

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE



Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Departamento de Direito
n° 9, agosto-dezembro de 1996

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Departamento de Direito

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

nº 9, agosto-dezembro 1996

**Direito, Estado e Sociedade - Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio -
nº 9, agosto-dezembro de 1996**

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 Guimarães Cittadino

**DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE, n° 9,
1996
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 Ensaio

O Pensamento Romanístico Brasileiro nos Direitos Reais <i>Carlos Eduardo de Abreu Boucault</i>	01
Globalização Econômica e Reforma Constitucional <i>José Eduardo Faria</i>	23
Leituras e Debates em Torno da Interpretação no Direito Constitucional nos Anos 90 <i>José Ribas Vieira</i>	35
O Controle da Constitucionalidade da Lei Municipal <i>Leonardo Duncan Moreira Lima</i>	41
Direito, Cidadania, Democracia: Uma Reflexão Crítica <i>Liszt Vieira</i>	69
Recusa à Realização do Exame de DNA na Investigação da Paternidade e Direitos da Personalidade <i>Maria Celina Bodin de Moraes</i>	85
Direito e Modernidade II: o caso Kant e Kelsen <i>Paulo Sérgio Daflon Barrozo</i>	101
Da Denúncia nos Crimes Societários <i>Roberto dos Santos Ferreira</i>	115
Conceito de Inadimplemento Fundamental do Contrato no Artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas, da Convenção de Viena de 1980 <i>Vera Maria Jacob de Fradera</i>	128
Razão e Racionalidade(s). Os Déficits da Modernidade <i>Dante Braz Limongi</i>	147
2. Jurisprudência	
Medidas Liminares e Elementos Co-Naturais do Sistema de Tutela Jurídica <i>J. E. Carreira Alvim</i>	163
3. Notícias e Informações	
Relação das Dissertações de Mestardo defendidas entre julho/dezembro de 1996	

O PENSAMENTO ROMANÍSTICO BRASILEIRO NOS DIREITOS REAIS

Carlos Eduardo de Abreu Boucault*

Sumário

Introdução. I. Direitos Reais no Direito Romano. I - Propriedade: configuração histórica. 2. Direitos Reais: conceito. 3. Modos de aquisição. 4. Servidões: regime jurídico. II - Os Direitos Reais no Direito Brasileiro: base romanística. 1. Recepção do Direito Romano. 2. A Sistemática dos Direitos Reais. Conclusões.

Introdução

A análise da formação do pensamento romanístico no Brasil requer o exame do estudo da disciplina Direito Romano e sua inclusão nos cursos jurídicos, em Olinda e São Paulo, respectivamente, bem como a consulta aos textos de projetos de Códigos e consolidação das Leis Civis, incumbidos a juristas do Império e da República.

A formação civilística estava imbuída de doutrina estrangeira, em especial, a italiana, alemã e a francesa, além de sólida educação latinista que timbrou o embasamento cultural de juristas pátrios até os primeiros quartéis deste século.

Como marco da política de Codificação civil no Império, figura a Consolidação das Leis Civis, de autoria de Teixeira de Freitas, obra que possibilitou a preservação das fontes romanas hauridas nas instituições do Direito Português que nos chegaram, através das Ordenações reinóis. Infelizmente, as idéias de Teixeira de Freitas não foram aceitas pelo Governo

* Professor do Departamento de Direito Privado da UNESP. Campus da Franca, São Paulo. Doutor em Direito pela USP.

Imperial, cessando-se o contrato para a elaboração do Código Civil, permanecendo inconcluso o Esboço.

Seguiram-se ao projeto de Freitas, o de autoria de Felício dos Santos, antecedido que foi pelo Senador Nabuco de Araújo, que faleceu antes de finalizar o trabalho. Todas essas iniciativas se apoiavam em legislação, doutrina estrangeira, contando com a força do lastro cultural de juristas brasileiros, que se empenharam na adaptação e recepção do direito romano ao direito interno, que se moldava às instituições sociais em processo de estruturação histórica. As comissões eram formadas por juristas do escol de Lafayette Rodrigues Pereira, que participou da Comissão encarregada de rever os Apontamentos de Felício dos Santos.

Ainda no período republicano, antes da vigência do Código Civil, por Clóvis Beviláqua, coube a Coelho Rodrigues a continuidade da conclusão dessa obra legislativa.

Quanto ao magistério e conseqüente ambientação cultural, é de se assinalar que, antes da criação dos cursos jurídicos no Brasil, constituía-se em centro de formação acadêmica a Universidade de Coimbra, para onde se deslocavam estudantes brasileiros que pretendiam se doutorar em leis. Todavia, muito se resistiu à necessidade do ensino do Direito Romano no Brasil, atitude que recebeu de Teixeira de Freitas o mais veemente dos ataques, embora o Direito Romano fosse ministrado na Universidade de Coimbra, persistia o espírito da reforma pombalina, no sentido de se procurar abandonar o direito romano para aplicação do direito comum.

Verdade é que, a par das dissidências em torno da viabilidade ou não do ensino do direito romano entre nós, arraigou-se no espírito do jurista brasileiro a convicção da importância do estudo do direito romano, de suas fontes, através das pandectas, da institutas e outras obras que vieram a embasar todo um sistema de princípios jurídicos que tem vivificado no curso do tempo.

Num primeiro momento, a pesquisa centrou-se no delineamento dos direitos reais, a partir da fase arcaica até a era republicana de Roma, estribando-se o conceito de *dominium* e seus desdobramentos, em especiais, o regime jurídico das servidões, um dos mais clássicos e vetustos modelos de direitos reais que nos chegaram do mundo antigo.

A par de sua conformação histórica e econômica, a propriedade, especificamente, propiciou um sistema de aquisição que remonta ao período arcaico do Direito Romano, embasado na expressão econômica dos bens móveis, semoventes e, posteriormente, os imóveis. Assim, a categoria *Mancipium* timbrou as relações sociais da propriedade, estabelecendo a

clássica distinção entre *res mancipi* e *nec mancipi*, conforme o prestígio econômico da natureza da coisa submetida ao poder de alguém.

O modo de aquisição de propriedade como efeito da transferência e conseqüente aquisição de domínio consagrou formas materiais de transferência de propriedade tais como a cessão, a tradição, a usucapião, dentre outras, que contribuíram para a sedimentação de princípios jurídicos atinentes ao direito de propriedade e às demais modalidades de direitos reais.

Neste sentido, a primeira parte da pesquisa correspondente ao primeiro item compreendeu a análise dos direitos reais e sua evolução das fases políticas da histórica de roma, para ser possível o exame da aplicação desses princípios, os quais em conjunto, transplantaram-se para os sistemas jurídicos hodiernos.

No que é pertinente ao direito brasileiro, bem como à recepção de princípios provenientes do Direito Romano, em matéria de direitos reais, revelou-se oportuno o estudo das legislações do Direito Português e os projetos de Consolidação das leis civis para se determinar as influências do sistema jurídico romano na formação do direito civil brasileiro.

Nesse percurso, o instituto da propriedade e da posse foram objeto de um estudo comparativo, além da análise de alguns direitos reais, modernamente designados pela doutrina como limitados à finalidade de se distinguir o conteúdo de cada uma das categorias elevadas ao rol do direito das coisas, principalmente o instituto das servidões, em razão de sua complexa natureza jurídica, além de imemorial expressão econômica na cultura dos povos.

A segunda parte da pesquisa correspondente ao período final do triênio abrange o exame da obra de alguns juristas brasileiros, autores de trabalhos que versam sobre Direito Romano, no âmbito dos Direitos Reais.

I - Os Direitos Reais no Direito Romano

1.1 - Propriedades: Configuração histórica em Roma

Conforme Salvatore di Marzo (1914, p. 209), originariamente, apenas o *dominium ex iure Quiritium* existiu em Roma, ou seja, a propriedade da classe dos quirites, oriundos das estratificações sociais mais antigas do modelo político romano, fato que denota a característica econômica mitigada pela forma política, no que respeita à condição jurídica de proprietário ou *dominus*. A seguir, comenta o autor: mas depois, formou-se, ao lado desse tipo, um instituto, que não teve inicialmente uma designação específica, apenas

conhecido *in bonis* habere. Tal instituto foi criação do *ius honorarium*, compreendido assim para eliminar as conseqüências da rigidez do direito civil, que, por exemplo, para a alienação das *res Mancipi* impunha o cumprimento de solenidades especiais.

Sucedem que no sistema do *ius civile*, a propriedade, adstrita que se encontrava aos poderes do *pater familias*, não apresentava um aspecto dinâmico, como hoje se verifica, mas, ao contrário, tendia a uma projeção estática, porquanto sua alienação estava circunscrita aos cidadãos romanos, vedada a estrangeiros, comerciantes.

O direito pretoriano veio mitigar essa ordem de coisas, flexibilizando a sistemática do *ius civile*, talvez em virtude da cristalização do modelo republicano de Roma, cujas exigências políticas e sociais em muito se distanciavam do núcleo gregário-familiar do período arcaico, ou da Realeza.

É patente que as transformações da propriedade romana não se processaram tão instantaneamente, porquanto foram doze séculos em que o direito romano se desenvolveu historicamente transitando de um tipo coletivo, gentilício *Gens* para o tipo individual, identificável na época do Direito Clássico.

No período correspondente às Leis das XII Tábuas, a propriedade privada sobre os fundos itálicos é referenciada, mas não sobre a totalidade do território romano, em razão da existência do *ager publicus*, além dos sistemas da *Usucapio* da *Occupatio*, formas de aquisição de propriedade que denotavam a distinção entre a propriedade particular e a propriedade pública.

Um aspecto merecedor de reflexão reside na análise da terminologia utilizada nas fontes do Direito Romano aplicável à propriedade. Informa Scialoja que os textos romanos utilizam várias expressões para designar a propriedade: na fase antiga, a forma *mancipium* designava várias modalidades de pertinência, ou de senhoria sobre coisas, de onde provém a distinção de coisas *mancipi* e *nec Mancipi*, que veio a sucumbir no direito justinianeu; na fase clássica, os textos aludem às formas *dominiu* e *proprietatis*.

Vicenzo Arangio-Ruiz (1984, p. 183), também evidencia a evolução da propriedade no contexto romano: "até agora temos discorrido sobre a propriedade como um instituto unitário: no entanto, convém salientar que no direito clássico, podem-se distinguir três diversos tipos de situação jurídica que, consideradas em seu conteúdo econômico e na proteção *adversus omnes* de que são beneficiários, podem ser designados como propriedade. Tais são, segundo a terminologia moderna, a propriedade civil ou quirritária, a propriedade

provincial (usufruto ou *passessio* dos *praedia stipendiaria* ou tributária, a propriedade bonitaria"

A distinção entre a propriedade quirritária e a provincial acentua-se no tempo, a partir do momento em que a agricultura se impõe como força econômica, exigindo uma modificação no tratamento protetivo dos agricultores, até então, meros detentores da terra, em oposição ao patriciado - pastores; a *possessiones* passa a constituir um mecanismo de expansão agrícola na economia romana, vinculando seus titulares às terras incultas, criando-se direitos de posse em favor daqueles.

1.2 - Direitos Reais: conceito

Na ciência jurídica moderna, o direito de propriedade figura entre os direitos reais, designação não localizada no Direito Romano. Segundo Arangio-Ruiz (1921, p. 32), a designação não é romana, mas proveniente dos romanistas do período medieval. Todavia, a distinção entre os direitos reais e os direitos de crédito não foi desconhecida do ordenamento jurídico romano, tanto no campo do direito subjetivo como no campo do direito das ações: assim, na defesa dos direitos patrimoniais, ressaltam as modalidades de *actio in rem* e *actio in personam*, cujo conteúdo é determinado por Gaio, resultando tal distinção na *intentio* e na *vindicatio*, embassando-se a primeira num dever jurídico assumido diante do magistrado escolhido pelas partes em litígio e a segunda apresenta por princípio a idéia de relação de pertinência entre a coisa e seu proprietário.

Desta forma, a distinção entre os direitos reais e os obrigacionais parece decorrer da natureza do poder, da faculdade atribuída ao titular, determina as relações de direito pessoal e indeterminada nas relações de direito real. A categoria dos *jura in re*, ao lado das *actiones in rem* pressupõe uma identificação entre a coisa e o direito sobre ela exercido, pelo proprietário, ou outro titular. Nas ações, a título de tutela da propriedade, as fontes se referem à *rei vindicatio*, de estrutura totalmente diversa da *manus iniectio*, enquanto formas coativas restabelecendo o direito violado. A acepção *vindicare* é proveniente de *vim+dicare*, étimo que evoca o reconhecimento da propriedade pela autoridade do magistrado romano, após a prática de violência contra o direito do titular. A *manus iniectio* dirige-se contra a pessoa do devedor, constituindo essencialmente em retenção física, até que ele ou alguém por ele pagasse a dívida.

O direito de propriedade, no processo pela *vindicatio* recai sobre a coisa, manifestando a realidade do direito, ao contrário do que se observa com o direito das obrigações que subordina o devedor ao credor. Tal característica

perdurou até a doutrina contemporânea, embora centrando-se a execução da dívida no patrimônio do devedor, não mais na sua pessoa.

A concepção da realidade envolvendo o conteúdo da relação jurídica da propriedade, na medida em que pressupõe a vinculação da coisa ao poder do titular do direito sobre ela, associada à idéia de permanência, ou de perpetuidade desse tipo de direito, tem atravessado os séculos, influenciando a mentalidade dos juristas ocidentais na elaboração de normas aplicáveis ao direito das coisas.

Além do direito de propriedade, outra espécie de direitos reais ilustram mecanismos de utilização econômica de bens, mais limitados que a propriedade plena, tomando o nome de *iura in re aliena*, entre os quais se situam as servidões prediais rústicas e urbanas, examinadas adiante.

O instituto da posse representa um cipoal de dificuldades teóricas na fixação de princípios norteadores dos direitos reais, porquanto o elemento anímico da posse encerra um dos elementos constitutivos de direito real, através da apreensão material e econômica da coisa. É exatamente nessa divisão entre a posse e a propriedade que as outras modalidades de direitos reais sobre a coisa alheia como o usufruto e a servidão revelam desdobramentos referentes ao exercício da posse de direitos de gozo e de fruição, sem contudo, abranger o direito de propriedade adstrito ao título, a *nudaproprietas*.

Em sentido técnico, o direito de propriedade compreende o direito de fruir, gozar e dispor do bem, caracterizando uma definição tradicional conforme o comentário de Scialoja (p. 262), o qual evoca o adágio: *proprietatis et lus utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur*. Relembra, no entanto, que tal entendimento não é propriamente romano, salvo se se admitisse a idéia de "alienar" como correspondente à idéia de consumo do bem, localizada nas fontes, com frequência, aludindo às consumíveis, como *res quae in abusu sunt*. Assim, o direito de propriedade, no pensamento romano, seria o de consumir a coisa até onde permitisse a razão do direito, sempre, em espécie, relacionada à noção de direito real.

De um modo ou de outro, a propriedade em sua feição jurídico-institucional romana indica a existência de uma coisa material, própria de alguém, revelando-se a relação de pertinência e, num sentido mais amplo, de inerência ao sujeito com relação à coisa apropriada.

Essa descrição materialmente idealizada aplica-se às características da posse, tanto na *possessio civilis*, como na *possessio ad usucapionem*, e, inclusive, a *possessio naturalis*, apesar de essa última

categoria apenas traduzir uma relação de detenção da coisa, envolver idéia de domínio.

O conjunto dos direitos reais preserva em sua expressão conceitual o elemento da pertinência da coisa submetida ao interesse do titular como o significado de um direito subjetivo emanado do ordenamento jurídico.

1.3 - Modos de Aquisição

Uma abordagem imprescindível para o desenvolvimento do tema-base decorre do enfoque dos modos de aquisição de propriedade no direito romano, a partir do sistema da *mancipium*, mais tarde, convertido na *mancipatio* e que até o direito justinianeu serviu de alicerce aos fundamentos jurídicos da propriedade, sua transferência e aquisição.

A classificação da *res Mancipi* e *nec Mancipi* afirma as formas primitivas da propriedade romana, de natureza solene, indicativa do prestígio econômico de determinados bens, razão pela qual se exigia a obrigatoriedade das fórmulas, rigidamente observadas, para se admitir pelo *ius civile*, a aquisição da propriedade. São vários os critérios destinados a distinguir as *res Mancipi* e *nec Mancipi*, sendo comumente mais aceitável a orientação, segundo a qual a natureza econômica do bem determinava se a forma de alienação seria pelo sistema da *mancipatio* ou da *in jure cessio*.

No que respeita aos requisitos pessoais no direito romano necessário à aquisição da propriedade, exigia-se capacidade de aquisição, de quem fosse juridicamente considerado pessoa. Assim, o escravo estaria excluído dessa relação jurídica. Ademais, era igualmente necessária a condição de *sui juris*, porque o filho, a mulher, todos que fossem dependentes do *pater* também não podiam adquirir, nem transferir o domínio de coisa, vez que estavam sujeitos a autoridade daquele. Por outro lado, o estrangeiro também não podia adquirir a propriedade, pois não era regido pelo *ius civile*, aspecto político que veio a desaparecer posteriormente: assim, os latinos portadores do privilégio do *ius commercii* poderiam ser proprietários, na forma reconhecida aos cidadãos romanos.

Os modos de aquisição obedecem a um esquema enumerativo, considerado insuficiente para se esgotar todas as possibilidades de transferência admitidas no Direito Romano. Há que se revelar os modos de adquirir pelo *ius civile* e pelo sistema do *ius gentium*, posterior, consolidado no período clássico, da república romana. Explica Scialoja (p. 15): "No Direito romano clássico, o conceito de domínio não era considerado assim único e simples como no direito justinianeu e no direito moderno: era, de fato, de uma parte um domínio de direito civil, que se era juridicamente o mais importante, tal não era

do ponto de vista econômico; de outra parte, figuravam os *dominii imperfecti*, nem sequer designados por domínio, sendo todavia dotados de atributos de direito real".

Uma outra significativa distinção no que diz respeito aos modos de aquisição pauta-se na classificação entre aquisição originária e derivada, a qual consta no tratamento sistemático dos direitos reais, pelos pandectistas alemães. A ocupação é a mais antiga forma de aquisição. Autores há que negam a origem romana da distinção como Vittorio Scialoja (p. 16/17). O autor expõe seu pensamento, a partir do conceito de *res derelicta* e de *res nullius*, afirmando que tanto uma categoria como outra pode ser adquirida por ocupação e por usucapião, além de considerar que tais modos de aquisição não foram necessariamente ato do indivíduo, sob a ótica da aquisição originária privada, mas atos coletivos perpetrados pelas tribos ou comunicações primitivas, da Realeza romana.

Integram os modos originários de aquisição a acessão, além de seus desdobramentos, a comissão, a confusão, a especificação, a aluvião, conforme se verifica nos dispositivos do Código Civil Brasileiro referentes ao regime jurídico da aquisição da propriedade.

Merece especial referência a aquisição de propriedade, pela usucapião, cuja origem remonta a Lei das XII Tábuas, diante da expressão *usus auctoritas*, que outorgava a propriedade quirítaria, por decurso de tempo, independentemente de título e de boa fé. A própria Lei das XII Tábuas alude ao uso e à autoridade, devendo-se compreender a *possessio* na versão do *usus*, sem qualquer alusão a título. Os atributos da boa fé e do título só posteriormente passaram a constituir requisitos de admissibilidade da usucapião ordinária, de acordo com a terminologia técnica contemporânea.

A era justinianéia reduziu, eliminando as dicotomias precedentes no período arcaico e clássico aplicáveis aos modos de aquisição da propriedade. Na legislação do imperador Justiniano o modo de aquisição derivado consubstancia-se na tradição diferentemente do que se observa no direito anterior, que contemplava a *mancipatio* e a *in iure cessio*.

A *traditio* aplicava-se à transferência de *res nec Mancipi*, reservando-se a *mancipatio* às coisas de maior valor econômico. Entretanto, tais modos de alienação se fundiram na compilação de Justiniano.

1.4 - Servidões Prediais: regime jurídico

Em atenção às práticas ancestrais das servidões rústicas e, em momento posterior, a modalidade das urbanas, apresenta-se indiscutível a

necessidade de se proceder ao exame do instituto das servidões no Direito Romano e sua projeção na teoria moderna dos direitos reais.

A propriedade, pela maneira como exprime a atribuição geral da coisa à denominação pelo sujeito, constitui, no dizer de Giuseppe Grosso (1969, p. 1/2) "o *príus* lógico e histórico a respeito da configuração de outros direitos reais que tem por conteúdo uma esfera delimitada de utilização da coisa".

Em primeiro plano, os direitos reais caracterizam-se pela sua tipicidade normativa - institucional, que o ordenamento cria, regula e extingue, dando origem a um esquema normativo que visa a individualizar cada um desses direitos historicamente consagrados, como a enfiteuse, a superfície, o penhor e a hipoteca.

Caracteriza-se a servidão pelo direito real que estabelece a vantagem de um prédio (dominante) em detrimento de outro (serviente), pertencentes a proprietários diversos. Afirma Grosso (1969, p. 11) que os romanos não criaram a denominação *servitus*, nem forjaram a categoria.

Segundo o autor, a unificação conceitual do instituto foi fruto de um desenvolvimento histórico, a partir das formas primitivas, tais como a servidão de passagem de aqueduto, que integram os *iura praediorum rusticorum* e, posteriormente os *iura praediorum urbanorum*. Desse modo, a noção de *servitus* decorre do elenco das faculdades integrantes dos *iura praediorum* que recaiam sobre a utilização de um fundo imobiliário, no sentido de que um fundo servisse a outro.

Interessa sobremaneira ressaltar o aspecto segundo o qual as antigas servidões rústicas se enquadravam no sistema da pertinencialidade, típico dos direitos reais, vez que sua estrutura: assim como os meios judiciais de defesa parecem favorecer o entendimento de que se configurava como direito real, até mesmo, no que se refere à forma de alienação, através da *mancipatio*, quando se pretendia a transferência de um fundo. A *vindicatio servitutis* assinala a existência de um poder pleno; do titular sobre o fundo serviente, por quanto a *vindicatio* era uma expressão equivalente a *potestas*.

A antiga estrutura do sistema processual da *legis actiones* registrava o uso de *vindicare, itevindicare, ite, viam*, protegendo as servidões rústicas.

A evolução das servidões no direito clássico e pós-clássico enseja a configuração das modalidades *via, iter, actus* como pertinência exclusiva por parte do proprietário, ampliando a forma de utilização numa dimensão

amplificada das faculdades jurídicas de uso, tipos que se mesclaram, conforme textos jurídicos de uso, tipos que se mesclaram, conforme textos jurisprudenciais, suscitando oscilações quanto à certeza de sua delimitação conceitual, realidade que não pode obedecer ao caráter que os juristas medievais tentaram estabelecer ao regime das servidões.

A reconstrução sistemática no direito justinianeu acrescentou elementos publicísticos ao instituto das servidões, em particular ao regime jurídico das águas, tal como se observa na legislação hodierna. Ocorre uma gradual assimilação entre relações de direito privado e de direito público, no ordenamento jurídico do Baixo-Império, razão pela qual, as servidões absorvem os novos princípios que comportam transformações profundas na sistemática da propriedade e dos direitos reais, em geral.

As servidões urbanas representam um estágio evolutivo do incremento demográfico de Roma, abandonando-se, ao menos de modo essencial, o modelo agrícola da sociedade predecessora. A conformidade típica das servidões, no período arcaico, antes de corresponder a uma enumeração individuada e estanque, comum ao regime dos direitos reais em coisa alheia, caracterizou-se, preferencialmente, nas funções econômicas que o instituto exerceu na vida das tribos. No entanto, não se pode negar a existência de uma tipicidade na estrutura social das servidões, quer urbanas, mas tal fator é resultado de uma etapa histórica posterior.

As servidões urbanas se reagruparam na categoria dos *iura stillicidiorum, parietum, luminum*, especificamente, destinadas ao emprego de edificações, ou *aedificia*, atendendo-se às necessidades citadinas, expressas pela construção de edifícios. Qualquer das modalidades de servidão cumpre ressaltar que parece ter sido de sua essência a relação existente entre a coisa (prédio) e o sujeito, em oposição ao controle de *servitutis personarum*, como o usufruto, a habitação, que perderam o caráter pessoal, no curso do tempo.

II - Os Direitos Reais no Direito Brasileiro: Base Romanística

2.1 - Recepção do Direito Romano

Para compor a segunda etapa da pesquisa fez-se necessária a seleção de obras clássicas de autores brasileiros que versam sobre Direito Romano e, particularmente, sobre Direito das Coisas, no período posterior ao Código Civil, sem, contudo ser possível deixar de iniciar o trabalho pela obra de Lafayette Rodrigues Pereira, cuja primeira edição data de 1877. Esclarece-se que embora o autor tenha publicado antes da entrada em vigor do Código Civil, baseou-se na Consolidação das leis civis, de Teixeira de Freitas, e não nas ordenações reais vigentes ao tempo do Império. Outros autores que ilustram

a fase pós-Código Civil são Clóvis Beviláqua, Alexandre Corrêa e José Carlos Moreira Alves:

A romanística no Brasil ainda tem persistido como fonte subsidiária de aplicação do direito, em virtude da atuação de civilistas, principalmente, no capítulo referente ao Direito das Coisas. Em razão da realidade curricular da disciplina Direito romano, antes, obrigatória e, desde 1972, matéria facultativa, o estudo da ciência romanística ficou sensivelmente prejudicado, dificultando a formação de docentes especializados na área. Assim para se tentar formular as bases do pensamento romanista dos juristas brasileiro, impõe-se o exame das considerações teóricas dos tratados clássicos, romanistas e civilistas, sobre os artigos do Código Civil na parte alusiva aos Direitos Reais.

O fenômeno da recepção do Direito Romano no Direito Brasileiro se manifesta pela via ibérica, ainda no regime das ordenações portuguesas, figurando como fonte subsidiária, sem caráter de lei. Os períodos de retomada dos textos romanos clássicos passam pela fase dos glosadores até a reelaboração pandectística alemã do século XVIII. Considerando esse estado de coisas, afirma Lafayette ser o Direito Romano a fonte mais abundante de princípios e de leis em nosso Direito. É verdade que as tendências contemporâneas da Romanística abandonam o princípio metodológico o qual, o Direito Romano é estudado como um fóssil jurídico, ou um direito histórico. Interessa aos limites desta pesquisa a sobrevivência dos princípios jurídicos romanos, sua utilização na interpretação do fato jurídico, como foram de reconhecimento do legado que Roma deixou às civilizações posteriores, no âmbito do Direito, como técnica social de interesses em convivência, tanto no plano do Direito Público, como do Direito Privado. Ademais, convém sublinhar a precisão e instrumentação conceitual dos institutos jurídicos que persistem no tempo e no espaço, provenientes dos textos das constituições imperiais, sentenças dos jurisconsultos romanos.

Os fundamentos romanísticos no que tange ao Direito das Coisas se patenteiam no testemunho de nossos autores, bem como da literatura jurídica ocidental. Lafayette Rodrigues Pereira (1982, p. 247) evoca os textos romanos, com base nas obras dos pandectistas alemães, especialmente, Savigny, por alusão à teoria da posse.

Em estudo sobre a recepção do Direito Romano no ordenamento jurídico civil brasileiro, Moreira Alves (1982, p. 147) tece o seguinte comentário: "O juristas brasileiros que já se haviam consagrado no império e os que despontavam nas duas décadas iniciais do século XX (entre estes, José Augusto César, Edmundo Lins, Astolfo Rezende, Eduardo Espinola, M.I. Carvalho de Mendonça, Pontes de Miranda, destacando-se os três últimos pelo

amplo conhecimento da obra dos principais pandectistas alemães) possuíam, em geral, boa cultura romanística, utilizando-se - muitos foram exímios latinistas - das fontes justinianéias especialmente".

No período que se segue da independência até a Consolidação das Leis Civis por Teixeira de Freitas, os juristas brasileiros seguiam para Coimbra, para o curso de Direito, ainda sob a reforma pombalina que determinou o estudo do Direito Português, em detrimento do Direito Romano e do Direito Canônico, exortando-se que o direito romano deveria ser estudado, na medida em que fosse aplicado ao uso moderno. Todavia, tal reforma manteve o estudo do direito romano, fator que muito contribuiu para a formação do jurista brasileiro até a criação das Faculdades de Direito de São Paulo e Olinda.

As tentativas de codificação do Direito Civil no período imperial tiveram por base orientação do Direito Romano, juntamente com obras publicadas por juristas brasileiros, cujos comentários remontam às fontes romanísticas, com freqüentes remissões aos textos romanos.

Na última década do século XIX, inicia-se a publicação da obra sobre o direito civil, de autoria de Clóvis Beviláqua, seguindo juristas europeus, atualizado no estudo e referências bibliográficas a respeito da reestruturação dogmática elaborada por autores estrangeiros, de formação romanística - Conforme demonstra Moreira Alves (1982, p. 243), Clóvis Beviláqua pertenceu à Escola do Recife, que teve como expoente Tobias Barreto, de sólida formação germânica, inclusive no conhecimento de literatura alemã.

É de se notar que a tradição jurídica brasileira assenta no direito português e no direito romano, fato que mereceu de Abelardo Lobo (1904, p. 39) o seguinte comentário: "Se passarmos em revista os 1.807 artigos do nosso Código Civil, verificaremos que mais de quatro quintos deles, ou sejam 1.445, são produtos de cultura romana...".

2 - A Sistemática dos Direitos Reais

Sob o título Direito das Coisas, o tema sobre a posse é o primeiro contato teórico com a matéria, nos termos da lei civil brasileira. Mattos Peixoto (1936, p. 10 - 11) assim se refere: "*Possessio* é o termo técnico com que a nomeiam as fontes; mas esse termo emprega-se ainda em outras acepções, para designar:

I - a apreensão da coisa, essencial é aquisição instantânea da propriedade, na ocupação;

II - o conteúdo do *ius possidendi*, que acompanha toda a teoria da propriedade e constitui a condição de facto necessária à sua utilização econômica;

III - em oposição à posse, a mera detenção da coisa, indicada mais frequentemente pela expressão *in possessio esse*, e *naturalis* ou *corporalis possessio*;

Outras vezes a detenção é designada por um termo preciso: *tenere*, que somente a ela se aplica.

IV - A própria coisa possuída."

A par da diversidade de situações localizada nas referências aos termos romanos, a posse era distinguida da propriedade pelos juristas romanos, constituindo a primeira num poder de fato sobre a coisa e a segunda num poder de direito. Embora reunidas num mesmo poder sobre a coisa, podem estar separadas, momento em que a distinção interessa pelo caráter prático dos resultados advindos para o possuidor, o detentor e o proprietário ou outro titular de um direito real, como o usufrutuário, o comodatário, entre outros.

Comenta Moreira Alves (1967, p. 280) que os juristas romanos do período clássico distinguiam a posse da propriedade; tanto assim que na hipótese de *postliminium*, o beneficiado poderia, regressando a Roma, readquirir a propriedade, mas não a posse, por ser esta um poder de fato sobre a coisa. É no período pós-clássico que se admite a posse como um direito.

A enumeração indicada por Mattos Peixoto parece se reportar ao direito justiniano, em face da mudança de terminologia que se operou, conjugando as modalidades da *possessio civilis*, *possessio naturalis*, ocasionando novas situações jurídicas não amparadas pelo direito romano precedente.

O Código Civil brasileiro contempla outros direitos reais, al[em da propriedade, à guisa das demais legislações. Entretanto, nem todos foram reconhecidos como tais na sistemática jurídica romana. Assim, as rendas constituídas sobre imóveis são estranhas no aludido contexto; a enfiteuse adquire foros de direitos na compilação justinianéia; o usufruto, a habitação têm tratamento jurídico diferenciado; as vezes conjugados numa mesma relação jurídica. Nesta categoria de direitos, os mais antigos, segundo Alexandre Corrêa (1953, p. 143) são as servidões e o usufruto. Curioso entendimento sobre o instituto das servidões, no período justiniano, é o de que o conceito "servitus" não se aplicava apenas à relação entre prédios, conforme o conceito

moderno, mas também ao direito real de gozo que uma determinada pessoa pode exercer sobre coisa alheia.

As servidões ou recaíam sobre coisas (*servitutes rerum*) ou sobre pessoas (*servitutis personarum*), obedecendo a um conjunto de princípios aplicáveis a ambas as modalidades, conjuntamente, ou de forma diferenciada, tais como: a) *nulli res sua servit*, impedindo o exercício de servidão sobre terreno próprio; b) *servitus in faciendo consistere nequit*, princípio segundo o qual as servidões não envolvem uma obrigação de fazer para o proprietário do imóvel serviente, mas uma tolerância ou uma omissão (*non facere*) desse em favor do proprietário do imóvel dominante.

As servidões somente são juridicamente reconhecidas, no âmbito do direito quiritário, desde que venham a proporcionar a utilidade ao prédio dominante, constituindo, por essa mesma razão, tipos definidos de utilização, cristalizados na cultura econômica dos romanos. Quanto às servidões prediais primitivas, sua origem antecede a Lei da XII Tábuas.

A proteção judicial das servidões se operacionaliza através da *actio confessoria in rem*, quando se trata de afirmar a sua existência e ação negatória que se destina a negar a existência do direito. É provável que antes do direito Justiniano, somente o titular, segundo o direito quiritário, pudesse mover ação contra o proprietário do imóvel serviente. No período de Justiniano a servidão passou a abranger outras modalidades de direitos reais, aspecto que possibilitou o exercício da ação confessoria por outros titulares, como o enfiteuta, o superficiário.

O direito das coisas abrangia o estudo da posse, da propriedade e seus desdobramentos, constituídos esses últimos nos direitos reais em coisa alheia, a saber: enfiteuse, a servidão, o uso, o usufruto, a habitação, as rendas constituídas sobre imóveis, classificados como direitos reais de gozo ou fruição e a anticrese, a hipoteca e o penhor, elencados entre os direitos reais de garantia. Para efeitos do objeto da pesquisa, os referenciais se restringem aos institutos da posse, propriedade e de alguns direitos reais, porquanto a conformação jurídica dessa última categoria sofreu modificações substanciais no curso do tempo, ao influxo dos ciclos históricos fundamentais como a Revolução Francesa e Industrial, guardando muito pouco familiaridade com as características do Direito Romano.

No que se respeita ao instituto da posse, Lafayette R. Pereira (1877, p. 18) esclarece que a ausência de sistematização não foi uma característica do direito romano clássico, vez que a distinção entre posse e a detenção sempre existiu, exurgindo de tal dicotomia a *possessio naturalis* e a *possessio civilis*, além das modalidades *possessio ad interdicta* e ad

usucapionem, quanto aos efeitos gerados conforme a estatuição do *ius civile*. A concepção romana da posse, bem como dos direitos reais, à época existente, apresentava uma dimensão corpórea e fática, sem se cogitar do elemento animico, prestigiado nas fontes canonistas. Tal realidade se verifica no teor do artigo, 485 do Código Civil brasileiro, em que o legislador aludiu à propriedade e ao domínio este último conceito a noção de propriedade corpórea.

É defensável, por outro lado, a expressão *dominium*, conceito solidificado na mentalidade jurídica romana. Segundo Safigny (1893, p. 7), a posse é tratada no Direito Romano como uma decorrência dos interditos possessórios que se estabeleceram por iniciativa do direito pretoriano, sendo equiparada às obrigações resultantes dos delitos. A posse tem fundamento distinto do domínio, implicando a desvinculação do possuidor relativamente ao titular da propriedade, originária e derivada.

Explica Lafayette R. Pereira (1877, p. 59) que os direitos reais limitados correspondiam no Direito Romano à quase-posse, como uma modalidade de aplicação da posse aos direitos reais, em face das modificações econômicas aos institucionais que se operaram na história interna do Direito Romano, atendendo-se às necessidades práticas da vida. Assim, no regime jurídico das servidões, a posse se denomina quase-posse, porquanto correspondia à noção de posse sobre coisas incorpóreas, idéias oposta à idéia de posse que recaía apenas sobre coisas corpóreas, e, nessa linha de pensamento, os direitos reais limitados cuja conformação histórica se projetou na experiência cultural do período antigo se manifestaram úteis a exploração agrícola e pastoril, conservando traços basilares de suas estrutura técnico-conceitual, tais como a enfiteuse, o usufruto, as servidões, estas mais antigas, enquanto forma de direito real e o precário, constituindo esse último num pacto em que as partes convencionam o uso da coisa e sua posterior devolução ao titular. Não se tratava de um contrato, razão pela qual o precário era desprovido da *actio* e seu resquício vivifica-se no vício da precariedade da posse, quando o possuidor injustamente recua em evolver o objeto e propriedade do titular.

Os vestígios deixados pela prática dos interditos possessórios provêm dos *retinendae et recuperandae possessionis*, forma que correspondem às atuais ações de manutenção e de reintegração de posse, ensejando a dicotomia *jus possidendi*, de natureza reivindicatória e o *jus possessionis*, que deflui da posse civil.

No comentário ao art. 524 do Código Civil, Lafayette R. Pereira (1877, p. 56), evoca o princípio *dominium plena in rem postestas*, exacerbado em legislação de orientação individualista, quanto ao exercício do direito de propriedade, embora alguns romanistas contemporâneos contestem o difundido

caráter individualista da propriedade romana. Alude o artigo 524 do Código Civil ao direito de usar, fruir e dispor, atribuído ao titular do domínio, mas acrescido das necessárias limitações ao exercício da propriedade. Refere Lafayette Pereira ao princípio *nullus videtur dolo facere qui jure suo utitur*, entendido na livre disposição dos bens pelo proprietário e, que, modernamente, serviu de esteio teórico ao enquadramento jurídico dos direitos de vizinhança. Porém, o direito romano já esboçara os contornos da matéria ao prever o instituto do *ambitus*, além das regras sobre divisão e demarcação de terras.

Lafayette R. Pereira (1877, p. 11-12) em sua obra "Direito das Coisas" alude ao primitivismo e agnosticismo das comunidades arcaicas, no que se respeita ao uso das coisas naturais e, com base em Niebuhr, explica que a posse mereceu proteção jurídica em favor dos que haviam se estabelecido no *ager-publicus*, cujo fenômeno de ocupação resultou nas possessiones, que acabaram, através da elaboração pretoriana, a migrar do Direito Público para o Direito Privado. Após endossar as linhas desenvolvidas por Savigny, Beviláqua enuncia a classificação da posse, como se encontra disciplinada no Código Civil, tal como se segue: posse justa, posse injusta, boa-fé, todavia insuficiente para uma estruturação teórica do instituto como se desenvolveu até o período atual da ciência jurídica.

As teorias subjetiva e objetiva, respectivamente formuladas por Savigny e Jhering, embora lastreadas nas fontes romanas, deram origem a situações inexistentes nesse período da História, tais como o elemento *animus*, assim como o desdobramento da posse direta e indireta, afirmada por Jhering, ilustrado nos termos do artigo 486 do Código Civil, abrangendo situações em que os romanos não reconheciam como posse, nas hipóteses de penhor, locação, usufruto.

Em matéria de composses, divide o autor duas constatações: a corrente liderada pelos adeptos da inexistência de tal instituto no direito romano e outra que a afirma. No âmbito dos direitos reais limitados, os romanos admitiam as servidões e a superfície como tipos de quase-posse.

Relativamente às noções históricas que compreendem a evolução da propriedade, Clóvis Beviláqua, (1941, p. 122) fundamentando-se em Cujas distingue três fases, que vão da comunhão agrária, passando à propriedade familiar e, por fim, a propriedade individual. ; Quanto ao modo de aquisição da propriedade, tem-se a ocupação e a tradição, como modos originários, usucapião e a lei, como modos derivados. Também reafirma o autor a existência de limitações ao exercício do direito de propriedade, necessárias à coexistência social, enunciando as restrições à navegação e à pesca, a possibilidade de nunciação de obra nova, da ação demolitória, e demais direitos de vizinhança catalogados na doutrina e legislação hodierna. A definição da

usucapião, colhe-a de Modestino, como posse prolongada, segundo requisitos da lei, resultando em aquisição de domínio.

Na linha do pensamento romanístico, representa esse filão no Direito brasileiro os Professores José Carlos Moreira Alves. Outros nomes importantes produziram manuais de curso e teses de concurso, cuja notícia merece ser sublinhada no curso desta pesquisa, como Abelardo Lobo, Mattos Peixoto, Silvio Meira, Adélio Nogueira, Thomas Marky, Eduardo Vita Marchi: Alexandre Augusto de Castro Corrêa, Ebert Chamoun. Todavia a pesquisa centra-se no âmbito dos direitos reais, razão que restringe os dados sobre obras, vez que os autores de Direito Romano, *grasso modo*, tratam das instituições do Direito Romano, em geral.

Conforme lições do Professor Alexandre Corrêa, (1953, p. 165), a posse e a propriedade revelaram noções muito distintas nas fontes romanas, porquanto tais institutos nada apresentavam de comum na essência, devendo, por consequente manter-se o conceito de cada uma, em separado. A posse corresponderia à idéia fática sobre uma coisa e a propriedade, ao poder jurídico sobre a coisa, entendimento reforçado pela inflexibilidade do sistema jurídico do *ius civile*, posteriormente temperado pela influência do direito pretoriano que criou a propriedade bonitária (*in bonis habere*).

O conceito de posse, segundo o autor, foi visualizado pelos juristas romanos, no sentido de ser integrado pelo elemento subjetivo, *possidere animo*, e pelo elemento objetivo ou *possidere corpore*, atributos negados por outros autores, em razão da forte fixação sobre coisas corpóreas e tangíveis assimiladas pelo direito romano. Tal controvérsia aflora no período das teorias alemãs sobre a posse, por Savigny e Jhering, a que José Carlos Moreira Alves, (1982, p. 142) em artigo publicado pela Editora da Universidade de Brasília, por ocasião do Seminário Latino-Americano de Direito Romano, fez referência, no sentido de terem Jhering como Savigny, disputado a hegemonia conceitual da posse, a partir das fontes romanísticas, sem perceberem que se havia operado uma evolução conceitual do instituto nas fases políticas de Roma.

Para efeitos de aquisição e perda da posse, o Professor Alexandre Corrêa (1953, p. 156) situa a orientação seguida pelos sabinianos e proculianos; os primeiros, além do *animus* exigiam a apreensão material da coisa e os segundos compreendiam que apenas o *animus* seria suficiente para se operarem os efeitos aquisitivos ou de perda da posse. Reafirma igualmente a correspondência entre os direitos reais limitados e a quase posse, iniciando-se um processo de assimilação de coisas incorpóreas a corpóreas, comentando que no período de Justiniano os institutos da posse e da quase-posse, apesar de se

assimilarem, não permitem a possibilidade de se estabelecer a posse solene sobre direitos que não fossem reais.

A definição de propriedade como se concebe modernamente advém de matrizes canônicas, por quanto para o direito romano era o *dominium* que representava a rejeição absoluta de terceiro em relação à coisa objeto de propriedade, de modo a não configurar um direito, mas confunde-se com a essência da própria coisa, de acordo com a frase *res mea est*.

Em obra recente sobre o instituto da posse, numa abordagem histórica e dogmática, o Professor José Carlos Moreira Alves (1985, p. 12) examina o estado atual dos estudos sobre a evolução do referido instituto no direito romano, também se fundamentando nos glosemas do período pós-clássico, analisando as alterações introduzidas nos textos clássicos e nas interpelações do período justiniano. Esclarece o autor, que após os estudos realizados pela Pandectística alemã, foi possível aos romannistas modernos vislumbrar as distorções das teorias subjetiva e objetiva. Assim, enquanto Savigny partia do *animus* da versão justinianéia, Jhering fundamentava sua abordagem na causa da posse que, primitivamente, serviu de distinção entre a detenção e a posse. Prossegue na análise, justificando a impossibilidade de se dissiparem os pontos obscuros que nortearam a fase de glosadores e pós-glosadores, porquanto os compiladores do *Corpus Iuris Civilis* somente apresentaram com resultado da evolução das fontes, mediante extração de textos provenientes, em grande parte, dos livros de Paulo e Ulpiano.

No que respeita à proteção de posse, pontificam duas teorias: a sustentada por Savigny, que viu na ocupação do *ager publicus* a origem da posse e, a defendida por Jhering, segundo a qual, a proteção possessória figurava uma faculdade do pretor de, nas ações de reivindicações, até a sentença final, deferir a posse provisória da coisa litigiosa, assim, tutelada pelos interditos, os quais foram se ampliando, no conteúdo e extensão, com base na evolução do processo civil romano.

Constituíam objeto de posse, no período clássico, a coisa corpórea somente, desde que estivesse *in commercio* e tivesse individualidade própria. Desta forma, excluíam-se da incidência da posse as *res extra commercium*, as *res divinis iuris*, as *res sacrae* e as *res communes omnium*, noções, de certa forma, correspondentes ao entendimento doutrinário moderno.

De um modo geral, as fontes romanísticas que foram matéria de estudo de romanistas alemães e italianos continuam a servir de fundamento à doutrina no direito brasileiro, mais desenvolvida no âmbito do direito civil que propriamente no direito romano. A inspiração, todavia, foi decisiva para a elaboração do Código vigente e apresentou poucas modificações no Projeto de

Código Civil nº 634, de 1975, ao menos, no que respeita ao direito das coisas, reabilitando-se o direito de superfície, em detrimento da enfiteuse, a qual, mesmo no direito romano, não se estabeleceu de maneira marcante. A par das novas tendências doutrinárias em relação ao direito das coisas, a concepção romana ainda preside a elaboração de textos legais e criação jurisprudencial, malgrado o desconhecimento de registros documentais da fase pré-clássica, fator que induz à adaptação da propriedade e da posse às circunstâncias de caráter social flagrados no contexto da modernidade.

Conclusões

O conjunto de referências e citações obtidas durante o desenvolvimento da presente pesquisa possibilitou a articulação de alguns tópicos conclusivos tanto no que se refere à evolução dos institutos de direito real na história de Roma, como de sua transplantação e recepção no direito ocidental, em especial, no continente latino-americano, que se expõem a seguir:

a) As fontes da legislação romana, embora necessárias ao reexame de categorias jurídicas que se formaram no curso dos séculos, foram objeto de contínuas adaptações em processo de sistematização levado a efeito por juristas medievais até os pandectistas alemães, razão pela qual, resultou tal empreendimento em oscilações e dúvidas sobre as origens e definições de determinados institutos do direito das coisas;

b) O período de Justiniano representou, através da compilação elaborada sob a orientação dos juristas que o auxiliaram nessa obra, uma fusão de características que economicamente tiveram uma função demarcada no contexto social e político da propriedade, da posse e dos demais desmembramentos constitutivos de direitos reais sobre coisas alheias;

c) As servidões, quer sejam as rústicas, ou urbanas, revelam-se a forma mais antiga de direito real limitado, inicialmente amalgamando elementos diferenciados no agrupamento de poderes de utilização econômica do prédio pelo seu titular, progressivamente separados, dando origem a outros institutos análogos, como a enfiteuse e a superfície, ao menos, do ponto de vista econômico;

d) Diferentemente do que se observa com os países de influência da colonização espanhola, o Brasil, através do regime das ordenações do reino, enquanto colônia de Portugal, recebeu até o advento da proclamação da República a orientação pedagógica e acadêmica da Universidade de Coimbra, contanto, mesmo com a participação de lentes portugueses que vieram ao Brasil exercer o magistério jurídico, em Olinda e São Paulo;

e) O Código Civil Brasileiro, no livro referente ao Direito das Coisas, sofreu modificações que obedecem aos debates legislativos travados no âmbito da Câmara e Senado, no período imperial e republicano, até a entrada em vigor do aludido diploma legal, em 1917, culminando na aprovação do projeto de Clóvis Beviláqua;

f) O projeto de Código Civil foi fruto de eloquentes elaborações doutrinárias, da lavra de Teixeira de Freitas, Feliciano Pena, Andrade Figueira, Rui Barbosa, todos com sólida cultura latina e que cultivavam o sentimento de apego ao estudo das fontes do Direito Romano;

g) Apesar de se admitir a influência do Código Civil, de Napoleão, na feitura do Código Civil Brasileiro, no setor do direito das Coisas, considerando-se que a primeira obra legislativa em muito se distanciou dos princípios romanísticos, não foi o legislador brasileiro tão inovador, no atendimento e fixação dos princípios norteadores da posse e da propriedade. Mesmo os autores do projeto de Código Civil nº 634-B, de 1975, muito pouco inovaram na estrutura de categoria de direitos reais, em concepção diversa ao embasamento da legislação de Justiniano.

Bibliografia

- ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
_____. O direito romano e a formação dos civilistas brasileiros. Revistas Justitia. Brasília, v. 8, mês Agosto/Setembro.
_____. A evolução do conceito de posse no Direito Romano In: Seminário Latino Americano de Direito Romano; Julho/Agosto 1982, Brasília, Ed. da Universidade de Brasília.
_____. Posse: evolução histórica, Rio de Janeiro. Forense, 1985, v.1
ARANGIO, Ruiz, Vicenzo. Diritti reali ed obbligazioni. Napoli, Ed. Jovene, 1921.
_____. Instituzioni di diritti romano. Napoli: Jovene, 1984.
BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das Coisas. vols. I e II - Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1941.
CORRÊA, Alexandre e Sciacia G. Manual de direito romano. vol. I, Ed. Saraiva, São Paulo, 1953.
FRANCIOSI, Genaro. Studi sulle servitù prediali. Napoli, Ed. Jovene, 1967.
GROSSO, Giuseppe. As servidões prediais no direito romano. Ed. Giapichelli, Turim, 1969.

LOBO, Abelardo. Curso de direito romano. Imp. Nacional, Rio de Janeiro, 1907, v.1.

MATTOS, Peixoto José Carlos. Corpus e animus na posse em direito romano. Rio de Janeiro, J. do Comércio (Gráfica), 1936.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. O direito das coisas. Rio de Janeiro, B.L. Garnier, Ed. 1877.

DIMARZO, Salvatore. Diritti reali. Milano, Jovesa, 1914.

SAVIGNY, Frederic C. Traité de la possession en droit romain. Bruxelas, Bruylant - Christophe Ed. 1893.

SCIALOJA, Vittorio. Teoria della proprietà nel diritto. v.1.

GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E REFORMA CONSTITUCIONAL

José Eduardo Faria*

Por causa de sua formação tradicionalmente normativista e formalista, os operadores do direito jamais esconderam sua antipatia pela tese da “desconstitucionalização” defendida por economistas neoliberais, mediante a eliminação de capítulos inteiros das Constituições e a posterior regulação das matérias por eles disciplinadas com base em leis ordinárias aprovadas por maioria simples. Não se trata de uma resistência determinada por motivos de ordem ideológica, ou seja, por discordância das linhas programáticas e com relação aos projetos formulados no âmbito do Executivo e encaminhados ao Legislativo. Trata-se, isto sim, de uma questão de princípio doutrinário: a aversão à “desconstitucionalização” parte da premissa de que a intocabilidade da Carta seria sinônimo de desenvolvimento institucional por excelência. Isto porque, ao dispensar tratamento “técnico-constitucional” às matérias que os economistas consideram controvertidas em seus aspectos “substantivos” (no campo da previdência, do sistema tributário, da estrutura fiscal, do mercado de trabalho, da organização econômica, etc.) e ao permitir a internalização de suas normas pela sociedade, ela seria uma das mais importantes salvaguardas da cidadania, impedindo, conseqüentemente, a conversão da legislação ordinária em simples instrumento de governo.

Concebido a partir tanto dos valores básicos do Estado liberal clássico, dos quais se destaca a ênfase ao caráter rigorosamente lógico-formal do ordenamento constitucional, quanto aos princípios fundamentais do normativismo jurídico, cujos corolários mais conhecidos são os princípios da

* Professor-associado do Departamento de Filosofia e de Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo; pesquisador do Centro de Estudos Direito e Sociedade da USP (Cediso); e autor de Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça, São Paulo, Malheiros, 1994; Direito e economia na democratização brasileira, São Paulo, Malheiros, 1994; e Justiça e Conflito, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

constitucionalidade, da legalidade, da segurança do direito, da hierarquia das leis e da unidade sistêmica, o tipo de argumento prevalecente nos meios jurídicos parece ignorar uma importante lição sociológica: quando criados em flagrante descompasso com a realidade social e econômica, direitos formalmente vigentes revelam-se, na prática, potencialmente ineficazes. O excessivo "idealismo" de nossos meios jurídicos costuma impedi-los de compreender essa obviedade; mais precisamente, os impede de ver como as diferentes mudanças ocorridas ao longo do século XX minaram os postulados e as categorias das construções jurídicas herdadas do século anterior, que se caracterizam por identificar as leis como instrumento disciplinar e regulador exclusivo das relações sociais, políticas e econômicas.¹

As mudanças mais significativas começaram na década de vinte deste século, com a crise estrutural do sistema financeiro do capitalismo concorrencial e com a expansão das lutas sindicais. Até então, a lei — enquanto comando impessoal, geral e abstrato — pressupunha a "estandardização" da vida social, ou seja, a redução das relações políticas, econômicas e sociais simples a "matrizes genéricas". A partir da década de vinte do século atual, contudo, a progressiva diferenciação da economia e a necessidade de decisões tomadas em ritmos cada vez mais rápidos inviabilizaram essa estratégia controladora, reguladora e disciplinadora; e, à medida que a sociedade se tornou mais tensa e conflitiva, por causa da velocidade das transformações econômicas, foi desaparecendo a correspondência entre a generalidade, a impessoalidade e a abstração da lei e as situações de fato por ela reguladas.

Diante da exigência de respostas específicas a problemas conjunturais e estruturais de caráter econômico, administrativo, comercial, financeiro e social inéditos, e por isso mesmo não previstos pelos ordenamentos jurídico-constitucionais de inspiração liberal-clássica, o Executivo foi sendo

¹ Essas construções, afirma Antonio Hespanha, encerram um projeto de substituição definitiva do pluralismo jurídico pelo monopólio do Estado, em matéria de produção legislativa - substituição essa vista como condição básica da democratização política, na dinâmica de um processo de modernização global que também incluía uma administração burocrático-racional, no plano institucional; a conspidação da economia de mercado, no plano econômico; e a conscientização por parte da coletividade, dos direitos fundamentais, no plano político-cultural. No entanto, diz este autor, ao submeter o paradigma legalista e formalista a um confronto histórico, "damos-nos conta de que ele corresponde a uma estratégia paradoxal. Ao instituir a lei como forma única de controle social, ele leva a cabo, na verdade, uma enorme redução da panóplia das tecnologias disciplinares disponíveis noutras épocas, mesmo que não consideremos senão aquelas que podem ser subsumidas ao conceito de tecnologias "jurídicas". Isto numa época em que, como nunca, tem vindo a crescer o âmbito de situações a regular. E, para além disso, a "forma legal" constitui uma técnica de controle exigente, requerendo a verificação de uma série de condições sociais, culturais e jurídicas. As estratégias de controle social sofreram, portanto, um afunilamento, e, ainda por cima, no sentido de uma via cheia de pontos críticos. A compreensão da atual crise da lei passa pela reflexão crítica sobre o paradoxo inerente a este "paradigma legalista", enquanto que a chave para a superação da crise pode residir na restauração de um sistema menos unidimensional de regulação social". Cf. Antonio Hespanha, "Lei e Justiça: história e prospectiva de um paradigma", in *Justiça e Litigiosidade* Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 13.

gradativamente obrigado a assumir parte das funções legislativas e adjudicantes até então detidas, respectivamente, pelo Parlamento e pelo Judiciário. Por causa da decrescente capacidade auto-reguladora do mercado e da crescente heterogeneidade da sociedade, os governos tiveram de exercer um papel cada vez mais controlador, diretivo, coordenador, indutor e planejador². De simples provedores de serviços essenciais nos campos da educação, segurança, saúde e justiça, por exemplo, eles passaram até mesmo a atuar como produtores diretos de bens e serviços, chegando ao ponto de se tomarem árbitros dos conflitos nos quais também eram parte.

É justamente neste momento que o Estado liberal se converte no Estado-Providência, cuja função básica — na melhor tradição da social-democracia — é promover o crescimento e assegurar algum tipo de proteção jurídica e material aos cidadãos economicamente desfavorecidos. Como vetor tanto do progresso material quanto da justiça social, o Executivo se converte, assim, em instrumento de consecução de objetivos concretos; seu sistema jurídico é basicamente concebido como técnica de direção, gestão e regulação da sociedade; e, se por um lado todas essas mudanças abrem caminho para o fenômeno da "publicização do direito", por meio da expansão desordenada do direito administrativo, tributário, trabalhista, previdenciário e econômico, por outro a continuidade do direito privado sem maiores alterações por parte do legislador faz com que a generalidade intrínseca a suas normas se converta numa espécie de "véu ideológico" das diferentes situações de vida³. Desse modo, o Estado-Providência deixa de ser aquela associação "ordenadora" típica do Estado liberal clássico, que tinha a legitimidade do uso da coação jurídica, renunciando, em contrapartida, a intervir no campo econômico e social; e passa a ser uma associação eminentemente "reguladora", na perspectiva de um Estado Social de Direito. Esse tipo de Estado chegará ao seu apogeu nos anos 50 e 60, começando a fenecer na década de 70.

² - Cf. Gianfranco Poggi, *The development of The Modern State*, London, Hutchinson, 1987, pp. 117-148.

³ - Como afirma Hespanha, analisando essas mudanças na ótica do historiador do direito, a tão decantada crise da lei, a revolta dos fatos contra os códigos e o declínio do direito, fenômenos vistos com imenso pesar pelos civilistas franceses responsáveis por uma paradigma de reflexão jurídica estritamente legalista profundamente enraizado na cultura dos teóricos do direito no Brasil e em Portugal "não são tanto o resultado de insuficiências "técnicas" na feitura das leis como o resultado da sobrevivência do legalismo num contexto político, social e cultural que deixou de lhe corresponder. O "fetichismo" típico da mentalidade jurídica actual inverte os dados da questão: começa por transformar a lei no modo único de revelação do direito (no "fetichismo" do direito); depois, assimila todas as condutas não conformes à lei em condutas anti-jurídicas; finalmente, conclui que as dificuldades do legalismo são os sinais da desagregação do direito e, logo, da ordem social. Mais produtivo seria estudar, sem preconceitos e sem mitos, quais as atuais funções, limites e tecnologias disciplinares vicariantes da legalidade, ganhando consciência do pluralismo normativo e traçando, a partir daí, uma estratégia de desenvolvimento da ordem jurídica em que à lei não coubessem senão as funções a que ela pode eficazmente dar realização". Cf. "Lei e Justiça: história e prospectiva de um paradigma", op. cit., p. 23.

Os dois choques do petróleo ocorridos em 1973 e 1979, mudando o custo relativo da energia e, como consequência, deflagrando uma nova crise estrutural do sistema financeiro, desorganizando o modelo econômico de inspiração social-democrata forjado no pós-guerra, provocando uma enorme recessão nos países desenvolvidos, obrigando as grandes empresas a reagirem defensivamente à estagnação das atividades produtivas, instabilizando o comércio internacional e gerando uma revolução tecnológica com o objetivo de reduzir o impacto do custo da energia e do trabalho no preço final dos bens e serviços, põem em cheque tanto as engrenagens decisórias quanto o sistema político-jurídico do Estado-Providência. Com isso, acabam minando ainda mais o primado do equilíbrio entre os poderes e os dispositivos formais do constitucionalismo liberal clássico. Dado o desafio de responder a questões técnicas novas e cada vez mais complexas, o Executivo se vê obrigado a editar sucessivas normas de comportamento, normas de organização e normas programáticas que, inter cruzando-se continuamente, acabam produzindo inúmeros micro-sistemas legais e distintas cadeias normativas no âmbito do sistema jurídico.

Por causa dessas transformações e dessa produção desordenada de normas jurídicas de diferentes tipos, a tradicional concepção normativista do direito como um sistema lógico-formal fechado, hierarquizado e axiomatizado, típica do constitucionalismo do século XIX, vai sendo substituída pela configuração do direito como uma organização de regras sob a forma de “redes”, dadas as múltiplas cadeias normativas, com suas inter-relações basilares aptas a capturar, pragmaticamente, a crescente complexidade da realidade sócio-econômica.⁴ Enquanto a concepção de sistema jurídico forjada pelo Estado liberal clássico faz da completude, da coerência formal e da logicidade interna os corolários básicos da ordem legal, o sistema normativo sob a forma de “redes” se destaca pela extrema multiplicidade de suas regras, pela enorme variabilidade de suas fontes e pela flagrante provisoriade de suas engrenagens normativas, que são quase sempre parciais, mutáveis e contingenciais.

Fruto de uma sociedade cada vez mais diferenciada, fragmentada e conflitiva e de um Estado obrigado a desempenhar tarefas múltiplas e na maioria das vezes contraditórias, esse sistema normativo emergente cresce e se consolida a partir de uma tensa e intrincada pluralidade de pretensões basicamente materiais; pretensões, por exemplo, das lideranças sindicais, no sentido de ampliar o alcance dos direitos trabalhistas e das normas de caráter “social”, contrapondo-se àquelas oriundas do sistema econômico com o objetivo de “flexibilizar” e “desligar” essa legislação protetora, postulando que ela colide com os imperativos lógico-

⁴ - Ver, nesse sentido, Jacques Chavalier, “La rationalization de la production juridique”, Charles Albert Morand, “La contractualization corporatiste de la formation et de la mise en oeuvre du droit”, e Helmut Willke, “Le droit comme instrument de guidage néo-mercantiliste de l'État”, todos reunidos na coletânea *L'État propulsif: contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, C.A. Morand org., Paris, Publisud, 1991.

objetivos das relações de produção no âmbito do capitalismo. Quanto maior é o confronto entre essas pretensões, mais a conhecida distinção entre interesses privados e interesses comuns e coletivos, fundamental para a engenharia política liberal-burguesa e para o normativismo jurídico que lhe ampara como ideologia, revela-se incapaz de ocultar — sob a forma das categorias normativas relativas ao “bem comum” — que a tutela legal dos interesses de determinados grupos, setores ou classes sociais implica o desprezo e/ou a “mercadorização” de outros grupos, setores ou classes⁵. Deste modo uma das categorias mais valorizadas pelo paradigma legalista (a idéia de “interesse geral e universal”) já não pode ser utilizada como uma espécie de “princípio totalizador” destinado a compor, integrar, harmonizar os distintos interesses específicos.

Na medida em que um sistema normativo com esse tipo de configuração parece ter um potencial ilimitado de crescimento, comportando um aumento incessante de novas regras e de novas matérias a serem objetos de regulação, em face das variadas respostas pragmáticas que o legislador é obrigado a dar a essas pretensões materiais contraditórias e excludentes, a tendência inevitável é de esvaziamento da própria função de leis. Num sistema jurídico que vai sendo “inflacionado” por um sem número de “leis de circunstância” e “regulamentos de necessidade” condicionados por conjunturas políticas, econômicas e sociais bastante específicas e transitórias, a velocidade e a intensidade na produção de novas normas constitucionais e de leis ordinárias acabam levando o Estado Providência a perder a dimensão exata do valor jurídico tanto das regras que edita quanto dos próprios atos que disciplina.

Condicionado assim por dois princípios conflitantes, os da legalidade e do primado da lei (típicos do Estado liberal) e o da eficácia das políticas públicas nos campos social e econômico (típico do Estado-Providência), o Estado contemporâneo passa a agir de modo paradoxal, gerando, em nome da estabilização monetária e do crescimento econômico, uma corrosiva inflação jurídica. Este tipo de inflação se traduz pelo crescimento desenfreado do número de normas, códigos e leis, de tal modo que a excessiva acumulação desses textos legais torna praticamente impossível sua aplicação de modo plenamente lógico e sistematicamente coerente, ocasionando, por consequência, a “desvalorização” progressiva do direito positivo e o impedindo de exercer satisfatoriamente suas funções controladoras, disciplinadoras e reguladoras. No limite, esse processo pode levar à própria anulação do sistema jurídico, uma vez que, quando os direitos se multiplicam, multiplicam-se na mesma proporção as obrigações; e estas, ao multiplicarem os créditos, multiplicam igualmente os deveres, formando um círculo vicioso cuja continuidade culminaria na absurda situação de existirem apenas devedores, todos sem direitos algum. No limite da extensão do direito, como afirmam argutos observadores desse fenômeno, anuncia-se um regime de

⁵ - Cf. François Ewald, *L'État Providence*, Paris, Grasset, 1986.

deveres legais sem que haja qualquer lugar para um direito; “a inflação do direito traz em si a sua própria morte”.⁶

Ao provocar a desvalorização do instrumental normativo que os governos têm ao seu dispor, a inflacionada legislação acima descrita tem sido um dos principais fatores tanto pelo agravamento das tensões entre a estrutura do processo de negociações coletivas e o conflito distributivo aguçado pela crise econômica, quanto pelo crescente grau de inefetividade do poder de regulação, direção e intervenção do Estado contemporâneo. No primeiro caso, essas tensões são exponenciadas pelo fato de que, apesar dos esforços para ver suas demandas reconhecidas como direitos subjetivos e convertidas em obrigações do Estado, sindicatos, movimentos comunitários, entidades representativas, associações religiosas e corporações muitas vezes vêm suas conquistas formalmente consagradas em textos legais reduzidas a pó, ou seja, esvaziadas por um sistema jurídico que, de tanto ter ampliado seu número de normas, torna-se pesado, ineficaz e impotente. No segundo caso, quanto mais procura disciplinar e regular todos os espaços, dimensões e temporalidade do sistema econômico, convertendo numa intrincada teia regulatória e numa complexa rede de micro-sistemas normativos esse ordenamento jurídico altamente “inflacionado” (em termos de quantidade de regras e da variabilidade de suas formas) e dotado de um formalismo meramente de “fachada” (graças ao crescente recurso do legislador aos conceitos jurídicos indeterminados, às normas programáticas e às cláusulas gerais), menos o Estado parece capaz de expandir seu raio de ação e de mobilizar os instrumentos de que formalmente dispõe para exigir respeito a suas ordens.⁷

A corrosiva deterioração da organicidade de seu sistema jurídico, o colapso do constitucionalismo e o fenecimento do equilíbrio entre os poderes não são, contudo, as únicas facetas da erosão da efetividade e da autoridade do Estado contemporâneo. Com o fenômeno da globalização econômica decorrente da revolução tecnológica gerada pelos dois choques do petróleo (e simbolicamente exponenciado pela queda tanto do muro de Berlim quanto das ditaduras do Leste-Europeu), vão surgindo outras importantes rupturas institucionais nas estruturas jurídicas e políticas legadas pelo Estado liberal, no século XIX, e pelo Estado

⁶ - Cf. Nicolas Hitsch, “L’inflation juridique et ses conséquences”, in *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, 1982, n° 27; Céline Wiener, “L’inflation juridique et ses conséquences”, in *Les dérèglements*, Paris, Institut Français des Sciences Administratives, 1988; e François Ewald, *Foucault, a norma e o direito*, Lisboa, Vega, 1993, pp. 186-191. Diante desse risco, a tendência dos juristas e operadores com formação normativista é enfatizar a má qualidade técnica da produção normativa e denunciar o “arbitrio” subjacente ao “intervencionismo” do Estado, fazendo prevalecer sua visão-de-mundo liberal clássica sobre uma análise mais isenta, axiologicamente, das transformações sociais econômicas, políticas e culturais dos dias de hoje.

⁷ - Sem compreender o motivo e identificar o alcance dessas mudanças, por causa do viés ideológico de sua formação, muitos juristas, como afirma Hespanha, acabam correndo “atrás da ficção”, tendo “a ilusão de poderem deter ou ignorar a evolução do real, restaurando o paradigma na sua pureza de outrora, normalmente através (de sugestões em favor) de uma política de lei e ordem”. Cf. Antonio Hespanha, “Lei e Justiça: história e prospectiva de um paradigma”, op. cit., p. 30.

Providência, no século XX. Entre as rupturas mais importantes podem ser destacadas as seguintes:

1 - mundialização da economia, mediante a internacionalização dos mercados de insumo, consumo e financeiro, rompendo com as fronteiras geográficas clássicas e limitando crescentemente a execução das políticas cambial, monetária e tributária dos Estados nacionais;

2 - desconcentração do aparelho estatal, mediante a descentralização de suas obrigações, a desformalização de suas responsabilidades, a privatização de empresas públicas e a “deslegalização” da legislação social;

3 - internacionalização do Estado, mediante o advento dos processos de integração formalizados pelos blocos e pelos tratados de livre comércio e a subsequente revogação dos protencionismos tarifários, das reservas de mercado e dos mecanismos de incentivos e subsídios fiscais;

4 - mudança da matriz da produção internacional; da divisão tradicional entre fornecedores de matérias primas e fabricantes de manufaturados, passa-se à produção de bens e serviços de nível tecnológico equivalentes em diferentes países, não importando onde o produto final seja montado, o que provoca o fenômeno da “deslocalização” da produção;

5 - desterritorialização e reorganização do espaço da produção, mediante a substituição das plantas indústrias rígidas surgidas no começo do século XX, de caráter “fordista”, pelas plantas industriais “flexíveis”, de natureza “toyotista”, substituição essa acompanhada pela desregulamentação da legislação trabalhista e pela subsequente “flexibilização” das relações contratuais;

6 - planejamento de atividades de nível tecnológico em escala mundial, por parte dos conglomerados multinacionais, acompanhado da fragmentação das atividades produtivas nos diferentes territórios e continentes, o que lhes permite praticar o comércio intra e inter-empresas, acatando seletivamente as distintas legislações nacionais e concentrando seus investimentos nos países onde elas lhe são mais favoráveis;

7 - expansão de um direito paralelo ao dos Estados, de natureza mercatória (“*lex mercatoria*”), como decorrência da proliferação dos foros descentralizados de negociações estabelecidos pelos grandes grupos empresariais.⁸

⁸ - Discuto com maior cuidado terminológico e metodológico essas rupturas em *Os dilemas da Justiça do Trabalho*, São Paulo, LTr, 1995; e “Governabilidade e democracia: os direitos humanos à luz da globalização econômica”, texto preparado para a Universidade de Buenos Aires, 1995.

O denominador comum dessas rupturas é, como se vê, o gradativo esvaziamento da soberania e da autonomia dos Estados nacionais nos dias de hoje. Por um lado, o Estado já não pode mais almejar regular a sociedade civil nacional por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais, dada a crescente redução de seu poder de intervenção, controle e direção. Por outro lado, é obrigado a compartilhar sua soberania com outras forças que transcendem o nível nacional. Ao promulgar suas leis, portanto, os Estados nacionais são obrigados a levar em conta o contexto internacional para saber o que podem regular e quais de suas normas serão efetivamente respeitadas. A consequência desse processo acaba sendo paradoxal: ao mesmo tempo em que se observa um movimento de internacionalização dos direitos nacionais, também se constata a expansão de normas privadas no plano infra-nacional, na medida em que cada organização empresarial e sindical transnacional tende a criar as regras de que necessita e a jurisdicizar as áreas que mais lhe interessam, segundo suas conveniências. Deste modo, o direito positivo convencional tem sua estrutura lógico-formal quase inteiramente erodida, remete cada vez mais seu conteúdo normativo a cláusulas gerais e processos ulteriores de concretização, perde a capacidade de operar por meio de categorias normativas válidas *erga omnes*, vê destruída a tradicional *summa divisio* entre direito público e privado, sofre a fragmentação deste último numa multiplicidade de ramos jurídicos especiais (o que liquida com a unidade conceitual de toda uma cultura legal privatística) e acaba sendo obrigado a responder às exigências de natureza “social” — proteção trabalhista, seguridade previdenciária, reajuste salarial, etc. — apenas de forma meramente circunstancial, casuística e *ad hoc*, ou seja, ao sabor da capacidade de pressão e mobilização deste ou daquele sindicato ou movimento comunitário.

Incapaz de assegurar uma efetiva regulação social, impotente diante da multiplicação das fontes materiais de direito e sem condições de deter a diluição de sua ordem normativa pelo advento de um efetivo pluralismo jurídico, o Estado nacional encontra-se em crise de identidade — e, com ele, não só a própria idéia de Constituição, mas todo o direito público criado pelo paradigma legalista para promover a organização jurídico-política do poder, com o objetivo de neutralizar seu exercício arbitrário. Essa crise pode ser vista a partir de sua flagrante inaptidão estrutural com relação a fatos sociais complexos, que exigem do setor público a instrumentalização de um número cada vez maior de mecanismos de decisão e controle para assegurar o cumprimento de suas funções básicas. Tal inaptidão estrutural se expressa sob a forma daquilo que a sociologia jurídica alemã contemporânea tem chamado de “trilema regulatório”, ou seja, um tríptico dilema formado: a) pela progressiva indiferença recíproca entre o direito e a sociedade, b) pelo desprezo de certos segmentos sócio-econômicos às regras do direito positivo e c) pela crescente autonomia das organizações empresariais com relação aos Estados nacionais. Vejamos, ainda que rapidamente, as principais características de cada um desses dilemas.

O primeiro dilema decorre do fato de que, por causa do alto grau de diferenciação estrutural e funcional das sociedades contemporâneas, cada subsistema social tenderia a respeitar basicamente as regras forjadas em seu interior e a desprezar as normas jurídicas emanadas do poder central do Estado. Ou seja: quanto mais complexos são os sistemas sociais, menor seria a autoridade institucional do Estado em termos de controle direto das inúmeras interações entre indivíduos, grupos, classes e coletividades. Já o segundo dilema decorre do fato de que, por causa de sua dimensão cada vez mais teleológica e de suas natureza altamente especializada, o direito positivo tenderia a tratar com categorias excessivamente “particularizantes” as relações sociais básicas, destruindo sua autenticidade e minando sua identidade. Ou seja: quanto mais esse direito positivo substitui suas tradicionais normas abstratas, genéricas e impessoais por normas bastante técnicas e específicas, mais ele comprometeria as relações vitais da assim chamada *Lebenswelt*, que constituem a espinha dorsal de uma dada sociedade. Por fim, o terceiro dilema advém do fato de que, por causa da alta mobilidade social e das profundas mudanças ocorridas nos sistemas político-administrativo e sócio-econômico, um direito positivo de caráter cada vez mais “finalístico” acabaria sempre enfrentando problemas de racionalidade sistêmica. Ou seja: quanto mais esse direito positivo multiplica suas normas e leis específicas para intervir “tecnicamente” na dinâmica de uma sociedade heterogênea e complexa, menor seria sua coerência interna e sua organicidade, o que revelaria, com o tempo, sua progressiva incapacidade de dar conta das tensões e dos conflitos sociais a partir de um conjunto minimamente articulado de “premissas decisórias”.⁹

Eis aí, nesse contexto de “inter-legalidades” gerado pelos diferentes poderes, procedimentos e valores das organizações empresarial, sindical ou corporativa, o desafio dos meios jurídicos frente à reforma da constituição.¹⁰ O

⁹ - É evidente, afirma um dos mais conhecidos analistas desse processo de erosão do direito positivo tradicional, que, diante desse trilema, “as exigências de restauração da unidade (e da eficiência) do sistema jurídico correspondem a meros exercícios de retórica ou a expressão de uso tático, quando convém à ocasião. Tentativas de instaurar uma unidade conceitual e axiológica através da dogmática ou doutrina jurídica estão condenadas a falhar, mesmo em áreas nodais do direito como o direito privado, ou em relação ao direito como um todo. Muito mais séria se a figura a estratégia oposta, que coloca a ênfase em especialização, insistindo na legitimidade da existência de princípios específicos e próprios em cada setor jurídico particular. É assim que, por exemplo, se explica a recusa dos juristas do direito da concorrência em levar em conta princípios jurídicos reconhecidos por outros ramos do direito. Todavia, semelhante isolacionismo jurídico não pode prevenir o aparecimento de conflitos inter-sistêmicos: as soluções constroem-se contingentemente, à medida das contradições trazidas pelos casos individuais, sem qualquer possibilidade de construção de uma doutrina geral de conflitos”. Cf. Gunther Teubner, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993, P. 180; e “The regulatory trilemma”, in *Quaderni Fiorentini*, Florença, 1984, vol. 13; ver, também, Vittorio Olgiati, *Positive law and socio-legal order: an operation coupling for Sociology of Law*, Oñati, International Institute for Sociology of Law, 1991; e Helmut Willke, “Trois types de structures juridiques: programmes conditionnels, programmes finalisés et programmes relationnels”, in *L'État Propulsif: contribution à l'étude des instruments d'action de L'État*, op. Cit.

¹⁰ - O fenômeno da “inter-legalidade” é analisado por Boaventura Santos à luz do pluralismo jurídico. O que ele tem em mente não é o pluralismo jurídico “desenvolvido pela antropologia jurídica tradicional,

problema não é impedi-la ou desqualificá-la, como têm feito os operadores do direito cuja visão-de-mundo foi forjada exclusivamente pelo paradigma legalista, normativista e formalista; é, isto sim, permitir que, em nome da inexorabilidade das rupturas acima mencionadas e das mudanças institucionais a serem feitas para adaptar o país às suas conseqüências, sejam revogadas importantes conquistas democráticas no âmbito, por exemplo, do direito social. Para tanto, é preciso ter consciência do esgotamento da engenharia política liberal-clássica e da necessidade de uma racionalidade normativa nova, forjada a partir da percepção de que as relações sociais condicionadas pela interconexão entre as organizações complexas hoje exigem do Estado uma série de papéis originais de intermediação que só podem ser exercidos eficientemente com a colaboração delas; portanto, uma racionalidade normativa responsável por uma legislação mais pragmática, apta a renunciar à regulação minudente e exaustiva dos processos sociais, voltando-se menos à consecução dos resultados concretos (mediante a regulação “padronizadora” e “tipificadora” dos comportamentos individuais) e mais à coordenação das diferentes formas de legalidade surgidas e desenvolvidas no interior dos vários sub-sistemas sociais.

O que é preciso (e neste aspecto o *background* analítico e cultural dos meios jurídicos nacionais encontra-se ainda na pré-história) é um direito capaz de assegurar um mínimo de governabilidade, por parte do Estado, e de neutralizar a natural propensão das organizações empresariais, sindicais e corporativas situadas nos setores estratégicos da economia de agir de modo “imperialista” sobre os demais; um direito reformulado na sua concepção arquitetônica e nos seus procedimentos, e cujas regras, à semelhança das normas e quase-normas utilizadas pelo direito internacional com vistas à coexistência e cooperação entre as nações, sejam capazes de servir como técnicas de gestão e neutralização das tensões, incertezas, contingências e indeterminações sempre presentes em todo processo social, econômico e político; um direito que é cada vez menos um ato unilateral a transmitir de modo imperativo a autoridade do Estado aos particulares, aproximando-se cada vez mais do “contrato”, ou seja, de um ato multilateral cujo conteúdo exprime uma vontade concordante; um direito resultante de um longo e intrincado processo de consultas e acordos, que se inicia antes de sua propositura parlamentar e, muitas vezes, apenas culmina no

onde as diferentes ordens jurídicas aparecem concebidas como entidades separadas coexistindo num mesmo espaço político, mas, sim, uma concepção de diferentes espaços jurídicos sobrepostos, que se interpenetram tanto na nossa consciência como na nossa ação social, em ocasiões positivas ou negativas do nosso trajeto existencial, assim como na triste rotina vida quotidiana. Vivemos num tempo de legalidade porosa, ou de porosidade jurídica de uma rede múltipla de ordens jurídicas que nos condenam a constantes transições e passagens. A nossa vida jurídica é constituída pela interseção de diferentes ordens jurídicas, ou seja, pela inter-legalidade. A inter-legalidade é contrapartida fenomenológica do pluralismo jurídico; (...) ela reflete um processo altamente dinâmico, porque os diferentes espaços jurídicos são não-sincrônicos, resultando daí uma mistura desigual e instável de códigos jurídicos”. Cf. “Law: a map of misreading (toward a postmodern conception of Law)”, in *Journal of Law Society*, 1987, vol. 14, p. 293. Ver, também, “On modes of production of Law and Social Power”, in *International Journal the Sociology of Law*, 1985, vol. 13.

momento de sua aplicação; em suma um direito em condições de promover o ajuste ou acoplamento estrutural (*structural coupling*) da pluralidade de sistemas jurídicos diferenciados e de seus respectivos “espaços sócio-legais”, com seu impacto social, cultural e institucional altamente diversificado em termos setoriais locais, regionais e setoriais.

Dai, para concluir, a importância de se também repensar doutrinariamente algumas das categorias básicas da política (como a regra de maioria, a soberania nacional e a ordem jurídico-constitucional enquanto um sistema formal, fechado e hierarquizado) a partir de paradigmas sensíveis tanto à tendência das organizações complexas à autonomia, na proporção direta de sua capacidade de mobilização, confronto e barganha, quanto à emergência de novos institutos legais especialmente voltados aos setores sociais marginalizados e oprimidos — aqueles que, excluídos do novo paradigma tecnológico industrial por falta de qualificação profissional, não dispõem de condições mínimas de se integrar no processo de modernização econômica liderado por essas organizações.

LEITURAS E DEBATES EM TORNO DA INTERPRETAÇÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL NOS ANOS 90 (*)

José Ribas Vieira (**)

Uma reflexão a respeito da temática de interpretação constitucional vem sendo suscitada, nos últimos tempos, por algumas dinâmicas importantes.

Podemos, por exemplo, compreendê-la pelo novo papel advindo com a presença do Judiciário na atual crise do Estado e da própria ordem política. Assiste-se, assim, a um processo de juridicização de todo o discurso político. Lembra Antoine Garapon¹, por exemplo, como as reivindicações políticas estão materializadas, hoje, numa mensagem nitidamente jurídica de luta por direitos individuais e coletivos. Seguindo ainda a lição do referido autor francês quanto ao fenômeno da juridicização do discurso político, encontramos como no nosso cotidiano social, são incorporadas categorias próprias do universo do Direito, a saber: imparcialidade, transparência, contraditória, argumentação, etc.

Acresce-se a esse contexto da presença do Judiciário, o fato de que vivenciamos uma ordem internacional articulada a uma força de integração econômica e política a qual jamais foi presenciada. Nesse quadro integracionista, pode ser visualizado o que ocorre na União Européia com a existência de um Direito Comunitário em cujo âmbito institucional a ordem estatal fica enfraquecida. Quanto a esse caso específico, mais uma vez, o Direito e o Judiciário (o Juiz Nacional) passam a ser mecanismos necessários de articulação entre o Estado e a ordem jurídica supra-nacional (no caso a União Européia). Garapon na sua obra citada observa, também, que o impulso

(*) Palestra proferida no "Programa de Pós-Graduação de Direito" UNIMEP, em 29 de maio de 1996.

(**) Professor Titular de Teoria do Direito e Direito Constitucional - UFF, Professor Associado de Direito - PUC-Rio - Professor Adjunto de Teoria do Estado - UFRJ, Professor visitante de ciência Política - UGF, e Consultor CAPES ("Ad Hoc").

¹ Antoine Garapon. *Le Gardien des promesses. Justice et Démocratie* (Paris: Éditions Odile Jacob, 1996) página 41.

integracionista via Direito Comunitário tem servido como elemento para estabelecer, pela primeira vez, uma comunicação e transmigração de institutos e experiências jurídicas de caráter inédito.

Na sociedade brasileira, é fácil constatar, também, a presença em todos os níveis de nossa vida social dessa jurisdição do discurso político. Convivemos, também, tanto pela força da vigência da própria Constituição Federal de 1988 quanto dos resultados de um processo de profunda integração econômica em escala mundial (globalização), do fenômeno da recepção e interrelacionamento de novos institutos jurídicos.

Não precisaríamos aprofundar mais a nossa análise para indicar que se depara, atualmente, diante de uma nova forma de “dizer” o direito. Este surge com toda a pujança não de uma estrutura codificada, mas sim de uma perspectiva, cada vez maior, de sentido jurisprudencial. Sem dúvida nenhuma, nesse quadro de valorização de papel do juiz que há um fortalecimento da força dos instrumentos interpretativos.

Dentro desse retorno da importância jurídica, temos de reconhecer a posição de destaque que ocupa o Direito Constitucional. Essa presença central desse campo de conhecimento deve-se, entre outros fatores, em razão da relevância assumida pelos textos constitucionais como elementos irradiadores de toda a vida social². Não podemos esquecer, também, que determinados institutos ou princípios constitucionais passaram a ser norteadores para a própria resolução de conflitos. É o caso, por exemplo, da posição de grandeza como assume o princípio da proporcionalidade para dirimir e limitar as diferenças de aplicações normativas.

Em consequência, do espaço ocupado pelo Direito Constitucional dentro desse universo social crescente de jurisdicização, a metodologia da interpretação constitucional vem merecendo um maior destaque de atenção. Tal fato materializa-se na importância assumida pela jurisdição constitucional via o modelo concentrado de controle de constitucionalidade dos Tribunais Constitucionais.

Vale sublinhar que no fenômeno social da jurisdicização e no alargamento da presença do direito, leva a Antoine Garapon³ manifestar a sua preocupação quanto a um paradoxo. Neste momento, as ordens jurídicas articuladas com um de seus operadores principais que é o juiz desempenham uma função essencial de assegurar o processo democrático ao reconhecer

² Vide a obra de Konrad Hesse, *Derecho Constitucional Y Derecho Privado* (Madrid: Editorial Civitas S.A., 1995), na qual esse constitucionalista alemão discute, por exemplo, a invasão dos parâmetros do texto constitucional no campo do Direito Privado. Assim, ele aponta alguns critérios para diferenciar a ordem jurídica privada do Direito Constitucional.

³ Vide, Antoine Garapon, *op.cit.*

direitos individuais ou coletivos pleiteados pelos cidadãos. Entretanto, há um risco sério, no sentido da continuidade dessa autonomização do direito e do avanço da prestação jurisdicional em todos os níveis da sociedade deirmos assistir a substituição do jogo democrático pelo império da estrutura jurídica. Devemos acrescentar as ponderações de Garapon a indagação como poderemos equilibrar o mundo legal para evitar o enfraquecimento do quadro democrático.

Sem dúvida nenhuma, a interpretação constitucional através de sua jurisdição própria é um exemplo concreto da validade da reflexão levantada pelo mencionado estudioso francês⁴. Assim, privilegiaremos os métodos interpretativos constitucionais para responder a esse nosso questionamento.

Com esse intuito, é que nós pretendemos discutir as próximas etapas de nossa análise direcionando o problema da interpretação constitucional sob duas perspectivas; a saber:

- A sua finalidade;
- A delimitação de seus limites e atores.

2. A Finalidade da Interpretação Constitucional

Numa postura tradicional e de fundamentos dentro de uma roupagem de liberalismo, a interpretação constitucional foi sempre enquadrada no sentido de estabelecer uma adequação da lei ou do ato administrativo ao texto constitucional. Nessa linha de raciocínio, esse entendimento reduzia a metodologia interpretativa constitucional e o seu instrumento de viabilização (Jurisdição Constitucional) a um mero exame da noção de supremacia da norma constitucional dentro da ordem jurídica⁵.

Entretanto, em razão do caráter mais arrojado da jurisdição constitucional em nossos dias e de uma definição mais ampla do sentido do Texto Constitucional⁶, a interpretação constitucional passou a assumir um aspecto teleológico dentro da estrutura normativa de sua dinamização e de adequação constante com a própria realidade social. Daí, é pertinente lembrar,

⁴ Kark Larenz na sua obra *Metodologia da Ciência do Direito* (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenksian, 2ª edição, 1989) lembra, que de um lado a interpretação constitucional não diferencia em substância dos outros critérios de interpretação, mas, de outro lado, aquela forma interpretativa apresenta uma repercursão diferente de metodologias de compreensão de outras disciplinas do direito.

⁵ Cabe uma observação que o nosso Supremo Tribunal Constitucional mesmo após a ampliação de suas competências de contrato da constitucionalidade a partir da Constituição Federal de 1988 está adstrito, ainda, essa posição clássica da prevalência pura e simples do Texto Constitucional.

⁶ Vide, Hans Peter Schneider, *Democracia Y Constitución* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991) no qual o autor define a Constituição através de três estruturas: a pro-dinâmica (que tem de estar adaptada à realidade social); a programática (estabelecendo uma utopia social); e a fragmentária (na qual ao estar aberta à sociedade, cabe a jurisdição constitucional compatibilizar seus princípios, lacunas e conflitos normativos constitucionais).

agora, das inquietudes levantadas por Antoine Garapon de contarmos com um Direito e de um de seus operadores (no caso o Juiz Constitucional) que passariam a substituir, perigosamente, o próprio sistema democrático.

3. Limites e Atores da Interpretação Constitucional

Dentro de uma perspectiva de mapeamento das leituras e dos debates da metodologia interpretativa constitucional, podemos visualizar que há dois conjuntos teóricos para a análise de suas contribuições: o de base norte-americana e o de origem alemã.

Todos esses dois sistemas interpretativos postam-se diante de uma reflexão com o objetivo de perquirir quais seriam as delimitações possíveis da função interpretativa em relação à norma constitucional. Na lição de J.H.Ely⁷, teríamos nos Estados duas correntes: uma de caráter interpretativista de não só adotar os métodos clássicos de interpretação, como também, de procurar respeitar ao máximo os parâmetros da norma constitucional; a outra de um perfil não interpretativista estando voltada para buscar uma compreensão da norma constitucional além de suas fronteiras. Nessa linha não interpretativista, por exemplo, de Ronald Dworkin⁸ a qual defende uma adequação do texto constitucional norte-americano a padrões morais dentro do que esse estudioso denomina do conjunto amplo do “Bill of Rights”. Na teoria alemã, essa delimitação de interpretativista e não interpretativista, aparece em relação àqueles constitucionalistas que estariam mais vinculados a uma visão tradicional de metodologia interpretativa na esteira de Savigny ou aqueles que estariam mais abertos a sociedade através das posições do jurista alemão Smend defendidas na República de Weimar nos anos 20.

Contudo, não se trata, apenas de apontar esses marcos restritivos da interpretação constitucional, é necessário, ainda, de delimitar quem são os seus reais participantes. Dentro desse raciocínio, teremos os questionamentos se a metodologia de entendimento da norma constitucional deva estar, meramente, resumida aos contornos institucionais da jurisdição constitucional. Dworkin defende que a postura de um juiz constitucional poderia estar aberta aos padrões morais do que ele denomina de comunidade como consta da sua última obra já referida por nós. O constitucionalista alemão Peter Häberle⁹ já apresenta uma postura mais radical no sentido de que a sociedade estabelece um consenso inspirado para uma abertura do Tribunal Constitucional se

⁷ J.H.Ely. *Democracy and Distrust (A Theory of Judicial Review)* (Cambridge, Harvard University Press, 1980).

⁸ Vide a sua obra recente. *Freedom's Law (The Moral Reading of the American Constitution)* (Cambridge: Harvard University Press, 1996).

⁹ Peter Häberle. *Le Liberté Fondamentali nello Stato Costituzionale* (Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1993). Nessa obra, é óbvio que Häberle discute a sua teoria institucional dos Direitos Fundamentais para culminar com a defesa de uma abertura da interpretação constitucional.

fundamentar. É importante registrar que, apesar de posições semelhantes de “abertura” para sociedade, assumida por esses dois autores, cremos existirem algumas diferenças de graus entre eles. Ronald Dworkin caracteriza-se para nós mais numa direção valorativa e moral. E em relação a Peter Häberle, seu pensamento sobre o papel da interpretação constitucional traduz-se numa defesa mais arraigada de um compromisso democrático para a jurisdição constitucional.

É nessas posições mais radicais a respeito da função dos instrumentos interpretativos que valem sublinhar as observações ponderadas de um antigo integrante do Tribunal Constitucional alemão que é Ernst Wolfgang Böckenford¹⁰. Lembra esse jurista alemão que a metodologia interpretativa não pode assumir uma postura “dissolvedora” ou “destruidora” da própria norma constitucional.

4. Critérios e Marcos para a Interpretação Constitucional

Nessa parte do nosso estudo, é importante para nós aprofundar o pensamento de Böckenford. O jurista alemão está consciente de estabelecer critérios para demarcar a função interpretativa constitucional. Lembra o autor de *Escritos sobre Derechos Constitucionales* que não importa o método de interpretação seja de um Ernst Forstroff (respeitando a norma constitucional através de elementos interpretativos tradicionais), ou de um Peter Häberle (tratando-se, como já vimos, de uma perspectiva tópica a respeito dos dispositivos constitucionais abertos à sociedade), ou então a figura de um Rudolf Smend preocupado com o papel integrador da constituição, ou a presença de Konrad Hesse direcionado para o problema da concretização normativa e, ainda, a noção da norma tratada através de um programa estruturante de interpretação¹¹ que, com maior ou menor diferença, o sentido da norma constitucional através desses métodos interpretativos seria atingido. Defende Böckenford uma posição de que o único meio de evitar esse problema, é do intérprete por meio de sua metodologia estabelecer o seu entendimento prévio a respeito da função do texto constitucional¹² e da sua jurisdição. Esse pensador alemão reitera que tem de haver, por exemplo, por parte do intérprete constitucional de uma postura mais moderada em relação sobre a constituição e os instrumentos de controle de constitucionalidade. Exemplificando, Böckenford sustenta que a jurisdição constitucional não pode ser um espaço substitutivo de órgãos judiciários ao transformar-se, automaticamente, como mecanismo de revisão de todas as decisões judiciais ao exercer a sua competência de controle de constitucionalidade.

¹⁰ Ernst-Wolfgang Böckenford. *Escritos sobre Derechos Constitucionales* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993).

¹¹ Vide a obra Friedrich Müller. *Discours de la Méthode Juridique* (Paris: PUF, 1996)

¹² Por exemplo, Hans Peter Schneider (op. cit.) tem uma posição bastante instrumental da Constituição.

5. Conclusão

Acreditamos, assim, que essa advertência e critério apontado por Böckenford, responde claramente, a preocupação indicada por Garapon¹³. Isto é, de que as atuais posições assumidas pelo direito e o papel do juiz podem acarretar uma perigosa substituição do jurídico pela ordem democrática. A saída é, por consequência, na direção de refletirmos mecanismos de equilíbrio para a função de prestação jurisdicional, mas, ao mesmo tempo, assegure a manutenção não só das garantias constitucionais de fortalecimento da cidadania, como também, e principalmente, do jogo democrático.

¹³ No nosso artigo "A Perspectiva do Espaço Público na Compreensão Democrática do Direito" in Direito, Estado e Sociedade (PUC-Rio-Departamento de Direito, nº 7. Julho-Dezembro de 1995) 59:72. Já advertíamos das dificuldades do direito de "trabalhar" com a democracia. Assim, na mesma linha de raciocínio de Garapon, mostrávamos como a excessiva institucionalização materializada pelo jurídico estereliza qualquer pretensão democrática através (por exemplo) das demandas dos movimentos sociais.

O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL

Leonardo Duncan Moreira Lima

1. Introdução.

Este artigo contém as idéias centrais da monografia por mim submetida à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, composta pelos ilustres professores Adriano Pilatti, Mauro Dias e Regina Coeli, por ocasião da conclusão do curso de Bacharel em Direito.

Sob a orientação do professor Adriano Pilatti, procurei, naquele trabalho, analisar as formas de controle da constitucionalidade da lei municipal, diante da constante evolução da doutrina e da jurisprudência acerca do assunto. Objetivei, ainda, dar uma visão atual da matéria, apontando eventuais falhas em nosso sistema de controle, relativamente à lei municipal. Trago agora, neste artigo, alguns dos pontos abordados naquele trabalho.

2. Sistema de controle da constitucionalidade na Constituição de 1988.

A Constituição Federal de 1988, seguindo a evolução das Constituições anteriores, manteve sistema híbrido de controle jurisdicional da constitucionalidade (difuso e concentrado), enriquecendo-o, porém, com algumas inovações.

O controle difuso, exercido por via incidental, foi mantido com as características que lhe foram atribuídas pela Carta de 1934. Com relação ao controle concentrado, exercido por via direta, houve inúmeras alterações que ampliaram seu escopo. A ação direta interventiva - que compõe um controle concentrado e concreto - foi mantida com as mesmas características da Constituição anterior, tendo a competência para o seu julgamento sido estendida também ao Superior Tribunal de Justiça, novo Tribunal criado pela

Constituição de 1988 com a finalidade de guarda do direito federal comum (art. 36, II e IV; arts. 104 e 105).

As maiores modificações nesse controle exercido por via direta ocorreram, contudo, em relação ao controle abstrato. A representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual foi extinta. Criou-se a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 2o.), alargando-se também a legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, seja ela em razão de ação ou omissão (CF, art. 103). Introduziu-se ainda a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição Federal (art.102, parágrafo 1o., alterado pela Emenda no. 3). Esse instrumento de controle, todavia, é inoperante, devido à falta de previsão legal, exigida expressamente para a sua regulamentação.

Com a Emenda Constitucional no.3, de 17/03/93, estabeleceu-se a ação declaratória de constitucionalidade (art.103, parágrafo 4o.), cuja competência originária para processamento e julgamento foi atribuída ao Supremo Tribunal Federal (art.102, I). Os legitimados para essa ação são reduzidos; apenas o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara e o Procurador-Geral da República (art.103, parágrafo 4o.). Esse novo mecanismo de controle compõe indubitavelmente o controle concentrado e abstrato da constitucionalidade, sendo, portanto, processo objetivo que almeja, ao contrário da ação direta de inconstitucionalidade, a declaração pelo Supremo da constitucionalidade de determinada norma em face da Constituição Federal. Essa declaração, além de produzir eficácia erga omnes, terá, ainda, diversamente da ação direta, efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo (art.102, parágrafo 2o.).

Em suma, o sistema brasileiro de controle da constitucionalidade encontra-se estruturado da seguinte forma: A) existência de um controle difuso, por via de exceção, onde qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo, originando assim uma questão prejudicial que, decidida, surtirá efeitos apenas entre as partes do processo; B) ao lado, um controle concentrado, exercido por via de ação direta de inconstitucionalidade, e que se divide em três modalidades¹: 1) - a interventiva, que pode ser federal ou estadual, caracterizando um controle concentrado e concreto (CF, art. 36, III e IV; art. 35, IV, art. 129, IV); 2) - a genérica, caracterizando um controle concentrado e abstrato, a) de competência do Supremo Tribunal Federal, destinada a obter a decretação de

¹ Classificação adotada por J.AFONSO DA SILVA, Curso de Direito Constitucional Positivo. 5a.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, pág.51.

inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, federal ou estadual, sem outro objetivo senão o de expurgar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical; é ação que visa exclusivamente o princípio da supremacia constitucional (CF, arts. 102, I, a, e 103, incisos do parágrafo 3o.); b) de competência do Tribunal de Justiça de cada Estado, visando à declaração de inconstitucionalidade, em tese, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, parágrafo 2o.), dependendo de previsão nesta; 3) - a supridora de omissão, a) do legislador, que deixa de criar lei necessária à eficácia e a aplicabilidade de normas constitucionais especialmente nos casos em que a lei é requerida pela Constituição; b) do administrador, que não adota as providências necessárias para tornar efetiva norma constitucional (art. 103, parágrafo 2o.), ambas caracterizando também um controle concentrado e abstrato; C) e, ainda, um controle concentrado e abstrato, exercido mediante ação declaratória de constitucionalidade, visando a declaração da constitucionalidade de determinada norma, com eficácia erga omnes e vinculatória aos demais órgãos dos Poderes Judiciário e Executivo.

3. O Município na Organização Federativa

A Constituição Federal de 1988, por outro lado, modificou substancialmente a posição dos Municípios na Federação, retirando quaisquer dúvidas quanto à sua condição de entidades autônomas. O sistema das Constituições anteriores só outorgava aos Municípios governo próprio e um mínimo de competências exclusivas. Com a nova Constituição, também lhes foi reconhecido o poder de auto-organização, ao lado do governo próprio, e uma ampliação daquelas competências², libertando-os das amarras que o sistema vigente até então lhes impunha, especialmente por via de leis orgânicas estabelecidas pelos Estados.

Possuindo, assim, plena autonomia política (consubstanciada nas capacidades de auto-organização e de autogoverno), normativa (consubstanciada na capacidade de elaborar leis próprias sobre matéria de sua competência), administrativa (baseada na existência de administração própria e na organização dos serviços de interesse local) e financeira (calcada na capacidade de decretação de seus tributos e aplicação de suas rendas, característica também da auto-administração), os Municípios passaram a ter ampla capacidade de gerir os próprios negócios, dentro de um círculo prefixado pela Constituição Federal através da repartição de competências³.

² Verificar artigos 18, 25 a 28 da Constituição Federal.

³ José Afonso da SILVA, ob.cit., pág.538.

Em decorrência lógica dessa autonomia, os Municípios editam as leis de sua competência. Essas leis, assim como quaisquer outras dentro do ordenamento jurídico, devem guardar conformidade com as normas hierarquicamente superiores e com os limites constitucionalmente impostos. Por isso, devem se sujeitar ao controle da constitucionalidade, tanto em relação a normas constitucionais federais quanto estaduais.

Dessa forma, o poder constituinte originário, objetivando dar maior segurança ao princípio da rigidez constitucional, estabeleceu que o constituinte estadual deverá criar, também, a exemplo da Constituição Federal, mecanismos jurisdicionais de controle direto das leis contrárias à Constituição Estadual, inclusive das leis e atos normativos municipais. É o que dispõe o art.125, parágrafo 2o. da CF, *in verbis*:

“Art.125. Parágrafo 2o. - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face de Constituição Estadual, vedada a atribuição para agir a um único órgão”.⁴

Tal possibilidade representa limitação expressa mandatária, que implica a adoção pelos Estados de controle da constitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Estadual, e somente dela, por meio de ação direta perante o Tribunal de Justiça. A instituição desse controle deverá seguir os princípios estabelecidos pelo controle concentrado no âmbito federal. Quis com isso o legislador estender o exercício da jurisdição constitucional ao âmbito estadual, onde o Tribunal de Justiça e somente ele é competente para julgar a contrariedade de leis ou atos normativos estaduais e municipais perante a Constituição Estadual.

4. O controle da constitucionalidade da lei municipal em face da Constituição Estadual.

A estrutura atual do controle jurisdicional da constitucionalidade, no que se refere especificamente ao controle das leis e atos normativos municipais em face da Constituição Estadual, comporta três formas de controle: a) o difuso ; b) o concentrado, exercido por via de ação direta interventiva; e c) o concentrado, exercido por via de ação direta genérica.

⁴ Apesar do citado dispositivo falar em “representação”, tecnicamente se está diante de verdadeira ação direta, instrumento de controle concentrado, que se apresenta também na esfera estadual como atividade própria do Poder Judiciário local, por destinação expressa da Constituição Federal.

Controle Difuso. O controle difuso, como se disse, é aquele inerente à própria atividade jurisdicional, sendo exercido incidentalmente, por ocasião do julgamento de um caso concreto. Dessa forma, a arguição de inconstitucionalidade de uma lei ou ato municipal, no bojo do caso concreto, e quando argüida desde o início⁵, deve ser enfrentada primeiramente pelo juízo de primeira instância e depois, através do juízo recursal, levada incidentalmente ao conhecimento do pleno ou, se existir, do órgão especial do Tribunal de Justiça, para que seja declarada ou não a inconstitucionalidade argüida. Para tanto, o relator do processo, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão, que tem natureza prejudicial, à turma ou câmara a que tocar o conhecimento do processo. Se a alegação de inconstitucionalidade for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser a questão submetida ao pleno (arts.480 e 481 do Código de Processo Civil), suspendendo-se o processo até que seja resolvido o incidente. A inconstitucionalidade argüida só poderá ser declarada, por sua vez, mediante o voto da maioria absoluta dos membros do pleno ou do órgão especial (art.97 da CF). Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato do governo local, caberá ainda recurso extraordinário, mas somente caso se venha a verificar que essa decisão do tribunal viola dispositivo da Constituição Federal (art.102, III, a)⁶.

A sentença proferida no controle difuso gera tão-somente eficácia entre as partes e, sendo reconhecida a nulidade da lei, os efeitos são *ex tunc*. Para que seja então suspensa a execução da lei, atingindo assim a todos indistintamente, é necessária a manifestação do Assembléia Legislativa Estadual. Nesse caso, como se estará retirando do ordenamento jurídico a lei declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça, em caso concreto, seus efeitos, com relação às demais pessoas não envolvidas no processo, cessarão apenas desse momento em diante, ou seja, *ex nunc*.

Controle por via de Ação Direta Interventiva. Com relação a essa forma de controle, permanecem também as mesmas regras do sistema

⁵ José Carlos Barbosa MOREIRA, com relação à oportunidade da arguição, explica que “a parte pode argüir a inconstitucionalidade em petição inicial, em contestação, em razões de recorrente ou de recorrido, em petição avulsa que junte aos autos durante a tramitação da causa ou do recurso perante o órgão, ou até, se for o caso, em sustentação oral, na sessão de julgamento”. Isso porque não há preclusão em se tratando de *quaestio iuris*. (in Comentários ao Código de Processo Civil, pág.45).

⁶ José Nunes FERREIRA explica a esse respeito que “se o plenário do tribunal *a quo der* pela inconstitucionalidade de determinada lei, a matéria de mérito nela fundada ficará prejudicada quando do julgamento pelo órgão fracionário. Assim, parece-nos que a hipótese comporta a interposição de apelo extremo com base no permissivo constitucional adequado, com o objetivo de se alcançar a inversão do julgado”(in Súmulas do Supremo Tribunal Federal, pág.394). Nesse caso, se a decisão do Supremo for no sentido da reforma do aresto impugnado, sendo então declarada a constitucionalidade do dispositivo local, a Corte deverá devolver os autos à instância de origem para que prossiga no julgamento. Em outras palavras, nesse caso, o Supremo não poderá adentrar no mérito da questão, sob pena de estar suprimindo instância julgadora.

anterior. O princípio da não intervenção gera uma limitação vedatória expressa, cujas exceções são elencadas nos incisos do art.35 da Constituição Federal. Dentre estas, encontra-se a de intervir para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial (inciso IV). No caso de desrespeito aos princípios insculpidos na Constituição Estadual, a decretação da intervenção no Município pelo Governador dependerá de provimento do Tribunal de Justiça à representação feita pelo Procurador-Geral do Ministério Público local⁷, onde argüi a inconstitucionalidade da lei municipal que tenha violado os referidos princípios. Assim, com base no provimento dessa representação, o Governador poderá decretar a intervenção. Terá, no entanto, a opção de decretar a simples suspensão da lei ou do ato declarado inconstitucional, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade (art.35, parágrafo 4o.).

Por ser esse um controle concentrado, porém concreto, a sentença proferida na ação direta interventiva gera efeitos apenas entre as partes (governos estadual e municipal). A lei só é retirada do ordenamento quando for suspensa pelo decreto estadual, perdendo a partir daí a sua eficácia com relação aos governados.

Controle por via de Ação Direta Genérica. A introdução dessa forma de controle foi a grande inovação trazida pela Constituição de 1988. Através dela se criou a possibilidade da argüição de inconstitucionalidade de lei em tese no âmbito do Estado-membro. A competência para o julgamento dessa argüição é do Tribunal de Justiça. Aplica-se também aqui a norma do art. 97 da Constituição Federal, que exige o voto da maioria absoluta do Tribunal para se declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo público. Não se aplica, porém, a súmula 513 do STF, inerente à argüição incidenter tantum⁸. As normas relativas ao procedimento são reguladas pelas Constituições Estaduais e pelo regimento interno dos respectivos Tribunais de Justiça.

No que pertine à legitimidade para a propositura dessa ação, deve ser ela prevista pela Constituição Estadual, vedada, porém a legitimação para agir a um único órgão. Normalmente se aplica aqui o princípio da simetria, adaptando-se em nível estadual a legitimidade prevista pelo art. 103 da Constituição Federal. Seriam assim partes legítimas, por exemplo, o Governador do Estado, a Mesa da Assembléia Legislativa, o Procurador-Geral do Estado, o Procurador-Geral da Justiça, o Conselho

⁷ Segundo a súmula 614 do STF somente o Procurador-Geral de Justiça tem legitimidade para propor ação direta interventiva por inconstitucionalidade de lei municipal.

⁸ Súmula 513: "A decisão que enseja a interposição do recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito".

Seccional da Ordem dos Advogados, partidos políticos com representação na Assembléia Legislativa, federação sindical e entidade de classe de âmbito estadual, bem como, especialmente em relação a leis ou atos municipais, o Prefeito do Município e o Presidente da Câmara ou Mesa da Câmara do Município interessado, Procurador do Município, onde houver, e partidos políticos com representação na Câmara Municipal.

Alguns autores entendem que essa legitimidade poderia ser estendida aos cidadãos estaduais e, no caso de leis e atos municipais, aos cidadãos do respectivo Município. Acreditamos, todavia, ser impossível tal pretensão, por se tratar aqui de uma limitação implicitamente estabelecida pela Carta Magna. O constituinte originário, ao enumerar os legitimados constantes do art. 103, deixou evidente a sua intenção de restringir a legitimidade para a propositura dessa ação⁹. O constituinte decorrente não pode assim ir além do constituinte originário. Ademais, o controle por via de ação direta possui caráter excepcional, porquanto outorga uma função eminentemente política ao Poder Judiciário, e, portanto, atípica. Assim, se o constituinte originário, que é quem estabelece o princípio da separação de poderes e seus limites, determinou apenas certas características para o exercício dessa função atípica pelo Judiciário, não poderá o constituinte decorrente fazê-lo de forma a ampliá-las.

Entendemos que a mesma objeção aplica-se também à ação direta de inconstitucionalidade por omissão e à ação declaratória de constitucionalidade, não obstante o entendimento de grande parte da doutrina no sentido da sua admissibilidade em nível estadual. O art. 125, parágrafo 2o., da Constituição Federal menciona expressamente "a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Estadual". Prevê, dessa forma, apenas a ação direta de inconstitucionalidade em razão de uma ação (a edição de leis ou atos normativos contrários à Constituição). Não se pode, assim, interpretar o art.125, parágrafo 2o., da Constituição Federal, de modo a situar nele também a ação de inconstitucionalidade por omissão, bem como a ação declaratória de constitucionalidade¹⁰. Ademais, o fato de a Constituição

⁹ O Deputado Plínio de Arruda Sampaio, relator da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, na Assembléia Constituinte de 1988, em entrevista concedida ao Professor Adriano Pilatti (PUC-RJ), justificou a limitação dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, constante do seu projeto para alteração do art.103 da CF, argumentando que se a legitimidade fosse estendida a todos os cidadãos, haveria "um tal afogamento de questões no Tribunal Constitucional, que se banalizaria o recurso". Afirmou também que "qualquer pessoa (...) sem bom senso, só pelo prazer de litigar, movimentaria toda a máquina judiciária por um ponto tolo. Então nós temos de ter bom senso, por isso não abri para todo mundo. (...) Se uma pessoa não tiver audiência em nenhum desses lugares (se referindo aos órgãos legitimados), é porque a pretensão dela não tem maior relevância". Percebe-se assim a intenção do constituinte de restringir a legitimidade para a utilização da ação direta de inconstitucionalidade.

¹⁰ E, com relação especificamente à ação declaratória, a partir de uma análise superficial, pareceria ser ela o inverso da ação direta de inconstitucionalidade, pois, enquanto esta objetiva a declaração

Federal ter apenas fixado as referidas ações para o âmbito federal, sem qualquer vedação expressa para o constituinte estadual, não significa que a competência para o seu estabelecimento em nível estadual esteja dentre as competências remanescentes, incluídas na cláusula de reserva (art.25, parágrafo 1o.)¹¹. Isso porque tal cláusula não se limita apenas por vedações expressas, mas também por implícitas. E, como já ressaltado por diversas vezes, o controle concentrado, exercido por via de ação direta (no qual estão inseridas também a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a ação declaratória de constitucionalidade) é função política, estranha às atividades típicas do Poder Judiciário, pressupondo assim previsão expressa pela Constituição Federal. O fato, portanto, de essas formas de controle terem sido previstas apenas para o âmbito federal acarreta, diante da sua natureza excepcionalíssima, limitação vedatória implícita para o constituinte decorrente, que não poderá assim estabelecê-las em nível estadual.

Por outro lado, ter-se-ia ainda outro empecilho para o estabelecimento de tais ações em nível estadual. É que o art. 22 da Constituição Federal, no seu inciso I, prevê, como competência privativa da União, legislar sobre direito processual. E não há dúvidas de que a previsão dessas ações em âmbito estadual corresponde à criação de instrumentos processuais, tendo em vista, como se disse, não estarem eles englobados pela competência deferida aos Estados pelo art.125 da Constituição Federal. Dessa forma, além da alegada vedação implícita ao constituinte decorrente, ter-se-ia também essa vedação expressa, impedindo assim qualquer iniciativa legislativa dos Estados nesse sentido.

Quanto aos efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, são estes erga omnes. E, por ter a ação como resultado a suspensão da eficácia da norma inconstitucional, tais efeitos são sentidos a partir da declaração de inconstitucionalidade. Todavia, a moderna doutrina vem entendendo que o momento em que começam a ser produzidos tais efeitos deve ser determinado caso a caso. Em se tratando, por exemplo, de omissão parcial, sustentam alguns autores ser possível e até mais indicado que não se suspenda imediatamente a eficácia da norma.

de inconstitucionalidade, aquela teria por fim a declaração da constitucionalidade. Todavia, uma análise mais detalhada permite demonstrar que essa similaridade de fato não ocorre, pois ambas apresentam características próprias e completamente diversas, como, por exemplo, o efeito vinculante da ação declaratória de constitucionalidade.

¹¹ Art.25, parágrafo 1o. - "São reservados aos Estados as competências que não lhe sejam vedadas por esta Constituição".

5. O Controle da lei municipal em face da Constituição Federal

Em sede de controle da constitucionalidade, assume peculiar relevância, em virtude das discussões por diversas vezes suscitadas na doutrina e na jurisprudência, a questão acerca da possibilidade de controle da constitucionalidade da lei municipal em face da Constituição Federal.

Essa possibilidade surge, primeiramente, quando a decisão atinente à contrariedade entre a lei municipal e a Constituição Federal tiver de ser decidida para que haja o deslinde do caso concreto. Será, então, suscitada em controle difuso, ou seja, por via incidental.

No que toca ao controle exercido por via de ação direta interventiva, a Constituição Federal não dá à União o poder de intervir diretamente nos Municípios. Este é dado somente aos Estados-membros. Não há, portanto, ação interventiva em se tratando de controle de lei municipal em face da Constituição Federal.

Com relação ao controle exercido por via de ação direta genérica, tal possibilidade durante algum tempo causou controvérsia, tendo o Supremo Tribunal Federal finalmente decidido pela inexistência dessa ação em nosso sistema de controle da constitucionalidade. Tal controvérsia girava em torno, basicamente, de duas possibilidades de se efetuar tal controle: a) através do julgamento da contrariedade da lei municipal perante a Constituição Federal pelo Tribunal de Justiça; e b) do julgamento dessa contrariedade pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Ainda sob a égide da Constituição de 1967/69, e em face da sua omissão quanto à forma de controle concentrado da lei municipal exercido por via de ação direta genérica¹², alguns Estados passaram a sustentar a possibilidade de construir um modelo de controle das leis estaduais e municipais no âmbito estadual, nos moldes daquele adotado para as leis estaduais e federais no âmbito federal. Esse foi o caso do Estado do Rio Grande do Sul que estabeleceu, mediante construção jurisprudencial, o controle por via de ação direta da constitucionalidade da lei municipal em tese (assim como da estadual) exercido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado. Essa verificação da constitucionalidade se dava tanto em relação aos dispositivos da Constituição Estadual quanto da Federal. Para tanto, eram

¹² A Constituição de 1967, bem como a Emenda 1/69, não mais previram o controle concentrado da constitucionalidade da lei municipal, por via de ação direta genérica, como fazia a Constituição de 1946, com a regra do art.124, XIII, introduzida pela Emenda 16/65. Ao contrário, no que diz respeito ao controle de lei municipal, preferiu o constituinte de 67/69 adotar o controle por via interventiva, exercido no âmbito estadual, limitando-o assim aos casos de ofensa aos princípios básicos das constituições estaduais.

aplicadas simetricamente as mesmas regras do sistema adotado no âmbito federal, inclusive no que se referia aos atos processuais¹³.

O outro caso foi o do Estado de São Paulo, que buscou solução baseada em expressa previsão dessa forma de controle em sua Constituição (arts. 51, parágrafo único, e 54, I, e, da Constituição Estadual)¹⁴. Segundo essa forma adotada, a ação de inconstitucionalidade deveria ser proposta perante o Tribunal de Justiça, sendo conferida a respectiva legitimidade ao Procurador-Geral do Estado. Esse controle englobava tanto a inconstitucionalidade de lei municipal (além da estadual) em face da Constituição Estadual, como também da Constituição Federal, tendo em vista o fato de o art.54, I, "e", da Constituição paulista falar, genericamente, em "representações sobre inconstitucionalidade", dando margem ao entendimento de que estariam aí todos os casos de inconstitucionalidade de lei em tese não abrangidos pela Constituição Federal¹⁵.

Ilustres juristas, como JOSÉ AFONSO DA SILVA, DALMO DE ABREU DALLARI, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CELSO RIBEIRO BASTOS, lançaram-se em defesa desse sistema adotado pela Constituição de São Paulo. O Supremo Tribunal Federal, todavia, não acolheu nem a tese do controle da lei municipal em face da Constituição Estadual, nem a relativa a esse controle em face da Constituição Federal, afirmando, não se tratar aí de competência residual dos Estados, e nem mesmo de poder implícito decorrente de sua autonomia federativa, que permitisse, diante de omissão da Constituição Federal, a elaboração de um controle concentrado da lei municipal, seja através de interpretação jurisprudencial ou por expressa previsão nas Constituições Estaduais. Entendeu ao contrário, tratar-se de um controle político, e, portanto, não inerente à atividade judiciária, só podendo assim ser atribuído pelo próprio

¹³ Na decisão proferida na Representação 19.522, o Tribunal Pleno daquele Estado construiu esse entendimento, que se traduz na ementa do acórdão: "inconstitucionalidade em tese de lei municipal. O Tribunal de Justiça tem competência para o exame da inconstitucionalidade, considerando que a observância dos princípios constitucionais na esfera municipal não se desliga do sistema jurídico-político nacional. A incorporação das disposições constitucionais (art.200 da Constituição Federal) à Constituição Estadual determina a competência dos Tribunais Estaduais para o conhecimento e o julgamento de inconstitucionalidade em tese de lei municipal (arts.15 da Constituição Federal e 150 da Constituição Estadual). Representação acolhida e decretação de inconstitucionalidade argüida." (cf. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, v.41/461, 1973).

¹⁴ Dispunha o art.54, I, e: "Compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente as representações sobre inconstitucionalidade e intervenção em municípios, nos termos desta Constituição". E, segundo o art.51, parágrafo único: "Compete ao Procurador Geral do Estado, além de outras atribuições conferidas por lei, representar ao Tribunal competente sobre a inconstitucionalidade de lei ou atos estaduais e municipais, por determinação do Governador ou solicitação do Prefeito ou Presidente da Câmara, interessado, respectivamente".

¹⁵ Estariam dessa forma incluídas a ação direta de constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Estadual, a ação de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, e ação de inconstitucionalidade de lei estadual em face de da Constituição Estadual.

poder constituinte originário. Dessa forma, diante da apontada omissão, não caberia ao Estado tal atribuição.

Essa questão foi, pela primeira vez, enfrentada no RE 91.740-3/RS, onde o Supremo decidiu ser "inadmissível arguição de inconstitucionalidade, em tese, por contrariedade à Constituição Federal, de lei ou ato normativo municipal, mediante representação do chefe do Ministério Público local ao Tribunal de Justiça do Estado". Nesse acórdão, o Ministro MOREIRA ALVES explicitou o seguinte entendimento:

"Com efeito, o controle da inconstitucionalidade das leis em tese, ainda quando deferido - como sucede no Brasil - ao Poder Judiciário, não é, ao contrário do que ocorre com o controle *incidenter tantum* (que, por isso mesmo, foi admitido nos Estados Unidos da América do Norte, independentemente de texto constitucional que o consagrasse expressamente), ínsito à atribuição jurisdicional (aplicar a lei válida e vigente ao caso concreto submetido ao judiciário), mas ato de natureza eminentemente política, uma vez que, por ele, se julga, diretamente e em abstrato, a validade de ato de outros poderes do Estado (o Legislativo e o Executivo), em face dos preceitos constitucionais a que todos os Poderes devem guardar obediência (...). Por isso mesmo, o controle de constitucionalidade *in abstrato* (principalmente em países em que, como o nosso, se admite, sem restrições, o *incidenter tantum*) é de natureza excepcional, e só se permite em casos expressamente previstos pela própria constituição, como *consectário*, aliás, do princípio da harmonia e independência dos Poderes do Estado. Não há que se falar, portanto, nesse terreno, de omissão da Constituição Federal que possa ser preenchida - principalmente quando se trata, como no caso, de meio de controle para preservação da obediência dela - por norma supletiva da Constituição Estadual. Se nem o Supremo Tribunal Federal pode julgar da constitucionalidade, ou não, em tese, da lei ou ato normativo municipal diante de Constituição Federal, como admitir-se que as Constituições Estaduais, sob o pretexto de omissão daquela, dêem esse poder, de natureza, como se disse, eminentemente política, aos tribunais de justiça locais, e, portanto, ao próprio

Supremo Tribunal Federal, por via indireta, em grau de recurso extraordinário?”¹⁶

Essa questão foi novamente suscitada no julgamento do RE 92.169/SP, onde se discutiu a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos da Constituição paulista, que asseguravam o controle concentrado da lei municipal pelo Tribunal de Justiça daquele Estado. O relator do processo, Ministro CUNHA PEIXOTO, analisando o assunto a partir de um histórico da evolução do controle da constitucionalidade no Brasil, chega à conclusão de que o controle da constitucionalidade das leis municipais, em face da Constituição Estadual, seria da competência dos Tribunais de Justiça.¹⁷ Por outro lado, naquele momento, o controle das leis federais ou estaduais poderia ser feito por via de “exceção”, ou jurisdição difusa, e por via de ação direta, isto é, de jurisdição concentrada, sendo, pois, ambos processos autônomos. E, completa:

“Assim, o controle de constitucionalidade da lei federal ou estadual pelo critério de jurisdição concentrada é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (...). Não é possível, pois, ampliar esta atribuição a outros tribunais, sob a alegação de suprir-se uma omissão. Os dispositivos examinados das diversas constituições mostram, com clareza, haver o intuito de se afastar a possibilidade de atribuir o julgamento da matéria a mais de um tribunal”.

Com relação à inconstitucionalidade da norma municipal perante a Constituição Federal e diante do silêncio desta acerca do assunto, o eminente relator entendeu ser possível o seu controle por via de ação direta, com base no argumento de ser o Município entidade político-administrativa autônoma, e conseqüentemente, integrante da União, e, sendo o Supremo Tribunal Federal guardião da Constituição Federal, não seria lógico que

“os desvios constitucionais nas leis e atos normativos federais e estaduais estivessem sob o crivo direto do Supremo, através de representação do Procurador-Geral da República e os Municípios ficassem sobranceiros a esta espécie de censura”.

¹⁶ Revista de Direito Público 53-54/230.

¹⁷ Apesar de não chegar a se manifestar claramente acerca da legitimidade do constituinte paulista de enumerar o sistema de controle da lei municipal em tese contrária à Constituição Estadual, pois no caso estava em discussão tão somente a inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, com essa afirmação ele pareceu admitir esse controle mesmo diante da omissão da Carta Federal.

O Ministro RAFAEL MAYER, concordou em parte com a tese do relator no sentido de ser implícita a competência do Supremo para julgar ação direta, proposta pelo Procurador Geral da República, para declaração de inconstitucionalidade da lei municipal em tese. Salientou, contudo, ser tal matéria irrelevante para a decisão daquele caso.

Da mesma forma, o Ministro MOREIRA ALVES também ressaltou não estar em causa, naquela oportunidade, a questão relativa à possibilidade de o Supremo julgar representação de inconstitucionalidade de lei municipal diante da Constituição Federal, e sim da possibilidade de o Tribunal de Justiça julgar essa representação. Esclareceu, ainda, que tal questão só poderia ser enfrentada diretamente se o Procurador Geral da República viesse a propor, perante o Supremo, a referida representação. No entanto, fazendo essa ressalva, o Ministro MOREIRA ALVES explicitou o seu entendimento sobre tal questão, contrário ao do Ministro relator e ao do Ministro RAFAEL MAYER, por entender que:

“inexiste lacuna no texto constitucional, uma vez que o controle direto, em nosso sistema jurídico, é excepcional, dado o seu caráter eminentemente político (ao contrário do que ocorre com a declaração incidente que é atribuição necessária ao próprio ato de julgar, para aplicar-se a lei válida); ademais, a limitação contida na letra l do inciso I do artigo 119 da C.F. foi, recentemente, reiterada (o que demonstra que não se trata de lacuna por imprevisão do constituinte), na redação dada a ele (para inclusão de representação de interpretação) pela emenda constitucional de 7/77”.

Passando então a discutir a questão objeto daquele recurso - o da possibilidade da ação direta de inconstitucionalidade, proposta ao Tribunal de Justiça local, de lei municipal, em tese, contrária à Constituição Federal - o eminente Ministro estrutura o raciocínio a partir da análise da própria evolução do controle concentrado através das várias Constituições brasileiras, com o objetivo de mostrar o caráter excepcional daquela ação, por ele denominada de “representação não-interventiva”. Com base nessa análise e no que se refere à exclusão das leis municipais a esse tipo de controle, sustenta não ter havido sequer omissão por inadvertência, a única que configuraria lacuna no ordenamento jurídico, que seria suscetível de suprimento por via de aplicação da analogia, não sendo, por isso mesmo, passível de ser usada com relação às normas excepcionais no que diz respeito aos casos não abarcados por elas.

E conclui:

“De outra parte, não podem as Constituições Estaduais, sob a alegação de terem poderes implícitos, dar competência aos Tribunais Estaduais para julgarem representações de inconstitucionalidade de leis municipais em face da Constituição Federal. Os poderes implícitos dos Estados-membros não podem restringir a autonomia do Município, que é disciplinada expressamente pela Constituição Federal. Nem muito menos podem projetar-se fora do âmbito estadual para atribuir a um dos Poderes do Estado-membro função política de guardião da Constituição Federal. Nem se pretenda, como o faz o acórdão recorrido, que essa projeção encontraria apoio no artigo 116 da atual Constituição Federal. Essa norma de caráter genérico (e que diz respeito a qualquer Tribunal que não apenas os Tribunais de Justiça estaduais e o Supremo Tribunal Federal) se aplica, também genericamente, às declarações de inconstitucionalidade por quaisquer meios (*incidenter tantum* ou por via direta, para intervenção, ou não), nos casos em que, por outras normas que não essa, esses meios sejam permitidos. Tanto é assim que, já na Constituição de 1946, quando não havia ainda a representação não-interventiva de inconstitucionalidade, igual princípio constava do art.200.

Aliás, se fosse possível aos Tribunais de Justiça dos Estados o julgamento de representações dessa natureza, com relação às leis municipais em conflito com a Constituição Federal, poderia ocorrer a seguinte situação esdrúxula. É da índole dessa representação - e isso hoje é matéria pacífica nesta Corte - que ela, transitando em julgado, tem eficácia *erga omnes*, independentemente da participação do Senado Federal, o que só se exige para a declaração *incidenter tantum*. O que implica dizer que, se transitasse em julgado a decisão nela proferida por Tribunal de Justiça, esta Corte estaria vinculada à declaração de inconstitucionalidade de Tribunal que lhe é inferior, mesmo nos casos concretos futuros que lhe chegassem por via de recurso extraordinário. O absurdo da consequência, que é da índole do instrumento, demonstra o absurdo da premissa”.

Os demais Ministros daquela Corte, restringindo-se tão somente à questão levantada pelo Recurso Extraordinário - o da constitucionalidade do dispositivo da Constituição de São Paulo que criava, no âmbito estadual, ação direta (“representação”) de inconstitucionalidade de lei municipal em tese contrária à Constituição Federal - acompanharam os mencionados votos, declarando assim, por unanimidade, a inconstitucionalidade dos arts. 51, parágrafo único, e 54, I, “e”, daquela Constituição¹⁸. Esse entendimento foi reiterado por diversas decisões que se seguiram a esta, firmando-se, assim, a decisão do Supremo com relação à matéria. É o que demonstra os julgados RE 93.088, RE 94.241-6, RE 94.039-SP, RE 93.313-SP, RE 87.484, RE 97.911, RE 97.078-SP, RE 99.987-SP, RE 99.267-RS, RE 97.492-SP, RE 109.098-RS.

Na representação no.1.405-AC, 18/5/88 (RTJ 127/394) é reproduzido na íntegra o parecer da Procuradoria-Geral da República, da lavra do Procurador GILMAR FERREIRA MENDES, onde este desenvolve, com propriedade, argumentos que vêm completar a posição já firmada pelo Supremo a respeito da questão.

Nesse parecer, o ilustre Procurador ressalta que a moderna doutrina distingue as lacunas da lei, e inclusive dos textos constitucionais, em dois tipos básicos: a) as lacunas autênticas, ou de *lege lata*, que dizem respeito à própria formulação da norma legal, afetando a sua inteligência, tomando-a, assim, contraditória ou incompleta; e b) as lacunas inautênticas, ou de *lege ferenda*, que não envolvem propriamente uma contradição do texto legal, decorrendo da própria “intenção jurídica” ou do próprio “sentido jurídico” (seria uma lacuna axiológica ou de valoração). Dentre as primeiras - as lacunas autênticas - a doutrina ainda distingue a chamada lacuna aberta ou patente, da lacuna oculta. Configura-se a lacuna aberta quando a lei não contém disposição relativa a um grupo de casos, embora, conforme sua teleologia, devesse estabelecer tal regra. Por outro lado, tem-se a lacuna oculta quando a lei não contém uma restrição que se afigura imanente à regra estabelecida¹⁹. Ressalta, ainda, que a lacuna patente constitui, não raras vezes, expediente técnico utilizado pelo legislador ou pelo constituinte, havendo portanto, nesse caso, uma abstenção consciente, permitindo-se que uma eventual solução seja encontrada no âmbito da doutrina e da jurisprudência, ou mesmo da legislação. Diante de tais conceitos, o ilustre

¹⁸ Note-se que, com relação ao objeto específico daquele recurso, não houve qualquer dissidência nos votos mencionados. A diversidade de entendimentos foi manifestada apenas quanto a hipóteses outras que, embora tenham sido também discutidas, não faziam parte daquela decisão.

¹⁹ Segundo GILMAR MENDES, existem ainda outros autores, como Loewenstein e Mauriz, que identificam uma lacuna constitucional oculta “*cuando en el momento de crear la Constitución, no existió o no se pudo prever la necesidad de regular normativamente una situación determinada*” (in parecer citado no acórdão publicado na RTJ 127/394).

Procurador assevera, então, citando LARENZ, que “a lacuna e o silêncio da lei não são, simplesmente, a mesma coisa”. A conclusão a que chega, portanto, é de que o próprio desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil parece demonstrar que o sistema até então vigente não continha lacuna patente nem oculta²⁰. Ao contrário, a aparente omissão do constituinte, antes de caracterizar qualquer lacuna, configurava em verdade, um “silêncio eloqüente”, devendo portanto ser entendido como expressa vontade de restringir o controle abstrato da constitucionalidade ao modelo explicitamente deferido no texto Magno. E, dessa forma,

“a criação de órgãos destinados a exercer a jurisdição constitucional não se há de fundar, exclusivamente, na eventual existência de paradigma no âmbito do Poder Central. Cuidando de uma peculiar tarefa política, faz-se mister que o constituinte reconheça aos entes federados o poder para instituir órgãos de defesa da Constituição”.

Em outras palavras, no estado federal somente poderá existir o exercício da jurisdição constitucional no âmbito do Estado-membro se a Constituição Federal assegurar às unidades federadas, não só a liberdade para criar, por sua própria deliberação, constituições autônomas, mas também o poder de regular, especificamente, a defesa judicial de sua constituição. Não basta, assim, a outorga do poder constituinte decorrente, tendo em vista que o controle concentrado e abstrato, no âmbito estadual, não constitui consectário da autonomia do ente federado. É necessário que se reconheça também o poder de disciplinar a defesa judicial da sua Lei Maior, juntamente com a indicação de parâmetros próprios, distintos daqueles adotados no âmbito federal. A invocação de um paradigma federal não é, portanto, suficiente para legitimar a criação de cortes constitucionais nos limites do Estado-membro. Até mesmo porque, não havendo distinção dos parâmetros adotados nas duas esferas de controle, ocorreria concorrência de julgamentos, o que desvirtuaria uma das principais características do controle concentrado: o monopólio desse controle por um único órgão constitucional.

²⁰ Segundo o citado autor, “a síntese da evolução histórica do nosso modelo de controle da constitucionalidade está a demonstrar que o constituinte pretendeu distinguir o sistema de controle atinente às leis estaduais e federais, daquele aplicável às leis municipais. E a introdução da representação interventiva, na esfera estadual - pela EC 1/69 - longe de autorizar uma interpretação ampliada do disposto no art.119, I, I, da Constituição, parece traduzir, de forma inequívoca, o intento restritivo do legislador constituinte. É que a representação interventiva não caracteriza modelo de controle de normas, constituindo mecanismo singular de composição de conflito de interesse entre União e Estado, ou entre a unidade federada e o ente comunal”.

Esse, portanto, era o posicionamento do Supremo Tribunal Federal com relação à matéria até o advento da Constituição de 1988, que trouxe, como já ressaltado, algumas modificações com relação ao controle da constitucionalidade.

A nova Carta manteve-se, todavia, silente quanto a qualquer mecanismo de controle abstrato da constitucionalidade da lei municipal em face da própria Constituição Federal. E de outra forma não poderia ser, sob pena de desvirtuar o modelo abstrato de controle. Permanece, assim, atual o entendimento do Supremo acerca da impossibilidade dessa forma de controle em nosso sistema. Ademais, o constituinte de 1988, provavelmente sensível a essas questões submetidas ao Supremo, optou por consagrar o controle concentrado e abstrato das leis municipais e estaduais no âmbito estadual, retomando o caminho escolhido pelo constituinte de 46. E para tornar esse controle viável sem descaracterizar o seu próprio sentido, estabeleceu como parâmetro para esse controle a Constituição Estadual (art.125, parágrafo 2o.). Essa modificação tornou, assim, ainda mais evidente a intenção do legislador constituinte em distinguir os mecanismos de controle das leis federais e estaduais das municipais, deixando claro não haver qualquer tipo de lacuna a esse respeito no texto constitucional, e sim um “silêncio eloqüente”.

No entanto, alguns Estados-membros continuaram insistindo na criação de mecanismo de controle abstrato da lei municipal em face da Constituição Federal. E, mais uma vez o Supremo veio a ser chamado para decidir o assunto através da ADIn 347-SP e ADIn 409-RS. Além destes, podem ser ainda citados os julgamentos da reclamação 337-DF, ADIn 508-MG, ADIn 699-MG.

Com base nesse entendimento do Supremo Tribunal Federal, fartamente demonstrado, pode-se afirmar ser hoje pacífica a opinião acerca da impossibilidade de o constituinte estadual estabelecer modelo de controle da constitucionalidade da lei municipal, em tese, contrária à Constituição Federal.

Poderia permanecer, contudo, a dúvida acerca da possibilidade desse controle ser efetuado pelo próprio Supremo Tribunal, a partir de interpretação ampliativa dos arts.102 e 103 da CF. Isso porque, tal questão não foi ainda enfrentada diretamente por aquela Corte. O único momento em que se cogitou do assunto foi por ocasião do julgamento do citado RE 92.169-SP, onde o Ministro Moreira Alves ressaltou que só seria possível enfrentar tal questionamento em ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal proposta diretamente ao Supremo pelo Procurador-Geral da República (e agora, com a Constituição de 1988,

com os demais legitimados pelo art. 103). Essa ação, contudo, até onde temos conhecimento, nunca chegou a ser proposta. Entendemos, todavia, com base em argumentos reiteradamente lançados pelo próprio Supremo, não ser possível essa ação, mesmo quando proposta diretamente àquela Corte. Embora essa possibilidade não afete a estrutura do controle concentrado, porquanto mantém o monopólio de seu exercício nas mãos de um órgão constitucional (no caso o Supremo), ela estaria ampliando por meio de interpretação um poder de natureza política conferido àquele Tribunal, o que não seria possível. Ademais, mesmo que assim não se pensasse, não há, como já por diversas vezes ressaltado, lacuna no texto constitucional que permita qualquer interpretação ampliativa nesse sentido. Parece estar hoje evidente que o constituinte federal optou por um modelo que distingue o controle das leis federais e estaduais do controle das leis municipais. O constituinte teria silenciado acerca da questão, justamente porque não quis dar ao Supremo esse poder, possivelmente em razão da sobrecarga que isso causaria àquela Corte, tendo em vista a grande quantidade de Municípios no país, assim como do fato de esse controle já ser exercido pela via incidental, sem que haja necessidade de ampliá-lo.

É certo também, por outro lado, que o constituinte federal poderia ter estabelecido essa forma de controle, desde que atribuísse a competência para o seu julgamento ao Supremo Tribunal Federal. Deixando de fazê-lo, todavia, optou por um sistema em que não há o controle concentrado e abstrato da constitucionalidade da lei municipal em face da Constituição Federal. E, isso não pode ser alterado por via interpretativa ou por atribuição de outro poder, que não o próprio poder constituinte federal.

Essa é a conclusão a que chega também JOSÉ AFONSO DA SILVA, em parecer anexado aos autos da reclamação 383-SP (fls.75/76), in verbis:

“Hoje se pode dizer com indubitável segurança que não se trata de omissão, mas de uma orientação fundada no sistema adotado, que não desejou, em hipótese alguma, que houvesse ação direta de inconstitucionalidade de leis e atos normativos municipais em conflito com a Constituição Federal”.²¹

A inevitável conclusão, portanto, é de que, no atual sistema brasileiro, não há controle de lei municipal em face da Constituição Federal, por via de ação direta. Esse controle em nosso sistema é exercido somente pela via incidental.

²¹ Citado no acórdão da reclamação 383-SP (RTJ 147/404).

6. O controle da lei municipal em face da Constituição Estadual que repete dispositivo da Constituição Federal.

No sistema constitucional anterior, como salientado, não havia a expressa previsão do controle concentrado e abstrato da lei municipal no âmbito dos Estados-membros, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido que essa forma de controle não poderia ser construída por via interpretativa dos dispositivos da Constituição Federal.

O constituinte de 1988, atendendo então aos apelos da doutrina, ansiosa por um aprimoramento do nosso sistema de controle da constitucionalidade, outorgou aos Estados Federados o poder para estabelecer essa forma de controle, determinando, contudo, certos limites ao seu exercício, quais sejam, a indicação do parâmetro desse controle, que é a Constituição Estadual, e a vedação para atribuir a legitimidade para agir a um único órgão (art. 125, parágrafo 2o.).

A introdução da ação direta de inconstitucionalidade no âmbito estadual, retomando o sistema concentrado já esboçado na Constituição de 46, traduz inegavelmente um grande avanço, pois alargou a utilização dessa forma de controle, mais célere e eficiente em relação ao controle tradicional, exercido pela via incidental.

No entanto, uma vez colocado em prática esse novo sistema, verificou-se a existência do seguinte problema: a possibilidade, diante do duplo exercício da jurisdição constitucional, de haver conflito de interpretações entre o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça estaduais, acerca de dispositivos materialmente idênticos, embora integrantes de diferentes Constituições, a Federal e a Estadual²².

Essa duplicidade de interpretações poderia ocorrer quando a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade - ajuizada perante o Tribunal de Justiça, e tendo como objeto a contrariedade da lei municipal (ou estadual) em face de dispositivo da Constituição Estadual que reproduz a Constituição Federal - transitar em julgado, sem que se recorra extraordinariamente ao Supremo Tribunal Federal. Essa decisão, que pela própria índole da ação direta, gera efeitos erga omnes, em razão de retirada da lei declarada inconstitucional do ordenamento jurídico, é resultado de determinada interpretação adotada pelo Tribunal de Justiça acerca da norma constitucional. Por outro lado, nada impede que questão semelhante, com

²² Essa possibilidade não só existe, como é bastante acentuada, tendo em vista o próprio modelo federativo por nós adotado. A nossa atual Constituição, que permanece fiel à tendência centralizadora mostrada pela história de nossas constituições, se apresenta de forma extremamente minuciosa com relação às competências atribuídas aos entes federados, deixando pouco espaço para o constituinte estadual inovar.

base em lei de outro Município em face de idêntico dispositivo da Constituição Federal, chegue ao Supremo Tribunal, por meio de arguição incidental de inconstitucionalidade, permitindo a adoção, pelo Supremo, de interpretação diversa acerca de dispositivo, cujo conteúdo é o mesmo da norma constitucional estadual. Ter-se-ia, assim, uma interpretação vigente para todo o território nacional, com exceção do Estado-membro que adotou outra interpretação.

Essa situação poderia ocorrer, ainda, com os vários entes federados, que pelo processo exposto, teriam cada qual a sua interpretação acerca de dispositivos reproduzidos da Constituição Federal. Para isso bastaria que a questão não chegasse ao Supremo pela via do recurso extraordinário, que fica na dependência unicamente da vontade das partes e da inexistência de falhas no seu processamento.

Ressalte-se que nesse caso não há mais que se falar, propriamente, em vinculação do Supremo Tribunal a decisões de tribunais inferiores, porquanto cada um deles estará no pleno exercício de sua competência constitucionalmente diferenciada. Trata-se, na realidade, de conflito de interpretações, pois cada qual poderá dar sua interpretação acerca de dispositivos - que têm o mesmo conteúdo - quando do exercício da jurisdição constitucional no âmbito de sua competência. De todo modo, essa situação não só é inconveniente, como também inadmissível, diante do fato de ser o Supremo Tribunal o guardião da Constituição Federal, e por isso o supremo intérprete de seus dispositivos.

Essa possibilidade, por outro lado, decorre do elevado número de normas de observância obrigatória a todos os níveis da Federação, consagradas pela Constituição Federal, que são reproduzidas pelas Constituições Estaduais, não só para reunir os princípios básicos a que ficam sujeitas, mas também para que possam sistematizar preceitos a serem por ela estabelecidos, em decorrência dos poderes implícitos que têm. Resulta daí saber se essas normas, de conteúdo materialmente idêntico aos da Carta Federal, e que teriam de ser respeitadas independentemente de sua reprodução nas Constituições Estaduais, dão margem a controle concentrado em face de dois parâmetros diversos (o da Constituição Federal e o da Constituição Estadual), ou se só permitem esse controle com referência ao parâmetro da Constituição Federal.

A primeira definição, dada pelo Supremo no julgamento da reclamação 370-MT, foi no sentido de o controle ser feito unicamente em relação à Constituição Federal. Discutiui-se nessa reclamação a propositura por partido político, perante o Tribunal de Justiça de Mato Grosso, de ação direta de inconstitucionalidade de determinadas leis contrárias à Constituição

daquele Estado. Em face dessa ação, a Assembléia Legislativa daquele Estado interpôs a referida reclamação perante a Corte Suprema, sustentando que o processamento daquela ação direta, no Tribunal Estadual, implicaria usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, dado que a Constituição Estadual limitava-se a reproduzir normas da Constituição Federal²³.

O relator, Ministro GALLOTTI, entendendo que no caso de mera reprodução da Constituição Federal, a relação de contrariedade se fazia entre a lei impugnada e a própria Carta Federal, julgou procedente a reclamação, para avocar o conhecimento do processo ao Supremo Tribunal, voto esse acolhido por unanimidade, cujo trecho se transcreve:

“Nenhum dos dispositivos da Constituição do Mato Grosso, invocado pelo Partido dos Trabalhadores, possui, portanto, conteúdo próprio ou autônomo, suscetível de dissociar-se da Constituição Federal, de que são, todos eles, imediatamente e servil consequência.

Verifica-se, então, sem maior esforço, que a verdadeira causa de pedir é a incompatibilidade do ato normativo estadual, perante a Constituição Federal, o que, em sede de ação direta, só se inscreve na competência do Supremo Tribunal (Constituição, art. 102, I, “a” e “p”), não na consentida aos Tribunais estaduais (art.125, parágrafo 2o.)”

Desenvolvendo esse entendimento, o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em seu voto, destacou ainda a diferença entre as normas de “imitação” e as normas de “reprodução”²⁴. As primeiras seriam, segundo a terminologia adotada por RAUL MACHADO HORTA, aquelas normas que apenas “exprimem a cópia de técnicas ou de institutos, por influência ou sugestão exercida pelo modelo superior”, sendo, portanto, fruto da autonomia da Estado-membro, da qual deriva a sua validade e, conseqüentemente, para todos os efeitos, são consideradas normas constitucionais estaduais. Já as normas de “reprodução” seriam as normas de observância obrigatória para os vários entes federados, consagradas pela

²³ Apesar da referida ação versar sobre a inconstitucionalidade de lei estadual, o mesmo problema ocorre com a norma municipal, sendo portanto considerado o mesmo raciocínio construído nesse julgamento.

²⁴ Essa nomenclatura foi estabelecida por Raul Machado HORTA, em sua obra “A autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro”, Bhte., 1964.

Magna Carta, e que por isso mesmo, dispensam a necessidade de sua reprodução nas constituições estaduais²⁵. Dessa distinção, resultaria que:

“A violação da norma estadual de imitação não implica ofensa à norma federal imitada, pois que essa não incide, não pretende aplicar-se por força própria, ao âmbito normativo da livre ordenação pelos órgãos da autonomia local: prova-o a circunstância de que, nessa hipótese, a alteração da norma federal não teria efeito derogatório da correspondente norma local de imitação, que seguiria válida, não obstante a diversidade de conteúdo.

Radicalmente diversa, logo se percebe, é a relação entre a chamada norma estadual de reprodução e a norma federal reproduzida pela Constituição do Estado.

Aí ao contrário do que se passa na hipótese da imitação, a reprodução não traduz um ato de livre criação da norma local - exercício da autonomia estadual -, mas pelo contrário, apenas retrata e explicita a recepção ou absorção compulsória pela ordem estadual de um preceito heterônomo, o qual - porque tem a eficácia própria das normas da “Constituição total” do Estado Federal -, se imporia ao ordenamento da unidade federada, independentemente da sua reprodução, literal ou substancial, no texto constitucional desta”.

Diante desse raciocínio, as normas constitucionais estaduais que imitam a disciplina constitucional federal, teriam a sua eficácia resultante da própria autonomia dos Estados, enquanto aquelas que apenas reproduzem normas constitucionais federais obrigatórias a todos os níveis da federação teriam sua eficácia independentemente dessa reprodução. Isso significaria que essa segunda espécie de norma “em termos estritamente jurídicos é ociosa”, o que implicaria dizer que “só aparentemente são normas estaduais”, mas verdadeiramente, por não poderem inovar na ordem jurídica, sequer são normas jurídicas. A conclusão lógica a que se chegaria, então, é de que a norma de reprodução dos dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória,

²⁵ Exemplo dessas normas de “reprodução”, que podem ser melhor denominadas de “normas de observância obrigatória”, seriam as normas tributárias, principalmente aquelas que distribuem o poder de tributar entre a União, os Estados e os Municípios.

“não obstante a forma de proposição normativa de seu enunciado vale por simples explicitação da absorção compulsória do preceito federal, essa a norma verdadeira, que extrai a força de sua recepção pelo ordenamento local, exclusivamente da supremacia hierárquica absoluta da Constituição Federal, em que se insere”.

Essa conclusão importa, em outras palavras, a afirmação de que a ação direta de inconstitucionalidade das leis municipais e estaduais em face desses preceitos contidos nas Constituições Estaduais é, na verdade, ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição Federal, e, como tal, deve ser julgada.

Por outro lado, restou claro nesse julgamento da reclamação 370-MT, que a preocupação que alimentou esse entendimento desenvolvido pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE é a ocorrência de julgamento definitivo em âmbito estadual de questão afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso. É certo que, se a decisão estadual repelisse a inconstitucionalidade, formalmente suscitada em face da Carta Estadual, não haveria obstáculo à posterior declaração pelo Supremo, à luz da Carta Federal. Se, no entanto, a inconstitucionalidade é declarada definitivamente na jurisdição estadual direta, “a eficácia objetiva peculiar da decisão fulmina a lei questionada, subtraindo-a da ordem jurídica, seja qual for o parâmetro de validade aplicado”, impossibilitando assim que o Supremo se pronuncie acerca da sua validade em face de idêntico dispositivo da Constituição Federal. Com isso, corre-se o perigo de se ter entendimentos diversos, com decisões conflitantes nos vários entes federados, sendo essa uma característica que não se coaduna com a noção de jurisdição constitucional adotada pelo nosso sistema.

Em posterior julgamento, todavia, o Supremo Tribunal Federal mudou o seu entendimento acerca dessa questão, afirmando assim a possibilidade da ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição Estadual, mesmo quando se tratar de normas de observância obrigatória. A decisão que resultou nesse novo posicionamento do Supremo foi proferida no julgamento da reclamação 383-DF, cuja ementa se transcreve:

“Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais

estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros.

Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com a possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta.

Reclamação conhecida, mas julgada improcedente” (Rcl. 383-SP, 11/06/92, RTJ 147/404).

Nesse caso, a hipótese era propriamente de ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de dispositivos da Constituição Estadual, que eram meras repetições de dispositivos, de observância obrigatória pelo Estado, consagrados no Carta Federal. O relator do processo, o Ministro MOREIRA ALVES, que esteve ausente no julgamento da reclamação 370-MT, alertou para o fato daquele entendimento firmado na referida reclamação acarretar algumas consequências indesejáveis, a começar pelo esvaziamento do controle concentrado atribuído aos Estados por força do artigo 125, parágrafo 2o. da Constituição Federal, em virtude da grande quantidade de normas constitucionais do Estado serem reproduções de dispositivos da Constituição Federal. Em outras palavras, prevalecendo aquele entendimento a parcela que sobrar da Constituição Estadual capaz de ensejar o controle concentrado em nível estadual seria mínima. E, tal situação provocaria, indubitavelmente, um retrocesso em nosso sistema de controle da constitucionalidade.

A prevalecer, ainda, o entendimento questionado, desapareceria também um dos casos em que a Constituição Federal admite a intervenção pelo Estado nos Municípios situados em seu território, mais precisamente o do inciso IV, do art.35, que estabelece a hipótese de intervenção quando “o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição Estadual”.

Ademais, ressalta o Ministro MOREIRA ALVES que:

“Tanto para a representação de inconstitucionalidade interventiva quanto para ação direta de inconstitucionalidade, no âmbito estadual, o inciso IV

do artigo 35 e o parágrafo 2o. do artigo 125, ambos da Carta Magna Federal, estabeleceram como parâmetro a Constituição Estadual, sem qualquer distinção com relação às normas nela contidas”.

A distinção entre normas de imitação e normas de reprodução estaria impondo, portanto, limites às regras estabelecidas nos referidos artigos, implicando mesmo uma alteração do seu sentido, o que violaria o próprio texto constitucional.

Além disso, se verdadeira a tese de que as normas de reprodução não têm eficácia jurídica como tais, mas têm, verdadeiramente a natureza das normas de hierarquia superior, reproduzidas, ter-se-ia de concluir que a norma ordinária federal, que reproduza²⁶ preceito da Constituição Federal, não tenha, da mesma forma, eficácia jurídica, impossibilitando assim a interposição de recurso especial²⁶. E mais, ter-se-ia, ainda, de admitir que qualquer ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual ensejasse julgamento preliminar pelo Supremo Tribunal Federal, por via de reclamação, para verificar-se a natureza das normas da Constituição Estadual.

Por outro lado, a discutida tese também não resolveria a questão suscitada, no sentido de impedir que haja interpretações diversas, no âmbito estadual e federal, de dispositivos de conteúdo idêntico. Isso porque, toda vez que surgisse o estado de contrariedade diante das normas de reprodução, ou normas de observância obrigatória, haveria, como ressaltado, a necessidade da interposição de reclamação ao Supremo Tribunal para que se fizesse um juízo prévio acerca da natureza da norma contrariada. Acontece que essa reclamação depende, tanto quanto o recurso extraordinário, que as partes procedam a sua interposição. Destarte, o Supremo Tribunal ficaria adstrito à vontade das partes para preservar a sua competência e o problema permaneceria sem solução, persistindo a possibilidade das interpretações diversas.

Diante dessas consequências decorrentes da referida tese, o Ministro MOREIRA ALVES sustenta que solução melhor para a questão seria a preservação dos parâmetros de controle, sem quaisquer restrições, tal como estabelecidos pelo constituinte federal, com a possibilidade da interposição do recurso extraordinário, por ofensa também dos dispositivos da Constituição Federal.

²⁶ Essa questão inclusive já havia sido firmada pelo Supremo na Arguição de Relevância 12.072, tendo ficado demonstrado a improcedência da alegação de que não caberia recurso especial cujo objeto seja norma federal que reproduz dispositivo da Constituição Federal.

Essa solução, segundo o Ministro MOREIRA ALVES, seria, portanto, não só a preferível em relação à outra, pois evitaria as conseqüências apontadas, como também seria a solução correta, uma vez que mantém a integridade do texto constitucional. Essa foi, inclusive, a diretriz adotada também pelo Direito alemão que, embora consagre o princípio de que as normas federais prevalecem sobre as normas estaduais - o que não ocorre em nosso Direito -, afastou esse princípio no caso do controle da constitucionalidade, onde haja repetição de dispositivos da Constituição Federal pela Constituição Estadual, justamente para não esvaziar a utilização do controle no âmbito estadual.

Não se encontrou, portanto, solução que impeça a existência de interpretações diversas, nos âmbitos estadual e federal, desses preceitos reproduzidos pela Carta Estadual. Ela se faz, contudo, necessária para que haja uma verdadeira integração do nosso sistema, ainda em evolução.

Entendemos que uma possível solução para essa falha seria a adoção, não propriamente de um recurso, mas de um reexame necessário nas ações diretas de inconstitucionalidade das leis municipais (como também das estaduais), em que se verifique a reprodução nas Constituições Estaduais de dispositivos estabelecidos pela Constituição Federal. Ao nosso ver, essa medida contornaria o problema do recurso extraordinário depender exclusivamente da vontade das partes, obrigando assim que a causa chegue ao Supremo Tribunal. Com isso, é mantida a competência deste como guardião da Constituição Federal e supremo intérprete dos seus dispositivos, afastando-se definitivamente a possibilidade de interpretações diversas, nas esferas federal e estadual da Federação, de dispositivos que, embora formalmente distintos (porque previstos em documentos diversos), possuam o mesmo conteúdo.

Ressalte-se, por outro lado, que tal instrumento não importaria, de forma alguma, espécie de advocatária pelo Supremo Tribunal Federal. Não seria o Supremo a chamar para si a questão; o órgão ad quo é quem remete a questão para ser reexaminada pelo Tribunal ad-quem. O mecanismo, portanto, é o mesmo do recurso ex-officio comumente utilizado nas ações em que é parte o Estado. Ademais, tal controle concentrado e abstrato no âmbito estadual gera um processo objetivo e, portanto, sem partes. O objeto da ação é a discussão de lei em tese, onde o conflito instaurado se refere à contrariedade entre a lei impugnada e a norma constitucional - e não entre o legitimado e o legislador -, havendo, pois, interesse precipuo do próprio Estado no conflito. Tal solução, assim, se coaduna perfeitamente com os princípios do direito processual civil.

Para que essa medida se efetive, no entanto, é preciso que haja a expressa previsão em lei. E, por se tratar de matéria, sem dúvida alguma, processual, a competência para a seu estabelecimento é da União. Deve, assim, ser estabelecido através de lei ordinária, jamais por via meramente interpretativa ou por meio de previsão no regimento interno do próprio Supremo Tribunal federal.

7. Conclusões

Em virtude de sua autonomia em nosso modelo federativo, possuem os municípios, dentre as capacidades que lhes são outorgadas pela Constituição Federal, a de legislar sobre assuntos de sua competência exclusiva. Dessa forma, não só as leis federais e estaduais, mas também as municipais estão sujeitas ao controle da constitucionalidade.

A Constituição Federal de 1988 elegeu dois parâmetros para esse controle : a própria Constituição Federal e as Constituições Estaduais. Com isso, as leis municipais não só estão sujeitas ao controle em face da Constituição Federal, como também em face da Constituição Estadual.

As formas de controle da constitucionalidade da lei municipal variam de acordo com o parâmetro violado. Tratando-se de violação à Constituição Estadual, o controle é exercido ou por via incidental (controle difuso), ou por via de ação direta interventiva (controle concentrado e concreto), ou ainda por via de ação direta genérica (controle concentrado e abstrato). No caso de violação à Constituição Federal, o controle é exercido apenas por via incidental, tendo em vista a inexistência de controle concentrado de lei municipal em face da Constituição Federal em nosso sistema, seja ele exercido em âmbito estadual (pelo Tribunal de Justiça), ou em âmbito federal (pelo Supremo Tribunal Federal).

Quando a Constituição Estadual repete dispositivo da Constituição Federal há uma dupla garantia, no sentido de que o controle da lei municipal poderá ser exercido tanto em função da Constituição Estadual quanto da Constituição Federal (dentro evidentemente das formas próprias para a sua realização).

Essa duplicidade de controles, originada com a reprodução de normas de observância obrigatória fixadas pela Constituição Federal para os entes da Federação, acarreta a possibilidade de interpretações conflitantes, nos âmbitos estadual e federal, acerca de normas materialmente idênticas.

Tal situação demonstra evidente falha em nosso sistema, afrontando o princípio da jurisdição constitucional nacional e a posição do Supremo Tribunal Federal como intérprete maior da Constituição Federal.

Acreditamos que uma possível solução para essa falha seja o estabelecimento do instituto do reexame obrigatório, onde o Tribunal de Justiça local submeta a matéria objeto da arguição de inconstitucionalidade de dispositivo da Constituição Estadual que repete a Constituição Federal ao exame do Supremo Tribunal Federal, independentemente da provocação do autor da ação.

O instituto do reexame obrigatório, por outro lado, não fere quaisquer princípios processuais, adaptando-se perfeitamente à natureza da ação direta genérica, processo objetivo e, portanto, sem partes. Além disso, promove a integração do nosso sistema de controle da constitucionalidade e garante a competência do Supremo Tribunal Federal como Corte Suprema.

DIREITO, CIDADANIA, DEMOCRACIA: UMA REFLEXÃO CRÍTICA

Liszt Vieira

I. Introdução - Do Direito Primitivo ao Moderno: uma rápida resenha

Nas sociedades primitivas, encontramos um direito carismático revelado pelos profetas que interpretavam a vontade de Deus, ou dos Deuses, e dos heróis míticos fundadores. No direito revelado das sociedades primitivas, não existe ainda o conceito de normas objetivas, isto é, não existe uma lei objetiva independente das ações. As ações e normas são interligadas. O que predomina são os usos e costumes; a ação não está ainda orientada para deveres legais reconhecidos como coercitivos. Isto somente ocorrerá na transição para o direito tradicional..

No direito tradicional, a lei é imposta por poderes seculares ou teocráticos. As normas são tomadas como dadas, como convenções transmitidas pela tradição. As ações são julgadas à luz de normas legais tradicionais. O direito tradicional, evidentemente, permanece particularista: não está ainda baseado em princípios legais universalistas. Isto será alcançado pelo direito natural, ao admitir que os princípios podem ser encontrados racionalmente.

O direito natural inaugura o Direito Moderno baseado em princípios, na lei e na administração especializada da justiça. As normas são promulgadas segundo princípios estabelecidos livremente por acordos racionais. Não se trata mais de interpretar ou reconhecer tradições, mas de expressar a vontade de um poder legisferante soberano que regula as relações sociais com meios jurídicos.

A passagem do consenso tradicional para o consenso racional da Modernidade é operada pelo Direito Natural com base no Contrato Social, mediante o qual indivíduos, em princípio livres e iguais, estabelecem por

contrato um determinado modelo de elaboração e justificação das normas legais. Nos termos de Max Weber, a validade baseada no consenso tradicional é substituída pela validade fundada no consenso racional. Temos, assim, configurada a passagem do formalismo mágico para o formalismo lógico, correspondendo aos três tipos ideais de legitimidade, segundo Weber: carismática, tradicional e racional-legal. (Weber, 1964).

O paradigma do direito natural que acompanhou a Modernidade foi a base doutrinária das revoluções burguesas baseadas no individualismo moderno. O Jusnaturalismo foi, sem dúvida, a doutrina jurídica por detrás dos direitos do homem proclamados pela Revoluções Francesa e Americana. O ser humano passava a ser visto como portador de direitos universais que antecederiam a instituição do Estado.

Nos regimes absolutistas, os direitos do indivíduo eram concebidos como dádiva do soberano face ao direito divino dos reis. O Estado Leviatã foi defendido por Hobbes como única maneira de evitar a anarquia social, pois “o homem é o lobo do homem”. O jusnaturalismo teve assim uma dimensão histórica de fundamental importância ao fornecer o substrato jurídico para as revoluções burguesas. Antes do Estado, teria existido um estado de natureza onde os homens eram livres e iguais. Os indivíduos decidem livremente, pelo Contrato Social, instituir o Estado que passa a representar a vontade geral e o bem comum, na conhecida formulação de Rousseau.

Mas muito além de sua dimensão histórica, a doutrina do Direito Natural seria um paradigma constituído pelos elementos de universalidade, imutabilidade, intemporalidade e acessibilidade pela razão, intuição ou revelação, com a função de qualificar como justa ou injusta uma conduta, vinculando, assim, norma e valor, direito e moral (Lafer, 1991).

Com efeito, já Aristóteles distinguia entre lei particular, que cada povo dava a si mesmo, e lei comum, aquela conforme à Natureza. E cita, na *Retórica*, a famosa passagem da Antígona, de Sófocles, quando ela, desafiando Creonte e a lei particular dos homens, afirma que é justo enterrar seu irmão Polinices, invocando as imutáveis e eternas leis do Céu que não nasceram hoje nem ontem, não morrem nunca e ninguém sabe de onde provieram.

A crença numa lei comum a todos que transcende a lei particular de uma comunidade política atravessou os séculos. O Direito Natural seria superior ao Direito Positivo; enquanto este último se caracterizaria pelo particularismo de sua localização no espaço e no tempo, o primeiro constituiria um padrão geral com validade universal.

O jusnaturalismo moderno, elaborado nos séculos XVII e XVIII, reflete o deslocamento do objeto do pensamento da natureza para o homem, característico da modernidade. O direito natural, como direito da razão, é a fonte de todo o direito. Direitos inatos, estado de natureza e contrato social foram os conceitos que permitiram elaborar uma doutrina do Direito e do Estado a partir da concepção individualista da sociedade e da história, característica do mundo moderno e que encontrou seu apogeu no Iluminismo.

A afirmação de um direito racional universalmente válido levou à necessidade de codificação, de organização de um saber lógico e à corporificação do Direito como sistema. A codificação, como bem observou Celso Lafer, acabou por constituir-se em ponte involuntária entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. A visão jusnaturalista de um direito racional e sistemático acabou sendo substituída pela idéia de que não há outro Direito fora do Código e da Constituição. O fundamento do Direito deixou de ser buscado na Razão e passou a ser a vontade do legislador (Lafer, 1991). O Direito se separa da Moral e o crime da falta moral ou religiosa.

A identificação positivista do Direito e Poder está na base da constituição do Estado Moderno. Para Hobbes, a fonte da lei é o poder e não a sabedoria. Hobbes é um positivista “avant la lettre”, pois está no quadro do jusnaturalismo. O Direito se torna um instrumento de gestão governamental, criado ou reconhecido pelo Estado soberano, e não pela razão individual ou pela prática da sociedade. O Direito sofre a influência dos processos de secularização, sistematização, positivação e historicização (Lafer, 1991). Agora o Direito é produto da História, e não mais da Razão.

No século XIX, o positivismo considera o Estado como fonte central de todo o Direito e a lei como sua única expressão, formando um sistema fechado e formalmente coerente - a Dogmática Jurídica - que afasta do jurídico as indagações de natureza social, econômica ou política. É a fonte da teoria pura do Direito de Kelsen, onde o jurídico é definido pela sua pura forma, e não pelos conteúdos e valores contidos em suas normas. Ao subordinar o Direito à Ordem, o positivismo dissimula que, numa sociedade dividida em estratos sociais diferenciados, a Ordem pode ser sinónimo de violência, pois representa interesses concretos, geralmente de grupos ou classes dominantes, expressando na realidade controle social, dominação política, exclusão cultural, coerção e sujeição ideológica. O advento do nazismo e do fascismo, nos anos 30, provocou uma reação crítica que abalou o predomínio do positivismo jurídico: haveria direitos por cima dos Estados, “moral rights” ao lado dos “legal rights”.

O jusnaturalismo concebia o Direito a partir de um paradigma ideal, fixo e imutável, fora do movimento social, escamoteando os valores que

representava. O positivismo, por sua vez, igualmente dissimilou os interesses que se ocultavam por detrás de sua retórica de exaltação à razão e à ciência. “A crença na positividade do dado e a confiança na imobilidade da idéia fazem com que o positivista e o jusnaturalista percam o movimento pelo qual os dados se cristalizam em conceitos e as idéias em instituições” (Chauí, 1995).

II. Direito de Estado e Estado de Direito

A tese do contrato social como explicação lógica da origem do Estado e do Direito teve ampla repercussão nos séculos XVII e XVIII. A idéia de que os homens podem organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua vontade e razão, desconsiderando a tradição e os costumes, foi uma das grandes bandeiras do Iluminismo. O princípio da legitimidade dinástica foi substituído pelo princípio da soberania popular, de origem contratualista.

Haveria um contratualismo vertical em Hobbes, porque instaurador do poder do *Leviatã*, e um de tipo horizontal em Locke, porque criador de uma *societas* entre indivíduos (Arendt, 1973). A passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito encontraria fundamento na teoria política de Locke e nos princípios que tutelam os direitos fundamentais do homem nas constituições modernas. Tratar-se-ia de estabelecer limites ao poder do todo. O contrato social deixa de ser apenas uma teoria sobre a origem hipotética do Estado para integrar sua história através do poder constituinte originário.

Uma visão democrática do Estado de Direito teria forçosamente de reconhecer uma perspectiva *ex parte populi* ao lado de uma perspectiva *ex parte principis*. Enquanto esta última cuida da governabilidade, a primeira se preocupa com a liberdade (Arendt 1973). Esta dicotomia entre Estado e Indivíduo, público e privado, universal e particular, atormenta os pensadores e divide os homens. Na Modernidade, a Declaração dos Direitos do Homem da Revolução Francesa foi vista como abstrata demais pelos conservadores e excessivamente ligada aos interesses de uma classe particular, a burguesia, por Marx e seus seguidores.

A dicotomia universal-particular expressa no conflito Estado x Indivíduo do período moderno encontra suas raízes na filosofia medieval. De um lado, a escolástica de Tomás de Aquino retoma a tradição aristotélica ao subordinar o particular ao universal concebido idealmente como um todo. De outro, a concepção nominalista de Guilherme de Occam substitui a preocupação aristotélica com o geral pelas substâncias individuais. Só são reais os seres singulares designados por nomes próprios. Os universais não têm existência real pois o mundo não é um cosmos ordenado, mas um agregado de individualidades isoladas que são a base da realidade.

O individualismo e o pragmatismo da cultura anglo-saxã derivariam da tradição nominalista, enquanto nos países latinos, sobretudo na cultura ibérica, teria prevalecido a tradição neo-escolástica que suavizou o individualismo moderno, temperando-o com a ênfase no público, no Estado, no todo, em lugar do privado, do indivíduo, do particular. O individualismo moderno foi aqui combinado com os princípios universais da escolástica. O “iberismo” teria gerado uma cidadania passiva, de obediência ao Estado que, como representante da vontade geral, tem a função harmoniosa de promover o bem comum e administrar a justiça. O Estado hobbesiano como mal necessário para superar o “homo homini lupus” é rejeitado em favor da concepção rousseauiana de Contrato Social (Morse, 1988).

Invertendo a relação tradicional de direitos dos governantes e deveres dos súditos, agora o indivíduo tem direitos e o governo obriga-se a garanti-los. A concepção jusnaturalista dos direitos do homem consubstanciada na Declaração de Virgínia (1776) e na Declaração Francesa (1789) terminou por se incorporar, no século XX, ao artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, de 1948: “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Mas, como observou Hanna Arendt, os homens não nascem iguais, tornam-se iguais como membros de uma coletividade em virtude de uma decisão conjunta que garante a todos direitos iguais. A igualdade não é um dado, é um construído, elaborado convencionalmente pela ação dos homens, enquanto cidadãos, na comunidade política (Arendt, apud Lafer, 1991).

É com o nascimento do Estado de Direito que o ponto de vista do príncipe se transforma em ponto de vista do cidadão. “No Estado despótico, o indivíduo só tem deveres, e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de Direito, o indivíduo tem não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de Direito é o Estado de cidadãos” (Bobbio, 1992).

III. Cidadania e Direitos

1. Marshall e os Direitos da Cidadania

A cidadania tem assumido historicamente várias formas em função dos diferentes contextos culturais. O conceito de cidadania, enquanto direito a ter direitos, tem se prestado a diversas interpretações. Entre elas, tornou-se clássica a concepção de T.H. Marshall que, analisando o caso inglês e sem pretensão de universalidade, generalizou a noção de cidadania e de seus elementos constitutivos (Marshall, 1967).

A cidadania seria composta dos direitos civis e políticos - direitos de primeira geração - e dos direitos sociais - direitos de segunda geração. Os direitos civis, conquistados no século XVIII, correspondem aos direitos individuais de liberdade, igualdade, propriedade, de ir e vir, direito à vida, segurança etc.. São os direitos que embasam a concepção liberal clássica. Já os direitos políticos, alcançados no século XIX, dizem respeito à liberdade de associação e reunião, de organização política e sindical, à participação política e eleitoral, ao sufrágio universal etc. São também chamados direitos individuais exercidos coletivamente e acabaram se incorporando à tradição liberal.

Os direitos de segunda geração, os direitos sociais, econômicos ou de crédito, foram conquistados no século XX a partir das lutas do movimento operário e sindical. São os direitos ao trabalho, saúde, educação, aposentadoria, seguro-desemprego, enfim, a garantia de acesso aos meios de vida e bem estar social. Tais direitos tornam reais os direitos formais.

No que se refere à relação entre direitos de cidadania e o Estado, existiria uma tensão interna entre os diversos direitos que compõem o conceito de cidadania (liberdade x igualdade). Enquanto os direitos de primeira geração - civis e políticos - exigiriam, para sua plena realização, um Estado mínimo, os direitos de segunda geração - direitos sociais - demandariam uma presença mais forte do Estado para serem realizados. Assim, a tese atual de Estado mínimo - patrocinada pelo néo-liberalismo, que parece haver predominado sobre a social-democracia nesta década - corresponde não a uma discussão meramente quantitativa, mas a estratégias diferenciadas dos diversos direitos que compõem o conceito de cidadania e dos atores sociais respectivos.

Na segunda metade do nosso século, surgiram os chamados "direitos de terceira geração". Tratam-se dos direitos que têm como titular não o indivíduo mas grupos humanos como o povo, a nação, coletividades étnicas ou a própria humanidade. É o caso do direito à autodeterminação dos povos, direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente etc. Na perspectiva dos "novos movimento sociais", direitos de terceira geração seriam os relativos aos interesses difusos, como direito ao meio ambiente e direito do consumidor, além dos direitos das mulheres, das crianças, das minorias étnicas, dos jovens, anciãos etc. Já se fala hoje de "direitos de quarta geração" relativos à bioética para impedir a destruição da vida e regular a criação de novas formas de vida em laboratório pela engenharia genética.

2. Outras Visões de Cidadania

A concepção de cidadania de Marshall prestou-se a inúmeras críticas, desde as que excluíram os direitos sociais do conceito de cidadania, por não serem direitos naturais e sim históricos (Cranston, 1983) até os que

classificaram a cidadania em *passiva*, a partir "de cima", via Estado, e *ativa*, a partir "de baixo", de instituições locais autônomas. Haveria, assim, uma cidadania conservadora -passiva e privada - e uma outra revolucionária -ativa e pública (Turner 1990).

Com efeito, para Cranston, os direitos naturais não estariam vinculados a coletividades nacionais, haveria que desvincular cidadania de nação. Os direitos naturais seriam limitados à liberdade, segurança e propriedade: são os direitos humanos que escapariam à regulamentação positiva por se tratarem de princípios universais. Os direitos sociais, assim, não seriam considerados direitos naturais, como fez a ONU ao incluir os direitos sociais no elenco de direitos humanos.

Por outro lado, Turner acusou Marshall de evolucionista e etnocentrista, enquanto M. Roche classificou a concepção de Marshall de a-política. Ambos discordam da leitura de Marshall do caso inglês e refutam a colocação dos direitos civis no começo: o "Bill of Rights" seria fruto de um processo político, de uma luta política pelas liberdades individuais. Assim, uma ação política precedeu o reconhecimento dos direitos civis implantados pela Revolução (Roche, 1987). Além disso, Marshall teria ignorado a crítica à "cultura de súditos", pois o inglês seria mais súdito do que cidadão, bem como a crítica ao imperialismo inglês que desprezou os direitos civis nas colônias inglesas.

A Religião foi um fator importante para favorecer ou obstaculizar o desenvolvimento da cidadania. A versão calvinista do protestantismo reforçou o individualismo e favoreceu a cidadania colocando ênfase na sociedade, e não no Estado. Já o protestantismo luterano na Alemanha foi diferente do calvinismo holandês. A religião é escolhida pelo Príncipe para o povo: Lutero reforça a obediência ao Estado. O alemão é primeiro alemão, depois cidadão, ao contrário do francês que é primeiro cidadão, depois francês (Hermet, 1991). Seguindo uma linha agostiniana de inspiração platônica, Lutero se afasta da política, pois a cidade dos homens é má. Daí a aceitação da autoridade e o forte senso de nacionalismo. Segundo Norberto Elias, a identidade alemã se constrói na Universidade contra a Corte, ao contrário da França.

A tradição católica, por outro lado, teria trazido fraco senso de identidade, ao contrário do calvinismo com sua proliferação de seitas. A Igreja favoreceu as monarquias na sua luta contra o Sacro-Império. E, do século XVI ao XVIII, apoiou as monarquias absolutas católicas para opor-se ao progresso da Reforma protestante, contribuindo para a clivagem que iria mais tarde opor a cidadania latina referida ao Estado à cidadania calvinista de costas para ele. O catolicismo, assim, reforçou o Estado Central (Hermet, 1991).

Já Richard Morse parece discordar: a tradição católica favoreceria o espírito público e a cidadania. O iberismo fortaleceu a cultura política e o espírito público, o que poderia constituir uma "vantagem do atraso". Contraopondo-se ao individualismo e ao contratualismo da cultura anglo-saxã, na cultura ibérica predominaria o todo sobre o indivíduo, fruto da visão tomista do Estado como promotor do bem comum (Morse, 1988). Mas, levada ao extremo, essa visão produziu uma concepção de política como assalto ao Estado, sem controle da sociedade. O iberismo se preocuparia mais com o Estado do que com o cidadão, reduzido à posição de colaborador obediente. A liberdade, no iberismo, correria o risco de reduzir-se à obediência ao Estado.

Morse parece aproximar-se da tradição cívica que é muito diferente da tradição civil da Modernidade, com o Estado garantindo os direitos individuais. A tradição cívica coloca-se mais do ponto de vista do Estado do que do cidadão. Levada ao extremo, como em Esparta, a virtude do civismo chega a negar os direitos individuais. A atitude contemporânea que parece prevalecer é buscar uma estratégia para combinar o *civil* - direitos individuais - e o *cívico* - deveres para com o Estado, responsável pelo bem público. Combinar a "liberdade dos antigos" - participação política do homem público - com a "liberdade dos modernos" - direitos individuais do homem privado, para usar a expressão de Benjamin Constant.

Mas para isso parece ser necessária a presença anterior de um elemento aglutinador: o sentimento de comunidade, de identidade coletiva que seria, nos antigos, pertencer a uma cidade e, nos modernos, pertencer a uma nação. A construção de uma cidadania plena exige um sábio equilíbrio entre os dois espaços - o público e o privado - pois o predomínio excessivo de um polo pode inviabilizar o outro (Carvalho, 1989). Em outras palavras, tratar-se-ia de buscar a integração da solidariedade familiar, existente no espaço doméstico, com as regras impessoais, racionais, das instituições públicas. Enfim, de levar a *casa* para a *rua* (Matta, 1988).

Outra interessante abordagem propõe o conceito de "cidadania para si" (Leca, 1986), muitas vezes apresentado sob o termo de "civismo", que seria composto de três traços principais. O primeiro seria a inteligibilidade do mundo político pelo cidadão, o segundo seria a empatia enquanto capacidade de colocar-se no lugar de outros cidadãos para apreender seus interesses e justificações, e o terceiro a civilidade que se refere ao reconhecimento interindividual, possuindo um caráter mais "civil", enquanto a empatia, por referir-se à escolha coletiva, apresenta um caráter mais "cívico".

Esses elementos se combinariam de maneira instável e contraditória, ou complementar, deslocando-se em diferentes eixos. Enquanto sentimento de *peritencimento*, a cidadania se deslocaria sobre três eixos: um eixo particular-geral, exprimindo orientação para um grupo global (comunidade política, classe, Igreja etc.); um eixo comunidade-sociedade indicando grupos primários (família) ou grupos mais contratuais a nível de mercado; e um eixo de cima para baixo indicando integração em comunidades locais, regionais ou nacionais.

Por outro lado, enquanto sentimento de *engajamento*, a cidadania se deslocaria também sobre três eixos: o eixo público-privado, indo do puro "cívico" (dar a vida pela pátria) ao puro "civil" (cuidar da família e dos amigos); o eixo conformidade-autonomia indo do conformismo ao individualismo; e o eixo reivindicação de direitos-reconhecimento de obrigações. Teríamos ainda tipos opostos de cidadania: a cidadania militante x cidadania civil, e a cidadania participante x cidadania privada (Leca, 1986).

Recorde-se que o termo "civilidade" adotado por Jean Leca foi empregado por Shills num sentido ao mesmo tempo individualista, paroquial e holista, fazendo uma ponte entre sociedade civil e Estado. É uma tentativa de explicar o paradoxo da construção da cidadania numa sociedade dominada por valores individuais. Civilidade é a atitude individual de preocupação com o bem público, transmite a idéia de espírito público que se perdeu na sociedade de mercado. Aproxima-se do que Montesquieu chamou de virtude: amor à República e à Democracia. Civilidade, em suma, é a conduta de uma pessoa cuja auto-consciência individual está parcialmente sobredeterminada por sua autoconsciência coletiva, sendo os referentes desta última a sociedade como um todo e as instituições da sociedade civil. A sociedade civil é aqui concebida não apenas como mercado, mas como o espaço além da família e da localidade e aquém do Estado, significando ainda boas maneira com os amigos e tolerância com os inimigos (Shills, 1991).

IV. A Crise da Cidadania Moderna

A República Moderna não inventou o conceito de cidadania que, na verdade, se origina na República Antiga. A cidadania em Roma, por exemplo, é um estatuto unitário pelo qual todos os cidadãos são iguais em direitos. Direito de estado civil, de residência, de casar, de herança, de acesso à justiça, enfim, todos os direitos individuais que permitem acesso ao direito civil. Ser cidadão é portanto ser membro de pleno direito da cidade, seus direitos civis são plenamente direitos individuais.

Mas ser cidadão é também ter acesso à decisão política, ser um possível governante, um homem político. Ele tem direito não apenas a eleger

representantes, mas a participar diretamente na condução dos negócios da cidade. É verdade que em Roma nunca houve um regime verdadeiramente democrático. Mas na Grécia os cidadãos atenienses participavam das assembléias do povo, tinham plena liberdade de palavra e votavam as leis que governavam a cidade - a Polis - tomando decisões políticas.

É verdade também que estavam excluídos da cidadania os estrangeiros, as mulheres e os escravos. Estes últimos estavam fora da proteção do direito, não eram nada. Na Antiguidade, o Homem era um ser sem direitos, por oposição ao cidadão. Na era moderna, o Homem é sujeito de direitos não apenas como cidadão, mas também como homem.

São esses dois elementos, a igualdade dos cidadãos e o acesso ao poder, que fundam a cidadania antiga e a diferenciam da cidadania moderna.

O retorno ao ideal republicano da Antiguidade promovido pelo Renascimento preparou o caminho para o advento da cidadania moderna no século XVIII, durante as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789). A construção da cidadania moderna teve que enfrentar três problemas que irão diferenciá-la da cidadania antiga.

O primeiro é a edificação do Estado, a separação das instituições políticas e da sociedade civil no interior de territórios mais vastos, com população muito mais numerosa do que as repúblicas antigas. Lembremo-nos de que na Atenas dos séculos V e IV antes de Cristo o número de cidadãos oscilava entre 60.000 e 30.000.

O segundo problema é o regime de governo. O ideal republicano retomado pelo Renascimento é inseparável da isonomia e da igualdade. Ele só se realiza em governos democráticos ou em governos mistos, onde existe um certo arranjo entre a aristocracia e a democracia, como ocorreu nas cidades gregas e romanas. Ora, o ideal republicano da Modernidade foi retomado em meio às sociedades que, em sua maioria, possuíam governos monárquicos e aristocráticos.

O terceiro problema é que a sociedade pagã, politeísta e escravagista da Antiguidade nunca inscreveu o Homem no direito: os direitos humanos são inexistentes. A escravidão é incompatível com os princípios cristãos da dignidade igual dos homens perante Deus e com os direitos do homem que surgiram no século XVIII no bojo das Revoluções Americana e Francesa.

Essas três questões - a do Estado, do Governo e do Homem - vão obrigar os modernos a redefinir a cidadania (Herzog *et al.*, 1995). Face à incompatibilidade de princípios entre a monarquia absoluta e cidadania, a idéia republicana de cidadania se inspirou na democracia grega e na república romana,

buscando a liberdade civil dos antigos: liberdade de opinião, de associação e também de decisão política.

O pensador francês Rousseau propõe o deslocamento da soberania, que estava depositada nas mãos do monarca, para o direito do povo, mudando o conceito de vontade singular do príncipe para o de vontade geral do povo. No sistema de contrato social imaginado por Rousseau, não há lugar para a democracia indireta, para a representação e delegação de poderes. A soberania é a vontade geral, e a vontade não se representa. Essa idéia pode ser encontrada intacta na corrente jacobina da Revolução Francesa.

Se em Roma o escravo é o homem sem direitos por oposição ao cidadão, na República Moderna os direitos civis são reconhecidos a todos, são direitos naturais e sagrados do homem. Conforme consagrado na Declaração dos Direitos do Homem da Revolução Francesa, todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Daí irradiaram as liberdades civis de consciência, de expressão, opinião e associação, bem como o direito à igualdade e o direito de propriedade que está na base da moderna economia de mercado.

O princípio da cidadania moderna fundado sobre a idéia de humanidade enfrentou muitas dificuldades de aplicação. A primeira se refere ao tamanho das repúblicas modernas que impede o exercício direto do poder pelo cidadão. O Estado se destaca da sociedade civil, o poder não pode mais ser exercido por todos. Para evitar o despotismo, o princípio republicano consagra a idéia do controle popular pelo sufrágio universal, inspirando-se na visão de soberania popular defendida por Rousseau.

Pela doutrina da representação fundada sobre a soberania popular, a origem e o fim de toda a soberania se encontra no povo. O cidadão não pode mais exercer em pessoa o poder, mas escolhe por seu voto seus representantes. Este princípio se universalizou, mas sofreu alguns períodos de exceção.

Uma das exceções mais conhecidas é a chamada democracia censitária, reservada aos proprietários. O escritor francês Benjamin Constant afirmava em 1815 que somente o lazer, assegurado pela propriedade, permitia adquirir sabedoria: Segundo ele, "somente a propriedade torna os homens capazes do exercício do direito político".

Ou seja, a classe trabalhadora podia morrer pela pátria, mas não podia oferecer seus homens para a representação política que, para ele, deveria basear-se não na consciência ou dignidade, mas no critério anti-democrático da competência. Benjamin Constant opunha a "liberdade dos antigos", fundada nos direitos políticos da cidadania, à "liberdade dos modernos" que, segundo ele, se explicaria pelos direitos civis do indivíduo. Essa oposição entre cidadão e

indivíduo acabou permeando as concepções do liberalismo político moderno (Herzog *et al.*, 1995).

Outra dificuldade na aplicação da cidadania moderna diz respeito ao conceito de homem e sua natureza. A república moderna demorou muito tempo a admitir que a pessoa humana é dupla, compreende o homem e a mulher. De um modo geral, foi somente no século XX que o sufrágio universal se estendeu às mulheres.

Em relação à cidadania antiga, a cidadania moderna sofreu uma dupla transformação. Por baixo, ela se ampliou e se estendeu ao conjunto dos membros de uma mesma Nação. Mas, por cima, ela se estreitou, pois a decisão política foi transferida aos eleitos e representantes.

Outro elemento importante para a compreensão da cidadania é o princípio contemporâneo das nacionalidades que, tal como se desenvolveu nos séculos XVIII e XIX, remodelou a definição de cidadania. Pelo princípio do direito dos povos, a soberania é atributo da nação, do povo, e não do príncipe ou monarca. O princípio das nacionalidades lembra que a nação precede a cidadania, pois é no quadro da comunidade nacional que os direitos cívicos podem ser exercidos. A cidadania fica, assim, limitada ao espaço territorial da Nação, o que contraria a esperança generosa dos filósofos do Iluminismo que haviam imaginado uma república universal.

A relação entre cidadania e nacionalidade configura um campo de confronto entre o pensamento conservador e o pensamento progressista. Para os conservadores, a cidadania se restringe ao conceito de nação, isto é, somente são cidadãos os nacionais de um determinado país. A cidadania é vista como relação de filiação, de sangue, entre os membros de uma nação. Esta visão nacionalista exclui os imigrantes e estrangeiros residentes no país dos benefícios da cidadania.

No outro extremo, encontramos uma visão oposta ancorada na doutrina tradicional da República, segundo a qual a cidadania está fundada não na filiação, mas no contrato. Se a cidadania não exclui a idéia de nação, seria inaceitável restringi-la a determinações de ordem biológica.

No plano jurídico, há dois polos opostos de definição de nacionalidade que determinam as condições de acesso à cidadania. O primeiro é o *jus soli*, que é um direito mais aberto que facilitou a imigração e a aquisição da cidadania. Pelo *jus soli*, é nacional de um país quem nele nasce. O segundo é o *jus sanguinis*, segundo o qual a cidadania é privativa dos nacionais e seus descendentes, mesmos nascidos no exterior, enquanto que filho de estrangeiro nascido no país será sempre estrangeiro. É um direito mais fechado, pois dificulta

a aquisição da cidadania. No Brasil e na França, por exemplo, vigora o *jus soli*, já a Alemanha e a Itália adotam o *jus sanguinis*.

Recentes concepções mais democráticas procuram dissociar completamente a cidadania da nacionalidade. A cidadania teria, assim, uma dimensão puramente jurídica e política, afastando-se da dimensão cultural que existe em cada nacionalidade. A cidadania teria uma proteção transnacional, como os direitos humanos. Por esta concepção, seria possível pertencer a uma comunidade política e ter participação independentemente da questão de nacionalidade.

Last, but not least, cabe lembrar que os problemas que afetam a humanidade e o planeta atravessam fronteiras e tornam-se globais com o processo de globalização que se acelera neste final do século XX. Questões como produção, comércio, capital financeiro, migrações, pobreza, danos ambientais, desemprego, informatização, telecomunicações, enfim, as grandes questões econômicas, sociais, ecológicas e políticas deixaram de ser apenas nacionais, tornaram-se transnacionais. É nesse contexto que nasce hoje o conceito de cidadão do mundo, de cidadania planetária que vem sendo paulatinamente construída pela sociedade civil de todos os países em contraposição ao poder político do Estado e ao poder econômico do mercado.

V. Direito, Cidadania e Democracia

As principais correntes do pensamento político contemporâneo conferem centralidade ao papel do direito e da cidadania na construção de um Estado democrático. São exemplos, fora do liberalismo, pensadores tão diferentes como, de um lado, Foucault, que atribuiu ao direito, como forma de saber-poder, junto com o político e o econômico, o caráter de elemento constitutivo da sociedade (Foucault, 1991). E, de outro, Habermas, para quem o direito, ancorado na moral e não mais na racionalidade instrumental-cognitiva da ciência, é o elemento estruturador da democracia (Habermas, 1987).

Mesmo as correntes contemporâneas de influência marxista parecem relativizar a noção do direito enquanto expressão superestrutural dos interesses econômicos de classe, para enfatizar a sua importância na formação da sociedade, especialmente a do “uso alternativo do direito” que, no Brasil, transformou-se em “direito alternativo” ou “insurgente”, que seria o direito da classe trabalhadora ou dos oprimidos em geral (Arruda Jr, 1992).

Embora usado às vezes indistintamente, o “uso alternativo do direito” em função dos interesses populares se diferenciaria do “direito alternativo” que constituiria um outro direito, próprio das classes exploradas,

embrião de um poder alternativo. Assim, uma experiência isolada de mediação de conflito por uma associação de moradores numa favela do Rio de Janeiro foi vista por Boaventura Souza Santos como um novo direito, o "direito de Pasárgada" (Faria, 1989). Por ironia da história, as associações de moradores nas favelas do Rio de Janeiro estão hoje sob o controle dos traficantes de droga, que constituem, estes sim, um poder paralelo no território que ocupam com a proteção de armamento pesado.

Se o movimento socialista, de inspiração marxista, acabou, quando no poder, degenerando em totalitarismo, o liberalismo apoiou ditaduras autoritárias e costuma olhar a democracia de forma instrumental: ela é boa enquanto serve a seus interesses econômicos. A democracia, que é um valor universal, é usada como ideologia de grupos dominantes.

Ora, a democracia não é apenas um regime político com partidos e eleições livres. É sobretudo uma forma de existência social. Democrática é uma sociedade aberta, que permite sempre a criação de novos direitos. Os movimentos sociais, nas suas lutas, transformaram os direitos declarados formalmente em direitos reais. As lutas pela liberdade e igualdade ampliaram os direitos civis e políticos da cidadania, criaram os direitos sociais, os direitos das chamadas "minorias" - mulheres, crianças, idosos, minorias étnicas e sexuais - e, pelas lutas ecológicas, o direito ao meio ambiente sadio.

Um Estado democrático é aquele que considera o conflito legítimo. Não só trabalha politicamente os diversos interesses e necessidades particulares existentes na sociedade, como procura instituí-los em direitos universais reconhecidos formalmente. Os indivíduos e grupos organizam-se em associações, movimentos sociais, sindicatos e partidos constituindo um contra-poder social que limita o poder do Estado. Uma sociedade democrática não cessa de trabalhar suas divisões e diferenças internas, e está sempre aberta à ampliação dos direitos existentes e à criação de novos direitos (Chauí, 1995).

A cidadania, definida pelos princípios da democracia, se constitui na criação de espaços sociais de luta (movimentos sociais) e na definição de instituições permanentes para a expressão política (partidos, órgãos públicos), significando necessariamente conquista e consolidação social e política. A cidadania passiva, outorgada pelo Estado, se diferencia da cidadania ativa em que o cidadão, portador de direitos e deveres, é essencialmente criador de direitos para abrir novos espaços de participação política (Chauí, 1984).

Na mesma linha, houve quem associasse a cidadania ativa à proposta de democracia semi-direta do jurista Fábio Comparato (baseada nos mecanismos constitucionais de referendo, plebiscito e iniciativa popular), assegurando, dessa forma, complementaridade entre representação política

tradicional e participação popular direta. Esse tipo de concepção, fundada no dinamismo da criação e liberdade de novos sujeitos e novos espaços públicos, superaria a visão liberal do modelo do cidadão patriota proposto para toda a sociedade, como se ela fosse homogênea e unidimensional. A cidadania, em decorrência, implicaria na ligação necessária entre democracia, sociedade pluralista, educação política e democratização dos meios de comunicação de massa (Benevides, 1994).

Num Estado democrático, cabe ao direito o papel normativo de regular as relações interindividuais, as relações entre o indivíduo e o Estado, entre os direitos civis e os deveres cívicos, entre os direitos e deveres da cidadania, definindo as regras do jogo da vida democrática. A cidadania poderá, dessa forma, cumprir um papel libertador e contribuir para a emancipação humana, abrindo "novos espaços de liberdade" (Guattari, 1987,1990), por onde ecoarão as vozes de todos aqueles que, em nome da liberdade e da igualdade, sempre foram silenciados.

Referências Bibliográficas

- ARENDRT, H (1973) *Crises da República*. São Paulo. Perspectiva.
- ARRUDA JR., E. (org) (1992) *Lições de Direito Alternativo*. São Paulo. Editora Acadêmica.
- Benevides, M.V.M. (1994) "Cidadania e Democracia". *Lua Nova*. Nº 33.
- BOBBIO, N. (1992) *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro. Editora Campus.
- _____. (1986) *O Futuro da Democracia*. Rio de Janeiro. Editora Paz e Terra.
- CARVALHO, J.M. (1989) "Entre a Liberdade dos Antigos e a dos Modernos: A República no Brasil". *Dados*. Vol. 32, nº 3.
- CHAUÍ, M. (1995) *Convite à Filosofia*. São Paulo. Editora Atica.
- _____. (1984) *Cultura e Democracia*. São Paulo. Editora Moderna.
- CRANSTO, M. (1983) "Are There Any Human Rights". *Daedalus*. Journal of the American Academy of Arts and Sciences. Vol. 112. Nº 4.
- DaMATTA, R. (1988) "A questão da cidadania num universo relacional". *A casa & a rua*. Rio de Janeiro. Editora Guanabara
- FARIA, J.E. (1989) *Direito e Justiça*. São Paulo. Editora Atica.
- FOUCAULT, M.(1991) *A Verdade e as Formas Jurídicas*. PUC-Rio.
- GUATTARI, F. (1987) *A Revolução Molecular*. São Paulo. Editora Brasiliense, (1990) *As Três Ecologias*. São Paulo. Papirus.
- HABERMAS, J. (1987) *The Theory of Communicative Action*. Boston Beacon Press.
- HERMET, G. (1991) "Des Concepts de la Citoyenneté dans la Tradition Occidentale". *Métamorphoses de la Représentation Politique au Brésil et en Europe*. Paris. Edit. Centre National de la Recherche Scientifique.

- HERZOG, P. et al. (1995) *Quelle démocratie, quelle citoyenneté?* Paris. Les Editions de l'Atelier.
- LAFER, C. (1991) *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo. Companhia das Letras.
- LECA, J. (1986) "Individualisme et Citoyenneté". *Sur l'Individualisme*. Paris. Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques.
- MARSHALL, T.H. (1967) *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro. Zahar Editores.
- MORSE, R. (1988) *O Espelho de Próspero*. São Paulo. Companhia das Letras.
- ROCHE, M. (1987) "Citizenship, social theory, and social change". *Theory and Society*. Vol 16 N° 3.
- SHILLS, E. (1991) "The Virtue of Civil Society". *Government and Opposition*. Vol. 26 N° 1
- TURNER, B. (1990) "Outline of a Theory of Citizenship". *Sociology*. The Journal of the British Sociological Association. Vol. 24. N° 2.
- WEBER, M. (1964) *Economia y Sociedad*. Mexico. Ed. Fondo de Cultura Economica.

RECUSA À REALIZAÇÃO DO EXAME DE DNA NA INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Maria Celina Bodin de Moraes*

"Os juristas devem viver em sua época, se não querem que esta viva sem eles"
JOSSERAND, *Droit civil*.

Sumário

1. A decisão do STF no HC 71.373-4; 2. Pessoa e direitos da personalidade; 3. A família entre o público e o privado; 4. O estado decorrente da filiação e sua atual qualificação no ordenamento brasileiro; 5. A descoberta do código genético e seu impacto sobre a investigação biológica de paternidade; 6. Interpretações dadas à recusa em sede doutrinária e jurisprudencial; 7. Conflito de valores constitucionais: direito à (real) identidade pessoal *versus* direito à intangibilidade física; 8. Em especial, o princípio da legalidade como fundamento da recusa; 9. O abuso do direito de recusa à realização do exame. Legitimidade da chamada 'perícia forçada' em correspondência com o interesse superior da criança, o valor da pessoa humana e de sua dignidade.

* Doutora em Direito Civil. Professora Associada do Departamento de Direito da PUC-Rio.

1. A decisão do STF no HC 71.373-4:

Em novembro de 1994, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que ninguém pode ser obrigado, sem o seu expresso consentimento, a submeter-se, em ação investigatória, a exame pericial com a finalidade de estabelecimento da paternidade biológica¹.

A decisão, no *habeas corpus* n.º 71374-4, foi provocada pela determinação, por parte da 8ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de que, recusando-se a comparecer, fosse o alegado pai “conduzido debaixo de vara” ao laboratório de análises clínicas com o objetivo de que lhe fosse prelevada quantidade suficiente de sangue através do qual, realizado o teste conhecido como o do ‘ácido desoxirribonucléico’ (DNA), se poderia estabelecer, com a probabilidade correspondente a 99,98% de certeza, a paternidade – ou a sua exclusão – de duas meninas, gêmeas impúberes.

O aspecto surpreendente desta decisão, e que enseja o seu comentário, é o teor dos votos vencidos, da lavra dos Ministros Francisco Rezek (Relator original), Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão, os quais consideraram que na pesagem dos argumentos contrapostos, havendo dois direitos subjetivos em conflito, quais sejam, o da criança à sua real identidade e o do suposto pai à sua incolumidade física, deveria prevalecer o interesse superior da criança.

As manifestações do juízo de 1ª instância², da 8ª Câmara Cível do TJRS, por maioria, bem como dos três Ministros citados do STF, concordantes na condução debaixo de vara para submissão à perícia forçada em ação cível, propõem uma reflexão acerca dos novos contornos e dos novos rumos do direito civil após a promulgação da Constituição de 1988³, especificamente, no que se refere aos direitos de família e da personalidade.

¹ INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU “DEBAIXO DE VARA”. *Discrepa, a mais não poder, das garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica da obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.* STF – HC 71.373-4 RGS – Tribunal Pleno – Rel. p/ o acórdão: Min. Marco Aurélio – Paciente: José Antônio Gomes Pinheiro Machado – Impetrante: José Antônio Gomes Pinheiro Machado – Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – j. 10.11.94 – v.m.

² Sob o fundamento de que o corpo do suposto pai é, *in casu*, “objeto de direitos”, não sendo, assim, cabível a invocação do direito personalíssimo ao próprio corpo.

³ Sobre o tema é ainda escassa a bibliografia nacional. Seja, pois, consentido remeter ao artigo “A Caminho de um Direito Civil Constitucional”, in *Direito, Estado e Sociedade*, Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 1, 1991, p. 33 e ss. e republicado em *Revista de Direito Civil*, vol. 65, pp. 21 e ss e, *ivi*, bibliografia. V., tb., G. TEPEDINO, “A Disciplina Jurídica da Filiação”, in S. FIGUEIREDO TEIXEIRA (org.), *Direitos da Família e do Menor*, Belo Horizonte, Del Rey, 1994, p. 223 e ss.

2. Pessoa e direitos da personalidade:

Parece hoje cristalinamente evidente que todos os seres humanos são pessoa, em sentido técnico-jurídico⁴. Foi necessário, no entanto, um longo tempo, na evolução histórica da humanidade, para que o conceito jurídico de pessoa fosse ampliado a ponto de o simples fato de pertencer ao gênero humano se tornar o único requisito para a atribuição e o reconhecimento de direitos civis⁵.

Foi, contudo, somente no séc. XIX, a partir da elaboração das doutrinas francesa e alemã, que se começou a edificar a construção dos direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à esfera de proteção de sua dignidade e integridade, denominando-se-lhes como direitos da personalidade. Saliente-se que ainda hoje perduram hesitações quanto ao seu conceito, natureza, objeto⁶ e extensão⁷.

A disseminação da categoria foi muito intensa no decorrer do século atual, vindo a incorporar sempre novos conteúdos, desde o seu reconhecimento legal no B.G.B, em 1900, com a enunciação dos direitos à vida, ao corpo, à saúde e à liberdade (§ 823) e a fixação de garantias ao direito de uso do nome (§12)⁸.

⁴ Sobre a evolução histórica do conceito jurídico de pessoa, v. H. HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del derecho civil. Introducción histórico-dogmática*, Barcelona, Editorial Ariel, p. 13 e ss.

⁵ Tal afirmação não ignora (nem tampouco se opõe) a crítica manifestada por L.E.FACHIN, “Limites e Possibilidades da Nova Teoria Geral do Direito Civil”, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, vol. IV, ano IX, julho de 1995, pp. 86-87, segundo a qual o divórcio entre o direito e o não-direito na dogmática clássica, especialmente na elaboração dos códigos civis do século passado, se deu, prioritariamente, através do fenômeno da “exclusão dos sujeitos”. Afirma o A.: “Sorvendo a essência dos fenômenos concretos para configurar, apenas e quando deseja, a ‘fattispecie’, a característica parasitária do sistema em relação à vida concreta se revela no proceder de exclusão e marginalização” (...) “tudo ainda se reduz a ingressar nesse foro privilegiado do sujeito de direito: aquele que tem bens, patrimônio sob si, compra, vende, pode testar, e até contrai núpcias. Para esses, o mundo do direito articulado sob as vestes do direito civil; para os demais, o limbo”.

⁶ Numerosos autores recusam a possibilidade de a pessoa ser sujeito e objeto do direito, entendimento que em muito dificultou a elaboração da categoria dos direitos da personalidade. Para resolver a *vexata quaestio* tem se compreendido o objeto da relação jurídica como, apenas e tão somente, a razão em virtude da qual o vínculo se estabelece. V, a propósito, M. REALE, *Lições Preliminares do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1978, 5ª ed., p. 216. Para O. GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1986, 7ª ed., p. 131, a definição do direito da personalidade reclama o alargamento da noção de bem jurídico.

⁷ Assim, entre outros, O. GOMES, *Introdução*, cit., p. 130. Segundo M. FERNANDES, *Os Direitos Personalíssimos*, estudo apresentado ao X Congresso Brasileiro de Magistrados realizado em Recife, em setembro de 1986, separata, p. 2: “Surtem dificuldades quando se pretende aclarar a complexa teoria da personalidade. Havendo obtido realce apenas no século passado e somente neste sido consagrada, esta doutrina ainda hoje está repassada de incertezas e obscuridades”. No mesmo sentido, entre outros, C.A. BITTAR, *Curso de Direito Civil*, vol. 1, Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 1994, p. 201.

⁸ R. LIMONGI FRANÇA, *Instituições de Direito Civil*, São Paulo, Saraiva, 1991, 2ª ed., p. 1034 indica lei romana de 1895 como o primeiro diploma legal a tratar da matéria. C.A. BITTAR, *Curso*, cit., p. 223, nota que o Código austríaco de 1810 já falava em “direitos inatos fundados na única razão pela qual o homem há de considerar-se pessoa”. Lembra este A., ainda, que o Código português de 1867 havia definido os direitos à existência, à liberdade e à associação.

Partindo-se dos atributos e qualidades intrínsecos à pessoa humana, a extensão dos direitos da personalidade encontrou nas esferas física, moral e intelectual que a compõem o seu ponto de estruturação. A atribuição de direitos sobre todos os aspectos que delinham o ser humano abrange hoje desde os direitos à imagem e à voz ao direito à integridade psíquica, do direito à liberdade ao direito às partes do próprio corpo, em um trabalho contínuo de alargamento da tutela da personalidade humana em geral ⁹.

Não obstante sua conceituação como direitos absolutos ¹⁰, isto é, válidos *erga omnes*, e diversamente do que ocorre com os direitos reais, os direitos da personalidade não podem ser comprimidos em enumeração taxativa, pois o objeto da tutela é o indivíduo globalmente considerado, sua dignidade, onde quer que ela se manifeste, em conformidade e à luz do ditame constitucional. Acerta o legislador civil moderno, portanto, ao optar pela cláusula geral de tutela, reconhecendo que a proteção dos direitos da personalidade, para ser eficaz, deve ser o mais ampla possível ¹¹.

À identificação taxativa e ao desmembramento dos direitos da personalidade se opõe a consideração de que a pessoa humana – e, portanto, sua personalidade – configura um valor unitário daí decorrendo o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de uma cláusula geral de tutela a consagrar a proteção integral da personalidade, em todas as suas manifestações, tendo como ponto de confluência a dignidade da pessoa humana, posta no ápice da Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III). Em consequência, da personalidade irradiam ou se decompõem os múltiplos caracteres “daquilo que lhe é próprio” ¹², aspectos que se recompõem na consubstanciação de sua dignidade, valor reunificador da personalidade a ser tutelada.

O conceito é, pois, elástico, abrangendo um número ilimitado de hipóteses; e somente encontra os limites postos na tutela do interesse de outras personalidades. Assim, a elasticidade é instrumento para realizar as garantias atípicas derivantes dos aspectos essenciais do ser humano e do seu livre desenvolvimento da vida em relação (em família, em sociedade) ¹³.

⁹ Para uma classificação, v. O GOMES, *Introdução*, cit., p. 133 e ss. A classificação pioneira no direito brasileiro é devida a R. LIMONGI FRANÇA, *Manual de Direito Civil*, vol. I, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1965.

¹⁰ W. MORAES, “Direito da Personalidade – Estado da Matéria no Brasil”, in A. CHAVES (coord), *Estudos de Direito Civil*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1979, pp. 125 e ss.

¹¹ Para um exemplo, v. o Código Civil português de 1966 que, em seu art. 70º, 1, dispõe: “A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”. Mas já assim dispunha o Código Civil suíço no art. 28. No mesmo sentido, manifestou-se o projeto de Código Civil, art. 12.

¹² São palavras de G. TELLES JR, “Direito Subjetivo - I”, in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol. 28, São Paulo, Saraiva, 1980

¹³ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Camerino-Napoli, ESI, 1984, p. 418.

Embora o direito à identidade pessoal pudesse, nesta ordem de idéias, e por si só, abranger tanto o direito ao nome – como usualmente se considera – quanto o direito à historicidade pessoal, isto é, o direito ao conhecimento da identidade dos genitores, servindo a fundamentar o direito à investigação de paternidade ou maternidade¹⁴, o legislador estatutário, conhecedor das históricas resistências doutrinárias e jurisprudenciais na matéria¹⁵, entendeu dever dispor expressamente no art. 27: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”.

3. A Família entre o Público e o Privado.

Nas sociedades arcaicas, os filhos não eram considerados sujeitos de direito, restando perpetuamente submetidos à autoridade do chefe da família, o qual possuía, em relação a eles, poder de vida e de morte ¹⁶. Em Roma, somente tornavam-se cidadãos após a morte do pai, gozando este de direitos quase ilimitados no que tange à pessoa dos filhos. Afirmou-se, a propósito, que, psicologicamente, a situação de um adulto com pai vivo era insuportável ¹⁷. “Não pode ele fazer um gesto sem o pai: concluir um contrato, libertar um escravo, elaborar um testamento” ¹⁸. Já, porém, ao tempo de Justiniano, o *jus vitae et necis* (direito de vida e de morte) e o *jus noxae dandi* (direito de entregar o filho como indenização) não passavam de recordações históricas ¹⁹.

Foi somente no final do séc. XVIII, contudo, que o Estado passou a assumir uma participação ativa na formação familiar. “Os filhos pertencem à República, antes de pertencerem a seus pais” é afirmação atribuída a Danton. Através do importante Decreto de 1792, o poder público francês definiu, pela primeira vez, os impedimentos matrimoniais, secularizou o casamento, regulamentou o processo de adoção, determinou direitos dos filhos naturais – que depois seriam severamente restringidos pelo *Code* – instituiu o divórcio e limitou o poder paterno, com o estabelecimento de tribunais de família ²⁰.

¹⁴ F. TEIXEIRA MOTA, *Escrever Direito*, Lisboa, Contexto, 1992, p. 113.

¹⁵ Para numerosos exemplos, v. G. TEPEDINO, *A Disciplina Jurídica da Filiação*, cit., pp. 223-229.

¹⁶ V. J. GILISSEN, *Introdução Histórica ao Direito*, trad. port. de A. Hespanha e M. Malheiros, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 610 e ss.

¹⁷ P. ARIÈS e G. DUBY, *História da Vida Privada, I. Do Império Romano ao Ano Mil*, org. por P. Veyne, trad. bras. de H. Feist, São Paulo, Companhia das Letras, 1990, p. 40 e ss. Ao analisar a frequência com que eram cometidos parricídios, os autores citam a seguinte passagem do historiador Veleio: “Durante as guerras civis e suas proscricções, época em que choviam denúncias, a lealdade das esposas foi máxima, a dos libertos foi média, a dos escravos não foi nula e a dos filhos foi igual a zero, tanto é duro suportar o adiamento de uma esperança.” (p. 42).

¹⁸ *Id.*, *ibidem*.

¹⁹ W. B. MONTEIRO, *Curso de Direito Civil. Direito de Família*, São Paulo, Saraiva, 1986, 25ª ed., p. 275.

²⁰ P. ARIÈS e G. DUBY, *História da Vida Privada, 4. Da Revolução Francesa à Primeira Guerra*, org. por M. Perrot, trad. bras. de D. Bottmann e B. Joffily, São Paulo, Cia das Letras, 1992, p. 36.

Havia sido dado início à transformação que alteraria, de modo radical e definitivo, os contornos do Direito de Família. As relações familiares, que até então haviam sido concebidas como essencialmente privadas, passaram a ser vistas como relativas também ao interesse público.

A família passou a ser considerada fundamento da sociedade civil, a merecer, unitariamente, a proteção do Estado. Juridicamente, consolidou-se o entendimento de que o interesse do grupo familiar deveria prevalecer sobre o do indivíduo, constituindo a família um bem em si mesmo. Para tanto, fazia-se imprescindível manter o poder de mando de seu chefe, o marido e pai, de modo absoluto²¹. A idéia prevalecente foi assim enunciada por Hegel: “na família o todo é superior às partes, que devem se submeter a ele”²².

O Código Civil brasileiro, considerado o último dos códigos do século XIX, foi fiel a esta ideologia e garantiu tutela unitária à família, cujo chefe, o marido, é titular exclusivo do pátrio poder, exercendo-o com absoluta e incontestada autoridade quanto à pessoa dos filhos²³.

Oposta, neste particular, mostra-se a concepção do legislador constituinte de 1988. Não obstante o *caput* do art. 226 estatuir genericamente que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, o § 8º deste artigo especifica a forma de tutela a ser concedida ao afirmar que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (grifou-se), não se garantindo mais proteção à instituição familiar a despeito ou acima dos interesses dos indivíduos que a compõem.

O legislador constituinte, expressamente, manifesta-se, ainda, com relação aos interesses (agora superiores) da criança, no âmbito da família – e fora dela –, estabelecendo que: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à

²¹ Na França, o Código Civil aumentou os poderes paternos, abolindo os tribunais de família que haviam sido instituídos pelo Decreto de 1792. O artigo 213 do *Code* dispunha que o marido deve proteção à sua mulher e ela obediência a seu marido. O poder atribuído ao chefe de família pode ainda ser medido pela proibição, no *Code*, à investigação de paternidade. O mesmo ocorria no Brasil, antes do advento do Código Civil. Assim, Clovis Bevilacqua, *Direito de Família*, apud J.L. ALVES, *Código Civil Anotado*, vol. I, São Paulo, Liv. Acadêmica, 1935, p. 374: “Ainda mesmo que, em algumas hipóteses, a filiação se manifeste evidentemente e se firme judicialmente, sem influxo da vontade do pai, é inconcusso que o nosso direito não autoriza a investigação da paternidade”.

²² HEGEL, *Princípios da Filosofia do Direito* (1821), trad. port. de O. Vitorino, Lisboa, Guimarães Ed., 1990, p. 160.

²³ J.L. ALVES, *Código Civil*, cit., p. 397, adverte que o art. 394 do C.C.b, ao permitir a suspensão do pátrio poder em caso de abuso, representou importante avanço em relação ao direito anterior: “Vai se alastrando, máxime nos nossos grandes centros, a chaga da infância moral ou materialmente abandonada pelos pais. A ação judiciária ou policial, em favor dos filhos menores, esbarra nos empecilhos que lhe opunham os direitos do pai ou da mãe, reconhecidos em lei, de um modo quase inflexível”.

dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (art. 227, *caput*, da Constituição Federal, grifou-se).

Em sede interpretativa, tais dispositivos constitucionais consubstanciam o que se denominou um “deslocamento” do objeto da tutela jurídica no âmbito do Direito de Família; representam, com efeito, a preponderância atribuída, constitucionalmente, aos direitos e interesses de cada um dos membros da família, devendo a “comunidade familiar ser preservada (apenas) como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana e, em particular, da criança e do adolescente”²⁴.

4. O estado decorrente da filiação e sua atual qualificação no ordenamento brasileiro.

O ordenamento jurídico brasileiro, em comparação com outros ordenamentos do sistema romano-germânico, caracteriza-se pelo avanço na proteção dos direitos dos filhos, sendo o primeiro destes o reconhecimento do estado de filiação.

Foi a Constituição de 1988 a pôr fim às diversas classes de parentesco (legítimo, ilegítimo, natural e adotivo), no que se refere à pessoa do filho, ao estatuir em seu art. 227, § 6º, que “os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, estabelecendo, por esse modo, a sua isonomia.

Assim é que, no Brasil, ao contrário do que ocorre em muitos outros países, são reconhecíveis, sem qualquer restrição, não apenas os filhos adulterinos como também os incestuosos²⁵, tendo sido vitorioso o argumento ético-político de que a proteção da pessoa do filho deve justamente independer do tipo de relação existente entre seus pais.

À luz da norma constitucional faz-se imprescindível revisitar o Código Civil e as leis civis especiais, de modo a aplicar a diretriz constitucional às relações interprivadas²⁶. Firmes, pois, na paridade constitucional, quanto à

²⁴ G.TEPEDINO, *A Tutela Jurídica da Filiação*, cit., p. 231. Chama de “superlativa” a atenção do legislador nacional para com os direitos da criança e do adolescente o Min. Francisco Rezek em seu voto no HC que ora se comenta. Trata amplamente do tema, T. DA SILVA PEREIRA, *Direito da Criança e do Adolescente*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1996, *passim*.

²⁵ Diversamente ocorre na Itália, por exemplo, onde o art. 251 do Código Civil declara reconhecíveis os filhos incestuosos somente se os pais, à época da concepção, estavam de boa-fé. Já para o Código Civil francês, a filiação incestuosa somente pode ser reconhecida por um dos genitores (art. 334-10).

²⁶ Para um aprofundamento, v. o meu *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*, cit., *passim*.

pessoa dos filhos, e na prioridade atribuída, também pelo Texto Maior, à pessoa humana e, em especial, à pessoa em desenvolvimento, a criança, impõe-se reter os dispositivos do Código que não se compadecem com a nova ordem.

Exemplo emblemático do que se deseja ressaltar está contido na disputa hermenêutica em torno do art. 363 do C.C, em tema de investigação de paternidade.

Ilustre doutrina manifestou-se, recentemente, pela integral manutenção do disposto no mencionado artigo, reafirmando seja a enumeração taxativa dos incisos permissivos da ação, seja a impossibilidade de prova direta da paternidade, isto é, que não resulte de presunções, embora distintas, tanto no que se refere ao que denominou de “filhos havidos da relação de casamento”, como no caso “dos não havidos”²⁷. Em nítida divergência, doutrina mais consentânea com o desiderato constitucional afirma, em síntese, que, coibidas quaisquer restrições ao direito de ação conferido ao filho, não se pode mais considerar aplicável o art. 363 somente aos filhos ilegítimos – por discriminatório –, nem tampouco restringir a investigatória às condições especificadas nos incisos do aludido preceito²⁸.

Tal é, de fato, a força da expressão “sem qualquer restrição” contida no art. 27 do Estatuto. Como corolário do direito assim amplamente reconhecido, avançou o legislador ordinário no sentido de adotar, sob inspiração do modelo português²⁹, a averiguação oficiosa da paternidade, através da atribuição, ao Ministério Público, da legitimidade ativa para intentar a ação investigatória, com o fim de defender direitos individuais indisponíveis, como se dá com o

²⁷ Assim C.M. DA SILVA PEREIRA, “Paternidade e sua Prova”, in *Revista de Direito Civil*, vol. 71, p. 7 e ss. Afirma o A.: “No Direito brasileiro, como nos sistemas ocidentais em geral, a paternidade resulta de um jogo de presunções. Em se tratando da filiação legítima (ou como se diz na Constituição de 1988 – filhos havidos na relação de casamento), o matrimônio faz presumir a coabitação dos cônjuges e, em consequência, a presunção do estado de filho. É o que estabelece o art. 337 do CC. No tocante aos filhos não havidos da relação do casamento (CF., art. 227, § 6º), o estado de filho há de provir de uma declaração, seja do próprio pai (reconhecimento espontâneo) seja de um provimento jurisdicional (reconhecimento compulsório). Neste segundo caso situa-se a ação de investigação de paternidade. E esta, *ex vi* do disposto no art. 363 do CC, tem cabimento nos casos expressos ali enunciados: concubinato, raptos, relações sexuais, escrito do pai reconhecendo expressamente a paternidade.”(p. 12). Para o aprofundado tratamento do tema, remete-se à já clássica obra do A., *Reconhecimento da Paternidade e seus Efeitos*, Rio de Janeiro, Forense, 1991, 2ª ed.

²⁸ Assim, G. TEPEDINO, *A Disciplina Jurídica da Filiação*, cit., p. 232, segundo o qual “nos dias de hoje, a possibilidade de estabelecimento de paternidade sem relações sexuais, através dos métodos de concepção artificial, bem como o desenvolvimento de provas cada vez mais definitivas da paternidade – o exame do DNA, por exemplo –, traduzem situações fáticas que não se compadecem com a realidade de outrora. Daí porque não se justificar, à luz do art. 27 (...), a exclusão da ação por não se prefigurarem as condições expressamente enunciadas pelo Código, desde que possa ser evidenciada a paternidade”.

²⁹ V. os art. 1808º e 1865º do Código Civil português que tratam, respectivamente, da averiguação oficiosa da maternidade e da paternidade. Tal averiguação foi instituída pelo Decreto-Lei 496/77, instrumento de adequação dos preceitos do Código Civil, relativos à família, aos novos parâmetros constitucionais. A Constituição portuguesa, como se sabe, data de 1976.

estabelecimento da relação de paternidade³⁰. A legitimidade concedida ao Ministério Público coaduna-se, com perfeição, à noção de estado, individual e familiar, regulada desde há muito, no direito brasileiro, por preceitos de ordem pública, sob a consideração de que a situação jurídica de cada indivíduo interessa à sociedade toda³¹.

5. A descoberta do código genético e seu impacto na investigação biológica de paternidade.

O acrônimo DNA (ou ADN, na tradução) serve a designar uma molécula denominada “ácido desoxirribonucléico”, a qual contém o código genético determinado pela herança cromossômica de cada indivíduo.

Em 1953, James Watson e Francis Crick publicaram artigo no qual descreviam, pela primeira vez, a estrutura molecular em hélice do DNA. Em 1985, o inglês Alec Jeffreys descobriu que, a partir de determinadas seqüências de combinações químicas contidas na molécula, era possível diferenciar cada indivíduo, com a única exceção dos gêmeos monozigóticos, de idêntica herança genética³².

A importância desta descoberta teve efeitos imediatos e retumbantes, no que se refere à investigação de paternidade, por duas ordens de razões: a confiabilidade dos resultados e a relativa simplicidade do exame.

Com efeito, até então todos os exames conhecidos permitiam oferecer certeza cientificamente comprovada apenas quanto à exclusão do vínculo. O próprio exame de H.L.A (antígenos leucocitários de histocompatibilidade), considerado revolucionário quando de seu desenvolvimento, em 1972, gera apenas presunção de paternidade, muitas vezes “fortíssima”³³, conduzindo, porém, a resultados falsos em 65, de cada 1000 pessoas testadas³⁴. Índice baixo se comparado à confiabilidade do DNA que permite atingir um grau não inferior a 99,98% de certeza, tanto de determinação quanto na exclusão da paternidade, quando todos os cruzamentos de seqüências são devidamente testados³⁵.

³⁰ Lei 8560/92, art. 2º, §§ 4º e 5º. V., em propósito, J.M.LEONI LOPES DE OLIVEIRA, *A Nova Lei de Investigação de Paternidade*, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 1995, p. 135 e ss, onde se lê interessante argumentação acerca da constitucionalidade da lei.

³¹ O. GOMES, *Introdução*, cit., p. 150.

³² Para uma detalhada explicação do processo, v. S. PENA, “Determinação de Paternidade pelo Estudo Direto do DNA: Estado da Arte no Brasil” in S. FIGUEIREDO TEIXEIRA (org.), *Direitos da Família e do Menor*, cit., p. 243 e ss.

³³ J. A. DO AMARAL, “Investigatória de Paternidade” in *Ajuris*, vol. 63, p. 221.

³⁴ Dados coletados pelo laboratório americano Helix Biotech, in www.helixbio.com

³⁵ Este é o índice indicado pelos laboratórios americanos *Helix Biotech*, *Bio Synthesis* e *Gen Test Laboratories*. Segundo S. PENA, *Determinação de Paternidade...*, cit., p. 244, os testes realizados através do exame direto do DNA “permitem tanto a exclusão quanto a inclusão da paternidade com

Como adicional vantagem, há a simplicidade do exame que pode ser feito a partir de praticamente qualquer tecido do corpo pois todas as células possuem o mesmo núcleo de DNA. Assim é que o sangue, a saliva, a raiz de cabelo, sêmen, placenta, ossos podem ser testados, sendo suficiente quantidade ínfima de tecido – no caso do sangue, o meio mais comum, os laboratórios solicitam quantidade não superior a 5 ml para o exame. Seu custo é ainda relativamente alto (cerca de US\$ 500,00) e o resultado é obtido, se o tecido for o sangue, cerca de duas semanas após a entrega da amostra ³⁶.

Foi-se, pois, o tempo em que a paternidade era de ser considerada “fato oculto e incerto” ³⁷, sempre presumido, devendo, em consequência, sua investigação ser permitida somente com “cautelas e rigor de provas” ³⁸. A certeza científica, oferecida pelo exame de DNA, para determinação da paternidade encontra hoje um único obstáculo: a recusa do suposto pai a entregar o material necessário ao teste.

6. Interpretações dadas à recusa em sede doutrinária e jurisprudencial.

As interpretações judiciais da recusa à realização do exame DNA pelo pretense pai têm sido as mais variadas. Desde simples indício, passando pela presunção *juris tantum*, com a consequente inversão do ônus da prova ³⁹, até a confissão, a jurisprudência brasileira tem avaliado a recusa sempre de modo desfavorável ao réu.

Vigora, nestes casos, a rigor, a presunção *hominis* de que quem não tem nada a esconder não perde a oportunidade de provar a sua exclusão de paternidade. Irrecusável, a propósito, parece ser a concepção, proveniente do senso comum, de que o indivíduo ético, diligente e responsável tem interesse em esclarecer tão relevante questão, pois que, estando de boa-fé, aspira ele próprio a conhecer a verdade.

confiabilidade superior a 99,9999%. Para M. F. PINHEIRO, “Aplicação do Estudo do DNA na Investigação Biológica da Filiação”, in www.smmp.pt/DNA.htm, p. 5, segundo a qual “um resultado de paternidade próximo de 99,99% pressupõe a utilização de um conjunto de marcadores suficientemente alargado pelo que será praticamente impossível encontrar um indivíduo geneticamente igual ao pretendido pai”. Para Aysch Amar, citado por A. MARQUES DA SILVA FILHO, “HLA e DNA. Novas Técnicas de Determinação do Vínculo Genético” in *RT* 655/62, “a análise técnica do material genético fornece 100% de certeza nos casos de paternidade”. Tal confiabilidade foi aceita jurisprudencialmente; v., a propósito, TJSP, 4ª CC, Ap. civ. 191.321, j. em 12.05.94, cuja ementa diz: “Investigação de Paternidade. Resultado positivo de exame pelo método DNA. Eficiência absoluta. Paternidade reconhecida”. Para uma visão bastante crítica acerca de tais índices de confiabilidade, v. A.G. BOEIRA, “O Perfil de DNA como Prova Judicial – Uma Revisão Crítica” in *RT* 714/290-297.

³⁶ Segundo o *DNA/Identity Laboratory* da *University of North Texas*, in www.flash.net.

³⁷ Assim, J.L. ALVES, *Código Civil*, cit., p. 373.

³⁸ *Id.*, *ibidem*.

³⁹ A título ilustrativo cita-se a solução adotada pelo *Texas Family Code*, do Estado do Texas, EUA, que, em seu item 13.06, d, assim expressa: “a party who refuses to submit to paternity testing has the burden of proving that the alleged father is not the father of the child”

Majoritariamente, a jurisprudência vem conferindo à recusa o valor de indício componente do acervo probatório. Expressões tais como “presunção de receio do resultado”, “expediente para eximir-se da culpa” e o próprio fato da recusa injustificada, sempre aliados a outros fatores, têm sido utilizados para fundamentar a procedência dos pedidos ⁴⁰.

Houve porém quem entendesse que a recusa importa em confissão, sob o argumento de “a parte que se opõe [à realização da perícia] prevê um resultado desfavorável, o que equivale, implicitamente, a confessar” ⁴¹, em especial quando a recusa configura desobediência à ordem judicial de realização do exame pericial ⁴².

Na doutrina, ao contrário, considerou-se que a recusa pode apenas ser interpretada desfavoravelmente ao réu, “jamais porém traduzida em prova cabal, ou confissão, tendo em vista que a perícia hematológica é apenas um meio de prova complementar e não um fundamento da sentença” ⁴³.

No entanto, qualquer das soluções acima propostas peca por insuficiência tendo-se em vista, como se procurou demonstrar, o amplo direito da criança à determinação biológica de sua paternidade. Acerca desta questão, frente ao notável progresso científico representado pelo exame de DNA, há que se indagar se o direito da criança à investigação, sem qualquer restrição, teria como conteúdo a verdade real acerca de sua ascendência ou se deve restar adstrita ao (outora imprescindível mas hoje desnecessário) jogo de presunções.

De outra parte, forçoso é investigar, na análise dos argumentos contrapostos, o valor jurídico a ser atribuído à recusa do pretense pai, sendo de se distinguir dois fundamentos de relevo, ambos com nível constitucional, quais sejam, o princípio da legalidade e o princípio da incolumidade física.

⁴⁰ Tais expressões foram colhidas nas recentes Ap. Civ. TJSP ns. 239.256 (j. em 05.09.95); 262.978 (j. em 27.09.95); 265.447 (j. em 19.10.95), in *JUIS* 1/96 (Jurisprudência Informatizada Saraiva). Mas já, na mesma direção, v. Ag. Inst. 87550-1, j. em 01.09.87, in *LEX* 111/350 e Ag. Inst. 97.983, j. em 02.03.88, in *LEX* 112/368;

⁴¹ Assim, por exemplo, na Ap. Civ. TJSP n. 225.649, j. em 07.12.94, Rel. Des. Fonseca Tavares. Em igual sentido, da lavra do mesmo relator, a Ap. Civ. 60097, j. em 04.09.85, in *LEX* 99/35.

⁴² TJRS, 4ª CC, Ag. Inst. n. 588021022, in *RJTJRS* 147/301, Rel. Des. Gervásio Barcellos em cujo voto afirma: “(...) De forma que a solução mais condizente com a espécie é a obrigação da efetivação do exame, arrostando o investigado com uma possível assunção de paternidade se, desobedecendo à determinação judicial, não comparecer ao exame”. No mesmo sentido, considerando legal ordem judicial para tal inspeção corporal mas atribuindo à desobediência o valor de mero indício, manifestou-se, unanimemente, a 2ª CC do TJSP, no Ag. Inst. 87550, in *LEX* 111/350

⁴³ C.M. DA SILVA PEREIRA, “Paternidade e sua Prova”, cit., p. 13 e ss, segundo o qual “a perícia hematológica constitui elemento probatório, a corroborar a prova do item essencial do libelo do autor: concubinato, ou rapto, ou relações sexuais”.

7. Conflito de valores constitucionais: direito à (real) identidade pessoal versus direito à integridade física.

A análise, até aqui desenvolvida, pretendeu evidenciar duas proposições. De um lado, a comprovação da proteção, especial e prioritária, ora facultada, pelo ditame constitucional e, conseqüentemente, pela legislação estatutária, às crianças e aos adolescentes. De outro, a consciência de que tal tutela constitui inovação profunda, a ser ainda devidamente absorvida pelos operadores do direito no que tange à interpretação da normativa pré-constitucional.

A integral tutela da criança, em particular de sua dignidade, reflete, nessa medida e ainda hoje, tarefa primária e urgente, da qual decorre, em primeiro lugar, o conhecimento da identidade verdadeira, e não presumida, dos progenitores ⁴⁴. Núcleo fundamental da origem de direitos a se agregarem no patrimônio do filho, sejam eles direitos da personalidade ou direitos de natureza patrimonial ⁴⁵, a paternidade e a maternidade representam as únicas respostas possíveis ao questionamento humano acerca de quem somos e de onde viemos.

Conhecer as próprias origens. Origens que não são apenas genéticas mas também culturais e sociais. O patrimônio genético não é mais indiferente em relação às condições de vida nas quais a pessoa opera ⁴⁶. Conhecê-lo significa não apenas impedir o incesto e possibilitar a aplicação de impedimentos matrimoniais ou prever e, eventualmente, evitar enfermidades hereditárias mas, responsavelmente, estabelecido o vínculo entre o titular do patrimônio genético e sua descendência, assegurar o uso do sobrenome familiar, com sua história e sua reputação, garantir o exercício dos direitos e deveres decorrentes do pátrio poder, além das repercussões patrimoniais e sucessórias.

A toda evidência, neste sistema jurídico, o conhecimento verídico acerca da própria historicidade é direito elementar e fundamental. Com efeito, a propósito, já foi dito que “saber a verdade sobre a sua própria paternidade é um legítimo interesse da criança. Um direito humano que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar” ⁴⁷.

⁴⁴ No mesmo sentido, Y.S.CAHALI, “Reconhecimento do Filho Extramatrimonial”, in *Livro de Estudos Jurídicos*, Rio de Janeiro, IEJ, 1996, vol. 7, pp. 210-211 para quem “(...) nos dias de hoje manifesta-se uma preocupação ostensiva e decisiva com a verdade da paternidade, procurando afirmar a filiação para seu reconhecimento conforme a verdade real, biológica, com vistas à mais eficiente proteção da pessoa do filho”.

⁴⁵ J.M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA, *A Nova Lei de Investigação de Paternidade*, cit., p. 146.

⁴⁶ Assim, P. PERLINGIERI, *Perfis de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1997 (no prelo). Afirma T. SILVA PEREIRA, *Direito da Criança*, cit., p. 107-108: “A grande verdade é que se trata de direito fundamental do ser humano conhecer seu pai, o que é básico na convivência familiar”.

⁴⁷ São palavras do Subprocurador-Geral da República Osmar Brina em parecer relativo à ação de contestação de paternidade, julgada procedente no STJ, no REsp. n. 4987-RJ, in *RSTJ* 26/382, não obstante manifesta contrariedade aos arts. 339 e 340 do CC. E ainda: “A menor, nestes autos, tem o

Cabe pois indagação: este direito deve ser frustrado ou limitado frente ao direito à integridade física do suposto pai?

Através da técnica do DNA, basta “um fio de cabelo, um pedacinho de pele, qualquer vestígio de sangue ou sêmen” ⁴⁸ para estabelecer, com certeza estatisticamente absoluta, a identidade do indivíduo. O sacrifício imposto ao pretense pai é, como notou o Ministro Francisco Rezek em seu voto, de considerar-se “risível”.

E de fato, a alegação de que a infima quantidade de 5 ml de sangue (ou, *ad argumentandum*, um mero fio de cabelo), retirada com a finalidade de comprovar filiação, violaria integridade física, traz à memória o sofisma infligido a Shylock, o célebre personagem de Shakespeare.

Mais do que isto. Em diversos casos, a tutela psico-física não pode se inspirar exclusivamente no aspecto subjetivo do consentimento do sujeito. Encontram-se justificativas para o tratamento sanitário, independentemente da vontade do doente, quando, por exemplo, o estado de saúde do indivíduo contenha em si potencialidade tal de lesionar terceiros ⁴⁹. Há interesse público a ser protegido.

O mesmo se diga acerca da determinação da paternidade. A integridade física, nesta hipótese, parece configurar (mero) interesse individual se contraposta ao direito à identidade real, o qual, referindo-se diretamente ao estado pessoal e familiar da criança, configura, além de qualquer dúvida, interesse público, de toda a coletividade.

8. Em especial, o princípio da legalidade como fundamento jurídico da recusa.

O Ministro Marco Aurélio, ao fundamentar seu voto no acórdão em exame, baseou-se, essencialmente, no princípio da legalidade, afirmando, em síntese, a inexistência de lei a dar amparo à ordem judicial de condução forçada para coleta de material destinado à perícia. E foi além ao exprimir que, se tal lei existisse, seria ela inconstitucional.

Quanto a tal alegação, colhem-se, no voto do Ministro Rezek, dois fundamentos legais permissivos da aludida perícia forçada, quais sejam, o do art. 27 do ECA e o do art. 339 CPC. O primeiro estabelece que o reconhecimento do estado de filiação não pode sofrer qualquer restrição, sendo certo que a recusa

legítimo e sagrado direito de obter a verdade sobre sua paternidade. E será injusto e cruel privá-la de usar todos os recursos possíveis na busca dessa verdade por frio apego a ritos e formas processuais”.

⁴⁸ J.A. DO AMARAL, *Investigatória de Paternidade*, cit., p. 221.

⁴⁹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., p. 384 e ss.

significará restrição. O segundo estipula que todos têm o dever de colaborar com o Poder Judiciário para o estabelecimento da verdade.

Cita, ainda, o Ministro Rezek outros dispositivos processuais, em tema de prova. São os arts. 130 e 332 do CPC, que servem a autorizar, de um lado, que o juiz determine as provas que considera necessárias à instrução do processo e, de outro, a admitir não apenas meios legais mas também meios "moralmente legítimos", desde que hábeis a provar a verdade dos fatos em que se funda a ação.

Tais disposições consagram o primado das razões de justiça, fundada, no direito processual – penal e civil –, no princípio da verdade real.

9. O abuso do direito de recusa à realização do exame. Legitimidade da chamada 'perícia forçada' em correspondência com o interesse superior da criança, o valor da pessoa humana e de sua dignidade.

Como é notório, o princípio da proibição do abuso do direito corresponde à passagem da concepção individualista do direito subjetivo, de absoluta soberania privada, a uma concepção socializante (ou relativista) do mesmo ⁵⁰.

Esta passagem deu-se através do reconhecimento de que o aspecto funcional é característico do direito tanto quanto o é o seu aspecto estrutural. O direito subjetivo não se qualifica apenas por seu conteúdo pré-definido pelo legislador (pressuposto fático) mas principalmente pelas circunstâncias do seu exercício. Abusivo é, nessa medida, o ato exercido em contrariedade ao objetivo do direito, ao seu espírito, à sua função social ⁵¹.

Na formulação do direito português, "é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito" ⁵².

O problema do abuso diz respeito, propriamente, à comparação de interesses que estão em conflito ⁵³, tanto no desenvolvimento de uma

⁵⁰ V., O. GOMES, *Introdução*, cit., p. 114. A sugestiva expressão "abuso do direito" é devida ao jurista belga Laurent e foi criada para designar uma série de casos, a partir de 1853, em que os tribunais franceses, reconhecendo embora a excelência do direito do réu, vieram a considerá-lo irregular em vista de seu exercício. Para a completa análise do tema, v., por todos, F. CUNHA DE SÁ, *Abuso do Direito*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais do Min. das Finanças, 1973.

⁵¹ Tal é a formulação de L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, Dalloz, 1927.

⁵² Art. 334º do Código Civil português. Tal dispositivo inspirou o Projeto de Código Civil: "Art. 187 - Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

⁵³ Assim, P. RESCIGNO, "L'Abuso del diritto", in *Riv. trim.*, 1965, p. 205 e ss, espec. p. 232.

determinada relação jurídica quanto na regulamentação dos interesses privados, quando a prevalência há de ser, então, atribuída ao interesse consentâneo com as finalidades sociais da norma de tutela e excluído aquele que se manifesta despedido de legítima motivação.

O abuso ocorre, ainda, se o exercício do direito, anormal, compromete o gozo dos direitos de terceiros, gerando objetiva desproporção entre a utilidade do exercício do direito por parte de seu titular e as conseqüências que outros têm que suportar.

Não se duvida que a incolumidade física abrange o direito de recusa a submeter-se a tratamento médico ou exame de qualquer espécie, sem o consentimento expresso de seu titular, não podendo o indivíduo ser compelido a realizá-los.

O direito à integridade física configura verdadeiro direito subjetivo da personalidade, garantido constitucionalmente, cujo exercício, no entanto, se torna abusivo se servir de escusa para eximir a comprovação de vínculo genético, a fundamentar adequadamente as responsabilidades decorrentes da relação de paternidade.

A perícia compulsória se, em princípio, repugna aqueles que, com razão, vêem o corpo humano como bem jurídico intangível e inviolável, parece providência legítima e necessária, a ser adotada pelo juiz, quando pode impedir que o exercício contrário à finalidade do direito subjetivo prejudique, como ocorre no caso do reconhecimento do estado de filiação, direito de terceiro, correspondente à dignidade de pessoa em desenvolvimento, interesse que é, a um só tempo, público e individual.

Aos que temem a instauração de precedente, a ser evitado a qualquer custo, pode-se opor a consideração de que, na nossa ordem constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana estabelece sempre os limites intransponíveis, para além do que há, apenas, ilicitude.

DIREITO E MODERNIDADE II: O CASO KANT E KELSEN

Paulo Sérgio Daflon Barrozo

"Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que - aberta ou veladamente - se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão."

(Kelsen: Prefácio à Teoria pura do direito)

Sumário

I. Apresentação; II. Direito e Moral: um desencontro em Kant; III. Kelsen: Formalização e Autonomia Epistemológica; IV. Conclusão: Direito e Modernidade - Emancipação e Dominação. V. Referências Bibliográficas.

I. Apresentação

Este artigo insere-se no contexto de uma série que pretende oferecer um excuro sobre alguns dos temas estratégicos para flagrar as principais características do direito da modernidade.

Precedido por “Direito e modernidade I: preliminar iluminista”¹, precede “Direito e modernidade III”, que tratará da questão das “ondas” de direitos e de seu arranjo institucional correspondente.

Neste artigo procurarei explorar a contribuição dada por Kant e Kelsen para a formação do caráter do direito da modernidade. Assim como o primeiro artigo da série, e provavelmente como os seqüentes, o presente artigo não é mais que um ensaio exploratório. Se bem sucedida a reflexão da qual os artigos da série são instantâneos de seu desenvolvimento, talvez seja possível apresentá-la na forma de um único texto — um livro sobre modernidade e direito. Por ora, no entanto, essa possibilidade não passa de uma pretensão injustificável.

II. Direito e Moral: um desencontro em Kant

Este primeiro item não será extenso e nem trarei aqui a carga de citações que virá — não pude evitar — no próximo item. Minha intenção é apenas dar notícia da liberação do Direito da Moral feita por Kant. Com a distinção rigorosa entre Direito e Moral que empreendeu, Kant mudou nossa perspectiva moderna sobre o direito. Assim a herdamos.

Os eixos de distinção entre Direito e Moral aparecem, explícita ou implicitamente, nas duas introduções escritas para as duas partes de sua *Metafísica dos costumes*, a saber a Doutrina do direito e a Doutrina da virtude, respectivamente.

A influência de Kant pode ser sentida em juristas de sensibilidade filosófica como Reale, Radbruch, Stammler e Del Vecchio, que em suas obras principais dedicadas à Filosofia do Direito reproduzem a distinção kantiana. E o positivismo de Kelsen, Hart e Bobbio tornou-se possível apenas sobre Kant.

Por bem da economia de espaço me servirei da sempre inteligente e metódica análise de Bobbio, que em seu *Direito e estado*

¹ *Direito e Modernidade I: preliminar iluminista* foi publicado no número 8 deste periódico.

no pensamento de Emanuel Kant (pgs. 53-66) resumiu e classificou a questão e os argumentos kantianos.

MORALIDADE E LEGALIDADE. A primeira distinção diz respeito ao modo como o sujeito adequa sua ação à lei. Se o indivíduo age em conformidade com a lei positiva sua ação é jurídica, e poderá ser ou não também moral. É moral se o cumprimento da lei se der por puro impulso de dever, se se der pelo dever do sujeito em adequar sua ação à lei. É jurídica a ação do indivíduo se a adequação à lei se der por inclinação irrefletida ou cálculo de custos-benefícios. O Direito não exige o sentimento do dever, exige somente o cumprimento do dever; a Moral não se contenta com o cumprimento do dever, exige o sentimento desinteressado do dever. Da perspectiva da lei que regula tais ações fica assim: “*a legislação que de uma ação faz um dever e que ao mesmo tempo dá tal dever por motivo, é a legislação moral. No entanto, aquela que não faz entrar o motivo na lei, que, conseqüentemente, permite outro motivo à idéia do próprio dever, é a legislação jurídica.*” (Kant: 1993: 30)

LEGISLAÇÃO INTERNA E LEGISLAÇÃO EXTERNA. Outro critério é o da legislação e de seu foro de obrigação. Em Kant: “*quando se referem somente a ações externas e a sua legitimidade, [as leis] são chamadas de jurídicas. Porém, se, além disso, exigem que as próprias leis sejam os princípios determinantes da ação, então são chamadas de éticas.*” (1993: 23) O direito se preocupa com ações externas que aparecem no mundo dos fenômenos e com deveres externos referentes a esse mundo; não exigindo senão conformação da ação ao dever, o Direito se conforma com o conformismo do indivíduo que pode acatar a lei somente exteriormente, permanecendo em íntimo desacordo ou indiferença. Já a Moral legisla desde a consciência do indivíduo, exige dele uma adesão íntima às suas próprias leis; uma adesão pura na intenção, autotélica.

LIBERDADE INTERNA E LIBERDADE EXTERNA. Ao contrário dos dois critérios de distinção acima examinados, este é material e não simplesmente formal, onde a mesma ação pode ser considerada tanto em relação à lei interna quanto à lei externa. Liberdade interna é a liberdade das paixões e interesses que tentam o indivíduo no momento de cumprimento do seu dever; é uma liberdade que se conquista no relacionamento do eu com ele mesmo — é intra-subjetiva. Já a liberdade externa é eminentemente relacional e inter-subjetiva; diz respeito ao convívio de meu arbítrio com o arbítrio dos demais, segundo uma legislação comum a todos e que exige apenas a conformação desses arbítrios. Aqui aparece com toda clareza a

natureza inter-pessoal do Direito em contraposição à natureza intra-pessoal da moral.

AUTONOMIA E HETERONOMIA. A vontade moral, a boa vontade, é determinada pelo respeito às leis — essa vontade é lei para si mesmo; não se preocupa com os objetos externos da volição porque a volição é determinada não por interesse ou cálculo mas por si mesma. Eis aí a autonomia: autonomia de tudo que é externo à própria pura intenção. Em contraposição, a vontade é heterônoma quando seu mote é um objeto externo sobre o qual se lança — sua lógica é o interesse e o cálculo. própria da Moral é a determinação autônoma da vontade individual no momento de agir; e própria do Direito é a determinação heterônoma da vontade individual no momento de agir.

IMPERATIVOS CATEGÓRICOS E IMPERATIVOS HIPOTÉTICOS. Os imperativos categóricos são aqueles que a razão prática impõe ao indivíduo sem que haja consideração prudencial das condições e conveniências de seu acatamento — é um mandamento impostergável e iniludível, construído pela razão prática. Já os imperativos hipotéticos, sejam técnicos ou pragmáticos, envolvem um cálculo de custo-benefício e uma avaliação dos fins tomados por interesses. A Moral se forma de imperativos categóricos; O Direito se forma de imperativos hipotéticos: *TELLOS* é sua missão.

CONCEITO DE DIREITO. Diz Kant: “*é justa toda ação que por si, ou por sua máxima, não constitui um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todo com a liberdade de cada um segundo leis universais.*” (Kant: 1993: 46) Daí a sua concepção do direito como o conjunto das condições segundo as quais dois arbítrios relacionam-se nos termos de uma lei universal de liberdade. o conceito de Direito em Kant explicita a formalização moderna do mundo dos homens, formalização que tem seu clímax jurídico em Kelsen. Explicita, por outro lado, a instrumentalização moderna do mundo dos homens, que tem na obra de Kelsen um clímax no que diz respeito ao Direito. A Moral não se prestaria a uma tal formalização e instrumentalização, não se prestaria a uma fórmula como esta: “... é o conjunto das condições...”

Não há dúvida que a emancipação do jurídico se prestou, e se presta, a uma dominação ilegítima via sua instrumentalização. A crescente formalização e instrumentalização do Direito, agora emancipado da Moral, constitui-se em tema de Weber e Luhmann e Habermas e, o que é mais significativo ainda, em tema de uma nova

versão de legitimidade, que migrou da esfera dos valores para a esfera dos fatos: legitimidade burocrático-racional-legal-procedimental.

III. Kelsen: Formalização e Autonomia Epistemológica

O projeto de Kelsen é numa perspectiva da teoria positivista da ciência, estabelecer um estatuto teórico para uma ciência do Direito. Uma ciência do Direito positivo. Uma ciência do Direito positivo em geral, não de uma determinada experiência jurídica delimitada espaço-temporalmente. Eis a Teoria Pura do Direito.

Teoria Pura porque purificada das visões de outras ciências como a sociologia e a psicologia. Pura porque reconhece a especificidade de seu objeto, sem pretender iludir-se quanto às relações que se estabelecem entre este e os objetos daquelas ciências. “*A jurisprudência tem se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fã-lo não por ignorar ou, muitos menos, por negar esta conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.*” (Kelsen: Teoria pura do direito: 1)

Kelsen lança as bases de uma autonomia da ciência do direito a partir de uma separação ontológica entre ser e dever-ser (cabe notar, de passagem, que o dever-ser de Kelsen não coincide totalmente com o dever-ser de Kant). Ciência de normas, a Teoria pura do direito deve ser consciente da singularidade de uma “*ciência do espírito*” que tem por objeto uma ordenação à conduta humana. No reino da natureza todos os eventos são explicáveis à luz da casualidade, a ordem do ser se resolve no fato de que as coisas são, e que são por uma necessidade inescapável. Já a ordem do dever-ser se resolve numa tentativa de induzir ou coagir artificialmente para que o desejado possa vir-a-ser; aqui estamos no âmbito das ações humanas, no âmbito da liberdade e não no âmbito da necessidade. Já que as atitudes exigidas ou permitidas não se dão de maneira inequívoca, o máximo que se consegue é garantir essas atitudes através de um sistema de normas que se exprimem conforme um dever-ser.

Só se poderá compreender o caminho seguido por Kelsen na realização de seu projeto se pudermos perceber a influência do conceito positivista de ciência. O positivismo exclui do âmbito da ciência todas as considerações de ordem metafísica e de ordem ética — só são ciências as ciências causais, que se baseiam na experiência, a lógica e a matemática, que são teorias das “formas puras” dos corpos e dos números (Larenz: 86). Como a ciência do Direito, por ter seu objeto inscrito na órbita do dever-ser, não pode ser ciência causal, só lhe restava o caminho da lógica ou da matemática. Kelsen ficou com a lógica, é claro.

É preciso frisar que, para Kelsen, as ordens do ser e do dever-ser são irreduzíveis uma à outra: “do fato de algo SER não pode seguir-se que algo deve ser; assim como do fato de algo dever ser não se pode seguir que algo é.” (Kelsen: TPD: 205)

Assim, chegamos ao seguinte ponto: O Direito é uma ordenação da vida humana que se estrutura através de normas que se constituem por comandos submetidos à uma lógica do dever-ser; que estas normas, por tratarem de um dever-ser, são irreduzíveis ao mundo do ser.

Destas conclusões surge uma questão: se as normas estão no reino do dever-ser e se este reino não pode ser reduzido ao reino do ser, o que é que fundamenta este reino do dever-ser? Como é possível pensar um reino do dever-ser que nada deve ao reino do ser no que diz respeito à fundamentação? A resposta de Kelsen é: fundamentando esta ordem do dever-ser, as normas jurídicas, na própria ordem do dever-ser, numa outra norma. A fundamentação se dá intra-sistemicamente, ela é fornecida pelo limite superior do sistema, de modo que toda especulação extra-sistêmica é inútil e incorreta — “o fundamento para a validade de uma norma é sempre uma norma, não um fato” (Kelsen: Teoria geral do direito e do estado: 116). A essa norma que fundamenta a validade de toda a ordem jurídica Kelsen chama de *Grundnorm*, “norma fundamental”.

A norma fundamental é uma necessidade lógica da realização do projeto que Kelsen se impôs. É ela que permite o “pulo-do-gato” epistemológico que consiste no seguinte: elaborar um escudo teórico que separe a ordem do ser da ordem do dever-ser. Se Lassale fez de todo o sistema constitucional positivado *ein Stück Papier* (um pedaço de papel) se comparado ao verdadeiro direito “determinado” das forças reais da sociedade; se Schmitt fez todo o sistema normativo depender de decisões políticas; Kelsen faz o sistema

normativo depender de uma suposição ou ficção teórica. É a pressuposição-ficção da validade da norma fundamental que permite fundar a validade de todas as outras normas.

Vejamos um exemplo do próprio Kelsen para justificar a necessidade de uma norma fundamental. A uma criança se determina que ela deve ir à escola; inconformada com a ordem ela pergunta por que? Respondem-lhe que é porque seu pai assim o ordenou e se deve obedecer às ordens paternas. Se a criança pergunta por que deve obedecer às ordens paternas se poderá responder que é porque Deus assim ordenou, e nós devemos obedecer às ordens divinas. Mas se a criança perguntar porque devemos obedecer às ordens de Deus, se ela põe em questão a validade desta norma, a “resposta é que não podemos sequer pôr em questão tal norma, que dizer, que não podemos procurar o fundamento da sua validade; que apenas a podemos pressupor.” (Kelsen: TPD: 209)

É preciso notar que na obra póstuma de Kelsen, a Teoria geral das normas, a *Grundnorm* deixa de ser pressuposta para ser uma mera ficção explicativa “no sentido da vaihingeriana Filosofia do *contra-se*, que é caracterizada pelo fato de que ela não somente contradiz a realidade, como também é contraditória em si mesma. Pois a suposição de uma norma fundamental (...) não contradiz apenas a realidade, porque não existe tal norma como sentido de um real ato de vontade; ela também é contraditória em si mesma porque descreve a conferição de poder de uma suprema autoridade da Moral ou do Direito e com isto parte de uma autoridade — com certeza apenas fictícia — que está mais acima dessa autoridade (...) segundo Vaihinger, *Die Philosophie des Als-ob*, (...) uma ficção é um recurso do pensamento, do qual se serve quando não se pode alcançar o fim do pensamento com o material existente...” (Kelsen: TGN: 328/329)

Vê-se que a forma fundamental é uma exigência lógica de uma sistema normativo que busca o fundamento de sua validade dentro do próprio sistema. Ela é a maneira de validar como Direito a vontade do primeiro legislador. Sem a norma fundamental, a manifestação de vontade do primeiro legislador não seria uma ato jurídico. Sem uma norma fundamental que atribuísse autoridade legislativa ao primeiro legislador, a validade de todo ordenamento estaria prejudicada. “A hipótese última do positivismo é a norma que autoriza aquele que foi historicamente o primeiro legislador. A função integral dessa norma básica é conferir poder criador de Direito ao ato do primeiro legislador e a todos os outros atos baseados no primeiro ato. Interpretar esses atos de seres humanos

como atos jurídicos e seus produtos como normas de caráter obrigatório, e isso quer dizer interpretar como Direito o material empírico que se apresenta como tal, é possível apenas sob a condição de que a norma fundamental seja pressuposta como sendo uma norma válida. A norma fundamental é apenas uma pressuposição (ficção, nos termos da Teoria geral das normas) necessária de qualquer interpretação positivista do material jurídico.” (Kelsen: TGDE: 121, acrescentei entre colchetes).

Estamos vendo que a norma fundamental, emancipando o Direito do mundo dos fatos e da Moral, se presta a dar um fundamento último de validade a um ordenamento jurídico. É preciso ter em mente que Kelsen reconhece dois tipos de sistemas normativos: um estático e outro dinâmico. O sistema estático é aquele em que as normas são válidas em virtude de seu conteúdo, que tem uma qualidade que as faz válidas por evidência. São válidas por evidência porque seu conteúdo é derivado de uma norma fundamental específica, e essa derivação se faz por operação intelectual dedutiva. A própria norma fundamental de tal sistema estático é válida em função de sua auto-evidência.

Já um sistema dinâmico se apresenta de outra maneira. Voltemos àquele exemplo da criança que questiona a obediência aos ditames divinos. A única resposta possível, para Kelsen, se quiser manter a separação entre ser e dever-ser, é que a norma que estabelece a obediência aos mandamentos divinos não pode ser colocada em dúvida: ela deve ser pressuposta ou conscientemente tida por ficção gnosiológica, é a norma fundamental de uma sistema.

Neste caso a norma fundamental não é auto-evidente, mas fictícia ou pressuposta. Ela caracteriza-se por ser uma proposição sem conteúdo auto-evidente e que se limita a atribuir uma autoridade legislativa a alguém, que por sua vez atribuirá autoridade a outros. O resultado da prática legislativa assim distribuída é um ordenamento. Ocorre que, em função do conteúdo não auto-evidente da norma fundamental desse sistema, as normas derivadas não podem ser descobertas por meio de uma operação de dedução de um conteúdo particular de outro conteúdo mais geral. Todo juízo de pertinência deverá esgotar-se no fato de ter ou não cada norma do ordenamento sido produzida segundo a norma imediatamente superior, e assim sucessivamente até remontar à norma fundamental.

Um sistema estático é próprio da Moral ou da Religião, por exemplo; um sistema dinâmico é próprio do Direito. A

conseqüência disso é que a questão do conteúdo não diz respeito à validade das normas jurídicas. “As norma jurídicas não são válidas por terem elas próprias, ou a norma básica, um conteúdo cuja força de obrigatoriedade seja auto-evidente. Elas não são válidas por causa de um atrativo que lhes é inerente. As normas jurídicas podem ter qualquer conteúdo. Não existe nenhum tipo de conduta humana que não possa, por causa de sua natureza ser transformada em um dever jurídico correspondendo a um direito jurídico” (Kelsen: TGDE: 118). E que não me acusem Kelsen de servir-se de meias palavras.

A primeira função da norma fundamental é, portanto, possibilitar em escudo epistemológico que, protegendo a ordem do dever-se da ordem do ser, permita pensar um fundamento de validade para toda a ordem jurídica, independente do conteúdo de cada norma.

Uma outra função desempenhada pela norma fundamental é a de dar unidade ao ordenamento jurídico. É preciso reduzir a pluralidade das normas a uma unidade. “*Posto um ordenamento de normas de diversas procedências a unidade do ordenamento postula que as normas que o compõem sejam unificadas. Esta reduction ad unum não pode ser realizada se no ápice do sistema não se põe uma norma única, da qual todas as outras direta ou indiretamente, derivem.*” (Bobbio: 1989:59)

É possível formular algumas conclusões com o que até aqui se pretendeu explicitar: a norma fundamental de um sistema dinâmico, a saber o ordenamento jurídico, confere autoridade legislativa ao primeiro legislador, de maneira que seus atos subjetivos possam ser interpretados objetivamente como Direito. “*Neste sentido a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para distinguir da constituição em sentido jurídico positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: o processo de criação do Direito positivo*” (Kelsen : TPD: 211)

Outra conclusão que aparece é a de que esse pressuposto, ou ficção, lógico-transcendental que é a norma fundamental (aqui a referência à categoria gnosiológica de Kant é clara) possibilita um juízo de validade das normas de um ordenamento sem recorrer a outras instâncias que não o próprio sistema. Esse juízo de validade, enquanto a norma não desaparecer conforme o procedimento legislativo previsto para tal, é que levará ao princípio de legitimidade, completamente esvaziado de qualquer conteúdo. Também é possível concluir que a norma fundamental é o instrumento teórico pelo qual, como foi dito, se pode resolver uma pluralidade de normas na unidade de um

ordenamento jurídico: o que significa que se está diante de um sistema — outro tema tão moderno.

No que diz respeito ao conceito do Direito, o sistema dinâmico, tornando possível pela norma fundamental, induz a um equívoco. Ele faz pensar que todo produto do procedimento legislativo é Direito. Na verdade, o sistema dinâmico, diz Kelsen, “*não contém nenhuma resposta à questão do que é a essência do Direito, de qual é o critério pelo qual o Direito pode ser distinguido de outras normas sociais... Se pelo termo Direito quer se exprimir algo pertencente a certa ordem jurídica, então Direito é qualquer coisa que foi criada de acordo com o procedimento descrito pela constituição fundamental dessa ordem. Isso não quer dizer, porém, que tudo o que foi criado de acordo com esse procedimento seja Direito no sentido de norma jurídica. É norma jurídica apenas se pretende regular a conduta humana e se regula a conduta humana estabelecendo um ato de coerção como sanção.*” (Kelsen: TGDE: 127)

Por fim eu gostaria de chamar a atenção para o fato de Kelsen não haver pretendido, com uma teoria pura do direito, uma total abstração da realidade fática. Tal abstração só se justifica no âmbito da sua epistemologia, onde ele procurou evitar um “sincretismo metodológico”. Do ponto de vista de uma sociedade e seu ordenamento jurídico Kelsen abre vias de relacionamento entre o ordenamento e o mundo social: estabelece a eficácia do ordenamento como condição *sine qua nom* da sua validade; no mesmo sentido está a via que se funda na distinção ontológica insuperável entre as ordens do ser e do dever-ser. Não se pode esperar que a conduta humana se enquadre e harmonize completamente com a ordem jurídica, seria anular a liberdade do reino do dever-ser em favor da necessidade do reino do ser. Menos ainda se poderá pensar em condutas humanas que nunca se harmonizem com os preceitos jurídicos. Para que uma determinada ordem jurídica seja eficaz basta que o grau de adequação das condutas humanas a ela fique entre um certo limite máximo, o de grande harmonia, e um certo limite mínimo, o de remota harmonia.

Um exemplo de harmonia mínima a que chequei foi a de obediência, pelos funcionários públicos, às instituições judicantes e repressoras, sem as quais nenhuma aplicação de sanção é possível. “*Por conseguinte, uma ordem normativa perde sua validade quando a realidade não mais corresponde a ela, pelo menos em certo grau. A validade de uma ordem jurídica depende, desse modo, da sua concordância com a realidade... .*” (Kelsen: TGDE: 124/125)

Espero ter podido, com este modesto excursão na obra de Kelsen, explicar a autonomia e a formalização que aparece como continuidade e superação da filosofia do direito de Kant.

IV. Conclusão: Direito e Modernidade - Emancipação e Dominação

Chego à conclusão não sem experimentar um certo desconforto. Refiro-me à pouca organicidade que o trabalho apresenta — as partes do trabalho não apresentam senão uma relação mecânica.

O meu desconforto frente à incompletude da reflexão e da erudição, que seriam necessárias oferecer para que este artigo tivesse conseqüências acadêmicas mais paupáveis, levam-me a oferecer apenas esboços de uma conclusão crítica. E diante das intermináveis críticas que Kelsen vem sofrendo por parte de gente que nem sequer foi diretamente à sua obra, e pelo temor de injustiçar kant, atribuindo à sua reação frente a metafísica tradicional um peso que, no que respeita ao direito, pode não ser exato, meu desconforto aumenta ainda mais.

Divido os esboços críticos em duas partes.

1ª PARTE DO ESBOÇO CRÍTICO. Desde que Platão transformou a doutrina das idéias da escola socrática para inserir nos universais o *BEM*, o critério para a normatividade deixou de ser a verdade, em grego *alétheia*, para passar a ser a correção, a adequação, em grego *orthótes*. Assim sendo, a fraqueza epistemológica de uma teoria sobre normas ou duma teoria sobre uma teoria sobre normas — epistemologia — não se dá no âmbito da identidade mas no da finalidade. (Hannah Arendt: 1972: 152/153)

Um dos erros dos críticos da filosofia do direito de Kant e, sobretudo, Kelsen foi o de terem formulado a questão incorreta — pura de que? , separada de que? — quando a pergunta epistemologicamente correta seria: pureza e distinção para que?

Respondendo à esta pergunta : pura para que?, digo que a separação, via escudo epistemológico da norma fundamental, das ordens do ser e do dever-ser tem o objetivo, não sabido ou não querido pelo Kelsen, de promover uma cada vez maior proceduralização das interações intersubjetivas. O problema é que a proceduralização tomou um caráter de interminável procrastinação das opções substantivas.

E respondendo à pergunta: distinção para que?, digo que a distinção entre Direito e Moral operada por kant teve o efeito de instalar no âmbito da filosofia do direito uma postura construtivista da normatividade, postura ligada ao criticismo em teoria do conhecimento, que permitiu a formação teórica de um direito como instrumentalidade técnica.

O processo, tão moderno em sua essência, de expandir as forças humanas para além do mundo dado encontra, em sua frente organizacional e estabilizadora de expectativas relativas às condutas, no pensamento de Kelsen um representante comparável, não em gênio mas em contribuição, à Rousseau, por exemplo.

Descompromisso com o real! Consumação das decisões pelos seus procedimentos! Era tudo o que o direito precisava para acertar o passo com a Modernidade.

2ª PARTE DO ESBOÇO CRÍTICO. Como disse na apresentação, Kelsen permanece como pensamento forte porque seus pressupostos cognitivos estão mais arraigados no mundo moderno que a crítica marxista, por exemplo. Estes pressupostos gnosiológicos se enquadram numa modulação da tradição ocidental que se caracteriza por um repúdio da metafísica tradicional, de Parmênides a São T. de Aquino. E o maior representante dessa modulação é justamente Kant.

No seu enfrentamento do positivismo lógico, Hannah Arendt traz à lembrança a percepção de dois pensadores, pensadores que encarnam como ninguém o espírito ocidental, este subproduto da cultura grega — maravilhoso subproduto —, Nietzsche e Demócrito.

No Crepúsculo dos ídolos Nietzsche diz: *“abolimos o mundo verdadeiro. O que permaneceu? Talvez o mundo das aparências? Mas não! Junto com o mundo verdadeiro, abolismo também o mundo das aparências”*.

Demócrito nos oferece um diálogo, assim reproduzido por Arendt: *“As percepções sensoriais são ilusões, diz o espírito; elas mudam segundo as condições de nosso corpo; doce, amargo, cor, e assim por diante, existem somente **nomos**, por convenção entre os homens, e não **physei**, segundo a verdadeira natureza das aparências. Ao que os sentidos respondem: Espírito infeliz! Tu nos derrotas enquanto de nós obténs a tua evidência [...]? Nossa derrota será tua ruína.”*

Agora a própria Arendt: *“... uma vez que o equilíbrio sempre precário entre os dois mundos está perdido, não importa se o verdadeiro mundo aboliu o mundo aparente, ou se foi o contrário; rompe-se todo o quadro de referências em que nosso pensamento estava acostumado a se orientar. Nesses termos, nada mais parece fazer sentido.”* (Arendt: 1992: 10/11, para as três citações)

Todo conhecimento forjado na Modernidade traz em si a preocupação funcional. Na realização do conhecimento sob o paradigma da

eficiência, a complexidade do objeto é reduzida até o nível do controle possível — veja-se, para comprovar, todo o funcionalismo-sistêmico das ciências sociais. Está claro que o conhecimento, o alcançado pelo *Verstand* da teoria do conhecimento kantiana, não pode controlar os juízos de justiça, moralidade e legitimidade que os homens teimam em proferir. Por estar fora do controlável para efeitos gnoseológicos, as questões tão humanas que envolvem estes valores são alijadas do mundo do pensável. Esquecem, os que assim procedem, que o próprio Kant, tão inimigo da tradicional metafísica, reconheceu que há questões que, embora um conhecimento não possa ser alcançado, o pensamento pode legitimamente explorar, não mais o *Versand*, mas sim a *Vernunft*.

Reduzindo, para fins de uma teoria jurídica, a faculdade intelectual humana ao “conhecer” Kelsen reduziu o Direito ao que pode ser “conhecido”. Ocorre que a realidade não possui este tipo de acordo com o homem — só existe o que você humano pode conhecer! —; fenômenos “pensáveis” mas não “cognoscíveis” são parte inafastável da realidade. E o Direito é um desses fenômenos da realidade que só faz sentido em sua completude: não só o “cognoscível” mas também o “pensável”.

Kelsen promove, por via da autonomia e da formalização, uma potência do direito, da ordem portanto, não só emancipadora mas também ilegítimamente dominadora. E se minha interpretação da Kant está correta, a postura kelseniana deita raízes no patamar epistemológico que se tornou pensável após ele.

O caso é que a utopia da Modernidade avançada exclui a dominação ilegítima em nome de uma emancipação sem voltas.

V. Referências Bibliográficas

ARENDDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo, Ed. Perspectiva, 1972.

_____. *A vida do espírito: o pensar, o querer e o julgar*. Rio de Janeiro, Ed. UFRJ/Ed. Relume-Dumará, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo, Ed. UNB/Polis, 1989.

_____. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília, Ed. UNB, 1992.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa, Edições 70, 1988.

_____. *Metafísica dos costumes 1ª parte: doutrina do direito*. São Paulo, Ícone Editora, 1993.

_____. *Métaphysique des moeurs 2^o partie: Doctrine de la vertu.* Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1985.

KELSEN, Hans, *Teoria geral das normas.* Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

_____. *Teoria geral do direito e do estado.* São Paulo, Ed. UNB/ED. Martins Fontes, 1990.

_____. *Teoria pura do direito.* São Paulo, Ed. Martins Fontes, 1985.

LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito.* Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

DA DENÚNCIA NOS CRIMES SOCIETÁRIOS

Roberto dos Santos Ferreira*

O problema da denúncia nos crimes societários, tema do presente trabalho, antes de qualquer manifestação doutrinária, foi enfrentado por nossos Tribunais que, na análise de casos concretos e ante suas particularidades, acabaram por estabelecer disciplina própria, com rompimento dos cânones tradicionais. Este estudo, portanto, propõe-se a alcançar, com base nas decisões dos Tribunais, uma abordagem sistemática do ponto de vista doutrinário, a fim de oferecer uma modesta contribuição ao despertar do interesse sobre tão palpitante assunto.

A sociedade comercial, com a crescente complexidade das relações econômicas e sociais, assumiu papel de grande relevo na vida moderna, como forma de organização produtiva. Para Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, em "Direito, "sociedade comercial" significa organização produtiva que reveste alguma das formas jurídicas típicas criadas pelos comerciantes para o exercício em comum de suas atividades. A expressão também é empregada para representar o sistema jurídico que organiza normativamente a associação que tem por objeto alguma das atividades reguladas pelo direito comercial"¹.

Verifica-se, na história da humanidade, manifestações diferenciadas do fenômeno associativo. Na antigüidade, por exemplo, não havia um sistema próprio de organização, sendo a atividade produtiva, quase em sua totalidade, agropastoril, exercida por grupos familiares que produziam para consumo próprio, trocando somente o excedente. Nesta fase, pequenas unidades urbanas, de artesãos, aprendizes ou auxiliares, respondiam pela produção industrial. Somente na idade média, segundo autores, surgiram os

* Procurador da República no Rio de Janeiro

¹ "A Lei das S.A., Pressupostos, Elaboração, Aplicação", Renovar, pág. 30.

primeiros modelos de sociedades mercantis, principalmente a partir do século XI, formadas em um universo feudal, "trabalhado por outras estruturas associativas de maior relevo e significado: as corporações de ofício e as religiosas"². Por certo, não cabe aqui, dado os limites do tema, tecer considerações maiores acerca da evolução histórica das sociedades comerciais. Vale, contudo, salientar que o surgimento de novas necessidades, a descoberta de novos mundos, o comércio entre nações, a crescente complexidade das relações econômicas, o avanço científico e tecnológico, bem como a conquista de direitos sociais, ao longo dos séculos, ensejaram o nascimento de tipos novos de sociedades mercantis, culminando, nos tempos atuais, com o fenômeno das gigantescas transnacionais e dos grandes conglomerados empresariais, não raro, de pujança econômica superior a muitos Estados.

O Direito reconhece às chamadas pessoas coletivas, personalidade jurídica, atribuindo a titularidade de direitos. Nos dizeres de Carlos Alberto da Mota Pinto, as pessoas coletivas "tornam-se centros de uma esfera jurídica própria, autônoma em relação ao conjunto de direitos e deveres encabeçados pessoalmente nos seus membros ou serventuários. Possuem um patrimônio próprio, separado das pessoas singulares ligadas à pessoa colectiva. São titulares de direitos e destinatários de deveres jurídicos; adquirem direitos e assumem obrigações através da prática de actos jurídicos, realizados em seu nome pelos seus órgãos"³. Na doutrina, duas teorias procuram explicar o fenômeno da atribuição de personalidade jurídica às pessoas coletivas: a teoria da ficção e a teoria organicista ou realista.

A teoria da ficção, exposta por Savigny e Windsheid, preconiza que a lei, ao estabelecer a personalidade jurídica das pessoas coletivas, estaria procedendo como se tratassem de pessoas singulares, pois somente elas podem ser sujeitos de direito e deveres. Tratar-se-ia, à evidência, de mera ficção jurídica.

Para a teoria organicista ou realista, sustentada dentre outros por Otto Von Gierke, "as pessoas colectivas seriam uma realidade idêntica à das pessoas singulares uma associação com uma personalidade derivada dela mesma; o seu espírito seria uma vontade comum unitária, o seu corpo um organismo associativo. Para esta concepção a personalidade jurídica não resulta de uma concessão discricionária do legislador, mas é a consequência, imposta pela natureza das coisas, da existência de um *organismo real*"⁴.

²ob. cit., pág. 33.

³"Teoria Geral do Direito Civil", 3ª edição, pág. 124.

⁴Carlos Alberto da Mota Pinto, ob. cit., pág. 126.

Sem pretender discutir acerca da procedência de tal ou qual teoria, parece certo afirmar-se que a atribuição de personalidade jurídica às pessoas coletivas, consubstancia um mecanismo essencialmente técnico-jurídico, diversamente da personalidade jurídica dos seres humanos, imposta por concepções ético-jurídicas, com raízes no respeito à dignidade da pessoa humana. Realidade jurídica, as pessoas coletivas tem seu substrato formado por organizações de homens ou de bens e homens, dirigidos à consecução de objetivos sociais comuns. Segundo Manoel de Andrade, "as pessoas colectivas, enquanto providas de personalidade jurídica, são criações do Direito, instrumentos de que ele se serve para a proteção de certos interesses, posto que lhes corresponda um qualquer substrato material. A personalidade colectiva, sem deixar de ter as suas conexões com a realidade social, é pois, primacialmente, uma realidade técnico-jurídica - uma forma jurídica de concentração e unificação de dadas relações"⁵.

A despeito de constituírem instrumentos de crescimento econômico, como "todas as realidades humanas, a experiência das sociedades comerciais é ambivalente: instrumentos insubstituíveis do progresso econômico, tais organismos não ficam imunes de degenerações patológicas que requerem a intervenção repressiva da lei penal"⁶. Nesta acepção, pode-se falar em crimes societários, consistentes em comportamentos típicos e ilícitos praticados pelos representantes da pessoa jurídica, em nome desta, capazes de ofender ou colocar em perigo os indivíduos, a coletividade, ou mesmo o Estado. Ressalte-se que, nos crimes societários, ao contrário das associações de delinquentes, o fato típico e ilícito "é praticado em nome da sociedade que não foi constituída - embora excepcionalmente isso aconteça - com fito ilícito"⁷.

Tais condutas penalmente ilícitas são popularmente conhecidas por "crimes de colarinho branco", em tradução literal da expressão cunhada pelo sociólogo norte-americano Edwin Sutherland, no final dos anos 30, para referir-se aos crimes cometidos por uma pessoa de respeitabilidade e elevado *status* sócio-econômico, no exercício de suas atividades empresariais. A despeito de emblemática, a expressão "crime de colarinho branco" não se presta para definir o objeto do chamado delito econômico. Neste sentido, afigura-se procedente, a crítica feita por Eduardo Correia: "o caminho de se recorrer a uma tipologia de agente para definir o direito penal econômico, esquece que toda a legislação criminal, num Estado social de direito, há de passar, fundamentalmente, pela definição dos bens jurídicos ou valores que pretende proteger e pela descrição do *modus operandi* que os viola ou põe em perigo: -

⁵ "Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. I, 1960, pág. 52.

⁶ "Direito Penal das Sociedades Anônimas", Cesare Pedrazzi e Paulo José da Costa Júnior, Revista dos Tribunais, pág. 3.

⁷ "Direito Penal Econômico", Manoel Pedro Pimentel, RT, pág. 138.

não poderá ser, pois, um simples direito penal de "agentes"⁸. Segundo o professor Francisco de Muñoz Conde, referindo-se aos delinquentes econômicos, "no parece que tales delinquentes tengan especiales connotaciones o características somáticas o psíquicas que los hagan más susceptibles de llegar al delito. Tampoco el poder económico como tal lleva necesariamente aparejado la comisión de delitos, por más que ciertamente las posiciones de predominio en el mercado y una cierta impunidad que siempre proporciona el poder, favorecen de algún modo la comisión de ciertos abusos que pueden revestir los caracteres de delito" e, mais adiante adverte: "En todo caso, en el Derecho Penal moderno, delincuente es el que comete un delito y no el que procede de un medio social determinado y tiene determinadas connotaciones personales"⁹. De outra sorte, os crimes societários, a exemplo do que ocorre com os demais delitos de natureza econômica, não recebe da Sociedade a mesma reprovação incidente sobre crimes tidos por comuns, tais como furto, roubo, seqüestro etc, isto porque, nas palavras de Wilfried Hassemer, as "formas de ação da criminalidade moderna são civis, não corre sangue, só no final, talvez, haverá um pouco de agressão. De um modo geral há colarinhos brancos, caneta, papel, assinaturas de contratos e, também, por isso os danos desse tipo de criminalidade não são visíveis"¹⁰

A organização e a utilização de empresas no cometimento de crimes têm sido objeto de estudos recentes. "A organização incluí supostamente toda uma complicada maquinária para manter a corporação fora do alcance da lei e de sua execução, mediante a contratação de administradores-chave, por sua posição na comunidade e por suas influências, assessores e relações com os organismos governamentais"¹¹. Sendo a responsabilidade penal pessoal, com prevalência da máxima *societas delinquere non potest*¹², apesar dos artigos 173, § 5º e 225, § 3º, ambos da Constituição Federal, ainda carentes de implementação, por ausência de lei ordinária, bem assim a inexistência de uma responsabilidade solidária em matéria criminal, mister se faz a identificação do

⁸Direito Criminal - aspectos fundamentais da problemática do direito criminal, 1975, p. 150, nota 89.

⁹Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 11, pág. 8.

¹⁰Rev. Brasileira de Ciências Criminais, vol. 8, pág. 45.

¹¹Rev. de Direito Penal, vol 25, p. 97.

¹²Muitos doutrinadores, atentos às novas formas de criminalidade, vêm propondo a adoção de sanções penais às pessoas jurídicas que, através de suas atividades, infringem o comando encerrado em norma penal. É certo que a responsabilidade de pessoas jurídicas não é novidade no mundo jurídico anglo-saxão, sendo adotada em países da Europa e no Japão. Nossa Constituição Federal, em seu art. 205, § 3º, prevê a possibilidade de aplicação de sanções às pessoas jurídicas que exercem atividade lesiva ao meio ambiente. Logicamente, tal preceito normativo carece de normatização infraconstitucional para ganhar eficácia plena. De outra sorte, o XV Congresso Internacional de Direito Penal, aprovou o seguinte enunciado: "Os sistemas penais nacionais devem, sempre que possível no âmbito de sua respectiva constituição ou lei básica, prever uma série de sanções penais e de outras medidas adaptadas às entidades jurídicas e públicas" (Trecho extraído do vol. 8, da Revista Brasileira de Ciências Criminais, pág. 129).

autor efetivo de tais crimes que, no caso das grandes corporações com a repartição de tarefas sociais, envolve intensa pesquisa.

Fixadas as premissas básicas à compreensão do tema, é o momento de tecer algumas considerações acerca da peça inicial das ações penais públicas.

A denúncia, peça inaugural da ação penal pública, seja esta condicionada ou não, está para o processo penal como a petição inicial para o processo civil. Com sua propositura, o Ministério Público, titular da persecução penal, deduz a pretensão punitiva do Estado, nascida da violação de uma norma penal por um agente determinado. Embora alguns neguem a existência de uma verdadeira lide penal, o certo é que a violação de uma norma de natureza penal faz nascer uma pretensão jurídica, consistente no poder/dever do Estado de identificar, perseguir e, finalmente, punir o violador da norma com a sanção mais grave prevista no ordenamento jurídico de um povo: a pena. Não qualquer violação sob a imposição de uma sanção indefinida, mas sim a conduta humana voluntária e finalmente dirigida à realização de um tipo previamente estabelecido em lei votada pelo Parlamento, sob a ameaça de uma sanção também previamente cominada (Princípios da Legalidade e Anterioridade).

No Estado Moderno, mesmo ante a flagrante prática de um crime, não se sujeita o autor imediatamente à pena. Para Frederico Marques, forte em lição de Tolomei, "o Direito Penal não cria somente direitos subjetivos a favor do Estado e nenhuma pretensão juridicamente tutelada, ao indivíduo, pois o Estado tem o direito de punir apenas nos casos expressamente determinados pelo direito objetivo"¹³. Segundo o mesmo autor, desse limite surge o direito subjetivo de liberdade dos cidadãos, "implicitamente tutelado pela mesma norma de Direito Penal e explicitamente por outras normas (direito constitucional) e que consiste na pretensão de não ser punido fora dos casos expressamente previstos em normas emanadas dos órgãos competentes"¹⁴. Não há que se falar, nessa perspectiva, portanto, em prevalência do interesse estatal em detrimento do direito de liberdade do indivíduo, com submissão desse diretamente às sanções penais cominada. Não. Com efeito, a aplicação penal somente torna-se possível, mediante coação indireta, diga-se, processualmente. Desta feita, submete-se o Estado-administração ao controle *a priori* do Poder Judiciário, mediante a aplicação da norma penal na solução da lide, consubstanciada no conflito de interesses entre o poder/dever de punir do Estado e o direito à liberdade do indivíduo. A pretensão punitiva, por conseguinte, há de ser jurisdicionalizada, provocando-se o Estado-Juiz

¹³"Elementos de Direito Processual Penal", vol. 1, pág. 11.

¹⁴ob. cit., pág. 11.

mediante o oferecimento da denúncia (princípio da demanda), pois *nulla poena sine iudicio*.

A sujeição do Estado, titular do direito de punir, ao judiciário, no que se convencionou chamar de processualização da justiça penal, é corolário lógico do sistema acusatório (CF, art. 129, I), fundado no trinômio (juiz, autor e réu), caracterizado pela perfeita separação entre as funções de acusação, julgamento e defesa, cometidos que são a órgãos distintos e independentes, em processo público e bilateral, nascido sob a inspiração dos princípios da inércia do órgão julgador (*ne procedat iudex ex officio*), do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da motivação das decisões, da imparcialidade do juiz, da livre apreciação da prova, da vedação à admissibilidade da prova obtida por meios ilícitos e, finalmente, do devido processo legal, todos de consagração constitucional em nosso ordenamento jurídico.

A denúncia, como já delineado, sendo a peça inaugural da demanda, viabiliza, pois, a pretensão punitiva do Estado, devendo sujeitar-se a certos requisitos e condicionamentos.

Preconiza o art. 41, do Código de Processo Penal:

"Art 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas."

Os requisitos estabelecidos pelo mencionado artigo de lei, guardam estreita correspondência aos enumerados no art. 282 do CPC. São requisitos essenciais, portanto: a) qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo; b) exposição do fato criminoso; c) classificação do crime; d) rol de testemunhas, se por esse meio se pretender a prova do fato ou da autoria.

O membro do Ministério Público, então, deverá proceder à descrição clara e precisa dos fatos que se subsumem a uma norma penal, de molde a propiciar a ampla defesa, tudo em homenagem aos princípios do contraditório e do devido processo legal. Ou seja, a denúncia para ser apta, deve conter todos os elementos componentes do tipo penal, fatos estes que esteiam o pedido acusatório, constituindo a base empírica da pretensão. Os fatos típicos e ilícitos, de tal sorte, dão o fundamento jurídico à dedução da pretensão punitiva do Estado em juízo, formando a *causa petendi* da ação penal, a razão do pedido de condenação. "Tratando-se de ação penal condenatória, o seu exercício pressupõe a formulação de uma acusação. Esta se

compõe basicamente de dois elementos: a imputação e o pedido de condenação. Imputação e pedido de condenação formam a acusação"¹⁵. A imputação, portanto, consiste na atribuição a alguém de um fato criminoso. O objeto ou *petitum*, pode ser imediato ou mediato. O imediato é o pedido de tutela jurisdicional enquanto o mediato implica no pedido de aplicação da sanção cominada. Para Frederico Marques, acusar "é deduzir a pretensão punitiva em juízo, mediante o pedido de condenação do réu por fato delituoso que lhe é atribuído"¹⁶.

A imputação significa a atribuição de um fato típico, ilícito e culpável a determinada pessoa. Assim, a denúncia, como peça fundamental da ação penal pública, deve conter em sua parte descritiva, como já dito, todos os elementos componentes do tipo penal, bem como todas as circunstâncias juridicamente relevantes. Circunstâncias estas que tanto podem implicar o aumento gradativo da reprimenda, como servir ao exame, em tese, da ilicitude e culpabilidade da conduta descrita. "Assim, como se afirma na doutrina, na denúncia devem estar esclarecidas tais questões, fundadas nas seguintes indagações: *quis* (o sujeito ativo do crime); *quibus auxiliis* (os autores e meios empregados); *quid* (o mal produzido); *ubi* (o lugar do crime); *cur* (os motivos do crime); *quomodo* (a maneira pela qual foi praticado) e *quando* (o tempo do fato)"¹⁷. "Elemento imprescindível na imputação é a descrição do fato delituoso. Trata-se, como diz Luigi Sansò, de "elemento absolutamente necessário", porque sem essa descrição não se pode atribuir algo ao indiciado ou acusado. Um fato tão-só se considera atribuído a alguém através da descrição "che lo determina, lo specifica, lo precisa, lo indica, lo delimita". Sem a descrição não existe imputação, pois apenas se imputa a alguém aquilo que está descrito; o que não se encontra descrito não pode ser atribuído a título de imputação". Mais adiante conclui o professor Frederico Marques: "Na imputação, há os seguintes elementos: a) descrição de fatos; b) qualificação jurídica-penal desses fatos; c) a atribuição dos fatos descritos a alguém"¹⁸.

A qualificação jurídica dada aos fatos narrados na denúncia, a seu turno, afigura-se meramente provisória, conquanto o juiz pode entender, no momento da sentença, à luz de todo o conjunto probatório, que os fatos deduzidos pelo Ministério Público subsumem-se a outro modelo legal, merecendo, pois, nova qualificação jurídica, consoante dispõe o art. 383 do CPP.

¹⁵ Afrânio Silva Jardim, Direito Processual Penal Estudos e Pareceres, 2ª ed., pág. 89.

¹⁶ José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, Forense 2ª ed., pág. 151.

¹⁷ Julio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal Interpretado, Atlas, 2ª ed., pág. 89.

¹⁸ Ob. cit., pág. 236/237.

De outro lado, a pretensão punitiva deve ser deduzida contra alguém determinado, tanto assim que o art. 41 do CPP, exige, como requisito de validade da peça acusatória, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo.

Cumpra salientar, ainda, que situando-se o dolo no tipo, segundo a teoria finalista da ação, indispensável afigura-se a descrição do elemento volitivo do agente no corpo da denúncia, sem o qual o Ministério Público imputará a alguém a prática de um fato atípico. Da mesma forma, no caso de crimes punidos a título de culpa, elemento normativo do injusto, haverá a necessidade de especificação do conteúdo da conduta imprudente, imperita ou negligente.

A bem da verdade, a descrição fática de uma conduta típica é formulada segundo os elementos que encerram o conjunto probatório, no momento da denúncia. Assim, a imputação feita na denúncia, apresenta-se como provável, eis que alicerçada em um contexto probatório mínimo, donde inferem-se indícios de autoria e materialidade. A certeza, por força do princípio da presunção de inocência de sede constitucional, somente ocorrerá após o trânsito em julgado da sentença penal. De tal sorte, a denúncia, como peça acusatória, apresenta-se como uma proposta de prova, pois através dela o Ministério Público propõe-se a demonstrar que os fatos passaram-se da forma como enunciados. Assim sendo, descabe ao juiz, quando do exame preliminar da denúncia, uma análise detida do conjunto probatório mínimo que serviu de supedâneo à mesma, como se estivesse pronunciando uma decisão de mérito.

A imputação não se apresenta apenas como elemento primordial de identificação da ação penal, mas, também constitui-se em fator delimitador da prestação jurisdicional, conquanto deve haver perfeita correlação entre a acusação e a sentença. A correlação entre acusação e sentença é imposição ligada ao princípio da inércia da jurisdição, constituindo verdadeira garantia do contraditório e da ampla defesa, eis que a narração do fato imputado não deve ser de molde a dificultar o exercício amplo da defesa. A vinculação temática do juiz é assunto que suscita sérias dúvidas, merecendo uma abordagem mais profunda o que, decerto, transporia os limites desta modesta contribuição.

Como já se disse alhures, a "denúncia ou a queixa são peças fundamentais, não só por promoverem o nascimento da relação jurídica processual, como porque são os instrumentos através dos quais é formulada a acusação, imputando-se a alguém o cometimento de infração penal e pedindo-se a sua condenação. Devem assim existir, como realidade fática ou jurídica, para que o processo se constitua. Impõe-se, ademais, que descrevam de forma clara e precisa a conduta criminosa, a fim de poder o réu exercer com amplitude a sua defesa, sabendo do que é acusado, sem o que não será possível o pleno

exercício do direito de defesa, cujo pressuposto inicial é o conhecimento do teor da imputação"¹⁹. A ação penal, portanto, inicia-se com a apresentação da denúncia em juízo, estabelecendo-se, por essa ocasião, uma relação processual linear, entre o Estado-Administração e o Estado-Juiz que somente angulariza-se, com a citação válida do réu.

Além dos elementos até aqui apontados, a denúncia deve basear-se em conjunto probatório mínimo, para alguns uma verdadeira condição da ação penal denominada justa causa, capaz de indicar ao órgão julgador a provável prática de ilícito penal, bem como sua respectiva autoria. Não que o inquérito policial seja indispensável. Não. Basta que haja um conjunto de elementos, de cunho probatório, que poderá constar de inquérito policial ou de quaisquer peças de informação. Com efeito, o Ministério Público não está obrigado a instaurar inquérito policial para denunciar, basta que através de elementos outros, chamados de peças de informação, tenha o alicerce do qual exsurjam elementares e circunstâncias ligadas ao tipo, necessário e suficiente à formulação da acusação contra uma pessoa determinada. De tal sorte, a denúncia oferecida contra alguém sem base em tais provas, consubstanciadoras de elementos probatórios mínimos da ocorrência de um crime e de sua respectiva autoria, merece rejeição, por aplicação dos arts. 43, III e 648, I, ambos do CPP.

A denúncia, portanto, deve ser capaz de refletir a realidade provisória encerrada no inquérito policial ou nas peças de informação. Nunca a formulação de uma acusação, resultante de pura criação mental de seu autor. Em síntese, a denúncia deve vir acompanhada de um mínimo conjunto probatório que demonstre sua viabilidade, sua plausibilidade. O contrário, representaria odiosa consagração do arbítrio e da prepotência do Estado em detrimento da liberdade dos cidadãos, constitucionalmente assegurada, caracterizando o denominado abuso do poder de denunciar, passível mesmo de ser corrigido através do remédio heróico do *habeas corpus*.

Entretanto, a validade da assertiva *supra* aduzida, não conduz à conclusão de que ao juiz é lícito um exame detido e aprofundado do conjunto probatório mínimo apresentado com a denúncia, a pretexto de verificar se os fatos alegados pelo Ministério Público encontram-se provados. A acusação formulada pelo Ministério Público, devidamente lastreada, apresenta-se, ao Juiz, como já dito, como uma realidade posta naquele momento, extraída dos elementos que a acompanham, traduzindo-se em uma proposta de prova. Através da denúncia, propõe-se o Ministério Público a demonstrar, no curso da ação penal, sob o crivo do contraditório, que os fatos imputados ao réu

¹⁹Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, As Nulidades no Processo Penal, Malheiros, págs. 75/76

passaram-se na forma descrita na peça exordial. Segundo já decidiu o E. Supremo Tribunal Federal, incabível o exame detido da prova policial, uma vez que isso implicaria absolvição sem processo (REcrim 90697, DJU 30.11.79, p. 8986). O magistrado, pois, verificará se a denúncia cumpre os requisitos do art. 41 do CPP, se estão presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, em cognição sumária.

Após tais considerações gerais sobre o instituto da denúncia, cumpre proceder a uma aproximação específica do tema ligado aos crimes societários, que mereceu dos tribunais tratamento próprio.

Nos crimes em questão, há, normalmente, a participação de mais de uma pessoa em concurso de agentes, dada a impossibilidade de constituição e manutenção de sociedades unipessoais, somente admitidas excepcional e transitoriamente no direito pátrio. De tal sorte, tem-se, então, que as deliberações sociais são tomadas em conjunto pelos sócios, controladores, diretores ou administradores da empresa. Assim, uma vez afastada a possibilidade, em nosso ordenamento jurídico, de responsabilização penal da pessoa jurídica, bem como da responsabilidade penal solidária ou mesmo objetiva, cumpre indagar: como há de proceder o Ministério Público, ante a prática de um crime perpetrado em concurso de agentes, através da utilização de uma pessoa jurídica?

Na formulação de uma denúncia, na hipótese de crime praticado em concurso de pessoas, tradicionalmente afirma-se a obrigatoriedade de especificação e descrição pormenorizada da conduta de cada co-autor ou partícipe, sem o que restará inepta a peça acusatória. Em consequência, impõe-se ao Ministério Público, na denúncia, a narração individualizada das condutas de cada co-autor, cuja violação, importa em grave desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, porquanto o réu se defende da imputação de crime contida na denúncia, não do artigo de lei referido pela acusação (STF, RTJ 64/57; no mesmo sentido: HC 56.874, DJU 8.6.79, p. 4534, RT 519/363 e RTJ 95/131). Além disso, a co-autoria ou a participação exigem liame subjetivo, a adesão de uma vontade a outra, que faz parte do próprio tipo penal, razão pela qual há de constar da peça exordial, sem o que estará o Ministério Público narrando uma verdadeira hipótese de autoria colateral, em que um sujeito desconhece o comportamento do outro. Por outro lado, a omissão na denúncia ao art. 29 do CP, que trata do concurso de agentes, não causa sua inépcia quando, pela exposição do fato, a peça inaugural deixa explícita a concorrência de participantes do crime (STF, RTJ 79/838, 77/116).

No entretanto, no concernente às hipóteses de crime societário de autoria coletiva, nota-se, por parte dos tribunais, um certo abrandamento na exigência de narração individualizada da conduta de cada co-autor ou partícipe,

sob a consideração de que "É característica do crime societário o fato de o ilícito resultar da vontade que a cada um dos mandatários ou responsáveis pela pessoa jurídica cabia manifestar"²⁰. Presume-se mesmo, que o benefício advindo da prática do crime, seja auferido por cada um dos sócios em particular.

Ademais, partem nossos tribunais da premissa de que raramente o Ministério Público dispõe, no limiar da ação penal, de elementos probatórios mínimos que lhe permitam discriminar a participação de cada sócio no crime societário, pois constitui "condição impossível de ser exigida o pleno conhecimento das deliberações tomadas na privacidade do órgão da administração"²¹. Segundo o Pretório Excelso, "quanto à divisão precisa desses fatos, em relação a pessoas que agem intimamente dentro de um órgão, e que são, por natureza, solidários na prática de todos os atos, essa precisão nem sempre é exigível. É reclamar-se demonstração prévia de total impossibilidade. O Ministério Público não pode convencer plenamente senão dentro do contraditório da própria ação penal, isto é, na discussão da proposta acusatória"²². Assim, dada a natureza de tal crime de autoria coletiva e suas peculiaridades, impossível exigir-se, no momento da denúncia, a individualização pormenorizada da conduta daqueles que, valendo-se da pessoa jurídica, praticam crimes.

Contudo, mesmo em tais casos, sem negar-se o acerto da tese abraçada pelos Tribunais, a peça acusatória deve apresentar narrativa detalhada dos fatos, de molde a propiciar o exercício da ampla defesa, ainda que não especifique a conduta de cada co-autor, bem como estar lastreada em conjunto probatório mínimo que sirva de supedâneo à pretensão do Estado. Conjunto probatório este que deve conter indícios de autoria e materialidade do crime imputado. Em outras palavras, é mister que haja justa causa para a imputação genericamente formulada na denúncia²³, porquanto somente será passível de

²⁰Recurso em *Habeas Corpus* nº 2.862-9 - SC, STJ, Min. Pedro Acioli.

²¹STF, RTJ 101/563.

²²RTJ 125/1.063)

²³*Habeas Corpus*. Crime contra a ordem tributária. Crime de autoria coletiva ou conjunta: exportação de madeira serrada de *pinus ellioti*, como se fosse *pallets*, para desfrute da imunidade do ICMS. Trancamento da ação penal: inépcia da denúncia e falta de justa causa. 1. A denúncia, nos casos de crimes de autoria coletiva ou conjunta, em especial nos delitos praticados em sociedade, pode conter narração genérica dos fatos, sem especificação pormenorizada da conduta de cada agente, desde que não prejudique o direito de defesa, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao art. 41 do CPP. No caso, a denúncia não é inepta porque descreve o fato típico com as principais circunstâncias, contém os requisitos legais e permite o exercício do direito à ampla defesa; não ofende à lei, nem é obscura ou contraditória. 2. Pedido de *habeas corpus* que não indica quais os sócios responsáveis pela operação impugnada, a fim de excluir os que são a ela alheios. 3. Quando há, em tese, fato penalmente típico e indícios de autoria razoavelmente demonstrados e superficialmente comprovados, há justa causa para a ação penal, onde o órgão acusador deve provar os fatos e a culpa dos denunciados. Entretanto, se em 9 precedentes com decisões administrativas favoráveis à empresa

responsabilização penal, aquele que, voluntária e conscientemente, praticar qualquer das condutas descritas em tipos penais, não se admitindo presunção de autoria, seja por uma especial qualidade do agente seja pela posição por ele ocupada na administração de uma determinada pessoa jurídica. Com efeito, não se pode admitir uma denúncia vazada em termos de mera ficção literária, sem apoio em provas, um simples produto da criação mental de seu subscritor.

O CONCEITO DE INADIMPLENTO FUNDAMENTAL DO CONTRATO NO ARTIGO 25 DA LEI INTERNACIONAL SOBRE VENDAS, DA CONVENÇÃO DE VIENA DE 1980

Véra Maria Jacob de Fradera*

Sumário

Introdução. I. O direito de resolução como categoria geral na teoria do inadimplemento. II. O inadimplemento fundamental no artigo 25 da lei internacional sobre vendas: a) O conceito de inadimplemento fundamental. b) O sentido das expressões: prejuízo substancial; imprevisibilidade; pessoa razoável. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

A unificação das normas relativas à compra e venda internacional tem seu início no ano de 1928, quando ERNST RABEL apresentou, ao Presidente do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, em Roma, uma proposta para que fossem uniformizadas as normas relativas à compra de mercadorias no âmbito internacional. Desse projeto resultou, mais tarde, em 1935, um trabalho que Ernst Rabel publicou com o título de "Direito da Compra de Mercadorias"¹.

Devido à eclosão da 2ª Guerra Mundial e às funestas conseqüências dela advindas, os trabalhos de unificação foram interrompidos, até que, em 1964, na Conferência de Haia, duas convenções sobre venda internacional foram aprovadas, a primeira delas, denominada *Uniform Law of*

ficou entendido que os produtos, pelas suas dimensões, são *pallets de pinus elliotti* e que, por não constarem da lista de produtos semi-elaborados, são considerados produtos industrializados imunes ao ICMS nas exportações, art. 155, X, "a", da Constituição, há razão suficientemente relevante que abala a justeza da causa patrocinada contra os pacientes. *Habeas Corpus* conhecido e deferido para determinar o trancamento da ação penal por falta de justa causa. " (Ac. un. da 2ª T. do STF-HC 71.788-8-SC - Rel. Min. Paulo Brossard - j. 20.09.94 - DJU 04.11.94, p. 29.830 - ementa oficial; publicada no "Repertório IOB de Jurisprudência" sob o nº 3/10262)

* Profª da Faculdade de Direito da Universidade Federal do RS. Mestre em Direito Comunitário, Universidade de Paris II.

¹ A obra, no original alemão, *Recht des Warenkaufs*, constitui um clássico na matéria.

Internacional Sale (ULIS) e a segunda, *Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods* (ULFC).

As duas Convenções entraram em vigor em 1972.

Em 1966, a ONU criou a *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), que tinha por tarefa promover a harmonização e a unificação da lei sobre Comércio Internacional, sobretudo através da coordenação do trabalho de organizações ativas neste campo, além de encorajar, estimular a cooperação entre elas.

Em 1968 a UNCITRAL formou um grupo de trabalho para desenvolver o ideal da uniformização das normas sobre venda internacional. Elaborou-se, então, um projeto de Convenção, para ser apresentado à Assembléia Geral da ONU, a qual, através da Resolução 33/39, de 16 de dezembro de 1978, decidiu que seria realizada uma Conferência Internacional para examinar o projeto da UNCITRAL.

A Conferência das Nações Unidas sobre *International Sale of Goods* teve lugar em Viena, no período de 10 (dez) de março a 11 (onze) de abril de 1980.

Notável é a importância desta Codificação sobre a Venda Internacional de Bens, para o desenvolvimento do Comércio Internacional e para a intensificação das relações comerciais entre os Estados e entre os cidadãos nacionais dos signatários da Convenção supra citada.

A observação da realidade do mundo dos negócios determinou a necessidade de unificação de certas normas jurídicas, relativas ao comércio. Verificou-se que o comércio internacional é cada vez mais intenso, as necessidades dos seres humanos são cada vez maiores, de modo que as trocas internacionais tornaram-se frequentes. Se por um lado o desenvolvimento dos negócios internacionais era evidente, por outro, os meios legais para consolidar as relações comerciais no plano internacional, por exemplo, os contratos sobre venda de bens móveis, continuaram a ser regidos pelas leis nacionais de cada ordem jurídica interna, o que determinava o aparecimento de prejuízos e dificuldades, dada a falta de certeza, além de dúvidas quanto à correta interpretação.

Um dado peculiar às relações comerciais internacionais é o de que o comércio internacional parece ser mais frequente nos países com posição proeminente tanto no plano econômico como político, e muitas vezes sucede que os contratantes não estejam em posição de perfeita igualdade, tendo um deles menor poder de barganha do que o outro. Esta situação também foi

considerada quando pretendeu-se a elaboração de leis reguladoras do comércio internacional de bens, que, além de uniformes, levassem em conta as condições sócio-econômicas de ambos os contratantes.

Esta problemática conduz à conveniência de ser esclarecido o conceito de inadimplemento fundamental, estabelecido no artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas na Convenção de Viena de 1980, porquanto, ocorrendo uma situação de não cumprimento contratual, a regra geral é a de que a parte lesada exerça o direito de resolução.

O direito de resolução tem sua origem remota no Direito Romano, onde se admitia que a parte que cumpria, exercesse, face ao não cumprimento, uma ação com finalidade de reclamar a obrigação devida; não dispunha, contudo, de uma ação que extinguisse o contrato. Nos contratos de compra e venda, aos poucos, surgiu a prática de inserir uma cláusula expressa, denominada *lex commissoria*, que permitia ao vendedor que havia cumprido com suas obrigações, considerar resolvido o contrato. Esta cláusula tinha a finalidade de evitar a posição desigual em que se encontrava o vendedor, ao entregar a coisa vendida, objeto do contrato, pois, ao fazê-lo, transmitia a propriedade da coisa, e não poderia, se necessário, utilizar a ação reivindicatória. Isto porque o contrato de compra e venda era consensual, não real, aperfeiçoando-se, por mero consentimento.

Autores há que buscam a origem do Direito de Resolução na *conditio causa data causa non secuta*, pela qual se podia pedir a restituição da coisa contra o contratante que não tivesse cumprido a sua parte, não sendo exigida a culpa do faltoso, bastando o inadimplemento para exercitar-se a *conditio causa data*. O que é verdadeiro é que esta *conditio* foi estabelecida como sanção ao enriquecimento sem causa.

A corrente que estabelece as origens da resolução nos princípios do Direito Canônico e Feudal, parece ser a correta².

No período medieval, dada a descentralização do poder, tornava-se impossível, ao poder público, assegurar o cumprimento dos contratos. Foi através da influência da Igreja Católica, cuja força se fazia sentir em todos os âmbitos, que passou-se a considerar o compromisso entre as partes como uma obrigação assumida também ante Deus; daí porque o descumprimento dos contratos determinava uma atuação dos Tribunais Eclesiásticos, tendo enorme importância a influência da equidade em matéria contratual, tendo como fundamento a máxima *fraganti fides, fides non est servanda* (a quem quebra a sua palavra, não há porque manter-lhe a data).

²V. Aurora Gonzáles Gonzáles, ob. cit., p. 301.

Cada caso de inadimplemento era levado ao Tribunal Eclesiástico, que, entendendo existir o inadimplemento, decidia com base na regra *franganti fides, fides non est servanda*, ou seja, quem não cumpria sua parte não merecia tutela jurídica para seu direito à contraprestação.

Foi o Direito Canônico, portanto, que firmou a concepção tradicional da resolução nos contratos sinalagmáticos, considerando o contrato bilateral o exemplo típico de acordo que objetiva uma troca de bens, ao qual se deveria aplicar as regras da justiça comutativa, o que determinou a absoluta interdependência entre as prestações. Não há dúvida que os antecedentes do direito de resolução se encontram no Direito Canônico Medieval, porém com uma conotação moral, como já visto³.

Tendo em vista tal perspectiva, o presente trabalho será dividido em duas partes. Na primeira, será estudado o Direito de Resolução como categoria geral, na teoria do inadimplemento.

Na segunda parte será examinado o conceito de inadimplemento fundamental que resulta do artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas.

I - O Direito de Resolução como Categoria Geral na Teoria do Inadimplemento

A resolução é uma instituição jurídica, como já foi visto, com antecedentes romanos, que sofreu, ao longo da História, uma lenta evolução para, hoje em dia, ocupar um lugar preponderante na prática jurídica. Consiste em um direito concedido à parte que cumpre, a fim de que, ao exercê-lo, seja restabelecido o equilíbrio que deve presidir a relação convencional bilateral.

A resolução, bem assim como a revogação e a denúncia, constitui exceção ao princípio da irretroatividade da relação contratual, com fundamento em causas supervenientes. A resolução distingue-se das causas de invalidade, quais sejam, a inexistência, nulidade e anulabilidade, e de ineficácia contratual pois estas atingem o ato negocial de onde a relação provém, impedindo que, por falta de um elemento interno, ou por força de alguma circunstância extrínseca, produza os efeitos normais⁴.

³Exemplo da utilização da doutrina da resolução, no século XIII, temos na atuação do Papa Inocêncio III que, em 1208, dela valeu-se como sanção de uma ação criminal, praticada por vassalo do Conde de Toulouse, que assassinou emissário do Papa. Este enviou uma carta a todos os bispos franceses, liberando aos católicos da obrigação de respeitar a pessoa e os bens do Conde. Cf. Melich-Orsini, *La resolución del contrato por incumplimiento*, cit. por Aurora Gonzáles Gonzáles, ob. ref., p. 183.

⁴Outras hipóteses existem em que pode ocorrer a extinção da relação contratual, v. g., pela caducidade. É a lei que extingue, pelo decurso do prazo, fixado à parte, para exercer determinado direito. Nas relações contratuais estabelecidas com prazo determinado, o decurso deste faz cessar, automaticamente, os efeitos da relação. Têm o mesmo efeito a consecução do fim do contrato, do seu

A resolução consiste, pois, no ato de um dos contratantes, tendo por objetivo, a dissolução do contrato, sem que haja invalidade ou revogação. Resolver equivale a desconstituir⁵.

O direito de resolução pode resultar da lei (resolução legal) ou de negócio jurídico (resolução negocial). Quando não depende de exercício do direito ou pretensão, opera automaticamente (*ipso iure*). No caso de depender deste exercício, denomina-se resolução voluntária.

O direito de resolução, seja o que resulte de negócio jurídico, seja o que tenha fonte na lei, constitui espécie de direito **formativo**. É mediante o exercício de um direito formativo, através de ato jurídico unilateral, que provém a resolução. O exercício deste direito dá-se por meio de ato em sentido estrito.

Seria o direito de resolução um exemplo de direito formativo extintivo? A dificuldade em adotar-se esta denominação, ponderou Emil Seckel, está em que o ato que extingue também forma direitos⁶. Isto fica evidente quando se visualiza os efeitos do negócio jurídico, pelo lado de quem o exerce.

No Direito Brasileiro, o direito de resolução decorre do disposto no § único do artigo 1092 do Código Civil, que reza:

"A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos."

O termo "rescisão", utilizado pelo legislador no texto acima transcrito é, conforme Pontes de Miranda, erro crasso, deve ser evitado. De "resolução" é que se trata⁷.

Realizando uma análise cuidadosa do teor do § único do artigo 1092 do Código Civil, percebe-se que o legislador nele disciplinou apenas as **conseqüências** do inadimplemento, não o inadimplemento em si mesmo, o que redundava em dificuldades para o intérprete e para o aplicador, de vez que várias são as formas pelas quais ocorre inadimplemento.

objetivo e também a ocorrência de certos fatos, aos quais a lei atribui o efeito de extinguir o contrato, v. g., a morte de alguém.

⁵Muitos são os autores que, para explicar o que seja o direito de resolução, utilizam o termo desconstituir. Ver, por todos, Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, § 4.246.

⁶Emil Seckel, autor de *Die Gestaltungsrechte des Burgerlichen Rechts*, cit. por Clóvis do Couto e Silva, in *Obrigações como Processo*, p. 87 e ss.

⁷V. Pontes de Miranda, obra cit., p. 337.

Dentre as lacunas que podem ser apontadas neste texto legal, em primeiro lugar, a falta de adjetivação do inadimplemento, podendo nele serem incluídas todas as causas conhecidas de não satisfação do crédito. É portanto necessário ser feito um amplo exame do inadimplemento que pode servir de base ao exercício do direito de resolução, antes de enfrentar-mos a questão central de nosso trabalho, que é a do inadimplemento fundamental.

Pelos contratos bilaterais ou sinalagmáticos, criam-se obrigações para ambas as partes, e os efeitos destas obrigações recíprocas serão produzidos quando cada uma das partes tenha cumprido a sua obrigação. O inadimplemento de um dos contratantes ocasiona a insatisfação do outro, podendo, em consequência, conforme o disposto no § único do artigo 1092 do Código Civil, exercer o direito de resolução.

O adimplemento, finalidade da obrigação (ele a "atrai e polariza", conforme ensina Clóvis do Couto e Silva)⁸, deverá, contudo, revestir-se de certas qualificações, sob pena de não ser aceito pelo credor. É o que estabelece o artigo 1056 do Código Civil: "Não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos". O devedor deverá efetuar a prestação devida pelo modo e na época estipulados. É uma norma que encontra semelhança com outras, dispostas nos Códigos Cíveis da França (artigo 1147), da Itália, Espanha (1171 e 1271), Portugal e Bélgica, bem como nos direitos Inglês e Americano do Norte.

O Código Civil Alemão, B G B, contudo, não conhece uma noção geral de inexecução, faz, apenas, a regulamentação de algumas de suas formas, quais sejam, a impossibilidade e a mora (do devedor e do credor).

No direito alemão, uma vez ocorrendo o inadimplemento, deve o credor escolher entre revogar o contrato (*den vertragrückgängig machen*) ou denunciá-lo e reclamar perdas e danos (*an ihm festhalten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen*). A revogação do contrato, através exercício do Direito de resolução (*Vertragsaufhebung*), afasta, portanto, a pretensão à perdas e danos, que, no B G B, constituem escolha alternativa (vide §§ 325, 326, 463 e 635).

As legislações que, em matéria de resolução, buscaram inspiração no *Code de Napoléon*, em seu artigo de número 1184 (*résolution avec dommages et intérêts*), fazem a combinação entre resolução e perdas e danos, o que seria, na opinião de E. von CAMMERER, a solução mais equitativa e moderna, adotada pela Suécia, em suas leis comerciais e, mais recentemente,

⁸V. Clóvis do Couto e Silva, *Obrigações como Processo*, p. 5.

pelo Código Austriaco (A B G B), através de legislação complementar, e pelo *Uniform Commercial Code* (U C C), em seus §§ 2.106 e 2.711 e 2.712⁹.

O momento do cumprimento é um dos pontos mais relevantes no estudo desta matéria, relativa à resolução, na teoria do inadimplemento. Uma questão que logo nos impressiona é a de que como a mora e o adimplemento absoluto podem ser distinguidos, um do outro.

Face à mora, retardamento culposo, embora a obrigação não tenha sido cumprida no lugar, tempo e na forma devidos, existe, ainda, não obstante, a possibilidade de cumprimento. Esta possibilidade decorre da circunstância de ser útil, ao credor, a prestação, apesar do atraso. Alguns doutrinadores denominam a mora inadimplemento relativo.

O inadimplemento é absoluto quando a obrigação não é cumprida no prazo e nem pode mais ser cumprida por impossibilidade imputável ao devedor ou por imprestabilidade da prestação ao credor.

Apesar de apresentarem algumas diferenças, tanto a mora como o inadimplemento constituem formas de violação contratual, podendo-se afirmar que a mora é espécie de inadimplemento. A doutrina, em sua maioria, costuma distinguir as duas formas de violação contratual pelo fato de, na mora, existir a possibilidade de purgação ou emenda, enquanto que, no inadimplemento, por ser fato irreversível, incide o pagamento das perdas e danos.

Em que pese ser esta a forma como é feita, pela maioria dos autores, a distinção entre mora e inadimplemento, entendemos ser o credor quem vai possibilitar receber ou não a prestação. A ele, credor, não importa ter obtido o resultado a que fazia jus por vontade do devedor, ou mediante execução forçada; se, porém, a obrigação for do tipo infungível, não há como constranger o devedor, o inadimplemento será absoluto, e as perdas e danos serão devidas.

Ainda com relação ao inadimplemento, é preciso distinguir entre inadimplemento absoluto e inadimplemento ruim¹⁰ em que o devedor, embora

⁹O UCC distingue entre *Termination* e *Cancellation* do contrato. *Termination*, segundo o disposto no parágrafo 2.106, ocorre quando ambas as partes, de acordo com o que lhes faculta a lei ou o contrato, decidem por fim ao contrato, por outra forma que o não cumprimento (*otherwise than for its breach*). As partes ficam isentas de todas as obrigações, ainda por cumprir, mas nenhum direito, baseado em anterior quebra ou mau desempenho, sobrevive. *Cancellation* ocorre quando uma das partes põe fim ao contrato, por inadimplemento (*for breach*), praticado pela outra contratante, e o efeito resultante é o mesmo que ocorre na *Termination*, exceto que a parte prejudicada mantém as sanções por inadimplemento, como um direito seu.

No parágrafo 2.712, 2, o UCC permite ao comprador reaver, junto ao vendedor, as despesas com o cancelamento do contrato, como sanção, juntamente com quaisquer outras indenizações, definidas na lei, como lhe sendo devidas.

preste, deixa de prestar como deveria, ocorrendo, então, violação positiva da pretensão ou do contrato, a "*positive Vertragsverletzung*"¹¹.

O adimplemento ruim, insatisfatório ou defeituoso é aquele, pois, em que houve desatenção aos deveres denominados anexos ou secundários, decorrentes do princípio da boa-fé, e que fazem parte do fim da atribuição do negócio jurídico, constituem um *plus*, que com esse fim se relaciona¹².

O adimplemento ruim ou defeituoso, resultante da violação de dever anexo, ou seja, de lesão ao princípio de boa-fé, não se relaciona com a culpa, pois o conceito de dever secundário é mais amplo do que o de culpa, apesar de entre eles existirem pontos de contacto.

Outra questão relativa ao tema adimplemento, é a do denominado "adimplemento próximo ao resultado final pretendido pelo credor", ou "*substantial performance*" da *Common Law*. Esta doutrina do adimplemento substancial foi estabelecida por Lord Mansfield, em 1779, no caso **BOONE v. EYRE**, em que o contrato já havia sido adimplido substancialmente, razão pela qual não se admitiu o direito de resolução, com a perda do que havia realizado o devedor; apenas coube direito de indenização ao credor, por ter sido considerado, no caso, o direito de resolução como abusivo.

Em caso mais recente, 1952, em que litigavam **HOENIG e ISAACS**, Lord Denning sustentou que a questão está em saber se o adimplemento total é condição prévia para o pagamento; concluiu que nem sempre assim sucede¹³, dependendo da extensão do inadimplemento.

A doutrina do *substantial performance* pode ser explicada como resultante da aplicação do princípio da boa-fé em sua atuação mais moderna,

¹⁰A expressão inadimplemento ruim, *Schlechterfüllung*, divulgada por ZITELMANN, é utilizada na Alemanha; entre nós fala-se em adimplemento defeituoso, o mais das vezes.

¹¹A figura da violação positiva do contrato, assim denominada por H. STAUB, tem o sentido de uma lesão culposa da obrigação, que não tenha como consequência nem a impossibilidade, nem a mora. Staub entendia ser a lesão "positiva" pelo fato de, no caso, não ser imputada ao devedor omissão de uma conduta adequada, ou a impossibilidade de um cumprimento moral, mas sim, um agir positivo diferente do esperado.

¹²Sugestivo exemplo é dado por Clóvis do Couto e Silva: "*A*", comerciante, convencionou com "*B*" a fabricação e a colocação de um anúncio luminoso para efeitos de propaganda; "*B*" fabrica o anúncio, conforme o convencionado, mas, ao invés de colocá-lo em local de intenso tráfego, instala-o em lugar pouco frequentado, de sorte que o anúncio nenhum reflexo teria na venda dos produtos. Em tal hipótese "*A*" não poderá considerar o adimplemento como satisfatório, apesar da convenção não determinar o local em que seria colocado o anúncio. "*B*" deveria levar em consideração que quem o contratara era comerciante e, por conseguinte, o anúncio só poderia ter interesse se situado em lugar adequado a sua finalidade". Ver *Obrigação como Processo*, pp. 40.

¹³Os dois exemplos encontram-se em Cheshire-Fitfoot, *Cases on the Law of Contracts*, Boone vs. Eyre, p. 463 e o segundo, Hoenig vs. Isaacs, p. 413-414, citação feita por Clóvis Couto e Silva, in *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, p. 68.

isto é, criando deveres, possibilitando restringir a regra de o cumprimento ser completo ou integral, admitindo solução diversa.

Ensina Karl Larenz que não se deve recusar uma prestação oferecida de modo incompleto, mas na qual falta somente uma pequena parte em relação ao todo, e sem que exista interesse, objetivamente fundado, que se oponha à aceitação da parte oferecida¹⁴.

Observa-se, portanto, que o princípio de que o pagamento deve ser completo sofre exceção, adotando-se a teoria do adimplemento substancial, o direito de resolução toma feição abusiva, pois seu exercício viria a ferir o princípio da boa-fé, quando ele atua como regra limitadora do direito estrito.

Face às considerações expendidas em torno do direito de resolução, previsto no § único do artigo 1092 do Código Civil, entendemos que ele pode ser exercido:

- a) Face a um inadimplemento absoluto;
- b) Face à ocorrência de mora, quando houver, com ela, a perda do interesse, para o credor, na prestação;
- c) Face ao decurso de termo fixado como essencial.

Quanto ao referente às situações de adimplemento ruim ou defeituoso e de adimplemento próximo ao almejado ou *substantial performance*, a solução dependerá da conveniência ou não que resultar, ao credor, o exercício do direito de resolução, ou dito de outra maneira, do exame dos prejuízos acarretados pelo comportamento faltoso do devedor.

Examinados os diferentes tipos ou aspectos que pode apresentar o inadimplemento e a possibilidade de exercício do direito de resolução, como regra geral, bem como as exceções a esse exercício, face a determinados inadimplementos, passaremos ao exame do conceito de inadimplemento fundamental, decorrente do art. 25 da Lei Internacional sobre Vendas, da Convenção de Viena de 1980.

II - O Inadimplemento Fundamental no Artigo 25 (vinte e cinco) da Lei Internacional sobre Vendas

Dispõe o artigo 25 (parte 3ª, Venda de Bens) da Lei Internacional sobre Vendas:

¹⁴In Larenz, Karl. *Derecho de Obligaciones*, Tomo I, p. 150, Ed. Rev. Dir. Priv., Madrid, 1958.

"A quebra do contrato por uma das partes é fundamental se dela resulta um prejuízo para a outra parte a ponto de privá-la daquilo que podia esperar do contrato, a menos que a parte inadimplente não pudesse prever, e uma pessoa razoável, da mesma espécie e nas mesmas circunstâncias, não tivesse podido prever tal resultado.¹⁵"

O teor do artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas, acima transcrito, é de interpretação complexa e controvertida, a começar pela expressão inadimplemento fundamental (*fundamental breach*), desconhecida em muitas ordens jurídicas, mas deveras importante para o sistema de reparação da Convenção.

O artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas, tal como está redigido, resultou de incontáveis propostas e um sem número de esboços, tendo como objetivo a busca de precisão dos termos utilizados na definição. Apesar de tudo, a definição, tal como está redigida, não parece ser de fácil aplicação, tanto pelas partes, como por juizes, pois expressões nela existentes, v.g., previsibilidade, podem dar lugar a interpretações divergentes e contínuas mudanças de ponto de vista sobre o assunto.

A meditação sobre vocábulos como "fundamental", "substancial", "previsível" nunca tem fim, diz o Professor Michael Will, nem tão pouco a controvérsia em torno de seu significado¹⁶. Mas, continua o mestre de Saarbrücken, enquanto filósofos têm tempo para meditar, advogados normalmente não têm, e comerciantes, ainda menos.

A expressão *fundamental breach* ou inadimplemento fundamental foi cunhada pela U.L.I.S. (*Uniforme Law on the International Sale of Goods*), de 1956, e que foi, posteriormente, adotada pela Conferência de Haia de 1964.

A U.L.I.S. dispunha sobre *fundamental breach* e entrou para a linguagem jurídica dos países participantes da U.L.I.S. como *contravention essentielle, wesentliche Vertragsbruch, infrazione essenziale*. Algumas das codificações domésticas dos países participantes da Conferência, sob a influência dos trabalhos preparatórios da U.L.I.S., adotaram a noção de *fundamental breach of contract*. A adoção do conceito de *fundamental breach* ou inadimplemento fundamental representa uma atitude recente do legislador,

¹⁵Na versão inglesa: "A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result".

¹⁶M. Will, in *Commentary on the International Sales Law*, 1980, *Vienna Sales Convention*, p. 209.

ou melhor, de um conjunto de legisladores, reunidos em uma Convenção Internacional, estando portanto, dada sua recente aparição, aberto à interpretação. Não se constitui em um conceito "carregado de história" como tantos existentes no mundo do Direito.

Passemos, a seguir, ao conceito de inadimplemento fundamental.

A - O Conceito de Inadimplemento Fundamental

A definição contida no artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas procura, antes de tudo, separar o inadimplemento fundamental do que não tenha essa qualificação. A distinção é muito importante e deveras necessária, porquanto a existência ou não de inadimplemento fundamental é que vai determinar a vigência ou a resolução do contrato. Daí ter havido uma verdadeira luta em busca de precisão do conceito contido no mencionado artigo 25.

Uma primeira observação, a respeito do texto em exame, é a de que esta definição concebe o contrato como um todo e representa a mudança de adoção de critérios, passando de subjetivos para outros mais objetivos.

Durante os trabalhos preparatórios da U.L.I.S., no ano de 1951, em Haia, o Delegado da Dinamarca propôs estender a noção de quebra do contrato a qualquer violação, de qualquer obrigação do contrato, substituindo a expressão *breach of a fundamental obligation* por *fundamental breach of an obligation*¹⁷. Pretendia, com esse recurso, prevenir a resolução contratual e assim, salvar o contrato, caso a quebra, apesar de atingir uma obrigação fundamental, de fato causasse, apenas, um pequeno ou um insignificante prejuízo. A proposta foi aceita e incluída nos projetos de 1956 e 1963.

Uma questão, desde logo, vem à mente de quem se propõe a estudar o que seja o inadimplemento fundamental, nos termos do artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas, qual seja a de que sistema teria sido utilizado para estabelecer este conceito. Qual seria o critério para considerar o inadimplemento como fundamental ou não.

Pesquisando o Direito Inglês relativo a contratos, encontramos um sistema tradicional, vigorante na *Common Law*, que, no contrato, distingue dentre vários tipos de obrigações, as que são consideradas essenciais (*condition*)¹⁸ e as que, embora relativas à matéria do contrato, são tidas como

¹⁷V. Will, Michael, obra citada, p. 206.

¹⁸O vocábulo *condition* tem várias acepções, inclusive uma que corresponde à condição, no sentido em que é utilizada em nosso direito. Na *Common Law*, no âmbito dos contratos, é utilizada como sinônimo de "termo" do contrato, ou, no original, *in contract writing, condition is often used as synonymous with term*. (C.J.S., vol. 15 A, p. 338). Ainda com referência a contratos, "an implied condition is a

não fazendo parte da sua principal finalidade, apesar de nele, contrato, estarem contidas (*warranty*)¹⁹.

De acordo, com esse sistema, portanto, o prejudicado teria direito à resolução exclusivamente em casos onde uma *condition* estivesse em jogo. O mesmo sistema qualifica uma *condition*, como parte essencial do contrato, quando se pode depreender das circunstâncias que o comprador, v.g., não teria concluído o contrato se esta *condition* não estivesse presente.

Michael WILL sustenta que a origem do conceito de inadimplemento fundamental estaria, justamente, na sentença "não teria concluído o contrato", teria sido sua primeira aparição no mundo jurídico, com o sentido pretendido pelo atual artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas, o qual já teria sido esboçado nos projetos de Convenção, nos anos de 1939 e 1951, em Roma²⁰.

O que deve ser deixado bem claro, é que o inadimplemento fundamental de que nos ocupamos, não tem o mesmo sentido da doutrina da *fundamental breach* do direito inglês, utilizada em algumas jurisdições da *Common Law*.

O inadimplemento fundamental, no plano das relações internacionais, é um pré-requisito pra resolver um contrato. É o que von Caemmerer denominou conceito central, o que permite a resolução do contrato. Não sendo o inadimplemento qualificado como fundamental, restringe-se a sanção à reparação do dano²¹. Se, porém, o termo estabelecido para o adimplemento não for essencial para o contrato, se aplica o sistema da *NACHFRIST*, ou seja, da concessão de um prazo suplementar, ao faltoso, para que cumpra o devido.

Se o dever violado for fundamental, o prejudicado pode declarar a resolução do contrato, sem necessidade de ingressar em juízo, extrajudicialmente, tornando-se, portanto, mais simplificada a solução do litígio.

condition which the law infers or presumes, from the nature of the transaction or the conduct of the parties, to have been tacitly understood between them as a part of the agreement, although not expressly mentioned, and sometimes termed a "condition in law". (C.J.S., vol. 15 A, p. 337).

¹⁹In the law of contracts, a *warranty* is an agreement which refers to the subject matter of the contract, but which is collateral to its main purpose, not being an essential part of it, either from the nature of the case or the agreement of the parties, as stated in contracts". (C.J.S., vol. 93, p. 556, parág. 342).

²⁰V. WILL, Michael, ob. cit., p. 206 e ss.

²¹Diz textualmente o autor "Bei Wesentlichkeit des Vertragsverstoßes, bei einem "fundamental breach of contract", bei einer "contravention essentielle au contrat", kann der Vertrag aufgehoben werden. Stellt sich die Verletzung einer Vertragspflicht als nicht wesentlich dar, so beschränkt sich die Sanktion auf die Leistung von Schadensersatz. In: Probleme des Haager einheitlichen Kaufrechts, AcP, Band 178, p. 131, ano 1978.

Não sendo fundamental o dever inadimplido, faz-se necessária a interpelação²².

As situações em que o comprador tem o direito de resolver o contrato estão enumeradas no artigo 49 da Convenção Internacional sobre Venda, que estabelece, com clareza, quando isto é possível. Interessante é a solução, prevista no texto mencionado, para a circunstância da não-entrega do bem, objeto do negócio. De acordo com o disposto no § 1º, letra "b" do referido artigo 49, a entrega, considerada obrigação essencial (*fundamental obligation*) quando não efetuada, dá lugar à aplicação do mecanismo da *Nachfrist*, ou seja, da concessão de um prazo suplementar. Há neste aspecto, portanto, uma exceção à regra geral do exercício do direito de resolução, face ao inadimplemento de obrigação essencial, porquanto o comprador pode optar pela solução, mas, no caso, não imediatamente, apenas quando o vendedor não entregar o devido

Para que se tenha uma compreensão exata do conceito de inadimplemento fundamental, é preciso examiná-lo vinculado a duas outras expressões, quais sejam, prejuízo substancial e imprevisibilidade, critérios utilizados quando se aplica o mencionado conceito.

B - O Sentido das Expressões

a - Prejuízo Substancial (*Substantial detriment*)

Ocorrendo inadimplemento, ele será fundamental se disser respeito a uma obrigação fundamental do contrato, e acarretar ao prejudicado, seja ele o comprador ou o vendedor, um prejuízo substancial. O que vem a ser prejuízo e qual prejuízo pode ser considerado substancial é o que deve ser explicado.

A própria comissão encarregada do projeto de convenção, o "Working Group", recomendou que a expressão fosse interpretada em sentido amplo, pois os termos em que vem vasada, são amplos, vagos e imprecisos. Manifestando sua opinião, diz o Professor WILL, ao comentar o assunto, que a recomendação do Working Group não é conclusiva em si mesmo, mas representa uma direção.

Não houve acordo, quando da elaboração do projeto de convenção, sobre a natureza do que seja prejuízo substancial, apenas quanto à sua eficácia.

²²É a lição de Ernst von Caemmerer: "Da aber, wo der Leistungstermin nicht vertragswesentlich ist, gilt das System der Nachfristsetzung". Art. cit., p. 133, AcP 178.

A caracterização de um dano como substancial ou não, dependerá do juiz e da interpretação do caso concreto, mas ligado às expectativas da parte prejudicada, levando em consideração não os sentimentos da parte, sim os termos do contrato.

Um aspecto importante nessa matéria é o fato de que as normas contratuais são fixas, enquanto o comércio segue sempre o seu curso, sofrendo alterações devidas aos mais diversos fatores, sendo esse curso, geralmente, imprevisível. As circunstâncias, muitas vezes cambiantes, poderiam, em casos excepcionais, transformar um aparentemente dano substancial, em um dano pouco relevante.

Como exemplo de uma situação desse tipo, poder-se-ia imaginar o seguinte: um vendedor, desatento à obrigação de bem embalar a mercadoria, a fim de ser enviada ao comprador, não toma os cuidados que seriam necessários, mas, não obstante, a mercadoria chega intacta às mãos do destinatário. Houve descumprimento de uma obrigação fundamental, mas não resultou em prejuízo para o comprador. Se, contudo, o comprador tivesse perdido uma oportunidade de revenda do bem, ou tivesse perdido um cliente, então, sim, teria ocorrido o denominado prejuízo substancial, a que se refere o artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas.

b - A Imprevisibilidade

Mesmo constituindo-se em um sistema muito rigoroso de normas, sobretudo no que diz respeito à utilização do direito de resolução, pela ocorrência de inadimplemento fundamental, a Lei Internacional sobre Vendas prevê, no mesmo artigo 25, tantas vezes aqui mencionado, a possibilidade de o faltoso, seja ele o comprador ou o vendedor, fugir ao veredicto de ter cometido uma violação essencial, e às suas consequências, se puder demonstrar que não tinha possibilidade de prever o resultado negativo, sendo que o mesmo poderia ter ocorrido com relação a uma pessoa ponderada, da mesma espécie e nas mesmas circunstâncias. A inclusão da imprevisibilidade, no artigo 25, referente ao conceito de inadimplemento fundamental, foi objeto de inúmeras críticas, por parte dos componentes do *Working Group*, encarregado de criar o projeto de Lei Internacional sobre Vendas, alegando-se que isto haveria de favorecer, encorajar a parte inadimplente, a invocar ignorância das circunstâncias. A consequência, inevitável, seria a de imobilização da outra parte que, mesmo prejudicada, nada poderia fazer. Os defensores da adoção da imprevisibilidade como meio de excusar-se o faltoso pelo inadimplemento, ponderam que o critério é eficiente, porque não basta declarar a imprevisibilidade, é preciso prová-la, e é evidente que nem sempre é fácil fazê-lo, tratando-se de um ponto de vista pessoal em relação ao assunto. Ainda que a parte inadimplente consiga provar a sua imprevisibilidade, isso só, não basta para satisfazer os ditames das

normas relativas ao comércio internacional, outra exigência da Lei Internacional sobre Vendas existe, a de que uma pessoa ponderada, da mesma espécie e nas mesmas circunstâncias, não poderia, igualmente, ter previsto os acontecimentos.

c - Pessoa ponderada (*reasonable person*)

Este é mais um elemento da definição, decorrente do artigo 25, a causar polêmica e suscitar críticas, apesar de sua adoção, pela Comissão elaboradora do Projeto de Lei Internacional sobre Vendas. O principal temor dos opositores à inclusão dessa expressão, dizia respeito às divergências de interpretação, dado que "pessoa ponderada" recebe conotações diversas, nas diferentes Ordens Jurídicas.

Na verdade, diz Michal WILL²³, o critério da pessoa ponderada serve apenas para eliminar pessoas não razoáveis ou não ponderadas, isto é, aqueles que devem ser considerados intelectual, profissional ou moralmente sub-padrões no comércio internacional.

A pessoa ponderada, a que se refere a definição do artigo 25 da Lei Internacional sobre Vendas, recebe dois elementos que auxiliam o intérprete na tarefa de precisá-la (à pessoa), quais sejam, "da mesma espécie", isto é, uma pessoa dedicada a mesma linha de comércio, exercendo a mesma função, enfim, com o mesmo nível sócio-econômico²⁴.

O segundo elemento a precisar o conceito de pessoa ponderada é o de "nas mesmas circunstâncias", que diz respeito às condições nos mercados, tanto internacionais como regionais, à legislação, ao conjunto de fatos relevantes no momento.

A criação de um modelo ideal de comerciante internacional como padrão a servir de medida ao comerciante em carne e ossos, tem como finalidade tornar possível à parte faltosa afastar quaisquer dúvidas respeitantes a sua imprevisibilidade, desde que consiga demonstrar que o seu arquétipo igualmente não teria previsto tais acontecimentos.

Resta fazer uma última observação, com referência ao tempo, à época para ser alegada a imprevisibilidade pela parte faltosa. As normas da Lei

²³No original: "The reasonable person test simply serves to eliminate unreasonable persons; i. é., those who are to be standard in international trade". M. Will, ob. cit., p. 219, *in fine*.

²⁴Durante a discussão sobre as características que deveria ter a pessoa razoável, a *reasonable person*, a França sugeriu a figura tradicional em seu direito, o bom pai de família, adaptado às circunstâncias, "le bon père de famille devenu commerçant international", e a URSS, a do comerciante dedicado ao comércio internacional, "a merchant engaged in international commerce".

Internacional são omissas a respeito, tendo surgido várias sugestões por parte dos delegados membros da Comissão elaboradora.

O critério mais prudente, seguindo a maioria, seria o de levar em conta o momento imediatamente subsequente ao conhecimento dos fatos que tornassem impossível o cumprimento da obrigação.

Conclusão

O estudo que acabamos de desenvolver aborda a questão do inadimplemento fundamental e sua consequência mais importante, o direito de resolução, por parte do prejudicado, no contrato de venda de bens móveis. Como vimos, trata-se de contrato, mas com uma característica, é contrato realizado entre comerciantes súditos de ordens jurídicas diversas, internacional, portanto.

Como é do conhecimento de todos, o contrato é uma categoria fundamental do Direito, a qual podemos encontrar, sob as mais diversas formas, em todos os ordenamentos jurídicos. Cada um desses ordenamentos, dependendo de sua origem histórica, de suas peculiaridades, atribui-lhe certa fisionomia, certos caracteres, que acabam por tornar possível a distinção, mediante essas peculiaridades, entre um contrato realizado sob a égide de determinada ordem jurídica e um contrato efetuado à luz de outro ordenamento, já que diversos são, em cada ordenamento, os seus princípios reguladores.

Um exemplo disso encontramos na maneira, distinta, como é tratado o problema da responsabilidade por dano, no contrato, no Direito Continental Europeu e nos países da *Common Law*.

O Direito Continental Europeu, o alemão, v.g., estabelece, como regra geral, que a responsabilidade, por dano, no contrato, funda-se na culpa, havendo poucas exceções a esse respeito. O mesmo se pode afirmar com relação ao direito francês. Nos países regido pela *Common Law*, vigoram, nesse campo, os princípios da caução e da garantia. Se o devedor prometeu a prestação ao credor, e garantiu-lhe o resultado, se ele não cumprir o acordado, ou cumprir de maneira incompleta, deverá responder em razão de sua promessa de garantia, não importando, para nada, a razão pela qual não honrou o seu compromisso²⁵.

Na Lei Internacional sobre Venda de Bens Móveis, ocorre uma conjugação dessas duas formas, aqui expostas, de responsabilidade por dano no contrato. Nela, Lei Internacional, não se perquire da culpa, quando se trata de indenizar danos ou prejuízos causados, por exemplo, pelo vendedor. A

²⁵A esse respeito, ver LARENZ, Karl. *Derecho Justo*, pp.114 e ss.

razão de apresentar essa característica, decorre do fato de ter sido a Lei Internacional sobre Venda de Bens Móveis, resultado de uma comissão formada por juristas oriundos de diferentes países, signatários da Convenção de Viena de 1980, de que surgiu a lei sobre Venda de Bens Móveis.

Outro aspecto a ser salientado, é a maneira como o contrato de compra e vendas de coisas móveis foi visualizado, nessa Lei Internacional, que acabamos de refletir, sobretudo no que tange à estrutura da relação contratual.

O contrato, como relação jurídica, estabelece uma correspondência entre um direito e um dever contrapostos. O seu âmago é constituído pela conduta a ser desenvolvida pelo devedor, a favor do credor, por exemplo, a obrigação que tem o vendedor de entregar a coisa ao comprador. Dentro dessa obrigação, aparentemente unitária, estão embutidas outras, como entregar a mercadoria bem embalada, protegê-la, se for o caso, contra o ataque de insetos (traças), etc. Todas essas prestações estão unidas para um fim comum, qual seja, o adimplemento. Até alcançar o seu fim, a obrigação sofre um "processo", isto é, ultrapassa várias fases, todas elas a ele, adimplemento, conducentes²⁶.

É nosso entendimento, que a comissão elaboradora da Lei Internacional sobre Venda de Coisas Móveis, pela maneira como conceitua o inadimplemento fundamental do contrato, no artigo 25 dessa lei, considerou a obrigação contratual como uma complexidade, uma estrutura (*Gefuege*) ou mesmo uma forma (*Gestalt*), o que vem a ser, em última análise, a mesma idéia, ou seja, a relação contratual é vista não como um vínculo entre dois sujeitos em posição antagonica, mas sim um vínculo que estabelece uma ordem de cooperação entre os sujeitos, ativo e passivo²⁷.

Em decorrência dessa necessidade de cooperação, surgem, em virtude da aplicação do princípio da boa fé, os denominados deveres acessórios, cuja finalidade é a de que, no cumprimento da obrigação, tudo se passe de modo considerado como devido. É justamente o que se depreende do disposto

²⁶É precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como um processo, ensina Clóvis Couto e Silva, *Obrigação como Processo*, p. 10.

²⁷Há quem veja a obrigação como uma estrutura (*Gefuege*) em sentido hegeliano, como é o caso de Larenz; outros veem a obrigação como uma forma própria, uma *Gestalt*, isto é, não como uma soma de elementos que deverão ser isolados, e sim como conjuntos, *Zusammenhänge*, que possuem uma solidariedade interna e têm leis próprias, de modo que a forma de ser de cada parte depende da estrutura do conjunto. A esse respeito, manifesta-se ZEPOS, Panajiotis: "Will man nun das Schuldverhältnis "gestalttheoretisch" erklären, so kann man es als eine in sich organisierte Ganzheit von Rechtsverhältnissen zwischen Gläubiger und Schuldner fassen, welche - wie gesagt nicht die bloße mathematische Summe oder die mechanische Anhäufung der dahingehörenden Elemente, sondern etwas mehr, eine besondere "phänomenologische Gegebenheit", ein eigentlicher Komplex von Rechten und Pflichten mit eigenem Sinn und eigener Funktion und Wirkung ist. Das Schuldverhältnis hat indieser Hinsicht seine eigene Gestaltqualität". In AcP, 155, pp. 490 e ss. "Zur einer gestalttheoretischen Auffassung des Schuldverhältnisses".

no artigo 25 da Lei Internacional sobre Venda de Bens Móveis que, ao conceituar o que seja inadimplemento fundamental do contrato, considera como tal, "aquele que redunde em prejuízo para a outra parte, a ponto de privá-la daquilo que podia esperar do contrato". Aqui claramente se percebe o que Siebert/Knopp definem como boa fé, "a imposição de consideração pelos interesses legítimos da contraparte"²⁸.

Ao finalizar essas ponderações, e com o objetivo de fundamentar nossas assertivas, devemos mencionar o artigo 7º da Lei Internacional sobre Venda de Bens Móveis, que determina a observância da boa fé no que tange à interpretação da Convenção, levando em consideração seu carácter internacional e a necessidade de promover a uniformidade em sua aplicação²⁹.

Bibliografia

I. Compêndios

1. ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências. Editora Saraiva, São Paulo, 1949.
2. BIANCA, C.M. & BONELL, M.J. Commentary on the International Sales Law; The 1980 Vienna Sales Convention. Giuffrè, Milan, 1987.
3. BULGARELLI, Waldírio. Contratos Mercantis. Editora Atlas, 4ª edição, São Paulo, 1988.
4. CAETANO, Marcelo & ALVES, Carlos Moreira, SILVA Clóvis do Couto e, COSTA, Mário Júlio de Almeida. Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português. (I Jornada luso-brasileira de direito civil), Editora RT, São Paulo, 1980.
5. COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações, Editora Almedina, 4ª edição, 1984. p. 230 a 259.
6. GONZÁLEX, Aurora Gonzáles. la Resolucion como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales. Librería Bosch, Barcelona 1ª edición, 1987 (monografia).
7. LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Tomo I, 1958.
8. LARENZ, Karl. Derecho Justo. Fundamentos de Etica Jurídica. Editorial Civitas S/A, Madrid, 1985. (Monografia)
9. MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. vol. 38, Ed. Borsói, 1962. p. 331 a 348.

²⁸No original: "das Gebot der Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen des anderen Teils", cit. por ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de., in Direito das Obrigações, p. 81.

²⁹Artigo 7º da Convenção: (1) *In the interpretation of this Convention, regard is to be had its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.*

10. REPRESAS, Felix Trigo & STIGLITZ, Rubén S. e outros. Contratos. Ediciones La Rocca, Buenos Aires.
11. SILVA, Clóvis do Douro e. A obrigação como processo. José Bushatsky Editor, São Paulo, 1976.
12. UNCITRAL, Wiener. Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge, vom. 11, Rolf Herber, April, 1980.
13. WIEACKER, ranz. El Principio General de la Buena fé. Editorial Civitas S/A, Madrid, 1982.
14. WILL, M. Commentary on the International Sales Law; Abstract, art. 25 - Fundamental Breach, Giuffrè, Milan, 1987.

II - Periódicos

1. BIANCA, C. Massimo. La Nozione di Buona Fede quale regola di comportamento contrattuale. Riv. di Dir. Civ., nº 3, 1983, pp. 206/216.
2. BURTON, Steven J. Breach of contract and the common law duty to perform in good faith. Harvard Law Review, v. 94:321 e ss.
3. CAEMMERER, Ernst von. Probleme des Haager einheitlichen Kaufrechts. Archiv. Civil. Praxis, 178, Heft 2-3, 1978, p. 131 (wesentliche Vertragsverletzung); p. 135 (objektive Vertragsverletzung).
4. Corpus Juris Secundum. vols. 15A (condition) e 93, § 342, (warranty).
5. FADLALLAH, Ibrahim. Projeto de Convenção sobre a Venda de Mercadorias. Revistados Tribunais, 630, abril 1988, (Prof. na Univ. de Dijon e Paris II).
6. KAHN, Philippe. La Convention de Vienne du 11 abril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, Revue Intern. de Droit Comparé, 33, 1981, p. 951-986.
7. SCHLECHTRIEM, Peter. Einheitliches UN-Kaufrecht. Juristen Zeitung, 43. Jahrgang 18. November 1988, p. 1037-1043.
8. VASSEUR, Michel. Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridiques de l'economie concertée et contractuelle. Rev. Trim. Dr. Civ. 1964, p. 5-48.
9. TUNC, André. Padrões Jurídicos e Unificação do Direito. Revista da Consultoria Geral do Estado. vol. IV, nº 9, 1974.
10. ZEPOS, Panajiotis. Zu einer "gestalttheoretischen" Auffassung des Schuldverhältnisses. Archiv civil. Praxis. Band 155.

RAZÃO E RACIONALIDADE(S). OS DÉFICITS DA MODERNIDADE

Dante Braz Limongi*

“Ser capaz de ter consciência de si mesmo e de seu mundo é a terrível alegria, a benção e a maldição do homem”. Rollo May

1. Introdução - Bases Filosóficas da Modernidade. As Modalidades do Saber

As relações entre a filosofia e a ciência não tem sido sempre pacíficas e uniformes ao longo da história. Esse relacionamento tem revelado às vezes antagonismos, outras vezes íntima colaboração, em outras ainda simples distanciamento e indiferença. Ora, a capacidade de raciocínio, acompanhada da consciência dessa capacidade são atributos exclusivos dos seres humanos. É conhecida a afirmativa de TEILLARD CHARDIN de que *o homem é o único ser que sabe, e que sabe que sabe*. E o raciocínio se faz, ao menos teoricamente, partindo de determinadas verdades já conhecidas, para se chegar a novas verdades. Isso não elimina inverdades, erros e desvios. Mas a história mostra que o saber evolui - num aparente paradoxo, ora por aproveitamento de conhecimentos pré-existentes, ora por oposição aos saberes dominantes.

Os saberes filosófico e científico, tais quais os conhecemos no Ocidente, não são as únicas formas de conhecimento existentes. Há conhecimentos sensitivos e intuitivos que sendo muito desenvolvidos em outros povos, são desprezados na cultura dominante no Ocidente. Para o biólogo francês HENRI ATLAN, professor de biofísica da Universidade Paris VI e da Universidade Hebraica de Jerusalém, é preciso desfazer o equívoco de ver o saber científico como o único racional, nomeando-se como *irracional* tudo o que não é científico. Para ele “cada mito exprime, à sua maneira, uma forma de racionalidade diferente - quanto a seu método, seus objetos e seus eventuais

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

meios de verificação - da forma desenvolvida pelo pensamento científico. ... Trata-se, em ambos os casos, da mesma razão, residindo a diferença nas formas de se colocar em prática essa razão.”¹ FRANÇOIS CHÂTELET observa que a nossa racionalidade, herdada dos gregos é “uma das formas de construir a sabedoria. Existem outras.” O autor lembra as perdas que se tem tido no campo da percepção: “É claro que aqueles a quem chamamos, toalmente, de “selvagens” percebem muito melhor a natureza do que nós hoje. Têm uma percepção diferencial muito mais fina do que a nossa. Seu universo perceptivo é infinitamente mais rico que o nosso. Nesse aspecto regredimos. Sobre as técnicas de cura pelas plantas, os “selvagens” sabem muito mais que os nossos atuais químicos. Além do mais, não é indubitável que a acumulação de riquezas seja um bem. Atualmente parecemos convencidos por essa estranha concepção quantitativa. *Aqueles a quem chamamos “selvagens” têm uma idéia muito fina sobre os problemas que a acumulação provoca.*”²

A racionalidade, esse maravilhoso atributo dos seres humanos, ensina aos homens conhecer e dominar a natureza. DESCARTES, tido por HEGEL como o filósofo fundador da Modernidade, transmitiu assim esse anseio: “em vez dessa Filosofia especulativa que se ensina nas escolas, se pode encontrar uma outra prática, pela qual, conhecendo a força e as ações do fogo, da água, do ar ... poderíamos empregá-los da mesma maneira em todos os usos para os quais são próprios, e assim nos tornar como que senhores da natureza”.³

DESCARTES é o criador da geometria analítica; “sua física mecanicista e a teoria dos animais-máquinas assentaram as bases da ciência moderna”⁴. Seu saber é científico mas entretanto ele não é insensível; ele pensa e ele também sente. Nas “Meditações metafísicas” ele se descreve: “Sou uma coisa que pensa, isto é, que duvida, que afirma, que nega, que conhece poucas coisas, que ignora muitas, que ama, que odeia, que quer e não quer, que também imagina e que sente.”⁵ Para CHÂTELET, a aspiração de DESCARTES, de “tornar o homem senhor e possuidor da natureza” irá se constituir na própria “origem do pensamento das Luzes. Também estará presente na origem do desenvolvimento da ciência e da técnica dos séculos XIX e XX”. E prossegue: “a grande revolução da física, começada no século XVI e continuada no século XVII, corresponde à elaboração do sistema de Galileu e à administração desse sistema por René Descartes”. Ele irá demonstrar, ainda segundo CHÂTELET, aos doutores da Sorbonne que “o desenvolvimento da física é independente da manutenção da fé tradicional, à qual parece que o próprio Descartes era muito apegado....(para ele) A perfeição

¹Henri Atlan, “As Fronteiras da Ciência”, “O Correio da UNESCO”, n°5, maio/1996, pp.4/5.

²François Châtelet, “Uma História da Razão”, Jorge Zahar Editor, RJ, 1992, pp.30 e 68/69

³René Descartes, “Discurso do método”(6ª parte), “Os pensadores”, in “Uma História da Razão”, cit.

⁴Koogan/Houaiss, “Enciclopédia e Dicionário”, Ed. Delta, 1992, p.1128.

⁵René Descartes, “Meditações” (3ª parte), “Os pensadores”, in “Uma História da Razão”, cit.

divina exige que o próprio Deus escreva em linguagem matemática ao criar o mundo, pois a linguagem matemática é a linguagem da racionalidade integral.” “Segundo ele, a existência de Deus é um dado da luz natural e não da luz sobrenatural. É a razão que demonstra a existência de Deus”.⁶

Descartes queria tornar o homem senhor e possuidor da natureza. Os criadores nem sempre conseguem controlar o uso que se fará das suas obras. E assim, como diz CHÂTELET, não se pode “julgar Descartes através dos poderes que se apoderaram do seu pensamento”; e por que? porque “somos obrigados a constatar que o desenvolvimento dessa vontade de dominar a natureza foi acompanhada por um desenvolvimento concomitante do domínio de alguns homens sobre outros homens”.⁷ É o que veremos mais adiante.

Dois séculos após DESCARTES, EMMANUEL KANT, baseado nas descobertas de LAVOISIER, no campo da química e nas de NEWTON, no da física, dirá que no plano do real só a ciência permite produzir enunciados verdadeiros. Ele defende um novo tipo de pensamento, o pensamento experimental. “Todo conhecimento humano começa com intuições, eleva-se até conceitos e termina com idéias. ... toda razão, no uso especulativo, nunca pode, com esses elementos, ir além do campo da experiência possível...”⁸ Essa afirmação foi interpretada por alguns como se a ciência, e apenas a ciência, nos fornecesse toda a verdade. Para outros, entretanto, o que KANT queria dizer é que o homem não consegue alcançar o saber total e deve se contentar com os conhecimentos verificados experimentalmente. Nesse sentido o saber é relativo à estrutura do homem e assim não se pode ultrapassar, no campo científico, o âmbito da experiência possível. Num texto denominado “*Opus posthumum*”, editado após a sua morte, KANT, tido como “o pensador da Modernidade”⁹, mostra os limites do saber científico quando indaga: “*Que é a ciência, em comparação com os mais altos destinos do homem?*”¹⁰

Bem diferente será a posição de AUGUSTE COMTE, algumas décadas mais tarde, para quem a metafísica - seja a pré-moderna, seja a cartesiana, seja qual for - estaria morta pela ascensão da ciência. É quando o conhecimento científico, diferentemente do que pensavam os “pais fundadores” da Modernidade, despreza e subjuga os demais saberes e se transforma em cientificismo o qual, em lugar de ampliar o horizonte, restringe-o ao conhecimento empírico e ao experimentalismo.

⁶Châtelet, obra citada, pp.65, 51 e 67.

⁷Châtelet, obra citada, pp.65 e

⁸Kant, “Crítica da Razão Pura”, in “Uma História da Razão”, citada.

⁹Châtelet, obra citada, p.98.

¹⁰Châtelet, obra citada, p.99.

2. A Modernidade e suas Ambiguidades - Ciência, individualidade, igualdade. A Revolução Industrial e o proletariado. Superação do tempo cíclico. A racionalidade econômica.

A ciência evolui, difunde-se a confiança no progresso e na razão. Em pouco mais de duas gerações, depois da Renascença, a evolução científica superou todo o progresso anterior nessa área. 11

Com a Modernidade passa-se a utilizar métodos empíricos que permitem conhecer as leis do universo. Difunde-se a crença de que a expansão científica, o desenvolvimento das técnicas, a Revolução Industrial, a aplicação racional das capacidades humanas, seriam capazes de produzir progresso e bem estar para todos.

A invenção da escrita foi de fundamental importância no acesso das pessoas ao saber; o que hoje denominamos *democratização da cultura*. A linguagem escrita torna mais acessível o saber. Difunde-se e universaliza-se a cultura.

Com o Iluminismo (ou Ilustração) questionava-se a autoridade secular e religiosa, elegendo-se a razão como base da sociedade e da filosofia humana. Desafia-se a tradição e a autoridade. Incentiva-se a liberdade de pensamento. O homem se declara apto a, racionalmente, compreender o mundo, dispensando para tanto a ajuda sobrenatural. A sociedade passaria a reger-se pela razão humana e não mais por princípios teocêntricos. "O universo deixa de ser regido por forças que o homem desconhece e não controla - como afirma Weber, o mundo se desencanta." 12

O século XVIII, "Século das Luzes", é o momento maior de afirmação dessa racionalidade que vinha libertar os homens das *trevas*. ÉMILE NOËL pergunta a FRANÇOIS CHÂTELET, "que são essas trevas?", e ele responde: "Segundo a fórmula de Voltaire, são a superstição. Voltaire não era anti-religioso¹³, provavelmente não era ateu, mas era inimigo da superstição, dessa forma de decomposição da religião em fanatismo e obscurantismo, (na época) até autoridades religiosas falam das luzes naturais. É o tempo em que nasce, contra a teologia sacra, que se funda unicamente na Bíblia, uma teologia que tenta raciocinar sobre Deus apenas com as forças da experiência. Enfim, o

¹¹ERNST TOPITSCH, (Universidade de Graz), "A Concepção Geral do Mundo e a Revolução Científica", Univ. Brasília, 1979.

¹²GISELE CITTADINO, "Privatização do Público no Brasil: Negação do Conflito X Paradigma do Entendimento", in "Direito, Estado e Sociedade", PUC/RJ, n.6, jan-julho/95, p.62.

¹³É difundida a afirmação de François Marie Arouet (Voltaire): "Uma falsa ciência faz tornar ateus, mas uma verdadeira ciência prosterna o homem diante da divindade."

aspecto político é o eixo mais importante: o objetivo é libertar o homem da tirania. Tirania dos costumes, tirania das instituições arcaicas..."¹⁴

SÉRGIO ROUANET, como outros pensadores, distingue entre Iluminismo e Ilustração, vendo na Ilustração o florescimento de idéias que teve lugar naquele dado período, o século XVIII e propõe o "o uso de Iluminismo para designar uma tendência intelectual, não limitada a qualquer época específica, que combate o mito e o poder, a partir da razão". 15

O sonho da autonomia individual, anseio maior da Modernidade, se fazia acompanhar de uma utopia: por meio da razão construir, participativamente, um mundo de prosperidade para todos.

Quer-se que a organização política deixe de ser orientada por poucos iluminados ou dotados da força. Separam-se o poder político e a pessoa do governante, ampliam-se os espaços de participação e difunde-se a noção de igualdade. Como relata CRISTOVAM BUARQUE "foi no século XVIII que surgiu de maneira consolidada a idéia de que todos os homens têm direitos iguais, sem separação entre bárbaros e civilizados, cristãos e hereges, aristocratas e servos. Foi um longo processo desde o tempo dos faraós, dos homens-deuses, dos reis-Sol, dos sumo-sacerdotes, até afirmar-se a idéia de que os seres humanos teriam direitos equivalentes." 16

"A civilização urbana se desenvolve, as artes e as manufaturas, como se dirá no século XVIII, tornam-se cada vez mais importantes na vida da sociedade, o comércio aumenta, a população também. ... " "Camponeses expulsos de suas terras pelas transformações da propriedade trabalharão nessas manufaturas e constituirão o núcleo do proletariado. Uma nova ordem de mercado se institui e começa a reinar o que o historiador inglês Macpherson chama de "*individualismo possessivo*." 17

A Revolução Industrial muda as relações econômicas e de trabalho e faz surgir o proletariado. Convivem, de uma parte as proclamações de igualdade entre os cidadãos - aptos a participar da esfera pública e, de outra, a dependência econômica dos que vendem sua força de trabalho em troca da subsistência, da sobrevivência. Como conciliar a proclamação da igualdade com as diferenças sociais e econômicas existentes? MARIA VICTORIA DE MESQUITA BENEVIDES diz que "a idéia moderna de cidadania e de direitos do cidadão tem, como é sabido, sólidas raízes nas lutas e no imaginário da Revolução Francesa. Mas dela herdou, também, parte das ambigüidades que

¹⁴François Châtelet, obra mencionada, p.89.

¹⁵SERGIO PAULO ROUANET, "As Razões do Iluminismo", Companhia das Letras, SP, 1987, p.28.

¹⁶CRISTOVAM BUARQUE, "A Cortina de Ouro - Os sustos do final do século e um sonho para o próximo", Paz e Terra, 1995, p.29.

¹⁷François Châtelet, obra mencionada, p.70 e 77.

carrega até hoje”. E, mais adiante, observa “o que importa notar é que a distinção entre cidadãos e vassallos, ativos e passivos já comprometia, no final do século XVIII, a natureza igualitária da noção moderna de cidadania”. 18

Ou seja, o movimento de idéias libertárias difundiu-se ao mesmo tempo em que se expandia o capitalismo que não seria o sistema mais adequado à natureza do processo de industrialização.¹⁹ O capitalismo levava ao plano econômico, de forma quase sem limites, o individualismo e a liberdade individual propostos no plano político. O mercado, liberto de compromissos éticos e sociais, se expande. A autonomia do pensamento será distorcida e utilizada para fins de acumulação predatória e de dominação econômica de uns poucos sobre a grande maioria. A autonomia do contrato ensejará a exploração dos economicamente fracos.

O conhecimento de leis, físicas e morais, é então desviado do seu sentido libertador e utilizado para novas formas de determinismo. Conforme HUNT & SHERMAN: “O credo psicológico dos ideólogos do liberalismo clássico baseava-se em quatro pressupostos sobre a natureza humana. Todo homem, diziam eles, é egoísta, frio e calculista, essencialmente inerte e atomista. ... A consequência prática dessa doutrina (ou talvez a sua razão de ser) foi a crença, amplamente difundida na época, de que os trabalhadores eram incuravelmente preguiçosos. *Somente uma grande recompensa, ou o pavor da fome e de outras privações poderia obrigá-los a trabalhar.*”²⁰

O determinismo conflita com a idéia de progresso, fundamento do novo tempo. Com o progresso quer-se a *superção do tempo cíclico*. Essa perspectiva, aliás, antecede à Modernidade. Não mais se aceita o tempo como simples sucessão de fatos inevitáveis e repetitivos. Ao contrário do que pensavam os gregos, por exemplo, a humanidade não repete sempre o mesmo ciclo.²¹ Historiadores, filósofos e cientistas superam o tempo cíclico quando vêem como irreversível o passado, não o futuro. Há leis e limites, mas há espaços para escolhas e para o exercício da racionalidade, da solidariedade e das manifestações de sentimento e de afeto.

As descobertas da ciência, a Revolução Industrial e o sistema capitalista, trouxeram consigo grandes avanços técnico-científico-educacionais. Simultaneamente o regime de exploração do trabalho humano se

¹⁸MARIA VICTORIA DE MESQUITA BENEVIDES, “Cidadania e Democracia”, Lua Nova, n.33-94, p.6.

¹⁹Em muitos aspectos, o regime socialista corresponde de modo muito mais adequado à natureza profunda do processo de industrialização que o regime capitalista”. JEAN LADRIÈRE, “Os Desafios da Racionalidade - O desafio da ciência e da tecnologia às culturas” - UNESCO, 1977, Brasil - Ed.Vozes,1979, p.78. O autor justifica sua afirmativa em razão da racionalidade global que enseja a gestão econômica centralizada.

²⁰Hunt & Sherman, “História do Pensamento Econômico”, Ed. Vozes, Petrópolis, 1978, 2ª edição.

²¹François Châtelet, obra mencionada, p.18.

equiparava em desumanidade às condições da escravatura. Pelas formas sutis das relações contratuais “livremente pactuadas”, os senhores estavam descomprometidos com a sorte dos que lhes prestavam essa forma nova de vassalagem. O sistema baseava-se em pressupostos de igualdade e de liberdade, desprovidos de conteúdo real face à necessidade de sobrevivência. Como observa BUARQUE “para construir o mundo da modernidade, o homem criou uma racionalidade econômica que, disfarçada de precisão matemática, é tão esquizofrênica quanto o pensamento primitivo e tão recheada de premissas míticas quanto a própria mitologia.”²²

Havia a crença no progresso, sem se tomar na devida conta as diferenças de situação - muito bem caracterizadas na célebre figura do anão e do gigante a caminhar, de que falava ROUSSEAU. Esse dado real iria impedir a boa organização econômica. As desigualdades interfeririam, também, na ordem política e sobre o conjunto da sociedade. Malograriam as aspirações de progresso e de bem estar para todos.

3. Crise da Modernidade - Predomínio da Razão Analítico Instrumental. Apropriação do Espaço Público.

A Modernidade Ocidental está em crise. Intelectuais de várias tendências têm discutido esse tema. HABERMAS acha que o projeto da Modernidade não está acabado e, pela razão crítica, pode ser levado adiante, para alcançar a emancipação do homem da ideologia e da dominação política e econômica.²³ LYOTARD quer a superação da Modernidade, a pós-Modernidade, com a valorização da arte e do sentimento, “o que o homem possui de mais criativo e, portanto, de mais livre”; RICHARD RORTY, dirigindo-se aos “pensadores do próximo milênio” indaga: “os valores que se encarnaram com maior ou menor sucesso nas instituições das democracias industriais poderão sobreviver à derrocada da nação-Estado como unidade socioeconômica, derrocada esta que é uma consequência inevitável da globalização da economia?”²⁴ Referindo-se a esse processo, BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS pergunta se se trata de “Crise de degenerescência ou de crescimento?”²⁵

Para SÉRGIO ROUANET é preciso retomar o fluxo inicial da Modernidade, em busca da racionalidade desejada.²⁶ Estarão esgotados os

²²CRISTOVAM BUARQUE, “A Cortina de Ouro - Os sustos do final do século e um sonho para o próximo”, Ed. Paz e Terra, 1995, pp.57/58.

²³ Trata-se de JÜRGEN HABERMAS, in “Dicionário Básico de Filosofia”, de HILTON JAPIASSU E DANILO MARCONDES, Jorge Zahar Editora, RJ, 2a.ed., 1991, p.170.

²⁴RICHARD RORTY, “Dúvidas para os Pensadores do Próximo Milênio”, Folha de São Paulo, 03.03.96.

²⁵“Introdução a uma Ciência Pós-Moderna”, Biblioteca das Ciências do Homem, Edições Afrontamento, 1989, pp.18 e 19.

²⁶“As Razões do Iluminismo”, Companhia das Letras, SP, 1987, p.28.

paradigmas da Modernidade?, questiona GISELE CITTADINO, acrescentando: e os novos, o que aproveitarão dos temas centrais daquele período?²⁷ O filósofo GERD BORNHEIM, participando de recente debate sobre “A Razão”²⁸, diz que “A razão atingiu hoje um esplendor extraordinário, único em toda a história. (...) A idéia de sistema (...) tem hoje uma força extraordinária na vida prática do homem.” Discordando do filósofo, o professor de literatura JOSÉ MIGUEL WISNIK observa que a razão que se supunha autônoma vê-se atualmente “diante da necessidade de uma nova integração”. E FREI BETTO lembra que “desde a publicação do best-seller de STEPHEN HAWKING, *Uma Breve História do Tempo*, cresce o interesse pela busca de novos paradigmas demarcados pela atual cosmologia e a física quântica.”²⁹

O que terá acontecido? Como se explica que um movimento que é, segundo ROUANET, a proposta mais generosa de emancipação jamais oferecida ao gênero humano, possa ter acumulado alguns êxitos notáveis simultaneamente com fracassos e desvios tão graves? Como ele nos diz, a Modernidade representou “a possibilidade de o homem construir racionalmente o seu destino, livre da tirania e da superstição”³⁰ e “mostrou o caminho para que nos libertássemos do reino da necessidade, através do desenvolvimento das forças produtivas”.³¹ Mas, ele também afirma que, se ocorreu a liberação de forças que permitiriam ao homem “organizar sua vida sem a sanção religiosa e sem o peso da autoridade” ocorreu, simultaneamente, a “liberação de forças que procuram dobrá-lo a imperativos técnicos e funcionais que tendem a substituir o jugo da tradição pelo da reificação”.³²

Assim novas formas de dominação sucederam às dominações pré-modernas. A perspectiva de vida individual deu ensejo ao advento do sujeito egoísta, preocupado exclusivamente com o ganho e a acumulação. E também, como enfatiza ROUANET, sobreveio a autonomização do Estado e da economia, regidos pelo que JÜRGEN HABERMAS denomina de “a razão instrumental”, com crescente perda da liberdade.³³

Também a personalização não alcançou o grau pretendido. A padronização e o tratamento dos indivíduos em série, principalmente pela sociedade de consumo, reduziu os espaços de vida pessoal e de sentimento. O Romantismo - no curso da Modernidade, terá sido o movimento que mais preservou, nos limites da sua influência, o valor do sentimento do indivíduo, a

²⁷GISELE CITTADINO, texto mencionado, p. 63.

²⁸Folha de São Paulo, 28.04.96, Caderno “Mais”, p.13.

²⁹FREI BETTO, “A Obra do Artista - Uma Visão Holística do Universo”, Editora Ática, SP, 1995, p.17.

³⁰Obra mencionada, p.22.

³¹ROUANET, obra mencionada, p.27.

³²ROUANET, obra mencionada, p.25.

³³ROUANET, obra mencionada, pp. 26 e 14.

importância da relação desse com a natureza, tudo envolto em clima de idealismo, - em franca contradição com o conjunto cada vez mais padronizado, repetitivo. “O amante - diz ROLLO MAY - como o poeta, é uma ameaça para a fabricação em série. *Eros* rompe as formas existentes e cria novas e isso naturalmente, é uma ameaça à tecnologia. Esta exige regularidade, previsibilidade e é governada pelo relógio. O *Eros* não domesticado luta contra todos os conceitos e limitações do tempo”.³⁴

Conforme BUARQUE, subestimou-se a capacidade do homem para o avanço técnico e superestimou-se sua capacidade para o uso correto de tal avanço. Deixou-se de utilizar o progresso científico-técnico para a construção de “uma civilização utópica fundada na liberdade e na igualdade”.³⁵ ROLLO MAY anota que “os mesmos processos que tornam tão poderoso o homem moderno - o magnífico desenvolvimento da energia atômica e outras espécies de energia técnica - são os mesmos que nos tornam impotentes”.³⁶

Analisando o assunto desde o ponto de vista econômico, diz CELSO FURTADO: “Não podemos escapar à evidência de que a civilização criada pela Revolução Industrial aponta de forma inexorável para grandes calamidades. Ela concentra riqueza em benefício de uma minoria cujo estilo de vida requer um dispêndio crescente de recursos não renováveis e que somente se mantém porque a grande maioria da humanidade se submete a diversas formas de penúria, principalmente à fome”.³⁷

As ambigüidades originais não se resolveram e até mesmo se aprofundaram. Consta-se crescente descompasso entre o inimaginável avanço de certos conhecimentos e a negação dos anseios mais profundos do ser humano; anseios de paz, de justiça, de liberdade. No dizer de ERNST TOPITSCH, passados dois séculos, “podemos nos orgulhar de nossas realizações, mas não existe harmonia pré-estabelecida entre o avanço do conhecimento e o bem estar da humanidade”.³⁸

A racionalidade, segundo LEONARDO BOFF, terminou sendo dividida: “a razão (que vai ser) desenvolvida até os seus extremos será a razão

³⁴ROLLO MAY, “Eros e Repressão”, Ed. Vozes, RJ, 1973, p.108. Em “São Francisco de Assis - Ternura e Vigor”, Vozes, 1982, pp.22 a 27, LEONARDO BOFF expõe acerca de *Eros*, *Pathos* e *Logos*, situando o primeiro como paixão, ternura, cuidado, com-paixão, amor; *Pathos* como sentimento que permite conhecer pela sim-patia, pelo sentir com a realidade sentida, e pela em-patia, pela identificação com a realidade sentida; *Logos*, razão, que permite ver claro, ordenar, disciplinar e que, nos primórdios de nossa cultura, ultrapassou o *Mythos*, “o conceito ganhando a hegemonia sobre o símbolo.”

³⁵CRISTOVAM BUARQUE, obra citada, p.19.

³⁶Obra citada, p.206.

³⁷“Brasil - A Construção Interrompida”, Paz e Terra, 2a.ed., 1992, p.76.

³⁸Obra mencionada.

analítico-instrumental, em detrimento de outras formas de exercício da razão (dialética, sapiencial, etc.). O saber possui uma intencionalidade definida: o poder. Por isso o projeto científico e técnico constituirão a grande empresa da sistemática dominação do mundo em função do processo produtivo. A racionalidade analítica exigirá um corte dos outros acessos legítimos ao real orientados pelo *pathos*, a simpatia, o *eros*, a comunhão fraterna e a ternura". 39

Para ROUANET a fragmentação foi além, separando-se a cultura (ciência, moral e arte) e o homem (ser genérico, cidadão e burguês).⁴⁰ Perdeu-se a fé absoluta na ciência, agora "denunciada como ingenuidade perigosa, que estimulou a destrutividade humana e criou novas formas de dominação, em vez de promover a felicidade universal".⁴¹

Malogrou, também, a aspiração de uma organização estatal controlada pelo conjunto da cidadania. O espaço público foi apropriado pelos interesses de minorias. Foi distanciado das pessoas, perdendo-se o sentido do público. Nas palavras de HABERMAS: (de um lado) "os setores empobrecidos da população procuram agir estrategicamente com a intenção de compensar politicamente sua desvantagem estrutural no interior da economia capitalista. De outro, a classe burguesa responde *transformando o seu poder societário em poder público*".⁴²

HABERMAS chama a atenção para a necessária diferenciação entre o estatal (relativo ao Estado) e o público e/ou privado. Aponta a distinção entre o público e as instituições políticas. Para melhor entendimento da sua interpretação da realidade importa ter presente o seu conceito de poder, traduzido no fato de *uma parte conseguir que a outra se comporte de forma diversa dos seus interesses*. Segundo ele, há um processo através do qual as classes sociais agem no interior da esfera pública; um processo pelo qual os direitos de participação democrática foram estendidos a todos. Mas as forças econômicas hegemônicas foram impondo sua vontade no âmbito das instituições públicas criadas a partir do século XVIII, de modo que a partir da metade do século XIX, "interesses privados passam a ocupar a esfera pública ao mesmo tempo em que o Estado passa a regulamentar a esfera privada".⁴³

Em "A Transformação Estrutural da Esfera Pública" HABERMAS, relacionando a teoria da ação com as relações de poder, aborda a restrição da competição econômica dizendo que a sociedade foi forçada a

³⁹LEONARDO BOFF, obra citada, pp. 20/21.

⁴⁰ROUANET, obra mencionada, p.23.

⁴¹ROUANET, obra mencionada p.26.

⁴²JÜRGEN HABERMAS, "A Transformação Estrutural da Esfera Pública", p. 142, in "Reflexões Críticas sobre o Conceito de Poder em Habermas", LEONARDO AVRITZER, Síntese Nova Fase, B.Horizonte, v.20, n.61, 1993, p. 241.

⁴³LEONARDO AVRITZER, obra citada, p. 242.

"renunciar à mais leve pretensão de ser uma esfera na qual a influência do poder estava suspensa... Sob a condição da livre competição e dos preços independentes não era de se esperar que alguém adquirisse tanto poder a ponto de poder controlar as decisões de um outro. Contrariamente a tais expectativas, no entanto, sob a condição da concorrência imperfeita e dos preços administrados, o poder social se concentrou em atores privados."⁴⁴

4. Perspectivas à Crise da Modernidade - O vetor emancipatório da Modernidade. Novo tempo: a lógica dos fins sobre a lógica dos meios. Rumo à Modernidade Ética.

A valorização da racionalidade individual, fez com que se ampliassem os espaços de participação política, os espaços econômicos, os espaços culturais. Mas o predomínio da razão instrumental fez com que ocorressem distorções e o que hoje se vê, em toda parte, não parece um panorama racional. Deparamo-nos com um quadro de conflitos, de injustiças, de dominações, de desigualdades, indicativos de máxima irracionalidade enquanto que os avanços tecnológicos alcançam níveis jamais imaginados.

A valorização da razão é a valorização do ser humano, enquanto ser capaz de dar rumo à sua existência. O homem, sujeito de sua história. O homem consciente de sua própria consciência. Ser consciente, é a condição que, nas palavras de ROLLO MAY, constitui sua terrível alegria, benção e maldição.⁴⁵

A razão foi instrumentalizada e está monopolizada na ciência e na técnica. "O que está em causa não é a ciência e a técnica, mas sua tirania, o monopólio que mantém na organização da convivência humana. Precisamos destes instrumentos para organizar a satisfação coletiva de nossas necessidades básicas mas dentro de outro sistema de referência, no qual a ciência e a técnica venham libertadas do seu caráter de dominação e de hegemonia". "A função da razão é enuclear a partir de um centro vivo, de uma intuição básica, todas as demais forças da passionalidade humana".⁴⁶

O domínio absoluto dessa forma de racionalidade levou à fragmentação da cultura e do saber. Como se fosse possível separar o homem, da natureza, da "mãe-terra". Como se pudessemos avançar numa esfera, alheios aos prejuízos que tais progressos causam em outras esferas. Ou sem nos valermos de determinados conhecimentos para avançar noutros. Constatamos que não há progresso verdadeiro com destruição da natureza; que homem e globo terrestre estão unidos.

⁴⁴LEONARDO AVRITZER, obra citada, pp. 236/237.

⁴⁵ROLLO MAY, obra mencionada, p. 360.

⁴⁶LEONARDO BOFF, obra mencionada, pp.30 e 159.

ROUANET admite a natureza ambivalente da Modernidade e deseja que tudo se refaça, na busca de um novo Iluminismo: "equipado com um novo modelo de razão e um novo conceito de crítica, dispondo de um acervo de valores próprios, que não coincidem inteiramente com os de nenhuma outra corrente, e enraizado num solo social que o salva de todo idealismo, o novo Iluminismo estará pronto para prosseguir a tarefa que a Ilustração não pôde concluir." Ele vê nas análises de HABERMAS, a presença de um "Iluminismo espontâneo, em estado prático, incrustado nas estruturas da comunicação cotidiana. Ele dispõe da razão que é mobilizada em cada ato comunicativo para propor e refutar argumentos, e dispõe da crítica, que ocorre naturalmente sempre que um dos interlocutores identifica no discurso do outro motivações de poder subjacentes."⁴⁷

Ele deseja como que a restauração do Iluminismo, o que denomina de um "novo Iluminismo" que proclame a crença no pluralismo e na tolerância, combatendo todos os fanatismos "sabendo que eles não se originam da manipulação consciente do clero e dos tiranos, como julgava a Ilustração, e sim da ação de mecanismos sociais e psíquicos muito mais profundos".⁴⁸

A perspectiva de ROUANET é a de retomar o fluxo inicial da Modernidade. Defendendo os direitos humanos, reconhece que "na maior parte da humanidade só profundas reformas sociais e políticas podem assegurar sua fruição efetiva"⁴⁹

Defendendo uma nova lógica diretora da civilização CELSO FURTADO faz ver a necessidade de mudanças profundas, de modo a *fazer prevalecer a lógica dos fins sobre a lógica dos meios*: "O desafio que se coloca no umbral do século XXI é nada menos do que *mudar o curso da civilização*, deslocar o seu eixo da lógica dos meios a serviço da acumulação, num curto horizonte de tempo, para uma lógica dos fins em função do bem-estar social, do exercício da liberdade e da cooperação entre os povos. Devemos nos empenhar para que essa seja a tarefa maior dentre as que preocuparão os homens no correr do próximo século: estabelecer novas prioridades para a ação política em função de uma nova concepção do desenvolvimento, posto ao alcance de todos os povos e capaz de preservar o equilíbrio ecológico. O objetivo deixaria de ser a reprodução dos padrões de consumo das minorias abastadas para ser a satisfação das necessidades fundamentais do conjunto da população e a educação concebida como desenvolvimento das potencialidades humanas nos planos ético, estético e da ação solidária. A criatividade humana, hoje orientada de forma obsessiva para a inovação técnica a serviço da acumulação econômica

⁴⁷ROUANET, mesma obra, p.34.

⁴⁸ROUANET, obra mencionada, p.32.

⁴⁹ROUANET, obra mencionada, p.33.

e do poder militar, seria dirigida para a busca da felicidade, esta entendida como a realização das potencialidades e aspirações dos indivíduos e das comunidades vivendo solidariamente".⁵⁰

Ele adverte que "a ameaça de destruição termonuclear, primeiro, e a hecatombe ecológica que agora começa a configurar-se não deixam aos povos escapatória para sobreviver fora da cooperação. E o caminho dessa cooperação passa pela mudança de rumo de uma civilização dominada pela lógica dos meios, em que a acumulação a tudo se sobrepõe".⁵¹

E completa sua pregação enfatizando a necessidade de se (1) preservar o patrimônio natural - tão impiedosamente destruído pelo modelo de industrialização implantado a partir da primeira Revolução Industrial, e (2) "liberar a criatividade da lógica dos meios (acumulação econômica e poder militar) para que ela possa servir ao pleno desenvolvimento de seres humanos concebidos com um fim, portadores de valores inalienáveis."⁵³

CRISTOVAM BUARQUE também defende mudança radical com vistas a uma nova civilização que denomina de "*modernidade-ética*", em substituição à "*modernidade-técnica*". Ele chama a atenção para o risco da permanência do mundo dividido em duas partes: numa estão aqueles que, detentores e beneficiários da técnica, dispõem de conforto e recursos em abundância; e na outra estão os excluídos, submetidos a toda sorte de carências e penúrias. tomar: "Se continuar no rumo traçado pela modernidade do século XX, o próximo século verá a consolidação e a permanência dessa cortina de ouro técnica, separando os homens em dois tipos. Mas se, em vez disso, iniciarse a construção de uma outra modernidade, o século XX estará separado do próximo por uma cortina de ouro ética, que dividirá a modernidade em dois tipos: a modernidade-técnica e a modernidade-ética."⁵⁴

Ainda segundo CRISTOVAM BUARQUE, rompida a crença "no reducionismo que dividia o mundo em minúsculos pedaços a serem estudados separadamente, por um observador independente e neutro, capaz de usar a lógica para explicar a coisa que via e como ela se comportava", "a ciência, que durante três séculos avançou com um método analítico começou a descobrir a *necessidade de sínteses*, de uma visão global que permita às ciências conviverem entre si. Surge a necessidade de um conhecimento holístico, que

⁵⁰FURTADO, obra mencionada, pp.76/77.

⁵¹FURTADO, pp.78/79.

⁵²FURTADO ainda aponta as duas idéias-força que devem servir de guias na construção de um novo padrão de desenvolvimento para a humanidade: (1) "prioridade para a satisfação das necessidades fundamentais explicitadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no quadro de um desenvolvimento orientado para estimular a iniciativa pessoal e a solidariedade, e (2) responsabilidade internacional pelo desgaste do patrimônio natural."pp.77/78.

⁵³FURTADO, pp.78.

⁵⁴BUARQUE, obra mencionada, pp.115/116.

perceba a globalidade onde cada coisa se situa e disponha de um método que permita ao observador sentir-se como parte do universo em que estão as coisas estudadas, ligadas a ele por invisíveis redes e cadeias ecológicas que funcionam dentro de um cosmo onde todas as partes estão inter-relacionadas. Os modelos de certos físicos ocidentais aproximaram-se das visões e dos textos das religiões orientais. Para surpresa de todos os que previam um final de século ateu e materialista, o homem retoma a necessidade e o gosto pela religiosidade..."⁵⁵

EDGAR MORIN recorre à afirmação de MARCEL MAUSS de que "é preciso recompor o todo" e defende que o conhecimento atualmente necessário à compreensão do mundo deve ser um *conhecimento que una*, o conhecimento complexo. Para ele a especialização, "a redução do conhecimento de um todo ao conhecimento das partes que o compõem", o determinismo (ocultando a alteridade e a novidade) e a simples aplicação da lógica mecânica não bastam ao conhecimento dos problemas dos seres vivos e da sociedade. Segundo o cientista "A era planetária necessita situar tudo no contexto planetário. O pensamento complexo é um pensamento que busca ao mesmo tempo distinguir - mas sem separar - e unir".⁵⁶

Não se pode esperar, tal como se imaginava nos inícios da Modernidade, que a ciência possa trazer explicações para tudo e de forma totalizante. Conforme o cientista HENRI ATLAN, "Hoje está claro, para a maioria dos cientistas, que essa esperança não se justifica. Ao contrário das religiões, ideologias e filosofias, que pretendem dar um sentido ao conjunto do universo, à vida de todos e de cada um, a ciência depende de seu método, que a obriga a delimitar com muito cuidado seu objeto de estudo e se contentar com explicações localizadas, eficazes em um domínio bem determinado. Por isso as ciências a as técnicas conseguiram dominar a matéria, mas não puderam atribuir um sentido à existência, nem resolver problemas de ordem social, política ou moral. Restou um desejo nostálgico de que a ciência nos forneça a verdade - verdade única, da qual, em seguida, ela poderia deduzir o Bem (individual, social, político)."⁵⁷

FRANÇOIS CHÂTELET finaliza as entrevistas que deu a ÉMILE NOËL, reunidas no livro antes aqui citado, afirmando que *a razão ainda não atingiu a idade da razão*, e dizendo não saber se se chegará lá algum dia; isso dependerá do homem. Podemos acrescentar que assim é e deve ser porque o tempo não é cíclico, a história é para ser construída pelo homem, ser de criatividade, da palavra e da liberdade.

⁵⁵ BUARQUE, obra mencionada, p.81.

⁵⁶EDGAR MORIN, "Por uma Reforma do Pensamento", "O Correio da UNESCO", n.4, RJ, abr.96, p.10/11; o autor é sociólogo, diretor de pesquisa do Centro Nacional de Pesquisa Científica da França (CNRS).

⁵⁷Henri Atlan, "As Fronteiras da Ciência", texto citado, p. 4.

Bibliografia

- ATLAN, Henri - "As Fronteiras da Ciência", in "O Correio da UNESCO, n.5, maio/96.
- AVRITZER, Leonardo - "Reflexões Críticas sobre o Conceito de Poder em Habermas", in "Síntese - Nova Fase", B. Horizonte, n.61/93.
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita - "Cidadania e Democracia", in "Lua Nova", n.33, 1994.
- BETTO, Frei - "A Obra do Artista - Uma Visão Holística do Universo", Editora Ática, S. Paulo, 1995.
- BOFF, Leonardo - "São Francisco de Assis - Ternura e Vigor", Editora Vozes, 1982.
- BORNHEIM, Gerd - "Folha de São Paulo", "Mais", 28.04.96.
- BUARQUE, Cristovam - "A Cortina de Ouro - Os sustos do final do século e um sonho para o próximo.", Edit. Paz e Terra, 1995.
- CHÂTELET, François - "Uma História da Razão", Jorge Zahar Editor, RJ, 1992.
- CITTADINO, Gisele - "Privatização do Público no Brasil: Negação do Conflito X Paradigma do Entendimento", in "Direito, Estado e Sociedade", PUC/RJ, n.6, jan-julho/95.
- FURTADO, Celso - "Brasil - A Construção Interrompida", Edit. Paz e Terra, 2a. ed., 1992.
- HUNT & SHERMAN - "História do Pensamento Econômico", Ed. Vozes, Petrópolis, 1978, 2ª ed.
- JAPIASSU, Hilton e MARCONDES, Danilo - "Dicionário Básico de Filosofia", Jorge Zahar Editor, RJ, 2a. ed., 1991.
- KOOGAN/HOUAISS - "Enciclopédia e Dicionário, Ed. Delta, 1992.
- LADRIÈRE, Jean - "Os Desafios da Racionalidade - O Desafio da ciência e da tecnologia às culturas", UNESCO, 1977, Brasil - Editora Vozes, 1979.
- MAY, Rollo - "Eros e Repressão", Edit. Vozes, RJ, 1973.
- MORIN, Edgar - "Por Uma Reforma do Pensamento", in "O Correio da UNESCO", N.4, RJ, abr.1996.
- RORTY, Richard - "Dúvidas para os Pensadores do Próximo Milênio", in "Folha de São Paulo", 03.03.96.
- ROUANET, Sérgio Paulo - "As Razões do Iluminismo", Companhia das Letras, SP, 1987.
- SANTOS, Boaventura de Souza - "Introdução a uma Ciência Pós-Moderna", Biblioteca das Ciências do Homem, Edições Afrontamento, 1989.
- TOPITSCH, Ernst - "A Concepção Geral do Mundo e a Revolução Científica", Edit. Universidade de Brasília, 1979
- WISNICK, José Miguel - "Folha de São Paulo", "Mais", 28.04.96.

MEDIDAS LIMINARES E ELEMENTOS CO-NATURAIS DO SISTEMA DE TUTELA JURÍDICA

J. E. Carreira Alvim*

Sumário:

1. Introdução. 2. Restrições ao exercício da jurisdição. 3. Elementos co-naturais do sistema de tutela. 4. Proibição de medidas liminares. 5. Conclusão.

1. Introdução

Um dos crônicos problemas da Justiça é, sem dúvida, a sua *morosidade*, por razões sabidamente conhecidas¹, sem qualquer perspectiva de solução a curto ou médio prazo. Tal situação de desconforto é agravada pelo tratamento diferenciado que o Estado dispensa a si próprio, em Juízo, enquanto Poder Público, privilegiando-se tanto na posição de autor², quanto na de réu, revelando um indisfarçável desinteresse pelo princípio da democratização do processo, que deveria presidir as suas relações com os jurisdicionados. Tais privilégios vão desde a proibição de provimentos liminares nas demandas em face do Poder Público (Lei n. 8.437/90, art. 1º, *caput*) até a vedação do próprio exercício de ações cautelares (Lei n. 8.437/90, art. 1º, § 1º)³, contra ele, no

* Professor de Direito Processual Civil da PUC-RIO; Juiz do Tribunal Regional Federal da 2ª Região; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)

¹ Essas razões são de ordem conjuntural e estrutural, mas a verdadeira raiz do problema está na falta de vontade política do Governo de resolvê-la. O número de juizes é insuficiente para solucionar a tempo e a hora, todas as causas. Enquanto o número de conflitos cresce em progressão geométrica, o número de juizes cresce em progressão aritmética. No fundo, o próprio Estado, quantitativamente um dos maiores demandados, não tem nenhum interesse em que a Justiça seja rápida; pelo menos para ele. Através da pressão social, previu-se na Constituição a criação dos juizados especiais (art. 98, I), que vieram a ser disciplinados pela recente Lei n. 9.099/95.

² Cf. Lei n. 6.830, de 22-9-80, sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública.

³ Art. 1º. Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder

primeiro grau de jurisdição.

2. Restrições ao Exercício da Jurisdição

Dispondo o art. 51, XXXV, da Constituição que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, esse preceito de super-direito impede que a lei ordinária (ou medida provisória) imponha restrições ao exercício da jurisdição, quando a proibição de liminares possa comprometer a integridade dos direitos subjetivos, expondo seus titulares ao perigo de lesão grave ou de difícil ou incerta reparação. A garantia constitucional desdobra-se em duas espécies de tutela: a definitiva e a provisória (ou temporária), cada qual fundada em seus próprios pressupostos⁴; sem o que, o acesso à Justiça não seria completo.

O preceito constitucional não alcança apenas a proibição de acesso à Justiça, em termos *absolutos*, mas toda restrição, ainda que *relativa*, que limite esse acesso, tornando-o insuficiente para garantir, na prática, ao jurisdicionado, a necessária proteção ao seu direito.

Assim, qualquer limitação ao exercício do direito de ação, pelo particular, e ao dever de (prestar) jurisdição pelo Estado, deve ser afastada, *in concreto, sempre* que importe em transgressão ao sistema de defesa dos direitos, agasalhado pela Constituição. A função da lei ordinária, no campo processual, é a de disciplinar esse sistema, não dispondo de eficácia jurídica para, sob o pretexto de fazê-lo, neutralizá-lo na sua essência.

ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. § 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal. § 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública. § 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação. Com o deliberado propósito de *inibir* o poder jurisdicional, a Lei n. 8.076/90 com eficácia limitada no tempo (expirou-se em 15-9-92), suspendia a concessão de medidas liminares, nos mandados de segurança e nos procedimentos cautelares, versando matérias reguladas por determinadas leis, impondo o duplo grau obrigatório de jurisdição das sentenças proferidas nesses feitos.

⁴ A propósito, o seguinte acórdão do TRF-3ª Região: ACONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. JURISDIÇÃO CAUTELAR. CF ART. 5º, INC. XXXV. PROTEÇÃO DISSOCIADA DO MÉRITO. I - Dispensabilidade de interposição de agravo de instrumento em sede de mandado de segurança, por importar em indevido obstáculo ao efetivo acesso à jurisdição, no caso a cautelar. Cabimento para o controle, pela via mandamental, em relação a direito líquido e certo dos jurisdicionados. Preliminares rejeitadas. II - A garantia inscrita no art. 5º, XXXV, da Constituição, desdobra-se sobre duas espécies de tutela, a definitiva e a provisória, cada qual fundada em seus peculiares pressupostos. III - O fato de haver o juiz decidido a questão de fundo, no mesmo ou em outro processo, pela improcedência do pedido, não o dispensa do dever de constatar, sem nenhuma contradição, a objetiva presença dos requisitos legais para a concessão da tutela cautelar imediata. IV - Se se trata de processo novo, análogo a outros já julgados, examinará o pedido de proteção liminar. V - O acesso a uma efetiva jurisdição cautelar não pode ser afastado se presentes os requisitos de sua imediata concessão. Pode e deve ser suprido em segundo grau. VI - Segurança concedida. (Mandado de Segurança n. 92.03.59557-0, rel. Andrade Martins, TRF-3ª Reg., 2ª Seção, un., DJ 31/8/94, p. 47343).

3. Elementos Co-naturais do Sistema de Tutela

Na Itália, a Corte Constitucional enfrentou tal problema, considerando ilegítimas, por violação a preceito constitucional, determinadas normas de lei limitativas do poder do juiz de suspender por meio de cautelar a execução de provimentos declaratórios de *utilidade pública*, quando constatado erro grave e evidente na individualização dos imóveis ou (na determinação) das pessoas dos proprietários. Afirmou a Corte que, sendo o poder de suspender a execução do ato administrativo *um elemento co-natural* ao sistema de tutela jurisdicional, no controle dos atos da Administração Pública, deve ser exercido com a avaliação, caso por caso, dos graves e irreparáveis danos que possam resultar da execução do ato, pelo que a exclusão do próprio poder de fazê-lo ou a limitação do seu exercício, relativamente a determinadas categorias de atos administrativos ou tipo de vício denunciado contrasta com o *princípio da igualdade*, se inócurrenente uma razoável justificação dessa diversidade de tratamento⁵.

Na doutrina, PACE aplaudiu a decisão da Corte, entendendo que, em sede cautelar, na avaliação dos interesses em conflito, quanto à irreparabilidade dos danos, não devia prevalecer, sempre, o interesse público sobre o particular (do recorrente). Criticou-a, porém, asperamente, PROTO PISANI⁶, afirmando que o legislador pode subtrair do juiz essa avaliação comparativa, mas admitiu a suspensão (do ato administrativo), como *elemento co-natural da tutela jurisdicional*, tanto na presença de lesão a um direito fundamental da personalidade, não suscetível de reparação pelo equivalente, quanto a um direito patrimonial a que se contraponha outro de igual hierarquia constitucional, havendo um *altíssimo grau de probabilidade* de que a lesão venha a ser considerada ilegítima na decisão final⁷.

4. Proibição de Medidas Liminares

O nosso ordenamento jurídico tem sido pródigo em leis proibitivas de medidas liminares, muitas das quais importam, na prática, na supressão ao exercício da própria jurisdição. Para fugir ao flagrante de inconstitucionalidade, o legislador brasileiro, em vez de restringir diretamente o alcance do Poder Jurisdicional, no que encontra vedação expressa no art. 2º⁸ da Constituição — que preserva a independência e harmonia dos Poderes — procura fazê-lo pela

⁵ Corte Cost. 27 dicembre 1974 n. 284, in Rivista di Diritto Processuale. Bologna: CEDAM, n. 1, Janeiro-Março 1995, p. 231.

⁶ Contestou PROTO PISANI que a suspensão (do ato administrativo) cautelar fosse um elemento co-natural da tutela jurisdicional à anulação. *Idem, ibidem*, p. 231.

⁷ PISANI, Proto. *Una macroscopica manifestazione*, cit., 3339. *Idem, ibidem*, p. 231. Como se vê, mesmo quem não aceita, *tout court*, essa construção pretoriana, reconhece a sua utilidade em defesa de um direito constitucional, ou de uma *provável* lesão a direito de índole patrimonial.

⁸ Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

via indireta da limitação ao direito de ação (da parte), fazendo *tabula rasa* dos elementos co-naturais do sistema, como, v.g., o direito ao provimento liminar⁹.

Assim, dispõe, por exemplo, a Lei n. 8.437/92:

Art. 1º. Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

§ 2º *omissis*.

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação.

Tais restrições¹⁰ afrontam, a um só tempo, os princípios¹¹ do (amplo) *acesso à Justiça*, da *efetividade*¹², do *juiz natural* e da *igualdade*, base dogmática de um real *sistema* de direitos e garantias constitucionais¹³, sem os quais o jurisdicionado não disporá de um verdadeiro direito (subjeto) à jurisdição.

5. Conclusão

⁹ Vejam-se, a propósito, algumas limitações impostas, em sede mandamental ou cautelar à concessão de liminares contra o Poder Público: a) o art. 1º da Lei n. 2.770/56, prescreve que: nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar que, direta ou indiretamente, importe na entrega da mercadoria, bem ou coisa; b) o art. 5º da Lei n. 4.348/64 estabelece que: Não será concedida medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens; c) o §4º do art. 1º da Lei n. 5.021/66 reza que: Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

¹⁰ Em princípio, pode parecer que não, mas, desde que a medida liminar se revele necessária à preservação do direito em litígio, haverá ofensa a um elemento co-natural à tutela jurisdicional, se a sua concessão for proibida. Eliminar de vez um componente essencial da garantia jurisdicional, como a medida liminar, ou impor restrições ao seu exercício da ação, de forma que, sem ela, a tutela se revele inadequada à defesa do direito, é uma afronta igualmente ao *acesso à Justiça* e ao *devido processo legal*, de fundo constitucional.

¹¹ Princípios são valores fundamentais, sem os quais um sistema não dispõe de uma estrutura sólida o bastante para impor o respeito à ordem constituída.

¹² Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto de conseguire (O processo deve dar, tanto quanto possível, a quem tem direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter). CHIOVENDA, Giuseppe. *Dell'azione nascente dal contratto preliminare in Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 110.

¹³ O direito subjetivo à jurisdição só existe se for efetiva a garantia de acesso à Justiça, inscrita no item XXXV do art. 5º da Constituição.

Num país em que os demais Poderes (Legislativo e Executivo) revelam uma vocação nata para limitar, reduzir, e até suprimir o poder jurisdicional dos juízes¹⁴, é preciso que a semente plantada pela Corte Constitucional italiana produza, entre nós, os almejados frutos, fazendo florescer uma doutrina dos *elementos co-naturais à tutela jurisdicional*.

Com a introdução da tutela antecipada (art. 273) e da tutela específica (art. 461), no Código de Processo Civil, tal salvaguarda se torna ainda mais necessária, pois, de outro modo, brevemente teremos também medida provisória (ou lei ordinária) afastando a incidência desses dispositivos, nas demandas em que forem réus os entes públicos (União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias). Infelizmente, no Brasil, a realidade tem demonstrado que os direitos e garantias individuais não se protegem por si próprios, encontrando proteção na ação enérgica do Poder Judiciário.

Por fim, não devem juízes e tribunais se acanharem diante de restrições inconstitucionalmente impostas à concessão de medidas liminares (processuais ou substanciais), sempre que se revelarem a *única forma eficaz de evitar uma lesão a direito subjetivo*, sendo, como são, tais modalidades de tutela, elementos co-naturais do sistema de proteção jurídica, a cargo do Estado, e que não podem ser neutralizados pela lei ordinária em benefício do Poder Público.

Autorizo a publicação.
Rio de Janeiro, 2/8/96

CARREIRA ALVIM

¹⁴ Tivemos até a infelicidade de ter uma lei (Ato Institucional n. 5) que excluiu da apreciação do Poder Judiciário a lesão a direito individual, proibindo até a concessão de *habeas corpus* em determinados casos.

NOTÍCIAS E INFORMAÇÕES

Dissertações de Mestrado defendidas no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio no período de julho a dezembro de 1996

- 1. Título da Dissertação: A Proteção do Trabalho no Brasil. A Evolução Histórica do Direito do Trabalho nas Constituições Brasileiras**
Aluno: Renata Ludwig Flores de Moraes
Data da Defesa: 23.07.96
Orientador: José Fiorêncio Jr.
Banca Examinadora: José Fiorêncio Jr., Maria Celina Bodin de Moraes, José Ribas Vieira e Antonio Carlos de Souza Cavalcanti Maia
- 2. Título da Dissertação: Conceito Constitucional de Propriedade: Tradição ou Mudança? (Estudo Comparado das Constituições de 1824, 1946 e 1988)**
Aluno: Maria Clara de Mello Mota
Data da Defesa: 08.08.96
Orientador: Ana Lúcia de Lyra Tavares
Banca Examinadora: Ana Lúcia de Lyra Tavares, Alejandro Bugallo Alvarez e José Ribas Vieira
- 3. Título da Dissertação: Direitos Humanos Face ao Desafio da AIDS**
Aluno: Lilian Marcia Balmant Emerique
Data da Defesa: 13.08.96
Orientador: Carlos Alberto Plastino
Banca Examinadora: Carlos Alberto Plastino, José Maria Gomez e Sergio Carrara
- 4. Título da Dissertação: *Jus Aestheticus*. Bases Filosóficas para a Construção de um Direito Humanista e Caminhos para a Admissibilidade de uma Estética do Direito**
Aluno: José Ricardo Ferreira Cunha
Data da Defesa: 21.08.96
Orientador: Carlos Alberto Plastino
Banca Examinadora: Carlos Alberto Plastino, Leandro Konder e Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca

5. Título da Dissertação: Sistemas de Solução de Controvérsias em Áreas de Integração. Perspectivas para a Construção de um Modelo Institucional Definitivo no MERCOSUL

Aluno: Luizella Giardino Barbosa Branco

Data da Defesa: 22.08.96

Orientador: Nadia de Araújo

Banca Examinadora: Nadia de Araújo, Celso Renato Duvivier de Albuquerque Mello e Marilda do Rosado de Sá Ribeiro.

6. Título da Dissertação: Precarização das Relações de Trabalho. Impactos do Modelo de Acumulação Emergente no Brasil

Aluno: Daniele Gabrich Gueiros

Data da Defesa: 28.08.96

Orientador: José Maria Gomez

Banca Examinadora: José Maria Gomez, Alejandro Bugallo Alvarez e Carlos Alberto Plastino

7. Título da Dissertação: A Democratização do Poder Judiciário

Aluno: Osvaldo Agripino de Castro Junior

Data da Defesa: 28.08.96

Orientador: José Ribas Vieira

Banca Examinadora: José Ribas Vieira, Eliane Botelho Junqueira e José Murilo de Carvalho

8. Título da Dissertação: Cidadania e Tutela dos Interesses Difusos. Uma Análise do Papel do Ministério Público

Aluno: Thais Graeff

Data da Defesa: 02.09.96

Orientador: Gisele Cittadino

Banca Examinadora: Gisele Cittadino, Francisco Mauro Dias e José Ribas Vieira

9. Título da Dissertação: Afro-Brasileiros. Uma Questão de Justiça

Aluno: Sergio da Silva Martins

Data da Defesa: 09.09.96

Orientador: Carlos Alberto Plastino

Banca Examinadora: Carlos Alberto Plastino, José Maria Gomez e Helio Santos

10. Título da Dissertação: Entre Habermas e Luhmann: A Base de Fundamentação Ética da Legitimidade Procedimental

Aluno: Isabela Amaral Paladino

Data da Defesa: 17.09.96

Orientador: Carlos Alberto Plastino

Banca Examinadora: Carlos Alberto Plastino, Gisele Cittadino, Ricardo Lobo Torres e José Maria Gomez