprimindo constantemente os que se opunham a esta política.

A Prússia após o Congresso de Viena aproveitou para se soerguer e se fortalecer, evitando todo tipo de conflito com a Áustria. Até então, toda a política nos Estados alemães era ditada pela Áustria. Depois de 1830 a Europa ficou dividida em dois campos, um progressista e outro reacionário, um grupo de países em havia uma luta pelo fortalecimento da instituição parlamentar e outro composto pelas monarquias absolutas, reagindo brutalmente contra qualquer tentativa de limitação do poder monárquico. Em países como a Inglaterra a representação popular no Parlamento, como limitação ao poder do rei era mais forte e real do que em qualquer outro país do continente.

SIGMANN ao analisar o nacionalismo alemão anota que "*Armado desde 1815 con su ideología ambigua y su vocabulário equívoco, el nacionalismo alemán esta demasiado avanzado para su tiempo como para no enfrentar a gobernantes apasionados de independência, orden y paz*".<sup>2</sup>

Em seguida, nota que alguns autores estabeleceram um consenso no sentido de que a Prússia já em 1815 já era o estado alemão mais poderoso economicamente. O sentimento nacional alemão - *Volksgeist* - já estava sendo cultivado através do estímulo às tradições populares, ao folclore e a muitos outros aspectos da cultura alemã.

A solução encontrada pela Prússia (Dinastia Hohenzollern) para fazer frente ao poder austríaco foi a construção de uma união aduaneira já em 1818, o *Zollverein*.<sup>3</sup> Apesar de ter sido concebido nesta data, só apresentaria os seus resultados mais concretos uma década depois.<sup>4</sup> Quando a Áustria percebeu a sua força e tentou criar outro mercado paralelo, já era muito tarde. A união aduaneira alemã seria a mola mestra para a aproximação dos Estados alemães à órbita de influência política prussiana.

<sup>2</sup> - SIGMANN, J., "1848 - Las revoluciones romanticas y democráticas de Europa", p. 97.

<sup>3</sup> - KOCH, H. W., "A constitutional history of Germany", p. 87: "Although the Olmütz Punctuation prevented from this from happening, Prussia's opposition to Austria's admission to the Zollverein remained. (...) She wanted to keep intact the one group in Germany in which Prussia had gained dominance to the exclusion of Austria". Neste sentido, ver tb. SIGMANN, J, op. cit., p.p. 103 / 111 e BRUNN, G., op. cit. p. 35.

<sup>4</sup> - cf. STEINBERG, S.H., "A short history of Germany", p. 192 / 197.

Apesar de a Prússia estar começando a se fortalecer no cenário político, o que não aconteceria em definitivo senão em 1866, a Áustria ainda conservava a sua posição entre os Estados de língua alemã. Isto pode ser notado nas palavras de SIGMANN, ao dizer que nesta época a diplomacia alemã não se distinguia da austríaca, sob coordenação de Metternich. Somente com a entrada de Bismarck no cenário político alemão no Ministério das Relações Exteriores da Prússia, é que a Prússia teria assegurada uma diplomacia livre da influência austríaca e genuinamente alemã.<sup>5</sup>

A era Metternich ainda mostraria a sua força até 1848. A forte reação aos ideais liberais revolucionários, completamente sufocados na Europa Central por sua política, freou temporariamente o movimento liberal nos Estados alemães. O liberalismo alemão não era coeso e nem organizado uniformemente nos Estados alemães.

Antes mesmo do Congresso de Viena, Metternich já vinha criando um poderoso sistema de informação e de controle por todo o Império austríaco. Sua repulsa aos movimentos revolucionários liberais era intensa. A liberdade de expressão concedida limitadamente, pouco após o Congresso, permitia aos estudantes "conspirar" e protestar constantemente nas Universidades contra o Império. Jena era o centro de todo o movimento liberal, onde foi criada a bandeira alemã tricolor - negra, vermelha e dourada. A partir de Jena, outras 14 universidades alemãs estavam ligadas ao movimento liberal. O Estado de Saxônia-Weimar era, por exemplo, um oásis liberal no deserto absolutista.<sup>6</sup>

A Áustria apresentaria falhas na sua estrutura absolutista a partir de 1835, quando da morte de Friedrich I, Imperador austríaco. O seu sucessor, Fernando I, teve o seu poder entregue a um Conselho em que Metternich assumia forte liderança. As falhas que surgiriam daí referem-se às várias nacionalidades do império Habsburgo, que começavam a demandar por mais e mais concessões políticas no poder. O império não tinha uma forte tradição burocrático-administrativa (ao contrário da Prússia), o governo estava fragmentado e a condução dos negócios políticos decaía cada vez mais. O descontentamento popular com a monarquia austríaca era crescente.<sup>7</sup> A Áustria encarava o seu declínio no cenário europeu. Metternich já havia reconhecido esta situação há muito tempo. Seu momento havia passado.

Assim foi a era Metternich, de forte reação aos ideais reevolucionários ao início da decadência política e de sua influência nos Estados alemães. Por outro lado, a Prússia articulando-se para liderar os Estados alemães, através da União Aduaneira.

<sup>5</sup> - cf. SIGMANN, J., op. cit., p. 98.

<sup>6</sup> - SIGMANN, J, op. cit., p. 101.

<sup>7</sup> - cf. BRUNN, G., op. cit., p.p. 60 / 62.

## 2.2. Da Assembléia de Frankfurt à Unificação Alemã - A era de Bismarck (1848/1870)

O ano de 1848 marca o retorno da onda de protestos havidos em 1830, e novamente a chama da revolta vem de Paris. Porém, o motivo agora é diverso. As colheitas não haviam sido tão boas quanto nos anos anteriores, e a fome alimentou o espírito revolucionário do povo francês, espalhando-se para a Alemanha e outros países<sup>8</sup>. No momento, interessa analisar tão-somente a repercussão deste movimento nos Estados alemães.

Em Viena as revoltas populares atingiram plenamente os seus objetivos, graças à fraca personalidade do Imperador Fernando I.. 1848 representa a crise terminal da Era Metternich. Por não conseguir controlar a situação, Metternich renuncia e foge da Áustria; renúncia esta aceita por Fernando I como uma das formas de apaziguar o ânimo de seus "pacíficos" vienenses<sup>9</sup>. Ao par de aceitar a renúncia de Metternich, o Imperador abole a censura e o forte sistema de controle montado por Metternich, aprova a criação de uma guarda nacional austríaca e promete uma constituição. Apesar destas medidas, os levantes no Império não param de eclodir na Hungria, Croácia e principalmente com os insurretos tchecos.

A Áustria cambaleante consegue reagir, e se salva da dissolução.

Nos Estados alemães, o incipiente liberalismo político, o forte nacionalismo e o onipresente autoritarismo alemão chocam-se duramente em 1848. A grande diferença apontada em relação à Dinastia austríaca é que o movimento revolucionário alemão era coesivo e agregador, ao contrário do primeiro em que grassavam idéias de fragmentação. Como Fernando I da Áustria, Friedrich Wilhelm IV da Prússia, rei desde 1840, ao enfrentar os seus "pacíficos" alemães em Berlim, para contornar a situação promete a elaboração de uma Constituição a seus cidadãos.

Tal é o renascimento do espírito de unidade alemão, e do sentimento nacional existente desde 1815, que data desta época pré-revolucionária - 1841 - a composição da *Deutsches Lied*, a canção "*Deutschland, Deutschland über Alles*", composta pelo saxão Hoffman von Fallersleben<sup>10</sup>, cujos versos exaltam os desejos de muitos alemães pela Unidade, Direito e Liberdade: "*Einigkeit und Recht und Freiheit, für das Deutsche Vaterland*".

<sup>8</sup> - cf. KENT, G., "Bismarck e seu tempo", p. 17.

<sup>9</sup> - cf. BRUNN, G., op. cit., p.p. 82 / 89.

<sup>10</sup> - cf. SIGMANN, J., op. cit., p. 112.

Ao par disto, uma Constituição nacional seria elaborada por representantes do povo alemão numa assembléia reunida em Frankfurt. Os representantes seriam eleitos em todos os Estados da Confederação Germânica. Segundo SIGMANN, a Assembléia de Frankfurt é a representação clara e inequívoca do prestígio dos estudantes e professores universitários no processo de unificação nacional. KENT discorda da proeminência dos acadêmicos nesta assembléia. Mas para SIGMANN, esta é uma revolução liberal nitidamente acadêmica - é o movimento dos *Akademiker*<sup>11</sup>. Não há consenso sobre o assunto, mas forte é a influência dos acadêmicos.

Mais adiante, dirá SIGMANN que "*Aspiraciones nacionales, politicas y sociales tenden a fundirse en el espíritu de gentes humildes bajo la influencia del radicalismo. El liberalismo parlamentario que dominan los Akademiker se preocupa poco por la emancipación política y social de las clases populares, pero desea apasionadamente una Alemania unificada bajo su dirección efetiva*"<sup>12</sup>.

Ao analisar a origem de 573 dos delegados à Assembléia de Frankfurt, SIGMANN registra que desta amostragem: 38 são proprietários de terras (25 destes são nobres), 7 da burguesia industrial, 13 comerciantes, 13 pequenos comerciantes, 4 artesãos, 3 camponeses e 400 acadêmicos (destes 49 professores), entre outras categorias ali representadas. Para este autor o Parlamento nacional instalado é um reflexo pálido das câmaras baixas dos estados alemães<sup>13</sup>.

O texto final aprovado em 27 de março de 1849 adotou a criação de um *Reich* federal, com um Parlamento nacional, presidido por um Imperador hereditário dos alemães, Friedrich Wilhelm IV de Prússia ("Pequena Alemanha"). Friedrich IV, eleito Imperador, renuncia à coroa que lhe haveria de ser entregue pela Assembléia, pois de outro modo estaria aceitando a força do Parlamento e da vontade popular. Esta renúncia pode ser explicada pela personalidade conservadora de Friedrich Wilhelm IV, que crê cegamente que o seu poder monárquico é de origem divina. Mesmo porque, observa SIGMANN que "*Romântico a la manera de la mayoría de los románticos alemanes de los años 1815-40, Federico Guillermo IV admira la Edad Media y venera sus instituciones*"<sup>14</sup>.

O autor prossegue ressaltando que a 5 de dezembro de 1848, Friedrich Wilhelm já havia dissolvido a Dieta prussiana e decidido a outorgar uma carta constitucional, em virtude da derrota dos revolucionários vienenses. A revolução liberal havia perdido a sua força, e não inspirava mais medo na

<sup>11</sup> - cf. SIGMANN, J., op. cit., p.p. 112 / 114.

<sup>12</sup> - cf. SIGMANN, J., op. cit., p. 171, e tb. STEINBERG, S. H., op. cit., p.p. 203 / 214.

<sup>13</sup> - cf. SIGMANN, J., op. cit., p.p. 232 / 235.

<sup>14</sup> - cf. SIGMANN, J., op. cit., p. 115.

monarquia. A Constituição de Frankfurt, ou *Paulskircheverfassung*, seria aceita por alguns Estados, e rejeitada por outros, como a Prússia e Áustria. Na verdade, a Constituição de Frankfurt redundava num fracasso, à esteira da derrota do movimento liberal na Confederação Germânica.<sup>15</sup>

TREUE assinala que na carta prussiana de 1850 “...se garantizaron ciertos derechos ciudadanos en relación con la libertad del individuo, la igualdad ante la ley y la protección de la propiedad. El principio del Estado de derecho echó raíces y se fortaleció”<sup>16</sup>.

Assim, apesar de todo o fervor das lutas e jornadas de 1848, e de todos os textos constitucionais elaborados em 1848-49, a Europa sai novamente da crise revolucionária com o autoritarismo monarquista reforçado. Até 1850 a reação absolutista ainda é fraca e desarticulada. Durante a própria Assembléia de Frankfurt, os trabalhos parlamentares progrediram pois a força do Parlamento nacional residia basicamente no consenso e apoio popular e na desagregação do absolutismo em reagir<sup>17</sup>.

Na Prússia, com a outorga da Carta constitucional de 1850, são fracas as limitações à monarquia prussiana. Cria-se o Parlamento prussiano, bicameral, cuja câmara baixa seria eleita por sufrágio universal masculino. Mas o universo de eleitores seria dividido em três classes distintas, de acordo com a capacidade de pagar impostos. Esta a forma encontrada pela dinastia Hohenzollern de garantir o predomínio de sua vontade, pois os aristocratas prussianos - *Junkers* - apesar de representarem apenas 17% do eleitorado, elegiam mais de 30% das cadeiras na Câmara. Os acontecimentos de 1848 também serviram para mostrar que a Áustria tudo faria para evitar a construção de um Estado nacional alemão sob a liderança prussiana<sup>18</sup>.

Em 1862, com a subida ao trono de Wilhelm I, que reinaria até 1889, é nomeado para o posto de Chanceler da Prússia Otto von Bismarck, chamado pelo imperador prussiano para conter a influência dos liberais no *Landtag* prussiano, em oposição às reformas militares tencionadas pelo Imperador e pelo seu Chefe de Estado Maior Helmuth von Moltke. A este respeito, escreve KOCH que

“Taking all the liberal opposition forces together they amounted 85 per cent of the Diet and a compromise with the government was no longer on the cards. This parliamentary failure brought Wilhelm to the edge of abdication by the autumn of 1862. (...) Crown and parliament had reached a deadlock, the former unwilling to suffer any inroads into its prerogative, the latter determined

<sup>15</sup> - KOCH, H. W., “A Constitutional History of Germany - In the XIX and XX centuries”, p. 71.

<sup>16</sup> - TREUE, W., “Alemanha desde 1848”, p. 22.

<sup>17</sup> - cf. SIGMANN, J., op. cit., p. 236. Ver tb. TREUE, W., op. cit. p.p. 8 / 16 e KENT, G., op. cit., p. 19.

<sup>18</sup> - BRUNN, G., op. cit., p. 87.

to throw out the military budget and impose parliamentary government upon the crown”<sup>19</sup>.

Começava a Era de Bismarck<sup>20</sup>. A partir de então, as lutas travadas pelo Chanceler de ferro, e sua política de ganhos “a ferro e sangue” prosseguiria incessantemente até 1890. As disputas internas na Dieta Prussiana seriam transferidas depois da unificação ao Parlamento imperial, em Berlim, sempre envolvendo problemas ligados à administração do orçamento. Sobre o conflito Kaiser - Reichstag , acerca do orçamento, KOCH anota que

“Roon now took a hard line: ‘The government determines the strength of the army and you have the right to approve it’. (...) The King supported his ministers. On 22 May 1863 the Second Chamber proclaimed that there was no basis for cooperation with the present government. It was supported by 239 to 61. In fact it was a vote of ‘no confidence’. (...) New elections on 28 October 1863 somewhat reduced the liberal opposition but it still commanded 70 per cent of the seats. (...) Government without a parliamentary-approved budget was continued”<sup>21</sup>. (Grifo meu)

Em 1864 é deflagrado o processo de unificação alemã de Bismarck, com a Guerra dos Ducados de Schleswig-Holstein. Áustria, Prússia e os Estados alemães do norte unem as suas armas e derrotam a Dinamarca, tomando para si os dois ducados, que seriam administrados pelos vencedores (Paz de Viena - 1864). À Áustria caberia a administração do Holstein e à Prússia o Ducado de Schleswig. Com isto, Holstein ficava isolado no *Zollverein* alemão. O norte da Alemanha estava unificado.

Em 1865 Bismarck começou a costurar suas alianças no sentido de garantir a neutralidade francesa em caso de conflito entre a Prússia e a Áustria. Napoleão III aceita a proposta de Bismarck em troca de certas benesses territoriais à Áustria, se derrotada. Isto feito, a Prússia invade o Ducado de Holstein, provocando a reação militar austríaca. Mas o recém reorganizado exército prussiano impõe a derrota às forças austríacas na Batalha de Sadowa, em 1866. O sul da Alemanha estava unificado.

Estando unificado o sul, e o norte onde fora criada a Confederação do Norte da Alemanha, uma carta constitucional foi elaborada organizando a Confederação na forma de uma união federal<sup>22</sup>. O imperador da Prússia foi designado como comandante militar e Presidente da Confederação. Os Estados membros conservavam a sua autonomia administrativa, mas a política exterior

<sup>19</sup> - cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 94, e tb. KENT, G., op. cit., p. p. 37 / 44.

<sup>20</sup> - TREUE, W., op. cit., p. 21.

<sup>21</sup> - cf. KOCH, H. W., op. cit., p. p. 94 / 98. Ver tb. TREUE, W., op. cit., p. p. 27 / 33 e KENT, G. O., op. cit. p.p. 33 / 35.

<sup>22</sup> - KOCH, H. W., op. cit., p. 107: “The parliament of the North German Confederation was not a constitutional assembly but one of several bodies who would advise and agree on a constitution”.

seria conduzida pela Prússia. KOCH escreve que depois de intensas discussões parlamentares sobre o projeto de constituição apresentado por Bismarck, o Parlamento após obrar inúmeras reformas e alterações "Finally, on 16 april 1867, the constituent Reichstag accepted the constitution by 230 votes to 53"<sup>23</sup>.

Cabe dizer que esta carta constitucional não foi ratificada, segundo KOCH, pelos parlamentos dos demais Estados da Confederação, mas somente por seus governos. Tem-se aí, a tônica deste trabalho, em que o estudo do desenvolvimento parlamentar esbarra inevitavelmente na análise concentrada da Dieta Prussiana, principal parlamento da Alemanha. Impossível seria analisar e contextualizar o papel de todos os parlamentos dos *Länder* e a sua contribuição ao espírito parlamentar alemão. Portanto, por uma questão metodológica, a pesquisa foi enfocada no Parlamento prussiano, onde foram travadas as grandes contendas entre governo (*Kaiser*) e Parlamento (*Reichstag*).

A Dieta prussiana compunha-se de membros dos Estados confederados, mas a Prússia conservava a liderança com 17 dos 43 votos do Conselho Federal (*Bundesrat*)<sup>24</sup>. Na Câmara dos Deputados (*Reichstag*), a presença de liberais em sua maioria não atrapalhava, ainda, os objetivos de Bismarck<sup>25</sup>. A Confederação do Norte da Alemanha significou a ascensão definitiva da influência prussiana nos Estados alemães, num indicio claro de declínio da Áustria. Com isto, o centro político da Europa deslocou-se para Berlim, onde ficaria, quase que ininterruptamente, até 1933. Viena perdera o seu brilho, e desde então somente Paris ameaçaria a liderança política alemã na Europa continental.

Em 1870, devido à sucessão da Coroa espanhola, surgem resistências por parte da França, que vislumbrava a possibilidade de ficar isolada entre dois Estados governados pelos Hohenzollern. Tem lugar então o incidente do Despacho de Ems, quando Bismarck altera o texto de um telegrama a ser enviado a Napoleão III, acirrando os ânimos franceses<sup>26</sup>. A revolta entre os franceses é grande, ficando decidido que a Prússia deveria ser humilhada. A 19 de julho são rompidas relações com a Prússia. Bismarck tem o seu sonho realizado, unindo o sul e o norte da Alemanha contra a França. Os franceses são derrotados nas Batalhas de Sedan e Metz, e o II Reich alemão é fundado no Salão dos Espelhos do Palácio de Versailles.

### 2.3. Da Constituição alemã de 1871 à Primeira Guerra Mundial (1871/1919)

<sup>23</sup> - KOCH, H. W., op. cit., p. 113.

<sup>24</sup> - cf. KENT, G. O., op. cit., p. 63 / 66.

<sup>25</sup> - Brunn deixa claro que apesar de todas estas restrições à expressão política na Alemanha, o avanço já era bem significativo, tanto que o parlamentar inglês John Bright, à época, desabafou que apesar dos avanços da representação "en Inglaterra el sufragio se les negaba todavia a cinco de cada seis hombres" (Brunn, G., op. cit., p. 111).

<sup>26</sup> - cf. BRUNN, G. O., op. cit., p. 125.

"Very much towards the end of his life he was asked in what parliament or representative assembly in which he had participated during his long political life had the level of discussion and debate been the highest, and he answered without hesitation: 'In the Prussian Herrenhaus'"<sup>27</sup>.

Por esta afirmação de Konrad Adenauer, o artífice da reconstrução alemã depois de 1945, pode-se verificar que na estrutura parlamentar do novo Reich alemão, onde cada *Land* tinha o seu próprio Parlamento, unicameral, a Prússia mantinha a sua incontestável liderança, não apenas com a sua burocracia e exército; mas também pelo elevado nível de debate em seu Parlamento. O Parlamento prussiano, o mais importante do Império, constituía exceção pois era bicameral, sendo composto de: *Preussisches Herrenhaus (Bundesrat)* e *Landtag (Reichstag)*<sup>28</sup>.

"The Reichstag met on 21 march and its first task was the revision of the Constitution of the North German Confederation. (...) By 14 april 1871 the editorial work had been completed and was accepted by the Reichstag with only 7 votes against, 2 Social Democrats, 4 Guelphs and 1 Dane. The Constitution of the German Reich came into force on 4 may 1871 and thus replaced the november treaties"<sup>29</sup>.

Depois de 1871, o principal problema de Bismarck não seria a política externa onde era vitorioso, e sim a batalha constante contra as influências dos liberais e de outros partidos no novo Parlamento alemão<sup>30</sup>. A primeira derrota política no Parlamento seria a da *Kulturkampf* travada contra os centristas católicos. A final, depois de sete anos de embates políticos contra a influência católica no Parlamento (1871-1878) Bismarck cede, e confirma a posição de vitória do partido Zentrum (fundado em 1848 pela Igreja Católica).

Numa breve análise do Parlamento do Reich, conforme a sua organização na Constituição de 1871, a sua composição seguia o molde do Parlamento Prussiano. Compunha-se de *Bundesrat* e *Reichstag*. O *Bundesrat* foi uma criação institucional única, peculiar à história constitucional alemã. O *Bundesrat* não pode de nenhuma maneira ser comparado a qualquer câmara alta de qualquer outro parlamento. No *Bundesrat* os Estados alemães faziam-se representar por 58 delegados nomeados pelos *Länder*. A deliberação era feita por maioria simples. A função básica do *Bundesrat* era o assessoramento técnico-legislativo ao *Reichstag*<sup>31</sup>. O *Reichstag* simbolizava e representava o povo

<sup>27</sup> - cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 276.

<sup>28</sup> - cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 275 / 277.

<sup>29</sup> - cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 122.

<sup>30</sup> - cf. STEINBERG, S. H., op. cit., p. p. 236 / 240.

<sup>31</sup> - Para maiores detalhes sobre o *Bundesrat* e *Reichstag*, vide HOWARD, B. E., p. p. 48 / 79 e artigos 6 / 20, e 20 / 32, respectivamente, da Constituição alemã de 1871.

alemão. Era, como ainda o é na República Federal da Alemanha, o órgão verdadeiramente responsável pela elaboração de leis do Império. Cada deputado representava o povo alemão em sua integralidade. Deliberava por maioria absoluta.

Em 1878 Bismarck percebe o surgimento de outra tendência política mais perigosa do que a própria Igreja católica: o socialismo. Até então apoiado pelos liberais nacionais, Bismarck rompe com eles ao perceber que estes demandam mais liberdades e poderes ao Parlamento. Assume então uma posição mais conservadora, tanto na repressão aos socialistas quanto aos liberais. O Partido Social Democrata, fundado em 1863 por Ferdinand Lassale e Wilhelm Liebknecht e de orientação marxista, também já começava a dar sinais de sua força.

O papel do Parlamento seria, então, progressivamente realçado à medida que Bismarck começa a enviar uma série de projetos de lei ao Parlamento, com vistas a frear o progresso do socialismo e do sindicalismo alemão. Estes problemas, apesar de recentes, causaram grandes preocupações. Ambos são frutos do rápido processo de industrialização alemão, no período posterior a 1870, quando começou a surgir o proletariado alemão nas grandes cidades. Mas os constantes atritos intra-parlamentares, conquanto que freqüentes, não impediam que os conservadores dominassem o Parlamento.

A Alemanha foi o primeiro Estado europeu a introduzir em grande escala um programa de segurança social. Em 1883 é criado o Seguro de Saúde e de Responsabilidade Civil, em 1884 é promulgada uma Lei de Seguro contra Acidentes, em 1889 é promulgada uma Lei de Amparo à Velhice e à Invalidez, e em 1891 é criada ampla Legislação de Proteção ao Trabalho. As reformas sociais levadas a termo por Bismarck, aprovadas pelo Parlamento, fizeram da década de 1890 a década dos Direitos Sociais<sup>32</sup>. Portanto, clara a importância do Parlamento nas reformas sociais. Ainda que sob limitações do Imperador alemão, coube ao Parlamento promover e legitimar as reformas sociais.

Em 1890, quando Wilhelm II sobe ao trono alemão e Bismarck é demitido, tem-se o grande divisor de águas na história parlamentar alemã. Os sucessores de Bismarck, por não terem a sua habilidade política, permitiram que o Parlamento se impusesse cada vez mais como força dentro do Império. Os social-democratas na época, constituíam o maior partido de oposição no Parlamento. A social-democracia chegaria ao poder em 1919, e permaneceria alternadamente no poder até 1932.

<sup>32</sup> - cf. TREUE, W., op. cit., p. p. 54 / 56; BRUNN, G., op. cit., p. 168 e STOLPER, G., "Historia Económica de Alemania", p. p. 77 / 89.

Ainda na década de 1890, segundo STONE, o Parlamento foi constantemente solicitado pelo *Kaiser* no sentido de elaborar leis que reprimissem o movimento sindical - a *Zuchthausvorlagen*, leis estas rechaçadas pelo *Reichstag*. O papel do *Reichstag* é neste período acentuado pela crescente necessidade de elaboração legislativa, provocado pelo já assinalado processo de industrialização alemão<sup>33</sup>. Já nas eleições para o *Reichstag* em 1890, o socialismo e os católicos de centro haviam conseguido a maioria, derrubando os até então dominantes liberais<sup>34</sup>.

O sucessor de Bismarck na chancelaria foi o General Leo von Caprivi, um personagem desconhecido e inexperiente em assuntos políticos. Sua política foi no sentido de se aproximar dos partidos e do Parlamento. Assim agindo, a princípio conseguiu convencer o Parlamento a aprovar o orçamento militar para 1892. Caprivi demitiu-se em outubro de 1894, após sofrer enorme desgaste político pelo seu procedimento. Assumiu seu lugar o Príncipe Hohenlohe-Schillingsfürst, um aristocrata liberal-conservador. Sua política foi um fracasso. O Parlamento rejeitou várias leis por ele defendidas, notadamente leis anti-socialistas (idênticas às propostas por Bismarck), em 1894 e depois em 1899. Em seu lugar, a chancelaria é renovada pelo Príncipe von Bülow, em 1900, primeiro chanceler a assumir publicamente estar ligado a um partido e próximo às aspirações do Parlamento<sup>35</sup>. A este seguem Theobald Hollweg em 1909, Georg Michaelis em julho de 1917 e Georg Hertling em novembro de 1917.

Os social-democratas não aceitaram a valor das reformas sociais de Bismarck. Mas promoveram medidas semelhantes, tais como a limitação da jornada de trabalho, melhoria das condições de trabalho nas fábricas, criação de um Ministério do Trabalho, ampliação do alcance das leis de amparo à velhice, invalidez e acidentes, imposto contra grandes fortunas, etc.

STEINBERG consigna em sua obra, com propriedade, a crise flagrante na chancelaria após a saída de Bismarck. Desde então, o Parlamento enveredou por um caminho de inevitável fortalecimento institucional. A fraqueza política do *Kaiser* Wilhelm II era evidente. Com o fim da *Realpolitik* de Bismarck, a Alemanha ficou cada vez mais isolada politicamente no continente europeu, enquanto os seus principais inimigos teciam alianças. No plano político interno, os partidos tentavam freneticamente se organizar. Mas a ação de Bismarck durante sua permanência no poder foi tão eficaz que a crise do sistema partidário se prolongaria até os últimos dias da República de Weimar. Apesar da fraqueza do governo, ainda assim o Parlamento não conseguia atingir a sua plenitude institucional.

<sup>33</sup> - STONE, N., op. cit., p. p. 178 / 190.

<sup>34</sup> - cf. STONE, N., op. cit., p. p. 97 / 103.

<sup>35</sup> - MOMMSEN, W., op. cit., p. p. 175 / 188.

Em 1912, o *Reichstag* cômico de sua crescente força, decide alterar o seu Regimento Interno, aumentando os poderes para interpelar o governo<sup>36</sup>.

Em 1914, com a guerra, deu-se a primeira união de todos os partidos e o apoio unânime à declaração de guerra. O *Kaiser* obteve total apoio e o orçamento de guerra foi aprovado sem maiores dificuldades. Em 1918 aconteceria outra grande coalizão de partidos, que uniram-se para pedir a Paz, o Armistício e a República - Coalizão de Weimar<sup>37</sup>.

STONE, entretanto, defende a tese de que apesar dos consideráveis avanços realizados até então, frente ao poder do *Kaiser*, a Alemanha até 1914 ainda tinha o poder parlamentar muito controlado pela autocracia imperial<sup>38</sup>. Para este autor, os partidos alemães em 1918 finalmente conseguiram fazer valer o poder do Parlamento e constituir um sério impedimento ao trabalho do governo, bloqueio este liderado pelos partidos de centro-esquerda<sup>39</sup>.

### 3. O Parlamento Alemão na República de Weimar

#### 3.1. O Congresso Constituinte de 1919

Os exércitos alemães são derrotados às portas de Paris em sua última grande arremetida. Face às crises políticas intestinas na Alemanha os soldados não encontram mais motivação para lutar. Os levantes eclodem por toda a Alemanha.

A única saída é buscar a paz com os aliados e assinar um armistício nos termos da prometida e tão divulgada "Paz dos 14 pontos" do Presidente Wilson, dos Estados Unidos. O armistício é considerado como uma saída honrosa para a guerra e antes que as forças aliadas em progressão cruzem a fronteira alemã.

A Paz finalmente chega à Europa, depois de quatro anos de guerra. Mas nada sai como esperado pelos alemães. O armistício é assinado pela Alemanha a 7 de novembro de 1918 num vagão de trem na Floresta de Campiègne, e as condições impostas pelos países vencedores são humilhantes. Nascia a República de Weimar.

Diante do caos interno, Wilhelm II abdica a 10 de novembro e busca refúgio na Holanda. Friedrich Ebert é nomeado chanceler provisório, tomando a frente da política alemã naquele período crítico. Cai a Dinastia Hohenzollern e são anunciadas eleições para o dia 19 de janeiro de 1919,

<sup>36</sup> - MOMMSEN, W., op. cit. p. 184.

<sup>37</sup> - cf. STEINBERG, S. H., op. cit., p. p. 241 / 262.

<sup>38</sup> - cf. STONE, N., op. cit., p. p. 178 / 190.

<sup>39</sup> - STONE, N., op. cit., p. p. 195 / 198.

objetivando dar à Alemanha uma Constituição e um sistema parlamentar forte e independente. Foram colocadas em disputa 421 cadeiras para o Congresso Constituinte, que após a elaboração da constituição exerceria suas funções até as eleições de 1920. A participação atinge 83% dos eleitores recenseados, ou seja, trinta dos trinta e sete milhões de eleitores compareceram às urnas. As mulheres, soldados e maiores de 20 anos votaram pela primeira vez<sup>40</sup>. Foram eleitas 37 mulheres para o Congresso Constituinte.

O Parlamento alemão foi eleito por sufrágio universal, direto, secreto e por escrutínio proporcional. A votação final da Constituição alemã de 1919 foi realizada em 31 de julho de 1919. Dos 421 deputados, 338 participaram e 82 estiveram ausentes. A constituição foi aprovada por 262 votos contra 75, e 1 abstenção. O texto foi aprovado pelos Social-democratas, Católicos de centro, Partido Democrático alemão e outros. O Partido Nacional do Povo alemão rejeitou o texto. Sustenta RICHARD que "A verdadeira vitória era a do parlamentarismo. Os alemães haviam concedido a maioria dos seus sufrágios aos partidos que, especialmente em 1917, pediam ao Parlamento uma democratização das instituições"<sup>41</sup>.

O Tratado de Versailes é assinado a 28 de junho de 1919, no Salão dos Espelhos. É o triunfo da "Pax Britannica". A 11 de agosto de 1919 é promulgada a Constituição da República de Weimar.

#### 3.2. O Parlamento e a representação da cidadania - Os partidos políticos da República

O Parlamento republicano permanecia com estrutura idêntica à anterior, da Carta constitucional alemã de 1871. Dividia-se agora em *Reichstag* (Câmara dos deputados) e *Reichsrat* (Conselho federal). Pelo fortalecimento que se deu nesta instituição, pode-se dizer que os constituintes de Weimar adotaram o Parlamentarismo híbrido, com precisos mecanismos de controle para evitar a dissolução incontrolada do Reichstag pelo Executivo, como acontecia no Império. Este hibridismo parlamentar, assinalado por CHACON<sup>42</sup>, reflete-se entre outros caracteres, pela eleição direta para Presidente do Império e também pela possibilidade deste de convocar referendo para solver conflitos constitucionais entre o Reichsrat e Reichstag.

Quanto ao *Reichstag*, a eleição era feita por sufrágio universal, direto e secreto, sob o Princípio da Representação Proporcional. Os deputados eram eleitos por um período de quatro anos. O Reichstag tinha agora poderes para constituir comissões de inquérito e para arguir a responsabilidade do

<sup>40</sup> - BRUNET, R., "La constitution allemande", p. p. 134 / 137.

<sup>41</sup> - RICHARD, L., "A República de Weimar", p. 51.

<sup>42</sup> - CHACON, V., op. cit., p. p. 19 / 29.

chanceler pelos atos praticados. WEBER comenta que *"A reforma pouco perceptível externamente que seria introduzida entre nós assegurada pelo direito de arguição, tendo como consequência o controle e a participação contínua das comissões parlamentares na administração, é o pré-requisito fundamental para todas as outras reformas, objetivando o incremento das realizações positivas do parlamento como um organismo do Estado"*<sup>43</sup>.

No que se refere ao *Reichsrat* sua tarefa precípua, similar à do *Bundesrat* imperial, era a representação dos *Länder* no Parlamento. No processo legislativo constitucional, era responsável apenas pelo assessoramento técnico ao *Reichstag*. Seus membros eram indicados pelos governos dos *Länder*, e entre estas funções, cabia-lhe aprovar os projetos de lei apresentados pelo governo, direito de veto às lei apresentadas pelo *Reichstag* - instância revisora, e votar por maioria qualificada para efetuar a revisão constitucional.

Com a queda da monarquia e o nascimento da República, consagra-se finalmente a tão árdua e defendida solução contra o excessivo e abusivo poder do executivo, solução esta que constituiu objeto de luta para os partidos alemães por mais de um século: um Parlamento forte e independente.

KOCH, entretanto, argumenta que esta consagração não pode ser vista apenas pela inserção de dispositivos em uma constituição, e sim pelo seu efetivo funcionamento. Desta forma *"Therefore, before discussing the Weimar Constitution, we shall have to turn to the re-organization of the party-political spectrum in Germany. Here, except for a few changes and the emergence of the Communist Party, on the whole there was continuity with the empire. Essentially the five-party system as it had emerged prior to 1848 was maintained"*<sup>44</sup>.

O mesmo pensamento é compartilhado por WEBER ao afirmar que *"É certo que a condição aqui colocada de parlamentarização plena de todos os estados e do Império não será alcançada de um fôlego só. Além do mais, toda a estrutura está desatualizada, já que ela pressupõe uma reforma da estrutura interna dos partidos, pois nas condições em que estão atualmente, não teriam estrutura para governar"*<sup>45</sup>.

Sobre os cinco principais partidos em que o Parlamento se dividia, DUPEAUX escreve que o embate político na República de Weimar não foi apenas direita e esquerda, mas que foi travado em quatro campos: Revolução proletária (KPD), Democracia liberal (coalizão de Weimar = Social-democracia, populistas e centristas), Tradicionalistas (monarquistas, nacional-alemães e parte dos populistas) e Reação fundamentalista (fascistas)<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> - WEBER, M., "Parlamento e governo na Alemanha reordenada", p. 75.

<sup>44</sup> - KOCH, H. W., op. cit., p. 259.

<sup>45</sup> - WEBER, M., op. cit., p. 156.

<sup>46</sup> - DUPEAUX, L., op. cit., p. 23.

Curioso notar que a República, erigida na base de uma instituição renovada e poderosa como o novo Parlamento, logicamente devendo sua existência a um bom funcionamento dos partidos ali representados, não teve consagrado em sua Constituição de 11 de agosto de 1919, sequer um dispositivo referente aos partidos políticos. Ao que tudo indica, o próprio fortalecimento do Parlamento e até do papel do Presidente, fizeram com que ficasse relegado a segundo plano o sistema partidário republicano.

Antes mesmo da República avançar em seu tempo, WEBER já apontava esta deficiência do sistema partidário ao escrever *"(...), qual foi a herança política de Bismarck? Ele nos legou uma nação sem qualquer formação política e muito abaixo do nível que já alcançara vinte anos antes. E principalmente, uma nação sem qualquer vontade política, acostumada a ver o grande estadista, lá no alto, a cuidar da política em seu lugar"*<sup>47</sup>.

Em seguida, ainda atribuindo culpa a Bismarck pela falta de tradição política parlamentar, comenta como nasceu o novo parlamento: *"(...), podemos citar uma consequência totalmente negativa de seu prestígio: um parlamento completamente impotente. Ele mesmo reconheceu este erro, quando não ocupava mais o cargo e sofreu na própria pele as consequências dessa realidade. Essa impotência também trazia consigo um parlamento com um nível intelectual grandemente reduzido. É fato que a lenda moralizante de nossos literatos apolíticos dá uma explicação exatamente oposta para suas origens: por ter, e continuar tendo, um baixo nível intelectual é que o parlamento, merecidamente, permaneceu sem poderes"*<sup>48</sup>.

As consequências advindas seriam os constantes embates extremistas no Parlamento, e as intensas crises políticas entre parlamento e governo na condução do Estado. Sem a apoio de um Parlamento que se encontrava na maior parte das vezes dividido, o Executivo se encontraria freqüentemente isolado na política de reconstrução econômica, notadamente após o período de euforia do Plano Dawes. Os partidos ignoraram o fato de que a política econômica do governo, no reerguimento da economia, era vital para conferir credibilidade ao Parlamento junto à população. Escreve BESSEL: *"The electorate of the new democratic Germany did not appreciate the limitations upon politics in a defeated and impoverished country, and the Weimar Republic ultimately proved too weak and vulnerable to bear the burdens of unrealistic popular expectations and the demagoguery which fed off them"*<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> - WEBER, M., op. cit., p. 38.

<sup>48</sup> - WEBER, M., op. cit., p. 38.

<sup>49</sup> - BESSEL, R., "Germany after the first world war", p. 255.



Enquanto o período de imediato pós-guerra viu um Parlamento engatinhando e lentamente evoluindo em sua consolidação democrática, lutando contra as dificuldades econômicas resultantes do Tratado de Versailles; durante o Plano Dawes ( 1923 / 1929) aquela instituição teve o período mais sólido de sua existência. Foi o período em que os partidos extremistas enfrentaram seus piores dias, pois a população alemã ainda cultivava esperanças no sucesso da República. Depois do Plano Dawes, os partidos de extrema direita e esquerda aumentariam o caos dentro do parlamento, tornando a posição do governo insustentável. Assinala DAVID que *"Fue el momento - el único - en que el régimen parlamentario, apoyado en una sólida mayoría de centro, funcionó de manera normal"*<sup>50</sup>.

Daí a importância do Parlamento na vida econômica de uma nação. O exemplo da República de Weimar permite concluir por esta necessária e indissociável união entre Parlamento forte e Executivo no sentido de fortalecer a democracia. Por negligenciar sobremaneira o seu papel, os partidos, divididos, abriram espaço à extrema direita e sepultaram o Parlamento que tanto almejavam.

### 3.3. O crepúsculo do Reichstag

Fruto desta mal conduzida evolução do Parlamento, pelos políticos, foi o descrédito do povo alemão pela Democracia e suas instituições. O desejo de retorno a um Estado forte, ainda que sem muitas liberdades, como no Império, direcionou pouco a pouco o voto ao Partido Nacional-socialista dos Trabalhadores Alemães, defensores das tradições do Império e do movimento *Völkisch*.

Tal foi a proporção desta crise intra-parlamentar na República de Weimar, no período de 1919 a 1932, que o artigo 48 da Constituição alemã de 1919 (Lei de Exceção), concebido como a salvaguarda da democracia alemã ante a insurgência de movimentos revolucionários, foi utilizado mais de 230 vezes pelos Presidentes do Império como instrumento constitucional para gerir o caos político e a economia. A este respeito, argumenta KOCH: *"Thus the dictatorial powers of the President were fairly extensive but not unlimited. The Reichstag was not all-powerful but neither was it impotent. Insofar as the Reichstag decided to have emergency legislation withdrawn, the President had to follow this demand or dissolve the parliament. However, between 1919 and the end of 1932, 233 pieces of emergency legislation were enacted"*<sup>51</sup>.

Posição semelhante assume DAVID, ao comentar a situação do Parlamento nos idos de 1930: *"Los gobiernos se mantenían solamente por el apoyo de una minoría en el Reichstag: el régimen dejó de ser parlamentario. Los*

<sup>50</sup> - DAVID, C., "Hitler y el nazismo", p. 24.

<sup>51</sup> - KOCH, H. W., op. cit., p. p. 306 / 309.

*tres gobiernos de Brüning, de Papen y de Schleicher, fueron llamados "presidenciales" porque se apoyaban solamente en la confianza que el Presidente Hindenburg concedía al canceller. En muy pocas ocasiones se reunía el Reichstag. (...). El parlamentarismo había llegado a ser imposible, y casi era inevitable el que el movimiento más dinámico y más radical predominara sobre los otros"*<sup>52</sup>.

### 4. Conclusão

Longo foi o caminho percorrido pelos partidos alemães, desde os seus primórdios no século XIX, até a República de Weimar, para concretizar o sonho de um Parlamento forte numa nação unida. Como abordado, o Parlamento só começou realmente a se mostrar indispensável no último quartel do século XIX, quando a Alemanha, após unificar-se, tomou um forte impulso à industrialização. Neste momento, os avanços proporcionados pela economia exigiram o máximo da capacidade legislativa do Parlamento para regular as novas necessidades sócio-econômicas.

Evidencia-se, então, a importância e o papel do Parlamento e da técnica legislativa para a economia. Papel este que seria incrementado com a República de Weimar, embora fosse a sua aplicação muito negligenciada pelos partidos. Outro elemento que contou muito para ajudar o fortalecimento da Parlamento foi a intensa discussão sobre a necessidade de deliberação parlamentar para aprovar o orçamento.

Com sua estrutura bem delineada, como já construída por ocasião do Império, o Parlamento na República foi a arena perfeita para o embate entre os partidos políticos sob a égide da democracia. Contudo, soa estranho, e mesmo absurdo que um Estado tenha sido concebido sobre forte base parlamentar e quase nenhuma preocupação com o sistema partidário. A crise dos partidos derrubou qualquer esperança no sucesso da nascente democracia parlamentar alemã.

As falhas do sistema parlamentar, e partidário, foram corrigidas mais tarde quando da elaboração da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, quando se deu a devida, e merecida importância aos partidos políticos como agentes políticos indispensáveis ao fortalecimento da democracia e para a própria consolidação das conquistas sociais. Inolvidável, portanto, o primeiro passo dado pelo então limitado Parlamento alemão dos idos de 1880, ao aprovar e legislar em prol dos direitos sociais dos trabalhadores.

Não basta a um Parlamento enunciar Direitos Fundamentais, entre os quais os Direitos Sociais, se este mesmo parlamento não envidar esforços

<sup>52</sup> - DAVID, C., op. cit., p. 29.

concretos e intermitentes para efetivar os Direitos Sociais. Eventual descaso com a Constituição, pelo parlamento que a elaborou, significa exatamente o que Lassale quis dizer acerca das "constituições de papel". Mais do que isto, o Parlamento que apenas enuncia Direitos Sociais, sem de fato efetivá-los, está traindo não só a democracia mas o próprio povo que o legitima.

#### Bibliografia

- BESSEL, "Germany after the first world war", p.p. 254 / 285, 1995, New York, Oxford University Press.
- BRUNET, René, "La constitution allemande du 11 aout 1919", p. p. 158 / 219, 1921, passim, Paris, Payot & Cie.
- BRUNN, Geoffrey, "La Europa del siglo XIX (1815-1914)", 1992, Ciudad del Mexico, Fondo de Cultura Económica.
- CHACON, Vamireh, "O novo parlamentarismo", 1978, p.p. 9/65, Fundação Milton Campos - Cadernos Políticos.
- DAVID, Claude, "Hitler y el nazismo", 1987, Barcelona, Oikos-tau S.A. Ediciones.
- DUPEAUX, Leon, "História Cultural da Alemanha", 1992, p.p. 21 / 131, Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira S.A.
- HOWARD, Burt Estes, "The german Empire", 1913, p.p. 49 / 100, New York, The Macmilan Company Ltd.
- KAHLER, Erich, "Los Alemanes", 1977, p.p. 314 / 326, Ciudad del Mexico, Fondo de Cultura Económica.
- KENNAN, George Frost, "O declínio da ordem europeia de Bismarck", 1985, passim, Brasília, Ed. Universidade de Brasília.
- KENT, George O., "Bismarck e seu tempo", 1982, Ed. Universidade de Brasília.
- KOCH, W.H., "A Constitutional History of Germany in the nineteenth and twentieth centuries", 1984, passim, New York, Longman Group Ltd.
- MOMMSEN, Wolfgang J., "La época del imperialismo - Europa 1885 / 1918", 1991, p.p.109 / 209, s.l., Siglo Veintiuno Editores S.A., Mexico.
- NICHOLS, A. J., "Weimar and the rise of Hitler", 1983, p.p. 20 / 50, London, The Macmilan Press Ltd.
- "Perfil da Alemanha", p.p. 78 / 132, 1993, Societäts-Verlag, Frankfurt am Main.
- RICHARD, Lionel, "A República de Weimar", 1988, São Paulo, Companhia das Letras.
- SCHULTZ, A.M., "Hacia la reunificación: la cuestion alemana en la década de los ochenta", 1990, p.p. 11 / 44, Ciudad del Mexico, Fondo de Cultura Económica.
- SIGMANN, Jean, "1848 - Las revoluciones románticas y democráticas de Europa", 1985, p.p.95 / 284, Madrid, Siglo Veintiuno de España Editores S.A.

- STEINBERG, S.H., "A short history of Germany", 1945, p.p. 177 / 262, New York, The Macmilan Company.
- STOLPER, Gustav, "Historia Económica de Alemania - de 1870 a 1940", s.d., p.p. 77 / 90, s.l., Fondo de Cultura Económica, Mexico.
- STONE, Norman, "La Europa Transformada - 1878 / 1919", p.p. 78 / 222, 1985, s.l., Siglo Veintiuno Editores S.A., Mexico.
- THALMANN, Rita, "A República de Weimar", 1988, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor.
- THOMSON, David, "Historia Mundial de 1914 a 1968", 1985, p.p. 145 / 181, Ciudad del Mexico, Fondo de Cultura Económica.
- TREUE, Wolfgang, "Alemania desde 1848 - ojeada historica", 1968, p.p. 1 / 85, s.l., Inter Naciones-Bad Godesberg, Alemanha.
- WEBER, Max, "Parlamento e Governo na Alemanha Reordenada", 1993, Rio de Janeiro, Ed. Vozes-Ltda.

## TEORIA DA CONSTITUIÇÃO E OS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Regina Quaresma\*

### 1. Explicação Introdutória

Este trabalho objetiva o estudo de aspectos relevantes da Teoria da Constituição, primeiro visamos a situar historicamente o surgimento das Constituições escritas com o advento do Estado Liberal de Direito burguês, enfatizando a supremacia da Constituição como pedra de toque de todo o ordenamento jurídico. Em seguida, abordamos brevemente os diferentes sistemas de controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos existentes: político/preventivo e jurisdicional/repressivo; suas formas de exercício (indireta e direta) e o método de julgamento (difuso e concentrado).

As normas constitucionais, por seu caráter de superioridade, estão sujeitas a um preciso sistema de controle constitucional. Ocorre que, aos *sabores da política*, a realização prática do direito transforma-se em ficção. *Transformar ficção em realidade, eis o desafio maior.*

### 2. Breve histórico do Constitucionalismo e a Problemática da Supremacia Constitucional

Denominou-se constitucionalismo a um fenômeno histórico-cultural ocorrido na transição do Antigo Regime para a Modernidade. A Constituição Política, entendida como lei fundamental do Estado, que sistematiza o modo de aquisição e exercício do Poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação, é o resultado desse movimento.

---

\* Mestre e Prof. de Direito Constitucional da PUC-Rio.

Os Estados burgueses, nascidos na era moderna tinham seus ideais alicerçados no liberalismo clássico, necessitaram se organizar, sócio, política e institucionalmente, principalmente no intuito de legitimar seu exercício de poder (já não mais justificado teologicamente - em Deus). Assim, florescem as idéias de separação dos poderes, representação política e democrática, e respeito a direitos individuais dos cidadãos.

A Constituição, lei formalizada em um documento escrito destinado a institucionalizar o modo de ser daquela sociedade, em si, aglutina tais novidades.

O sistema constitucional, portanto, emergiu no bojo da crise de legitimidade do Estado pré-capitalista. A "modernidade liberal burguesa" adota o meio urbano de vida, o racionalismo iluminista e o mercado como fórmula para explicar a lógica dos novos detentores do poder. Um novo padrão institucional é forjado racionalmente, baseado na liberdade assegurada pelas leis e na igualdade abstraída no mercado. Modificam-se os valores para relacionar o homem com as normas, desde sempre existentes, mas necessitando relegitimar-se. A lei, constitucionalmente estabelecida, vem formalizar e instrumentalizar o controle do Poder Estatal, solidificando-o como Estado de Direito capitalista.

O constitucionalismo surge como a doutrina jurídica do liberalismo político, ideologia que se apoderou da ordem constitucional, e, por este viés aprendeu a falar. Assim, a dogmática jurídica amoldou-se como realização formal dos ideais burgueses de igualdade, liberdade e tantos outros formalismos "fabuladores", ligados a valores como justiça e distribuição de renda.

Com o fenômeno do constitucionalismo e da universalização das Constituições escritas, começou-se a construir doutrinariamente formulações próprias do momento histórico emergente. Para melhor compreender o novo sistema, uma das necessidades básicas redundou em diferenciar (analisar/dividir para compreender) os tipos de Constituição: em escritas e não escritas; rígidas e flexíveis; sintéticas e analíticas etc.

Diante dos diversos tipos, emerge, entre outras, a problemática da mutabilidade constitucional no tempo. A Constituição costumeira tinha sua própria dinâmica de modificação (sua lógica de aproximação entre norma e realidade); já o novo tipo de construção normativa escrita prescindia de novidades para se atualizar, ou seja, emerge a questão de como se adaptar a Constituição escrita às mudanças dos tempos.

Os projetistas deste pacto fundador queriam-no imutável, ou que pelo menos tivesse um processo de modificação bem mais dificultado que o das normas ordinárias comuns. Entretanto, não há Constituição imutável diante do tempo. A realidade social é dinâmica e um texto que pretenda constituir/organizar o Estado deverá adaptar-se às mudanças que o tempo traz. Assim, a desejada

estabilidade ou imutabilidade constitucional deve estar compassada com as necessidades de evolução da sociedade.

A rigidez desejada é, desta maneira, relativa, permitindo emendas, reformas e revisões para adaptar o texto à realidade cambiante. É certo que Constituições sempre existiram na organização da vida em sociedade, entretanto, regular a forma de viver em um documento escrito, universal e superior é uma criação da época moderna. Para melhor compreender esta nova maneira de regulação é importante saber conceituá-la corretamente.

### 3. Conceito de Constituição

Como existem na Doutrina uma infinidade de conceitos<sup>1</sup> de Constituição, ficaremos com o utilizado por José Afonso da Silva, pois encontra-se afinado com a idéia de supremacia da norma fundamental, tal conceito nos é suficiente para a compreensão estrutural normativa da sociedade e para o encaminhamento deste estudo, ei-lo:

"A Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma de Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do Poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua atuação. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado."

Entretanto, ressalva que:

"Essa noção de Constituição estatal, contudo, não expressa senão uma idéia parcial de seu conceito, porque a toma como algo desvinculado da realidade social, quando deve ser concebida como uma conexão de sentido, que envolve um conjunto de valores."<sup>2</sup>

Adicionamos ao conceito *supra* descrito a noção de ser a Constituição, também, uma espécie de espelho, a refletir as múltiplas opções políticas plasmadas na sociedade. Se por um lado, a Constituição é a ordenação sistemática e racional da sociedade, permitindo o fortalecimento de uma urgente cultura constitucionalista, uma base suprema e intocável de conceitos e valores, por outro, deve possuir mecanismos que visem a flexibilização do texto conforme as mudanças ocorridas na sociedade, se não caminhar em ambos sentidos corre o risco de inutilidade!

1 À guisa de aprofundar e cotejar tais conceitos, tarefa que não nos cabe aqui realizar, consulte-se as obras de J.J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. Coimbra, Ed. Almedina, 4ª, 5ª e 6ª ed., 1986, 1989 e 1993, pp. 75/86; Pinto Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, 5ª ed., Ed. Saraiva, 1991, pp. 9/12 e Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, 21ª ed., Ed. Saraiva, 1996, pp. 9/14.

2 José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, 13ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1996, pp. 37/38.

Gilmar Ferreira Mendes,<sup>3</sup> no escólio de Konrad Hesse, percebe outro aspecto que interessa ressaltar. A Constituição, enquanto ordem jurídica fundamental da coletividade, não apenas contém as linhas básicas do Estado, mas determina as diretrizes e limites ao conteúdo da legislação infraconstitucional vindoura, ou seja, não existe uma pretensão de completude na lei superior. Esta característica permite a flexibilidade necessária à atualização do texto, possibilitando que o seu conteúdo subsista aberto dentro do tempo *in die zeit hinein offen* - nas palavras de Hesse<sup>4</sup> Esta ausência de regulamentação minudente assegura a abertura constitucional tão imprescindível ao desenvolvimento político democrático.

Sobre a abertura do texto, ensina o mestre de Coimbra, Gomes Canotilho:

"(...) se a Constituição se destina à regulamentação de relações de vida historicamente cambiantes, ela deve ter um conteúdo temporariamente adequado, isto é, um conteúdo apto a permanecer dentro do tempo e sujeitar-se à constantes alterações."<sup>5</sup>

#### 4. Supremacia Constitucional

Mesmo havendo a necessidade de periódicas modificações reguladoras, a Constituição, enquanto norma fundamental, não deve necessitar ser alterada ou revogada como são as demais leis que integram o sistema jurídico. Isto decorre do princípio da supremacia constitucional que exige um processo mais rigoroso de modificação (rigidez constitucional).

Segundo Pinto Ferreira:

"O princípio da supremacia constitucional é reputado como uma pedra angular, em que se assenta o edifício do Moderno Direito Político. De feito, as regras constitucionais são dotadas de uma superioridade profunda com relação às demais normas jurídicas. Essa hierarquia se justifica, a fim de se manter a estabilidade social do grupo, estabelecendo-se um sistema de preceitos básicos a que se submete a conduta coletiva.

(...) A supremacia política e jurídica da Constituição se reflete de duas maneiras diferentes: na suprallegalidade das suas regras e na imutabilidade relativa dos seus

3 Gilmar Ferreira Mendes. Controle de constitucionalidade, Aspectos Jurídicos e Políticos. São Paulo, 1ª ed., Ed. Saraiva, 1990, pp. 3/5.

4 Konrad Hesse Grudze des Verfassungsrechts des Bundesrepublik Deutschland. 13. erg. Aufl. Heidelberg, C.F.Muller, 1982. pp.10/15-62/4, in Gilmar Ferreira Mendes, op. cit., p.6.

5 José Joaquim Gomes Canotilho. Direito Constitucional. Coimbra, 4ª ed., Ed. Almedina, 1986, p.85

preceitos, assim dotados de uma superioridade objetiva e concreta na própria vida social."<sup>6</sup>

A imutabilidade relativa dos preceitos constitucionais indica, que a Lei Suprema é dotada de rigidez formal, ou seja, só é possível modificá-la mediante o respeito ao processo limitativo nela embutido, existindo uma maior dificuldade para a alteração da Constituição do que das demais normas jurídicas hierarquizadas na ordenação estatal.<sup>7</sup>

A Constituição brasileira é formalmente rígida, pois somente pode ser modificada pelos mecanismos especiais de reforma: revisões ou emendas. O que significa ser a lei fundamental e suprema do Estado, colocando-se no vértice da ordem institucionalizada, condicionando todas as normas do sistema à sua conformidade, sob pena de inconstitucionalidade.

Aliás, o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos consagrados na Constituição, não se satisfazendo apenas com a atuação positiva, ou seja, de acordo com a Constituição, mas, também combate a inércia regulamentar, visto que constitui conduta inconstitucional a omissão na elaboração de normas quando a Constituição assim o determina.

Cabe aos mecanismos de controle de constitucionalidade das leis verificar a coordenação dos atos jurídicos com a Constituição e, retirar do sistema toda norma de caráter inferior que esteja com ela dissonante.

#### 5. Introdução aos Sistemas de Controle de Constitucionalidade

Reconhecido o princípio da supremacia constitucional, é necessário, diante das inúmeras possibilidades de sua violação, investigar como, institucionalmente, se poderá preservar os preceitos constitucionais. Ou melhor, quem, em especial, controlará o Poder Público (sabe-se que não é ele o único que viola, porém, é o que diz respeito à temática ora desenvolvida) para que atue nos limites erigidos pela Constituição? Em outras palavras, deseja-se que os preceitos constitucionais não passem de meras indicações legislativas, é preciso estabelecer um controle de constitucionalidade que viabilize, ainda que

6 Pinto Ferreira. Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno. Rio de Janeiro, José Konfino Ed., 1951, Vol. 1, pp. 132/134.

7 Genericamente vige no Brasil a seguinte hierarquização normativa: em nível Federal: (art. 59 CF/88) - Constituição Federal - Emendas Constitucionais - Leis Complementares - Leis Ordinárias - Leis Delegadas - Medidas Provisórias - Decretos legislativos - Regulamentos - Normas Menores (decretos executivos/resoluções/regimentos); em nível Estadual: Constituição Federal - Emendas Constitucionais - Leis Complementares - Constituição Estadual - Leis Federais - Leis Estaduais - Regulamentos - Normas Menores - Atos Administrativos e Decisões; em nível Municipal: Constituição Federal - Emendas Constitucionais - Leis Complementares - Constituição Estadual - Lei Orgânica do município - Leis Federais - Leis Estaduais - Regulamentos - Outras Normas Menores - Atos Administrativos e Decisões.

tecnicamente, a previsão de como se realizará, concretizará a Constituição na vida prática.

No intuito de preservar a supremacia constitucional contra as vindouras inconstitucionalidades, e impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição, os sistemas de Constituições escritas-rígidas desenvolveram uma técnica especial: *o controle de constitucionalidade das leis*.

## 6. Os Sistemas de Controle de Constitucionalidade

Podemos distinguir dois sistemas de controle de constitucionalidade: *o político e o jurisdicional*.<sup>8</sup>

### 6.1. O Sistema Político

É o sistema exercido por órgãos desta natureza, tal como um órgão especial e superior na estrutura estatal (distinto do Legislativo, Executivo e Judiciário) como o *Conseil Constitutionnel* francês. Pode-se dizer que há este controle quando a verificação de inconstitucionalidade é confiada a órgão não integrante do Poder Judiciário.

As raízes deste sistema, nos ensina Celso Ribeiro Bastos<sup>9</sup>, encontram-se na França revolucionária, e pode-se afirmar que floresceram diante da necessidade de legitimar o novo regime, desvinculando o controle de seu exercício dos desgastados tribunais absolutistas. Porém lá, a esta época, fêneram, somente voltando com seriedade e definitivamente com a criação do Conselho Constitucional pela Constituição de 1958 (arts. 56 a 63 CRFr/58)<sup>10</sup>. Itália, Suécia e Suíça também adotam este sistema de controle e outros países o adotaram no curso da história, como foi o caso da Alemanha de Weimar e a extinta União Soviética.

Este controle possui inúmeras peculiaridades, nos interessa salientar, algumas relativas ao momento da verificação da inconstitucionalidade. O controle será sempre *prévio ou preventivo*, atuando profilaticamente no campo das inconstitucionalidades. Evita o ingresso no sistema normativo, de lei ou ato que, já em seu projeto revele desconformidade com a Constituição.

8 São inúmeros os Sistemas ou Formas de controle de constitucionalidade, por critério didático optamos pela nomenclatura então disposta. Consulte-se para aprofundar José Alfredo de Oliveira Baracho. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1984, p. 191.

9 V. Celso Ribeiro Bastos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, 17ª ed. Ampl. e atual, Ed. Saraiva, 1996, p.323.

10 O Conselho francês compõe-se de vários membros: nove deles têm o mandato de nove anos. Estes conselheiros são indicados pelos Chefes dos Poderes Executivo (Presidente da República) e Legislativo (Presidente da Assembléia e do Senado). Os demais vitalícios são os ex-presidentes da República Francesa.

Mauro Cappelletti, doutrinador italiano que dissecou esta temática, esclarece:

"Usualmente nestes sistemas o controle, ao invés de ser posterior à elaboração e promulgação da lei, é preventivo, vale dizer, ocorre antes que a lei entre em vigor, e, às vezes, se trata ainda de um controle com função meramente consultiva, isto é, a função de um mero parecer, não dotado de força definitivamente vinculatória para os órgãos legislativos e governamentais."<sup>11</sup>

O controle político visa basicamente a garantia da repartição constitucional de competências, a divisão dos Poderes, ceifando no nascedouro e definitivamente o ato normativo ou a lei inconstitucional.

### 6.2. O Sistema Jurisdicional

Este outorga ao Poder Judiciário a prerrogativa de controle. Advém do direito jurisprudencial inglês (pela brilhante colaboração de Lord Coke, autor das *Institutes of the Laws of England*), que opunha séria resistência ao Poder ilimitado do Parlamento e do Rei, e entendia como nulas as deliberações antagônicas à *Common Law* (direito costumeiro inglês). A decorrência deste entendimento foi o estabelecimento da regra segundo a qual, o Rei não poderia julgar senão por intermédio de juizes. Aí repousa o embrião do que hoje se denomina *judicial review*<sup>12</sup>. O controle jurisdicional da constitucionalidade norte-americano é o mais difundido na atualidade e se alinha com as Constituições rígidas. A célebre sentença do juiz Marshall<sup>13</sup>, no caso *Madison v. Marbury*, consagrou a idéia de ser próprio do Poder Judiciário interpretar e aplicar a lei.

Canotilho, com propriedade sintetiza:

"O juiz Marshall, no caso *Madison v. Marbury* explicou que é, sem dúvida, da competência e dever do Poder Judiciário interpretar a lei. Aqueles que a aplicam aos casos particulares, devem, necessariamente, explaná-la, interpretá-la. Se as duas leis se contrariam, os tribunais devem decidir sobre o seu âmbito de aplicação. Assim, se uma lei estiver em contradição com a Constituição, e se tanto uma como outra forem aplicáveis ao caso, de modo a que o tribunal tenha

11 Mauro Cappelletti. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Ed., 1984, p.26. V. Tb.: Ronaldo Poletti. *Controle da Constitucionalidade das Leis*, Rio de Janeiro, 2ª ed. Ed. Forense, 1995 e Paolo Biscaretti Di Ruffia. *Direito Constitucional*, São Paulo, 9ª, Ed., RT, 1984.

12 Cappelletti alude a um paradoxo: "O sistema americano de *judicial review* encontra-se, sobretudo, em muitas das ex-colônias inglesas (...) apesar de na Inglaterra, por força do princípio fundamental da *supremacy of the parliament* ter sido excluído" (op. cit., pp. 68/72).

13 Ainda no escólio do mestre Cappelletti: "Foi na interpretação do texto do artigo VI, cláusula 2ª da Constituição americana de 1787, *in verbis*: 'this constitution (...) shall be the supreme Law of the Land; and the judges in every state shall be bound thereby (...)' que o juiz John Marshall da Suprema Corte Americana em 1803 fixou o princípio da Supremacia da Constituição" (op. cit., p.47).

de decidir de acordo com a lei, desatendendo a Constituição, ou de acordo com a Constituição, rejeitando a lei, ele terá, inevitavelmente, de escolher dentre os dois preceitos opostos aquele que regulará a matéria. Isto é da essência do dever judicial."<sup>14</sup>

O controle jurisdicional se caracteriza pela competência outorgada aos tribunais (leia-se Poder Judiciário) de declarar a inconstitucionalidade de leis e atos emanados pelo Poder Público. Assim, o Judiciário analisa exclusivamente a eficácia das normas legais quando em confronto com as constitucionais. É importante ressaltar o caráter repressivo do sistema em si, visto que, o controle, somente atua após a vigência da lei, ou seja, não pode ser preventivo.

### 6.2.1. Aspectos do Controle Jurisdicional Brasileiro

Importa chamar a atenção para o caso brasileiro no qual, durante o processo legislativo há a realização de um controle preventivo que não é o político anteriormente destacado.

No momento em que o Congresso Nacional age através das Comissões Parlamentares (art. 58 da CF/88) exercita o que denominaremos controle prévio interno da constitucionalidade dos projetos de lei. Já o Poder Executivo, pelo veto presidencial (art. 66 § 1º da CF/88), faz um controle prévio externo das possíveis inconstitucionalidades dos projetos tramitando pelo Congresso durante o processo legislativo. Temos ainda a atuação do Senado Federal, (art. 52, inc. X CF/88), que para nós, referenda e amplia a decisão de inconstitucionalidade dada pelo Poder Judiciário através do controle jurisdicional. Ademais, como bem salienta Siqueira Castro: "Hoje, tanto o STF quanto a doutrina entendem que não há obrigatoriedade do Senado em emitir a decisão suspensiva do ato normativo."<sup>15</sup>

É dizer: entendemos que os Poderes Legislativo e Executivo não exercem controle de Constitucionalidade, uma exclusividade do Poder Judiciário (Controle puro).

Segundo informa Celso Ribeiro Bastos:

"Haveria, entretanto, um órgão dentro do sistema constitucional que, se incumbido de exercer a guarda da Constituição, não satisfaria o requisito para a existência de mecanismo eficazmente protetor da Lei Maior. Esse órgão é o próprio Legislativo. A acumulação em um mesmo organismo das funções de, por um lado, fazer Leis, em cumprimento ao disposto na Carta Magna e, de outro, dizer em última instância se a lei elaborada está ou não, afinada com O Código

<sup>14</sup> Op. cit. P.705.

<sup>15</sup> Carlos Roberto de Siqueira Castro. Controle de Constitucionalidade - Tendências e Atualidades. Vídeo CEPAD da palestra proferida na AMERJ em 1º de abril de 1996.

Supremo, nulifica, despe de eficácia o mecanismo controlador. É evidente que o Poder Legislativo apenas aprovará as leis que reputa constitucionais."<sup>16</sup>

Assim, é possível entender o porque do sistema brasileiro é jurisdicional, não podendo jamais ser caracterizado como sistema político ou misto de controle de constitucionalidade (neste sentido), pois, não existe um órgão próprio que faça o controle em última instância, como no caso francês atua o Conselho Constitucional.

Firly Nascimento Filho explica que:

"O Brasil adotou um sistema misto, admitindo o controle quer por ação direta, quer por via de exceção. No primeiro caso, foi adotado o controle concentrado no Supremo Tribunal Federal; na segunda situação, aderimos ao controle difuso de origem norte-americana, cabendo a qualquer juízo ou tribunal a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, que deve ser analisada incidentalmente a determinado processo."<sup>17</sup>

### 6.2.2. Formas de Julgamento e Exercício do Controle Jurisdicional

No que se refere à distribuição de competência, o controle jurisdicional é misto, consagrando duas formas de julgamento: *a difusa e a concentrada*. A primeira ocorre quando é reconhecida a todas as instâncias do Poder Judiciário competência para julgar inconstitucionalidades, e a segunda, quando a competência restringe-se apenas ao tribunal de cúpula do Judiciário (no nosso caso, o STF) ou a um tribunal especial, uma corte específica para o controle da constitucionalidade.<sup>18</sup>

Este controle se efetua através de duas formas de exercício:

1. *Por via indireta*<sup>19</sup>, permite a qualquer juiz apreciar alegação de inconstitucionalidade. Todas as instâncias do Poder Judiciário podem declarar, indiretamente, em qualquer processo onde seja argüida, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Faz-se importante ressaltar que a decisão, por ser questão prejudicial/incidental (a exceção é apreciada preliminarmente) se limitará às partes no processo, pois é uma questão indireta em um processo principal. É,

<sup>16</sup> Op. cit., pp. 353/354.

<sup>17</sup> Firly Nascimento Filho. Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Júris, 1996, p. 16.

<sup>18</sup> Segundo Luís Roberto Barroso, o controle difuso, por via incidental, aplicável ao caso concreto, surgiu no Brasil com a República. Já o concentrado (reservado ao STF), por via principal, foi previsto pela primeira vez na Constituição de 1934. V. Luís Roberto Barroso. O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas. São Paulo, Ed. Renovar, 1993, p. 156; Paulo Bonavides. Direito Constitucional. São Paulo, Ed. Saraiva, 1994, pp. 270-301 e Clèmerson Merlin Clève. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, São Paulo Ed. RT, 1995.

<sup>19</sup> A doutrina denomina diversamente estas formas de exercício, por critério de uniformidade optamos por utilizar as denominações indireta (exceção/defesa/incidental/difuso - derivado do sistema norte-americano) e direta (principal/concentrado - derivado do sistema austriaco).

portanto, um controle concreto e a sentença vale *inter-partes*, não vinculando outras decisões. Utiliza, evidentemente, a forma de julgamento difusa.

Diz-nos Paulo Bonavides:

"(...) quando, no curso de um pleito Judiciário, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que liquida a controvérsia constitucional. Não conduz à anulação da lei, mas tão somente à sua não aplicação ao caso particular, objeto da demanda. É controle por via incidental."<sup>20</sup>

Alfredo Buzaid, nos fala de vários os princípios que regem a via indireta, interessa-nos ressaltar os seguintes:

"(...) sendo declarada a inconstitucionalidade haverá a nulidade da lei, não no sentido de revogá-la, o que constitui função do Poder Legislativo, mas no sentido de lhe negar aplicação naquele caso concreto e o exame sobre a inconstitucionalidade representa questão prejudicial, não a decide *principaliter*, mas *incidenter tantum*, pois ela não figura como objeto do processo e dispositivo da sentença."<sup>21</sup>

A decisão de inconstitucionalidade é dada por um órgão especial constituído para este fim, conforme reza o art. 97 da CF/88 e está sujeita à suspensão total ou parcial a ser proferida pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, inc. X da CF/88.

É de se lembrar que o ato político que o Senado profere, ocorre após o julgamento por decisão definitiva do STF de sua inconstitucionalidade. O ato do Senado é um "*referendum*" à decisão jurisdicional, não controla a constitucionalidade, ele tão somente suspende, no todo ou em parte a executoriedade/eficácia da lei ou ato julgado inconstitucional pelo Poder Judiciário, não está apto a apreciar o mérito mas apenas as formalidades do feito. O ato legislativo/político neste caso, apenas amplia o valor da sentença, quase sempre proferida em Recurso Extraordinário.

Apesar de parte da Doutrina sustentar serem as questões constitucionais somente solúveis após a manifestação do mais alto tribunal, podendo as decisões singulares acarretar conflitos no sistema jurisdicional,<sup>22</sup> é o

<sup>20</sup> Op. cit., pp. 272-274.

<sup>21</sup> Alfredo Buzaid, Da ação Direta de inconstitucionalidade no Direito Brasileiro, in Revista Forense, set.- out., 1958, vol. 179, p.16.

<sup>22</sup> V. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Ed. Saraiva, 1990, pp. 32/33, que diz: "de qualquer forma, apenas após a manifestação do mais alto tribunal ficará definida a questão de constitucionalidade (...) O inconveniente do controle incidental é o mesmo do controle difuso: a possibilidade de juizes apreciarem diferentemente a validade de uma lei, com a consequência de ser aplicada a uns e não a outros." Entendimentos deste quilate justificam também a existência da Ação Declaratória de Constitucionalidade e o fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos.

controle indireto usando a forma de julgamento difusa que permite atacar a falha da norma *in concreto* e resolver a lide entre as partes, representando uma das melhores maneiras formais de dirimir o abismo existente entre cidadania e justiça.

2. Por via direta, permite o controle da inconstitucionalidade da norma *in abstracto* ou em tese, que poderá perder sua eficácia, através de decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal<sup>23</sup>. Se forem produzidos atos de um Poder (leia-se Legislativo ou Executivo) que contrariem normas ou princípios constitucionais, seja praticando ato incompatível com a Constituição ou aplicando inconstitucionalmente norma válida, haverá *inconstitucionalidade por ação*, <sup>24</sup>se não forem produzidos atos de um Poder necessários para tornar plenamente aplicáveis normas ou princípios constitucionais haverá *inconstitucionalidade por omissão*. Portanto, configura inconstitucionalidade não cumprir a Constituição, por ação ou omissão do Poder Público. Há a ruptura pelos órgãos governamentais da ordem jurídica constitucionalmente rígida.

O acórdão nestes casos vale *erga omnes* (com relação a todos), vinculando todas as demais decisões e, ao contrário da forma de exercício de controle por via indireta, utiliza a forma de julgamento concentrada e independe de atuação de outro Poder. Ou seja, na via indireta se pode aguardar a manifestação do Senado para a suspensão da execução de lei julgada inconstitucional, na via direta esta manifestação seria inócua, e de outra maneira não poderia ser, uma vez que o que o órgão de cúpula do Poder Judiciário está a deliberar a inconstitucionalidade em si cravada equivocadamente no ordenamento jurídico. O acórdão tem natureza constitutiva negativa, anula definitivamente a inconstitucionalidade, operando efeitos *ex nunc*, para o futuro.

Com efeito, não existe caso concreto a ser solucionado, o objeto da ação é invalidar a lei inconstitucional. Aprecia-se abstratamente a questão, e lembrando Siqueira Castro: "O STF tem função para legislativa negativa."<sup>25</sup>

Ponto constante de acaloradas discussões é dizer sobre a legitimidade *ad causam* para intentar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. Dispõe a Constituição Federal de 1988 em seu art. 103 que podem-na propor:

"o Presidente da República; as Mesas do Senado; câmara dos Deputados e Assembléia Legislativa; o Governador de Estado; o Procurador-Geral da República; o Conselho federal da OAB e partido político com representação no

<sup>23</sup> A lei ou o ato normativo, neste caso, e sendo comprovada a sua inconstitucionalidade, não é revogada, continua a existir no mundo jurídico, estando, no entanto, desprovida de eficácia.

<sup>24</sup> A ação direta de inconstitucionalidade surgiu no Brasil na Constituição de 1946, quando podia ser argüida contra atos advindos dos Poderes Estaduais, hoje ela é ampla, atingindo todas as inconstitucionalidades praticadas na Federação. O controle é principal tratando do vício da norma em si.

<sup>25</sup> Op. Cit., vídeo CEPAD.



Congresso Nacional: confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional."(grifamos).

A questão que se assevera, da publicação da Constituição até aqui, refere-se à interpretação restritiva que o Supremo tem dado frente às ADINs propostas, *data a máxima vênia*, nossa Corte Suprema restringe o quanto pode a extensão que poderia dar a este imprescindível dispositivo. que, lembramos, foi motivo de muitas barganhas e conquistas populares nesta nossa carta constitucional. Vejamos as RT 675/245 e RT 677/240: estabelecem que para o STF a confederação sindical deverá representar pelo menos três Federações e a entidade de classe ser tentacular (com representatividade em pelo menos três Estados da federação). Assim, o CGT, a Força Sindical e a UNE, por exemplo estão excluídas deste importante processo decisório.

### 7. Observações sobre a Ação Declaratória de Constitucionalidade

Cinco anos após a promulgação da Constituição de 1988, o Congresso Nacional aprovou a emenda constitucional n.º 3, que instituiu a ação declaratória de constitucionalidade. Tal "inovadora" ação nos parece inverter a presunção de constitucionalidade das leis, alterando qualitativamente a própria natureza da Constituição, ameaçando transformar o controle de constitucionalidade das leis de difuso em concentrado, acumulando no STF o poder para julgar a constitucionalidade de leis ou atos normativos, ao arrepio de inúmeros direitos constitucionais adquiridos pelos cidadãos.

A doutrina fracionou-se quanto aos benefícios desta declaração para o sistema: Geraldo Ataliba, a este respeito, explicava que essa emenda viola inúmeros preceitos constitucionais de 1988, entre alguns: o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV), o contraditório (art. 5º, inc. LV), o duplo grau de jurisdição, o direito de acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV), o juiz natural (art. 5º, inc. LIII) e principalmente anulava o controle difuso de constitucionalidade (arts. 5º, inc. XXXV e 102, inc. III, "a" e "b"). Outra parte muito respeitada da doutrina defende a novidade com fulcro na economia processual e principalmente no saneamento ou na higienização célere do Poder Judiciário diante da decisão irrecorrível do STF.<sup>26</sup>

Em 27 de outubro de 1993, o STF por dez votos a um considerou constitucional a Emenda Constitucional n.º 3, baseado no argumento do Ministro Relator Moreira Alves de que a ação declaratória de constitucionalidade foi

26 V. Para aprofundar: Geraldo Ataliba, ADC - ou como agredir o Estado de Direito. artigo publicado na Folha de São Paulo em 09/08/93, v. também Eleomar Silva de Araújo, Das Inconstitucionalidades da Emenda 3/93, artigo publicado no Informativo Dinâmico IOB, ed. 10, fev. 1994. Mariana Monteiro, Supremo Considera Constitucional a Ação Declaratória, artigo publicado na Gazeta Mercantil, Rio de Janeiro, 28/10/93, p.35; Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, Ação Declaratória de Constitucionalidade, São Paulo. 1ª ed., Ed. Saraiva, 1994; Clêmeron Merlin Clève, op. cit. e Nagib Slaibi Filho, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Rio de Janeiro, 1ª ed., Ed. Forense, 1995.

criada como meio a dirimir grandes controvérsias jurídicas, principalmente quando as decisões da primeira instância da Justiça estejam causando danos aos cofres públicos. O voto vencido foi do Ministro Marco Aurélio, que sustentou a tese da inconstitucionalidade pelo impedimento do contraditório (direito de ampla defesa das partes). Entretanto, ganha força e firma-se a tese vencedora. São legitimados para agir o Presidente da República, as Mesas da Câmara e do Senado e a Procuradoria-Geral da República, e somente poderá ser proposta a ação com a apresentação da documentação relativa ao processo legislativo que levou à criação da lei impugnada.

O que vem causando polêmica é a aparente dissonância existente entre um STF tradicionalmente técnico, que possui competência para julgar, por exemplo, mandados de injunção quando os cidadãos prescindem de norma regulamentando seus direitos, mas tem devolvido o problema ao Congresso Nacional, alegando incompetência para legislar, (mesmo em casos concretos e a sentença valendo apenas *incidenter tantum e inter-partes*) e este mesmo STF, que, repentina e audaciosamente, se investe de um Poder Político concreto que inverte toda ordem jurídica estabelecida, aniquilando o controle difuso e concentra o controle de constitucionalidade em nome da segurança jurídica e pública. Será isto um avanço contra o conservadorismo ou mais uma mazela manipulatória?

Parece-nos que, sobre acusações de ressurgimento da malfadada advocatória, institucionalizam-se, pelo menos duas formas ainda nebulosas de pensar o tema: uma acentua a necessidade inquestionável de dirimir os abismos existentes entre o Poder Judiciário e seus usuários - os cidadãos, nem que o preço alto pago para isto seja abrir mão de direitos e garantias constitucionais duramente conquistados; a outra alerta para o perigo que redundaria em acreditar que o órgão de cúpula do Judiciário não será uma ferramenta do governo para, em nome da segurança pública retirar mais e mais direitos que deveriam até então ser pétreos. Acreditamos que deve-se ter esperança, mas com os olhos abertos para não vermos nossos direitos jogados aos pés!

### 8. Aspectos dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade

É importante salientar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tema que divide a doutrina e enseja outra questão, na qual apenas tangenciaremos - sua conexão com a natureza do ato inconstitucional (se é inexistente, nulo ou anulável). Observe-se atentamente a nota que indica algumas posições relevantes.<sup>27</sup>

27 V. a este respeito: Alfredo Buzaid, para quem a lei inconstitucional é absolutamente nula. op. cit., p.128; Pontes de Miranda, que reputa-a anulável no seu incomparável Comentários à Constituição de 1946, Rio de Janeiro, Ed. Forense, vol. II, p. 487; Themístocles Brandão Cavalcanti, que sustenta ser inexistente entre as partes. Do Controle da Constitucionalidade. Rio de Janeiro, Ed. Forense, pp. 167-74 e Rui Barbosa, defensor da tese da nulidade. A Constituição e os Atos Inconstitucionais, p. 49.

Declarada a inconstitucionalidade na via indireta, esta não anula nem revoga a lei, tecnicamente, esta continua eficaz e aplicável para o mundo jurídico, a declaração vale para resolver o incidente suscitado pelas partes litigantes, até que o Senado Federal suspenda sua executoriedade, nos termos do art. 52, X da CF/88; já na via direta, a declaração tem outro efeito, bem mais amplo, importa em suprimir Todavia, esta tem sido uma questão muito mais política e institucional do que jurídica, e não adentraremos em seus pormenores, apenas apontaremos algumas inquietações, no intuito de convidar o leitor à reflexão sobre a temática:

1º. A declaração de inconstitucionalidade na via indireta promovida através de recurso ao STF tem o efeito de retirar a eficácia do ato normativo, uma vez que a declaração incidental da inconstitucionalidade é mero fundamento decisório, e portanto, não transcende os limites da causa. (V. Jurisprudência do STF - RMS n.º 16.519 de 20/06/66) Todos os juizes e tribunais do país podem decidir baseados apenas no acórdão de seu órgão de cúpula, sem esperar a suspensão pelo Senado, mesmo esta não sendo obrigatória? (V. Proc. Adm. n.º 4.477/702, DJ de 16/05/77). Atenção para o fato de que a jurisprudência não tem caráter obrigatório.

A atuação do Senado é um dever/obrigação legal e seu efeito é ampliar através de seu *referendum* o que o órgão de controle determinou.

2º. Existe uma enorme discussão doutrinária, subsidiária à anterior, que versa sobre os efeitos e a natureza da resolução do Senado Federal - se é de caráter vinculado ou discricionário, ou seja, se o Senado pode ou não acatar, no todo ou em parte a decisão do STF. Parece-nos que o Senado não pode omitir-se, pois a lei o vinculou, outrossim, sua decisão será também meramente declaratória, ela referenda a decisão do outro Poder, não está decidindo o mérito da inconstitucionalidade, mas verificará a forma etc. Ai sim decidindo suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.

3º. Outra relevante questão diz respeito às diferenças quanto aos efeitos da declaração na via direta (principal) e na indireta (de exceção). No Brasil, como se verificou, o sistema de controle de constitucionalidade pode ser concentrado ou difuso (misto - neste sentido), sendo que, no concentrado temos a ação direta de inconstitucionalidade que produz efeitos *erga omnes* e retira a eficácia da lei julgada inconstitucional do ordenamento jurídico. (Ressalte-se a força que o controle concentrado vem tomando em nosso sistema, principalmente após a emenda constitucional n.º3). Já no difuso, a declaração de inconstitucionalidade faz coisa julgada apenas *inter partes*. Em outras palavras, os efeitos na via direta valem contra todos, e na via indireta valem somente entre as partes, *incidenter tantum* e *inter partes*.

4º. Colocamos uma questão decorrente, em particular da Constituição de 1988, qual seja, a da ação de inconstitucionalidade por omissão: sendo óbvia a impossibilidade de declarar a nulidade de uma omissão legislativa, a decisão judicial irá limitar-se a constatar a inconstitucionalidade *in concreto* e este é o seu efeito. Neste caso, a declaração não retroage, não produz efeitos *ex nunc*, apenas para o futuro, ficando o efeito *ex tunc* (retroativo) para a ação direta de inconstitucionalidade por ação.

## 9. Conclusão

A título conclusivo, reafirmamos que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é **jurisdicional**, que soluciona as inconstitucionalidades de forma **mista** - através dos métodos **difuso e concentrado**.

Neste sentido ressalta Clèmerson Merlin Clève:

“A Competência conferida ao Senado, desde 1934, não é suficiente, como pretendem alguns autores, para caracterizar o sistema brasileiro de fiscalização da constitucionalidade como um sistema misto (judicial e político). O caráter misto do sistema brasileiro (...) decorre da coexistência de um modelo difuso de fiscalização ao lado de outro concentrado.”<sup>28</sup>

O Brasil não adota o sistema político de controle de constitucionalidade, mas o jurisdicional <sup>29</sup> O que existe aqui é a obrigatoriedade do Legislativo de elaborar normas em conformidade com a Constituição, daí a função saneadora das Comissões Parlamentares e do veto presidencial, a atuação ocorre antes da entrada da lei em vigor (na fase de projetos). Se ainda assim for promulgada uma norma inconstitucional, o remédio para expurgar este vício está exclusivamente nas mãos do Poder Judiciário.

Assim, feitas as observações que acima ficam, as novidades da “Constituição cidadã” devem ser fortalecidas institucionalmente, neste particular, é urgente que o Poder Judiciário tome acento no lugar que nosso Estatuto Presidente lhe reservou e faça viva a história.

<sup>28</sup> Op. cit., p. 90.

<sup>29</sup> Para aprofundar as questões aqui desenvolvidas ver o nosso: **O Mandado de Injunção e Ação de Inconstitucionalidade por Omissão - Teoria e Prática**, 2ª ed., Ed. Forense, 1996.

## SHYLOCK vs. ANTONIO (1594)

Roberto da Silva Fragale Filho \*

*O mundo inteiro é um palco,  
todos os homens e mulheres não passam de atores.  
Têm suas entradas e saídas  
e um homem em seu tempo representa muitos papéis  
e sete idades têm seus atos.*

*Shakespeare, in "As you like" (Como Gostais)*

Justiça é uma palavra carregada de ímpar beleza. É um sentimento profundo, marcante, que, quando ultrajado, proporciona intensa insatisfação. Dois são os significados emprestados à idéia, conforme o *Dicionário de Ciências Sociais*, da Fundação Getúlio Vargas: "(a) dar a cada um o que lhe é devido; e (b) reparar o dano, indenizando a vítima ou punindo o infrator". Examinar qualquer questão atinente à Justiça é sempre um convite ao pesquisador interessado e instigado pelas letras de vários grandes escritores. Debruçamo-nos aqui, de forma ensaísta e, por conseguinte, sem todos os rigores de um artigo científico, sobre a peça *O Mercador de Veneza*, de William Shakespeare, que traz em seu bojo uma famosa celeuma jurídica: a libra de carne - *the pound of flesh* - cobrada por Shylock em garantia ao empréstimo efetuado a Antonio. Será tal garantia justa? Onde quedam-se os valores da moral? Prevalece a pura e simples lei inglesa que assim autoriza?

---

\*Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/Rio, Doutorando em Ciência Política pela Universidade de Montpellier I, pesquisador do *Centre d'Études et Recherches sur la Théorie de l'État (CERTÉ)* e Juiz do Trabalho.

Há muito que se analisa a Justiça e sobre ela também escreveram os gregos. Platão, por exemplo, já diferenciava entre o direito do ser e do dever ser. Entendia ele que os homens devem ser governados por reis-filósofos, por sábios e não pelo direito porque o direito nem sempre reconhece o que é mais justo e mais nobre para todos, não podendo, por isso, impor o que é melhor. Uma tal Justiça, imaginava Platão, poderia ser perfeitamente adaptada à natureza do homem, bem como alcançada pelo uso da razão. Aristóteles, por sua vez, distinguia justiça natural de justiça convencional, identificando a primeira à universalidade e a segunda aos Estados, sem contudo esclarecer qual deve curvar-se à outra quando em situação de conflito.

É este mesmo conflito que iremos encontrar no tablado shakespereano, com o caso *Shylock vs. Antonio*, cujo conteúdo antecipa, de certa maneira, a teoria política hobbesiana que viria a ser formulada pouco mais de cinquenta anos depois, em 1651, com o *Leviatã*. Assim escreve Thomas Hobbes (1974: 90):

*“Daquela lei de natureza pela qual somos obrigados a transferir aos outros aqueles direitos que, ao serem conservados, impedem a paz da humanidade, segue-se uma terceira: Que os homens cumpram os pactos que celebrarem. Sem esta lei os pactos seriam vãos, e não passariam de palavras vazias; como o direito de todos os homens a todas as coisas continuaria em vigor, permaneceríamos na condição de guerra.*

*“Nesta lei de natureza reside a fonte e a origem da justiça. Porque sem um pacto anterior não há transferência de direito, e todo homem tem direito a todas as coisas, conseqüentemente nenhuma ação pode ser injusta. Mas, depois de celebrado um pacto, rompê-lo é injusto. E a definição da injustiça não é outra senão o não cumprimento de um pacto. E tudo o que não é injusto é justo.”*

O problema que decorre da concepção de Justiça esposada por Hobbes consiste na imperiosa necessidade de um poder coercitivo. Tal ocorre porque os homens não estão obrigados a cumprir os contratos quando estes implicam em maior perda do que ganho. Como isto ocorre frequentemente, os acordos só serão cumpridos mediante a existência de um poder coercitivo. Não por outra razão, o ato IV, de *O Mercador de Veneza*, abre com a presença do doge, magistrado que confere legitimidade e coercitividade à decisão do tribunal de Veneza.

Hobbes foi extremamente contestado em sua formulação, tomando-se uma espécie de clássico maldito. Seu texto, todavia, teve uma grande influência, abrindo espaços para a preponderância do direito positivo sobre a justiça natural, abrindo caminho para as formulações jus-positivistas que muito mais tarde viriam.

Neste ensaio, procuramos identificar na disputa *Shylock vs. Antonio* o prenúncio desta nova conformação social. Procuramos verificar os aspectos jurídicos da peça teatral, realçando o seu correlacionamento com o seu tempo. Para tal, servimo-nos da tradução de *Obra Completa* feita por F. Carlos de Almeida Cunha Medeiros e Oscar Mendes, em 1969. Utilizamos também o texto original publicado pela Chatham River Press, com introdução elaborada por Sir Ernest Barker, para eventuais verificações de texto.

\*\*\*\*\*

E qual é a história de *O Mercador de Veneza*?

É a história do amor de Bassânio, um nobre veneziano pobre, e Pórcia, uma jovem e bela dama de Belmonte, que, além de rica, encontra-se impossibilitada de escolher seus pretendentes. Contada sob um ritmo elétrico, a trama tem início com o pedido de Bassânio ao amigo Antonio, rico mercador de Veneza, para que este lhe empreste três mil ducados pelo período de três meses de forma que aquele possa fazer a corte a Pórcia em igualdade de condições com os demais pretendentes. Antonio, sem capital naquele instante, recorre ao judeu Shylock que, vislumbrando em tal situação uma oportunidade para dar cabo ao ódio que nutre por Antonio, concorda em emprestar-lhe o dinheiro sem juros, arquitetando sua sinistra vingança. Pede, portanto, em garantia do empréstimo, o direito de cortar uma libra de carne - *a pound of flesh* - de qualquer parte do corpo de Antonio que lhe fosse de seu agrado. Despreocupado e certo do retorno de seus navios com grande fortuna, Antonio aceita os termos propostos por Shylock.

Bassânio parte, então, para Belmonte com o intuito de cortejar Pórcia, que, todavia, não possui um direito de escolha. Ela, tão somente, cumpre o testamento de seu pai: os candidatos, para ganhar sua mão, devem superar a prova dos três escrínios. Seu primeiro pretendente, o príncipe de Marrocos, escolhe o escrínio de ouro, onde encontra um crânio e um bilhete, cujo conteúdo é:

*“Nem tudo que luz é ouro,  
dizer muita vez ouviste,  
Muito homem vendeu a vida,  
Só para me contemplar.  
Tumbas d'ouro guardam vermes.  
Se ousado foras quão sábio,  
Corpo jovem, mente velha,  
Tal resposta não terias.  
Adeus! Perdeste teu prêmio.”*

Seu segundo pretendente, o príncipe de Aragão, escolhe o escrínio de prata, onde encontra o retrato de um idiota e outro bilhete, com os seguintes dizeres:

*"Provei sete vezes fogo:  
Seja o sizo assim provado  
De quem nunca errou na escolha.  
Alguns há que sombras beijam  
E só sombras têm de gozo.  
Há, sei, na Terra imbecis  
Que também são prateados.  
Toma por mulher quem queiras,  
Minha cabeça é a tua.  
Vai-te então: eu te despeço."*

Chega a vez de Bassânio escolher e ele, influenciado por uma canção que Pórcia determinara fosse tocada naquele momento, opta pelo terceiro escrínio, o de chumbo, ali encontrando o retrato da bela jovem e as seguintes linhas que resumem sua fortuna:

*"Tu que a aparência desdenhas,  
Boa sorte e escolhe bem.  
Já que esta sorte te coube,  
Contenta-te, outra não busques.  
Se te sentes satisfeito,  
Se a sorte crês uma benção,  
Corre para tua dama  
E dá-lhe um beijo de amor."*

Nossa personagem invoca, então, o seu direito, recebendo de Pórcia o anel de noivado. Nesse meio tempo, Graciano, amigo de Bassânio que lhe acompanhara na empreitada, conquista as graças de Nerissa, camareira de Pórcia, e Lourenço, amigo dos dois viajantes, reaparece em cena com Jessica, filha de Shylock, que com ele fugira no princípio da história. A festa seria completa se nesse instante não chegassem notícias de Veneza dando conta da desgraça que se abatera sobre Antonio: todos os seus navios perderam-se em águas oceânicas e este encontrava-se impossibilitado de quitar sua dívida com Shylock, o qual exigia sua libra de carne.

Após uma rápida cerimônia de casamento, Bassânio parte para defender seu amigo. Segue-lhe Pórcia com o intuito de disfarçar-se em advogado e ajudar a resolver a questão. Leva consigo Nerissa, a quem veste como seu secretário. Tem início o Ato IV, onde desenvolve-se a grande cena do julgamento, em um tribunal presidido pelo próprio doge.

Na longa cena, Shylock exige que se lhe faça justiça e se cumpra o contrato. Irredutível, exige que lhe seja entregue, por conseguinte, *a pound of flesh* de Antonio, indicando ainda que tal libra de carne deve ser retirada do ponto mais próximo do coração. Pórcia, que se apresentara no tribunal sob o pseudônimo de Baltasar com uma carta de recomendação de Belário, seu parente e famoso advogado, procura demover Shylock de seus propósitos recorrendo à clemência. Fracassada tal tentativa, oferece quantia muito maior que a devida, recebendo como resposta nova recusa. Sem nada mais poder argumentar, termina por concordar com o ato do judeu, mas levanta-lhe um obstáculo intransponível: a retirada de uma libra de carne não pode vir acompanhada de uma gota sequer de sangue. E segue-lhe a advertência, feita pelo doge, de que o derramamento de sangue cristão, uma gota que fosse, acarretaria no confisco das terras do judeu. Acuado, Shylock revê sua posição e decide aceitar o dinheiro, oportunidade que lhe é negada pelo juiz em virtude da recusa inicial, fazendo certo ainda que nada lhe seria pago. A fortuna não lhe sorri mais: por ter conspirado contra a vida de um veneziano, conforme realça Pórcia (Baltasar), o judeu tem metade de seus bens entregues a Antonio e a outra metade ao Estado. Antonio, por sua vez, recusa a sua parte, condicionando tal ato à conversão ao cristianismo de Shylock e a entrega por este a Jessica, sua filha fugitiva, de toda sua riqueza, por ocasião de sua morte.

O final é alegre e feliz para todos, à exceção óbvia do judeu. Bassânio e Graciano recuperam os seus anéis de casamento, entregues a Baltasar e seu secretário como pagamento pela atuação no tribunal apesar das promessas feitas a Pórcia e Nerissa de nunca se desfazerem dos mesmos. A festa torna-se completa com a notícia da chegada dos navios de Antonio.

\*\*\*\*\*

Apesar de alguns comentadores afirmarem que a comédia *O Mercador de Veneza* foi escrita por William Shakespeare em 1596, tudo leva a crer que a mesma date de 1594. Duas são as fontes, segundo a maioria dos estudiosos, que compõem o seu enredo: a primeira seria a obra *Il Pecorone*, de Giovanni Fiorentino, uma coleção de contos publicada em 1558. Em um deles, há um judeu usurário que empresta a quantia de dez mil ducados à personagem Ansaldo para que este patrocine a corte feita por Gianetto a uma dama de Belmonte. As coincidências são muitas: a garantia de tal empréstimo é uma libra de carne, Ansaldo - a personagem correspondente a Antonio - é defendido pela dama disfarçada de advogado, além do episódio final dos anéis. A segunda fonte seria a 66ª história da *Gesta Romanorum*, conjunto de contos e lendas latinas, traduzidas para o inglês em 1577. Outras influências há, as quais, por serem inegáveis, são exploradas por alguns comentadores. Tal é o caso da obra *Jew of Malta* de Christopher Marlowe (Medeiros e Mendes, 1969, vol. 2: 440).

O que se destaca nesta comédia shakespereana, *todavia*, é a aparente secundária questão da Justiça, sobre a qual inúmeros já se debruçaram e que parece fazer de Shylock um herói trágico na mais completa acepção do termo. Tal é identificado, com argúcia, por Auerbach (1971: 273):

*“Contudo, todas as personagens que Shakespeare trata trágica e sublimemente são de elevada posição social. Não considera, como a Idade Média, todos os homens tragicamente (...). Os seus heróis trágicos são reis, príncipes, generais, nobres, e as grandes figuras da história romana. Um caso limítrofe é Shylock; contudo, também não é, de modo algum, comum e quotidiano pela sua posição social, mas é um pária; todavia, de qualquer forma, de posição social baixa. O enredo leve, movimentado por motivos feéricos, do Mercador de Veneza, fica até demasiadamente sobrecarregado pela gravidade e problemática da sua pessoa, e muitos atores, ao interpretar o papel, tentaram dirigir todo o interesse da peça para ele, e fazer dele um herói trágico.”*

Em verdade, Shylock é um herói tragicômico: um herói que efetivamente possui o seu lado trágico na medida em que comete a sua *hamartia*, isto é, comete o pecado que o Destino lhe preparou ou proporcionou. Mas, a fatalidade não lhe é total. Ela aparece conjugada com um certo livre arbítrio. Ele escolheria o caminho e somente muito tarde perceberia seu erro, o erro de desejar uma libra de carne, a *pound of flesh*.

\*\*\*\*\*

Rudolf Von Ihering prefacia seu livro *A Luta pelo Direito* esclarecendo um “ponto secundário, que nada tem que ver com a teoria propriamente dita do meu [seu] trabalho, mas deu origem a objeções da parte de pessoas que no mais estão de acordo comigo. Trata-se da minha [sua] afirmativa sobre a injustiça cometida contra Shylock”. Sim, assunto secundário que, todavia, desperta intensas paixões. Muitos já escreveram sobre a polémica, seja para defender Shylock, seja para defender Antonio. As longas linhas que já foram escritas sobre o assunto tornaram-se manual para qualquer estudante de Direito, que se vê assim obrigado a conhecer a famosa cena do julgamento do ato IV da peça. Exploremos, por conseguinte, tal cena para desvendar as questões de Justiça aí encobertas.

O ato IV de *O Mercador de Veneza* inicia-se com o lamento do *doge*, magistrado supremo da república (cidade) de Veneza, quanto à ausência de misericórdia de Shylock, “um miserável desumano, incapaz de piedade” (IV, 1). O judeu, cego de ódio e ansioso por ver sua vingança efetuada, informa que nada lhe fará mudar de idéia e que exigirá a execução da cláusula penal do contrato firmado entre ele e Antonio.

E qual contrato? um empréstimo de três mil ducados, cuja garantia consistia em uma libra de carne de qualquer parte do corpo do devedor - Antonio - caso não satisfeita a obrigação no vencimento. Surge assim a primeira discussão: é tal título válido? É Ihering (1980: 6/7) quem responde, de forma sucinta:

*“O juiz tinha a opção de declarar o título válido ou inválido. Decidiu pela primeira alternativa. E, segundo a exposição de Shakespeare, essa solução era a única compatível com o direito. Não havia ninguém em Veneza que duvidasse da validade do título: os amigos de Antonio, o próprio Antonio, o doge, os juizes, todos concordavam em que o direito estava do lado do judeu.”*

E as intervenções das personagens não deixam dúvidas. Assim, por exemplo, Antonio:

*“O doge não pode impedir o curso da lei. As garantias que os estrangeiros encontram em nosso meio, em Veneza, não poderiam ser suspensas sem que a justiça do Estado ficasse comprometida aos olhos dos mercadores de todas as nações cujo comércio faz a riqueza da cidade.” (III, 3)*

(...)

*“(...) Mas, continuando ele inabalável e não havendo nenhum meio legal para livrar-me dos ataques do ódio que me tem (...) armarei meu espírito de toda quietude para suportar a tirania e a raiva dele.” (IV, 1)*

Não obstante a resignação das personagens, surpreende que tal contrato possa ter validade. Sim, posto que, por mais conforme que estivesse o mesmo com o direito inglês da época, ele faz tábula rasa de qualquer noção do justo. Em verdade, era impossível a qualquer corte inglesa contestar desde a moralidade à legalidade do contrato, já que há um selo real apostado que lhe confere total validade. Apenas dois séculos mais tarde, no caso *Collins vs. Blantern* (1766), é que vai se permitir que uma corte prequestione a ilegalidade do objeto de um contrato sob selo. Mas assim era a justiça *elizabetana*, sobre a qual lançamos um breve olhar.

George Keeton, em sua obra *Shakespeare and his Legal Problems*, inicia por questionar porque Antonio não usou uma das três modernas possibilidades de contornar a causa do judeu - pagamento por terceiro interessado ou não interessado, contrato nulo por contrário à ordem pública e representação fraudulenta - para explicar a estrutura judicial do período.

Esclarece Keeton que, no período *elizabetano*, as cortes de Justiça e Equidade operavam distintamente. Elas só foram reunidas em um único tribunal a partir da discussão entre Coke e Ellesmere no reinado de James I. É, aliás, a partir da obra de Coke que a *commom law* vai fincar raízes e estabelecer seus princípios. Um dos resultados da polêmica foi a determinação da preponderância dos remédios de equidade sobre as alternativas legais. Uma vez que tais regramentos somente começarão a assentar no final do reinado de Elizabeth, torna-se perfeitamente compreensível a resignação de Antonio e seus amigos com a insistência de Shylock em fazer valer a cláusula penal do contrato.

Mas, terá validade uma cláusula penal que estipula a entrega de uma libra de carne do próprio corpo do devedor? Keeton, mais uma vez, é a melhor fonte para compreendermos o contrato firmado entre o mercador e o judeu. Naquela época, qualquer legislação contratual, fosse ela inglesa ou veneziana, estava ainda em seus primórdios. É aliás neste momento que encontramos Grotius escrevendo sobre Direito Natural e esboçando as primeiras teorias contratualistas do Estado. Assim foi que a jurisprudência inglesa, suscitada a resolver discussões contratuais, além de forçada a iniciar uma compreensão ainda que mínima de um direito comercial, optou pela teoria do valor em lugar da teoria da causa, esposada pela lei romana dos contratos. Explica-se: se para esta impunha-se tão somente a necessidade de uma razão que justificasse o contrato, para a primeira importava apenas que o objeto fosse passível de valoração monetária.

Ora, a libra de carne tinha um valor - três mil ducados - e, por conseguinte, era legal. Compreende-se, assim, por que Shylock é tão incisivo em sua tentativa de alcançar o seu intento. Maravilhado pela reverência com que ele invoca a lei, Ihering (1980: 78/...) assim nos fala, remetendo ao texto teatral:

*“É o ódio e a vingança que levam Shylock a ingressar em juízo com o objetivo de cortar do corpo de Antônio a libra de carne que lhe pertence; mas, as palavras que o poeta lhe põe na boca soam tão autênticas como se fossem proferidas por qualquer outra pessoa. É a linguagem que o sentimento de justiça ofendido usa invariavelmente, em qualquer tempo ou lugar; é a linguagem da convicção firme e inabalável de que o direito sempre há de ser direito; é a linguagem impetuosa e patética do homem consciente de que a causa que defende envolve não apenas sua pessoa, mas a própria lei. Segundo as palavras que Shakespeare o faz proferir: a libra de carne que ora exijo foi comprada a bom preço, e por isso eu a quero. Que vossa lei se cubra de vergonha*

*se ma recusardes!*

*Pois então a lei de Veneza nenhuma força terá.*

*...invoco a lei*

*...no título que ora exibo fundo minha pretensão.*

*“Invoco a lei!” Com estas palavras o poeta retratou de forma tão adequada a verdadeira ligação entre o direito subjetivo e o direito objetivo e o significado real da luta pelo direito que não poderia ser excedido por nenhum filósofo do direito.”*

E ao Doge não resta outra alternativa a não ser admitir que a lei é injusta, mas que deve ser aplicada: *“Em virtude de meu poder, estou autorizado a dissolver o tribunal, a não ser que Belário, sábio doutor que mandei buscar para determinar esse caso, não chegue hoje” (IV, 1)*. É a última esperança que, sem o conhecimento de todos, chega através de Pórcia, disfarçada como Baltasar, para fazer uso da equidade e reverter todo o processo.

Assim é que Pórcia começa por suplicar pela qualidade da clemência. Diz a mesma: *“a qualidade da clemência é que não seja forçada; cai como a doce chuva do céu sobre o chão que está por debaixo dela; é duas vezes bendita; bendiz ao que a concede e ao que a recebe”*. Não deixa, contudo, de reconhecer que a justiça está ao lado do judeu posto que, se o mesmo persistir com seu intento de execução, *“este rígido Tribunal de Veneza, fiel à lei, nada mais tem a fazer do que pronunciar a sentença contra este mercador” (IV, 1)*. Seus argumentos são a mais fiel expressão da equidade, conforme esclarece Keeton (1930: 19):

*“Para nós [suas palavras] compõem um simples tecido de sentimentos altivos. Para o Elizabetano não é uma descrição inapta da Corte de Equidade. Equidade não é piedade - é uma concepção mais elevada de justiça do que aquela que pode ser encontrada na commom law - (...) Shylock, entretanto, recusou-se a aceitar a sugestão (...) e viu seus argumentos escorrerem através de seus dedos em consequência da aplicação de princípios de equidade.”*

Dessa forma, retirar uma libra de carne sem fazer escorrer uma gota de sangue é a aplicação mais direta dos princípios de equidade. A decisão oriunda das alegações de Pórcia fazem parte de um raciocínio simples: o credor que recebe propriedade em ressarcimento de dívida deve diligenciar para bem guardar o que recebe. Basta trocar propriedade por libra de carne... Ihering (1980: 79, nota 13) parece não compreender tais peculiaridades da justiça britânica ao escrever:

*“Mas, se quiséssemos submeter a mesma [a peça teatral] à crítica do jurista, este só poderia concluir que o título de Shylock era*

nulo, por conter uma disposição contrária à moral; por isso mesmo o juiz deveria ter-lhe negado validade desde logo. Se não o fez, se apesar de tudo o "sábio Daniel" reconheceu a eficácia do título, usou ele dum stratagem miserável, cometeu uma rabulice lamentável, quando recusou ao homem a quem tinha concedido o direito de cortar uma libra de carne dum corpo vivo a faculdade de derramar o sangue indissolúvelmente ligado à mesma."

Em seu raciocínio ágil e nervoso, prossegue o autor alemão traçando inúmeras comparações com o intuito de demonstrar o absurdo da chicana utilizada contra o judeu: uma servidão de trânsito a favor de alguém que proibisse ao titular deixar rastros de pés no respectivo terreno, já que o título não estipulava qualquer coisa a respeito, ou mesmo pagamento de dívida com dinheiro depositado dentro de um alto-forno ou em cima de uma torre ou ainda no fundo do mar, posto que o lugar do pagamento não fora previamente determinado. A revolta de Ihering é compreensível. Nada disso lhe parece justo, nada disso lhe parece correto. Para ele, Shylock fora ludibriado por tudo e por todos, tivera seu direito negado... enfim, não tivera sua dose de justiça. E a quem cabe contestar?

\*\*\*\*\*

Justo, muito justo, justíssimo... bordões de justiça que trazem consigo uma sensação única de bem, de certeza, de correção. Perguntaria, então, o comentador: obteve Shylock sua cota de justiça? Sim... não... talvez... poucas são as respostas e tantas as perguntas. Não é nosso intuito concluir se o judeu recebeu ou não uma resposta justa do *doge*, se foi ludibriado pelas rabulices de Pórcia. Não. O que aqui intentamos foi perceber como a literatura antecipou a transformação político-jurídica do século XVII.

As linhas redigidas por Shakespeare assim o demonstram. O *case Shylock vs. Antonio (1594)* é exemplar. Em seu desenrolar podemos perceber um esboço dos dilemas que irão proporcionar o surgimento de autores como Grotius e Pufendorf. Ainda que não se utilize qualquer traço de direito natural ou mesmo um recurso direto aos aspectos morais do contrato firmado entre as partes, o recurso à equidade deixa transparecer a dicotomia já antevista por Platão e Aristóteles.

Os desdobramentos da teoria do direito natural resultaram em seu enfraquecimento, sobretudo em razão do desenvolvimento de um positivismo jurídico, que relegou o jusnaturalismo ao estado de ridículo e primário momento do desenvolvimento da juridicidade. Não por outra razão as escolas de Direito referem-se aos autores do século XVI como filósofos, sonhadores, etc. e adotam uma postura extremamente tecnicista diante dos problemas de uma Teoria do Direito.

Resta, contudo, uma pergunta: foi feita justiça no caso *Shylock vs.*

*Antonio?*

Não. Entendemos que não; não lhe foi feita justiça. Mas, nem sempre o que é justo acompanha o que é direito. Ambas qualidades não se encontram necessariamente acopladas em um único fato. Pode sempre haver o que seja justo sem ser direito, bem como o que seja legal sem que seja justo. Houve legalidade e tal pode ser bem compreendido no trabalho de Keeton, porém não se pode dizer que houve justiça...

Mas, quem poderia dizer tal a quatrocentos anos atrás?

#### Bibliografia

ARAÚJO, Ricardo Benzaquen de & CASTRO, E. B. Viveiros de. *Romeu e Julieta e a Origem do Estado*. in: *Arte e Sociedade*.

AUERBACH, Erich. *Mimesis. A representação da realidade na literatura ocidental*. São Paulo: Editora Perspectiva e Editora da Universidade de São Paulo, 1971.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Editora Abril, 1974.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

KAUFMANN, Walter. *Tragedy and Philosophy*. Princeton: Princeton University Press, 1968.

KEETON, George Williams. *Shakespeare and his Legal Problems*. Londres: A. & C. Black, Ltd., 1930.

POWELL, E. *A arbitragem e o direito na Inglaterra dos finais da Idade Média*. in: HESPANHA, António (org.). *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

ANDERS, Wilbur. *The Dramatist and the Received Idea*. Cambridge: Cambridge University Press, 1968.

SHAKESPEARE, William. *O Mercador de Veneza*. in: *Obra Completa (2 vols)*, tradução e notas de MEDEIROS, F. Carlos de Almeida Cunha e MENDES, Oscar. Rio de Janeiro: Companhia José Aguilar Editora, 1969.

SHAKESPEARE, William. *The Complete Plays of William Shakespeare*. New York: Chatham River Press, 1984.

WILLCOX, William B. *Juristas e litigantes na Inglaterra dos Stuart. O exemplo de um condado*. in: HESPANHA, António (org.). *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.



**A CONSTITUIÇÃO FACE "A PERDA DO LUGAR E DA INÉRCIA  
GEOGRÁFICA E TERRITORIAL"  
(B. GUGGENBERG)\***

**Telma da Graça de Lima Lage**

**Introdução**

Recentemente a TV a cabo focalizou a explosão demográfica no continente africano para daí mostrar a dificuldade de sobrevivência dos grandes mamíferos, que vagueiam há séculos por suas planícies, quando têm de competir com os homens pelo mesmo espaço. Os elefantes, por exemplo, desconhecem as cercas e as fronteiras, e assim trazem sérios inconvenientes para os agricultores, além de causarem incidentes internacionais, quando migram de países que os protegem para outros que permitem sua captura e caça.

De fato, os elefantes são seres pré-modernos e não perceberam a importância que a demarcação de territórios e fronteiras adquiriu na caracterização da modernidade, importância que pode ser avaliada pelo fato de a perda de rigidez nessas fronteiras, fenômeno conhecido por globalização, vir a sinalizar a superação da modernidade e o advento de um novo tempo: o pós-moderno. Não sabemos se os elefantes sobreviverão a mais este movimento - dizem os naturalistas que o confinamento em parques nacionais representa uma tentativa de preservação da espécie - mas sabemos que muitas das instituições nascidas com a modernidade, da mesma forma que o Estado de direito, passam por um processo de atualização, indispensável, se não à sua existência, pelo menos à sua efetividade.

A Constituição é uma das instituições da modernidade mais sensível às mudanças sociais, fenômeno visível a olho nu em nosso país, onde

---

\* citado por J. J. Gomes CANOTILHO. Direito Constitucional. 6º ed. P.17. Coimbra: Almedina, 1993.

uma Carta recente tem sido assediada por propostas de revisão e emendas, a refletir a instabilidade e a incerteza trazidas pela nova ordem política e econômica mundial. Dessa maneira pretendemos nesse trabalho fazer uma reflexão sobre uma pretensa mudança de paradigma, do moderno ao pós-moderno, observando sua repercussão na ordem jurídica e especialmente constitucional.

### 1. O Estado encontra suas fronteiras

Não é preciso recuar às formas de sociedade mais primitivas, como as tribos de coletores e caçadores, para perceber que a demarcação de fronteiras territoriais, além dos acidentes geográficos não representava uma preocupação essencial à identificação de um grupo e sua diferenciação de outros grupos rivais. Sequer para a teoria política antiga a territorialidade se colocou como questão digna de nota. Ao contrário, sob a forma de cidade-Estado, há a afirmação de um pólo de aglutinação, a polis, em torno do qual a sociedade se organiza, sem pretensão de fixação de um limite para sua expansão:

“Na cidade-Estado, limitada a um centro urbano e a uma zona rural circunvizinha, não havendo ensejo para o conflito de fronteiras, não chegou a surgir a necessidade de uma clara delimitação territorial.” (DALLARI, Dalmo, Elementos da Teoria Geral do Estado. 14. ed.; p.73. SP: Saraiva, 1989).

Portanto, é com a crescente complexidade das sociedades políticas, e a concomitante competição por espaços, que a demarcação territorial passa a se constituir em referencial indispensável ao estabelecimento de uma normatividade ou regras de convivência. Os muros tão presentes na paisagem da Europa feudal, a princípio demarcando um espaço privado, ou melhor, para evitar a contraposição a público, um espaço apropriado privadamente, não deixam dúvidas a respeito da emergência de uma nova maneira de se lidar com a base territorial. Mas os muros ainda não cercam os Estados; nem muros, nem linhas imaginárias, porque afinal, o Estado ainda não adquiriu o formato sob o qual o conhecemos. David HARVEY fala a esse respeito:

“Nos mundos ( e uso o plural propositalmente) relativamente isolados do feudalismo europeu, o lugar assumiu um sentido legal, político e social definido, indicativo de uma autonomia relativa das relações sociais e da comunidade dentro de fronteiras territoriais fixadas aproximadamente.” (HARVEY, David. A condição pós-moderna. p. 219. SP: Loyola, 1989).

Aí está, as fronteiras estão fixadas aproximadamente. Brevemente perderão esse caráter impreciso, e serão alvo de medições, acordos e tratados. Esta preocupação em estabelecer limites territoriais implica sob certo ângulo

em renúncia a um projeto expansionista permanente, mas é o preço a ser pago pelo exercício pleno de soberania, cuja operacionalidade exige a submissão de todos que estejam dentro de um determinado universo: no caso do poder político, os limites desse universo são as fronteiras geográficas.

O território passa dessa maneira a ser elemento indispensável à configuração do Estado moderno. Mesmo a nação, que pode ser entendida como “*uma comunidade de base histórico-cultural, pertencendo a ela em regra os que nascem num certo ambiente cultural feito de tradições e costumes, geralmente expresso numa língua comum, tendo um conceito idêntico de vida e dinamizado pelas mesmas aspirações de futuro e os mesmos ideais coletivos*” segundo DALLARI, (ob. cit. p. 82), e que admite instituições bastante complexas, passa a se identificar com um território, a sinalizar a aproximação entre nação e Estado, que resultaria no bem-sucedido modelo de Estado-nação, tanto assim que o vínculo jurídico que liga o indivíduo ao Estado recebe o nome de *nacionalidade*, e as relações entre Estados se chamam *internacionais*.

### 2. A soberania se alevanta...

HARVEY aponta, numa linguagem poética, outra peculiaridade do Estado medieval, que vale a pena comentar:

“No âmbito de cada mundo concebível, a organização espacial refletia uma confusa sobreposição de obrigações e direitos políticos, econômicos e legais. O espaço exterior era mal apreendido e, em geral, conceituado como uma cosmologia misteriosa povoada por alguma autoridade externa, hostes celestiais ou figuras mais sinistras do mito e da imaginação.” (HARVEY, David. A condição pós-moderna. p. 289; SP: Loyola, 1989).

“Confusa; mal apreendido; misteriosa; alguma autoridade; mito e imaginação”: palavras que dão a entender a imprecisão, característica das relações políticas medievais; o exercício do poder legitimado, mais frequentemente, pelos “mores eternos”, cuja origem se perdia na noite dos tempos, na linguagem weberiana. Ora, nada disso combina com a exigência de racionalidade trazida pelos novos ventos que varreriam todas as áreas do conhecimento e repercutiriam profundamente nas instituições medievais.

Uma indefinida “autoridade externa” já não dá conta das demandas de participação no poder político surgidas concomitantemente com novas formas de riqueza, além da titularidade da terra. Novas representações do mundo exigem novas legitimações e o jusnaturalismo responde a essas exigências, oferecendo uma justificação para o exercício do poder que parte de uma premissa revolucionária: a igualdade entre os homens, num estado ideal, originário, anterior à organização em sociedade.

Essa premissa de igualdade representa por um lado uma ruptura com o modelo aristotélico, amplamente aceito até então, que, considerando o Estado como fruto de um desenvolvimento natural da sociedade, desde sua forma elementar, a família, onde a desigualdade está intrinsecamente presente, seja aquela fundada em determinações biológicas, seja na divisão de trabalho, não tinha dificuldade em legitimar uma ordem política desigual e excludente. E é revolucionária na medida que oferece um parâmetro - igualdade entre os homens - capaz de operar a passagem de uma sociedade de *status* para outra de *contractus*.

O contratualismo se distingue ainda do modelo aristotélico, porque enquanto este deriva o Estado contemporâneo de uma evolução histórica, o primeiro assenta na razão, no racionalismo, na capacidade do homem de manifestar vontade, o nascimento do Estado e a legitimação do poder político. A partir de então o racionalismo passa a ser o norte inspirador das instituições que conformaram o projeto de modernidade, então emergente.

A definição da soberania se coloca como essencial; o detentor do poder soberano tem de ser aceito por seus súditos, em rápida transição para cidadãos, e perante seus pares, que não são mais os nobres, mas os soberanos dos outros estados nacionais que então se afirmavam, na medida que firmavam fronteiras, que podiam defender. DALLARI esclarece que: "*No final da Idade Média os monarcas já têm supremacia, ninguém lhes disputa o poder, sua vontade não sofre qualquer limitação, tornando-se patente o atributo que os teóricos logo iriam perceber, a soberania, que no séc. XVI aparece como um conceito plenamente amadurecido, recebendo um tratamento sistemático e praticamente completo.*" (DALLARI, Dalmo. Teoria Geral do Estado. 14. ed. p. 69. SP: Saraiva, 1989)

### 3. O povo pede passagem

Porém a proposta teórica mais notável trazida por esses ventos de mudança é a que desloca a titularidade da soberania do príncipe para o povo. Embora o povo tivesse acabado de adentrar a teoria política sob a forma da multidão que em HOBBS se associa num pacto fundador do Estado, ele o faz de maneira triunfante, como titular de todo aquele poder político, que só é legítimo porque exercido em seu nome.

O povo não chega a perceber essa reviravolta e continua em seu lugar na base da pirâmide, onde cabe todo mundo, já que em algum momento teria delegado seu poder: o soberano é seu representante, representação essa ficta, conforme BOBBIO, e que não admite prova em contrário. Assim mesmo o príncipe absolutista nada perde quando abdica da representação por mandato divino para a representação por mandato popular, mais consuetânea com os novos tempos de racionalidade e empirismo.

Aliás sempre se mostrou difícil dar consequência ao princípio da soberania popular, mesmo quando SIEYÉS identifica a nação com o povo, e dessa forma entende a tomada de poder pelo Terceiro Estado como uma restauração, e mesmo quando ROUSSEAU inventa a *volonté generale* como justificação do poder, ainda assim o povo não se torna determinável, e pode ser confundido com a turba, a chusma, o populacho, quando se manifesta diretamente sem intermediários ou representantes.

### 4. Indivíduo, igualdade, liberdade = liberalismo

Mas só num primeiro momento as coisas continuaram como sempre; logo o estridulo das máquinas que anunciavam a revolução industrial se somariam aos gritos da Revolução Francesa, e aos ecos da Revolução Americana e um projeto político de inspiração na igualdade natural dos homens, e na reivindicação de liberdade, o liberalismo, encontraria uma forma no Estado constitucional: Estado de direito liberal. O Estado encontra sua justificação: existe para garantir direitos fundamentais e esse compromisso deve estar declarado formalmente num documento escrito, a Constituição, à qual todos estão sujeitos, inclusive o titular do poder.

A expressão "estado de direito", no que pese a solenidade dos princípios que evoca, reúne toda ambiguidade das palavras estado - *status*/ou entidade de direito público - e direito - direito subjetivo/ ciência jurídica/ prerrogativas/ qualidade do que é correto; e é bom que assim seja, porque de fato todas essas idéias estão aí contidas, mas convém que se acrescente um adjetivo - liberal, democrático, social - à expressão Estado de direito, recomenda José Afonso da SILVA<sup>1</sup>, exatamente para precisar melhor a realidade fática a que estamos nos reportando.

### 5. Garantia de direitos, divisão de poderes = constituição

Isto porque as sociedades ocidentais vêm experimentando variados arranjos em torno dos princípios informadores do Estado constitucional, cuja estrutura básica fora desenhada no art. 16, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que proclamava ter Constituição o Estado capaz de reconhecer direitos fundamentais e garanti-los através do mecanismo da separação de poderes, que desaguaram num Estado democrático de direito.

Até aqui desenvolvemos o texto no sentido de demonstrar que os elementos constitutivos do Estado moderno - a base territorial determinada, a

<sup>1</sup>Por isso cabe razão a Carl Schmitt quando assinala que a expressão "Estado de Direito" pode ter tantos significados distintos como a própria palavra "Direito" e designar tantas organizações quanto as a que se aplica a palavra "Estado". (...) Disso deriva a ambiguidade da expressão Estado de Direito sem mais qualificativo que lhe indique conteúdo material." (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 7. ed. p. 100. SP: Rev. dos Trib., 1991).

titularidade da soberania atribuída ao povo, o reconhecimento de direitos individuais, a sujeição do Estado ao império da lei, com a consequente definição de uma lei fundamental, e a técnica de separação do poder - são fruto de um parto múltiplo, e agora queremos afirmar que o desenvolvimento subsequente do produto deste parto tem-se dado sob a assistência do saber jurídico, que o reveste da roupagem adequada aos diferentes contextos sociais e políticos, de um lado mostrando elasticidade e capacidade de adaptação, e por outro, fornecendo a necessária rigidez ao político, que é contingente e mutável, incapaz portanto de dar previsibilidade e segurança às relações.

Ora, na Constituição encontramos a expressão jurídica de todos esses elementos, a forma do Estado, o modo de exercício do poder, os direitos e garantias individuais, a finalidade do Estado, o que nos permite dizer que representa a síntese e a tradução do Estado moderno.

#### 6. Democracia, constituição = estado de direito democrático

Dessa maneira estamos ignorando outros sistemas constitucionais porventura experimentados pelas sociedades humanas - "Todos os países possuem, possuíram sempre, em todos os momentos de sua história, uma constituição real e efetiva", conforme LASSALE - para focalizar a Constituição do / e o Estado moderno, com seu conteúdo material e aspecto formal, como faces da mesma moeda.

Mas, e agora que "todos os países possuem uma Constituição", cujos conteúdos se aproximam bastante, graças à adesão praticamente unânime a um ideal democrático, nos termos assim anunciados por SARTORI: "*pela primeira vez na história do mundo nenhuma doutrina se apresenta como antidemocrática. A acusação de ação ou atitude antidemocrática é dirigida com frequência contra os outros, mas os políticos militantes e os teóricos políticos são unânimes em enfatizar o elemento democrático das instituições que defendem e das teorias que advogam.*"? (SARTORI, Giovanni. Teoria da Democracia Revisitada. p. 18. SP: Ática, 1994, citando R. McKeon). Agora podemos dizer que a Constituição, já convenientemente estudada e teorizada por um pujante Direito Constitucional, atingiu sua forma última e está a salvo de pressões no sentido de negar sua importância, necessidade e efetividade? Ou que terá sido alvo de um processo de mitificação tal que pensa-se em resolver problemas estruturais do Estado através de uma técnica legislativa que determine a forma/conteúdo da Constituição? Ou será possível debitar-se a ela um pretenso "estado de ingovernabilidade", como fazem governantes ineptos? Guardamo-nos de seguir adiante nessas especulações, e recuamos ao núcleo mínimo de uma Constituição - definição e garantia de direitos fundamentais e separação de poderes - para observar que a defesa dos direitos, individuais e coletivos, fundamentais, a despeito da garantia constitucional, tem sido frustrada no cotidiano de cada vez maior número de cidadãos, haja vista a

notícia de torturas, trabalho escravo, violação dos direitos básicos à sobrevivência, execução sumária de indivíduos sob a guarda de agentes do Estado, para concluir da necessidade de conciliar a esfera jurídica e a política. Mesmo o princípio de divisão dos poderes vem sendo questionado, e reclama novas formulações e a esse propósito citamos artigo de Tércio SAMPAIO Ferraz Jr.:

"Num livro publicado em 1982, de título bastante sugestivo - *Despedindo-se de Montesquieu (Abschied von Montesquieu)* - Hans Girardi assinala que o princípio da divisão dos poderes não tem hoje a mesma relevância de outras épocas. Embora persistam as questões tradicionais referentes à função de controle na relação entre os três poderes, o eixo da discussão torna-se agora a dicotomia tipicamente tecnológica macropoder / micropoder (op.cit. p. 46)". In Revista USP Dossiê do Judiciário. Mar/Abr/Mai/94; p. 21.

#### 7. Esgotamento do moderno = pós-moderno

Ora, a Constituição como expressão jurídica de um Estado de direito que já recebeu várias qualificações, liberal, social, democrático, todas essas inflexões experimentadas num tempo dito moderno, há de sofrer o impacto de um tempo pós-moderno que inaugura o novo milênio. Mas que tempo é esse?

John NAISBITT, num livro de megassucesso, intitulado *Megatendências*, analisa as mudanças sociais ocorridas nos Estados Unidos, para daí balizar as expectativas para um futuro próximo, afirma que "*Embora continuemos a pensar que vivemos numa sociedade industrial, mudamos na verdade para uma economia baseada na criação e distribuição de informações*"<sup>2</sup>, e relaciona dez situações onde as mudanças já se processaram de maneira visível. Além da já citada superação da sociedade industrial, aponta movimento em direção à alta tecnologia/ alto contato humano; à passagem de um sistema econômico isolado, auto-suficiente e nacional para uma economia global; ao remanejamento das expectativas de recompensas de curto prazo para médio e longo prazo; à busca de soluções de baixo para cima, das pequenas organizações e subdivisões para as maiores; à desistência da ajuda institucional para a auto-ajuda; à passagem da democracia representativa para a participativa; de estruturas hierárquicas para redes informais; à inversão do sentido da migração: nos EUA do norte para o sul e do leste para o oeste; e finalmente "*de uma sociedade estreita, com uma gama limitada de escolhas pessoais, explodimos em direção a uma sociedade solta, de opções múltiplas.*"

Para dar consistência às hipóteses que defende, apresenta resultado de pesquisas que mostram o exaurimento do setor industrial na

<sup>2</sup>NAISBITT, John. *Megatendências*. p. 1. SP: Circulo do Livro/Abril.

capacidade de gerar riquezas e empregos, paralelamente à explosão da atividade de serviços, sobretudo os ligados à informação. Seu livro adquire maior significado na medida que a passagem da década veio a confirmar muitas das expectativas sugeridas por ele. Na organização da produção, sobretudo, pode-se falar numa verdadeira mudança de paradigma, percebida numa série de técnicas e estratégias que trouxeram uma quantidade de novas palavras aos seminários sobre a empresa, haja vista algumas listadas em artigo de CIRO GOMES<sup>3</sup>, ministro da fazenda, no último governo: “competitividade, produtividade, reengenharia, *downsizing*, *empowerment*, *global source*, trabalho em *team*, *customer driven production*, *just in time*, empresa virtual, *benchmark*”.

Não me alongo mais a respeito dessa mudança de paradigma, por entender que chega perto da unanimidade o consenso sobre o fenômeno da globalização, e seu impacto sobre as instituições até então definidas em termos nacionais. O que se percebe é que, cada vez mais, as fronteiras geográficas se tornam permeáveis, e palavras como transnacional e multinacional são usadas nos mais diferentes contextos. Ora, se inauguramos a modernidade demarcando territórios e fixando fronteiras, parece lógico que a derrocada desses marcos/muros sinalizem para uma nova era, referida simploriamente como pós-moderna. Simploriamente porque o acréscimo do sufixo nada adianta sobre a caracterização dessa nova era.

O que é o pós-modernismo? David HARVEY recorre à seguinte citação do crítico literário Terry EAGLETON:

“O pós-modernismo assinala a morte das “metanarrativas”, cuja função terrorista secreta era fundamentar e legitimar a ilusão de uma história humana “universal”. Estamos agora no processo de despertar do pesadelo da modernidade, com sua razão manipuladora e seu fetiche da totalidade, para o pluralismo retornado do pós-moderno, essa gama heterogênea de estilos de vida e jogos de linguagem que renunciou ao impulso nostálgico de totalizar e legitimar a si mesmo... A ciência e a filosofia devem abandonar suas grandiosas reivindicações metafísicas e ver a si mesmas, mais modestamente, como apenas outro conjunto de narrativas.” (in HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. p.19. SP: Loyola, 1992).

## 8. Fenômeno pós-moderno/fenômeno jurídico

Voltando à nossa seara, vale dizer, autores juristas, vemos que as instituições jurídicas não podem estar imunes a essas transformações, e sob a pressão das necessidades geradas pelos novos parâmetros de contratação entre

<sup>3</sup>No artigo “A sociedade pós-industrial e o estado moderno”, publicado no *Jornal do Brasil*, 1. cad., p.11, 2/jul/1995.

os entes privados e públicos, entra em crise, e se sente desafiado a desenvolver mecanismos de adaptação. J. J. Gomes CANOTILHO fala a esse respeito:

“Os fenômenos da “transnacionalização” e de regresso aos “nacionalismos”, a invenção de novos espaços públicos (ex.: espaços comunitários), o alargamento dos actores não governamentais, coloca novos desafios ao direito constitucional e à “teoria das normas” que lhe está subjacente.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6º ed., p. 17. Coimbra: Almedina, 1993).

Os “novos desafios” de que fala CANOTILHO não são de pequena monta; o fenômeno jurídico no mundo moderno assumiu uma postura de “neutralidade”, conveniente a quem cabia arbitrar os conflitos de interesses - e poderes - e tirou sua legitimidade exatamente de uma postura distanciada e indiferente à dinâmica política, vale dizer ao embate dos interesses, cujo *locus* ficou sendo o Poder Legislativo. Aplicando a lei de maneira genérica e abstrata, livre de pressões, pôde garantir a incolumidade da coisa julgada, imutável e intocada, aceita por todos, que tinham compensado o alto grau de incerteza mediata - decisão do juiz - pelo alto grau de certeza imediata: a decisão obedecerá à ordem legal. Nas palavras de Tércio SAMPAIO:

“Em tese (liberal e burguesa), a combinatória das duas funções é garantida pelo papel instrumental do juiz que, configurado pela neutralidade (distância das partes, imparcialidade, serenidade, posição dominante mas apartidária), torna-se o instrumento capaz de realizar a divisão dos poderes.” (SAMPAIO Ferraz Jr., Tércio. *O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?* p.15 In *Revista USP*, n.21, Mar/Abr/Mai/94).

Tais premissas já não satisfazem. Conforme o mesmo autor, “*Na complexa sociedade tecnológica de nossos dias as atividades de controle mudam de vetor, deixando de voltar-se primordialmente para o passado, para ocupar-se basicamente do futuro.*” E esclarece: “*o juiz é chamado a exercer uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade.*” (ob. cit. p. 19)

Bem, a mudança de vetor apontada pelo autor me pareceu bastante ilustrativa da reviravolta que tem sofrido o jurídico, sob a pressão visível dos meios de comunicação/revolução tecnológica, e a invisível da emergência de novas demandas que não podem ser resolvidas por instrumentos envelhecidos pelo advento de novos tempos.

Ora, a lei, que é a expressão por excelência do jurídico, tem na eficácia, atributo extralegal, no sentido de que foge ao controle do aparelho

judiciário, sua razão de ser; e a eficácia, caracterizada como vocação da norma para "encarnar" na sociedade, depende do assentimento/consentimento dessa mesma sociedade, o que traz um duplo risco: o primeiro, apontado por Tércio SAMPAIO Ferraz Jr., de "uma rendição da Justiça à tecnologia do sucesso, com a transformação do direito em simples e corriqueiro objeto de consumo." (ob. cit. p.21). E o segundo, de que a insistência em obedecer a princípios e premissas que já não funcionam, levem à perda da eficácia, num primeiro momento da lei, e da ação jurisdicional em seguida.

Quando pensamos na indispensabilidade dessas instituições, - "sem direitos do homem, reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos" <sup>4</sup> - garantem, afinal, do processo civilizatório, que nos permite sonhar com a paz perpétua, percebemos a urgência da correção de rumos.

Mas em que direção? Sabemos que devemos abandonar as pretensões de universalismo e onipotência características do projeto moderno, de que a constituição é exemplar. Sabemos também que a tecnologia e sua capacidade de subverter o conhecido e inventar novidades não pode ser desprezada. Trata-se de nos "valermos de sua própria reflexividade", e "construir com esse objetivo uma tecnologia jurídica", como propõe Tércio SAMPAIO Ferraz Jr..

Nesse sentido J. J. Gomes CANOTILHO oferece uma definição de constituição pós-moderna, onde já aparecem referenciais ao que seria adequado à nova era:

"A Constituição é um estatuto reflexivo que, através de certos procedimentos, do apelo a auto-regulações, de sugestões no sentido da evolução político-social, permite a existência de uma pluralidade de opções políticas, a compatibilização dos dissensos, a possibilidade de vários jogos políticos, a garantia da mudança através da construção de rupturas (TEUBNER, LADEUR)." (ob. cit. p. 14)

Havemos de convir que uma Constituição que "apela à auto-regulação", que "sugere", que "permite" e que "garante a mudança", através da "construção de rupturas", é bastante diferente da Constituição moderna, que se pretende dogmática, imperativa e portadora dos referenciais a que toda a sociedade está sujeita. É verdade que nos termos vagos da proposta não encontramos o delineamento de institutos ou procedimentos que tornassem o conceito operacional. Outros teóricos têm tratado disto, mas acreditamos que é no seio da própria sociedade que surgirão as respostas a essas indagações que se colocam de maneira tão contundente. Acreditamos ainda que "flexibilidade" é a palavra e a postura mais conveniente ao atual momento.

<sup>4</sup>BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. p. 1. Rio: Campus, 1992

## Conclusão

BOBBIO, em trabalho recente, se refere a certa visão da história que "favoreceu a comprovação do fim da Idade Moderna, que se deseja caracterizada pela idéia do progresso, e o nascimento de uma nova era histórica que, à espera de receber um nome mais apropriado ou menos insignificante, tem sido chamada por enquanto de pós-moderna" <sup>5</sup>. Lembrei-me dessas palavras quando tive de escrever uma conclusão a respeito de uma tarefa inconcluída - e será concluída algum dia? - que é descrever a transição de uma a outra era, o que implica num inventário das instituições; constata-se o sucateamento de algumas, a criação de outras, a transformação de outras; em outras palavras, uma mudança de paradigma.

Adiamos, pois, nossa conclusão, com a certeza de que a mudança de século e milênio é a oportunidade nunca dantes desperdiçada de promover ajustes de rota. Em direção à paz, se desejarmos.

## Bibliografia

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 6º ed. Coimbra: Almedina, 1993.

SAMPAIO Ferraz Jr., Tércio. Divisão de poderes: um princípio em decadência. In Revista USP, nº 21, Mar/Abr/Mai/94

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 7º ed. SP: Rev. dos Tribunais, 1991

SARTORI, Giovanni. Teoria da Democracia Revisitada. SP: Ática, 1994

DALLARI, Dalmo. Elementos da Teoria Geral do Estado. 14º ed. SP: Saraiva, 1989

HARVEY, David. A condição pós-moderna. SP: Loyola, 1989

NAISBITT, John. Megatendências. SP: Abril/Círculo do Livro

<sup>5</sup>BOBBIO, Norberto. Direita e Esquerda. p. 56. SP: UNESP, 1995

**LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA À LUZ DAS MODIFICAÇÕES  
INTRODUZIDAS NO CPC PELA LEI Nº 8.898/94**

**J. E. Carreira Alvim\***

**Sumário: 1. Conteúdo da sentença condenatória. 2. Liquidação de sentença por cálculo. 3. Inovações da Lei nº 8.898/94. 4. Embargos do devedor. 5. Execução pelo devedor e embargos do credor. 6. Direito Intertemporal e processos pendentes. 7. Natureza da liquidação. 8. Excesso do pedido de execução. 9. Execução de cálculo não homologado. 10. Exegese do novo art. 605 do CPC. 11. Outras alterações introduzidas pela Lei nº 8.898/94. 12. Conclusões.**

---

\*Professor de Direito Processual Civil da PUC-Rio e membro do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

## 1. Conteúdo da sentença condenatória

A sentença condenatória pode ser líquida — quando certa *an* e *quantum debeatur* — ou ilíquida — quando certa *an* e incerta *quantum debeatur* — caso em que depende de prévia liquidação, para só então ser executada. A liquidação é, assim, uma fase que antecede a execução da sentença propriamente dita, que pode ser definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado (ou em título extrajudicial), e provisória, quando for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo (art. 587 do CPC). Pode também uma sentença conter uma parte líquida e outra ilíquida, sendo lícito ao credor promover simultaneamente a execução daquela e a liquidação desta (art. 586, § 2º, do CPC).

Procede-se à liquidação da sentença, quando esta não determinar o valor ou não individualizar o objeto da condenação (art. 603 do CPC), destinando-se esse procedimento — inexistente um processo de liquidação — a integrar o *decisum* com novos elementos, que vão complementá-lo, dando-lhe a feição de uma sentença completa, apta a ser executada.

## 2. Liquidação de sentença por cálculo

Existem três modalidades de liquidação de sentença — por cálculo do contador, por arbitramento e por artigos — interessando-nos tão-somente a “liquidação por cálculo”, mais diretamente afetada pelas recentes alterações introduzidas, no Código de Processo Civil, pela Lei nº 8.898, de 29/jun/94, em vigor desde 30 de agosto próximo passado.

Antes do advento dessa Lei, a liquidação por cálculo envolvia atos das partes (credor e devedor) e do contador do Juízo, aquelas fornecendo os elementos necessários e este procedendo à elaboração da conta, após o que, dispunham as partes do prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre ela, cabendo ao juiz, em seguida, decidir, tudo *ex vi* do disposto no art. 605, parágrafo único, do CPC, antes da novel alteração. Essa manifestação sobre o cálculo ocorria através da impugnação, restrita de regra ao acerto ou desacerto da conta, devendo qualquer outra questão ser diferida para o momento dos embargos à execução (ou embargos do devedor, ou do executado). Afora as hipóteses em que a atividade judicial tinha o propósito de traçar normas de orientação do contador na elaboração da conta, o provimento sobre o cálculo e manifestação das partes consistia numa sentença. Se se tratasse de mera atualização da conta, a homologação se dava através de uma decisão interlocutória.

## 3. Inovações da Lei nº 8.898/94

As alterações introduzidas no CPC pela Lei nº 8.898/94 tiveram o propósito de imprimir maior celeridade ao processo, desobstruindo essa via de acesso à execução, porquanto a liquidação da sentença — por depender de ato do órgão judicial e das partes, mormente do réu, naqueles casos em que os elementos da cálculo dependiam dele — tornou-se a *via crucis* dos credores e o *delírio* dos devedores, emperrando-se o feito ao atingir essa fase do procedimento.

A inércia do devedor em cumprir seus deveres processuais comprometia a tal ponto o andamento dos processos que alguns juízes passaram a admitir elementos de cálculo fornecidos pelo próprio credor. E os liquidantes se desincumbiram tão bem desse encargo, através de cálculos elaborados por técnicos especializados, não integrantes do Judiciário, que deram uma demonstração de que este poderia ser o caminho. Procedimento semelhante fora seguido pelo CPC Português (art. 805).

Dá, sobreveio a Lei nº 8.898/94, que, dando nova redação ao art. 604 do CPC, estabeleceu *verbis*:

Art. 604. *Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor procederá à sua execução, na forma do art. 652 do CPC e seguintes, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo (grifos meus).*

A partir de então, suprimiu-se a fase de liquidação por cálculo, que cedeu lugar à mera apresentação pelo credor de memória do cálculo, que deve acompanhar a inicial da execução, citando-se o devedor para, no prazo de vinte e quatro horas (24), pagar ou nomear bens à penhora (art. 652), ou, em se tratando de execução contra a Fazenda Pública e autarquias, para opor embargos em dez (10) dias nos termos do art. 730 do CPC.

## 4. Embargos do devedor

A impugnação do cálculo, que se dava após a elaboração da conta, transfere-se agora para o momento dos embargos do devedor — processados em apenso aos autos da execução — o que melhora em muito a situação processual do credor, porquanto não são eles admissíveis antes de seguro o juízo (art. 736 e 737 do CPC), o que não só desestimula atos emulatórios, a essa altura do processo, como estimula o devedor a elaborar ele próprio o cálculo, depositando de imediato o valor apurado (art. 605 do CPC com a redação dada pela Lei nº 8.898/94).



## 5. Execução pelo devedor e embargos do credor

No termos do novo art. 605 c/c o art. 570 do CPC, pode o devedor, elaborado o cálculo e depositado o respectivo *quantum*, requerer ao juiz que mande citar o credor para receber em juízo o que lhe cabe conforme o título executivo judicial, caso em que o devedor assume, no processo, posição idêntica à do exequente. Neste hipótese, o cálculo e a oferta podem não estar conforme o título executivo, ensejando a impugnação do credor, igualmente através dos embargos.

Ressalte-se, por oportuno, que embora ALCIDES DE MENDONÇA LIMA (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1974, IV vol., Tomo I, p. 182) considere, no caso do art. 570 do CPC, absurda a idéia de que a defesa do credor se faça por meio de embargos — porque o que o Código disciplina são os embargos do devedor (arts. 736 e 747) — o Simpósio de Curitiba, realizado em outubro de 1975, na sua conclusão XLVIII, estabeleceu que “Na hipótese prevista no art. 570, o devedor é quem promove o processo de execução, cabendo ao credor opor embargos, se a oferta não estiver conforme ao título”, o que se me afigura mais acertado. A nova redação dada ao art. 605 do CPC confirma esta tese, sendo contrária à própria sistemática do Código a adoção de uma medida “aparentada” com a ação de consignação em pagamento, como sugere o ilustre jurista (ob. cit., p. 183). Mais cauteloso neste passo, o grande AMILCAR DE CASTRO (Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. RT, 1976, vol. VIII, p. 21) que, sem nada sugerir, anotou apenas ter-se aí *caso análogo* ao da consignação em pagamento. O simples fato de o CPC aludir a embargos do devedor não infirma a conclusão daquele Simpósio, desde que se adote técnica mais adequada para abranger ambas as situações, como é a denominação embargos à execução. Aliás, a justificativa ao projeto de lei que veio a converter-se na Lei nº 8.898/94, não deixa dúvida quando prevê a impugnação do cálculo em embargos do devedor, propondo a mesma sistemática, para a hipótese do art. 570, em que a iniciativa parte do devedor. Destarte, em vez de embargos do devedor, já que este é o exequente, ter-se-á embargos à execução, que deve ser preferível à expressão embargos do credor.

## 6. Direito intertemporal e processos pendentes

Sempre que uma regra processual é alterada, exsurge um problema de direito intertemporal, com afetação dos processos em curso, e, no que tange à liquidação da sentença, podem-se destacar, por ocasião da vigência a Lei nº 8.898/94, autos que se encontravam nos seguintes momentos processuais: (a) remetidos ao contador, para a elaboração do cálculo; (b) com a conta elaborada, a respeito da qual ainda não foram ouvidas as partes; (c) com as partes intimadas para se manifestarem sobre o cálculo, ainda sem manifestação; (d) com o pronunciamento das partes, mas ainda não homologados; (e) enfim, com prazo em curso ou por iniciar-se.

Como é sabido, nosso ordenamento jurídico processual civil consagra o sistema do isolamento dos atos processuais, segundo o qual a lei nova não atinge os atos processuais já praticados, nem seus efeitos, mas aplica-se aos atos processuais ainda por praticar (art. 1.211 do CPC).

Destarte, por força do princípio de direito intertemporal, e sobretudo dos objetivos colimados pela Lei nº 8.898/94, os únicos cálculos e atualizações definitivamente a salvo do novo rito processual são aqueles que, por ocasião da sua vigência (30/ago/94), já estavam homologados — embora sujeitos aos recursos contemporâneos da sua homologação — pois, a partir daí, incidem as novas regras, que não mais consagram a homologação do cálculo para fins de execução.

## 7. Natureza da liquidação

Considerado à luz da sua natureza jurídica, não se perca de vista que a liquidação por cálculo é um ato processual complexo, compreendendo a própria conta, a manifestação das partes e o provimento homologatório, pelo que não se pode dizer inteiramente praticado antes desse momento, de forma a escapar da incidência das novas disposições legais. Essa circunstância não pode ser desconsiderada, pois, do contrário, ter-se-á por concluído ato processual, na verdade, em vias de formação, a depender ainda da homologação.

Destarte, e desde que não tenha sido homologada a conta, pode o credor, valendo-se da faculdade do art. 605 do CPC, com a redação da Lei nº 8.898/94, fazer elaborar nova memória discriminada e atualizada do cálculo, instruindo com ela o seu pedido de execução. Aliás, dependendo da data do cálculo não homologado é até conveniente que assim seja, evitando proceder a uma execução defasada. De qualquer modo, o devedor terá assegurada a sua defesa na via dos embargos, verdadeira ação contestatória da execução.

## 8. Excesso do pedido de execução

Acentue-se que essa modalidade de liquidação não afasta os poderes do juiz na condução do processo executório, podendo coibir no nascedouro eventuais pedidos de execução *extra* ou *ultra petita*, sendo até aconselhável que o faça, porquanto, pelo novo rito, a impugnação ao cálculo só pode ter lugar por ocasião dos embargos, que, para serem admitidos, dependem da garantia do juízo (art. 737 do CPC) — salvo na execução contra a Fazenda Pública — e a admissão de cálculos em flagrante desconformidade com o título executivo poderá trazer irreparáveis prejuízos ao devedor. Para esse fim, poderá o juiz, inclusive, valer-se do Contador, para fundamentar a sua decisão indeferitória do pedido de citação para a execução, se não for possível pôr o cálculo nos seus exatos limites. Sem prejuízos, evidentemente, de que se promova nova execução nos devidos termos.

## 9. Execução de cálculo não homologado

Nada impede, por outro lado, que o credor, tendo por correto o cálculo já elaborado pelo contador, embora não homologado, proceda à sua execução, na forma do art. 652 e seguintes do CPC, abrindo-se ao devedor a oportunidade de impugná-lo nos seus embargos (arts. 736 do CPC).

Qualquer que seja a solução que se alvitre, é provável que a parte que se sentir prejudicada com o procedimento adotado, recorra aos Tribunais, comprometendo, assim, a maior vantagem que se pretendeu obter com a supressão da homologação do cálculo, que foi a de evitar impugnações nessa fase do procedimento, diferindo-as para o processo de execução, onde seriam com as demais questões equacionadas e decididas.

Neste sentido, a justificativa ao projeto de lei que se converteu na Lei nº 8.890/94:

*A duas, é eliminado o processo de liquidação por cálculo do contador, que, além da demora e dos custos, enseja setença, apelação e eventuais recursos extraordinário e/ou especial. A liquidação, quando depende de simples cálculo aritmético (aluguéis, rendimentos, juros, etc.), será feita pelo exequente, na própria inicial da petição de execução, por quantia certa (assim, v.g., está no CPC de Potugual, art. 805). Se o executado considerar incorreto o cálculo, irá impugná-lo em embargos do devedor por excesso de execução (art. 741, V). A mesma sistemática é proposta para a hipótese do art. 570, de adimplemento da setença por iniciativa do devedor.*

## 10. A exegese do novo art. 605 do CPC

A iniciativa da execução, por parte do devedor, nos termos do novo art. 605 do CPC — que admite, para os fins do art. 570, possa ele proceder ao cálculo na forma do artigo anterior, depositando, de imediato, o valor apurado — deve ser exercitada *cum grano salis*, pressupondo legítimo interesse deste em promovê-la, em face da inércia do credor em instaurá-la. É que tal preceito inverte a posição das partes na execução, dando ensejo à interposição de embargos à execução por parte do credor, pelo que deve ser admitida apenas para suprir a inatividade do beneficiário do título executivo. Ou então, se consentir este que o devedor proceda na forma do art. 605 do CPC.

## 11. Outras alterações decorrentes da Lei nº 8.898/94

Registro, nesta oportunidade, que foram também alterados os arts. 603 e 609 do CPC, aquele pertinente à citação do réu na liquidação por arbitramento e por artigos, que, doravante, far-se-á na pessoa do seu advogado, constituído nos autos, e, este, estabelecendo que observar-se-á, na liquidação por artigos, o procedimento comum, regulado no Livro I deste Código — o que já vinha sendo adotado por muitos juizes — afastando, de vez, o rito ordinário na liquidação por artigos, de setença proferida em processo de rito sumaríssimo.

## 12. Conclusões

Permito-me, ao final destas considerações, formular algumas soluções que me parecem adequadas à espécie, em virtude da entrada em vigor da Lei nº 8.898/94, em 30/ago/94:

1ª) cálculo já homologado considera-se ato jurídico processual perfeito e acabado, a salvo da incidência das novas disposições legais, sujeitando-se, porém, aos recursos cabíveis;

2ª) cálculo não elaborado, embora determinado pelo juiz, impõe a retomada do curso do processo, sujeitando-se à incidência das novas disposições processuais;

3ª) cálculo não homologado, impugnado ou em via de impugnação, pode, a critério do credor, substituir a memória de cálculo a que alude o art. 605 do CPC, prosseguindo-se na execução, segundo as novas regras processuais;

4ª) o cálculo a que alude o art. 605 do CPC pode ser elaborado pelo devedor, consentindo-o o credor, ou no caso de inércia deste, comprovado neste caso o legítimo interesse.

## SALDO TRÁGICO\*

José Eduardo Faria\*\*

O último julgamento dos pedidos de bolsa para doutorado em Direito no exterior, pelo CNPq, registrou um saldo trágico: 90% dos projetos foram sumariamente rejeitados por falta de um mínimo de rigor metodológico. Mal formulados em seus objetivos e inconsistentes em termos analíticos e teóricos, esses projetos revelaram o grau de desinformação de seus autores. Além de não saberem claramente o que é um projeto acadêmico ou uma tese, eles também desconhecem o funcionamento das universidades norte-americanas e européias mais importantes, o nome de seus principais professores, as pesquisas de ponta em andamento e o próprio "estado da arte" de suas respectivas áreas de especialização.

Longe de ser um fato isolado, o julgamento do CNPq ocorreu pouco tempo após a OAB ter registrado os maiores índices de reprovação em seus exames de habilitação profissional. A isso se somam os resultados dos últimos concursos do Poder Judiciário, que não vem conseguindo preencher as vagas oferecidas, apesar do alto número de candidatos, por causa de sua fragilidade técnica e intelectual. Como se vê, o problema é estrutural e está ligado à má qualidade do ensino jurídico. Excessivamente formalista e restrito ao aprendizado de códigos ultrapassados, ele não acompanhou as transformações sofridas pelo direito numa sociedade marcada pela velocidade, intensidade e profundidade de suas mudanças.

Acima de tudo, o ensino jurídico se destaca pelo envelhecimento de seus esquemas cognitivos e pelo esgotamento de seus paradigmas. Por isso, ele se tornou incapaz de identificar e compreender a extrema heterogeneidade dos novos conflitos, a enorme complexidade técnica das novas normas, as

\* Artigo publicado no Jornal O Estado de São Paulo, em 02 de maio de 1997.

\*\* José Eduardo Faria ensina sociologia e Filosofia do Direito na USP e integrou a Coordenadoria de Ciências Humanas da Fapesp e o Comitê Assessor de Direito, Economia e Administração do CNPq.

interdependências cada vez mais presentes no funcionamento da economia, os valores, as demandas e as expectativas por ela gerados e a emergência de um sem número de novas fontes de direito com a preeminência dos conglomerados transnacionais como atores internacionais. Embora esse diagnóstico seja conhecido há anos, as soluções adotadas — como a flexibilização curricular e a introdução de maior número de disciplinas teóricas — até hoje não deram os resultados esperados.

Essa situação não é exclusiva da área de direito. Num belo texto sobre sua área de atuação (*The Crisis of Vision in Modern Economic Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1966), Robert Heilbroner e William Milberg lembram que a teoria econômica atualmente ensinada estaria atingindo um grau de isolamento e distanciamento da realidade comparável apenas ao alcançado pelo pensamento escolástico medieval. Essa teoria econômica é repleta de abstrações e modelizações matemáticas dos mercados, afirmam eles, sem nenhuma relevância — inclusive ética — para o entendimento do mundo real. O hiato entre essa teoria e a realidade é cada vez mais flagrante e perigoso, concluem, levando os cursos de Economia a uma percepção equivocada quer do próprio objeto do ensino, quer do mercado de trabalho.

A mesma crítica pode ser feita ao ensino jurídico. Ele continua preso a uma concepção estrita da sociedade, encarando-a como um sistema dotado de estruturas estabilizadas; a um tipo específico de direito, o editado por um Estado soberano; e ao papel dos tribunais como o *locus* privilegiado da resolução de conflitos. Na prática, contudo, a crescente complexidade da sociedade contemporânea vem tornando inviáveis os mecanismos jurídicos de controle e direção baseados na rígida dicotomia entre o constitucional e o inconstitucional, o legal e o ilegal. Está tornando impossível o enquadramento jurídico de situações heterogêneas e multifacetadas por normas padronizadoras com validade universal. E tem minado a efetividade das intervenções diretas por parte do Estado, rompendo com a exclusividade de seus direitos e obrigando-o a promover um ambicioso e problemático processo de deslegalização de suas obrigações e desconstitucionalização de suas responsabilidades. Incapaz de promover uma regulação minudente das relações sócioeconômicas, ele optou pragmaticamente por estimular a livre negociação e aceitar como inexoráveis os mecanismos de auto-organização social e econômica, limitando sua atuação jurídica à tentativa de coordenar essas diferentes formas emergentes de legalidade.

Apesar de seu impacto desagregador sobre os paradigmas vigentes no ensino jurídico, essa metamorfose do direito continua sendo por ele ignorada — e o saldo trágico do julgamento do CNPq comprova essa assertiva. A maioria dos projetos tratou da ordem jurídica contemporânea como se ela não tivesse sofrido nenhuma alteração estrutural nos últimos 50 anos. Muitos candidatos

confundiram a elaboração de uma tese com a redação de projetos de lei pretensamente capazes de resolver problemas sócioeconômicos cujos alcance e implicações ainda nem sequer são conhecidos. Acima de tudo, foram ignoradas algumas questões essenciais para a revitalização do ensino e do próprio pensamento jurídico, dentre as quais se destacam:

- Como é possível a produção legislativa em contextos marcados pela velocidade e intensidade das transformações econômicas e pela proliferação de situações sociais novas e ainda não estruturadas?
- Se os direitos civis e políticos nasceram contra o Estado, o que poderá acontecer com eles, agora que o Estado-nação parece entrar em refluxo com a transnacionalização dos mercados? Nesse contexto, em outras palavras, não estão esses direitos com sua continuidade ameaçada?
- Se os direitos econômicos e sociais foram concebidos para ser concretizados basicamente por meio das políticas governamentais de caráter distributivo, como podem ser eficazes no âmbito de Estados enfraquecidos perante o poder econômico transnacional?
- Até que ponto tribunais empenhados em assegurar o cumprimento desses direitos não correm o risco de encarecer os custos das transações econômicas e, por consequência, de afugentar investimentos externos geradores de empregos, prejudicando indiretamente os supostos beneficiários desses mesmos direitos?
- Se, com a globalização, a esfera da política vem sendo progressivamente esvaziada pela esfera da economia, e como esta vai sendo cada vez menos determinada pelos Estados e cada vez mais condicionada pelas empresas transnacionais, sem nenhum compromisso social com o ambiente em que atuam, a quem cobrar responsabilidades? Que tipo de direito pode ser invocado e que tribunal pode ser acionado?
- Com a redução do tamanho e do alcance do direito positivo, a paralela expansão do direito internacional, a emergência do direito da integração regional, o ressurgimento da *lex mercatoria* e a proliferação de normas técnicas produzidas por entidades privadas, como o *Accounting Standards Committee* e a *International Organization for Standardization*, a ordem jurídica se estilhaça em distintos sistemas normativos independentes e colidentes entre si? Ou, ao contrário, existe entre eles algum tipo de sintonia e congruência?
- Por fim, o processo de deslegalização atualmente patrocinado pelos Estados e o peso crescente da *lex mercatoria* produzida pelos conglomerados

transnacionais podem levar ao refluxo do direito público e ao retorno do direito privado como paradigma da reflexão jurídica?

Evidentemente, há muitas outras questões mais técnicas e interdisciplinares que, por questão de espaço, não podem ser aqui mencionadas. De qualquer modo, pouquíssimas delas foram afloradas pelos candidatos a doutorado no exterior. Por isso, a única alternativa possível para o ensino jurídico reduzir seu grau de distanciamento da realidade é o estabelecimento de uma política de indução em linhas de pesquisa, por parte do CNPq. Ou seja: a definição dos campos temáticos e dos problemas específicos passíveis de ser financiados com recursos públicos, estimulando, assim, os cursos jurídicos a promover as reformas que eles não foram capazes de realizar espontaneamente e a desenvolver marcos teóricos capazes de tornar viável a compreensão dos novos institutos jurídicos e das relações sócioeconômicas que lhes deram origem e função.

## RESENHA

WANDA DE LEMOS CAPELLER

**L'ENGRENAGE DE LA RÉPRESSION. Stratégies sécuritaires et politiques criminelles**, Librairie général de droit et jurisprudence, Paris, 1995.

Regina Coeli Lisbôa Soares

Com a edição de **L' ENGRENAGE DE LA RÉPRESSION. Stratégies sécuritaires et politiques criminelles**, a prof **WANDA DE LEMOS CAPELLER** dá contribuição definitiva ao estudo da Criminologia no Brasil.

A leitura política do país contraditório, que importa modelos culturais hegemônicos e a eles imprime "cor local", resulta numa análise exaustiva dos processos de formação e solidificação do Estado brasileiro. Com perspicácia, a autora demonstra a necessidade de irmos às raízes históricas do sistema de controle, trazendo à luz a "Tropicalização dos modelos penais" a partir da cultura brasileira, do papel das elites dirigentes e das transformações econômicas: "*Dans un tel cadre théorique et idéologique, il est tout à fait justifié et cohérent d' avancer l' idée de l' importation de modèles de contrôle pénal européens destinés à être adaptés (et susceptibles de l'être) aux valeurs, à la conception et à la compréhension, qui servait aux élites, était, en fait, préjudiciable aux couches défavorisées, marginalisées dans la cadre des processus économiques, et absentes des mécanismes de socialization supposés par ces modèles.*" (pág. 31).

Os que se dedicam ao direito, à ciência política e à história podem conferir, em minuciosos e atualizados levantamentos, não só as transformações pelas quais passa o Estado como também o reflexo desses movimentos no "saber" e no "fazer" criminológicos. Há, por parte da autora, uma permanente preocupação com a verdadeira natureza do direito e com os seus efeitos na sociedade; explica como reagem os diferentes atores na dinâmica social; o método adotado não afasta a norma da sua realidade. Tal sistematização leva a Prof Wanda de Lemos Capeller a "...reconhecer o caráter 'atual' da legislação de 1940, como fez Heleno Cláudio Frago, e admitir uma contradição fundamental: ao lado de uma lei 'moderna' permanecem os traços de uma sociedade autoritária." (pág. 78), cujas ideologias "...fundamentam uma etnografia da violência" (pág. 81).

A obra, originalmente tese de doutoramento, examina a *Etmologia do povo brasileiro, as Transformações do Estado e as mudanças na área penal*, bem como a *Etnografia da violência*. Para a compreensão da área penal, destaca três momentos de transformação do Estado \_ o abolicionista; o das "portas abertas" aos imigrantes que vêm substituir a mão de obra escrava e da nova concepção de Estado que surge nos anos 30, e o momento liberal, com o Código Penal de 1940, que "...incorpora fundamentalmente as bases de um direito punitivo democrático e liberal." (pág. 73).

Professora da PUC/Rio, pesquisadora, conferencista da Universidade de Ciências Sociais de Toulouse, França, dirigindo um Seminário de iniciação às culturas jurídicas não europeias em Bruxelas, Bélgica, Wanda de Lemos Capeller explica os mecanismos do Estado autoritário, matriz da *globalização do controle*, e, com desconcertante mas fundado otimismo, propõe a utópica *globalização da democracia*.

Em **L'ENGRENAGE DE LA RÉPRESSION\_ Stratégies sécuritaires et politiques criminelles** encontramos, além do vigoroso debate de idéias, uma vasta bibliografia, inclusive, e em especial, sobre a violência no Brasil.

## NOTÍCIAS E INFORMAÇÕES

### L INFORME ANUAL DO PROGRAMA INSTITUCIONAL DE BOLSAS DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (PIBIC - CNPq) DO DEPARTAMENTO DE DIREITO

No período de agosto de 1996 a julho de 1997 o Departamento de Direito desenvolveu nove pesquisas vinculadas ao PIBIC, com a participação de dezesseis bolsistas de iniciação científica que abordaram, sob a orientação de professores do Departamento, diferentes áreas do direito, tais como teoria da justiça, responsabilidade civil, direito da criança e do adolescente, violência, faculdades de direito, direito internacional privado, direito constitucional e retórica jurídica.

Os resumos apresentados a seguir oferecem um quadro geral dos objetivos, metodologias e resultados alcançados por essas pesquisas.

#### PRINCIPAIS ABORDAGENS SOBRE A TEORIA DA JUSTIÇA

Alunas: Andrea Zoghbi Brick e Isabella Maria de Paula Borba  
Orientadores: Marcello Raposo Ciotola e Firly Nascimento

##### Introdução:

O tema desta pesquisa versa sobre a teoria da justiça, tema de suma importância dentro da Filosofia do Direito e objeto de atenção e estudo de renomados filósofos e juristas.

##### Objetivo:

O objetivo desta pesquisa é analisar se houve alguma contribuição da filosofia do direito do século XX para a teoria da justiça.

##### Metodologia:

A fim de atingir nosso objetivo, iniciamos a pesquisa estudando diversos autores e suas concepções acerca do tema Justiça, cabendo destacar, dentre eles, os seguintes: Hans Kelsen, Giorgio Del Vecchio, Aristóteles, Clóvis Beviláqua, Rafael Villegas, André Franco Montoro, Paulo Nader e John Rawls.

Tal estudo, primeiramente, foi feito através da leitura de livros ou textos dos citados autores, cabendo à bolsista resumi-los e relatá-los em reuniões realizadas semanalmente.

Na segunda etapa da pesquisa, fizemos um estudo sobre a equidade dentro do direito brasileiro, verificando se o Código de Processo Civil restringiu o uso aristotélico da equidade ao preceituar, em seu artigo 127, que: “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. A fim de realizar tal verificação, analisamos e discutimos diversos julgados dos tribunais brasileiros.

Conclusão:

Aristóteles definiu a equidade como uma “correção da lei quando ela é deficiente em razão de sua universalidade”, e comparou-a com a régua de Lesbos que, por ser de chumbo, se ajustava às diversas superfícies: “A régua se adapta à forma da pedra e não é rígida, exatamente como o decreto se adapta aos fatos”.

A equidade é a aplicação ideal da norma ao caso concreto. A norma, por ser genérica, é passível de ser injusta se aplicada, para todos os casos, tal como ela é. Assim, o juiz pode, sem ferir o preceito legal, amoldar o texto frio da lei ao lado humano do caso.

Segundo Aristóteles, “quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade, corrigir a omissão - em outras palavras, dizer o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso”.

Assim, o Código de Processo Civil brasileiro restringiu o uso aristotélico de equidade, uma vez que apenas permitiu a sua utilização naqueles casos expressos previstos em lei. Ora, se a equidade visa justamente a amparar aqueles casos que não foram abrangidos pela Lei em decorrência de sua universalidade e generalidade; vale dizer, se a equidade deverá ser utilizada para corrigir a norma, que é genérica, condicionar a sua aplicação somente aos casos em que o legislador expressamente a permitir é negar, em última análise, a sua incidência.

## **ETAPAS DA CONSTRUÇÃO JURÍDICA NO DIREITO ROMANO E NO DIREITO INGLÊS**

Aluna : Ana Beatriz Salles Coelho

Orientadora : Ana Lucia de Lyra Tavares

Introdução:

Este projeto visa a identificar os vínculos entre o direito romano pré-clássico e clássico e o direito inglês, buscando a evidenciar o percurso comum da técnica jurídica dos dois povos, inobstante a inexistência de influência direta do primeiro sobre o segundo.

Objetivo:

O estudo tem como objetivo a realização de um trabalho interdisciplinar que associe aos dados jurídicos, elementos históricos, sociológicos, jusfilosóficos e comparativos para uma visão, a mais completa possível, das técnicas de construção do direito em dois povos de natureza pragmática, como o romano e o inglês. Busca, assim, contribuir para a renovação dos enfoques do direito romano e do direito comparado, com uma aproximação pouco habitual que procura contribuir para a ampliação do campo da análise jurídica, sobretudo em vista dos novos vínculos entre os dois sistemas decorrentes da União Européia.

Metodologia:

Pesquisa de natureza documental, com levantamento bibliográfico em fontes nacionais e estrangeiras, utilização dos recursos informáticos e da INTERNET.

Conclusão:

A pesquisa, iniciada em agosto de 1996, está em andamento, já tendo sido levantados os acervos da PUC-Rio, da Biblioteca Nacional, do Ministério da Fazenda e da Internet. A documentação coligida é expressiva, mas ainda estão programados outros levantamentos de dados, sobretudo da Fundação Casa de Rui Barbosa, no Tribunal de Justiça do Estado, no Instituto dos Advogados Brasileiros e no Tribunal Regional Federal da 2a. Região.

A consulta à INTERNET tem sido feita regularmente, mas um dos documentos básicos para o estudo, um artigo do Prof. Pringsheim, da Universidade de Cambridge, datado de 1935, ainda está em vias de ser obtido.

No segundo semestre do corrente ano, além do prosseguimento da coleta de dados, foi programada uma análise inicial a documentação obtida, em função de setores da construção jurídica nos dois sistemas, como os da jurisprudência (no sentido romano do termo, i.e., de doutrina), da construção judicial, das técnicas empregadas para a fixação de conceitos, como os adágios jurídicos.

## **TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO E OS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Alunos: Paulo Eduardo Araujo Penna e Marcelo Mauricio Barbosa Arsenio  
Orientadores: Antonio Carlos Maia, Paulo Soares Mendonça e Helio Fusco Gracie

Introdução:

O presente projeto visa discutir a realidade jurídica, contrapondo o discurso do Poder Judiciário com os anseios sociais de justiça.

Objetivo:

O estudo busca analisar como tem sido encaminhadas as decisões proferidas pelos tribunais superiores brasileiros sob a ótica dos juristas e jusfilósofos do pós-guerra que romperam com uma visão estritamente cartesiana da ciência jurídica (Teoria da Argumentação). Assim, a partir da construção teórica desses autores pretendeu-se fazer uma abordagem crítica da atuação do Poder Judiciário no Brasil.

Metodologia:

A pesquisa teve início com uma fase essencialmente teórica, na qual os bolsistas puderam entrar em contato com determinados autores, através dos quais seria construída a crítica em torno das emanadas dos tribunais superiores brasileiros. Assim, foram lidos, e posteriormente debatidos, diversos juristas e jusfilósofos, cabendo destacar, dentre eles, Chaim Perelman, Theodor Viehweg e Tercio Sampaio Ferraz.

Após essa fase teórica, a pesquisa recebeu uma orientação de cunho mais prático, fase essa na qual os bolsistas procederam a uma coleta de jurisprudência que refletisse as preocupações de flexibilizar a ciência jurídica, levando em conta os anseios sociais e a justiça.

Conclusão:

A partir da leitura dos acórdãos selecionados percebemos que em grande parte suas fundamentações baseiam-se em leis positivas, sendo poucos os juízes que arriscam uma decisão balizada em costumes e princípios gerais de direito. Entretanto, é possível encontrar decisões de Tribunais Superiores que, refletindo a influência de teorias jusfilosóficas como a Retórica e a Tópica, deixam de visualizar o processo decisório como um mero silogismo, no qual basta ao aplicador do direito inserir o fato jurídico dentro do âmbito de uma norma maior, sendo a conclusão desse silogismo a decisão proferida. Concluímos que, sendo a dinâmica do direito muita mais complexa do que um simples silogismo, chegando o juiz muitas vezes a uma decisão para depois adequá-la dentro do arcabouço jurídico, podem teorias modernas como a Retórica de Perelman e a Tópica de Viehweg em muito contribuir para um aplicação do direito mais justa.

## VIOLÊNCIA URBANA - A QUESTÃO POLICIAL

Aluna: Bárbara Dvorsak

Orientador: João Ricardo W. Dornelles.

Introdução:

O presente projeto se insere num estudo mais amplo sobre Violência, Controle Social e Direitos Humanos.

Objetivo:

Este projeto objetiva tratar a questão da Segurança Pública no Brasil. E para tratar desse assunto devemos observar as políticas de segurança que são implementadas, principalmente no Rio de Janeiro e São Paulo, e relacionarmos tais práticas com a chamada violência policial. É nesse campo que interessa a análise sobre a cidadania e os direitos humanos.

Metodologia:

O estudo foi iniciado com o levantamento bibliográfico e, posteriormente, com um levantamento de artigos, publicações, documentos oficiais e documentos de ONGs de Direitos Humanos, além de *papers* e reportagens, sobre a temática da violência criminal e policial nos grandes centros urbanos. A partir desse primeiro levantamento, tratamos de selecionar os documentos e publicações que possibilitassem uma abordagem substantiva sobre o assunto. Assim, pudemos perceber o recorte principal que nos interessava e que se restringe à análise das alternativas das políticas de segurança pública num quadro de uma ordem constitucional e que nos leve a entender as dimensões políticas que estão em jogo.

Dessa maneira, nosso estudo está avançando no entendimento sobre o que representa a prática policial num quadro de crise social e de desmantelamento das políticas públicas de caráter social.

Conclusão:

No momento estamos preparando o terreno para chegarmos às primeiras conclusões sobre o tema escolhido.

O fracasso da atual política de segurança pública, sobretudo no Rio de Janeiro, aponta para a necessidade de algumas mudanças significativas no atual sistema policial. Assim, algumas medidas podem ser adotadas: estabelecer a competência federal para os crimes contra os direitos humanos; estabelecer a jurisdição comum para os crimes de militares e policiais militares contra civis; criar um programa nacional para a proteção de testemunhas; impor disciplina



administrativa aos policiais que cometerem abusos; controlar o uso de armas de fogo; definir um plano de carreira e melhoria.

### **A FUNÇÃO SOCIAL DA FACULDADE DE DIREITO**

Alunas: Silvia Beatriz Machado de Araújo e Cristiana Viana Veras  
Orientadora: Eliane Junqueira

#### **Introdução:**

Esta pesquisa dá continuidade ao trabalho desenvolvido no período de agosto de 1995 a julho de 1996, tendo sido examinada aqui especificamente a advocacia popular como uma das formas de atividade profissional para o bacharel em direito.

#### **Objetivo:**

O objetivo principal desta pesquisa foi analisar o papel do advogado popular na transformação da profissão jurídica. Para tanto, era fundamental analisar a relação entre a advocacia popular e a Ordem dos Advogados do Brasil e as faculdades de direito, duas das principais arenas de profissionalização do advogado. Paralelamente, objetivou-se apontar as características e o perfil desses advogados populares: quem são esses advogados? Por que escolheram esse tipo de advocacia? Qual a tendência do mercado de trabalho nessa área? Qual o nível de participação nos movimentos sociais? Qual a opinião sobre o Poder Judiciário e sobre o controle externo desse Poder?

#### **Metodologia:**

Foram privilegiadas as seguintes técnicas de pesquisa:

- aplicação de questionários a 346 questionários, remetidos pelo correio, dos quais 54 foram respondidos e analisados
- realização de entrevistas com professores da PUC-Rio e com alunos da PUC-Rio vinculados ao Diretório Acadêmico
- levantamento de ações da Ordem dos Advogados do Brasil na defesa da sociedade civil

#### **Conclusão:**

A comparação entre as entrevistas e os questionários permitiu perceber que, apesar dos advogados populares não percebem um interesse dos alunos das faculdades de direito por esse tipo de atividade, na verdade este interesse existe. Caberia às faculdades de direito uma maior atenção para esta demanda, inclusive no sentido de oferecer disciplinas e atividades voltadas para a

advocacia popular. A própria ação da Ordem dos Advogados do Brasil, uma das mais importantes agências de defesa da sociedade civil, deveria ser mais conhecida por parte dos alunos de direito.

### **A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO**

Alunas: Larissa Andrès Barbosa e Caitlin Sampaio Mulholand  
Orientadora: Maria Celina Bodin de Moraes

#### **Introdução:**

Este projeto de pesquisa visa sistematizar a responsabilidade civil objetiva, reconhecendo-a, ao lado da responsabilidade civil subjetiva, como um dos dois sistemas existentes de responsabilidade civil no Direito brasileiro.

#### **Objetivo:**

Seu objetivo primordial é verificar a possibilidade de construção de um sistema geral de responsabilidade civil objetiva, coexistente com o sistema subjetivo tradicional, ao qual se refeririam hipóteses fáticas relativas a atividades potencialmente perigosas e hipóteses nas quais é impossível ou por demais dificultosa para a vítima a prova da culpa do agente, independentemente de expressa previsão legal.

#### **Metodologia:**

Adotou-se, como método de trabalho, a análise de todas as disposições legais em matéria bem como o exame jurisprudencial das hipóteses que costumam ser reconduzidas à responsabilidade objetiva. Partiu-se das hipóteses mais antigas, reconhecidas como tais já há muito pelo legislador brasileiro, quais sejam aquelas previstas no Código Civil de 1916, as que dizem respeito à responsabilidade civil por acidentes de trabalho, nos transportes, nas atividades nucleares, nas atividades do Estado até as previstas no recente Código do Consumidor de 1990. No que tange à jurisprudência, pôde-se identificar algumas hipóteses não previstas expressamente na legislação.

#### **Conclusão:**

O sistema objetivo justifica-se por dizer respeito ao surgimento de hipóteses, cada vez mais frequentes e numerosas, em relação às quais a noção de culpa não é relevante, embora se configure o dever de reparar o dano. Através da pesquisa acerca dos fundamentos éticos-jurídicos da responsabilidade objetiva e da consolidação de todas as hipóteses previstas na doutrina, na jurisprudência e na legislação pudemos concluir que seu enorme desenvolvimento se deu não apenas em virtude da multiplicação das situações perigosas às quais o indivíduo

se encontra exposto na sociedade moderna, mas também, e principalmente, em decorrência da maior atenção dispensada à figura da vítima, modernamente, em virtude do princípio segundo o qual a vítima não pode ficar irressarcida, independentemente de ter havido ou não conduta culposa por parte do agente. Tal resultado mostra-se em perfeita coerência com os dispositivos constitucionais, em particular com o mandamento do art. 1º, III, relativo à dignidade da pessoa humana.

## **SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA E CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE**

Alunas: Daniela da Silva Santos e Paula Botelho Soares  
Orientadores: José María Gomez e Adriano Pilatti

### **Introdução:**

Este projeto visava, inicialmente, a analisar a configuração da legitimação para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), por entidades da sociedade civil organizada, de acordo com o art. 103 da Constituição de 1988. Posteriormente, como explicado adiante, evoluiu para a análise do controle da constitucionalidade do processo legislativo.

### **Objetivo:**

Seu objetivo básico era identificar os requisitos estabelecidos pelo STF, através de sua jurisprudência, para que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional fossem admitidas a propor ações diretas de inconstitucionalidade. Posteriormente, foi redirecionado para o exame dos parâmetros, também fixados pelo STF, relativos ao controle formal da constitucionalidade das leis e atos normativos

### **Metodologia:**

O método utilizado desdobrou-se em estratégias de análise das disposições constitucionais e regimentais relativas ao tema, da jurisprudência do STF e das principais contribuições doutrinárias pertinentes. Para tanto, foram desenvolvidas atividades de pesquisa de acórdãos, através de acompanhamento dos repertórios tradicionais de jurisprudência, do Diário de Justiça da União e, também, do acesso ao banco de dados do STF pela Internet, além de pesquisa de obras jurídicas especializadas. O material coletado era objeto de análises e discussões.

### **Conclusão:**

Relativamente à legitimação do Conselho Federal da OAB, das confederações sindicais e entidades de classe, pudemos constatar a manutenção, pelo STF, dos parâmetros que já havíamos identificado em fase anterior da pesquisa jurisprudencial e doutrinária, a saber: exigência de "relação de pertinência" entre o conteúdo temático das leis e atos normativos impugnados, de um lado, e os objetivos institucionais das confederações sindicais e entidades de classe, de outro; exigência de satisfação, pelas entidades de classe, de requisitos quantitativos estabelecidos pela lei partidária (existência de associados em pelo menos 9 Estados Federados), aplicada analogicamente pelo STF; exigência de satisfação, pelas confederações sindicais, dos requisitos estabelecidos pela legislação trabalhista (CLT); tratamento diferenciado em favor da OAB, assim legitimada sem exigência de pertinência temática, dada sua finalidade institucional de defesa da ordem constitucional como um todo, desde que a propositura da ação seja aprovada pelo Conselho Federal. Dado o esgotamento do tema, encaminhamo-nos, então, para a análise do controle da constitucionalidade do processo legislativo, conforme detalhado do resumo da bolsista Paula Botelho Soares.

## **O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: DA DOCTRINA AOS TRIBUNAIS**

Alunos: Tatiana Fernandes Dias da Silva e Fábio Muniz  
Orientadores: Celso D. Albuquerque Mello, Nádia de Araújo, Daniela Vargas e Lauro Gama

### **Introdução:**

Este projeto visa facilitar o estudo do Direito, principalmente da disciplina Direito Internacional Privado (DIPr), através dos seus julgados.

### **Objetivo:**

A pesquisa tem como objetivo complementar o ensino do DIPr, com a retomada dos "Cadernos" (antigas publicações do Departamento de Direito que auxiliavam o estudo dos alunos) servindo como material didático.

### **Metodologia:**

O projeto foi iniciado com a coleta de decisões de DIPr no Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ). Após a análise das jurisprudências, essas foram selecionadas por assunto e devidamente estudadas pelos bolsistas, que fizeram para cada acórdão uma emenda, contendo a narrativa dos fatos, toda a legislação pertinente a cada acórdão e sua decisão. O conjunto

dessas emendas proporcionou ao projeto a publicação de seu segundo caderno em apenas três anos de pesquisa.

Foi fundamental para o desenvolvimento do trabalho o empenho dos orientadores e bolsistas, que semanalmente se reuniram para debater os julgados.

**Conclusão:**

Como resultado parcial do projeto têm-se a publicação do Caderno: Resumos de Jurisprudência do DIPr no STF e STJ vol.I, publicado no começo do ano de 1997, quando do início de um novo estudo de jurisprudência sobre extradição.

## **DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Aluna: Camila Renault Pradez de Faria e Beatriz Regis Junqueira Franco  
Orientadores: Alejandro Bugallo Alvarez e Tânia da Silva Pereira

**Introdução:**

Neste semestre concluímos a pesquisa sobre investigação de paternidade a luz da Lei nº 8.560/92. Esta lei foi um avanço tendo em vista as maiores condições para a agilização do reconhecimento da paternidade que ela possibilitou. Vale dizer ainda, que as inovações trazidas por esta lei foram acompanhadas por mudanças na própria sociedade que passou a aceitar mais facilmente o reconhecimento da paternidade.

**Objetivo:**

Esta fase de estudo objetivou sobretudo vislumbrar como a Ação de Investigação de Paternidade tem sido tratada pelo Ministério Público; bem como apontar as carências pelas quais a população que recorre a este tipo de ação têm que passar. Para tanto contamos com o auxílio de alguns integrantes do Ministério Público a fim de que pudéssemos acompanhar de perto o desenrolar dessas ações.

**Metodologia:**

Dando seguimento à pesquisa dos aspectos legais e sociais que envolvem a investigação de paternidade, foi estabelecido um trabalho jurisprudencial e de campo junto as Varas competentes.

Numa oportunidade única, nossa pesquisa pode ser complementada com artigos inéditos sobre o Direito da Criança e do Adolescente, colhidos pela estagiária em Harvard Law School. Ressalte-se aqui que a referida estagiária foi todo tempo orientada pela Professora de Direito da Criança e do Adolescente de

Harvard, Martha Minow; estabelecendo assim, um contato entre as duas faculdades, através da matéria em pauta.

**Conclusão:**

Como previsto em nosso fluxograma, com base nas pesquisas dos meses anteriores chegamos na atual fase, que consiste na elaboração de um projeto de lei municipal de identificação da criança e do adolescente. Tal projeto encontra-se em fase adiantada de estruturação sistemática, a fim de que obtenhamos um texto legal passível de implementação nos municípios. Para tanto, contamos com o auxílio de profissionais na área de técnica legislativa, que em permanente contato, debatem e transformam as idéias provenientes de nossa pesquisa em projeto de lei.

## **II. SEGUNDA MESA REDONDA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO - CONVÊNIO DEPARTAMENTO DE DIREITO/PUC-RIO-CJI**

### **1. Histórico**

O Departamento de Direito firmou com a Comissão Jurídica Interamericana um convênio de cooperação, em 1995/6, em razão do qual passou a promover reuniões com os membros da Comissão e professores do Departamento. Ainda dentro do acordo, temos tido alunos aceitos, todos os anos, como participantes do Curso de Direito Internacional, que se realiza no Rio de Janeiro, sob os auspícios da CJI- OEA.

No ano passado, iniciou-se o processo de reuniões conjuntas, através da realização da 1ª. Mesa Redonda sobre o Direito Internacional Privado na América Latina, no dia 25 de agosto, contando com a presença do Subsecretário de Assuntos Jurídicos da OEA, Dr. Enrique Lagos, e com os membros da CJI, Drs. José Luis Siqueiros, e João Grandino Rodas. Naquela ocasião discutiu-se os rumos para a próxima CIDIP, e, conseqüentemente, para a codificação do Dopr no continente americano. Foi uma reunião muito frutífera e com intervenções não só dos convidados como da audiência, composta de alunos do mestrado, do programa PIBIC, Pet, além de outras instituições.

### **2. A 2ª. Mesa Redonda sobre o Direito Internacional Privado - 14/8/97.**

a) Em continuação ao programa de cooperação foi marcada a 2ª. Mesa Redonda, para avaliar a evolução da temática discutida em 96. Novamente tivemos a honra de contar com a presença dos Drs. Enrique Lagos, José Luís Siqueiros e João Grandino Rodas, além da participação dos Profs. Jacob Dolinger, Vera Jatahy e Carmem Tibúrcio, da UERJ; Daniela Vargas e Lauro Gama, da PUC; Dra. Marilda Rosado, da Petrobrás; diversos bolsistas do curso da OEA e mestrandos da PUC-Rio. Os trabalhos iniciaram-se às 19 h 30 mim e foram até às 21 h 30 mim.

#### **b) Resumo dos debates**

O Dr. Enrique Lagos iniciou fazendo um balanço da situação atual do método de harmonização do DIPr, esclarecendo que dos oito temas estabelecidos como temário ao final da CIDIP V para a CIDIP VI, dois - Documentação Mercantil Uniforme para o Comércio Internacional e Uniformidade e harmonização dos sistemas de garantias comerciais e financeiras internacionais - receberam, recentemente, a aprovação dos países que se manifestaram sobre os temas, a pedido da OEA. Destacou, ainda, a necessidade do envolvimento da comunidade acadêmica nos estudos sobre a matéria, de molde a apresentar trabalhos sobre os mesmos para

que a CIDIP VI pudesse levar a cabo seus trabalhos. Anunciou, ainda, que a sede será na Guatemala, provavelmente em 1999. Por fim, manifestou sua satisfação com a oportunidade oferecida pela PUC, nesta reunião, de discussão do temário.

Em seguida interveio o Dr. Siqueiros, iniciando sua exposição com uma pergunta sobre as CIDIPs e seu papel. Fazendo um balanço, entendeu que a experiência se mostrou positiva, com um total de 23 convenções, e no universo dos 34 países da OEA, em torno de 13 convenções tiveram aprovação generalizada. Destacou a diversidade de sistemas do sistema interamericano que conta com 13 países de *common law* que não se sensibilizaram, até o momento, com o labor das conferências. (Até hoje os países do Caribe e o Canadá nada ratificaram, e os Estados Unidos, apenas 3). De especial relevo que a temática da década de 70, o direito comercial internacional já foi objeto de diversas convenções, sugerindo que a conferência tratasse de um só tema, este sim bem estudado e discutido, pois com o tempo exíguo das conferências mais de um tema não permite manter o elevado nível das discussões. Mostrou sua preocupação com a feitura de convenções que não sejam aceitas e ratificadas pelos membros, ou sejam de temas já tratados por outras organizações como por exemplo a Conferência de Haia. Finalizou com um interessante comentário sobre o que em sua opinião é necessário fazer: um trabalho que estabeleça uma ponte entre o direito civil e o direito consuetudinário, de modo a obter a plena aceitação do documento depois de sua assinatura.

Por fim, o Prof. Grandino Rodas fez um balanço da atuação do Brasil nas últimas três décadas, fazendo um interessante relatório da presença brasileira, nas áreas não jurídicas e na atual preocupação com uma maior participação na área jurídica, antes um pouco esquecida e com perspectivas de um renascimento. Assim, o Brasil voltou a ser membro da Uncitral, participa do Unidroit e espera-se, em breve, retornar à Conferência de Haia (já está no Congresso Nacional para nova aprovação, por ter sido denunciado). Toma-se, portanto, nessa nova fase, imprescindível a colaboração de setores externos, especialmente da academia, na consecução dos objetivos brasileiros. No que concerne à OEA, houve um reconhecimento expresso da importância das CIDIPs pelo executivo e pelo legislativo. Acredita, entretanto, que o nível de ratificações das Cidips atingiu o seu teto. Informou que a Convenção dos Contratos do México ainda não foi enviada ao Congresso Nacional. Com relação à Convenção de Nova York, sobre Arbitragem Internacional, explicou que afinal está no Congresso, e sua aprovação deve ser facilitada uma vez que recentemente a Convenção do Panamá sobre o mesmo tema foi ratificada recentemente.

Em seguida, na fase dos debates, tivemos várias participações, na ordem abaixo:

O Prof. Dolinger perguntou à mesa se a OEA tinha estudos sobre a

utilidade das CIDIPs, e se havia estudos que houvessem identificado sua repercussão na jurisprudência dos países membros, à exemplo do trabalho realizado pela Conferência de Haia e da Uncitral, disponível, inclusive, via Internet. Entendia ser vital, antes da realização da próxima Cidip saber sobre o uso e utilidade das Convenções anteriores, usando a metáfora de que não seria possível prescrever o remédio antes de se conhecer a doença. Sugeriu, afinal, a realização de um banco de dados das Américas sobre a jurisprudência das Convenções, de forma a verificar-se as verdadeiras áreas carentes de codificação regional para as futuras reuniões.

Em resposta, o Dr. Enrique Lagos concordou com as questões levantadas pelo Prof. Dolinger, e acrescentou que a Subsecretaria de Assuntos Jurídicos tem ciência dessa carência. Acrescentou que esse estudo é da maior importância, mas que os países, nas respostas aos questionários enviados e que tinham em conta essa mesma preocupação não foram precisos ou indicaram as fontes que permitissem elucidar esse ponto. Acentuou a necessidade de estabelecer logo o tema a ser tratado pela Cidip VI, que não deve ultrapassar o número de dois, para se passar, em seguida, às reuniões de especialistas, de molde a preparar os trabalhos da próxima conferência.

Ainda em resposta ao Prof. Dolinger, o Dr. Siqueiros citou vários exemplos no México, acentuando a dificuldade dos juizes em aplicar documentos que apesar de ratificados não faziam parte do seu universo jurídico, pois muitas vezes de difícil acesso e contando com poucos comentários dos juristas.

O Prof. Rodas também comentou a sugestão do Prof. Jacob, esclarecendo a necessidade de informar juizes e advogados da questão, aludindo mesmo ao terror que tem os juizes do direito internacional, e ainda que o advogado não pleiteia questões de DIPr e os juizes não o conhecem.

A Prof. Daniela Vargas sugeriu, ainda, que se pesquisasse junto aos advogados, pois hoje esse campo é tratado muito mais de forma preventiva, através de *legal opinions* do que no campo litigioso, sendo valiosa a experiência daqueles que militam diuturnamente no campo internacional.

Após outras intervenções, na qualidade de Coordenadora do evento, fizemos uma intervenção final, na qual relatamos o estágio atual do problema no Brasil. Apesar das inúmeras dificuldades a situação havia melhorado pelas seguintes razões: com a ratificação de algumas convenções e sua entrada no ordenamento jurídico interno já havia remissão a elas em consagradas edições do Código de Processo Civil, como de Theotônio Negrão, ed. de 1997, o que facilitava sua utilização pelos operadores jurídicos; os estudos sobre as convenções e seu impacto na legislação brasileiro havia sido compreendido e estava prestes a ser publicado,

conforme índice de livro já no prelo em anexo; o direito internacional voltou a ser matéria do currículo obrigatório e tem sido presença constante nos exames de ordem e alguns concursos públicos, o que aumentava o interesse da matéria para os alunos; o Mercosul contribuía para trazer à pauta vários assuntos de DIPr.

E por fim, para finalizar o evento, sugerimos algumas ações concretas para darem continuidade à cooperação, objeto do encontro:

1. que o Curso de Direito Internacional, patrocinado pela OEA e realizado no Rio de Janeiro, fosse usado como um fórum para discussão dos problemas levantados pelo Prof. Dolinger, uma vez que reunia bolsistas dos diversos países, muitas vezes professores da disciplina e cientes do problema.

2. que a temática das Cidips fosse incorporada aos programas de DIPr ministrados, informando que isso já é feito na PUC e na UERJ.

3. que a PUC passasse a ser o centro de referência para as comunicações da Subsecretaria da OEA e da CJI para esta temática, com a responsabilidade pela disseminação das informações na comunidade acadêmica e coordenação das manifestações dessa comunidade com os conveniados, comprometendo-se a realizar a 3a. Mesa Redonda em agosto de 1998, onde os resultados desse trabalho seriam discutidos.

Com a concordância de todos, foram encerrados os trabalhos, que acima foram por mim resumidamente relatados.

Rio de Janeiro, 20 de agosto de 1997.

Nadia de Araujo

Professora de Direito Internacional Privado PUC-Rio e Coordenadora do Convênio PUC-CJI.

### **III. DISSERTAÇÕES DE MESTRADO DEFENDIDAS NO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA PUC-RIO NO PERÍODO DE JANEIRO A JULHO DE 1997**

**1. Título da Dissertação: O Conceito Constitucional de Tributo e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

Aluno: Marco Antonio Ferreira Macedo

Data da Defesa: 10.01.97

Orientador: Ricardo Lobo Torres

Banca Examinadora: Ricardo Lobo Torres, Alejandro Bugallo Alvarez e Aurelio Pitanga Seixas Filho

**2. Título da Dissertação: Privatização no Estado do Rio de Janeiro - Aspectos Constitucionais da Organização da Administração Pública Burocrática no Brasil**

Aluno: Flávio Müller dos Reis de Salles Pupo

Data da Defesa: 26.02.97

Orientador: José Ribas Vieira

Banca Examinadora: José Ribas Vieira, Francisco Mauro Dias e Ronaldo do Livramento Coutinho

**3. Título da Dissertação: O Controle da Constitucionalidade das Leis nos Países Afro-Lusos**

Aluno: José Lopes da Graça

Data da Defesa: 11.04.97

Orientador: Ana Lucia de Lyra Tavares

Banca Examinadora: Ana Lucia de Lyra Tavares, Francisco Mauro Dias e José Ribas Vieira

**4. Título da Dissertação: A Nacionalidade dos Filhos de Brasileiros Nascidos no Exterior após a Emenda Constitucional n° 3, de 1994**

Aluno: Daniela Trejos Vargas

Data da Defesa: 28.04.97

Orientador: Nadia de Araújo

Banca Examinadora: Nadia de Araújo, Ana Lucia de Lyra Tavares e José Ribas Vieira

**5. Título da Dissertação: Estado e Ordem Econômica Social: A Experiência Constitucional Alemã**

Aluno: Marco Aurélio Peri Guedes

Data da Defesa: 26.06.97

Orientador: Ricardo Lobo Torres

Banca Examinadora: Ricardo Lobo Torres, Ana Lucia de Lyra Tavares e José Ribas Vieira

**6. Título da Dissertação: Os Direitos Humanos como Limitação Material do Exercício do Poder Constituinte Originário**

Aluno: Paulo Thadeu Gomes da Silva

Data da Defesa: 30.06.97

Orientador: José Ribas Vieira

Banca Examinadora: José Ribas Vieira, Nadia de Araújo e Ricardo Lobo Torres

**7. Título da Dissertação: O Asseguramento da Intimidade como Direito Fundamental**

Aluno: Vânia Siciliano Aieta

Data da Defesa: 10.07.97

Orientador: Carlos Roberto de Siqueira Castro

Banca Examinadora: Carlos Roberto de Siqueira Castro, Maria Celina Bodin de Moraes e Alejandro Bugallo Alvarez