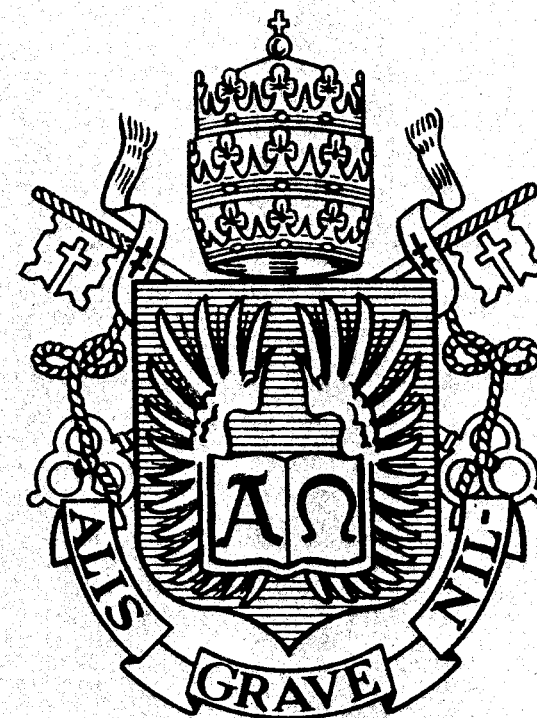


DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

Nº 15

AGOSTO-DEZEMBRO
1999



DEPARTAMENTO DE DIREITO
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DO RIO DE JANEIRO

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

Nº 15

AGOSTO-DEZEMBRO
1999



DEPARTAMENTO DE DIREITO
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DO RIO DE JANEIRO

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

DEPARTAMENTO DE DIREITO

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

nº 15 agosto-dezembro 1999

Publicação Semestral do Departamento de Direito da PUC-Rio

DIREÇÃO DO DEPARTAMENTO DE DIREITO

Francisco Mauro Dias

CONSELHO EDITORIAL

Alejandro Bugallo Alvarez
Ana Lúcia de Lyra Tavares
Gisele Guimarães Cittadino
Joaquim de Arruda Falcão
José Eduardo Campos de Oliveira Faria
José Ribas Vieira
Tania da Silva Pereira

COORDENAÇÃO DE PUBLICAÇÕES

Maria Celina Bodin de Moraes

Os artigos deverão ser enviados para a Secretaria do Departamento de Direito da PUC-Rio, na Rua Marquês de São Vicente, 225, Ala Frings - 6º andar - Gávea - Rio de Janeiro - RJ - 22.453-900

SUMÁRIO

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

Nº 15

AGOSTO - DEZEMBRO

1999

1. Artigos

- Princípios Informativos da Relação de Filiação:
Indagações à Luz dos Progressos da Biotecnologia
Alejandro Bugallo Alvarez 01
- O Modelo do Bom Pai de Família e a
Responsabilidade Civil Contratual:
Origens e Desdobramentos
Flávia de Almeida Viveiros de Castro 15
- Da Ação Direta de Inconstitucionalidade
À Luz da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999
Francis Waleska Esteves da Silva 25
- Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica
e um Esboço de Sistematização do Direito Punitivo
Ivan Firmino Santiago da Silva 45
- Limites e Possibilidades do Ensino
e da Pesquisa Jurídica: Repensando Paradigmas
Luiz Edson Fachin 61
- Soberania e Crise da Sociedade do Trabalho:
Alguns Enfoques Político-Jurídicos
Maria Celeste Simões Marques 73
- Constituição e Direito Civil: Tendências
Maria Celina Bodin de Moraes 95

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

nº 15 agosto-dezembro, 1999.

ISSN 1516-6104

Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade
Católica – Departamento de Direito.

1. Direito-Periódicos. 1- PUC-Rio

A Cláusula de Rescisão do Contrato Bilateral
em Caso de Falência Diante dos Termos
do Art. 43 do Decreto-Lei 7.661/45
Ronaldo Eduardo Cramer da Veiga 115

2. Ensaios sobre Jurisdição Constitucional

Em Vista de Um Conceito de Jurisdição Constitucional
José Ribas Vieira
Margarida Camargo 119

A Jurisdição Constitucional na Constituição de 1946
Maria do Carmo Guedes 127

O Papel do Historiador no Estudo do Funcionamento
do Poder Judiciário Brasileiro no Período Republicano
– Algumas Considerações
Márcio Scalercio 131

Algumas Considerações sobre o Controle da Constitucionalidade
das Leis pelo STF no Período de 1891 a 1934
Fábio Carvalho Leite 137

O Caso USA v. AMISTAD
e os Valores da Fundação em Hannah Arendt
Ana Lucia de Lyra Tavares 145

O Caso MEPHISTO – 30 BverfGE 173 (1971)
Marco Aurelio Peri Guedes 155

Jurisdição, Processo e Argumentação
na Corte Constitucional da África do Sul
no Caso-Paradigma (*Leading-Case*)
THE STATE v. T. MAKWANYANE e M. MICHUNU (1995)
Florian Hoffman 161

O Bloco da Constitucionalidade e o Contexto Brasileiro
Carolina de Campos Melo 169

O Princípio Constitucional do Estado de Direito Democrático
como Fundamento de Decisão do Tribunal Constitucional Português:
Um Caso de Interpretação Inconstitucional
Elídio A. B. Marques 181

Controle de Constitucionalidade
dos *Decreti-Leggi*: Uma Experiência Italiana
Thamy Pogrebinski 189

3. Discurso

Biodiversidade e Direito
Min. Antônio de Pádua Ribeiro 203

4. Notícias e Informações

Relação das Dissertações de Mestrado defendidas no período de agosto a
dezembro de 1999.

PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DA RELAÇÃO DE FILIAÇÃO: INDAGAÇÕES À LUZ DOS PROGRESSOS DA BIOTECNOLOGIA

Alejandro Bugallo Alvarez

1.- Introdução.

Destaca o Professor Gustavo Tepedino que a Constituição trouxe novos padrões axiológicos informativos das relações familiares, tanto nas relações entre os conviventes, tomando como referencial a família constituída pelo casamento, como na relação de filiação.

As relações entre os conviventes passam a ter como fundamento básico a *afeição*, o que pressupõe a espontaneidade e implica na construção quotidiana de experiências consensuadas, fator fundamental para atingir o estágio ideal da *comunhão de vida*. Como consequência, na ausência da afeição, a convivência deixa de ter razão de existir, reconhecendo-se o direito ao desfazimento da sociedade conjugal e, portanto, do casamento, na medida em que se configure a *ruptura da vida em comum*. Vale dizer, o desaparecimento da *affectio* é sintoma de que a união não contribui para a realização dos conviventes, razão porque a *ruptura da vida em comum* é recepcionada pela Constituição (art. 226, § 6º) e, conseqüentemente pela lei do divórcio (art. 5º, § 1º), como garantia do direito à dissolução da sociedade conjugal independentemente da apuração de culpa, vale dizer, reconhece-se o direito à dissolução pelo simples fato da ruptura¹.

¹ Professor de Direito Civil e de Teoria Geral do Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio. Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-Rio.

¹ TEPEDINO, Gustavo. "A Disciplina Civil Constitucional das Relações Familiares". In: BARRETO, Vicente (org.) *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 49.

A afeição implica na compatibilização dos projetos existenciais dos conviventes, o que, no quadro de valores da civilização atual assumidos como princípios constitucionais, implica na recepção do outro como pessoa, resultado da aplicação no plano existencial e nas relações interpessoais do princípio da *dignidade da pessoa humana*, fundamentante do Estado e da ordem jurídica e no reconhecimento do direito de igualdade que, no âmbito das relações intersubjetivas dos conviventes, se projeta na igualdade de direitos (art. 226, § 5º da CF), qualificado pela doutrina como o princípio da democratização.

Existe, portanto, um deslocamento do centro da tutela constitucional *do casamento para as relações familiares dele decorrentes* resultando numa tutela funcionalizada à dignidade de seus membros, especialmente no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos² ou, como afirma Paulo Neto Lobo, a repersonalização das relações de família³

Desta forma, ao invés de pensar-se as relações interpessoais dos conviventes e, conseqüentemente seus direitos e deveres recíprocos, em função do casamento e sua preservação, o que implicaria na funcionalização dos direitos interpessoais ao casamento, a partir dos referenciais axiológicos da Constituição o casamento é analisado em função da realização interpessoal dos conviventes⁴. O casamento existe e subsiste na medida em que leve à realização dos conviventes, o que leva à flexibilização das causas da separação e à viabilização de tantos quantos casamentos sucessivos, por autodeterminação, os consortes queiram entabular, após a extinção do vínculo gerado pelo casamento anterior, e ao reconhecimento da liberdade para estabelecer convivência sem o ato formal e solene do casamento (união estável), recepcionada como forma legítima de constituição da família, razão porque a ordem jurídica reconhece aos conviventes em união estável, em suas relações interpessoais, direitos e efeitos semelhantes aos do casamento, especialmente no direito sucessório.

Persiste a família monogâmica como paradigma cultural e para efeito do reconhecimento de direitos e deveres recíprocos interpessoais dos conviventes, o que não impede que, em razão das relações de parentesco, a mesma pessoa íntegra e possa constituir várias famílias, vale dizer, em virtude das relações parento-filiais. Neste sentido, o casamento e a união estável, enquanto subsistentes, impedem o reconhecimento de direitos e deveres interpessoais e recíprocos entre conviventes que tenham dado origem à união por outros modos diferentes. Tais uniões, persistentes ou esporádicas, seguem o princípio da autodeterminação e podem gerar novas famílias. Este é o

² TEPEDINO, Gustavo. Ob. cit. p. 49.

³ NETO LOBO, Paulo Luiz. *A repersonalização das Relações de Família e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 54.

⁴ TEPEDINO, Gustavo, ob. cit. p. 49.

equacionamento que se pode dar atualmente às uniões livres, não enquadradas no paradigma da união estável.

Finalmente, com base no direito fundamental à liberdade, inclusive a liberdade sexual fruto da autodeterminação, à vida privada e à realização pessoal, sem qualquer discriminação, há quem admita a constituição de uniões de pessoas do mesmo sexo, fixando-se direitos e deveres recíprocos e os conseqüentes efeitos patrimoniais, embora de acordo com os referenciais da Constituição não possam qualificar-se como união estável⁵.

Da mesma forma, as relações de filiação passam a ser informadas pelo princípio da *igualdade de direitos dos filhos*, qualquer que seja a natureza da filiação com a conseqüente proibição de discriminações (art. 226, § 6º da CF), o que implica não só na igualdade de direitos patrimoniais, como também em funcionalizar todas as relações, inclusive o casamento e as novas modalidades de surgimento da entidade familiar, às relações de filiação. Tal a razão de a Constituição tutelar novos núcleos familiares, tais como, as famílias monoparentais e extramatrimoniais (art. 226, § 4º).

A funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros e a desvinculação da proteção dispensada aos filhos da qualificação jurídica das relações entre os genitores, implica na priorização da relação de filiação a qualquer outro direito ou interesse, o que se explicita na possibilidade de exigir do réu, na ação de investigação de paternidade, a submissão ao exame de DNA e na possibilidade de propositura da ação de reconhecimento contra o prazo de quatro anos para contestar a paternidade (art. 263 do CC)⁶.

2.-Os critérios determinantes da relação de filiação.

Tradicionalmente, em razão da funcionalização do estatuto das relações familiares, especificamente as de filiação, ao casamento, os Códigos modernos consagraram o critério nupcialista para aferir a relação da paternidade. Em função do casamento e na constância do mesmo, visando sua preservação, fixava-se a filiação por presunção tomando como referencial o tempo da gravidez, de tal forma que na constância do casamento, em razão da presunção *pater is est*, pelo fato de uma criança nascer, sendo a mãe casada, estabelecia-se

⁵ FACHIN, Luiz Edson, "Aspectos Jurídicos da União de Pessoas do Mesmo Sexo". In: BARRETO, Vicente (org.), ob. cit. p. 111.

⁶ TEPEDINO, Gustavo, *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 392-410. BODIN DE MORAES, Maria Celina. "Recusa à Realização do Exame de DNA na Investigação da Paternidade e Direitos da Personalidade". In: BARRETO, Vicente (org.), ob. cit., p. 169-194.

automaticamente a relação de filiação com o marido da mãe, reservado a este o direito exclusivo de contestar a paternidade num prazo decadencial⁷.

Recentemente, porém, os textos legais⁸ e a jurisprudência, informados pelos princípios constitucionais, vem dando prevalência ao critério da verdade biológica em detrimento do critério nupcialista⁹. Desta forma, não só à criança, como à própria mãe, reconhece-se-lhes legitimidade ativa para impugnar a paternidade, bem como ao pai biológico o direito de reconhecer a paternidade, eliminando-se, portanto, o monopólio da legitimidade do marido, na medida em que não existem mais restrições ao reconhecimento dos filhos, qualquer que seja o estado civil ou de parentesco dos genitores. Trata-se de enfatizar o direito fundamental à própria identidade que, como direito da personalidade, sobrepõe-se ao casamento e ao direito de privacidade e intimidade do genitor¹⁰, imperando, portanto, o princípio da livre impugnação da paternidade e o da livre investigação da paternidade¹¹, o que implica na prevalência da verdade biológica.

Através do exame de DNA, a ciência permite estabelecer, com precisão quase absoluta, a origem genética, o que implica que a nível fático, a paternidade é passível de ser revelada, sob o aspecto biológico, pelo laudo¹².

Na verdade, destaca Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, “o ser humano é herdeiro de uma carga genética de seus pais” razão porque, na lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito à historicidade pessoal”, vale dizer, o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores, integra o direito à identidade. Por outro lado, enfatiza, que “dissociar a estrutura do parentesco equivale a romper com o espaço fundamental que a família representa para o desenvolvimento do ser humano”, além de que, “a criança, terceiro produzido por outros dois, é a imprescindível evidência da diversidade biológica e social do

⁷ FERREIRA, Lúcia Maria Teixeira, “A Tutela da Filiação”. In: SILVA PEREIRA, Tânia da (org.), *O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 298 e ss., destaca a prevalência do critério nupcialista no Código Civil. OLIVEIRA, Guilherme de, *Crêditos Jurídicos da Paternidade*. Coimbra: Almedina, 1998, destaca que no direito português, o único fundamento da contestação da paternidade era a impossibilidade física, por estarem os cônjuges separados de fato, sendo a legitimidade ativa exclusiva do marido, não obstante em 1938 se tivesse reconhecido legitimidade ativa ao filho. O Código de 1966, porém, não reconheceu legitimidade ao filho, embora admita a legitimidade do Ministério Público, a pedido de quem se declarasse pai natural, o que foi estendido pelo Decreto Lei nº 280, de 1973, à mãe.

⁸ Especialmente, após a Constituição, O Estatuto da Criança e do Adolescente e a lei nº 8.560/92.

⁹ FERREIRA, Lúcia Maria Teixeira, ob. cit. p.299-300

¹⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina, ob. cit. TEPEDINO, Gustavo, ob. cit. 392-410.

¹¹ OLIVEIRA, Guilherme de, ob. cit. p. 243-290 e 291 a 329.

¹² OLIVEIRA LEITE, Eduardo de, *Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos religiosos, psicológicos e médicos*. São Paulo. RT, 1995 destaca que as contribuições trazidas pelo desenvolvimento tecnológico, reduziram o papel da presunção da paternidade legítima e a firmaram o princípio da paternidade natural, através de provas científicas (primeiro o exame de sangue e ultimamente de DNA) de forma a fazer coincidir a relação jurídica com a verdade biológica. p. 201.

casamento”, sendo a recusa do incesto, a garantia “dessa diversidade ou, se preferível, uma complementariedade imprescindível para aumentar o seu campo biológico e social¹³ Sob outra ótica, embora ressalte as qualidades da verdade afetiva em contraposição à verdade biológica, ao tentar justificar a inseminação artificial em contraposição a adoção, Eduardo de Oliveira Leite afirma que “o direito a ter um filho próprio, e não a inserção de um estranho no grupo familiar, até prova em contrário, é um direito absoluto, que no momento, nenhum legislador do mundo civilizado se arriscou a negar” porquanto, o altruísmo da adoção “não pode ter o poder de anular o do esforço empreendido por um casal estéril, na obtenção de seu próprio filho, nem que seja com patrimônio genético reduzido à metade”¹⁴.

Todavia, se por um lado a ciência possibilita a identificação fática da paternidade sob o aspecto biológico, por outro, a aplicação da biotecnologia ao ser humano possibilita modos de procriação em que não é possível aferir a paternidade biológica (coctail de sêmen). Neste caso, o critério biológico resulta insatisfatório para aferir, nos moldes tradicionais, a paternidade. No caso da adoção, a paternidade não leva em consideração o elemento biológico, ao contrário, a adoção surge como modo de estabelecimento da relação de filiação e de constituição de família, como um mecanismo de superação do critério biológico. Neste modo de estabelecer-se a relação de filiação, o fator determinante é a vontade, estimulada e informada por sentimentos de solidariedade, altruísmo e afetividade, resultante não exclusivamente da apreciação unilateral do adotante, mas também da empatia que se estabelece entre o adotante e o adotado. Com efeito, embora o Estatuto da Criança e do Adolescente somente exige o consentimento do adotado quando a criança conta com mais de 12 anos(art. 45,§ 2º, da Lei 8.069/90), nos termos do art.43, o dissenso manifestado através da rejeição dos adotantes deverá ser levado em consideração em idade inferior, qualquer que seja o nível de percepção da criança. Por trata-se de relação de paternidade/filiação assumida, fruto da afetividade, tal sentimento deve ser aferido em reciprocidade Por outro lado, mesmo que seja possível aferir a paternidade biológica, destaca Carbonara, deve ser valorizada uma terceira verdade, qual seja “o aspecto sócio-afetivo do estabelecimento da filiação, baseado no comportamento das pessoas que a integram” que embora revele “o aspecto aparentemente mais incerto, o afeto, em muitos casos é mais hábil para revelar quem efetivamente são os pais”, de tal forma que “a incerteza presente na posse do estado de filho questiona fortemente a certeza da tecnologia”. Além do mais, “a verdade sócio-afetiva, aproxima-se do modelo de família eudemonista, pautada que está no afeto, construído quotidianamente e não determinado desde o início da relação, revelando a valorização dos sujeitos”¹⁵, o que deve entender-se não só em relação ao

¹³ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, *Direito ao Patrimônio Genético*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 166-167.

¹⁴ OLIVEIRA LEITE, Eduardo de, ob. cit. p. 139.

¹⁵ CARBONARA, Silvana Maria, “O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família”. In: FACHIN, Luiz E., *Repensando os Fundamentos do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar 1998, p.303-305.

casamento, como também em relação à filiação. Em ambas as hipóteses, porém, a conotação é diferente porquanto, enquanto no casamento o afeto constitui a *ratio* não só de seu surgimento, como também de sua subsistência, sendo esta a justificativa da necessidade de sua construção e reconstrução espontânea e cotidiana e de que a ruptura da vida em comum seja fator decisivo da dissolução da sociedade conjugal e do vínculo, na filiação, especialmente na filiação resultante da adoção do Estatuto, o afeto é pressuposto e condição da filiação. Todavia, uma vez estabelecida a relação, no interesse da criança, a ausência do afeto pode implicar na perda da guarda e do pátrio poder, não porém, na dissolução da relação tendo, neste sentido, o mesmo tratamento que a filiação estabelecida em virtude do elemento biológico¹⁶.

Neste sentido, a procedência da lição de Sérgio Gischkow Pereira, "a paternidade é um conceito não só genético ou biológico, mas psicológico, moral, sócio-cultural. Em grande número de ocasiões o vínculo biológico não transcende a ele mesmo e revela-se completo e patológico o fracasso da relação de paternidade sob o prisma humano, social e ético. Em contrapartida, múltiplas situações de ausência de ligação biológica geram e mostram a relação afetiva, em nível de paternidade, saudável, produtiva, responsável. E os milhões de casos de paternidade biológica não desejada?"¹⁷

A filiação pode resultar apenas da vontade, tanto na constituição como na sua desconstituição, como é o caso da adoção simples. Nesta hipótese, as relações de filiação dependem unicamente da vontade, porquanto o estabelecimento dos laços de filiação dependem do mútuo consentimento, enquanto a desconstituição pode resultar tanto da vontade unilateral como da vontade bilateral¹⁸. Na adoção do Estatuto, porém, a soberania da vontade é indiscutível na constituição da relação de filiação, porém, em virtude de sua irrevogabilidade adquire o mesmo status da relação jurídica que se estabelece em virtude do fator biológico¹⁹.

¹⁶ Esta característica não se dá na adoção simples do Código, por ser passível de revogação unilateral ou bilateral. No caso, embora se estabeleça a relação de filiação, a mesma não visa fundamentalmente a realização interpessoal, embora não prescindindo dos mesmos, mas outros efeitos jurídicos.

¹⁷ PEREIRA, Sérgio G., "Algumas considerações sobre a nova adoção". Revista dos Tribunais, n. 682, agosto, 92, p. 65.

¹⁸ Na adoção do Estatuto, a vontade é fator fundamental no estabelecimento da relação de filiação, entendendo-se a vontade do adotante e do juiz, bem como a vontade do adotado, quando o mesmo tiver mais de dez anos. Este caso, embora a vontade do adotado não constitui elemento formal da adoção constitui um princípio inspirador, na medida que a existência de incompatibilidades, mesmo psicológicas, contraria o princípio da dignidade da pessoa humana e a função da adoção, em relação à criança, direcionada à realização da mesma e ao melhor interesse.

¹⁹ Neste sentido conclui Silvana Maria Carbonara, que a adoção evidencia a importância do afeto nas relações de família, "especialmente em razão de representar o estabelecimento de uma relação jurídica voluntária, com fins de formar uma família, isto é, uma comunidade onde o afeto e a valorização recíproca de seus componentes sejam elementos relevantes" ob. cit. p. 306.

Finalmente, a ordem jurídica mostra-se acessível ao estabelecimento da relação de filiação por fatores sociológicos, integrado também pela vontade, na medida em que implica aceitação, como é a hipótese da posse do estado de filho(art. 349,II do CC), porquanto são os pais que atribuem a essa criança a situação que se pode qualificar de *posse do estado de filho*, assim como na hipótese das procriações artificiais.

Neste sentido precisa Eduardo de Oliveira Leite, com base nas lições de Pierre Raynaud, que a vontade revela sua existência em três níveis distintos e dissociados sobre os quais se pode apresentar a filiação: o biológico, o psicológico e o da afetividade.

Sob a ótica dos princípios constitucionais, a própria filiação estabelecida em virtude do fator biológico, somente tem sentido na medida em que está informada pelo princípio da afetividade que cria as condições para a realização da criança. Neste sentido, com Eduardo de Oliveira Leite, deve reconhecer-se que a afetividade é o princípio informativo "da intensidade das relações que unem pais e filhos, independentemente da origem biológica-genética"²⁰. Vinculado com o princípio da afetividade, na medida em que cria as condições para sua operacionalização, está o fator psicológico, resultante das relações que se estabelecem entre as crianças e os pais com base nas experiências vividas, fundamentais para estabelecer os laços de vinculação, razão porque, no caso da adoção, o Estatuto da criança prevê o período de convivência, mesmo nas adoções por pessoas estrangeiras.

Assim a afetividade, permeia a relação de filiação qualquer que seja o modo de constituição. Na sociedade conjugal, a afetividade é percebida pela criança, na medida em que as relações familiares são vivenciadas com base nos princípios da dignidade e igualdade, assumindo a filiação como projeto compartilhado do casal.²¹

Fachin precisa que "as decisões exclusivamente calcadas no critério biológico da paternidade merecem questionamento. De verdade proibida, a voz do sangue resta reputado o elemento definidor da relação paterno-filial; paradoxalmente, resultados injustos, similares àqueles do sistema clássico, serão obtidos, eis que a questão central está no equilíbrio dos critérios de estabelecimento da filiação e não na incontrolada supremacia de um sobre o outro"²². No mesmo sentido, Silvana Maria Carbonara, "as verdades jurídica, biológica e sócio-afetiva, longe de serem absolutas, devem ser questionadas

²⁰ OLIVEIRA LEITE, Eduardo de, ob. cit. pp. 202, 206-207.

²¹ OLIVEIRA LEITE, Eduardo de, ob. cit. p. 209.

²² APUD: FERREIRA, Lúcia Maria, ob. cit. p. 301.

quanto ao modelo de família que servem”, não podendo ignorar-se que “as verdades jurídicas e biológicas ou genéticas tendem a ligar-se ao modelo codificado, posto que estão aptas a dar condições de manutenção ao modelo de legitimidade existente”²³.

3.-A relação de filiação na inseminação heteróloga.

3.1 As várias formas possíveis de reprodução humana introduzidas pela biotecnologia.

Inicialmente cabe destacar que os usos da biotecnologia nas plantas e especialmente nos animais, prefiguram sua aplicação, sob o aspecto da possibilidade científica ao ser humano. A este respeito, constata Jean Bernard, que duas revoluções transformaram o destino do ser humano, a *revolução terapêutica*, que começa em 1936 com as sulfaminas e continua com os antibióticos permitindo vencer, entre outras, a tuberculose e a sífilis, e a *revolução biológica* que inspirou o conceito de patologia molecular e governa atualmente a medicina, adquirindo um novo impulso com a descoberta das leis que presidem a formação da vida, o código genético²⁴. No campo da reprodução, destaca Stela Marcos de Almeida Neves Barbás, que os avanços da engenharia genética tornam possíveis novas técnicas de reprodução quer sexuada²⁵ quer assexuada²⁶, a criação de indivíduos geneticamente idênticos

²³ CARBONARA, Silvana Maria, ob. cit. p. 305.

²⁴ BERNARD, Jean. *La Bioéthique*. Paris: Flammarion, 1994, p. 7-10. Ressalta o autor; (i) que a *revolução terapêutica* concerne à medicina e diz respeito à aplicação dos progressos recentes ao tratamento ou prevenção de doenças, o que exige a prévia experimentação e segurança na aplicação das práticas científicas ao ser humano, dado o valor primário da vida humana e a avaliação dos efeitos colaterais, assim como demanda processos precisos que regulamentem a avaliação dos novos medicamentos e reflexão sobre questões éticas relacionadas com a experimentação em seres humanos; (ii) que a *revolução biológica* projeta-se: a - no campo da *matriz da reprodução*, destacando, entre outros aspectos, a inseminação artificial, especialmente as pesquisas da fertilização *in vitro*, nas quais existe pleno domínio da técnica, e que traduzem, no campo do direito, a relevância do consentimento e a questão da aferição da paternidade; b.- a *matriz da hereditariedade*, campo específico da engenharia genética, o que possibilita a predição de doenças, o domínio da genética da identidade a partir da década de 70, e especialmente a possibilidade de transformar o patrimônio genético do ser humano. Ob. cit. p. 47-60.

²⁵ De acordo com a sistematização de Stela Marcos de Almeida Neves BARBAS, *Direito ao Patrimônio Genético*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 39, incluem-se na reprodução sexuada: a **inseminação artificial, com sêmen fresco**, do marido no útero da esposa ou companheira estável, do marido em útero de mãe portadora, de um terceiro, no útero da esposa ou companheira; **com sêmen congelado e conservação em bancos de sêmen**, do marido em útero da esposa ou companheira estável, do marido em útero da esposa no estado de viúva, inseminação em útero de mulher que não a esposa ou companheira em união estável; a **fecundação artificial, com gestação semelhante a 9 meses fisiológicos, seja com implantação em útero da esposa**: a) com óvulo da esposa ou companheira em união estável e esperma do esposo ou companheiro em união estável; b) com óvulo da esposa ou companheira em união estável e sêmen de doador; **seja com implantação em útero de mãe portadora**: a) com óvulo de esposa ou companheira e esperma do esposo ou companheiro; b) com óvulo da esposa ou companheira e esperma de doador; c) com óvulo de mãe doadora e sêmen do esposo ou companheiro; **com gestação prolongada por congelamento de embrião em útero de mãe**

por clonagem ou outros processos, a transferência de embriões humanos para o útero de outra espécie ou vice-versa, o cruzamento entre o reino humano e o reino animal ou vegetal, assim como a criação de embriões humanos exclusivamente para investigação e experimentação, o que demanda regulações adequadas e levanta sérios questionamentos éticos por implicar, não só na capacidade de realizar diagnóstico pré-implantatório do sexo e de doenças, como também de manipulação total e de utilização das informações genéticas a serviço de interesses outros que não a proteção da vida, como o poder(governos), e os interesses negociais (seguradoras ou empregadores) além da exploração puramente mercantil dos embriões humanos produzidos laboratorialmente e mantidos indefinidamente congelados²⁷.

3.2.- O direito à identidade na adoção e na inseminação heteróloga.

3.2.1.- Equacionamento.

O denominador comum, tanto na adoção como na inseminação heteróloga, consiste na confidencialidade do processo e da decisão que constitui o vínculo adotivo, no caso da adoção do Estatuto, e o anonimato, no caso da inseminação artificial heteróloga, no entendimento de que o sigilo fortalece a relação de filiação e “encoraja os genitores a ceder os filhos que não podem alimentar e educar”, assim como estimula o doador a ceder o sêmen, na medida em que não envolve a relação de paternidade e, conseqüentemente, estimula os processos de inseminação²⁸. Tanto por parte dos adotantes, como por parte do marido que consente na inseminação, enfatiza-se o papel da verdade afetiva, em contraposição à verdade biológica, porque “a verdadeira filiação só pode vingar no terreno da afetividade, da intensidade das relações que unem pais e filhos, independentemente da origem biológico-genética” Assim, “desconsiderando, ou tornando relativa a verdade genética, voluntariamente apagada e protegida pelo anonimato dos doadores, a nova ordem funda a filiação sobre a vontade e a promessa da verdade afetiva”²⁹.

portadora: a) com o esposo e a mãe já mortos; b) com a mãe legal já morta; d) com o pai legal já morto; e) por compra de embrião dadas as suas características de *pedigree*.

²⁶ Quanto às técnicas de reprodução assexuada, com base no o magistério de Agostinho de Almeida SANTOS, *Razões de Ser. Genética e Reprodução Humanas. Conflitos e Contradições*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1994, p.9-10, ressalta poderem destacar-se: A.- a resultante de componente genético de um dos cônjuges; (i) genes do pai clonado com óvulo da esposa e gerado por ela - *cloning homólogo*; (iii) genes do pai clonado em óvulo doado e gerado pela esposa; (iii) genes da esposa, clonado em óvulo de portadora e gerado por ela- *cloning antiólogo*; (iv) genes de da esposa, clonado em óvulo de doadora e gestado por ela e a resultante de componente genético de doador, clonado em óvulo de doadora e gestado por ela- *cloning heterólogo* Stela Marcos de Almeida Neves Barbás, ob. cit. p. 40.

²⁷ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, ob. cit. p. 40; 42.

²⁸ OLIVEIRA, Guilherme de, ob. cit. p. 473.

²⁹ OLIVEIRA LEITE, Eduardo, ob. cit. p. 202-203.

Se por parte dos pais é inquestionável seu espírito de solidariedade e a nobreza do sentimento da paternidade assumida, dotada pelo ordenamento jurídico de todos os predicados pertinentes à paternidade biológica, por parte dos filhos, a relação de filiação não é assumida mas imposta, com o que surgem questionamentos inerentes ao direito à identidade, ao direito "à informação que condiciona decisões pessoais graves, requisito da defesa da privacidade" que não seriam reconhecidos a certos cidadãos contrariando o princípio da igualdade³⁰ porque imprescindível, no caso concreto, para a realização pessoal (necessidade psicológica) ou para o exercício do direito a uma vida saudável, para o que se torna necessário e imprescindível conhecer a história clínica e a herança genética, obstados pela confidencialidade e pelo anonimato³¹.

3.2.2.- Posicionamento dos ordenamentos jurídicos e discussão doutrinária.

Informa Stela Marcos de Almeida Neves Barbás, que não existe consenso na doutrina, recomendações, projetos e leis dos diversos países da União Européia³², destacando que a nível de legislação dos estados membros, verificam-se duas posições: (i)-a dos que *consagram o princípio do anonimato*, como a Lei n.68/87, da Noruega, a Lei n. 35/88, da Espanha, a Lei n° 94/653, da França;(ii) a dos que *proíbem a ocultação da identidade dos genitores, exceto nos casos previstos expressamente em lei*, como a Lei N° 1140/84 e Lei N° 711/88, da Suécia; o "Children Act", de 1975 e o "Adoption Act", de 1976, no Reino Unido, crescendo o apoio esta tese na Alemanha³³.

Em relação à adoção, com base na análise dos textos fundamentais dos EUA e da República Federal da Alemanha, destaca Guilherme de Oliveira, poder concluir-se: (i) que a doutrina e a jurisprudência enfatizam a tranquilidade da família adotiva;(ii) que não é pacífico o reconhecimento de um direito fundamental à origem biológica; (iii) que o anonimato dos genitores admite exceções a favor do adotante e do adotado;(iv) que a ciência jurídica mais desenvolvida ainda hesita na composição de interesses concorrentes³⁴, enfatizando, porém, que nos EUA a jurisprudência "facilita o acesso dos adotados ao conteúdo dos registros, excluindo a identidade dos genitores", sendo que as leis mais recentes garantem que o processo de adoção recolha o máximo de elementos pertinentes à história genética, em documentos separados e disponíveis, sem quebra do anonimato dos pais, e facilitam a revelação dos

³⁰ OLIVEIRA, Guilherme de, ob. cit. p. 474

³¹ OLIVEIRA, Guilherme de, ob. cit. p. 475.

³² A nível Comunitário, explicita BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, ob. cit. p. 170, que o Projeto de Recomendação do Conselho de 82, sobre Inseminação Artificial nos Seres Humanos, elaborado pelo Comitê Diretor para os Direitos do Homem do Conselho de Europa, adotou o anonimato, enquanto o Parlamento, na Resolução de 16 de março de 1989 sobre Fecundação Artificial In Vitro e In Vivo, proíbe o desconhecimento do doador.

³³ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves, ob. cit. p.168-170.

³⁴ OLIVEIRA, Guilherme de, ob. cit. p. 479-480.

dados ao adotado maior dando prioridade ao interesse do adotado de forma a aferir sua identidade e o reconhecimento de seu direito a autocondução de sua vida, em contraposição ao interesse dos adotantes que não desejam a identificação dos genitores propugnando pela ocultação a paternidade³⁵.

Por outro lado, enfatiza, na Alemanha, reconhece-se, ao adotado maior, o direito de acesso aos registros e, antes, mediante a concordância do adotante e adotado, verificando-se existir tendência na doutrina para admitir a legitimidade ativa do adotado para mover ação de investigação de sua ascendência biológica, com fundamento quer no direito à informação, quer no direito constitucional à identidade, o que vem sendo confirmado pela jurisprudência³⁶.

No concernente à inseminação heteróloga, duas questões constituem preocupação dos ordenamentos jurídicos, sendo objeto das discussões doutrinárias: *a da legitimidade do marido*, que consentiu na inseminação, *para* contestar biologicamente a paternidade do filho gerado por sua mulher, desqualificada pelos ordenamentos e predominantemente pela doutrina e jurisprudência, sob o fundamento, entre outros, da irreversibilidade do consentimento ou do exercício abusivo do direito de impugnação³⁷ e a questão *do anonimato do doador* e, portanto, a proibição da investigação da paternidade biológica. A respeito da segunda questão, entre nós, o Professor Gustavo Tepedino, após enfatizar "que as técnicas de procriação assistida, para serem compatíveis com a ordem constitucional, devem se dissociar das motivações voluntaristas e especulativas, prevalecendo sempre, ao contrário, quer como critério interpretativo- na esfera dos interesses contrapostos- quer como premissa de política legislativa, o melhor desenvolvimento da personalidade da criança e sua plena realização como pessoa inserida no núcleo familiar", a partir da Resolução N° 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina³⁸, sintetiza a questão nos seguintes termos:

(i) que "a melhor doutrina tem evidenciado que o anonimato é a garantia da autonomia e do desenvolvimento normal da família assim fundada e também a proteção leal do desinteresse daquele que contribuiu para sua formação", sendo que "na hierarquia dos valores estas considerações sobrepujam o pretendido direito ao conhecimento de sua origem", dado que "a paternidade afetiva vem se impondo de maneira indiscutível" à

³⁵ OLIVEIRA, Guilherme de, ob. cit. p.476.

³⁶ OLIVEIRA, Guilherme de, ob. cit. p. 477-479.

³⁷ OLIVEIRA, Guilherme de, ob. cit. p. 341-349.

³⁸ O Inciso IV .n.2, da Res. 1.358/92, do CFM estabelece que "os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa".

paternidade biológica à qual se vincula “a pretendida alegação” do direito a conhecer a origem genética;

(ii) que “a descoberta da verdade científica, há de ser sempre perseguida na perspectiva do melhor interesse da criança, podendo, portanto, vir a ser sacrificada, neste caso, em nome deste mesmo interesse, que preside todos os critérios interpretativos em matéria de filiação, expressão geral da cláusula geral de tutela da pessoa humana”;

(iii) portanto, “desde que se assegure o controle social dos laboratórios que desenvolvem tais atividades, evitando que doações se façam por interesses econômicos, parece altamente convincente que a garantia do anonimato possa colaborar com a absorção integral da criança por sua família, além de atender à expectativa das partes envolvidas, no sentido de que a doação de esperma seja efetivamente uma doação desinteressada, desprovida de qualquer interesse econômico ou da pretensão ao vínculo da paternidade”³⁹.

O professor Tepedino fixa critérios interpretativos tomando como centro da análise, a questão relativa ao cabimento da ação de investigação da paternidade ou preservação do anonimato do doador, bem como, a referente ao direito da criança à inserção integral na família que se utilizou das técnicas de procriação assistida. Todavia, tais questões são por si mesmas complexas. Com efeito, assim como na filiação que se estabelece em função do casamento, admitimos que não podem prevalecer nem os interesses do casamento, nem os interesses dos pais em detrimento do direito à identidade biológica e à realização pessoal da criança, consideramos que tampouco a ordem jurídica pode fazer prevalecer a posição do doador ou a posição dos pais, ao direito à identidade e à realização do filho surgido através de procriação artificial, especialmente se admitimos que o reconhecimento da identidade biológica, não tem porque implicar necessariamente no estabelecimento da relação jurídica da filiação nem, conseqüentemente, em qualquer outro efeito derivado das relações de filiação.

Por outro lado, o direito da criança à inserção integral na família que se utilizou das técnicas de procriação assistida, não parece incompatível, da perspectiva do filho, com o direito à identidade biológica, sempre que a mesma tenha importância para sua realização. A privação do direito da criança à sua identidade, deve ser entendida como *conductio sine qua non* para sua inserção integral na família que se utilizou das técnicas de procriação assistida?. Será que

³⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, cit., p.415.

a medida da inserção integral é determinada unilateralmente pelos pais e imposta pela ordem jurídica?.

Na realidade, o anonimato visa estimular as doações e, conseqüentemente, facilitar as procriações assistidas porque desta forma, o doador apenas transfere dados biológicos (doação) ficando imune de qualquer compromisso oriundo do estabelecimento de parentesco e, portanto, da ação de investigação de paternidade. Neste caso, em razão dos efeitos jurídicos e patrimoniais vinculados tradicionalmente à paternidade biológica, elimina-se a paternidade biológica. Ora, impedir a paternidade biológica em razão dos efeitos jurídicos que dela se seguem, é sintoma do impacto de um problema cultural não superado. Subjacem a tal solução, além dos aspectos emocionais e de realização vinculados aos casais que demandam tais técnicas (sentimento da paternidade), todo o interesse em desenvolver o conhecimento adquirido e a estrutura organizacional, vale dizer, a capacidade técnica, que envolve uma dimensão patrimonial (o mercado profissional e progresso da técnica).

Neste contexto, o anonimato garante a autonomia do doador e dos pais que assumem a paternidade, mas certamente, nega a autonomia na relação da filiação, ao menos a partir do momento em que o filho adquire maioridade. Não procede, igualmente, a afirmativa de que a paternidade biológica esteja ultrapassada porquanto superada pela paternidade afetiva. Uma coisa é que se reconheça a relevância da paternidade afetiva porque o importante é criar condições para o desenvolvimento da personalidade da criança (lado psicológico e moral da paternidade) e outra é sacrificar, em função da ênfase na paternidade afetiva, o direito à identidade, mesmo que não tenha qualquer efeito patrimonial. Além do mais, desprovida de efeitos patrimoniais a paternidade biológica, que aspecto negativo, capaz de inibir as doações, teria para o genitor biológico (doador) essa identificação?. Com efeito, se a identificação tivesse efeito negativo para o doador, implicaria em que este, sob o aspecto psicológico e ético, trata o genes como objeto de manipulação e transferência, o que em si é aceitável por tratar-se de potencialidades de vida humana elimináveis. Todavia, cabe ponderar que, sob o aspecto psicossocial, em questões de doação de órgãos, verifica-se que existe recíproca satisfação entre doador e receptor, sendo tal prática indicador de solidariedade. Por que romper essa solidariedade no caso de doação de genes humano se a mesma pode implicar na perda de identidade da criança?

4.- Conclusão

Parece que, tanto na adoção como na inseminação heteróloga, deve aceitar-se uma aproximação dos critérios para solucionar as questões referentes

ao anonimato do genitor biológico e a necessidade de identificar a origem biológica. A tendência, por razões de saúde da prole procriada, é reconhecer-se o direito ao acesso aos dados genéticos da paternidade biológica. Todavia, a crise de identidade determinada pela ignorância e, especialmente, pela obstrução do conhecimento da origem genética, é um fundamento igualmente consistente para garantir o direito ao acesso⁴⁰. À luz dos princípios constitucionais, especialmente o referente à dignidade da pessoa humana e do direito à identidade, parece que qualquer restrição a esse direito implica em manipulação quer a serviço de uma paternidade assumida, quer a serviço do anonimato do doador. O direito à identidade biológica e ao conhecimento da mesma, não parece deva ser sacrificado em função de outros valores ou interesses, ao menos a partir da maioridade e, a qualquer momento, para fins de diagnóstico e correção de anomalias.

Bibliografia:

- BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao Patrimônio Genético*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- BARRETO, Vicente (org.). *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BERNARD, Jean. *La Bioéthique*. Paris: Flammarion, 1994.
- FACHIN, Luiz E.. *Repensando os Fundamentos do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- LOBO, Paulo Luiz. *A Repersonalização das Relações de Família e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- OLIVEIRA, Guilherme de. *Crítérios Jurídicos da Paternidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- OLIVEIRA LEITE, Eduardo de. *Procriações Artificiais e o Direito: Aspectos religiosos, psicológicos e médicos*. São Paulo: RT, 1995.
- PEREIRA, Sérgio G., "Algumas considerações sobre a nova adoção". *Revista dos Tribunais*, n.682, agosto 1992.
- SILVA PEREIRA, Tânia de(org.). *O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- TEPEDINO, Gustavo, *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁴⁰ OLIVEIRA, Guilherme de. ob. cit. p. 499.

O MODELO DO BOM PAI DE FAMÍLIA E A RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL: ORIGENS E DESDOBRAMENTOS

Flávia de Almeida Viveiros de Castro*

Responsabilidade Contratual

O tema da responsabilidade civil contratual é recorrente e atual, eis que vive-se, hoje, num mundo dominado pelos contratos. Assim sendo, sem se ter a pretensão de inovar a matéria, escolheu-se esta temática como objeto das presentes reflexões.

A responsabilidade civil contratual vem sempre referida a uma relação obrigacional, um vínculo jurídico específico a unir dois contraentes. Ela surge quando o devedor deixa de realizar a prestação a qual estava obrigado, ou ainda quando a realiza defeituosamente, ou fica em mora, acarretando, com tal comportamento, danos ao credor.

Saber até que ponto o devedor responde e, em consequência, o credor pode exercer coativamente o seu direito de exigir o ressarcimento da lesão contratual havida, ou, por outro lado, em que condições se exonera o devedor de suas responsabilidades é questão relevante para se fixar o conteúdo e o significado das regras gerais de imputação da responsabilidade contratual.

Conforme leciona a Professora Maria Vitória Rocha¹, "o problema da responsabilidade contratual é essencialmente um problema de conflito entre a tutela da posição credora e da posição devedora". Assim sendo, a opção por

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

¹ Rocha, M^a Vitória R.F. "A Imputação Objectiva na Responsabilidade Contratual. Algumas Considerações" in RDE (15), Porto, 1989, p.32/103.

uma imputação subjetiva, ou seja, por uma responsabilização na qual a culpa *in concreto* deva ser provada, acarreta um risco maior para a defesa dos direitos do credor, que suportará as consequências de uma prestação efetivada com retardo, ou que fique aquém do devido, ou ainda que não se efetive de todo.

Acentuar o papel da culpa na responsabilidade civil, portanto, implica desde logo em uma redução do grau de sacrifício ou esforço requerido ao devedor da obrigação.

Por outro lado, a introdução de uma responsabilidade objetiva, ou de tendências objetivistas, mesmo que ainda se perquiria culpa, mas analisada esta *in abstracto*, resulta em uma maior proteção ao credor, no contexto de uma crescente tutela do intercâmbio jurídico.

Critérios de Imputação

Os critérios de imputação da responsabilidade civil possuem raízes históricas e são social e economicamente justificados. A responsabilidade fundada na culpa corresponde à época histórica dos primórdios da sociedade burguesa e do Estado Liberal. O dever e a liberdade são fundados na autonomia individual. Neste contexto, o direito é uma ordem das liberdades e só deve intervir para garantir o exercício autônomo da vontade.

A responsabilidade civil adequada a este tipo de sociedade baseou-se na idéia de culpa, culpa subjetiva, perquirida *in concreto*: só quem faz um mau uso de sua liberdade, atuando culposamente deve indenizar os danos causados.

Com o desenvolvimento do sistema capitalista e industrial o sistema de responsabilização com fundamento na culpa mostrou-se de todo insuficiente para fazer frente aos inúmeros eventos danosos oriundos do desenvolvimento tecnológico, muitos deles, conforme constata a Professora Maria Vitória Rocha² "surgidos com a marca do anonimato". Nesta época abandona-se o princípio do "*laissez faire laissez passer*". O Estado passa a ser socialmente conformador e economicamente interventor. O direito fiscaliza e limita a autonomia da vontade, mesmo porque historicamente ficou comprovado, que esta autonomia poderia levar, como afinal levou, a situações de profundas desigualdades senão formais, certamente materiais, mesmo no campo dos contratos.

² ob.cit. p.37.

Nesta época, é bom que se assinala, aumentam e se diversificam as relações contratuais, multiplicam-se os contratos com prestações diferidas, as consequências do incumprimento ou do cumprimento defeituoso destes pactos se multiplicam em proporções geométricas. Como consequência de tal desenvolvimento das relações contratuais há o fortalecimento da idéia de maior proteção às relações firmadas, com a tendência para a objetivação da responsabilidade civil, única forma de permitir que o tráfico jurídico pudesse funcionar a contento.

Tal tendência pode ser observada em alguns pontos que cumpre destacar, a saber: a consagração da noção de culpa *in abstracto* na área contratual; a interpretação abrangente dada pela jurisprudência ao conceito de culpa, fazendo com que este abarque os simples erros, muitas vezes estatisticamente inevitáveis ou toleráveis e ainda na possibilidade da inversão do ônus da prova.

A Noção de Culpa *In Abstracto*, o Dever de Diligência e o Modelo do Bom Pai de Família

A maior parte das legislações consagra hoje o critério da culpa *in abstracto* em sede de responsabilidade contratual. O artigo 798º do Código Civil Português cominado com o nº 2 do artigo 799 do mesmo Diploma Legal, que por sua vez remete ao artigo 487, nº 2 dispõe que faltando o devedor ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelos danos causados culposamente ao credor, culpa esta que é apreciada "na falta de outro critério legal pela diligência de um bom pai de família em face das circunstâncias de cada caso."³

O dever de diligência pode ser entendido em sentido subjetivo e no objetivo. Subjetivamente indica a predisposição psicológica do sujeito para cumprir cuidadosamente uma dada obrigação. Objetivamente falando a diligência deve ter um referencial pragmático, uma conduta determinada ligada a uma atividade concreta.

Normativamente o dever de diligência tem significado o grau de esforço exigível de alguém para que execute determinada obrigação, para que cumpra um dever.

³ Código Civil – Assentos e Legislação Complementar, Ed. Quid Iuris- Sociedade Editora Ltda., Lisboa, 1996.

Bardosa Coll⁴ faz a distinção entre diligência em sentido objetivo e em sentido subjetivo, entendendo esta como atividade psíquica predisposta à realização da obrigação, independente da realização ou não do fim almejado e diligência em sentido objetivo, como centrada em uma conduta correspondente a um determinado *standard* comportamental.

O Professor Manuel Gomes da Silva⁵ distingue entre diligência em sentido material e moral. A primeira significa um comportamento definido em termos normativos, que busca evitar a ocorrência de prejuízos. Já a diligência moral, equipara-se à subjetiva: consistiria numa “*tensão de energias espirituais*” em atitude zelosa a fim de se evitar danos.

Na realidade, contudo, pode-se observar, que o critério de diligência só se torna operativo para o direito quando duplamente contextualizado: em primeiro lugar há que estar referido a um modelo de comportamento a seguir descrito, que seria aquele do *bom pai de família*, por outro lado deve estar relacionado a uma atividade, objeto desta mesma diligência. Cumpre portanto fazer especial referência a estes dois aspectos relativos à questão da diligência normativa.

Em primeiro lugar há necessidade de objetivar o que seria o modelo de *bom pai de família*. É no direito romano que se encontram as raízes deste modelo do *bonus, prudens ou diligens pater familias*. A fórmula romana designava o cidadão que administrava suas coisas de forma hábil, prudente, diligente. Na expressão, leciona a já citada professora Maria Victória Rocha, há que se distinguir dois elementos: o pai de família, e o bom. O primeiro elemento significava, como significa, o modelo de conduta que faz referência ao tipo de homem não técnico, aquele despojado de conhecimentos especializados, em contraposição ao *expert*, ao perito. Pelo adjetivo “bom” deveria como deve ser entendido o grau médio de conduta: nem ruim, nem excelente, apenas “boa”, como pretende ser aquela de todos os cidadãos responsáveis.

O modelo de “*bom pai de família*” representava e representa, portanto, um comportamento tipo, objetivamente delimitado. É um “*standard*” de atuação, que não se define, numa relação contratual, em função das aptidões especiais de nenhum dos contraentes, mas que tem as suas coordenadas de atuação colocadas pelo tipo de homem normal, pelo comum do povo.

Segundo o Professor Antunes Varela⁶, a figura do bom pai de família, utilizada como padrão da diligência exigível do comum das pessoas, é um conceito simbólico destinado a cobrir não só a atuação do homem no lar, mas em todos os setores de atuação na vida de relação.

Não se pode esquecer, contudo, que o modelo de “*bom pai de família*” deve ser concretizado. Exige uma valoração específica, que em cada caso será revelada pela experiência comum. Assim, tal modelo é elástico, suportando adaptações segundo condições de pessoa, tempo e lugar. Em consequência, para que se possa avaliar a diligência objetiva dever-se-á considerar as condições reais do caso a analisar. Assim, se o devedor de uma obrigação realiza uma atividade especialmente delicada, como o desarme de uma bomba, as circunstâncias desta atividade devem ser levadas em consideração, redundando em um maior grau de diligência. Contudo, se esta mesma atividade for levada a cabo em uma situação de emergência, como em um estado de guerra, não se poderá exigir as mesmas medidas de cautela que seriam tomadas se a situação fosse de normalidade.

O caráter elástico do modelo de *bom pai de família* não significa, contudo, que ele adquira características subjetivas. Não se perquire as singulares aptidões dos sujeitos para estabelecê-lo.

A medida do “*bom pai de família*” deve igualmente adequar-se aos fins da atividade pretendida. A diligência que deve ser empreendida significará, portanto, o adequado uso dos meios úteis para a realização do fim almejado. O “*bom pai de família*” aparece, portanto, como um modelo de conduta média, leia-se adequada, sempre referida a uma relação obrigacional concreta. O que se exige do devedor da obrigação é que a consciência social, a transparecer na jurisprudência, qualifique a sua atitude como o comportamento racionalmente devido.

Por outro lado, se estiver em causa alguma atividade profissional, técnica, este mesmo modelo poderá ser usado, só que agora de forma especializada, englobando a questão da perícia necessária ao desenvolvimento desta ou daquela atividade laboral.

⁴ Coll, Bardosa “*La Diligencia Y La Culpa Del Deudor Em La Obligacion Civil*”, Studia Albornotiana, Boiönha, *apud* Rocha N^o Vitória, ob. cit.

⁵ Silva, G.M. “*O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*”, vol.1, Lisboa, 1944.

⁶ “Das Obrigações Em Geral”, vol. 1, 5^a ed., Coimbra, Almedina, 1986 *apud* Maria Vitória Rocha, ob. cit. p.52.

A noção de perícia é referida a um modelo ideal de diligência, adotando-se critérios técnicos para valorar a correção da conduta. Conforme leciona o Professor Antunes Varela⁷:

“...o que está em causa no domínio da responsabilidade civil é uma questão elementar de justiça comutativa: não seria justo que a inaptidão, imperícia e incompetência, reações anormais de temperamento ou caráter em lugar de onerarem o próprio agente, prejudicassem antes a pessoa ou o patrimônio de terceiro”

Ao que a Prof^a Maria Vitória acrescenta:

“O caráter deontológico da diligência do “bom pai de família” explica seu caráter evolutivo em paralelo com a consciência social, segundo o grau de evolução sócio-política e econômica de cada época.”⁸

A associação da perícia à diligência deve-se à própria evolução da sociedade, cada vez mais técnica e especializada, a não mais poder prescindir de uma preparação específica para as diversas trocas do mundo relacional. O conceito de “bom pai de família” surge modernamente como um critério que fixa o *standard* mínimo de compromisso e esforço que todo devedor deve assegurar ao credor, sem que aspectos inerentes à sua pessoa possam justificar a derrogação deste modelo.

A Defesa do Padrão de Imputação Objetiva para a Responsabilidade Empresarial

A defesa de um padrão de imputação objetivo ao devedor que não obedece ao *standard* mínimo de conduta desejável, está intimamente ligada à função que se pretende dar à responsabilidade contratual. Assim sendo, a adoção de um padrão objetivo de conduta traduz a afirmação de uma mudança de perspectiva que melhor protege o interesse do credor, ao firmar-se com objetividade a medida do devido. A responsabilização é entendida como garantia do credor, ressaltando-se sua função ressarcitória. A responsabilidade contratual traz uma redistribuição dos riscos e danos, com fulcro em diversas considerações, entre as quais aquela de permitir que cada contraente possa confiar num esforço

⁷ Varela, J.M.A., *ob. cit.*, p.53.

⁸ Rocha, Maria Vitória, *ob. cit.*, p.54.

de adimplemento não inferior em intensidade e qualidade a um nível médio considerado típico para o contrato em questão.

Assim é que na apelação cível nº 38.805/96, apreciada pela 4ª Turma Cível do TJDF decidiu-se pela responsabilidade da mandatária, por não ter agido com a diligência que dela se esperava no exercício do *munus* assumido.

“...com o mandato, assume o mandatário a obrigação de agir que é a essência do próprio mandato...o mandatário é obrigado a aplicar toda a sua diligência na execução do mandato e a indenizar ao mandante qualquer prejuízo causado por culpa sua, ex-vi do artigo 1300 do Código Civil...no dizer de Plácido e Silva, na execução deste encargo pessoal, que lhe é cometido, deve aplicar toda a solicitude, toda a diligência e cuidados, com que deveria tratar um negócio próprio, ou semelhantes àqueles cuidados que um bom pai de família (grifo nosso) costuma empreender na direção de seus negócios)... na hipótese dos autos, nem solicitude, nem diligência, nem cuidados aplicou o mandatário na execução do mandato.”⁹

Numa leitura evolucionista da responsabilidade civil contratual, do critério de culpa *in abstracto*, passa-se à responsabilização objetiva *tout court*. Através desta mudança de perspectiva passa-se de uma visão ética da responsabilidade, baseada na censura de um comportamento individual, para uma outra, que busca a modelagem das atitudes, a permitir a garantia mínima do ressarcimento dos danos, ou ainda a alteração de perspectiva individualista-penal-sancionatória para outra, social-garantística-ressarcitória, especialmente no universo empresarial, como a seguir se analisará.

As sociedades contemporâneas necessitam assegurar a confiança em expectativas comportamentais, sem levar em consideração as características individuais de cada pessoa, mas dando relevância a um padrão de comportamento mínimo adequado a cada relação contratual firmada. Assim sendo, firma-se a teoria que foi consagrada por Trimarchi¹⁰ da defesa da imputação objetiva da responsabilidade empresarial. Este autor parte da análise dos escopos econômicos que entende deveriam ser perseguidos pela responsabilização contratual.

Em primeiro lugar ele chega à conclusão, que em todas as hipóteses em que o esforço devido (medido em termos de diligência), e o risco do dano do incumprimento são avaliáveis monetariamente, a ameaça da responsabilização

⁹ APC nº 38.805/96, Brasília, 4ª Câmara Cível, TJDF, 1997, Relator Des. Carmelita Brasil

¹⁰ Trimarchi, P. “*Istituzioni di diritto privato*” Milano, Giuffrè, 1986.

pode induzir o devedor a adotar novas e maiores medidas de diligência sempre que seu custo seja inferior à consequente responsabilização pelos danos que ele tenha que responder. Da mesma forma, o credor também adotará medidas para a redução do dano sempre que seu custo for inferior à consequente responsabilização que o sistema jurídico lhe imputar.

Em segundo lugar, este autor advoga a tese da redução dos custos judiciais no caso da adoção do critério de responsabilização objetiva, através do favorecimento de normas claras e simples para a resolução de casos similares, incentivando-se os acordos extrajudiciais, ante a previsibilidade de soluções judiciais.

Com base em tais parâmetros Trimarchi considera que no âmbito empresarial somente a imputação objetiva é satisfatória. A empresa só deve ser exonerada de responsabilidade quando prove que o incumprimento da obrigação se deve a uma causa externa ao seu funcionamento. Causas internas, mesmo que não culposas, são ônus seus. A empresa não se eximiria mesmo quando alegasse o estado atual da técnica ou problemas de natureza tecnológica. A responsabilização, mesmo em tais casos, seria uma forma de incentivo ao progresso técnico.

A fundamentação deste autor é primorosa. A pressão econômica sobre o empresário causador de danos para a adoção de medidas de segurança que satisfaçam ao interesse geral dos cidadãos e sejam de molde a impulsionar o desenvolvimento tecnológico, se for adotado o critério de culpa, ficaria aquém das necessidades impostas por uma boa distribuição dos recursos econômicos, sustenta o autor. O empresário poderia alvitrar, que certas medidas, embora economicamente viáveis, poderiam ser consideradas pelo julgador como estranhas à obrigação de diligência na análise do caso concreto, e deixaria de adotá-las, em desfavor do interesse geral. Além disso o sistema de responsabilidade baseado na culpa aparece como menos adequado levando-se em consideração os custos judiciais: a aplicação deste critério torna, sem sombra de dúvida, mais longo, complicado e custoso toda demanda judicial. Não permite que se estabeleça a previsibilidade das decisões e, portanto, aumento o número dos litígios.

Resta lembrar que a responsabilidade objetiva defendida para a área empresarial, já é adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, no Brasil, enfocando-se as relações de consumo (artigos 12 e 14). A ressaltar seu salutar efeito educativo, que já trouxe grandes benefícios ao cidadão-consumidor, como a criação de inúmeros centros de atendimento ao cliente, toda uma mudança comportamental das empresas em relação aos seus consumidores, o exercício da

cidadania que mais e mais se faz sentir, com o consumidor indo procurar seus direitos no juízo comum e nos juizados especiais cíveis que tratam da matéria.

A guisa de conclusão, é importante lembrar, lançando a questão para futuro debate, que a responsabilização objetiva das empresas deve acarretar condenações significativas, que possuam a eficácia indicada por Trimarchi, fazendo com que o empresário avalie o esforço necessário para evitar o dano como significativamente mais interessante do ponto de vista econômico, que o risco de vir a pagar por ele.

DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE À LUZ DA LEI 9.868, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999

*Francis Waleska Esteves da Silva**

I - Introdução

O controle da constitucionalidade resulta em certa relação de confronto estabelecida entre a lei ou ato normativo e a norma constitucional. Assim, não se pode olvidar que a inconstitucionalidade de uma norma jurídica alcança o descumprimento formal ou material da Constituição.

Nessa esteira, é mister frisar que a força normativa da Constituição qualifica a inconstitucionalidade.¹

Ademais, o controle da constitucionalidade das leis constitui uma forte garantia para o cumprimento da constituição. Nesse ponto, não basta apenas a roupagem normativa inserta no figurino constitucional, sendo necessário um controle efetivo do órgão detentor da competência desse controle.

No direito pátrio, é o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição Federal, dispondo, inclusive, da competência originária para conhecer das ações diretas de inconstitucionalidade, o que resulta em uma grande

* Professora do Departamento de Direito da PUC-Rio. Especialista em Direito de Empresas (IAG-PUC-RIO) e Mestranda em Direito Público (UERJ). O presente artigo é integrante de trabalho monográfico apresentado ao programa de mestrado da UERJ, na disciplina de Direito Constitucional - Interpretação da Constituição, sob a orientação do Professor Luís Roberto Barroso.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle da Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos. Ed. Saraiva. S. P. 1990. P. 6.

responsabilidade dessa Corte no que pertine ao cumprimento da norma constitucional e no balizamento da legislação infraconstitucional.

Nessa ordem, a supremacia da Constituição Federal é assegurada pela jurisdição constitucional que pode ser exercida não apenas pela via principal², ou por ação direta, conforme ressaltado anteriormente, mas também por via incidental.

O controle incidental pode ocorrer difusamente nos órgãos do Poder Judiciário, deixando, por exemplo, a cargo do juiz de 1º grau, a competência para deixar de aplicar lei ou ato normativo que considere inconstitucional, ainda que *ex officio*. Esse controle deita suas raízes no *judicial review* do direito norte-americano, no célebre *leading case* *Marbury versus* Madison julgado em 1803.

De outro prisma, cabe esclarecer, por oportuno, que o presente trabalho monográfico cuidará apenas do controle da constitucionalidade por via principal, ou por ação direta de inconstitucionalidade, exercida de forma concentrada pelo Supremo Tribunal Federal, nos moldes previstos no art. 102, I, da Lei Maior.

Diante do breve exame da matéria, será tratada a ação direta de inconstitucionalidade em seus aspectos gerais, bem como em seus contornos processuais, à luz da Lei n.º 9.868, de 10/11/99.

II – Elementos da Ação Direta

A) Partes Formais

A ação direta gera um processo objetivo vez que inexistente lide no conceito Carneluttiano, de conotação individualista, descaracterizada a existência de pretensão resistida³. Assim, não se busca a tutela de um direito subjetivo, mas a defesa da ordem constitucional objetiva, prestando-se a ação direta para a defesa da Constituição.

² BARROSO, Luís Roberto. Artigo: Dez Anos da Constituição de 1988/ Foi bom pra você também? Rev. Dir. Adm. R.J., 214: 1-25. Out/dez. 1988. P.14/15.

³ CLÉVE, Clémerson Merlin. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Ed. RT. S.P. 1995. P. 113.

Nessa linha, a natureza objetiva desse processo permite que sua instauração independa de um interesse jurídico específico.⁴

Contudo, não se reconhece aos órgãos legitimados para desencadear o processo de controle abstrato de constitucionalidade o poder de disposição, aplicando de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o princípio da indisponibilidade da instância.⁵

Tal interpretação judicial destacada pelo ilustre professor da Universidade do Paraná, não discrepa da nova lei regulamentadora da matéria *sub examen*.

Nessa linha, dispõe o art. 5º., da novel lei: “Proposta a ação direta, não se admitirá a desistência.”, bem como reza a norma prevista no art., 7º: “Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade”.

De outro prisma, já se afirmou sobre a natureza objetiva desse processo, que possui partes em sentido formal, o que possibilita a utilização de legitimados ativos e passivos nesse processo.

Deve-se entender por legitimados passivos as autoridades ou órgão legislativos responsáveis pela existência do ato impugnado.

Em relação aos legitimados ativos, os mesmos estão previstos no art. 103 da Constituição Federal/88. Vale repisar que, nas Constituições anteriores, era somente o Procurador-Geral da República o detentor do monopólio para a propositura da ação direta.

A Lei n.º 9.868, de 10.11.99, em seu art. 2º, prevê como legitimados ativos: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da

⁴ CLÉVE, Clémerson Merlin. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Ed. RT. S.P. 1995. P. 112 e seguintes.

⁵ CLÉVE, Clémerson Merlin. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Ed. RT. S.P. 1995. P. 115/116.

Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou o Governador do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Verifica-se, como não poderia deixar de ocorrer, que o dispositivo legal apenas ratificou o rol de legitimados insculpidos no art. 103 da Constituição Federal, somente explicitando a atuação do Governador do Distrito Federal e da Mesa de sua Câmara Legislativa.

Por outro lado, não obstante constar previsão no art. 2º, da Lei 9.868/99 quanto aos entes que dispõem da legitimidade ativa *ad causam*, segundo o entendimento jurisprudencial dominante na Corte Constitucional, há que existir uma relação de pertinência, para certos sujeitos ativos, entre o objeto da ação e o seu interesse específico.

A relação de pertinência assemelha-se ao estabelecimento de uma condição de ação, análogo, talvez, ao interesse de agir que, por sua vez, seria defesa, eis que estranha à natureza do controle de normas.

Nessa mesma linha, o Prof. Clèmerson M. Cléve⁶, baseando-se nas decisões do Supremo Tribunal Federal, refere-se, em suas lições, aos legitimados universais representados pelo Presidente da República, Mesas do Senado e da Câmara, Procurador-Geral da República, Conselho da OAB e Partido Político com representação no Congresso Nacional e os legitimados especiais que seriam o Governador do estado, a Mesa da Assembléia Legislativa, as Confederações Sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Os primeiros não prescindiriam demonstrar o interesse (relação de pertinência entre o ato impugnado e as funções exercitadas pelo órgão ou entidade), e os segundos devem demonstrar a denominada relação de pertinência temática.

Nota-se que, apesar de o processo de controle das leis ser considerado um processo objetivo, ao consubstanciar um interesse público de controle⁷, ainda assim, é necessário a demonstração de relevância, isto é de pertinência da pretensão formulada com a requerida declaração de inconstitucionalidade.

⁶ CLÉVE, Clèmerson Merlin. Op. Cit. P. 122.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. Saraiva, São Paulo, 1996, p. 130.

Ora, tal situação discrepa do texto legal que em nenhum momento estabeleceu qualquer espécie de restrição quanto à sua propositura, melhor seria, talvez excluir certos legitimados, conforme o entendimento do Prof. Gilmar F. Mendes⁸.

Como se denota, não apenas o Supremo Tribunal Federal vê com parcimônia a ampla legitimação conferida pelo constituinte a certos entes constantes do art. 103 do texto maior, como também, a doutrina vêm se posicionando com cautela a essa ampla legitimação. Com efeito, tal restrição à verificação da pertinência temática não consta expressamente na Lei nº 9.868/99, nem ao menos na própria Carta Constitucional, porém, não se pode negar que a vasta gama de legitimados, apesar de bem-vinda a um Estado democrático de Direito cria questões de ordem processual, que, por certo, devem ser observadas, principalmente, na atualidade, onde tanto se discute por um Judiciário sobretudo mais ágil e eficaz, em meio a inúmeras demandas desprovidas de embasamento jurídico, ainda que em se tratando de jurisdição constitucional.

Deve-se mencionar, ainda, que os legitimados ativos não dispõem de capacidade postulatória, o que torna imprescindível a juntada do instrumento de procuração em anexo à peça inicial, conforme prevê o art. 3º da Lei nº 9.868/99.

B) O Advogado-Geral da União

De acordo com o art.103 da Constituição Federal, haverá citação obrigatória do Advogado-Geral da União para defender a norma ou ato eivado de inconstitucionalidade.

A Advocacia-Geral da União é instituição criada pela Constituição Federal/88, cabendo á mesma a representação judicial e extrajudicial da União, tendo sido tal atividade disciplinada pela Lei Complementar nº. 73/93.

Anteriormente à Constituição Federal/88, o exercício das atribuições dessa instituição era afeta à Procuradoria-Geral da República, que, por conseguinte, como consta no art. 29 do ADCT, desempenhou tal função

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 138 e seguintes.

durante o período transitório da Constituição Federal que abrangeu o período de 1988 a 1993.

De acordo com a linha de entendimento do ilustre Professor da PUC-Rio, Firly Nascimento Filho, "o Advogado-Geral da União ao assessorar o Presidente da República deve, *incontinenti*, nomear outro membro da instituição para funcionar como curador da lei."⁹

O Advogado-Geral da União poderia ser equiparado ao curador da norma impugnada, não existindo, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, incompatibilidade entre o exercício de sua função (art. 131 da Constituição Federal) e o da defesa do ato ou norma violada.¹⁰

Por fim, cabe à Advocacia-Geral da União a defesa de norma ou ato normativo inquinado de inconstitucionalidade.

C) O Procurador-Geral da República

Anteriormente à Constituição Federal de 1988, cabia ao Procurador da República exercer as funções de Ministério Público Federal e de representante judicial da União.

Hoje, o Procurador-Geral da República, além de ser necessariamente integrante da carreira do Ministério Público, galgada mediante investidura exclusivamente precedida de concurso público, de provas e títulos, exerce a legitimação ativa, concomitantemente com outras entidades, para propor a ação direta de inconstitucionalidade. Não detém, mais, a representação judicial da União.¹¹

Cabe ressaltar que, ainda que o Procurador-Geral da República tenha sido provocado por autoridade ou por terceiro, para exercer a iniciativa de

⁹ Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade - Atuação da Mesa da Assembleia Legislativa, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1996, p. 112.

¹⁰ CLÉVE, Clémerson Merlin, Op. Cit. P. 131.

¹¹ Apesar disso, exerceu a referida atividade até o ano de 1993, quando foi instalada, definitivamente, a Advocacia-Geral da União em todo o Brasil. (ADCT, art. 29).

propositura, entendendo ser tal lei ou ato conforme a Constituição Federal, poderá encaminhá-lo com parecer contrário¹².

Em última análise, cabe ao Procurador-Geral da República manifestar-se em todos os feitos de competência do Supremo Tribunal Federal (art. 103, § 1º, da Constituição Federal), cumprindo a essa autoridade oferecer parecer nas ações diretas de inconstitucionalidade propostas por qualquer ente legitimado¹³. Cabe ressaltar que tal regra está prevista no art. 8º da Lei 9.868/99 que, além de prever a manifestação por parte do Procurador-Geral da República, ainda prevê a do Advogado-Geral da União, cabendo, a esse último, a defesa do ato ou norma inquinado pela referida ação.

D) Litisconsórcio na Ação Direta de Inconstitucionalidade

A titularidade conferida a diversos entes pelo constituinte de 1988, na ação direta de inconstitucionalidade, possibilitou a formação de litisconsórcio de natureza facultativa, no pólo ativo da relação processual, tendo em vista que inexiste dispositivo legal que obrigue a formação da cumulação subjetiva.¹⁴

Outra questão que se coloca em relação à formação de duas ou mais partes no pólo ativo para a propositura da ação direta, seria a necessidade de pertinência temática para a cumulação subjetiva.

Seguindo a linha de entendimento do Supremo Tribunal Federal que restringe a utilização das ações diretas, verifica-se, por analogia, que há necessidade de existir um liame temático devendo os interessados demonstrar a pretensão a ser tutelada.¹⁵

Por outro lado, quanto ao pólo passivo figurante da ação direta de inconstitucionalidade, deverão responder ao pleito formulado os órgãos que

¹² MENDES, Gilmar Ferreira, Jurisdição Constitucional, Saraiva, SP, 1996, p. 125. O autor registra que "o RI do Supremo Tribunal Federal, na sua versão de 1980, ainda hoje preservada, suprimiu a referência à manifestação antecipada quanto à improcedência do pedido, admitindo, porém que seria legítimo ao Procurador-Geral propor a representação de inconstitucionalidade, podendo, no parecer definitivo, manifestar-se pela improcedência".

¹³ CLÉVE, Clémerson Merlin, Op. Cit. P. 129.

¹⁴ NASCIMENTO FILHO, Firly, Op. Cit. P. 117.

¹⁵ CLÉVE, Clémerson Merlin, Op. Cit. P. 131. O autor expõe a tese dos denominados legitimados universais.

participaram da elaboração do ato normativo impugnado, sendo os mesmos o Chefe do Poder Executivo e o órgão legislativo.¹⁶

Cabe registrar, ainda, que a Lei 9.868/99, não restringe ou impõe regra específica acerca da formação do litisconsórcio, empregando-se, desse modo, as regras previstas no Código de Processo Civil, tendo em mira as decisões pretorianas que norteiam a matéria.

Finalmente, cumpre considerar ter sido vedado pela lei sub examen a possibilidade de oposição, assistência, nomeação à autoria, chamamento ao processo e denúncia da lide, vez que, expressamente, o art. 7º, da Lei 9.868/99 não admite a intervenção de terceiros.

III - Procedimento

Quanto ao procedimento, pode-se afirmar que quaisquer das partes legitimadas deverá apresentar petição endereçada ao Ministro-Chefe do Supremo Tribunal Federal. Assim, devem ser observadas as regras insertas no art. 282 do Código de Processo Civil, c/c o art. 3º, da Lei 9.868/99, que determina a demonstração da inconstitucionalidade do dispositivo do ato ou norma impugnado "com os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações" bem como "o pedido e suas especificações".

Outrossim, a Lei 9.868/99, em seu art. 6º, parágrafo único, estabelece que o relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido.

Tal regra sofreu influência do sistema jurídico alemão que concede amplo direito de manifestação aos órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e, mesmo do Poder Judiciário nos processos de controle das normas¹⁷.

¹⁶ NASCIMENTO FILHO, Firly. Op. Cit. p. 118.

¹⁷ MENDIS, Gilmar Ferreira. Ação Declaratória de Constitucionalidade, artigo in Ação Declaratória de Constitucionalidade: A Inovação da Emenda Constitucional no. 3 de 1993. Saraiva, SP, 1994, p. 54. Os comentários integram-se perfeitamente ao assunto *sub examen*.

Aliás, sobre o assunto, se posiciona o Prof. Gilmar Ferreira Mendes, trazendo à colação, ensinamentos do direito alemão: "mesmo as controvérsias de índole fática não impedem a Corte Alemã de apreciar as questões que lhe são submetidas. Nesse sentido, consagra o § 26 (1) da Lei Orgânica o princípio da livre investigação, que autoriza o tribunal a requerer todas as provas necessárias à formação de um juízo seguro sobre a questão constitucional. Com fundamento no § 26 (1) da Lei Orgânica do Tribunal e no § 22 (4) do Regimento Interno do *Bundesverfassungsgericht*, procede-se à audiência de expertos e de personalidades no processo de controle de normas."¹⁸

Frise-se, ainda, que o auxílio de especialistas para a resolução de questões jurídicas foi consagrado pelo art. 9º, da Lei 6.868/99.

Aliás, consta, expressamente, no referido dispositivo legal a possibilidade de consultar juristas fora do tribunal superior e a convocação de audiência pública para que os Ministros possam ouvir um técnico a respeito de tema específico.

A questão da designação de peritos no processo de avaliação da constitucionalidade de uma lei foi considerada pelo Professor da UERJ, Joaquim Barbosa Gomes, como uma das fundamentais inovações da Lei 9.868/99. Assim, em recente entrevista publicada no *Jornal do Commercio*, o ilustre professor emitiu opinião, referindo-se à possibilidade de o Supremo Tribunal Federal utilizar a mencionada regra estabelecida pela Lei 9.868/99, convocando juristas para prestar esclarecimentos. De outro passo, também destacou a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal convocar audiência pública para ouvir pessoas com reconhecida experiência na área de incidência da norma questionada por ADIN ou ADC.

A consulta a outros tribunais sobre a orientação jurisprudencial adotada é outro fator inovador no procedimento, previsto no art. 9º, §§ 2º, e 3º, da novel lei. Comentando a regra, o Professor Joaquim Barbosa Gomes entendeu ser desnecessária tal consulta, resultando na maior morosidade do processo.

De fato, tal regra torna-se inócua à luz da informatização dos tribunais, o que possibilita a coleta de tais decisões, eficazmente e de forma direta, sendo despicienda a coleta através de ofícios, certamente mais morosa.

¹⁸ Ação Declaratória de Constitucionalidade, artigo in Ação Declaratória de Constitucionalidade: A Inovação da Emenda Constitucional no. 3 de 1993. Saraiva, SP, 1994, p. 54.

Outros sistemas, como o francês, segundo o Professor Joaquim Barbosa Gomes, permitem, ao inverso, que os magistrados de primeiro grau consultem os tribunais superiores sobre temas específicos, visando dar maior grau de tranquilidade nas decisões.

IV - Da Medida Cautelar

É possível, a fim de se evitar situação que possa resultar em prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação propor medida cautelar, com vistas ao deferimento de decisão liminar, desde que presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, conforme prevê o art. 102, I, da Constituição Federal.

A eficácia suspensiva da medida liminar é *ex nunc*, ou seja, a partir do seu deferimento pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, tal regra prevista no art. 11, § 1º, da Lei 9.868/99, incorporou o entendimento jurisprudencial dominante sobre essa matéria que, anteriormente, não dispunha de norma específica prevista em lei.

Note-se, ainda, que nada impede que o tribunal, ao deferir medida liminar, conceda efeitos *ex tunc* (art. 11, § 1º, parte final, da Lei 9.868/99)¹⁹.

Segundo o parágrafo segundo do art. 11, do novel diploma legal, a concessão de medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário. Assim, pode-se dizer que a declaração de inconstitucionalidade na ação principal produz efeitos repristinatórios suficientes para revigorar a normativa anterior revogada pela norma impugnada, o que *in casu*, a medida cautelar produz é a antecipação da decisão final com o seu deferimento.²⁰

¹⁹ CLÉVE, Clémerson Merlin. Op. Cit. P. 160. O autor destaca o entendimento do Supremo Tribunal Federal que já entendia que "se a norma impugnada é das que produzem somente efeito instantâneo (como a que desconstitui situações pretéritas), mas com repercussão ainda que indireta para o futuro, dá-se eficácia *ex tunc* a liminar".

²⁰ CLÉVE, Clémerson Merlin. Op. Cit. P. 160

Em magnífica incursão sobre o tema em foco, o Professor Luis Roberto Barroso, Titular de Direito Constitucional da UERJ, afirma:

A premissa de não-admissão de efeitos válidos decorrentes do ato inconstitucional conduz, inevitavelmente, à tese da repristinação da norma revogada. É que, a rigor lógico, sequer se verificou a revogação no plano jurídico. De fato, admitir-se que a norma anterior continue a ser tida por revogada importará na admissão de que a lei inconstitucional inovou na ordem jurídica, submetendo o direito objetivo a uma vontade que era viciada desde a origem. Não há teoria que possa resistir a essa contradição ²¹.

E, ainda:

Mesmo à falta de disposição constitucional expressa, este é o entendimento que melhor se harmoniza com o sistema brasileiro. O próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer os efeitos da suspensão liminar da eficácia de uma lei cuja inconstitucionalidade foi argüida, já decidiu: "A suspensão liminar da eficácia da lei torna aplicável a legislação anterior acaso existente, e não impede que se edite nova lei, na conformidade das regras constitucionais inerentes ao processo legislativo".²²

Outrossim, não se pode olvidar que o art. 10 da Lei 9.868/99, ao estabelecer que o deferimento da cautelar será proferido por decisão da maioria dos membros do tribunal, seguiu a mesma sistemática da declaração pelo tribunal de lei ou ato considerado inquinado de inconstitucionalidade (art. 22), o que parece ser razoável em razão dos efeitos de tal medida perante o ordenamento jurídico.

Cabe ressaltar que, em relação à retroatividade ou não do ato decisório proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no caso de deferimento da liminar, tal situação pode ser perfeitamente aplicada às demandas na área tributária, nas quais busca o contribuinte a declaração de inconstitucionalidade da lei com recuperação do tributo que entende ter sido indevidamente pago. Nessa

²¹ Interpretação e Aplicação da Constituição, Saraiva, SP, 3ª. ed., 1999, p. 92/93.

²² Interpretação e Aplicação da Constituição, Saraiva, SP, 3ª. ed., 1999, p. 94.

hipótese. o Supremo Tribunal Federal ao examinar a matéria poderá julgar inconstitucional a lei questionada judicialmente, mas entender que o efeito somente operaria a partir de um outro momento a ser estabelecido pela Corte²³.

É certo, ademais, que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal produz coisa julgada no controle abstrato de normas, com efeitos *erga omnes*, prescindindo de comunicação ao Senado Federal (art. 52, X, da Constituição Federal), vez que se trata de um processo objetivo diferentemente do controle por vis incidental quando a decisão do Supremo Tribunal Federal produz efeitos *inter partes* somente ultrapassando tais limites após a edição de Resolução do Senado Federal.

V - Decisão. Efeitos

A Lei 9.868/99 trouxe ainda, a obrigatoriedade de comunicação à autoridade ou órgão responsável pelo ato, uma vez julgada ação, conforme inscrito em seu art. 25, evitando-se que se dê continuidade à aplicação de ato ou norma federal ou estadual inconstitucional.

Também, em seu art. 28, parágrafo único da aludida lei, há importante inovação quanto à instituição do chamado efeito vinculante, que se aplica às decisões de declaração de inconstitucionalidade de atos normativos em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal.

Desse modo, os tribunais federais e estaduais, assim como os juízes de 1º grau e a Administração Pública em todos os níveis devem se ajustar à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo do que ocorre nos EUA, Alemanha, dentre outros países por meio de suas Cortes Constitucionais.

Ressalte-se, por oportuno, que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade com efeito vinculante encontra-se expressamente prevista no art. 28, parágrafo único, da seguinte forma: “ A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contara todos e efeito vinculante em relação aos

²³ GOMES, Joaquim Barbosa. Artigo cit.

órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

A interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto são técnicas de fiscalização da constitucionalidade extraídos do direito alemão.

Consoante inicialmente comentado na presente monografia, a interpretação conforme a Constituição, leva em consideração princípios da presunção de legitimidade das leis e da supremacia da Constituição, interpretando-se o ato impugnado conforme a Constituição.

Nesse sentido, o Prof. Clèmerson M. Clève faz referência ao voto do Ministro Moreira Alves que, antes da Constituição de 1988, já desenhava o perfil da aludida técnica de interpretação: “ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o Tribunal em sua função de Corte Constitucional, atua como um legislador negativo”.²⁴

A interpretação da norma conforme a Constituição, não impede que a Corte declare constitucional uma lei com a interpretação compatível com a Constituição, caracterizando-se, assim, espécie de inconstitucionalidade parcial, o Tribunal atuaria como legislador negativo, em termos práticos, resultaria na procedência parcial da ação direta.

Outrossim, as técnicas de interpretação constitucional, possibilitam ao Supremo Tribunal Federal, dada a natureza objetiva do processo, a decidir de forma ampla questão que lhe seja submetida à decisão.

Deve-se assinalar, por outro prisma, sobre a possibilidade processual na ação direta de inconstitucionalidade de ocorrência da *causa petendi* aberta e fechada. Nesse caso, ainda que o pedido se restrinja ao requerimento de declaração de inconstitucionalidade de certos dispositivos legais, nada obstaculiza ao tribunal de proceder exame da *causa petendi* aberta, resultando no exame da matéria como um todo, isto é, podendo o Supremo Tribunal Federal pronunciar-se sobre outros dispositivos que não compõem o pedido inaugural da ação de inconstitucionalidade proposta.

²⁴ CLÈVE, Clèmerson Clève. Op. Cit. p. 175.

Tal linha de raciocínio, inclusive pode ser aplicada à declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, eis que se trata de processo objetivo, com linhas específicas de desenvolvimento e interpretação, não se aplicando no que concerne ao pedido aberto às regras do CPC que determinam a impossibilidade de se modificar a *causa petendi*.

No que tange à declaração de nulidade, há que ser lembrado que a nulidade desdobra-se em total, parcial e a parcial sem redução do texto²⁵.

Nesse aspecto, preleciona o Prof. Gilmar Ferreira Mendes esclarecendo, em síntese, que a nulidade total poderia ocorrer no caso do Poder Legislativo invadir a competência do Poder Executivo na disciplina de determinado ato.

Já a nulidade parcial assenta-se na teoria da divisibilidade que, segundo o mencionado constitucionalista, deve a lei ser investigada, tendo como escopo a possibilidade de subsistência da norma com a pronúncia da nulidade, ou se a sua alteração a compromete em sua essência, bem como há que se considerar a intromissão de intervenção no âmbito do legislador, não se devendo criar em função da nulidade parcial, uma nova lei, o que afastaria a vontade do legislador, nessa situação.

No que toca à declaração de nulidade parcial pelo Supremo Tribunal Federal, pode-se exemplificar tal hipótese no campo do direito tributário. Assim, declarou o Tribunal na ADIn 939, na qual se questionava a cobrança do IPMF, a inconstitucionalidade sem redução do texto dos arts. 3º, 4º e 8º da Lei Complementar nº 77/93, nos pontos que determinou a incidência do imposto sobre as pessoas jurídicas de Direito Público e as demais entidades ou empresas referidas nas alíneas *a*, *b*, *c* e *d* do inciso VI do art. 150 da Constituição²⁶.

Ademais, também na esfera tributária, foi firmado entendimento pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual é inconstitucional a cobrança de tributo que houver sido criado ou aumentado no mesmo exercício financeiro (Súmula 67).

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit. pp. 263 e seqs.

²⁶ Apud MENDES, Gilmar Ferreira. P. 267. ADIn 939. Relator: Ministro Sydney Sanches, DJ 18 mar. 1994, p. 5165-6.

Note-se que, com esse entendimento da Corte Suprema, não ocorre a cassação da lei, porém sua aplicação deverá ocorrer no exercício financeiro seguinte, em consonância com o princípio da anterioridade da lei tributária.

Acentue-se, de outro modo, que a interpretação conforme a Constituição, por vezes equiparada à declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, tem sido revista pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A chamada interpretação conforme a Constituição inspirou-se no direito norte-americano. Assim, no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, deve-se dar prevalência àquela compatível com a Constituição.

É de se mencionar que a equiparação da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto à interpretação conforme a Constituição resultam em algumas dificuldades que são suscitadas pelo Prof. Gilmar Ferreira Mendes²⁷.

Pelo exposto, conclui-se que entendimento atual do Supremo Tribunal Federal demonstra certa autonomia técnica da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, conduzindo à evolução tanto da interpretação conforme a Constituição quanto da própria declaração sem redução de texto, que, por tal motivo, passam a adquirir jurisprudencialmente contornos próprios, específicos das técnicas de interpretação e aplicação da Constituição, aplicáveis, com maior amplitude, ao controle abstrato das normas.

VI - Conclusões

1. O sistema abstrato de controle das leis teve sua inspiração na obra de Kelsen, tendo no direito pátrio, inicialmente, se arrimado no *judicial review* do sistema americano.

2. A Constituição brasileira estabelece rígidas regras acerca desse controle, que, nesse texto monográfico apenas se baseou no estudo do controle

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit. p. 275/276.

concentrado, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente com relação à possibilidade de propositura da ação direta de inconstitucionalidade, não sendo tratado, aqui, a ação declaratória de constitucionalidade que, expressamente, consta da atual Lei n° 9.868/99.

3. Não se pode olvidar que a Constituição Federal de 1988 elegeu um maior número de intérpretes para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, o que poderia até ser visto como uma constituição aberta de intérpretes, no dizer de Häberle.

4 - Todavia, a Constituição Federal/88 não avançou, ao deixar de prever uma *actio popularis* na esfera do controle direto das leis.

5. Assinale-se que no direito constitucional não existe a figura de um Tribunal Constitucional, como previsto no direito português e em outros países. Assim, o Supremo Tribunal Federal órgão julgador das matérias afetas ao controle da constituição está situado dentro da própria esfera do Poder Judiciário.

6 - Na evolução histórica constitucional da ação direta, realça-se a EC n° 16/65, que veio a introduzir o controle abstrato das normas federais e estaduais executado exclusivamente pelo Procurador-Geral da República, tendo sido tal controle incorporado nos demais textos constitucionais, inclusive, no âmbito da CF/88, à qual deu primazia a ampliação do rol dos legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade que, anteriormente, se cingia apenas ao Procurador-Geral da República.

7- O nosso sistema de fiscalização de normas baseia-se no sistema judicial, no qual cabe ao Supremo Tribunal Federal a última e definitiva decisão sobre a inconstitucionalidade ou não de certo ato ou regra impugnada.

8- Atualmente, assume o Tribunal, em suas decisões, uma maior ênfase ao sistema de interpretação constitucional. Nesse campo, seguindo os ensinamentos do Prof. Luis Roberto Barroso, os princípios da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, o da unidade, da razoabilidade, da efetividade, da interpretação conforme a constituição, devem embasar a estrutura da análise e julgamento das leis perante o texto constitucional.

9 - Por outro lado, ao se proceder o exame da lei n° 9.868/99, constata-se que o seu regramente incorporou em grande medida o entendimento predominante do STF que vem sendo aplicado desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

10 - Nesse sentido, não apenas balizou a disciplina do citado diploma legal a jurisprudência da Suprema Corte, como também sofreu as influências do direito alemão que, em sua maior parte norteou os estudos do Prof. Gilmar F. Mendes participante no projeto de elaboração da atual Lei n° 9.868/99.

11 - Também, em relação aos elementos que plasmam a ação direta, merecem apontamentos as chamadas partes formais que, por integrarem um processo objetivo, visam sobretudo, o interesse público, calcado na defesa da Constituição.

12 - Apesar do art. 2° da Lei n° 9.868/99 não exigir um interesse específico para qualquer dos entes deflagrar o controle por via direta, é importante sublinhar que o STF vem exigindo à certos entes a demonstração de um interesse específico. Com isso, têm-se os chamados legitimados universais, assim considerados: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho da OAB e os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional que não necessitariam demonstrar uma relação de pertinência entre o ato impugnado e as funções exercitadas pelos órgãos ou entidades e, os demais entes que necessitariam demonstrar a denominada pertinência temática.

13 - Outrossim, importantes foram as inovações trazidas pela Lei n° 9.868/99, tais como a possibilidade de o STF formular consulta a especialistas ou mesmo juristas, com vistas à elucidação da controvérsia jurídica, bem como a possibilidade de o STF consultar os demais Tribunais acerca da orientação jurisprudencial adotada a respeito de certa matéria. Quanto à última hipótese legal, nenhuma novidade traz, a despeito de já existir o sistema informatizado no âmbito do Judiciário, no qual se pode consultar as recentes decisões proferidas pelos Tribunais.

14 - Outro ponto suscitado, foi a concessão da medida liminar em sede cautelar, prevista no art. 11, § 1° da Lei n° 9.868/99, que concede efeitos ex

nunc a partir do deferimento da decisão, nada impedindo, por outro prisma, de o Tribunal, ao decidir por maioria, conceder a tal medida efeitos *ex tunc*.

15 - Outrossim, trouxe, ainda, a Lei n.º 9.868/99, o chamado efeito vinculante quanto às decisões proferidas pelo STF, quer no que toca a ação direta de inconstitucionalidade, como, também, quanto à ação declaratória de constitucionalidade. Assim, as decisões do STF devem ser aplicadas em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública em todos os seus níveis, evitando-se, desse modo, o descumprimento da decisão que produz quanto aos efeitos, eficácia *erga omnes*.

16 - Ademais, quanto aos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade pelo STF, importante regra constante na Lei n.º 9.868/99, diz respeito a alternativa do STF poder declarar a inconstitucionalidade sem redução de texto e ainda a interpretação conforme a Constituição.

17 - Nesse aspecto, a interpretação conforme a Constituição leva em conta os princípios da presunção da legitimidade e da supremacia da Constituição, tendo sido de forma breve desenvolvidos ao longo do texto e, nesse passo, deve ser vista como espécie de interpretação, na qual o Tribunal à vista do ato impugnado caberá decidir que o ato deve ser interpretado conforme à constituição.

18 - Já a declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, em termos práticos não cassa a lei, porém a sua aplicação deve seguir, por exemplo, certa regra ou princípio.

19 - Por fim, a ação direta recai sobre os atos normativos do Poder Público, tais como leis complementares, leis ordinárias, resoluções, etc. e a fiscalização do Poder Judiciário concretizar-se-á *a posteriori*.

Pelo exposto, o Estado Democrático de Direito pugna por um efetivo controle da constitucionalidade das leis. Nesse ponto, a aplicação e interpretação constitucional à luz da Lei n.º 9.868/99 dará início a uma nova passagem na ordem constitucional que apesar das reiteradas decisões balizadoras do cenário jurídico da Corte Suprema, não se pode deixar de registrar que cada vez mais os princípios de interpretação das leis devem pautar as decisões pretorianas, sob pena de se instaurar a ausência de limitação do poder decisório do Tribunal

em detrimento do embasamento e fundamentação que devem prevalentemente conter as decisões concernentes ao controle abstrato das normas, em última instância, o interesse público com vistas à defesa e o cumprimento da Constituição Federal.

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E UM ESBOÇO DE SISTEMATIZAÇÃO DO DIREITO PUNITIVO

*Ivan Firmino Santiago da Silva**

1-Introdução

Desde a década de vinte, que já eram conhecidas, nos Estados Unidos da América, as expressões *blue collar* e *white collar*, que serviam a diferenciar, respectivamente, os trabalhadores que realizavam serviços manuais, daqueles que não os realizavam. A nomenclatura *blue collar* relacionava-se com os macacões azuis usados pelos operários, enquanto que a nomenclatura *white collar* dizia respeito aos colarinhos brancos das camisas dos empresários e burocratas.

Lançando mão dessa metonímia, Edwin Sutherland, em 1939, propõe uma distinção entre os delitos cometidos pelas classes menos favorecidas da sociedade e aqueles perpetrados pelos homens de negócios, chegando, finalmente, em 1949, ao conceito de *white collar crime*, que serve a designar os crimes cometidos “por uma pessoa respeitável e de elevada condição social no curso de sua ocupação”¹.

Relevante quanto a essa criminalidade do colarinho branco, é que os bens jurídicos por ela afetados situam-se, precipuamente, nas esferas econômica, política, ambiental e das relações de trabalho, tendo sido também levantado pelo criminólogo norte-americano o cometimento das ditas condutas

*Professor de Direito Penal do Departamento de Direito da PUC-Rio

¹ OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Direito Penal Econômico Brasileiro*. Porto Alegre: Sagra-D.C.Luzzatto, 1996, pág. 72.

delituosas por parte de grandes empresas e dos empresários aos quais competiam as suas direção e gerência.

Com o propósito de compreender a constatação de Sutherland, mister faz-se apreciar a alteração do papel exercido pelo Estado nas relações econômicas. Na medida da constatação da imperiosidade da intervenção estatal, a fim de regular o mercado e evitar novas crises, tal qual a vivenciada no começo do século XX, pode-se perceber a marcha que o ordenamento jurídico empreende no sentido de proteger os bens jurídicos relacionados com a economia.

Nesse momento, constata-se que não só os bens jurídicos tradicionalmente tratados pelo Direito Penal, e que dizem respeito ao indivíduo, é que merecem a tutela penal, mas também aqueles que são bens jurídicos coletivos, por assim dizer, os que falam a respeito de uma universalidade, ou seja, referem-se a um número indeterminado de pessoas e estão relacionados com o funcionamento do sistema; dessa forma: a livre concorrência, as relações de trabalho, o Sistema Financeiro, a defesa do consumidor, o meio ambiente.

Da tutela desses bens jurídicos macrosociais, vê-se surgir o que se tem considerado como um novo ramo do Direito Penal, em contraposição ao Direito Penal clássico que tem como objeto de sua proteção os bens jurídicos microsociais, o Direito Penal Econômico.

Voltando a Sutherland, o que este traz em termos de contribuição é a constatação do relacionamento dos *white collars* com o cometimento das condutas tipificadas pelo Direito Penal Econômico, não implicando dizer que as condutas criminosas do Direito Penal tradicional sejam exclusividade das classes carentes, enquanto que os ricos só cometem crimes do colarinho branco. O que existe é um certo tipo de delinqüente que está intimamente ligado a uns certos tipos de crimes, no caso, os que afetam a ordem econômica e financeira, não sendo esse delinqüente, contudo, impedido de cometer um delito que afete um bem jurídico individual.

Também objeto da constatação de Sutherland, foi a peculiaridade de serem os crimes econômicos normalmente cometidos por mais de um agente. Dada a complexidade da execução dos ditos delitos, os seus cometimentos tornam-se quase que impossíveis de se consumarem se empreendidos unissubjetivamente. A título de exemplificação, reportamo-nos ao Direito brasileiro, onde se faz procedente a afirmação de que constitui uma busca em águas turvas a ocorrência do crime previsto no art. 4º, da lei 8.137/90, em quaisquer das modalidades nele previstas, sem que haja a presença de um co-

autor. fenômeno esse que, da mesma forma, é detectado no âmbito dos crimes falimentares.

Indo além na análise das peculiaridades dos delitos econômicos, foi notado pelo autor norte-americano que, inobstante o imperativo do concurso de pessoas, em muitos dos casos os agentes ocultavam-se atrás da roupagem da pessoa jurídica, mais precisamente da empresa.

A estrutura empresarial, que desponta no século XX, vem aparelhada com uma intrincada rede de difusão de comandos e dispersão de responsabilidades, onde as ordens e as decisões deixam de emanar de uma só pessoa. Ademais, é cediço que as empresas passaram a ter um poderio, que até então era inimaginável, decorrente da formação de oligopólios, cartéis e trustes.

Dentro desse perfil, fácil fica a percepção de que a empresa é também capaz de violar as normas do Estado, quer seja através da sua facilidade de camuflar a origem das decisões, quer seja, e isso de forma principal, devido ao seu poder "estratosférico", que nos dias atuais não configura uma realidade muito longínqua.

2- A responsabilidade penal da pessoa jurídica

A percepção de ser a empresa capaz de infringir o ordenamento jurídico, não conduz de pronto ao reconhecimento de sua habilidade em contrariar a órbita penal do Direito, sendo por muitos negada a capacidade da pessoa jurídica de delinqüir, posto que esta, dentro da estrutura do conceito analítico do delito, não pode efetuar qualquer conduta, nem se faz passível de se inferir a sua culpabilidade, isto porque tal juízo é de cunho subjetivo, estritamente relacionado ao ser humano.

Nos países da *Common Law*, tal óbice não se fez constituir, em virtude da remota e bastante desenvolvida industrialização, tanto da Inglaterra, quanto dos Estados Unidos, o que levou à orientação no sentido da admissão da responsabilidade criminal da pessoa jurídica.

Na Europa continental, após a Primeira Guerra Mundial, com o despontar de um Estado intervencionista e com o fortalecimento da empresa, que passa a deter um poderio econômico de proporções crescentes, a questão do

reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica ganha relevo nas discussões doutrinárias.

Inobstante o debate que se abre, os reflexos nas legislações ocorrem de maneira parcimoniosa, tanto no que tange ao período que medeia o início da polémica e o despontar da consideração da responsabilização da pessoa moral, no ordenamento jurídico da nação, como no que se refere aos países que até hoje em dia não a adotam, que constituem um número razoável, neles incluindo Itália, Alemanha, Espanha, Suíça, Bélgica.

Em contrapartida, alguns outros países continentais têm inovado em suas legislações e vêm considerando a possibilidade de incriminar a empresa, como é o caso da Holanda, que desde 1950 a prevê, assim como a Dinamarca, Portugal e, mais recentemente, consolidando uma orientação doutrinária, a França, através da reforma da parte geral do seu Código Penal, em vigor desde 01/03/94, ao consagrar a responsabilidade da pessoa jurídica².

Pondo-nos a singrar os oceanos, aportamos na América Latina, cujo Direito possui suas raízes fincadas nos solos da Europa continental, vigendo o princípio *societas delinquere non potest*, e que, por assim ser, confronta-se com a dificuldade no aceite da incriminação da empresa, muito embora encontremos um acalorado debate sobre o tema. A excepcionar esse posicionamento que se faz dominante, tem-se o exemplo de Cuba e do México, e mais recentemente do Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988, que, nos seus artigos 173, § 5º e 225, § 3º, cria a possibilidade da responsabilização criminal das pessoas jurídicas.

Calcado no caminho aberto pela Carta Magna, o legislador aprovou o texto da lei 9.605/98, Lei Ambiental, que prevê expressamente no seu artigo 3º, *caput*, que: "As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade". Prevê ainda o parágrafo único desse artigo: "A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato".

O romper de uma nova ordem constitucional, a permitir a penalização da empresa, e o advento de uma legislação específica que caminha nesse mesmo sentido, antes de pacificar o debate sobre a possibilidade ou não da

² A esse respeito, ver SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

criminalização do ente jurídico, fez acirrar com mais fervor as opiniões que se manifestam sobre o tema, tanto em seu favor, como de maneira diversa.

Ao negar-se a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, alguns argumentos fazem-se quase sempre presentes, mencionados por Shecaira³:

Apesar de sua desnecessidade, visto ser improcedente tal argumentação, alegam alguns dos que defendem a impossibilidade da responsabilização que à pessoa jurídica seria inaplicável a pena privativa de liberdade, pena esta que se constitui em medida de coerção física a ser infligida somente ao indivíduo, visto não possuir o ente moral uma corporificação concreta.

De maior plausibilidade é a argumentação de que no Direito Penal não há lugar para a responsabilização sem culpa, sendo que, em se tratando de pessoa jurídica, é absolutamente impossível a verificação da culpa, o que, conseqüentemente, direciona à estrada da responsabilidade aferida de maneira objetiva, que, em assim sendo, vem a ferir os princípios garantistas que, a custa de muitas lutas, foram alcançados e incorporados ao Direito Penal.

Como terceira argumentação, amparada no princípio, consagrado em sede constitucional, da personalidade das penas, pelo qual nenhuma pena passará da pessoa do condenado, art. 5º, XLV, CF'88, afirma-se que ao se impor a um ente jurídico uma pena, esta atingiria pessoas que não tiveram participação na conduta delituosa, dessa forma aquele sócio que foi voto dissidente em determinada decisão, acionistas sem direito de voto e até mesmo os empregados.

Parece-nos bastante descabido o repudiar da criminalização dos atos das sociedades mercantis, que se pauta na impossibilidade da apenação com a privação da liberdade, pois, ninguém ousa crer no encarceramento da pessoa jurídica, independentemente de se fazer uso da teoria da ficção ou da realidade.

Falar em pena pressupõe, sobremaneira, falar na sua adequação, primeiramente, à gravidade do delito cometido, posteriormente, à situação daquele que a ela irá se submeter. Em assim sendo, no que tange à empresa, é cabível falar em pena de multa, restritiva de direitos, intervenção, liquidação, mas nunca em privação de liberdade.

³ Op. cit., págs. 88 e segs.

Concernentemente à objeção de que a responsabilização coletiva fere o princípio da personalidade das penas, os que se posicionam favoravelmente costumam lembrar que as penas, assim previstas na Parte Geral do Código Penal, não deixam de, por vias indiretas, atingir terceiros, além do condenado, como por exemplo, a prisão de um chefe de família, cuja família passa a se ver privada do sustento necessário à sobrevivência. No mesmo sentido, é o que ocorre em uma condenação a uma pena de multa, quer seja ela de pequeno ou grande valor, dependendo da situação financeira familiar, o patrimônio do casal, conjuntamente, sofrerá abalos.

Porém, a acusação que requer mais esforço para ser rebatida é a de que não é possível responsabilizar alguém criminalmente, sem que seja aferida a sua culpa, e a pessoa jurídica, por não possuir vontade própria, não poderia ter considerada sua culpa, sendo culpáveis somente os indivíduos que fazem parte dessa pessoa moral, que são quem realmente possuem vontade e podem manifestá-la.

Os autores franceses Roger Merle e André Vitu, citados por Sérgio Salomão Shecaira⁴, afirmam ser a pessoa jurídica capaz de ter vontade, por ser ela produto das vontades individuais de seus membros. Sua vontade é caracterizada em várias etapas, como nas reuniões, nas deliberações e nos votos das Assembléias Gerais, dos seus Conselhos de Administração, de Gerência ou de Direção. Para esses autores, a vontade da empresa é uma vontade coletiva.

Embora a Alemanha não considere a responsabilidade criminal da empresa, de lá surgem as vozes, bastante embasadas, de alguns doutrinadores que a vêm admitindo. Nessa linha encontramos Klaus Tiedemann, que considera a empresa como passível de ter reconhecida sua culpabilidade, a qual restará determinada a partir da comparação com outras empresas, do mesmo tamanho e porte, postas em situações similares, dessa forma, encontrar-se-ia uma correspondência com o conceito de culpa individual obtido da comparação da conduta e do agente que a cometeu com os parâmetros do que seria razoável de se exigir, naquela mesma situação.

3- A proposta de um Direito da Intervenção

Até aqui, fizemos uma diminuta apreciação do ramo do Direito Penal, o Direito Penal Econômico, que visa proteger aqueles bens jurídicos, cujas sobrevivências vêm-se, por vezes, ameaçadas pelas condutas que possuem suas

⁴ Idem, *ibidem*, pag. 95.

gêneses associadas à atuação empresarial, quer individualmente, quer coletivamente.

Dentro desse novo rumo que o Direito Penal tomou, um terreno propício à discussão sobre a permissibilidade da incriminação da pessoa jurídica teve lugar, brotando daí essa acalorada discussão que podemos até os dias atuais vivenciar.

Nossa idéia, com essa abordagem do tema, não se subsume em discutir a possibilidade ou não de uma empresa ser considerada autora de um delito e, em decorrência, sofrer as sanções do Direito Penal, isto posto, pois entendemos que o legislador pátrio quedou por terra tal controvérsia.

O dispositivo constitucional citado é de clareza cristalina, prescindindo de qualquer interpretação diversa. Ademais, o disposto na Lei Ambiental só veio a adequar uma realidade que já pré-existia, desde a promulgação da Carta Magna.

Tomando como dado incontestável a responsabilização da pessoa jurídica pelo Direito Penal brasileiro, cremos que a discussão que se deve travar, na atualidade, consiste numa tomada de rumo a fim de solucionar certas situações que se encontram pendentes, no que se refere ao tema.

É bastante clara a dicotomia existente no Direito Penal Econômico, quando se trata de responsabilização individual e coletiva. Os princípios garantistas, que delimitam a responsabilidade penal como sendo individual, encontram suas origens na Revolução Francesa, seguindo, desde então, uma jornada no sentido de cada vez mais proteger o cidadão dos abusos perpetrados pelas autoridades, e buscando diminuir a violência com que o poder punitivo do Estado, através do processo penal ou mesmo das práticas informais do sistema penal, recai sobre o indivíduo.

Esse Direito Penal, que tanto lutou para alcançar algumas das realizações no sentido da proteção do ser humano, ao se confrontar com a necessidade de punir um ente jurídico, depara-se com um terrível dilema. Como aplicar suas sanções a uma pessoa jurídica, se não pode avaliar se ela é ou não culpável, ou mesmo se ela cometeu a conduta? Ao mesmo tempo, se abre mão de suas garantias, que na realidade não são suas, mas sim da sociedade, para que possa penalizar uma empresa, estará se desfazendo de profundas conquistas democráticas, e dará margem a que se retome as velhas formas de autoritarismo?

Afigurando-se esse horizonte, que não é algo muito distante do que hoje ocorre, o que se verificará será, ou a constituição de uma sociedade fortemente coagida, em decorrência dos imperativos a lhe serem impostos, por quatro áreas do Direito, o que inclusive leva a se falar, não mais em *ultima ratio*, mas sim em *prima ratio*, ou, o que não deixa de ser menos grave, uma banalização do Direito repressivo, que se transformará em mais um instrumento de solução de conflitos sociais, sem diferença substancial quanto aos demais ramos, pois, apesar da violência do seu instrumental, sua função preventiva, que lhe deveria ser elemento diferenciador, há de restar inócua. Em se materializando esta derradeira alternativa, corremos o sério risco de vermos o nascimento de um Direito hiper-repressivo, a fim de suprir o vazio deixado por aqueles que perderam seu potencial punitivo.

Tal especulação não está muito distante do que perfilha nossa conjuntura. Nos moldes como o Direito repressivo nos vem sendo apresentado, podemos falar na co-existência de um Direito Penal tradicional, um Direito Penal Econômico e um Direito Administrativo sancionador.

No que concerne aos dois primeiros ramos do Direito, já nos detivemos nas linhas anteriores, Pertinente ao Direito Administrativo sancionador, propositamente, deixamos para analisá-lo em separado, por entendermos serem-lhe cabíveis algumas críticas.

4.1- Direito Administrativo sancionador

Parece-nos cabível afirmar que, da mesma sorte que se tem como certa a existência de um ramo autônomo do Direito Penal, o Direito Penal Econômico, é também viável a constatação da presença de um ramo do Direito Administrativo que frui de uma parcela de autonomia, o Direito Administrativo sancionador.

Inerente ao Poder de Polícia, é o atributo da coercibilidade, que nos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles⁸, constitui a imposição coativa das medidas adotadas pela Administração Pública, o qual, aliado ao aparelhamento de sanções, é que tornam eficaz e eficiente esse poder. Tais sanções, devido a um outro atributo do Poder de Polícia, a auto-executoriedade, são impostas e executadas pela própria Administração, através de procedimentos administrativos que lhe são próprios.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, págs. 114 e segs.

Desse contexto é que surge a noção de Direito Administrativo sancionador, como sendo a vertente do Direito Administrativo, que entendendo determinado interesse, coletivo ou do próprio Estado, como sendo merecedor de proteção, põe-se a exercê-la por intermédio do Poder de Polícia, e carrega insito a si o atributo da coercibilidade e a possibilidade de aplicação auto-executável de suas sanções, a fim de efetivar suas determinações.

De relevo ressaltar que, no âmbito do Direito Administrativo, nunca houve óbice à aceitação da capacidade da pessoa jurídica de cometer infrações, de forma que as sanções que a Administração Pública prevê para as condutas tidas como ilícitas, podem recair, e efetivamente recaem, sobre as empresas, sem que para tal surjam os questionamentos existentes no Direito Penal.

Quando o Direito Administrativo decide por dar proteção a determinado interesse, nada mais está a fazer do que estender a sua tutela a um bem que já possuía existência, pois sua colocação no mundo fático, antecede a construção da norma, que ao nascer serve a expressar a valoração que o ordenamento jurídico entendeu depositar nesse bem, podendo-se, a partir de então, falar em bem jurídico.

O que se aplica ao Direito Administrativo, quanto à determinação de sua tutela, serve ao Direito Penal, que de igual modo, visando proteger o interesse geral, cria seus preceitos e suas sanções.

De tal forma, é possível que distintos ramos do Direito tutelem, ao seu modo, os mesmos bens jurídicos. Pela doutrina tradicional, citada situação não é merecedora de desaprovação, constituindo-se na independência de instâncias.

4.2- Direito Administrativo sancionador ou Direito Penal Econômico?

Contudo, um fenômeno, que tem se manifestado com bastante intensidade atualmente, vem sendo objeto da percepção de alguns doutrinadores⁹, ao constatarem que a escolha da via penal ou da via administrativa, para a proteção do bem jurídico, distante está da importância que é atribuída a este. É sabido, que o recurso da criminalização de certa conduta, atende à importância que é dada ao bem jurídico, que se visa proteger da lesão, ou perigo de lesão, que tal conduta pode causar. Isto se dá, pois o Direito Penal é

⁹ Ver REALE JUNIOR, Miguel. Op. cit.

aquele que mais gravemente pode punir quem comete uma infração. Sendo assim, se a um bem é entendido caber um valor tão profundo, ao Direito Penal é que se deveria recorrer.

Logicamente, por muitas ocasiões, outras órbitas do Direito entendem de querer proteger um mesmo interesse. Em assim procedendo, dentro da coerência que deve habitar na estrutura do ordenamento jurídico, as sanções que os demais ramos, que não o Direito Penal, fazem uso, não podem deter gravidade igual ou superior à sanção penal.

Da análise de alguns diplomas legais, difícil fica o entendimento da natureza da norma em questão, face o bem jurídico que se tutela e a gravidade da sanção que se impõe. Disto são exemplos: a Lei 8.884/94 que, em seus artigos 20 e 21, prevê as condutas tidas como ilícitas por serem lesivas à ordem econômica e à livre concorrência, e nos artigos 23 a 25, as penas cominadas. O bem jurídico protegido, de igual forma, encontra amparo na Lei 8.137/90, no seu artigo 4º, lei de natureza penal. Quanto à pena aplicada pela Lei 8.884/94, o inciso V, do artigo 24, é de gravidade indiscutível, sendo de se questionar o porquê de sua aplicação pelo Direito Administrativo. Configuraria esse caso hipótese de uma norma de natureza híbrida, penal e administrativa?

Ainda exemplificando: a Lei 6.024/74, que dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, ao impor tais medidas, o faz em caráter punitivo, em razão do cometimento das condutas previstas nos artigos 2º e 15, aplicando penalidades que, no que diz respeito à pessoa jurídica, são absurdamente extremadas. No que toca à liquidação extrajudicial, o que será essa, que não a decretação da pena de morte de uma empresa? Refletindo sobre o tema, assombra-nos a verificação de uma incoerência do ordenamento jurídico, que antes determinava ser do Direito Penal a atribuição de *ultima ratio*.

Diante dos fatos expostos, pomo-nos com Miguel Reale Júnior¹⁰, que citando Georges Dellis, indica que o Direito punitivo cada vez mais se faz único. Não haveria diferença de natureza essencial entre o que é ilícito para o Direito Penal e para o Direito Administrativo sancionador.

Por ser dessa forma, entende Reale Jr., que a escolha de uma conduta como ilícito penal ou administrativo é fruto de Política Legislativa.

¹⁰ Op. cit. pág. 122.

Parece-nos que, superada a barreira da impossibilidade de responsabilização da empresa pelo Direito Penal, o que fazia do Direito Administrativo o único meio hábil a realizar tal feito, a manutenção deste ramo do Direito na função de "concorrente" do Direito Penal deve-se à maior discricionariedade com que a Administração Pública pode infligir a punição, não esbarrando nas medidas assecuratórias das garantias, tanto individuais como coletivas, no que lhes for possível, presentes no processo penal, ou seja, no processo jurisdicional.

Decorrência da situação que vige no universo do Direito, é o defrontamento com inúmeros casos de ocorrência de *bis in idem*, como o que pode acontecer se tomarmos a hipótese do artigo 16 da Lei 8.884/94, que estabelece a solidariedade entre a empresa e o seu administrador na prática das infrações estabelecidas nos artigos 20 e 21, podendo o administrador ser ainda punido pelas penas da Lei 8.137/90, que são de reclusão de 2 a 5 anos (artigo 4º), de detenção de 2 a 5 anos (artigo 5º), ambas alternadas com pena de multa. Em se tratando de aplicação de penas privativas de liberdade inferiores a 4 anos, a Lei 9.714/98 admite a substituição por penas de prestação pecuniária. Decorre então, que haverá um acúmulo de penas pecuniárias, que leva ao ferimento do princípio da proporcionalidade na aplicação das penas, que vige, tanto no campo penal, como no administrativo, moldando-se assim uma hipótese de *bis in idem*.

Em vista dessa sucinta abordagem do Direito Administrativo sancionador, é-nos permitido apreciar a problemática da existência de um ramo do Direito, cujas sanções detêm a mesma força que aquelas do Direito Penal, sendo que suas aplicações carecem das cautelas que se fazem presentes num processo jurisdicional.

O questionamento que colocamos, apresenta-se relacionado com a gravidade de certas penas impostas pela Administração Pública, que, por assim ser, faz as vezes que deveriam caber ao Direito Penal, sem, contudo, fornecer um instrumental processual adequado à consecução do fim almejado, além de, o que é de maior gravidade, ser permitida a criação de tipos e penas por meio de resoluções e instruções, o que fere o princípio da reserva legal. Também, contrariando a necessidade da legalidade estrita, no Direito Administrativo sancionador imperam as tipificações abertas, que, da mesma forma, só ocasionam um aumento da insegurança na aplicação das punições, o que é inadmissível em se tratando da intensidade de certas sanções.

Entendemos inexistir uma diferenciação ontológica entre as sanções administrativas e criminais, entendimento esse que já vem sendo trabalhado em países como a Alemanha, que, embora não responsabilize criminalmente a pessoa

jurídica, desenvolveu uma terceira via, que seria uma espécie de Direito Penal-Administrativo, que é oriundo de um processo de despenalização de algumas condutas, com as suas consequente "administrativizações", deixando transparecer o caráter unitário do Direito repressivo na preservação dos interesses públicos¹¹.

5- Considerações finais

Indo além desse posicionamento seguido pela Alemanha, sugerimos uma tentativa de sistematização, visando diminuir o inchaço do Direito repressivo. Visto que o Direito Penal Econômico abraçou a responsabilização da pessoa jurídica, descabida fica a iniciativa do Direito Administrativo de continuar a sancionar tão gravemente as condutas das empresas, pois, ao Direito Penal, munido de suas garantias, é que cabe a aplicação das medidas de maior coerção.

Ao lado dessa sugestão, consoante o que já pudemos expor, somos simpatizantes do Direito da Intervenção, entendendo que nele deveria residir, com exclusividade, a imputação da responsabilidade da pessoa jurídica, tanto aquela presente no Direito Penal, como a presente no Direito Administrativo sancionador, quando neste se tratar de hipótese de aplicação das sanções de maior gravidade. Ressalvamos que o Direito Administrativo sancionador, que aplica penalidades que não são compatíveis com a atribuição de *ultima ratio*, não merece ser englobado pelo Direito da Intervenção. Ademais, consideramos imperiosa a manutenção de um processo jurisdicional, que preserve, no que for possível quanto à empresa, as conquistas que o Direito Penal da responsabilidade individual amealhou.

Concerente ao Direito Penal Econômico, este, agora desconstituído de sua dicotomia, não encontra obstáculo a que se funda num único Direito Penal, onde a responsabilização será de ordem individual. Em sendo assim, seria de bom grado a extensão àquele ramo do imperativo de atendimento e observância às garantias individuais, algo que, atualmente, o Direito Penal Econômico, mesmo o da imputação individual da responsabilidade, vem relaxando na atenção devida, haja visto a constatação da presença de tipos penais abertos e incriminações vagas, servindo de amostragem o tipo do artigo 4º, e seu parágrafo único, da Lei 7.492/86.

Em sendo assim sistematizado, poderíamos alcançar a racionalidade da existência de apenas dois braços do Direito repressivo, um a imputar a responsabilidade de forma individual, presente sempre a necessidade

¹¹ HASSEMER, Winfried, op. cit.

de salvaguardar os interesses do cidadão frente ao poder punitivo estatal, o que caberia ao Direito Penal, e outro, desprovido de algumas garantias, mas, de qualquer forma mais assecutorio que o atual Direito Administrativo sancionador, que não vemos mal em que seja o designado e sugerido Direito da Intervenção, feitos os devidos reparos sugeridos.

Bibliografia:

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal. Parte Geral*. 5.ed. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 1995.

HASSEMER, Winfried. "A preservação do ambiente através do Direito Penal". in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, n. 22, abr.-jun./98. São Paulo.

KIST, Ataiides. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo; Editora de Direito, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18ª ed. São Paulo; Malheiros Editores, 1993.

OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Direito Penal Econômico Brasileiro*. Porto Alegre; Sagra- D.C. Luzzatto Editores, 1996.

REALE JÚNIOR, Miguel. "Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa?". in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, n. 28, out.-dez./99. São Paulo.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 1998.

TIGRE MAIA, Rodolfo. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Anotações à Lei Federal n. 7.492/86*. São Paulo; Malheiros Editores, 1996.

LIMITES E POSSIBILIDADES DO ENSINO E DA PESQUISA JURÍDICA: REPENSANDO PARADIGMAS

*Luiz Edson Fachin**

1. Descoberta e emancipação no Direito

Cabe localizar um ponto de partida, e nessa ancoragem é possível encontrar, de um lado, uma significativa afirmação contida no prefácio da primeira edição de “As regras do método sociológico”. Nele, há mais de um século, dizia DURKHEIM que se “o objetivo de toda a ciência é descobrir”, aí “toda a descoberta desconcerta mais ou menos as opiniões formadas”. Capturada essa idéia neste outro contexto, bem se pode ver a função que o pensamento científico-jurídico pode exercer, não como clausura, mas sim como instrumento de libertação.

De outra parte, e em consonância com aquela formulação recolhida das ciências sociais, é imprescindível localizar, no enfrentamento da questão proposta esse elo inicial que está exposto na aula inaugural que em 1993 foi proferida na Universidade Federal do Maranhão. Após reconhecer que o Direito é a “síntese de múltiplas determinações”, o professor Agostinho Ramalho Marques Neto fez ver que “modelos mecanicistas ficam sempre aquém da compreensão desse processo em sua dialética real”, para concluir que o “Direito é fruto de conquistas sociais”, e por isso nele há algo de emancipatório.

Essa perspectiva funda uma crença, nem sempre inabalável, na educação jurídica, distante de um adestramento dogmático embalsamado pela

* Professor da Universidade Federal do PR. Coordenador dos cursos de pós-graduação em Direito da UFPR. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP.

exegese estrita do direito instituído, voltada para os fatos sociais, rente à vida e às circunstâncias.

2. Premissas

Registre-se, ainda nesse passo introdutório, que a colocação de nossas premissas também encontram na cultura jurídica suporte relevante, como se fez no Seminário que a UnB dedicou em maio de 1981 à personalidade extraordinária de Francisco Clementino de San Tiago Dantas. O nosso ponto de partida é congruente com as suas idéias, em especial quando afirmou que “nada falseia mais o espírito jurídico, nada o afasta mais perigosamente do seu verdadeiro sentido, do que a convicção, favorecida pelos longos períodos de estabilidade, de que a vida social deve ajustar-se aos conhecimentos jurídicos, em vez de se adequarem estes àquela”.

Parecendo que suas palavras foram proferidas há poucos dias, disse ainda San Tiago Dantas que “só se consideraria, pois, em crise, uma Faculdade em que o saber houvesse assumido a forma de um precipitado insolúvel, resistente a todas as reações. Seria ela um museu de princípios e praxes, mas não seria um centro de estudos”.

Esse é o desafio que não confunde estudo e pesquisa com confinamento intelectual, e se abre para o Direito e simultaneamente para uma das dimensões que tanto o ensino quanto a pesquisa podem alcançar no discurso e na prática jurídicas.

3. Ensino jurídico e método: um convite à reflexão

O principiar das idéias sobre a imbricação da questão do ensino jurídico com o método passa, então, preliminarmente, pelo reconhecer do verdadeiro papel deferido ao Direito e bem assim pela inserção social e histórica do jurista. Especialmente neste século vinte, pois, como afirma HOBBSAWM, “sem dúvida ele foi o século mais assassino de que temos registro, tanto na escala, frequência e extensão da guerra que o preencheu, ... como também pelo volume único das catástrofes humanas que produziu, desde as maiores fomes da história até o genocídio sistemático” (“A era do extremos: o breve século XX”, p. 22).

A partir daí, contextualizados em nossa história presente, percebe-se pois, de um lado, que esse viés do método, aplicável à angulação do ensino, se reconhece como ausente nas preocupações burocráticas de um curso que pretende enjaular-se em concepções definitivas. De outra parte, mesmo quando presente, não raro se revela num fosso abissal entre o discurso metodológico e o exercício concreto das propostas.

Estamos a nos referir à superação da metodologia didática clássica, à adoção de uma metodologia científica contemporânea nucleada pelo compromisso social e, por último, a uma metodologia jurídica coerente com o contexto histórico e político que cerca o ensino do Direito.

É nessa tríplice dimensão que, em nosso ver, há, em suma, um vazio que vai do desconhecimento à rejeição, e quando tênues construções metodológicas se avizinham das atividades de estudo, a técnica engessada das fórmulas acabadas torna o método um tema perdido no ar. Isso tem uma razão de ser.

É que há uma questão preliminar, anterior, ineliminável, a qual repousa no sentido e no rumo dos cursos de Direito, que balançam entre as sistoles exegéticas e diástoles dogmáticas para fundar um aparelhamento do Estado e um instrumental dos interesses salientes da sociedade aptos a congregar, num corpo moral, histórico e político, a conservação das idéias e do pensamento.

Permito-me citar Paulo FREIRE: “O professor trabalha a favor de alguma coisa e contra alguma coisa” (Shor, Ira & Freire, Paulo. O cotidiano do professor. RJ: Paz e Terra, 1986). Isso já é muito, mas não é tudo. Cabe, reconhecer, então, uma outra dimensão na qual escreveu em Portugal o professor Orlando de CARVALHO: “não há sistemas neutros” e “todo o Direito é ideológico-político” (na obra *Para uma teoria da relação jurídica civil*, p. 14).

Recusar essa direção e contribuir para a sua superação significa reconhecer que consciência social e mudança integram a formação jurídica. Representa, ainda, um compromisso com o chamamento à verdadeira finalidade do ensino jurídico, um desafio que questiona.

4. Ensinar: a geografia do construir e do transformar

O simples reconhecimento dessa interrogação já demarca, por si só, a geografia do ensino, que requer em seu mapa cartográfico do saber o "contruído" e não a indução ao "dado". Não se pode, então, conviver com uma atitude de indiferença ou renúncia a uma posição avançada na inovação e mesmo na revisão e superação dos conceitos, contribuindo, abertamente, para fomentar questionamentos e fazer brotar inquietudes que estimulem o estudo e a pesquisa comprometidos com seu tempo e seus dilemas.

Essa coerência histórica e social precede à discussão sobre o alcance do método, eis que este também pode ser manipulado para fundar o arbítrio estruturalista dos resultados inúteis. Nesse sentido, exsurge claro o seu liame com a linguagem, quer porque esta pode se prestar a um jogo de poder às vezes desonesto (como reconheceu Umberto Eco, "Viagem na Irrealidade Cotidiana". Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984, p. 316), quer porque recursos de retórica constituem tinta e pincel para colorir relações de subordinação.

Abri-se para esse horizonte é uma opção de sentido que se afasta das concepções didáticas meramente ilustrativas; é um caminho de sacrifícios e eleição de finalidade que não convive com a inércia e com a repetição.

Como já disse Paulo Freire, numa outra obra, "A educação como prática da liberdade", "a educação é um ato de amor, por isso, um ato de coragem. Não pode temer o debate, a análise da realidade. Não pode fugir à discussão criadora, sob pena de ser uma farsa".

Esse gesto implica no aprender constante, vale dizer, numa metodologia integral, que faz do homem e seu verbo um só ente, e que impõe uma mutação constante.

Fernando Pessoa, do alto de sua sensibilidade, captou isso na palavra de Alberto Caieiro que em seus "Poemas" disse: "Procuo despir-me do que aprendi. Procuo esquecer-me do modo de lembrar que me ensinaram, e raspar a tinta com que me pintaram os sentidos, desencaixotar as minhas emoções

verdadeiras, desembrulhar-me e ser eu ... É preciso esquecer a fim de lembrar, é preciso desaprender a fim de aprender de novo".

5. Origens e história: o "passado contemporâneo"

Captar bem os antagonismos que esse ângulo abrangente do tema apresenta, remonta às origens que moldam, em boa parte, a história dos cursos jurídicos e dos juristas no Brasil.

Tem-se uma percepção nítida desses traços a partir dos registros históricos sobre a formação dos quadros jurídicos no País. De um lado, nas "Raízes do Brasil", Sérgio Buarque de Holanda menciona a contribuição que os cursos jurídicos, fundados desde 1827 em São Paulo e Olinda, deram à formação de homens públicos, eis que os estudantes, transplantados para longe dos pais, se afastavam do vinco doméstico que o modelo familiar patriarcal e conservador impunha de modo estreito e opressivo.

Sem embargo, como analisou Nelson Werneck Sodré, em sua "História da Literatura Brasileira", "não importa, realmente, que os bacharéis adquiram uma singular proeminência", há uma outra face esquecida: o esforço enorme para a libertação de fórmulas acabadas de pensar, longe da mera exegese. Na superficialidade, os bacharéis de então se dedicam a um verdadeiro "torneio de mandarins" em torno da redação de uma lei, como o foi com o projeto do Código Civil, pouco importando realmente o conteúdo, dando valor ornamental à inteligência, ao talento como prenda, numa erudição desinteressada e descomprometida.

Por isso mesmo, o projeto da formação jurídica nasce impregnado do caráter instrumental da alienação. Mais tarde, porém, a consciência histórica do jurista põe em cena o liame entre a consciência e a práxis, para começar a desvendar o seu espaço real na construção da sociedade.

O presente que beira às portas do terceiro milênio principia por enterrar o entulho alienante do século XVIII que amorteceu corações e mentes.

Mais que isso, os desafios e perspectivas postos pelo final deste século vêm reforçar o equívoco do solene desprezo com o estudo da História, em geral, e das histórias das idéias, em particular. Esse conhecer não se faz apenas no "start" da cibernética, nem é fruto de uma inspiração retórica romântica.

Afasta-se, assim, o "culto do acaso e do automatismo", como afirmou Ítalo Calvino no exame da filosofia de Raymond Queneau: "O clássico que escreve a sua tragédia observando um certo número de regras que conhece é mais livre que o poeta que escreve aquilo que lhe passa pela cabeça e é escravo de outras regras que ignora" ("Por que ler os clássicos". São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p.261).

6. Trabalho científico e pesquisa

Enunciadas essas idéias preliminares, resta por derradeiro esboçar dois horizontes nos quais a metodologia se desdobra, ao mesmo tempo em que põe às claras o sentido do discurso jurídico-didático e a prática dele distanciada.

Trata-se, de um lado, da pesquisa científica, cuja falta correspondente à ausência de exploração e de investigação sistematizada, uma porta fechada ao "descobrir e interpretar os fatos que estão inseridos em uma determinada realidade" (como disseram à página 14 da obra "Projeto de Pesquisa: propostas metodológicas", os professores Aidil de Jesus Paes de Barros e Neide Aparecida de Souza Leffeld. RJ:Vozes, 1990).

Por certo, a pesquisa não há de ser neutra, eis que tem um quadro de referência, uma linha filosófica, quer seja estruturalista, quer funcionalista ou sistêmica, quer dialética (hegeliana ou marxista), quer fenomenológica.

De outra parte, o método se verte em afazeres de caráter eminentemente didático, como no trabalho científico, valorizado pela recente reforma. O aprender a estudar, raciocinar e expor suas idéias, não corresponde, "com efeito, assimilar mecanicamente normas técnicas padronizadas ou seguir roteiros esquematizados" (Antonio J. Severino. "Metodologia do Trabalho Científico: diretrizes para o trabalho didático-científico na Universidade". 5. ed. São Paulo: Cortez, 1980, p. 15). Mostra-se, isso sim, sob certas exigências lógicas, como um despertar para a disciplina no estudo, na reflexão e na

exposição, fundamentais para que se opere a possibilidade de comunicação coordenada entre os sujeitos.

Por isso mesmo, a metodologia do trabalho científico, cujo relevo é indiscutível, se abre para abranger não apenas o texto que relata dissertivamente os resultados da pesquisa, como também "o conjunto de processos de estudo, de pesquisa e de reflexão que caracterizam a vida intelectual do universitário" (Severino, p. 21).

7. Ensino e pesquisa: uma função pública migrando para o espaço privado

Cabe referir, ainda, ao debate momentoso que se trava na definição das titularidades do ensino no País. Referi-me à questão que emerge do chamado projeto do Estado mínimo e do encolhimento dos espaços públicos e normativos. Essa propalada privatização da função pública e sua migração para o espaço privada, requer também análise.

O processo em marcha de privatização do Estado sugere uma reflexão sobre a *desinstitucionalização* desse modelo reconhecido pelo sistema jurídico clássico. Qualquer estudo localizará, no transcurso do arcaico ao contemporâneo, traços da ideologia neoliberal na reestruturação do desenho jurídico dessa função ligada ao ensino e à pesquisa, pelo que é imperioso indicar nesse âmbito pontos para alguma compreensão crítica desse fenômeno de retraimento estatal que se observa especialmente na América Latina no denominado projeto do Estado mínimo.

Não se trata de defender o modelo do *Estado social*, mas sim de entender de forma crítica os limites, as possibilidades e os paradoxos da estrutura e dos reflexos daquilo que propõe o neoliberalismo à sociedade.

Algumas premissas básicas se encontram no ponto de partida desta reflexão. É notório, ainda que às vezes apenas aparente, o denominado processo de enxugamento do Estado sob a rubrica da privatização, à luz de idéias e interesses conhecidos, especialmente na América Latina. Diversos podem ser os reflexos dessa propalada interferência mínima do Estado, e dentre eles é possível tentar localizar algumas das supostas conseqüências desse projeto em marcha no âmbito de uma área de relações, sobre a qual estamos refletindo.

O estudo pode ter um arco histórico definido. Apanha o tempo presente, marcado pelo movimento do publicismo para o privatismo, e indica, numa referência histórica retroativa, seus antecedentes, fincados na teoria liberal. Reconhece, outrossim, a passagem operada, especialmente neste século, nos diversos países capitalistas, ao Estado-Providência e o relevo da produção estatal do Direito, retornando, ao final, aos dias correntes em multifacetadas concepções que espelham um tempo de certa desregulação e questionável informalização.

Não se ocupa o presente exame do projeto de reforma do Estado, ao qual deve ser reservada análise mais profunda e ampla, embora permita inferir, desde logo, o “leitmotiv” que embala a procura de vias econômicas e políticas para alguma saída a partir do “cul de sac” legado por décadas de nefastos regimes militares autoritários.

É certo que não pode deixar de reconhecer, de um lado, os evidentes limites de uma reflexão desse tipo, e de outro, a suposta crise¹ contemporânea generalizada, bem assim as contradições e a precariedade das propostas de redução do Estado ao mínimo possível diante da flagrante necessidade presente de atender reclamos que principiam na falta de saúde e de educação pública, e alcançam a miséria e a exclusão social e econômica crescente nos países latino-americanos.

Na denominada privatização² do Estado, tem-se que a nova vestimenta do liberalismo se mostra, na teoria política, como “fautor do Estado

¹ A propósito, afirmou Joaquín HERRERA FLORES no artigo *Crisis de la ideología o ideología de la crisis?*: “más que una crisis de la ideología, nos situamos en una ideología de la crisis”, apresentando-se diversas “teorías que desde puntos de vista parciales diferentes coinciden en colocar en su punto de mira la situación a la baja del Estado asistencial. Constituyen conjuntos teóricos que pretenden enfocar y resolver la crisis de legitimación política y social, sin salirse de las pautas generales del Estado liberal del derecho” (p.135:6). HERRERA FLORES, Joaquín. *Crisis de la ideología o ideología de la crisis?* Respuestas neoconservadoras. *Revista Crítica Jurídica*, 13, 1993, p.123-143. UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas.

² É necessário registrar que há quem julgue demasiado fácil explicar a retração do Estado por essa via, sendo tal processo apenas aparente. Assim pensa o professor Boaventura de Souza Santos, para quem “o Estado permanece presente e actuante para além do acto de devolução”, pois “as novas funções atribuídas a entidades privadas, sejam elas companhias de seguro, empresas de segurança, escolas, hospitais e prisões privadas, associações de agricultores ou quaisquer outras organizações corporativas, fazem com que estas exerçam, por delegação, autênticos poderes de Estado, transformando-as em entidades para-estatais, ou micro-Estados”, e acrescenta: “O que na aparência é um processo de retração do Estado pode ser, em realidade, um processo de expansão do Estado. Só que, em vez de se expandir através de seus aparelhos burocráticos formais, o Estado expande-se sob a forma da sociedade social” “o que parece ser deslegalização é na verdade relegalização” (*O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: para um novo senso comum sobre o Poder e o Direito*, p. 24-5). SOUZA SANTOS,

que governe o menos possível ou, como se diz hoje, do estado mínimo (isto é, reduzido ao mínimo necessário)”³.

É no lapso do século XX que o projeto de organização do Estado, saído da reação à formulação liberal⁴, calcada na idéia segundo a qual o único dever do Estado era impedir que os indivíduos provocassem danos uns aos outros, registra melhor a passagem para um direito cada vez mais promocional, um Estado-provedor. O Estado social supera, assim, a mera função protetora-repressiva⁵. O nosso século, escreveu o professor Boaventura de SOUZA SANTOS, “nasceu em plena reacção ao formalismo do direito napoleônico e da teoria política liberal”⁶.

O final do século XX assiste a uma certa reentronização da ideologia calcada na ética individualista e na suposta liberdade social, econômica, política e religiosa⁷. De certo modo, volta à cena a denominada “fuga” do Estado para fora do Direito Público⁸.

O público quer se desapropriar progressivamente do que considere privado, e aí o ensino e a pesquisa embutidos.

Se a expressão neoliberal pretende, para tal fim, se esboçar às portas do terceiro milênio, às vésperas do final do século problemas fundamentais não encontram, nesse questionável projeto que merece crítica e resistência, respostas efetivas que liguem o homem real ao sentido de justiça. Pretende-se

Boaventura de. *O Estado e o direito na transição pós-moderno: para um novo senso comum sobre o poder e o direito*. *Revista de Ciências Sociais*, Lisboa, nº 30, p. 13-43, jun. 1990.

³ Bobbio. *O futuro da democracia*, p. 114. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*; uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. Nem por isso, argumentam os arautos do liberalismo, “o Estado está ameaçado pelos liberais”, pois a exigência deles não seria *abaixo o Estado, mas melhor Estado!*”, como escreveu Guy SORMAN, em seu *O Estado Mínimo* (Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1988, p. 29).

⁴ “Foi a constatação de que a representação liberal da sociedade -que postulava a auto-suficiência desta e a sua capacidade para propiciar a todos os seus membros, em liberdade e igualdade, as melhores condições de vida e, conseqüentemente, atirava o Estado para fora dela, para uma mera função de guarda-deixou de encontrar expressão na realidade que provocou uma nova representação dela, na qual o Estado e ao direito são atribuídas novas funções, no plano econômico e no plano social” (Vital MOREIRA, *A ordem jurídica do capitalismo*, 4ª ed. Lisboa: Editorial Caminho, p.92).

⁵ Bobbio. *O futuro da democracia*, p. 112.

⁶ *O Estado e o Direito na transição pós-moderna* p.14.

⁷ Sobre a ideologia do liberalismo. WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 114 e seguintes.

⁸ A expressão é de Habermas, *Mudança estrutural da esfera pública*, p. 180. HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

excluir do público uma seara de direitos básicos sequer realizados para a maioria esmagadora da população.

Mais uma vez, o sistema jurídico, ao refletir o modelo que governa as relações econômicas e sociais, serve para marcar uma marginalização. É que atribuição de uma posição jurídica depende, pois, do ingresso da pessoa no universo de titularidades que o próprio sistema define. Desse modo, percebe-se claramente que o sistema jurídico pode ser, antes de tudo, um sistema de exclusão.

Essa exclusão se opera em relação a pessoas ou situações às quais a entrada na moldura das titularidades de direitos e deveres é negada. Tal negativa, emergente da força preconceituosa e estigmatizante dos valores dominantes em cada época, alicerça-se num juízo depreciativo, historicamente atrasado e equivocado.

Por isso, a presença dessas pessoas no Direito é, a rigor, a história de uma ausência. O que se nega não se denega apenas. Diversos sujeitos são propositadamente colocados à margem do sistema jurídico, inseridos no elenco daqueles que não portam convites ao ingresso das titularidades de direitos e obrigações.

Em certa medida, o final do século XX se liga ao desenvolvimento do individualismo moderno do século XIX, e por isso "este desenvolvimento leva, finalmente, a que os indivíduos sejam, na realidade, o que tinha sido concebido numa rigorosa teoria liberal: átomos sociais"⁹.

8. Conclusão

Assim, vencidas as etapas propostas, a análise se encontra, num equilíbrio dialético, a um certo "punto de arrivo". Mesmo que pouco haja para concluir em definitivo, os fenômenos analisados fornecem uma luz, ainda que tênue, de um modelo plural, concebido, "mutatis mutandis", como escreve WOLKMER, "a partir de uma nova racionalidade e uma nova ética", reconhecendo os novos sujeitos, os direitos construídos pelo processo histórico, e a descentralização normativa¹⁰.

⁹ HORKHEIMER & ADORNO, à página 144 dos *Temas*. HORKHEIMER, Max & ADORNO, Theodor (org.), *Temas básicos da Sociologia*, 2. ed. São Paulo: Cultrix, s/d.

¹⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico*, p. 323. Sob essa dimensão plural, é não apenas procedente como necessária a crítica ao ritualismo epidérmico das teorias que pretendem dar conta da

Ciente da cartografia da transdisciplinariedade e de que não há purismo conceitual, o observador contemporâneo ao folhear novos álbuns de família, se defronta com inovadores afazeres epistemológicos e alguns paradoxos.

Nessa mesma visibilidade, uma liberdade às avessas se embala para tentar equilibrar o indivíduo (consumidor) e o cidadão (sujeito da cidadania) na dimensão do consumo de toda espécie. Uma gestualidade falsa que, no canto neoliberal, se mostra atuando como melodia de encantamento.

universalidade das questões, desprezando peculiaridades sociais e econômicas. Com inteira razão, no estudo "Algunas consideraciones sobre la democracia: el caso latinoamericano", David Sánchez RUBIO que anotou: "No se puede caer en un dogmatismo y absolutismo de un proyecto teórico. Cada país o región necesitarán de elementos políticos que otros lugares no requerirán con tanta urgencia" (*Espacios - Cultura y Sociedad*, ano 4, nº 18, sept. oct. 1994, p. 64).

SOBERANIA E CRISE DA SOCIEDADE DO TRABALHO: ALGUNS ENFOQUES POLÍTICO-JURÍDICOS

*Maria Celeste Simões Marques***

Introdução

A intenção deste trabalho é discutir criticamente a concepção de soberania, imposição legal e medo, a partir da proposta contida no *Leviatã* como vontade do soberano, trabalhada por alguns enfoques da Modernidade e da Pós-Modernidade, que deságuam na sociedade e relações de trabalho contemporâneas, culminando com questionamentos acerca da centralidade do trabalho no atual contexto plural e transnacional.

Busca a concepção hobbesiana justificar o surgimento do Estado absolutista e o desenvolvimento progressivo da concentração do poder de legislar. A teoria da soberania, nesse primeiro momento, propõe a liberação do soberano de quaisquer limitações que se lhe possam impor. O poder do Estado não coexiste com outros poderes, e o direito é estatizado com base no princípio "*rex facit legem*" (o rei faz as leis).

No primeiro item, temos como pano de fundo alguns enfoques sobre a soberania e o direito da Modernidade à Contemporaneidade, tendo como viés de opções trabalhos de Thomas Hobbes, Habermas e Celso Lafer, onde ao fim a esperança se faz presente ante as agudas questões que imperam no mundo.

Professora de Direito do Trabalho da PUC-Rio e mestranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio.

Paulatinamente, outros enfoques se introduzem na reflexão sobre soberania. com a análise do elemento Medo, trazido por Hobbes (gêmeo do medo) como justificador da necessidade do Contrato e da delegação de poderes ao Soberano, sob a ótica de Renato Janine Ribeiro, bem como uma crítica à Modernidade, ao “projeto prometeico”, desenvolvida através da perspectiva de Carlos Alberto Plastino, que nos remete a pensar a ética.

Neste ponto inicia-se a abordagem contemporânea dos reflexos na dita crise da sociedade do trabalho e como a herança do medo e da esperança se traduzem em tão peculiares relações de poder, terminando por demonstrar o distanciamento existente entre a transnacionalização da soberania, segundo a força do capital em comparação ao mundo do trabalho, cujos titulares hoje são escassos, eis que temos uma legião de excluídos e inexistente trabalho para todos. Mais uma vez se coloca a questão da sobrevivência.

É objetivo ratificar e aguçar a reflexão sobre a importância e a pertinência da herança em Teoria Política e Jurídica, de Hobbes, para análise da atual perspectiva de soberania global, sustentadas pelos pilares dos Direitos Humanos sendo o direito ao trabalho visto como de fundamental importância por se traduzir em perspectiva criadora e criativa em face do fundado medo humano relativo à sobrevivência.

I – Alguns enfoques sobre a Soberania e o Direito

Iniciamos nossa reflexão a partir da soberania do Estado Moderno detalhado por Hobbes, trazendo ao debate alguns autores, pensadores e/ou professores contemporâneos que nos guiam ao amadurecimento e compreensão dos respectivos enfoques.

Falando sobre soberania, segundo Habermas, “visto da perspectiva do início da Modernidade, podemos dizer que o Estado absolutista – ou, para dizê-lo de maneira mais simples, o Estado hobbesiano – já estava constituído na forma de direito positivo ou promulgado, que investia sujeitos particulares – os membros contratantes de uma sociedade de mercado em expansão – com alguns de seus próprios poderes legais. Devido ao desenvolvimento do direito civil, esses sujeitos já gozavam, em termos de um conjunto de direitos ainda desigualmente distribuídos, de uma autonomia em certa medida privada. Com a mudança republicana da soberania monárquica para a soberania popular, aqueles

direitos conferidos de forma paternalista transformaram-se em direitos humanos e civis.”¹

Já Celso Lafer² nos ajuda a pensar a questão da soberania do Estado a partir da proposição de análise de três modelos clássicos de convivência internacional que, na sua origem, foram elaborados levando em conta a estrutura de uma sociedade internacional inter-estatal pouco complexa (sociedade internacional constituída de membros pouco numerosos, pouco diferenciados, com relações justapostas uns aos outros) :

1. modelo que deriva da tradição que remonta a Maquiavel e a Hobbes – (baseado na anarquia e no realismo que não coloca limites éticos à soberania no plano internacional);

2. no modelo de Hugo Grócio – (calcado no potencial de sociabilidade e de solidariedade existentes na sociedade internacional, da qual deriva a idéia de interesses comuns, que podem permitir a criação de instituições jurídicas limitativas da soberania) e;

3. modelo de Kant – (que, num patamar superior ao dos interesses, insere a possibilidade de afirmar a razão abrangente do ponto de vista da humanidade como algo que se coloca acima do subjetivismo das soberanias, e que se exprime, na prática diplomática contemporânea, através dos “temas globais”).

Quanto ao modelo realista, explica que “do ponto de vista externo ao território do Estado, ou seja, do sistema internacional a que deu origem, este, tal como encarado por Hobbes e posteriormente elaborado pelos estudiosos de relações internacionais, é o exemplo por excelência do estado de natureza, da anomia e da anarquia da guerra de todos contra todos. O homem é o lobo do homem, os Estados, no sistema internacional, também. Por isso, a única lei do sistema é a sobrevivência. (...) Por esse motivo, a política internacional é a política do poder; caracteriza-se pelo realismo e só tem dois atores – o diplomata e o soldado, que são os representantes da soberania. Daí o conceito de razão do Estado, elaborado a partir de Maquiavel, que quer dizer o não reconhecimento de uma ordem superior à qual o Estado e o seu soberano deveriam sujeitar-se na totalidade das suas manifestações.”

¹ Jürgen Habermas, *O Estado-Nação Europeu frente aos desafios da Globalização*. Tradução do inglês: Antônio Sérgio Rocha, in, *Novos Estudos CEBRAP* n. 43, novembro 1995, p.92

² Celso Lafer, *A soberania e os direitos humanos*, in, *Revista Lua Nova* n. 35-95, p. 138/139

Quanto ao modelo de Grócio, “realça que a sociedade internacional tem um potencial de sociabilidade e de solidariedade. não sendo assim um anárquico estado de natureza. Por esse motivo a política internacional não é um jogo de soma zero, o que é um dado ensejador da criação de instituições jurídicas e de um direito internacional que pode ser provado racionalmente, *a priori*, e comprovado na prática, *a posteriori*.”

O outro modelo clássico é o de Kant, “que procura transcender o subjetivismo das soberanias e dos seus interesses, introduzindo a razão abrangente do ponto de vista da humanidade e do indivíduo como fim e não como meio. tendo como horizonte a possibilidade de uma paz perpétua. O desdobramento contemporâneo da visão de Kant são os assim chamados “temas globais”, cuja primeira grande afirmação jurídica é o art. 11 do Pacto da Solidariedade das Nações. Este artigo postula a indivisibilidade da paz, explicitando que a guerra ou ameaça de guerra diz respeito não apenas às partes diretamente envolvidas – aos interesses de suas soberanias – mas a toda sociedade internacional.”

Na Modernidade, o Estado antecede ao Direito e o cria. A própria personalidade dos indivíduos vem a ser outorga estatal. Assim o poder do Estado obriga-se pelo direito porque nisso está especialmente interessado. O respeito do Estado pelo que ele próprio estabeleceu é, sem dúvida, a melhor garantia da ordem pública. Chegamos aqui à teoria da autolimitação. Os limites, entretanto, não passam de quimera. O Estado cria e dele emana todo o direito, ele se põe fora do Direito. O Leviatã revive.

Como assinala Ortega y Gasset no livro “A Rebelião das Massas”³, o processo de formação de nacionalidade é generalizante e englobante. Uma vez formado, o nacionalismo adquire feição hermética e excludente. A soberania é a expressão desse processo. O seu conceito absoluto causa tantos entraves que, além de se procurar uma limitação, passa-se a questionar e a negar a própria existência da soberania.

Inúmeros juristas aceitam a limitação do poder do Estado. A discussão não é nova; é menos recente que a tese de um Estado onipotente. Os países anglo-saxões, exemplificativamente a Inglaterra e os EUA, possuem declaradamente um grande espírito de zelo e respeito às liberdades humanas. O espírito da Magna Carta e dos fundadores norte-americanos revelam a fidelidade de limitar o poder do Estado pelo Direito.

Gasset, Jose Ortega y. *A Rebelião das Massas*. Martins Fontes, São Paulo 1987, p. 38

A soberania é assim tida por todos como direitos naturais/realização do direito justo e a persecução do bem comum. As noções de contrapoderes, como o reconhecimento de ordenamentos sociais menores, a descentralização administrativa e a própria tripartição dos poderes, procuram freiar a tendência de aglutinação. Assim, os indivíduos que cederam suas liberdades, apenas em troca de segurança ao Leviatã, clamam de volta parcela de seu poder. Entretanto, o ataque mais bem sucedido realizado contra a soberania provém da ordem internacional:

“... a noção de soberania absoluta, não é compatível com as realidades contemporâneas e o seu direito internacional, pois existem contradições entre ela e a experiência. A primeira, que é constitutiva, reside na igualdade das soberanias, em teoria, e na desigualdade, na prática. A segunda, que se tornou avassaladora neste final de milênio, é a impossibilidade do isolamento, que vem levando à interdependência dos Estados e ao transnacionalismo dos atores da vida mundial – transnacionalismo não apenas dos mercados e dos agentes econômicos, mas também dos meios de comunicação, da opinião pública, das organizações não-governamentais.”⁴

Os Estados sempre conseguiram, de forma eficaz, limitar-se uns aos outros. Sob pena de pressão, retaliações econômicas e até mesmo intervenções e guerras, o poder do Estado conheceu limites à sua conduta externa e até mesmo em relação às suas políticas internas. Esta situação atingiu o ponto de não mais se considerar a soberania - no seu aspecto externo - como independência, mas como interdependência. Estratégia ou não para assegurar a soberania, o fato é que se buscou limites.

As empresas, auxiliadas pela tecnologia, passaram de nacionais a transnacionais. As distâncias encurtaram e o mundo torna-se cada vez mais semelhante. A economia extrapolou as fronteiras estatais de forma radicalmente diferente e mais sutil dos imperialismos até então praticados (Lênin considerava normal e até como estágio superior o imperialismo em relação ao capitalismo: mas jamais poderia imaginar - até por uma limitação histórica - as sutilezas que esse novo ataque à soberania pode realizar). Trata-se da globalização ou mundialização. E os Estados estão se adaptando a este contexto devastador.

⁴ Celso Lafer. Op. cit. p. 140

Por isso, há um sem-fim de pensadores a proporem uma revisão do conceito de soberania. Todas as orientações vão no sentido de amenizá-lo e até extingui-lo. Ainda assim, o espírito humano não se deve dar por satisfeito. Restam perguntas: como uma tendência oriunda da nova orientação conjuntural, com prevalência do aspecto econômico afeta quase que mortalmente um conceito político? Não se trata de indicar uma outra forma de sobreposição ou negar as influências entre os planos, porém não admitimos a prevalência da lógica do capital aos demais interesses políticos nacionais e mundiais, sobretudo aos direitos consensuados e conquistados.

Certamente o conceito de soberania - originariamente político - passou a incorporar elementos econômicos. Será que é o conceito como um todo que está comprometido? A globalização/mundialização atingiu o Leviatã mortalmente ou apenas o mutilou? Nesse diapasão, é disseminada a idéia de que, no plano jurídico, os **direitos humanos** podem significar "uma passagem do dever do súdito para o direito do cidadão" ... que "representa a legitimação plena da perspectiva dos governados e promove uma domesticação da perspectiva dos governantes. Contém e limita, conseqüentemente, o realismo da razão do Estado".⁵ Trata-se de submeter a soberania à ética. Eis um desafio que se impõe.

Da perspectiva jurídica, a visão impositiva se contrapõe à função contemporaneamente aclamada da *força do direito*⁶, como valor inerente à prática democrática, que pode conter e limitar o realismo da razão ainda identificável no Estado, desde a proposição do modelo hobbesiano.

Porém é importante que estejamos atentos, pois "confundir a política com o direito é certamente um risco para qualquer sociedade democrática"⁷. Mas a "associação entre democracia e direitos humanos significa que existe uma relação entre o ciclo do poder e o ciclo da norma, na qual a legitimidade do poder e a justiça da norma e de sua aplicação representam um terreno comum entre princípios éticos e prática política no plano interno"⁸.

No plano externo, também cabe ressaltar os direitos humanos como aporte para um sistema internacional mais estável e pacífico, sustentado no pluralismo, na busca de consenso mediante incessante processo de

⁵ Celso Lafer, Op. cit. p.141

⁶ "Força do direito", expressão empregada pela prof. Gisele Cittadino, em "Pluralismo, direito e justiça distributiva", ed. Lumen Juris, RJ, 1999, p.233 "(...)parece-nos que a 'força do direito' pode estar intimamente associada a um processo de reconstrução da política."

⁷ Gisele Cittadino, "Pluralismo...", p. 233

⁸ Celso Lafer, "A Soberania...", p. 141

convencimento, no primado do direito, respeito às minorias, etc. Tal como na era hobbesiana, no cenário contemporâneo, o homem, o indivíduo, não encontra sustentação e o medo impera aonde há paixão pela vida, pois o Pacto não foi somente rompido, foi diluído e para alguns hoje inexistente. Onde está a soberania?

"Hobbes afirma que a soberania - resida num indivíduo ou numa assembléia - é a sua *alma*, invisível sopro movendo o corpo todo. Pois é pouco relacionar o soberano com seus súditos somente pelo medo; tal paixão, aliada da aversão, sozinha não funda a representação. Para que esta surja, e não a simples opressão, requer-se *também* um apetite, que se traduz como esperança. São os movimentos destes gêmeos discordes que constituem a vida; e esta, no corpo político, é a soberania do representante."⁹

Ou seja, o medo pode se configurar em importante elemento prospectivo no plano político interno e externo? Paixão latente entre os homens, mormente em tempos de desesperança, o medo pode levar o coletivo a crenças e filosofias pretensamente redentoras e salvadoras, como historicamente identificável entre os movimentos religiosos e os regimes totalitários. Não estamos nos referindo a toda e qualquer páua, mas ao temor relativo à vida e à morte, à sobrevivência.

Liszt Vieira noticia-nos, por exemplo, que a "mediação de um 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 (...) estão sob o controle dos traficantes de drogas (...) um poder paralelo no território (...) com a proteção de armamento pesado" - com poder de vida e morte sob os controlados¹⁰. Neste contexto, identificamos menores, ainda crianças, pesadamente armados, que não expressam mais uma expectativa de vida, de sobrevivência. Aonde está o medo e a esperança?

Certamente a situação deste centro urbano é ainda pior do que Hobbes poderia ter imaginado. Sustentava que as pessoas são movidas pela vontade de sobreviver. Apesar disso, o que é assustador e desconcertante a respeito dos jovens e crianças, soldados do tráfico do Rio de Janeiro, é que eles agem como se o valor vida não fosse o mais importante, ou seja, menos importante que a vingança, do que a honra, que o consumo, etc. O medo se diluiu em algo mais forte, que indica a inexistência de uma expectativa de futuro.

⁹ Renato Janine Ribeiro, *Ao leitor sem medo*, ed. Brasiliense, 1984, p.44

¹⁰ Liszt Vieira, *Cidadania e Globalização*, ed. Record, RJ, 1998., p. 39

No plano externo, a transnacionalização e a ciranda do capital especulativo arrastam massas de excluídos a uma vala comum de miserabilidade global. O medo, quando ainda existente, é uma constante. E quando não mata e imobiliza gera obediência e submissão a troco de migalhas de vida. Há esperança?

Segundo o mito grego da caixa de Pandora, quando foi aberta “espalharam-se todos os males e todos os crimes que desde então estão espalhados pelo Universo. Epimeteu quis fecha-lá, mas não havia mais tempo. Só conseguiu reter a Esperança...”¹¹

A soberania impositiva, não sustentada na observância dos direitos humanos, quebra a reciprocidade e solidariedade entre os humanos, “desliga o sujeito do sofrimento do outro, que também padece, no entanto, a mesma situação. (...) O medo produz uma separação subjetiva crescente...”¹²

II - O “Projeto Prometeico”, por Carlos Alberto Plastino

A modernidade apresentou ao mundo um paradigma que, inobstante em crise, ainda não foi rompido, conforme o Prof. Carlos Alberto Plastino. Com a promessa de progresso constante, a razão instrumental ancorada em herméticos postulados de cientificidade, no mais estrito sentido positivo, se abstém de pensar o real complexo, com sentidos outros, intuições, percepções sobre o humano, sua psiquê, no mundo sob variadas perspectivas e suas sociedades hipercomplexas e plurais, que evidentemente não poderiam ter sido imaginadas pelos teóricos da Modernidade.

Propondo uma análise crítica desse paradigma, o prof. Plastino, no texto “Os Horizontes de Prometeu”, inicia a abordagem a partir de uma figura

¹¹ P. Commelin. *Nova Mitologia Grega e Romana*, ed. Itatiaia. Belo Horizonte, 1997, p. 95

¹² Christophe Dejours. *A banalização da injustiça social*, ed. FGV, RJ, 1999, p.52. O autor é psiquiatra, psicanalista, professor e diretor do Laboratório de Psicologia do Trabalho da França, trabalha com a disciplina psicodinâmica do trabalho, também denominada psicopatologia do trabalho – tem por objetivo o estudo clínico e teórico da patologia mental decorrente do trabalho. Fundada no final da II Guerra, vem ganhando novos impulsos. O trabalho tem efeitos poderosos sobre o sofrimento psíquico. Ou bem contribui para agravá-lo, levando progressivamente o indivíduo à loucura, ou bem contribui para transformá-lo ou mesmo subvertê-lo, em prazer, a tal ponto que, em certas situações, o indivíduo que trabalha preserva melhor sua saúde do que aquele que não trabalha. Por que o trabalho ora é patogênico, ora estruturante? O resultado jamais é dado de antemão. É objeto da disciplina psicodinâmica do trabalho.

mitológica, de Prometeu, que tradicionalmente,

“ (...) foi interpretado como a narrativa da libertação da espécie humana, a conquista da autonomia face ao poder, tornada possível pela apropriação - roubo - do fogo, símbolo da razão. Por isso, Prometeu foi símbolo do iluminismo. Seu feito heroico de roubar de Zeus o fogo antecipa e representa a saga que, pela revolução científica, política e industrial, se propunha levar o homem a superar sua minoridade, atingir sua autonomia e, pelo caminho do progresso, tornar-se senhor do mundo. Por isso, a imagem de Prometeu foi carregada em triunfo durante a guerra da Revolução Francesa de 1789, seu barrete frígio enfeitando a cabeça dos revolucionários. Por isso também, anos depois, seu nome tornou-se símbolo da Revolução Industrial, batizando máquinas e locomotivas. Assim, ele é o símbolo do progresso. Porém sua imagem também presidia o Palácio da Indústria Atômica Soviética, indústria da qual faz parte Chernovyl”¹³.

Ressalta o professor, com a ilustração acima, que “(...) não é retornando a uma situação de heteronomia e minoridade que nós homens superaremos os perigos que nos ameaçam.”¹⁴ Mas através de práticas democráticas e solidárias de reconhecimento do outro, da politização, das relações sociais e com a natureza.

Sua crítica à Modernidade aborda também a superação da unilateralidade derivada da mesma, ou seja, “ (...) da mutilação que o racionalismo produz na concepção do ser do homem. Definido como ser de razão, ele é privado de outras faculdades que o constituem. Imaginação, afeto e desejo, intuição - a percepção do inconsciente -, todas essas características constitutivas do ser do homem foram considerados fatores que perturbam a razão e, conseqüentemente, desvalorizadas, ignoradas ou recalçadas.”¹⁵

Neste contexto nos propõe pensar as opções éticas com vistas a uma sociedade mais solidária, em que os homens peguem o “timão” e conduzam suas vidas a partir da vontade política, desatrelada a uma concepção que afirma a historicidade de todas as coisas, herança da Modernidade. Registra não parecer ser possível sustentar princípios éticos derivados de uma *ordem natural*, como

¹³ Carlos Alberto Plastino. *Os Horizontes de Prometeu – Considerações para uma Crítica da Modernidade*. In: CADERNOS. Teoria Política Moderna. Departamento de Direito da PUC-Rio, AnoII, nº1, 1996, p.14.

¹⁴ Op. cit. p.14.

¹⁵ Idem, p.15.

proposta pela modernidade, eis que esta está em permanente construção.

“ Ética, na acepção produzida na Grécia antiga, significa morada, entendida como um lugar para se viver, um lugar na sociedade. Um comportamento ético, nesta perspectiva, é aquele que, respeitando o direito dos outros a ascender também a um lugar para viver, faz possível a vida civilizada. Torna-se evidente nesta ótica tanto a estreita relação existente entre ética e democracia - entendida como o reconhecimento do outro e de seus direitos - quanto a característica centralmente antidemocrática da concepção neo-liberal.”¹⁶

Neste campo fértil, de opção pela vida, é que o direito aparece como elemento associativo entre a ética e o reconhecimento do humano, traduzido pelo direitos humanos, transnacionalmente consagrados, pairando sobre as soberanias estatizadas e nos possibilitando pensar e tentar construir uma sociedade mais solidária e democrática, nos confortando em face dos pessimistas diagnósticos que analisam o real posto e inegável.¹⁷

É fato que do paradigma da Modernidade, a atual sociedade foi paulatinamente abandonando seu projeto de liberdade, igualdade e fraternidade e sustentando a razão meramente instrumental e avassaladora. E como bem registra o Prof. Plastino:

“Não se trata obviamente de condenar a modernidade nem de ignorar seus múltiplos aspectos positivos; mas de denunciar a unilateralidade de suas concepções centrais sobre o homem, as relações sociais e as relações com a natureza. Torna-se necessário proceder a uma crítica radical - das raízes - de um modelo que, como todos os outros, é um modelo historicamente construído.(...) É isto que faz da luta pela democracia a única via possível para superar a situação atual e seus catastróficos desenvolvimentos previsíveis. (...) é preciso desenvolver a democracia, de maneira que não apenas o processo de transformação incorpore a lógica dos interesses dos povos e das maiorias, mais que a própria prática da democracia crie um movimento de desenvolvimento da cidadania, da politização e de recuperação e expansão do espaço público. A reversão do esvaziamento democrático, praticado com sucesso pelo neo-liberalismo, parece fundamental para o futuro da

¹⁶ Idem, p. 16

¹⁷ Cabe citação ao mote identificado nos *Cadernos do Cárcere* de Gramsci, eis que são movidos pelo “pessimismo da inteligência e o otimismo da vontade”.

humanidade.”¹⁸

Portanto, onde se lê *Estado absoluto*, que se leia *Estados democráticos*, onde se lê *soberania*, que seja esta entendida como *direitos humanos*, onde se lê *imposição legal*, leia-se *garantias pela opção ética e de solidariedade*, e onde se identifica o *medo*, que seja semeada a *vida*, e a *esperança*... sem utopias.

III – Reflexos na Crise da Sociedade do Trabalho

Do declínio dos Estados Nacionais

É latente o declínio dos Estados Nacionais, na medida em que se enfraquecem, que não mais controlam as dinâmicas que vão além dos seus limites territoriais.

De acordo com a análise do cientista político alemão Wolfgang Hein, *apud* Liszt Vieira¹⁹, “o fim do Estado nacional é certamente previsível, mas não está à vista. Entretanto, os sintomas do seu declínio já são visíveis.” E os resume como segue:

- “1) Com a interconexão global se reduzem os instrumentos políticos que permitiam ao Estado o controle de atividades realizadas dentro e fora do seu território.
- 2) A expansão de forças e interações transnacionais restringem a influência exercida pelos governos sobre a atividade de seus cidadãos.
- 3) No contexto global, muitas atividades e responsabilidades tradicionais dos Estados (defesa, administração da economia, comunicações, sistemas administrativos e legais) não podem ser assumidas e realizadas sem o concurso da colaboração internacional.
- 4) Os Estados tiveram que aumentar o grau de integração política com outros Estados (p. ex., a CEE, O Comecon ou a OEA) e adotar e ampliar negociações, arranjos e mecanismos internacionais para

¹⁸ Idem, p.20

¹⁹ Liszt Vieira, *Cidadania e Globalização*. Ed. Record, 1998, p. 107/108. Ver Wolfgang Hein, *El fin del Estado-Nación y el Nuevo Orden Mundial*. Nueva Sociedad, n. 132, Caracas, 1994

compensar os efeitos desestabilizadores provocados pelas decisões das instituições multilaterais (p. ex. FMI, GATT e outras agências internacionais).

5) O grande crescimento das instituições, organizações e regimes que constituíram a base do sistema de governo global.”

Entretanto se faz mister que tenhamos em vista que tal processo não é linear, uniforme, ou, como prefere Liszt Vieira, “o processo de declínio é irregular: em alguns países, a política nacional será fortemente influenciada pelos processos globais, enquanto em outros, os fatores regionais ou nacionais continuam mais importantes. A persistência do Estado-Nação, no entanto, não significa que a soberania nacional não tenha sido afetada profundamente pelo choque de forças e relações nacionais e internacionais.”²⁰

É certo que a globalização vem reduzindo os espaços da soberania dos Estados, inclusive no Primeiro Mundo. Para Otávio Ianni, *apud* Liszt Vieira²¹, “no contexto da globalização algumas nações sofrem uma espécie de obsolescência, total ou parcial, como é o caso do Estado-Nação, que entra em declínio como realidade e conceito. (...) A soberania do Estado-Nação “não está sendo simplesmente limitada, mas abalada pela base”. Segundo Ianni, aos poucos “a sociedade global tem subsumido, formal ou realmente, a sociedade nacional”.

Tais efeitos na sociedade do trabalho vêm se configurando como devastadores, com um crescimento descontrolado dos níveis de desemprego e pior, ausência de trabalho e de políticas públicas capazes de regulamentar, efetivar e fomentar o direito do homem ao trabalho, como adiante demonstraremos. Antes, entretanto, trazemos à reflexão outros enfoques sobre o termo e os efeitos da globalização.

Da Globalização

Segundo pesquisa de François Chesnai²², o qualitativo **global** emergiu no princípio dos anos 80, nas escolas de Administração de Empresas de universidades norte-americanas (Harvard, Columbia, Stanford etc.), sendo

²⁰ Op. cit. p. 109

²¹ Op. cit. p. 109. Ver sobre Globalização, Otávio Ianni, *Teorias da Globalização*. Civilização brasileira. Rio, 1992.

²² François Chesnais. *A mundialização do capital*. São Paulo: Xamã, 1996, p.23

popularizado em escala mundial por via da imprensa econômica e financeira anglo-saxã. O termo enviaria como mensagem, aos grandes grupos multinacionais, a necessidade de se aproveitarem da oportunidade aberta pela liberalização e desregulação das economias, com disponibilidade de controles à distância proporcionadas pela telemática e satélites de telecomunicações, para expandirem suas atividades naqueles espaços que possibilitassem maiores lucros. Para tanto, seria necessária a reformulação de suas estratégias internacionais a partir de uma reorganização produtiva e comercial. O mundo globalizado que adviria era imaginado como “sem fronteiras”, e as empresas, vistas como “sem nacionalidade”.

O caráter centrífugo da expansão dos capitais é um fenômeno intrínseco ao capitalismo, não sendo específico da era “global”. Sobretudo a partir do século XVI, facilidades de transportes levaram à integração crescente entre as economias nacionais e o resto do mundo e à elevação no fluxo internacional de produtos e fatores.

Já ao final dos anos 70, a globalização assume um caráter marcadamente microeconômico, sendo resultado de estratégias e comportamentos das empresas ao invés de um processo impulsionado, prioritariamente, por políticas governamentais. Os países são atingidos na medida em que, de agentes e reguladores do processo de internacionalização da economia, passam à condição de provedores dos grandes grupos internacionais, os quais, cada vez mais exigentes em termos de infra-estrutura e qualidade do estoque de recursos humanos, restringem as possibilidades de uma maior liberdade das nações quanto à gestão macroeconômica.

A desregulamentação dos mercados, indicou, nas décadas de 80 e 90, uma redução significativa da governabilidade nos países membros da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), que têm dificuldades de exercerem a soberania sobre a política econômica nacional.

Neste cenário, um dos paradoxos apontados por Renato Baumann²³ é a necessidade de políticas nacionais que adaptem os sistemas produtivos locais a um grau maior de interdependência com outras economias. O Estado há de se fortalecer.

²³ Renato Baumann. *O Brasil e a economia global*. Rio de Janeiro. Campus/SOBEET, 1996, p. 46

Chesnais²⁴ destaca, ainda, a ambigüidade e a carga ideológica “consciente-mente” contida na palavra globalização. Enquanto o termo “global” traz a idéia de uma marcha inexorável do mundo no sentido da dissolução das diferenças, apenas cabendo aos agentes e países adaptarem-se à nova realidade. José Luis Fiori²⁵ destaca o fato de a globalização estar provocando um processo de polarização crescente entre regiões, países e grupos sociais, com a aceleração das desigualdades inter e intranacionais, tornando distante a promessa do “mundo sem fronteiras”.

Do Trabalho

Na era Moderna, após as navegações, a sociedade pautou-se pelo processo de expansão do mercado capitalista e pela manufatura. Na Europa, floresceu a cultura burguesa, apoiada nos princípios de liberdade de mercado, autodeterminação individual e racionalidade científica. A noção burguesa opõe trabalho a não trabalho ou lazer, separando as esferas doméstica e pública da vida social²⁶.

Paralelamente, associou-se a noção de trabalho (referente ao trabalho livre, na relação assalariada) à sua forma institucional, o emprego (como função **na** ou **para** a produção), tornou-se importante referencial para o desenvolvimento emocional, ético e cognitivo do indivíduo ao longo do seu processo de socialização e, igualmente, para a atribuição de prestígio social intra e extragrupal. O desemprego tornou-se fonte de tensão psicossocial, tanto do ponto de vista individual, como para a vida comunitária.

Pressupondo-se exclusivamente o trabalho humano, como na acepção de Marx em *O Capital*²⁷, o trabalho é atividade resultante do dispêndio de energia física e mental, direta ou indiretamente voltada à produção de bens e serviços, contribuindo, assim, para a reprodução da vida humana, individual e social.

A economia política clássica, que antecedeu à análise da sociedade

²⁴ François Chesnais. *A mundialização...*, p. 24

²⁵ José Luis Fiori. *Em busca do dissenso perdido: ensaios críticos sobre a festejada crise do Estado*. Rio de Janeiro. Insight Editorial, 1995, p. 223-224

²⁶ Sobre esfera pública e privada ver Hannah Arendt. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo, 9ed., Ed. Forense Universitária, 1999, p. 59, 68., e também. Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Introdução ao Estudo do Direito*. Ed. Atlas. São Paulo, 2ed., 1997, p.

²⁷ Karl Marx. *O Capital*. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira. 1968. Liv. I, v. I.

capitalista realizada por Marx, enfocava os problemas de crescimento, valor e distribuição. Terra, capital e trabalho dão origem a três classes fundamentais da sociedade: proprietários fundiários, empresários e trabalhadores.

A crítica de Marx à economia política clássica constitui, resumidamente, em apontar que as relações de produção capitalistas constituem relações de produção de valores de troca (mercadorias), tendo em vista a acumulação de capital, através da expropriação da mais-valia gerada pela força de trabalho no processo capitalista de produção. A expressão trabalho livre, baseado na relação capitalista, significa separação entre a força de trabalho e a propriedade dos meios de produção. A venda da força de trabalho torna-se a única alternativa do trabalhador livre para obter, através do salário, sua sobrevivência. Marx distingue as noções de trabalho, força de trabalho e trabalhador: o capitalista compra, no mercado de trabalho, a força do trabalho, capacidade de trabalho, e não o trabalho realizado.

A força de trabalho torna-se, na sociedade capitalista, uma mercadoria, mas o trabalhador não. A quantidade de trabalho obtida depende do modo de organização do processo produtivo, a fim de promover a cooperação do trabalhador e desestimular atitudes de resistência ao trabalho.²⁸ É no processo dinâmico de inter-relações entre os requisitos psíquicos e físicos do trabalho que reside a base da cooperação, da construção dos acordos intersubjetivos, necessários para a fabricação do consenso e para a viabilização do processo de trabalho²⁹.

Para Habermas, a crítica de Marx aos distúrbios da sociedade decorrentes da crise de imperativos contraditórios de integração do sistema e da sociedade, padece de uma concepção romântica da sociedade, que define qualquer diferenciação entre o mundo vivo e sistema como uma alienação a ser superada. Para ele, como Marx em *O Capital*, privilegia uma razão dialética da

²⁸ Sérgio Paulo Rouanet, em publicação no Jornal do Brasil de 18/09/1999, pondera que o cenário da teoria marxista nunca esteve tão aproximado aos nossos dias, quando afirma “... Na análise marxista, o capitalismo era necessariamente mundial. A melhor descrição do que hoje chamamos de globalização está no *Manifesto* comunista, escrito em 1848 – a tendência do capital de interligar as regiões mais distantes do mundo, de comprar matérias primas em todos os cantos da terra, de vender produtos acabados em todos os países, de dismantelar todas as atividades econômicas meramente locais ... só agora, com a perda de influência dos estados nacionais, que a tendência internacionalista do capital pôde desdobrar-se segundo sua lógica imanente. A política passou a seguir a mesma direção que a economia ... O marxismo previa a pauperização constante da classe operária ... sob inúmeros aspectos ele (o marxismo) está de fato aniquilado. Mas o presente tornou “legível” uma dimensão da teoria marxista que parecia ter sido desmentida pela realidade. Removidas as contra-tendências que o inibiam, o capitalismo passou a ser em grande parte o que Marx disse que ele era – global, excludente e concentrador.”

²⁹ Christophe Dejours e Pascale Molinier. *Le travail comme énigme. Sociologie du travail*, v. 36, n.HS, 1994, p.35-44

razão, não levou em conta que a diferenciação, a purificação e a formalização de ações como estas são algo inerentemente racionais.³⁰ Também sustenta que a "teoria da alienação" proposta por Marx nos *Manuscritos de Paris*, de 1844, contrasta com a liberdade essencial, a sociabilidade e a criatividade universal inerentes à natureza humana com a distorção sofrida pelo capitalismo.³¹ Habermas considera o materialismo histórico reducionista, pois concebe o processo de autoconstituição da espécie exclusivamente a partir da categoria do trabalho, isto é, da ação instrumental.³²

Em *A crise de legitimação no capitalismo tardio*,³³ encontramos o entendimento de Habermas de que no capitalismo avançado o Estado enfrenta imperativos de orientação contraditórios; hesita continuamente entre duas posições: garantir os custos do crescimento econômico e compensar suas vítimas.³⁴ A política do Estado corre o risco de ser vista como a política do capital. Risco parcialmente evitado com a introdução de medidas sociais e econômicas contentoras das massas, mitigando o debate e despolitizando através da transformação da ciência e da técnica em ideologia.

No limiar do século 21, os avanços da tecnologia microeletrônica e da racionalização das técnicas organizacionais do processo do trabalho, orientados por conceitos como produção flexível, produção enxuta e especialização, em um contexto de competição capitalista global, colocam em cheque a centralidade do trabalho. Decorridos três séculos de domínio da sociedade industrial, o trabalho passa a assumir um conteúdo crescentemente intelectual, em contraposição ao conceito de trabalho físico e manual. Passa a ser de suma importância a informação, o trabalho imaterial, em contraposição ao conceito tradicional de trabalho, centrado na idéia de transformação da natureza. É chegado o momento de novamente separarem-se os conceitos de trabalho, emprego e identidade social e individual? Outras formas de sociabilização, de construção de identidades sociais e individuais são pensadas, tais como trabalhos comunitários, voluntários, sem fins lucrativos³⁵. Vários estudos apontam para a

³⁰ David Ingram. *Habermas e a razão dialética*. Tradução: Sérgio Bath. Ed. Universidade de Brasília, 1993, p.197

³¹ Idem, p.198

³² Sérgio Paulo Rouanet. *Teoria crítica e psicanálise*. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1983, p.276

³³ Juergen Habermas. *A crise da legitimidade no capitalismo tardio*. Tradução: Vamireh Chacon – Rio de Janeiro. Ed. Tempo Brasileiro, 1980.

³⁴ No que diz respeito às relações sociais, David Held critica Habermas por concentrar demais a sua análise da crise econômica no Estado Nação, ignorando as tendências de crise global centralizadas no hiato entre o desenvolvimento econômico das nações industrializadas e o dos países do Terceiro Mundo, que transcende a capacidade de gerenciamento das instituições paroquiais. In. *Habermas: critical debates*. Editado por J.B. Thompson e David Held. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1982. apud. David Ingram, Habermas e a dialética da razão. Tradução de Sérgio Bath...p.274.

³⁵ Em notícia divulgada pelo Jornal do Brasil de 04/12/1999, a CUT promoveu em São Paulo, o

importância de políticas públicas voltadas ao estímulo de atividades intensivas em mão-de-obra, ao mesmo tempo que defendem a necessidade de diminuição da jornada de trabalho semanal.³⁶

Mais que simples especulações, os desafios são amplos. Porém, parece certo que as formas precárias de ocupação e apropriação da força de trabalho (trabalho temporário, desregulamentação do trabalho, flexibilização de direitos, rebaixamento dos salários, etc) estão longe do conceito aristotélico de trabalho humano como obra criativa, livre da esfera da necessidade.

Da Sociedade do Trabalho

Então temos ou não uma sociedade do trabalho sem trabalho? Esta é uma questão posta como crise transnacional. São sociedades do trabalho aquelas nas quais o trabalho ocupa um lugar central na vida dos indivíduos, porém, hoje questiona-se a categoria trabalho e no atual contexto global não há trabalho para todos.

A partir da Revolução Industrial, o trabalho tornou-se o princípio organizador fundamental das relações sociais e, portanto, o meio pelo qual os indivíduos adquirem existência e identidade social pelo exercício de uma profissão. A sociedade industrial se definiu como uma sociedade de trabalhadores.³⁷

"Foram essas razões que levaram os pensadores clássicos a privilegiar a noção de trabalho, a ponto desta noção acabar se impondo como a pedra fundamental da teoria sociológica e ponto de referência das pesquisas sociais. Oferece ainda a esse respeito que, embora a expressão "sociedade do trabalho" não faça parte do vocabulário sociológico de Marx, Weber ou Durkheim, a importância assumida pelo trabalho em suas construções teóricas permite concluir que, para eles, o trabalho aparecia como o fato social fundamental, impondo-se

Seminário Internacional de Economia Solidária, onde se discutiu experiências internacionais com o objetivo de gerar novas oportunidades de trabalho, incentivar empreendimentos solidários e a criação de novos projetos de desenvolvimento sustentáveis e sociais (como créditos de pequeno porte, formação, pesquisa e incubadora de cooperativas). Há projetos similares já desenvolvidos na Europa e Ásia.

³⁶ Ver sobre o assunto, Ricardo Antunes. *Contra a lógica da produção destrutiva*. Folha de São Paulo. São Paulo, 03 mar. 1996, e, Jorge Mattoso. *Mobilização social pode evitar desastre*. Folha de São Paulo. São Paulo, 3 mar. 1996.

³⁷ Ver. Hannah Arendt. *A condição humana*. Rio de Janeiro, Forense-Universitária, 1983, apud. Josué Pereira da Silva, *A crise da sociedade do trabalho*, in, Lua Nova, n.35-95

como paradigma das teorias da sociedade por eles formuladas.”³⁸

Na interpretação de Josué Pereira³⁹, “a noção de capitalismo tardio baseia-se fundamentalmente nas mudanças estruturais vividas pelas sociedades capitalistas industrializadas desde o final do século XIX. Essas mudanças estruturais consistem, segundo Habermas, basicamente em duas tendências de desenvolvimento, que ele resume como “um crescimento da intervenção estatal, com o objetivo de garantir a estabilidade do sistema, e uma crescente interdependência entre a pesquisa e a tecnologia, que converteu as ciências numa força produtiva dominante.”⁴⁰

Habermas também discute as bases da teoria marxista do valor-trabalho:

“ Não faz mais sentido calcular o montante de capital investido em pesquisa e desenvolvimento com base no valor da força de trabalho simples, não-especializada, quando o progresso científico-técnico se tornou uma fonte independente de mais-valia considerada por Marx - isto é, a força de trabalho dos produtores imediatos - desempenha um papel cada vez menor”⁴¹

Porém, as mudanças estruturais das últimas décadas, levou alguns estudiosos a questionar a centralidade que tem sido atribuída ao trabalho. Offe, Gorz e Habermas são exemplos, com a anunciada crise da sociedade do trabalho. Quando se tematiza a crise da sociedade do trabalho se faz mister qualificar de que dimensão se está falando: da dimensão abstrata do trabalho – como sugere Robert Kurz⁴²(onde não há diferentes formas de trabalho concreto, todas reduzem-se a uma espécie de trabalho, o trabalho humano); ou a dimensão concreta do trabalho (caráter de utilidade do trabalho, dispêndio de uma força humana para um determinado fim, produzindo valores-de-uso, e enquanto

³⁸ Josué Pereira da Silva, *A crise da sociedade do trabalho*, in: Lua Nova, n.35-1995, p. 171. Citação de Claus Offe, *Trabalho e sociedade - problemas estruturais e perspectivas para o futuro da sociedade do trabalho*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1989.

³⁹ Josue Pereira, Op. cit. p. 173

⁴⁰ Ver Jürgen Habermas, *Toward a Rational Society*. Boston, Beacon Press, 1970, p.100, *apud*, Josué Pereira

⁴¹ Habermas, op. cit. p.174

⁴² Robert Kurz, *O Colapso da Modernização (Da derrocada do Socialismo de Caserna à Crise da Economia Mundial)*. São Paulo, Paz e Terra, 1992, *apud*, Ricardo Antunes, *Adeus ao Trabalho?*... p.77. “ A sociedade do trabalho como conceito ontológico seria uma tautologia, pois, na história até agora transcorrida, a vida social, quaisquer que sejam suas formas modificadas, apenas podia ser uma vida que incluisse o trabalho. Somente as idéias ingênuas do paraíso e do conto do país das maravilhas fantasiavam uma sociedade sem trabalho”.

elemento estruturante do intercâmbio social entre os homens e a natureza)- como sugerem Offe⁴³; Gorz⁴⁴ e Habermas⁴⁵ dentre outros.

Há o reconhecimento da sociedade como produtora de mercadorias, mas não o reconhecimento do papel central do trabalho assalariado, da *classe-que-vive-do-trabalho* como sujeito potencialmente capaz de caminhar *para além do capital*.⁴⁶ Trata-se de uma crise da sociedade do trabalho abstrato cuja superação tem na classe trabalhadora, mesma fragmentada, heterogeneizada e complexificada, o seu pólo central no processo de emancipação do trabalho e pelo trabalho. Todo o amplo espectro de humanos, assalariados que compreendem o setor de serviços, os trabalhadores “terceirizados”, do mercado informal, domésticos, os subempregados, os desempregados, ou seja, todo aquele trabalhador e trabalhador precarizado, juntamente como o enorme contingente de desempregados ou excluídos do processo de criação de valores – o que já se configura como maioria considerada a população mundial atual – que padecem da desmontagem social dirigida pelo capitalismo em sua lógica destrutiva, se entendidos enquanto *classe*, formam um segmento social dotado de enorme potencialidade anticapitalista. O contraponto está justamente naqueles que como trabalhadores produtivos “estáveis”, como integrados à ordem capital, negam as manipulações e não raras vezes se pautam por concepções corporativas.

Sustenta Ricardo Antunes – com o que concordamos – que o momento da omnilateralidade humana (que tem como formas mais elevadas a arte, a ética, a filosofia, a ciência etc.) transcende evidentemente em muito a esfera do trabalho (a realização das necessidades), mas deve encontrar neste plano a sua base de sustentação. Neste sentido, a automação, a robótica, a microeletrônica, enfim, a chamada revolução tecnológica tem um evidente significado emancipador, desde que não seja regida pela lógica destrutiva do sistema produtor de mercadorias, mas sim pela sociedade do tempo disponível e da produção de bens socialmente úteis e necessários.⁴⁷

⁴³ Claus Offe, *Trabalho como Categoria Sociológica fundamental?*, *Trabalho & Sociedade*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, vol. I, 1989, *apud*, Ricardo Antunes, *Adeus ao Trabalho?* ... p. 77

⁴⁴ Andre Gorz, *Adeus ao Proletariado*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, *apud*, Ricardo Antunes, Op. cit., p. 77

⁴⁵ J. Habermas, *A Nova Intransparência*. Novos Estudos Cebrap, São Paulo, n. 18, setembro 1987, *apud*, Ricardo Antunes, Op. cit. p.77. Para Habermas o trabalho não tem mais potencialidade estruturante nem no universo da sociedade contemporânea, como trabalho abstrato, nem como fundamento de uma “utopia da sociedade do trabalho”, como trabalho concreto, pois “ os acentos utópicos deslocaram-se do conceito de trabalho para o conceito de comunicação”. Op. cit. p.114

⁴⁶ Ricardo Antunes, Op. cit. p. 80. Entende o autor que a ação efetivamente capaz de possibilitar o salto para *além do capital* será aquela que incorpore as reivindicações presentes na cotidianidade do mundo do trabalho, como a redução radical da jornada de trabalho e a busca do “tempo livre” sob o capitalismo, desde que esta ação esteja indissoluvelmente articulada com o fim da sociedade do trabalho abstrato e a conversão em uma sociedade criadora de coisas verdadeiramente úteis.

⁴⁷ Ricardo Antunes, Op. cit. p. 85. Acrescenta ainda o autor que “os críticos da sociedade do trabalho,

Em 1987, Ralf Dahrendorf afirmou:

“As sociedades modernas são sociedades de trabalho, construídas em torno de uma ética de trabalho e de posições ocupacionais, mas elas também parecem ser conduzidas pela visão e pela perspectiva ao que parece crescentemente realistas de um mundo sem trabalho”⁴⁸

Mas desde 1958, Hannah Arendt já escrevia que estávamos diante do prospecto “de uma sociedade de trabalhadores sem trabalho”⁴⁹. Naquela época parecia uma realidade pouco palpável, entretanto hoje concretiza-se como profética.

Assim, nos deparamos com um contexto previsível, no entanto, não na proporção mundial ora identificado, nem com os contornos de sutis mecanismos de controle implementados e mantidos com o avanço da pesquisa e tecnologia global, que crescentemente dispensam o trabalhador como produtor imediato, privilegiando outras atividades e papéis sem que, concomitantemente, tenham os trabalhadores meios de se adequar ao exigido contexto, onde há escassez de políticas públicas prospectivas e criativas para tal adequação - uma realidade sem trabalho, onde há que ser repensado o papel de centralidade do mesmo na vida social - e em última análise, garantidor da sobrevivência humana.

Conclusão

Afinal que caminhos trilhar ante a ausência dos Estados, a inexistência de políticas públicas que assegurem ao homem o direito ao trabalho, a desregulamentação dos mercados e hegemonia do capitalismo, o deslocamento do referencial do trabalho como elemento de centralidade na vida dos indivíduos? Quais as perspectivas humanas ante a constatação de inexistência de trabalho para todos?

com honrosas exceções, “constatam empiricamente” a perda de relevância do trabalho abstrato na sociedade moderna, convertida em sociedade “pós-industrial” e de “serviços” e, conseqüentemente, deduzem e generalizam, a partir daquela constatação, o “fim da utopia da sociedade do trabalho” em seu sentido amplo e genérico”. Certamente tais autores falam para o Mundo mas não olham para o Terceiro Mundo.

⁴⁸ Ralf Dahrendorf, *O conflito social moderno*, São Paulo, Jorge Zahar EDUSP, 1992, p. 152, *apud*, Josué Pereira, op. cit. p.175

⁴⁹ Hannah Arendt, *A condição humana...*, p.13, *apud*, Josué Pereira, p. 175

São questões complexas cuja tentativa de respostas paira na mente de vários estudiosos, e inexistente a pretensão de respondê-las através do presente trabalho. Optando por uma reflexão otimista, podemos especular que o potencial criativo humano desabrochará em meio a tamanha crise. Entretanto é lógico que não passaremos impunes por essa “era do não trabalho”. A sobrevivência através da venda da força de trabalho, quer material ou imaterial, não mais se sustenta.

Socorrendo-nos da herança política jurídica moderna, nos deparamos com o Pacto e o Contrato rompido e com um manancial de questões sociais a serem tratadas e reguladas com vistas a manutenção da sobrevivência humana. O valor vida e o direito ao trabalho, como equação de resolução, não guardam hoje a correspondência mínima necessária à sobrevivência ao Homem. Entretanto o recorte proposto, não obstante reducionista do ponto de vista sociológico, antropológico e biológico, tenta demonstrar a estreita ligação entre a soberania e o trabalho como elementos e categorias vitais.

Não estamos a propor o retorno do Contrato hobbesiano ou do *Welfare State* que atenderam às crises do seu tempo, mas à manutenção, efetivação e consolidação de, ao menos, mínimos consagrados como direitos humanos transnacionais os quais não se pode furtar de observar nem mesmo no denominado Estado Mínimo, produto do neo-liberalismo que impera no mundo contemporâneo.

Cabe a reflexão quanto aos contornos atuais dos direitos humanos, ética, solidariedade, necessidade de fortalecimento de Estados democráticos, participação política no mundo plural e hipercomplexo, bem como a perspectiva que o soberano poder tem relativamente ao trabalho. Em que pese as inovadoras dinâmicas imprimidas à “sociedade do trabalho”, é fato que o homem ocidental ainda tem no papel de trabalhador todo um referencial social e psicológico que indica seu *modus vivendi* e a manutenção da vida. A centralidade do trabalho começa a se deslocar vagarosamente no Primeiro Mundo ante as transformações globais e novas estruturas de poder, mais será um processo lento, onde a força do direito há de estar presente atenta ao humano, pena de se estar condenando à morte milhões de seres humanos os quais não tem a menor condição de acesso aos meios básicos e aos capacitadores para o acompanhamento de tais céleres dinâmicas.

Que o medo e a necessidade de sobrevivência possam se traduzir em esperança...

CONSTITUIÇÃO E DIREITO CIVIL: TENDÊNCIAS*

*Maria Celina Bodin de Moraes***

“Tudo o que os homens fazem, sabem ou experimentam só tem sentido na medida em que pode ser discutido. Haverá talvez verdades que ficam além da linguagem e que podem ser de grande relevância para o homem no singular. Mas, os homens no plural só podem experimentar o significado das coisas por poderem falar e ser inteligíveis entre si e consigo mesmos.”

Hannah Arendt

“Se podes olhar, vê, se podes ver, repara.”

José Saramago

I. Segurança e Incerteza

Tudo adquire significado somente em relação a determinado contexto. O escritor italiano Umberto Eco, querendo exemplificar esta assertiva, imagina uma situação prosaica. Diz ele: se indagarmos a uma pessoa normal se é lícito introduzir um instrumento cortante na barriga de outro ser humano, a resposta deveria ser negativa; isto é proibido por lei. Se, no entanto, especificarmos que quem introduz a lâmina é um cirurgião em uma sala de operação, então, as pessoas normais estariam dispostas a reconsiderar o caso. Dai

As linhas gerais deste texto foram apresentadas na XVII Conferência Nacional dos Advogados, no Rio de Janeiro, em 30 de agosto de 1999, em painel intitulado “As Novas Relações Cívicas”.

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

o significado (e, portanto, o conhecimento¹) advir sempre do contexto e o que parece coisa muito simples, às vezes e por circunstâncias variadas, pode tornar-se complexa e tortuosa.

É o que vem ocorrendo com o sistema de direito civil. Seus conceitos essenciais, a parte fundante de sua dogmática, provenientes do direito romano e reelaborados pela Pandetística, são, ainda hoje, exaustivamente repetidos, embora tenham sido cunhados em contexto completamente diferente, talvez mesmo oposto, ao existente na atualidade. Nessa medida, se os códigos civis, com sua aspiração à perenidade e completude, foram frutos de uma época, *a época da segurança*, na feliz locução adotada por N. IRTI², parece possível encontrar razões para sintetizar o momento atual como uma época de insegurança, uma época de incertezas.

De acordo com IRTI, o sentido de segurança surgiu das estruturas profundas da sociedade. A exigência de estabilidade, ou de previsibilidade, quanto aos comportamentos individuais passou a ser o pressuposto intrínseco das relações jurídicas na medida em que a burguesia francesa, vitoriosa da Grande Revolução, se tornou a nova classe dirigente, portadora da tábua de valores na qual toda a sociedade foi chamada a reconhecer-se. O "mundo da segurança" é, portanto, o "mundo dos códigos", que consubstanciam, em ordenada seqüência de artigos, os valores do liberalismo do séc. XIX³.

Neste ambiente, como é fácil perceber, as relações do direito privado com o direito público estão claramente pré-definidas. O direito privado coincide com o âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos, enquanto o direito público é o emanado pelo Estado, dirigido a finalidades de interesse geral. As duas esferas, aqui, são praticamente impermeáveis, reconhecendo-se ao Estado o poder de limitar os direitos dos indivíduos somente por exigências dos próprios indivíduos. Estas conceituações são o resultado da notória formulação kantiana segundo a qual as duas esferas se distinguem, na essência, pela diversidade de fontes: a fonte do direito privado reside em princípios racionais, apriorísticos; a fonte do direito público, na vontade do legislador⁴.

¹ Que todo conhecimento seja contextual e, em consequência, que toda ciência deva ser compreendida como prática social de conhecimento, como tarefa que se cumpre em diálogo com o mundo, é tese sustentada por B. DE SOUZA SANTOS. *Introdução a uma Ciência Pós-Moderna*. Rio de Janeiro, Graal, 1989, p. 147 e ss.

² N. IRTI, "L'età della decodificazione" in *Revista de Direito Civil*, vol. 10, 1979, p. 15.

Assim, N. IRTI, "L'età", cit., p. 16.

³ M. GIORGIANNI, "O Direito Privado e suas Atuais Fronteiras" (1961), in *Revista dos Tribunais*, vol. 747, 1998, pp. 38-39. Sobre a distinção elaborada por Kant, v. N. BOBBIO, *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Brasília, Ed. UnB, 1995, 3ª ed., p. 83 e ss.

Um dos fenômenos mais relevantes da época atual, que pode ser visualizado especialmente no âmbito das Ciências Humanas e Sociais – mas também ocorreu nas Ciências Exatas com o advento da Relatividade e da Física Quântica – é o que se convencionou denominar de "crise generalizada da razão prática". Segundo o filósofo do direito E. DENNINGER pode-se, com efeito, encontrar os fundamentos das marcantes diferenças entre o Direito da época das Luzes e da Revolução francesa e o Direito atual justamente nisto: no fato do "fim da razão prática universal"⁵, daquela razão, fonte privilegiada do direito privado, a que se referiu Kant⁶, assinalando-se aí o início de uma nova era: uma era de incertezas, de instabilidades.

Diversas são as circunstâncias, características do progresso científico, que levaram à disseminação desta incerteza, em relação a parâmetros tradicionais e consolidados, e que vêm propondo a criação de novos valores bem como, em consequência, engendrando novas e acesas controvérsias jurídicas, a ponto de se considerar estabelecido um novo paradigma: o da chamada pós-modernidade⁷.

A primeira circunstância é a constatação da impossibilidade de dominar as seqüências da tecnologia, em suas mais amplas dimensões espaço-temporais⁸. A ciência baseia-se no princípio do possível/impossível, isto é, no princípio de que "tudo o que é possível será feito", sendo ela incapaz de limitar a si mesma⁹. As novas questões, postas pelas manipulações genéticas, pela reprodução assistida, pela energia nuclear, pelas agressões ao meio-ambiente, pelo desenvolvimento da cibernética, configuram "situações-problema" cujos limites não poderão ser decididos internamente, estabelecidos pelos próprios biólogos, físicos ou médicos, mas deverão ser resultantes de escolhas ético-político-jurídicas da sociedade. Os exemplos são da mais diversa ordem mas bastará citar os avanços tecnológicos em relação à clonagem de seres humanos para que se perceba o alcance desta problemática.

⁵ E. DENNINGER, "Racionalidad tecnologica, responsabilidad etica y derecho postmoderno", in DOXA, vol. 14, 1993, p. 367 e ss.

⁶ Segundo Kant o direito privado é um direito permanente, racional e ideal, que se baseia "exclusivamente em princípios *a priori*, por meio da razão" e que se opõe ao direito público exatamente porque suas leis são, ainda que externas, leis naturais, enquanto que as normas de direito público, ao contrário, sem uma legislação externa real, "não obriga[ria]m a nada": v., a propósito, N. BOBBIO, ob. cit., espec. p. 86.

⁷ Para o significado desta noção, v. J.-L. LYOTARD, *A Condição Pós-Moderna* (1979), Rio de Janeiro, José Olympio Editora, 1998, 5ª ed.; A. KAUFMANN, *La filosofia del derecho en la posmodernidad* (1991), Bogotá, Editorial Themis, 1998, 2ª ed.; B. DE SOUZA SANTOS, *Introdução a uma Ciência Pós-Moderna*, cit., *passim*; J.J. GOMES CANOTILHO, "O Direito Constitucional entre o Moderno e o Pós-Moderno", in *Revista Brasileira de Direito Comparado*, vol. 9, 1990, p. 76 e ss. Ver, ainda, o volume de P. FERREIRA DA CUNHA, *Pensar o Direito. II. Da Modernidade à Postmodernidade*, Coimbra, Almedina, 1991.

⁸ E. DENNINGER, *op. cit.*, p. 368.

⁹ A. COMTE-SPONVILLE, "Mortier Curado?", in *Bom Dia, Angústia!*, São Paulo, Martins Fontes, 1997, p. 61 e ss.

A segunda circunstância é o que se denominou de “explosão de ignorância”¹⁰, devida à imensa, monumental disponibilidade de informações forjadas em ambiente virtual, numa espécie de biblioteca universal¹¹. À medida que crescem os horizontes do saber, cresce, na mesma proporção, o leque das questões sem solução, do desconhecimento e, mais, se incrementa a consciência da própria ignorância, a qual gera, assim, novas incertezas¹². Com facilidade, se substituem os “resultados seguros” de uma investigação por mais uma eventualidade, uma possibilidade ou um ponto de vista¹³. Logo, não haverá mais tempo hábil para transformar a enorme massa de dados que já se encontram à disposição em conhecimento e, portanto, em informações passíveis de dominação ou de certeza.

Uma terceira circunstância, mais fluída, refere-se ao fato de que a acumulação de tão profundos conhecimentos *sobre* o mundo não aumentou a sabedoria *do* mundo, da pessoa em relação a si própria, aos demais, à natureza¹⁴. Entende-se que a hegemonia incondicional do saber científico, depois de séculos de extraordinário progresso em bases racionalistas, fez com que se marginalizassem outros saberes, tais como o saber religioso, o mítico, o literário, o poético, o político etc., cujo somatório, em épocas anteriores, havia contribuído para a construção da sabedoria prática que, embora restrita às camadas privilegiadas da sociedade, tornou possível a formulação das respostas necessárias à convivência coletiva¹⁵.

A vocação técnica do conhecimento científico, se, por um lado, garantiu a sobrevivência do ser humano – tanto em quantidade como em qualidade – em níveis nunca antes alcançados, por outro lado, na medida em que permitiu sua construção sem a colaboração de outros saberes, resultou que “aprendemos a sobreviver no mesmo processo e medida em que deixamos de

¹⁰ E. DENNINGER, *op. cit.*, p. 368. B. DE SOUZA SANTOS, *Introdução*, cit., p. 13, embora a outro título, afirma que o distanciamento e a estranheza do discurso científico se reproduzem “no próprio interior da comunidade científica, na medida em que o avanço da especialização torna impossível ao cientista, e não já apenas ao cidadão comum, compreender o que se passa à volta do habitáculo (cada vez mais estreito) em que vive em Scientiápolis”.

¹¹ Umberto ECO, *Entrevistas sobre o Fim dos Tempos*, Rio de Janeiro, Rocco, 1999, p. 190, conta que ao precisar de informações sobre Kant ativou a Internet e encontrou uma quantidade incrível de informações: “Como tenho uma boa cultura filosófica, fui capaz de eliminar os maniacos, os fanáticos, os sites que produziam somente informações do nível do curso secundário, e pouco a pouco pude selecionar, digamos, os dez sites que davam uma informação válida. Mas eu sou por assim dizer um especialista. (...) E para os outros, todos os inocentes que procuram na Web o que é preciso saber sobre I. Kant, que se passa? Estão certamente mais perdidos que o rapazinho de uma aldeola que só encontra na casa do pároco uma velha história da filosofia escrita por um jesuíta do século XVIII.”

¹² E. DENNINGER, *op. cit.*, p. 369.

¹³ J.-L. LYOTARD, *A Condição*, cit., p. 99 e ss.

¹⁴ Assim: B. DE SOUZA SANTOS, *Introdução*, cit., p. 147 e ss., na esteira de Wittgenstein.

¹⁵ *Id. ibidem*.

saber viver. Um conhecimento anônimo que reduziu a práxis à técnica”¹⁶. De outro lado, a hibridação entre ciência e tecnologia – havendo cada vez menos espaço para a divisão entre ciência, como pura produção de conhecimentos, e técnica, como aplicação destes conhecimentos – fez com que fosse alterada a relação “saber-poder”¹⁷. Abandonou-se, praticamente, a busca do conhecimento pela busca do Poder: já não se adquirem instrumentos científicos e técnicos para descobrir a verdade científica, mas para ampliar o poder de dominação¹⁸.

Aqui, a incerteza encontra seu fator causador no esfacelamento das Instituições, a primeira delas a Universidade, que deixaram de ser referências coletivas importantes. Em íntima conexão com o fim da generalização dos conteúdos da razão prática (isto é, da ética) está o enfraquecimento, por vezes a desintegração, de modelos tradicionais, relativos à formação das identidades coletivas, como o Estado Nacional (basta pensar na União Européia), as classes sociais, as crenças religiosas, os Partidos Políticos, os sindicatos. Este fenômeno acarreta, ainda, que categorias clássicas do direito constitucional, tais como “bem comum”, “interesse público”, “soberania”, “lei”, “direitos fundamentais” precisem ser repensadas¹⁹. Do mesmo modo, como se verá, igual necessidade se impõe com relação aos conceitos tradicionais do direito civil.

Por outro lado, contudo, considera-se que a incerteza tenha acarretado um grande benefício, benefício este que, em perspectiva histórica, parece ter nascido no séc. XX, o século em que, pela primeira vez na história da humanidade, o desenvolvimento tecnológico alcançou tal nível que parece possível a completa autodestruição da espécie humana e do planeta. O benefício chama-se solidariedade. Este sentimento, o senso de igual dignidade para todas as pessoas humanas, é novo, não existia no passado²⁰. Ele decorre da conscientização de “estarmos todos no mesmo barco”²¹. É, pode-se dizer, a semente criadora de uma nova consciência moral, de uma nova ética. As grandes transformações, pois, não se deram apenas em nível tecnológico mas também e, principalmente, no que respeita às concepções culturais: foi no decorrer deste século que os direitos das crianças, das mulheres, das minorias raciais foram globalmente difundidos, que o racismo, o preconceito e a intolerância passaram a ser malvistas, considerados como comportamentos socialmente “incorretos”.

¹⁶ São palavras de B. DE SOUZA SANTOS, *Introdução*, cit., p. 148.

¹⁷ E. DENNINGER, *op. cit.*, p. 372.

¹⁸ E. DENNINGER, *op. cit.*, p. 373.

¹⁹ Assim, E. DENNINGER, *op. cit.*, p. 372. Segundo J. J. GOMES CANOTILHO, “O Direito Constitucional”, cit., p. 77 e ss., “em crise estão muitos dos ‘vocábulos designantes’ – ‘Constituição’, ‘Estado’, ‘Lei’, ‘Democracia’, ‘Direitos Humanos’, ‘Soberania’, ‘Nação’ – que acompanharam, desde o início, a viagem do constitucionalismo”.

²⁰ É o que ressalta U. ECO, *Entrevista*, cit., pp. 201 e 208.

²¹ Assim U. ECO, *Entrevista*, cit., p. 208.

De fato, em sociedades ocidentais, até recentemente, do ponto de vista da consciência coletiva, as crianças podiam ser tratadas por seus pais de maneira brutal, podiam ser obrigadas a trabalhar mais de 10 horas ao dia, a escravidão era difusa, a segregação racial vigorou nos EUA até a década de 60 e na África do Sul até a década de 80, a educação era acessível somente aos mais ricos, o homossexualismo podia levar à morte ou à cadeia, as mulheres não tinham direito a voto, as mulheres casadas eram consideradas como relativamente incapazes, necessitando da autorização marital para viajar ou trabalhar. Em breve, o que hoje se conhece sob a denominação genérica de 'direitos da personalidade', ou 'direitos fundamentais da pessoa humana', era noção praticamente inexistente, e o Direito então vigente mantinha-se, nos países de *civil law*, alicerçado e centrado nas construções jurídicas concebidas pelos juristas romanos.

Foi o século XX um século de importantes transformações na esfera jurídica, sobretudo no que tange à defesa da pessoa humana. Evidentemente, as pré-condições teóricas para que estas mudanças pudessem ocorrer devem ser procuradas no passado. Como se sabe, há cerca de dois mil anos o cristianismo concebeu a idéia de que todos são iguais e, porque "filhos do mesmo Pai", deveriam considerar-se, uns aos outros, como irmãos, dotados, portanto, de igual dignidade; por outro lado, a preocupação de filósofos e teóricos com os direitos humanos existe pelo menos desde o século XVII, sendo o Manifesto Comunista documento do séc. XIX. Mas o traço distintivo do novo paradigma resulta da concreta percepção da insuficiência da teoria positivista quando da passagem do terreno das abstrações para o da práxis.

O século XX foi profundamente marcado por duas grandes guerras, pelos horrores efetivamente praticados pelo Estado constituído, especialmente durante o Nazismo²². Sua política de racismo, destruição e morte, assegurada por lei, consentiu que fossem ultrapassados limites até então intransitados²³, provocando, como reação, a necessidade de concreta efetivação dos direitos humanos, subjazendo, *ex novo*, a idéia de que o direito ou é humano ou não é

²² São palavras do Führer, transcritas por R. ROMANO, Prefácio a M. S. FELIPPE, *Razão Jurídica e Dignidade Humana*, São Paulo, Max Limonad, 1996, p. 13: "Que teríamos feito sem os juristas alemães? Desde 1923 percorri, na legalidade e lealmente, a longa via que leva ao poder. Coberto juridicamente, eleito de forma democrática. (...) Foi o incorruptível jurista germânico, o honesto, o cheio de consciência, o escrupuloso universitário e cidadão, que acabou o trabalho de me legalizar, fazendo a triagem de minhas ideias. Ele criou para mim uma lei segundo meu gosto e a ela me ative. Suas leis fundaram minhas ações no Direito."

²³ Entre tantas leituras possíveis acerca do tema, remete-se a P. LEVI, *É Isto um Homem?* (1958), Rio de Janeiro, Rocco, 1988, cujo inítrito diz: "Vocês que vivem seguros em suas cálidas casas, vocês que voltando à noite, encontram comida quente e rostos amigos, pensem bem se isto é um homem que trabalha no meio do barro, que não conhece paz, que luta por um pedaço de pão, que morre por um sim ou por não. Pensem bem se isto é uma mulher, sem cabelos e sem nome, sem mais força para lembrar, vazios os olhos, frio o ventre, como um sapo no inverno. (...)"

direito. Não por acaso se considera que o fim da modernidade coincide com o término da 2ª Guerra Mundial.

Se o Estado de Direito, iluminista e racional, se mostrou insuficiente para proteger a coletividade frente ao totalitarismo mais abjeto, tornou-se necessário abandonar a legalidade em sentido estrito, permissiva de arbitrariedades e ditaduras, em direção a terrenos um pouco mais seguros, nos quais os princípios da democracia, da liberdade e da solidariedade não possam jamais ser ignorados²⁴. Tais princípios, que consubstanciam valores, tomam o lugar das normas jurídicas quando estas se mostram arbitrarias ou injustas, modificando-as para que reflitam o valor sobre o qual se funda, na atualidade, grande parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, isto é, o da dignidade da pessoa humana.

II. Constituição e Direito Civil

Na época da codificação, o valor originário e fundamental era constituído pelo *indivíduo*, por sua capacidade individual, por sua liberdade de escolher suas próprias metas, seus objetivos, assumindo sozinho o risco do sucesso e do fracasso. Este indivíduo era, na descrição de G. RADBRUCH, o homem prudente, alerta e interessado, a quem o Estado pode (e deve) deixar em paz porque de seu "inteligente egoísmo" cabe esperar a utilização mais proveitosa²⁵. Assim é que as numerosas descobertas científicas da época exaltam o espírito e o engenho do homem individual.

Cabe ressaltar que o uso, em sentido favorável, da expressão "individualismo" bem como a elaboração de seu conteúdo foram cunhados na modernidade, coincidindo o novo significado com a generalizada aceitação, no pensamento político, da primazia do indivíduo frente à sociedade e ao Estado²⁶. Atribui-se a A. TOCQUEVILLE a paternidade do termo, "completamente

²⁴ Em sentido parcialmente diverso, cf. P. PERLINGIERI, *Perfis de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional* (1975), trad. bras. de M.C. De Cicco, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1997, p. 3, segundo o qual ao jurista resta a alternativa de respeitar as normas, "ainda que injustas ou moralmente ilícitas" ou recusar-se a ser jurista, não mais exercendo a profissão, que é a de interpretar, individualizar e aplicar as leis. Contudo, afirma o A., "mesmo esta argumentação tem limites. Basta considerar a não sujeição de alguns juristas ao Poder legislativo quando este não atendeu ao essencial e mínimo respeito a pessoa humana, na época nazista".

²⁵ G. RADBRUCH, "Der Mensch im Recht" *apud* K. HESSE, *Derecho constitucional y derecho privado*, (1988), Madrid, Civitas, 1995, p. 87.

²⁶ I. WAT, *Mitos do Individualismo Moderno*, Rio de Janeiro, Zahar Ed., 1997, p. 235.

desconhecido dos nossos antepassados, pela boa razão de que em seus dias cada indivíduo pertencia necessariamente a um grupo²⁷.

A obra da Pandetística consistiu, como se sabe, na seleção do material a ser transmitido pela tradição romanista ("separando o que está morto do que ainda está vivo"²⁸) mas foi realizada tendo em conta critérios que haviam sido estabelecidos por uma nova ordem de valores, os valores do liberalismo, baseando a construção do sistema sobre dois postulados: o da exclusividade do domínio privado sobre todos os bens e o da generalização do contrato como única fonte de relações jurídicas²⁹. Embora, pois, os valores nucleares tenham sido atualizados – passando a revelar a importância e a centralidade da vontade individual – a elaboração foi feita, estruturalmente, mediante a pré-compreensão do direito privado como um sistema de ordenação possuidor de força de atuação que ignora quaisquer referências temporais³⁰.

Na realidade, o sistema de direito privado construído pelo jus-racionalismo representou uma ruptura com a ordem anterior na medida em que seu conteúdo fôra idealizado pelos juristas e representantes da burguesia ascendente, cujos valores ficaram assim inscritos na codificação. Subjacente às formulações codicísticas estava o conteúdo moral do direito racional kantiano: a razão kantiana³¹. Metaforicamente, nos mesmos moldes da cabeça de Janos, enquanto uma das faces espelhava a ruptura – tendo o sistema se voltado para a proteção do indivíduo contra possíveis ingerências estatais – a outra face refletia a continuidade e a permanência desde o direito romano, mantidas pela força da crença em razões lógicas, conferindo, deste modo, ao sistema a cientificidade de que necessitava para se consolidar. O entendimento de que o conteúdo problemático do direito privado e grande parte de seu instrumental técnico continuavam essencialmente idênticos, e independiam tanto de mutações

²⁷ A. TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution* (1856) apud I. WATT, *Mitos*, cit. p. 238, onde se transcreve o seguinte excerto da obra de Tocqueville: "Individualismo é uma nova expressão, para a qual nasceu uma idéia nova. Nossos pais conheciam apenas o *egoísmo*. O egoísmo é um apaixonado e exagerado amor de si próprio (...). O individualismo é um sentimento calmo e maduro, que leva cada membro da comunidade a distinguir-se da massa de seus pares e se manter à parte com sua família e seus amigos".

²⁸ SAVIGNY, *Sistema*, I, 7.18; V apud M. BRETONE, "Tradizione e Unificazione Giuridica in Savigny" in G. TARELLO, *Dottrine Storiche del Diritto Privato*, vol. VI, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 198.

²⁹ M. BARCELLONA, "L'idea del sociale" nella teoria del diritto privato: il caso italiano (ma non solo)", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, II, p. 726.

³⁰ L. RAIZER, "O Futuro do Direito Privado", in *RPGE* 9 (25), Porto Alegre, 1979, p. 16.

³¹ J. HABERMAS, "L' idée d'État de droit" in *Droit et morale – Tanner Lectures* (1986), Paris, Seuil, 1997, p. 84. Segundo A.M. HESPAÑHA, *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*, Lisboa, Publicações Europa-América, 1997, p. 155, nota 226 "a influência das doutrinas ética e jurídica de Kant sobre a teoria da vontade foi muito importante e contribuiu para o seu definitivo estabelecimento na dogmática civilista. Kant realçou a autonomia da vontade e o seu papel criador de valores universais, ao mesmo tempo em que fez da vontade (ou liberdade) o eixo da personalidade moral."

históricas quanto da percepção da sempre maior complexidade da vida quotidiana, era, então, difuso³².

Foi, desta forma, possível construir um sistema, dito "científico", cujo alto grau de abstração fazia crê-lo liberto de injunções econômicas ou políticas, neutro, categorizado e ordenado logicamente, estruturado sob os fundamentos da razão generalista. As aspirações de neutralidade científica, estabilidade e unidade visaram sistematizar todo o conteúdo do direito privado num corpo único, o código civil, técnica que permitiu a sua fácil exportação (e assimilação) para o resto do mundo colonizado na tradição romano-germânica³³.

Quanto aos valores subjacentes, afirmou F. WIEACKER que "a ética da autonomia, que Kant fornecera à renovação da ciência jurídica por volta de 1800, concebeu o direito privado como um sistema de esferas de liberdade da personalidade autônoma. Nisto se baseavam a capacidade jurídica plena e igual de todos os cidadãos, o livre uso da propriedade, a liberdade contratual, a liberdade de associação. A isto corresponderam as grandes figuras do direito privado: o direito subjetivo como poder da vontade, o negócio jurídico como ativação da vontade autônoma das partes, o contrato como estrita ligação intersubjetiva entre sujeitos autônomos de direito, a propriedade como um direito ilimitado e total de domínio e de exclusão; enfim, as pessoas coletivas como sujeitos de direito segundo a imagem das pessoas físicas"³⁴.

Autonomia é o direito de governar-se conforme suas próprias leis e segundo sua própria vontade. Na elaboração de F. C. v. SAVIGNY, o idealizador deste imponente edifício jurídico, isto se deu fundamentalmente através do conceito de direito subjetivo individual, isto é, "do atribuir-se à vontade individual um domínio dentro do qual ela reina independentemente de qualquer vontade estranha"³⁵. Segundo esta concepção, os direitos subjetivos delimitavam os amplos domínios reservados à autonomia privada, garantindo assim a liberdade individual por meio das autorizações subjetivas, provenientes, exclusivamente, do próprio poder da vontade do indivíduo³⁶.

³² Metodologicamente, em oposição à construção elaborada pela dogmática tradicional, generalizou-se hoje a convicção da historicidade ou relatividade dos conceitos jurídicos. V., a propósito, S. RODOTÁ, "Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile", in *Rivista di diritto commerciale*, 1967, I, p. 85.

³³ Assim, A.M. HESPAÑHA, *Panorama*, cit., p. 168: "Com o jus-racionalismo realça-se, de facto, o carácter universal do direito. Ligada à 'natureza humana' eterna e imutável, a regulamentação jurídica não depende dos climas ou das latitudes. Os 'códigos' são, tendencialmente, universais (...)."

³⁴ F. WIEACKER, *História do Direito Privado*, trad. A. M. Botelho Hespanha, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, Lisboa, p. 717.

³⁵ J. HABERMAS, "L' idée d'État de droit", cit. p. 84.

³⁶ ID. *ibidem*.

Dai ter-se concluído que, no sistema de direito privado, em contraposição ao do direito público, o princípio da legalidade se traduz em liberdade de agir, de modo que na ausência de restrição normativa, seja de conteúdo negativo (proibição de fazer) ou positivo (obrigação de fazer), o que se tem é o **reino da liberdade**, operando a reserva legal como outorga implícita de faculdades jurídicas indeterminadas³⁷. Em consequência, somente a lei é ato idôneo para restringir a liberdade individual. O princípio da legalidade está previsto na Constituição Federal, no artigo 5º, II, que dispõe: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

O que parece, à primeira vista, ser a mais relevante distinção entre o direito público e o direito privado consubstancia-se, na verdade, em uma regra tanto para as relações entre o Estado e os particulares quanto nas relações jurídicas intersubjetivas, entre particulares. O que o princípio constitucional está a garantir não é o antigo "reino da liberdade" mas, sim o Estado Democrático de Direito, que se opõe ao Estado de Polícia, ou do Arbítrio. No Estado Democrático de Direito, o poder do Estado está limitado pelo Direito; mas não só: o poder da vontade do particular, em suas relações com outros particulares, também o está. Limita-o não apenas a eventual norma imperativa, contida nas leis ordinárias, mas, sobretudo, os princípios constitucionais de solidariedade social e dignidade humana que se espraiam por todo o ordenamento civil, infra-constitucional. Evidentemente, permanecem espaços abertos de liberdade mas esta liberdade (autonomia) é consentida e já não serve mais a definir o sistema de direito privado.

Para tanto, foi preciso alterar o próprio conceito de direito subjetivo – conceito jurídico base do direito privado lógico-racional – que logo deixou de ser entendido como senhoria da vontade, conforme havia sido idealizado por SAVIGNY, para refletir a sua verdadeira dimensão, secundária em relação ao ordenamento jurídico, isto é, a de "traduzir" os ditames do direito objetivo, em termos de poder de comando dos sujeitos individuais de direito³⁸. Aqui se deseja ressaltar que, segundo atualmente se considera, "a força do direito subjetivo que se faz valer não é a do titular do direito e sim a força do ordenamento jurídico que o sujeito pode usar em defesa de seus interesses, donde, a força jurídica para atuar o conteúdo dos interesses humanos existe somente quando o interesse é juridicamente reconhecido e protegido"³⁹. Simplificadamente, segundo conhecida definição, "o direito subjetivo é a possibilidade de exigir-se, de

³⁷ Cf. C.R. DE SIQUEIRA CASTRO, *O Devido Processo Legal e a Razabilidade das Leis*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 91 e ss.

³⁸ J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 84.

³⁹ Segundo M. GIORGIANNI, "O Direito Privado", cit., p. 43, é no próprio séc. XIX que se opera "a parábola descendente do 'direito subjetivo' que, de senhoria da vontade, se torna interesse juridicamente protegido, até se chegar a formulações nas quais é evidente a sua absorção pelo direito objetivo, ou seja, da chamada 'norma'".

maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio"⁴⁰.

No âmbito da revisão, ou releitura, dos conceitos jurídicos concebidos pela dogmática tradicional cabe acentuar o ocaso do "significado constitucional" atribuído aos códigos civis modernos, os quais não se limitaram a organizar simples escolhas técnicas do legislador mas, como já ressaltado, serviram a consolidar a filosofia liberal da classe dominante. Segundo M. GIORGIANNI, tal significado era "imaneente neles, se se fixar a idéia de que a propriedade privada e o contrato constituíam as colunas do sistema e vinham, por assim dizer, 'constitucionalizar' uma determinada concepção da vida econômica, ligada, notoriamente, à idéia liberal"⁴¹.

Como é notório, no decorrer do séc. XX, com o advento das constituições dos Estados democráticos, os princípios fundamentais dos diversos ramos do Direito, e também os princípios fundamentais do direito privado, passaram a fazer parte dos textos constitucionais nos países de tradição romano-germânica. Diversamente do que normalmente se considera, porém, parece insuficiente constatar a mera transposição dos princípios básicos do texto do código civil para o texto da Lei Maior. É preciso avaliar sistematicamente a mudança, ressaltando que se a normativa constitucional se encontra no ápice do ordenamento jurídico, os princípios nela presentes se tornaram, em consequência, as normas-diretivas, ou normas-princípio, para a reconstrução do sistema de direito privado⁴². A nada serve, pois, continuar repisando, indefinidamente, que os conceitos jurídicos fundamentais de direito privado são aqueles contidos na sistemática codicística, quais sejam, a autonomia privada e seus desdobramentos, a propriedade e o contrato. É preciso, ao contrário, buscar perceber e valorar o significado profundo, marcadamente axiológico, da 'constitucionalização' do direito civil⁴³.

Nos Estados democráticos, é na esfera política que são reconhecidos os valores comuns e estabelecidos os princípios fundamentais. O direito constitucional representa o conjunto de valores sobre os quais se constrói, na atualidade, o pacto da convivência coletiva, função que, como se viu, já foi exercida pelos códigos civis. À diferença, porém, da codificação, redigida pelos juristas à luz dos valores de uma classe dirigente, os textos constitucionais, ao

⁴⁰ M. RIALE, *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo, Saraiva, 1978, 5ª ed., p. 258.

⁴¹ M. GIORGIANNI, "O Direito Privado", cit., p. 41.

⁴² Assim, S. RODOTÁ, "Ideologie", cit., p. 86 mas esta é a perspectiva sustentada prevalentemente, na doutrina italiana, por P. PERLINGIERI, *Perfis*, cit., *passim*.

⁴³ V., sobre o conceito, v., por todos, P. PERLINGIERI, *Perfis*, cit., *passim*. Ver, tb., M. C. BODIN DE MORAES, "A Caminho de um Direito Civil Constitucional", in *Revista de Direito Civil*, vol. 65, p. 23 e ss.; G. TELPINEDO, *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999, *passim*, espec. pp. 1-22.

menos tendencialmente, são elaborados por um legislador democrático. De modo que ignorar os princípios constitucionais, ou interpretá-los à luz do código civil, como ainda hoje, sob considerações variadas, alguns têm feito, significa desconsiderar o princípio da democracia e tentar substituí-lo pelo da 'razão lógica', o do cientificismo ou permanecer subordinado à força da tradição.

A primazia da ordem jurídica consubstancia-se na primazia das decisões políticas em face da natureza das coisas, cabendo ao legislador não apenas se esforçar por refletir a realidade mas, também, conscientemente, buscar a sua transformação. O Direito é justamente isto, uma força de transformação da realidade⁴⁴. É sua a tarefa 'civilizatória', reconhecida através de uma intrínseca função promocional⁴⁵ ao lado da tradicional função repressiva, mantenedora do *status quo*.

Evidentemente, isto não significa que a tendência a ser seguida configura uma tendência autoritária ou totalitária, com o Estado representando um ser supremo, invencível, frente ao indivíduo agora enfraquecido, despido de seu mais rico atributo, a liberdade. O problema maior do Direito na atualidade tem sido exatamente o de estabelecer um compromisso aceitável entre os valores fundamentais comuns, capazes de fornecer os enquadramentos éticos nos quais as leis se inspirem, e espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e do direcionamento de sua vida particular, de sua trajetória individual⁴⁶.

III. O Novo Paradigma: A Pessoa Humana e sua Dignidade

Que mudanças, então, poderiam, resumidamente, ser apontadas entre a época das luzes e a época atual, entre o direito moderno e o direito que vem sendo chamado de pós-moderno? Em primeiro lugar, como foi ressaltado, o "mundo da segurança" do séc. XVIII deu lugar a um mundo de inseguranças e incertezas: em segundo lugar, a ética da autonomia ou da liberdade foi substituída por uma ética da responsabilidade ou da solidariedade; enfim, e como consequência das duas assertivas anteriores, a tutela da liberdade (autonomia) do indivíduo foi substituída pela noção de proteção à dignidade da pessoa humana.

⁴⁴ P. PERLINGIERI, "Normas Constitucionais nas Relações Privadas", in *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 6 e 7, 1999.

⁴⁵ N. BOBBIO, "La funzione promozionale del diritto" (1969), in *Dalla struttura alla funzione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1977, p. 13 e ss.

⁴⁶ Assim, S. AGACINSKI, *Politique des sexes*, Paris, Seuil, 1998, p. 98.

É a partir deste terceiro postulado que se pode demonstrar toda a gama de transformações ocorridas no interior da ordem civil, na aplicação da lei pelos juizes e, principalmente, na consciência moral da sociedade. Advirta-se, antes do mais, que há sempre defasagens entre a nova consciência social (teoria) e o comportamento que dela é resultante (práxis), entre os valores apregoados e a prática quotidiana, de modo que o grande esforço de efetivação dos novos valores ainda não foi completado. De fato, na medida em que as transformações têm características estruturais, o sistema de direito privado está à espera da redefinição do fundamento e da extensão dos seus principais institutos jurídicos⁴⁷, da reposição de seus conceitos estruturantes. Para a adequada e coerente reconstrução do sistema impõe-se ao civilista o desafio de restabelecer o primado da pessoa humana em cada elaboração dogmática, em cada interpretação e aplicação normativas.

A transposição das normas diretivas do sistema de direito civil do texto do Código Civil para o da Constituição acarreta relevantíssimas conseqüências jurídicas que se delinham a partir da alteração da tutela que era oferecida, pelo Código, ao "indivíduo" para a proteção, garantida pela Constituição, à dignidade da pessoa humana e por ela elevada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil. O princípio constitucional visa garantir o respeito e a proteção da dignidade humana não só no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante, e nem tampouco conduzir exclusivamente ao oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação (*rectius*, transmutação) do direito civil, de um direito que deixou de encontrar nos valores individualistas codificados o seu fundamento axiológico.

Em 1911, G. SOLARI afirmava que "o direito de ser homem contém o direito que ninguém me impeça de ser homem, mas não o direito a que alguém me ajude a conservar a minha humanidade"⁴⁸. A mudança de paradigma pode ser revelada através do antagonismo a esta melancólica locução, que exprime um tocante sentimento de solidão, incompatível com a visão atual (ou pós-moderna) do Direito. Pretende-se hoje, melhor, exige-se, que nos ajudemos, mutuamente, a conservar a nossa humanidade. E disto é consequência tanto o movimento

⁴⁷ Segundo P. PERLINGIERI, *Perfis*, cit., p. 12, "Para o civilista, apresenta-se um amplo e sugestivo programa de investigação que se proponha à atuação de objetivos qualificados: individuar um sistema de direito civil mais harmonizado aos princípios fundamentais e, em especial, às necessidades existenciais da pessoa; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos e, principalmente, daqueles civilísticos, evidenciando seus perfis funcionais, numa tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um renovado juízo de valor (*giudizio di meritevolezza*); verificar e adaptar as técnicas e as noções tradicionais, em um esforço de modernização dos instrumentos e, em especial, da teoria da interpretação."

⁴⁸ G. SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, p. 34 *apud* M. GIORGIANNI, "O Direito Privado", cit., p. 42.

feminista como o movimento pacifista, tanto o ecologismo quanto o anti-racismo, o anti-colonialismo e, em geral, o anti-voluntarismo⁴⁹. Do ponto de vista da ordem civil em sentido estrito, os resultados são também extensos e relevantes.

Assim, a título de exemplo, enquanto o Código Civil brasileiro tutela, principalmente, os bens dos menores, o Estatuto da Criança e do Adolescente – posterior à promulgação da Constituição de 1988 – protege, de modo integral, a criança e o adolescente como pessoas em desenvolvimento; enquanto para o Código a propriedade é o direito subjetivo maior, para a Constituição, a tutela deve ser dada à função social que ela cumpre; enquanto para o Código Civil todos os contratantes são iguais e os particulares têm liberdade para contratar o que quiserem com quem desejarem, o Código de Defesa do Consumidor estabelece que o consumidor é merecedor de especial proteção, elevando ainda a boa-fé (objetiva) a princípio diretivo das relações de consumo⁵⁰.

E mais: enquanto o Código Civil dá poderes ao marido para chefiar a família, considerada como um valor em si mesma, a Constituição faz com que a família só deva ser protegida como ambiente no qual a personalidade de seus membros se desenvolva harmoniosamente⁵¹; enquanto o Código tem por cláusula geral a responsabilização decorrente da culpa, significando dizer que alguém somente pode ser responsável civilmente se agiu de acordo com sua vontade, a Constituição e diversas leis especiais consagram o sistema da responsabilidade objetiva, estabelecendo o dever de indenizar independentemente de qualquer comportamento do causador do dano, valorizando a pessoa da vítima, a qual jamais deve permanecer irressarcida.

A propósito, no âmbito das relações jurídicas existenciais, são importantes conseqüências da consolidação do novo paradigma, representado pela dimensão maior do princípio da dignidade da pessoa humana, o significativo

⁴⁹ P. FERREIRA DA CUNHA, *Pensar o Direito*, II, cit., p. 46, fazendo referência a J. BALLESTEROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, enumera esses, entre outros, como vetores que caracterizariam a pós-modernidade.

⁵⁰ Para o Código Civil brasileiro, como se sabe, só releva a boa-fé subjetiva. Sobre o princípio da boa-fé objetiva v. A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, "A Boa-Fé na Formação dos Contratos", in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 3, p. 78 e ss. e "A Responsabilidade Pré-Contratual no Código de Defesa do Consumidor", in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 18, p. 23 e ss. Ainda sobre o tema, v. T. NEGREIROS, *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé*, Ed. Renovar, 1998.

⁵¹ Sobre o tema, v. o importante artigo de G. TEPEDINO, "Novas Formas de Entidades Familiares: Efeitos do Casamento e da Família Não Fundada no Casamento", in *Direito, Estado e Sociedade*, Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, vol. 5, 1995, pp. 25-39.

desenvolvimento, nos últimos tempos, dos direitos da personalidade⁵² – ausentes da regulamentação codicística – e a extensa ampliação do rol de hipóteses de dano moral, reconhecidas jurisprudencialmente, com a atribuição de indenizações cada vez mais relevantes sob a orientação de que a lesão dos direitos relacionados com a personalidade é mais grave do que a violação a interesses patrimoniais. Do mesmo modo, e diversamente do que ocorre com a indenização dos danos materiais, a liquidação dos danos morais deve atender, segundo a doutrina e a jurisprudência majoritárias, a um duplo objetivo: o de compensar a vítima e o de punir o autor do dano (o chamado caráter punitivo ou sancionatório do dano moral), característica esta última que somente se justifica se se tem em mente o valor (superior) do interesse lesionado.

Como resultado da nova ordem constituída, enquanto o Código dá prevalência e precedência às situações patrimoniais, no novo sistema de direito civil, fundado pela Constituição, a prevalência é de ser atribuída às situações jurídicas não-patrimoniais porque à pessoa humana deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento civil em particular, dar a garantia e a proteção prioritárias. Por isto, neste novo cenário, passam a ser tuteladas, com prioridade, as pessoas das crianças, dos adolescentes, dos idosos, dos consumidores, dos não-proprietários, dos contratantes em situação de inferioridade, dos membros da família, das vítimas de acidentes anônimos e de atentados a direitos da personalidade.

É neste ambiente que se torna necessário reconhecer, cada vez mais, a dimensão atribuída pelo ordenamento jurídico vigente ao princípio da dignidade da pessoa humana. É, com efeito, este o princípio ético-jurídico capaz de atribuir unidade valorativa e sistemática ao direito civil, ao contemplar espaços de liberdade no respeito à solidariedade social. Tal é, justamente, a medida de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana: a ponderação, a ser feita em cada caso, entre liberdade e solidariedade, termos que, *stricto sensu*, são considerados contrapostos. De fato, a imposição de solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmedida é incompatível com a solidariedade. Todavia, quando ponderados, seus conteúdos se tornam complementares: regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade.

Certamente esta não é a sede para se cuidar de hipóteses específicas mas, como exemplo da alteração paradigmática através da valorização da

⁵² V., por todos, G. TEPEDINO, "A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro", ora in *Temas*, cit., pp. 23-54.

dignidade da pessoa humana, cabe citar a Primeira Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina. Assinada em abril de 1997, em Oviedo, na Espanha, por 21 países membros do Conselho da Europa, a convenção tem vocação universal, sendo aberta a países de todas as regiões do mundo. Há a expressa previsão de que o texto seja revisado a cada 5 anos, em virtude da enorme velocidade com que são realizadas as inovações científicas nesta área. Brevemente, a Convenção estabelece a proibição de clonagem de seres humanos, da manipulação genética de modo a alterar o patrimônio genético da descendência, a escolha do sexo dos filhos, salvo com a finalidade de evitar doença hereditária grave relacionada a ele, veda o uso lucrativo de qualquer parte do corpo humano, proíbe a criação de embriões humanos para pesquisa, exige, por outro lado, o consentimento informado, livre e esclarecido, para qualquer intervenção médica, excetuada a intervenção de emergência, e assegura a privacidade relativamente a informações sobre a saúde da pessoa.

O princípio que parece digno de nota está presente no art. 2º, o qual dispõe: "Os interesses e o bem-estar do ser humano deverão prevalecer sobre o interesse exclusivo da sociedade ou da ciência". Em relação a diversas outras categorias de direitos vigora a regra oposta, isto é, a da prevalência dos direitos da coletividade sobre o interesse individual. Nesta área, porém, o interesse, o ponto de vista da pessoa humana, a sua liberdade é que devem prevalecer quando se trata de sua saúde, física e psíquica, ou de sua participação em qualquer experimentação científica⁵³. Esta regra quer expressar o conceito da "não-instrumentalização" do ser humano⁵⁴, significando dizer que este jamais poderá ser considerado objeto de intervenções e experiências mas será sempre sujeito de seu destino e de suas próprias escolhas. Este é, como elaborado por Kant, o conteúdo da dignidade humana.

Alguns casos específicos, emblemáticos, podem ser trazidos à colação. O primeiro deles, já muito conhecido, é o chamado caso do arremesso de anão⁵⁵, hipótese em que o princípio da dignidade da pessoa humana foi

⁵³ O art. 17 da mesma Convenção admite que se realize experiência científica em ser humano, desde que com o seu consentimento livre e esclarecido, sem que esta intervenção, porém, traga, potencialmente, benefícios diretos à sua saúde.

⁵⁴ Não se pense ser a previsão do art. 2º pouco significativa. Nos Estados Unidos, durante os anos 60 e 70, ocorreram várias experiências científicas em seres humanos, através de intervenções conduzidas por cientistas, com a convicção de sua correção ética, em pacientes terminais, anciãos, negros ou doentes mentais, com a declarada finalidade de abrir novos caminhos à terapêutica. Faz-se referência a dois casos que se tornaram notórios: a experiência desenvolvida em 1963, no Brooklin, em um hospital onde estavam internados anciãos e doentes crônicos, nos quais foram injetadas células cancerosas vivas para que se estudasse um problema específico de rejeição, e a experiência ocorrida no Estado do Alabama, iniciada nos anos 70, em que foram estudados, durante vários anos, os efeitos da sífilis em 400 homens negros, sem que a eles tivesse sido oferecida qualquer forma de terapia, embora a penicilina fosse já amplamente difundida.

⁵⁵ J.B. BARBOSA GOMES. "O Poder de Polícia e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Francesa". *ADV-COAD, Seleções Jurídicas*, 1996, n. 12, p. 17 e ss., que assim descreve a hipótese: Em 1991, uma conhecida empresa do ramo de entretenimento para jovens decidiu lançar, em

considerado violado pela própria pessoa de cuja dignidade se tratava. O conteúdo da liberdade, que serve a compor o princípio da dignidade, ponderado em relação ao da solidariedade social, veio a ter que ceder. Por outro lado, o espaço de liberdade (autonomia) começa a ser considerado prevalecente, na composição do princípio, quando se trata de costumes sexuais, com a possibilidade de reconhecer-se, juridicamente, uniões entre pessoas do mesmo sexo⁵⁶.

Ainda a título de demonstração, e decorrente da valorização concedida à esfera individual de liberdade, agora no que se refere à identidade sexual, o Conselho Federal de Medicina⁵⁷, modificando entendimento anterior, passou a aceitar a realização de cirurgia para mudança de sexo em indivíduos que apresentem a chamada síndrome transexual, caracterizada pelo desconforto no tocante ao sexo anatômico natural, pelo desejo expresso de eliminar os genitais e pela permanência do distúrbio de forma contínua e consistente. Para a operação,

algumas discotecas de cidades da região metropolitana de Paris e do interior, um inusitado certame conhecido como "arremesso de anão" (*lancer de nain*), consistente em transformar um indivíduo de pequena estatura (um anão) em projétil a ser arremessado pela platéia de um ponto a outro da casa de diversão. Movido pela natural repugnância que uma iniciativa tão repulsiva provoca, o prefeito de uma das cidades (Morsang-sur-Orge) interditou o espetáculo, fazendo valer sua condição de guardião da ordem pública na órbita municipal. (...) A decisão administrativa do Prefeito se inspirou em uma norma de cunho supranacional, o art. 3º da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Insatisfeita, a empresa interessada, em litisconsórcio ativo com o deficiente físico em causa, o Sr. Wackenheim, ajuizou ação perante o Tribunal Administrativo de *Versailles*, visando anular o ato do Prefeito. Alegou o deficiente, em seu arrazoado, que aderira voluntariamente ao programa, mediante remuneração. Logo, não havia por que dizer-se que aquela era uma atividade aviltante, pelo menos sob o ângulo da dignidade pessoal. Por outro lado, na condição de desempregado, e inferiorizado no mercado de trabalho em razão da própria deficiência física, aquela atividade era para ele nada mais do que um meio de sobrevivência como outro qualquer. Proibi-lo de exercê-la significava, portanto, de seu ponto de vista pessoal, a privação do gozo de um direito inalienável: o direito ao trabalho. (...) O Conselho de Estado, porém, em última instância, entendeu que, em si mesma, aquela atividade era atentatória à dignidade da pessoa humana, podendo a administração proibi-la, pouco importando o fato de que o anão em causa aderira voluntariamente ao programa, freqüentara cursos de treinamento para o espetáculo e tinha naquilo a sua única fonte de sustento".

⁵⁶ V., por exemplo, recente decisão do STJ, Ac. 4º T., REsp. 148897-MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 10.02.98, publ. DJ de 06.04.98, v. u., assim ementado: "Sociedade de Fato. Homossexuais. Partilha do Bem Comum. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos do art. 1363 do Código Civil (...)." Em seu voto, o Min. Relator afirma: "(...) nada justifica que se recuse aqui aplicação ao disposto na norma de direito civil que admite a existência de uma sociedade de fato sempre que presentes os elementos enunciados no art. 1363 do CC: mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum. A negativa de incidência de regra assim tão ampla e clara significaria, a meu juízo, fazer prevalecer princípio moral (respeitável) que recrimina o desvio da preferência sexual, desconhecendo a realidade de que essa união – embora criticada – existiu e produziu efeitos de natureza obrigacional e patrimonial que o direito civil comum abrange e regula". Na doutrina, v. G. CALMON, *O Companheirismo. Uma das Espécies de Família*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 494, segundo o qual: "Há precedentes jurisprudenciais em matéria de união homossexual no sentido de reconhecimento da existência de sociedade de fato e, certamente, a tendência será justamente que tal reconhecimento se estenda também para as hipóteses de concubinato e de convivência entre parentes e amigos. Há, nesta matéria, campo aberto para a perfeita aplicação da doutrina da sociedade de fato, tal como aventada na oportunidade da edição da Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal, com perfeita adequação à nova realidade, inclusive quanto à exigência de ser demonstrada a contribuição direta dos partícipes na aquisição ou incremento patrimonial".

⁵⁷ Através da Resolução CFM n. 1482, de 1997.

a ser feita somente em hospitais universitários ou públicos, é necessário apenas que o paciente, maior de 21 anos, seja acompanhado durante dois anos, por uma equipe multidisciplinar⁵⁸.

Quanto à retração do conteúdo de liberdade e, conseqüentemente, à expansão da solidariedade, sempre no âmbito de situações jurídicas existenciais, cumpre lembrar as hipóteses em que o estado atual da engenharia genética poderia gerar situações inaceitáveis, através de um processo de “reificação” (ou “coisificação”) da pessoa humana. Assim, não obstante a tecnologia reprodutiva esteja perfeitamente apta a produzir clones, a clonagem de seres humanos foi proscrita pela Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem⁵⁹ como atentatória da dignidade humana.

Não se trata, como se tentou demonstrar, de impor limites à liberdade individual, atribuindo maior relevância à solidariedade ou vice-versa. O princípio a ser alcançado é o da dignidade da pessoa humana, o que faz com que a medida de ponderação, para sua adequada tutela, ora propenda para a liberdade, ora para a solidariedade. A grande dificuldade, ainda a ser enfrentada pela doutrina, diz respeito a essa medida. Em caso de colisão, quando se deve valorar mais um ou outro? Nesta sede, e apenas a título de instigação ao tratamento do complexo tema, entende-se que sempre que houver responsabilidades perante terceiros, sempre que se estiver fora da esfera do que é de se considerar como estritamente pessoal, a balança deverá pender para a solidariedade. Ao contrário, naquilo que se refere à intimidade da vida privada, os espaços de liberdade deverão estar bem resguardados, desde que o limite da “reificação”, antes aludido, jamais venha a ser transposto. Nesta medida, considere-se, de um lado, a obrigatoriedade, sob pena de perícia forçada, de submissão do pretense pai ao exame de DNA, na investigatória de paternidade, hipótese em que a liberdade de escolha deveria ceder lugar ao interesse do suposto filho⁶⁰. De outro lado,

⁵⁸ A situação jurídica dos operados, no entanto, ainda apresenta graves dificuldades jurídicas no que se refere à ausência de legislação permissiva de mudança do sexo e do nome no registro civil das pessoas físicas. Embora já se conheçam casos de autorização judicial, trata-se ainda de decisões isoladas, que dependem essencialmente da visão pessoal do juiz. A propósito, o caso mais notório, relativo ao pedido de redesignação do sexo no assento civil, da modelo Roberta Close, foi aceito em 1ª instância mas julgado improcedente pelo TJRJ. Rel. JD Subst. Des. Luiz Carlos Guimarães, in *Revista Forense*, 328, p. 196 e ss. Sobre os diversos aspectos da síndrome transexual v., entre outros, T.R.VIEIRA, *Mudança de Sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos*, São Paulo, Ed. Santos, 1996, E. SZANIAWSKI, *Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do Estado Sexual*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, *passim* e A.P. BARIÓN PERES, *Transsexualismo. O Direito a uma Nova Identidade*, dissertação de mestrado, UERJ, 1999.

⁵⁹ Documento assinado por 180 países-membros da UNESCO, adotado em 11 de novembro de 1997.

⁶⁰ Ao contrário do que aqui se sustenta o Supremo Tribunal Federal decidiu, em novembro de 1994, por 6 votos a 4, que ninguém pode ser obrigado, sem o seu expresse consentimento, a submeter-se a exame pericial com a finalidade de estabelecimento da paternidade biológica, em ação investigatória. A decisão, no *habeas corpus* n.º 71374-4, foi provocada pela determinação, por parte da 8ª C.C do TJRS, 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,

configure-se o caso do homem crente, seguidor dos preceitos religiosos conhecidos por “Testemunhas de Jeová”, que declara sua lúcida vontade de não vir a ser submetido à transfusão de sangue, mesmo se em risco de vida, situação em que a liberdade de crença deveria ser integralmente garantida⁶¹.

O respeito à pessoa humana, única em sua individualidade mas necessariamente solidária da comunidade em que se encontra inserida, resta talvez o único princípio de coerência possível em uma democracia humanista, e que, confia-se, um dia venha a ter alcance universal. Ao fim e ao cabo, trata-se, apenas e sempre, de buscar consolidar a primazia da dignidade da pessoa humana, consagrando-lhe plena e absoluta eficácia também no contexto que a ela mais diz respeito, na ordem jurídica que regula suas relações mais importantes justamente porque são as relações que a tocam mais de perto, isto é, o direito civil. Com Paul Valéry, reafirme-se que “o que há de melhor no novo é o que responde ao desejo mais antigo”.

realizado o teste conhecido como o do DNA, se poderia estabelecer, com a probabilidade correspondente a 99,98% de certeza, a paternidade – ou a sua exclusão – de duas meninas, gêmeas impúberes. A maioria argumentou com o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II da CF, e com os direitos fundamentais de integridade física e privacidade do suposto pai. O teor dos votos vencidos, da lavra dos Min. Francisco Rezek, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e Carlos Velloso, considerou 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. Sobre o tema v. M.C. BODIN DE MORAES, “Recusa à Realização do Exame de DNA na Investigação de Paternidade e Direitos da Personalidade”, in *Revista Forense*, vol. 343, 1998, p. 159 e ss.

⁶¹ Este caso tampouco é hipotético e a decisão judicial também foi em sentido oposto ao aqui manifestado. A situação foi descrita por D.J. KIPPER e W.S. HOSSNE, “Caso Clínico”, in <http://www.crm.org.br/revista/411996.htm>, da seguinte forma: “MPF, 38 anos, casado foi admitido no Hospital [...]. No exame físico apresentava-se lúcido, orientado, taquicárdico, levemente dispnéico e ansioso. Os exames laboratoriais foram compatíveis com o diagnóstico de leucemia aguda. Logo após à admissão ao hospital, o paciente comunicou à equipe médica que era Testemunha de Jeová e, por isso, recusava-se terminantemente a receber tratamento com sangue e derivados, referindo que “preferia morrer a receber o sangue, se isso era vontade de Deus”, apresentando, inclusive, documento de identificação como pertencente à referida religião. Sua posição foi apoiada por sua esposa, também pertencente à mesma religião. Os demais familiares – mãe e irmãos – posicionaram-se contrariamente ao paciente e sua esposa quanto à realização da hemotransfusão, tentando exaustivamente convencer o mesmo a submeter-se ao tratamento indicado, sem sucesso. Algumas horas depois, o paciente passou a apresentar piora da dispnéia e otorragia, mantendo-se, porém, lúcido. Os familiares resolveram recorrer à Justiça e obtiveram despacho judicial autorizando o hospital a realizar a transfusão, sob pena de negligência. Por sua vez, o hospital também solicitou liminar, após consulta ao CRM-DF, para proceder ao tratamento indicado. Sob efeito de sedativos, o paciente foi, então, submetido à transfusão de plaquetas e sangue. Poucos dias depois, veio a falecer”.

**A CLÁUSULA DE RESCISÃO DO CONTRATO
BILATERAL EM CASO DE FALÊNCIA DIANTE DOS
TERMOS DO ART. 43 DO DECRETO-LEI 7.661/45**

*Ronaldo Eduardo Cramer Veiga**

Interessante controvérsia existe em torno da cláusula de rescisão do contrato bilateral em caso de falência¹. Não raras vezes, as partes prevêem cláusula que determina a rescisão do contrato bilateral na hipótese de falência de um dos contratantes. Essa cláusula apresenta-se muito comum em contratos bilaterais de trato sucessivo.

Entretanto, não obstante a prática, o art. 43 do Decreto-lei 7.661/45 (Lei de Falências) dispõe que os contratos bilaterais não se resolvem pela falência, salvo se for de conveniência da massa falida:

“Art. 43. Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser executados pelo síndico, se achar de conveniência da massa.

Parágrafo único. O contraente pode interpelar o síndico, para que, dentro de 5 (cinco) dias, declare se cumpre ou não o contrato. A declaração negativa ou o silêncio do síndico, findo esse prazo, dá ao contraente o direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário.”

* Professor de Direito Comercial IV e de Estágio Supervisionado III do Departamento de Direito da PUC-Rio Advogado

¹ A falência não é caso fortuito ou de força maior, mas um fato economicamente previsível e evitável.

Trata o art. 43 do Decreto-lei 7.661/45 de um dos efeitos da falência sobre os contratos do falido. Declarada a falência, o contrato bilateral não se rescinde, devendo o síndico decidir se irá cumpri-lo ou não, segundo os interesses da massa falida. No caso do síndico não se pronunciar, o contraente pode interpelá-lo², para, dentro de 5 (cinco) dias, declarar se mantém o contrato ou não. A declaração negativa ou o silêncio do síndico dão ao contraente direito à indenização, cujo valor, apurado em ação ordinária³, constituirá crédito quirografário.

Como se demonstrará neste pequeno artigo, a cláusula de rescisão do contrato bilateral em caso de falência, sem embargo das respeitáveis opiniões contrárias⁴, não pode prevalecer diante dos termos do art. 43 do Decreto-lei 7.661/45. Tal cláusula, ao nosso ver, é nula.

Três são os motivos.

O art. 43 do Decreto-lei 7.661/45 não contém regra dispositiva, que pode ser afastada pela vontade das partes⁵. O art. 43 prevê regra cogente⁶, pois a oração inicial de seu *caput* diz, expressamente, que “os contratos bilaterais não se resolvem pela falência”. O comando da norma é imperativo, e o uso do advérbio de negação revela, sem dificuldade, a cogência do art. 43. Como se sabe, a regra cogente, ao contrário da regra dispositiva, não pode ser afastada pela vontade das partes, devendo ser aplicada impreterivelmente, conforme ensina **Pontes de Miranda**:

“Direito cogente (impositivo, proibitivo) é o direito que a vontade dos interessados não pode mudar. Uma vez composto o suporte

² A interpelação, prevista pelo parágrafo único, do art. 43 do Decreto-lei 7.661/45, é feita mediante simples petição, protocolada nos autos do processo de falência.

³ Essa ação ordinária, obviamente, deverá ser proposta no juízo falimentar, e tramitará em apenso ao processo de falência.

⁴ Consideram válida a cláusula de rescisão em caso de falência **Rubens Requião**, **Spencer Vampré**, **Carvalho de Mendonça** e **J.A. Penalva Santos**.

⁵ Sobre as regras dispositivas, leia-se interessante comentário de **Miguel Reale**: “Alguns autores dizem, erroneamente, que são normas jurídicas que podem ser revogadas pela vontade das partes. Não se trata de revogação. É evidente que as partes não revogam nenhuma lei pelo fato de terem disposto de forma diversa. É da própria natureza da regra dispositiva estabelecer uma alternativa de conduta, de tal maneira que os seus destinatários possam, ou disciplinar eles mesmos a relação social, ou não o fazendo, sujeitar-se ao que a norma determina. Por outras palavras, Fulano e Sicrano tinham o direito de dispor de forma X ou Y; se não o fizerem, deverá ser aplicado o disposto na regra dispositiva que disciplina a espécie.” (*Lições Preliminares de Direito*, 19ª edição, ed. Saraiva, São Paulo, 1991, p. 134).

⁶ Alguns doutrinadores preferem usar, em vez de regra cogente, regra imperativa ou proibitiva, e, em vez de regra dispositiva, regra supletiva, permissiva ou facultativa.

fático, a regra jurídica incide, ainda que o interessado ou todos os interessados não no queiram.”⁷

Não só por meio de mera interpretação literal, como visto acima, chega-se à conclusão de que o art. 43 do Decreto-lei 7.661/45 contém regra cogente. O art. 43, assim como todas as regras falimentares, constitui norma de ordem pública e, como tal, cogente. A esse respeito, leia-se lição de **Paulo Nader**:

“A lei de ordem pública, ao contrário das que integram a ordem privada, reúne preceitos de importância fundamental ao equilíbrio da sociedade, pois disciplina os fatos de maior relevo ao bem-estar da coletividade. Por tutelar os interesses fundamentais da sociedade, prevalece independentemente da vontade das pessoas. É cogente e se sobreleva à opinião de todos, inclusive a daqueles a quem beneficia.”⁸

Além da cogência do art. 43 do Decreto-lei 7.661/45 – o que, por si só, já basta para tornar nula a cláusula em exame –, a aplicação daquele artigo se faz necessária para proteger a massa falida e garantir a eficácia do processo de falência. Lembre-se que uma massa falida deficitária poderá comprometer o pagamento dos credores e a recuperação do falido.

No Direito Falimentar, hoje em dia, é regra de hermenêutica interpretar e aplicar a lei a favor da massa falida.

Muitas vezes, para a massa falida, a rescisão do contrato será mais onerosa do que seu cumprimento. Daí porque o art. 43 do Decreto-lei 7.661/45 determina que os contratos bilaterais não se rescindem com a falência, deixando para o síndico julgar se irá cumpri-los ou não. Somente o síndico, administrador da massa falida e conhecedor de suas possibilidades, poderá julgar o que será mais vantajoso para ela.

Por fim, como último argumento, destaque-se que a continuidade do contrato, durante a falência, não acarretará nenhum prejuízo para o contraente, pois a massa falida terá que cumprir todas as obrigações pactuadas pelo falido.

⁷ *Tratado de Direito Privado*, tomo 1, Campinas, ed. Bookseller, 1999, p. 105.

⁸ *Introdução ao Estudo do Direito*, 6ª edição, Rio de Janeiro, ed. Forense, 1991, p. 160.

Entretanto, se a massa falida descumprir o contrato, aí sim, o contraente terá direito à rescisão, mas por outros motivos, que não simplesmente a quebra.

Por essas razões, entendemos que a cláusula de rescisão do contrato bilateral em caso de falência é nula, diante dos termos do art. 43 do Decreto-lei 7.661/45.

EM VISTA DE UM CONCEITO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

José Ribas Vieira e Margarida Camargo***

No âmbito da pesquisa sobre Jurisdição Constitucional¹ faz-se mister estabelecermos um marco teórico referente ao significado e alcance do tema. Pretende-se enquadrar um conceito de Jurisdição Constitucional como categoria científica, de forma a dimensionar os seus aspectos institucionais e os instrumentos jurídicos que lhe garantem efetividade. Ao construir essa categoria, visa-se um sentido universalizante que possibilite sua aplicação e comparação com outros sistemas.

A partir de ampla leitura feita sobre as principais obras nacionais dedicadas à jurisdição constitucional, devemos constatar as dificuldades de sistematizar na mesma matriz as diversas variáveis utilizadas pelos autores, tais como, as perspectivas histórica, democrática, hermenêutica, etc. Para compará-las, consideramos a questão do alcance, da finalidade e dos mecanismos apropriados à melhor garantia de uma Constituição que se pretenda democrática.

* Professor Titular de Teoria de Direito e Direito Constitucional (UFF) e Professor Associado do Departamento de Direito da PUC-Rio.

** Pesquisadora da Fundação Casa de Rui Barbosa.

¹ Este artigo e os que se seguem representam os primeiros resultados dos estudos desenvolvidos no quadro da pesquisa sobre Jurisdição Constitucional que o Departamento de Direito da PUC-Rio vem empreendendo em conjunto com a Fundação Casa de Rui Barbosa, nos termos do convênio firmado entre as duas Instituições, em 1996. A referida pesquisa está sendo realizada por dois grupos, um que focaliza, especificamente, as bases teóricas do assunto e a jurisdição constitucional no Brasil, e outro que está concentrado na jurisdição constitucional no direito comparado. Neste segundo grupo foram identificados alguns casos paradigmáticos da jurisdição constitucional estrangeira, cujas análises compõem o material que esta Revista ora divulga.

A Jurisdição Constitucional e sua trajetória histórica

A construção da categoria "jurisdição constitucional", só é possível através de uma trajetória histórica. Constatam-se duas direções históricas. Uma, lastreada no *judicial review* norte americano, que teve como elemento deflagrador o caso *Marbury v. Madison* (1803), e a outra direção, da qual surgirá o denominado modelo concentrado europeu, advém da experiência federalista da Confederação Helvética, do século XIX, e de todo o edifício institucional do Império Austro-Húngaro. Tais experiências já assinalavam a necessidade de dirimir o conflito entre as normas estatuídas pelo poder central com aquelas oriundas dos diversos cantões e províncias. Esta trajetória europeia culmina com a Constituição austríaca de 1920, que teve como um dos principais responsáveis, Hans Kelsen.

Aqui se destaca o trabalho pioneiro de Charles Eisemann², que retratou fielmente a experiência da Corte Constitucional austríaca dos anos 20. A perspectiva de Jurisdição Constitucional trazida por Eisemann, ao defini-la como "a espécie de justiça que prepondera sobre as leis constitucionais"³, pode ser completada, de forma comparativa, com a análise mais recente do jurista brasileiro José Afonso da Silva, sob o título "Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional"⁴, onde o autor ressalta a clássica distinção entre modelo americano e modelo europeu, comparando-os com a experiência brasileira.⁵

A jurisdição constitucional e a legitimidade democrática

Essa é, provavelmente, a outra variável mais importante para se delimitar a categoria de Jurisdição Constitucional. O debate abre-se, de forma mais acentuada, com a contribuição de Jürgen Habermas, cuja reflexão é

² No seu livro, *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, Charles Eisemann segue a linha de Hans Kelsen, desenvolvida por Carré de Malberg e Gaston Jéze. De acordo com o seu formalismo normativista, o autor afirma que "não há outro direito que não o direito positivo" (p.87) e que "a função do juiz, por consequência, é aplicar a lei" (p.100), como também posiciona-se a favor do controle concentrado da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, em lugar do controle difuso. Paris, Editora Economica, 1986.

³ Eisemann. *Ob. Cit.*, p.1

⁴ Esse texto foi publicado na *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 60/61, Belo Horizonte, 1985, p. 495.

⁵ Na época em que se discutia a criação de uma Corte Constitucional para o Brasil, com o advento da nova Constituição, José Afonso da Silva propôs a existência não de uma corte de legislação negativa, mas de um instrumento de garantia e proteção dos direitos humanos, que servisse também de instrumento de controle e tutela para o funcionamento democrático dos demais poderes do Estado. Segundo este autor, caberia a criação de uma corte politicamente independente, cuja competência abrangeria todos os aspectos que pudessem determinar ataques ou violação à ordem constitucional.

construída a partir da leitura da teoria constitucional alemã.⁶ O pensamento habermasiano concentra-se na comparação das análises de Böckenford, Deninger e Grimm, culminando com a questão do direito e da democracia, sob o prisma procedimentalista. Dessa forma, a Jurisdição Constitucional limitar-se-ia à garantia dos mecanismos de participação democrática e não atuaria na tutela ou substituição da própria sociedade.

A perspectiva democrática é ainda avaliada na obra de Roberto Gargarella.⁷ O autor parte da seguinte indagação: "Como é possível que um minúsculo grupo de juizes, que não sejam eleitos diretamente pela cidadania (como o são os funcionários políticos), e que não estejam sujeitos a periódicas avaliações populares [...] possa prevalecer, em última instância sobre a vontade popular? Segundo Gargarella, trata-se do denominado "caráter contramajoritário" do Poder Judiciário, que se revela principalmente nas dificuldades surgidas quando um conflito de legitimidade democrática, dentro da divisão dos poderes, impõe a autoridade do Judiciário sobre os demais poderes.

A Jurisdição Constitucional e o seu viés hermenêutico

O universo de valores da Jurisdição Constitucional deve ser compreendido através da interpretação constitucional. Para tanto, cabe o exame dos trabalhos de Paulo Bonavides⁸, Friedrich Müller⁹, Konrad Hesse¹⁰ e Peter Häberle¹¹.

O tratamento normativo-concretizante, da Teoria Estrutural do Direito, dado por Friedrich Müller à hermenêutica constitucional, parte da idéia de práxis, na medida em que o direito, para ele, é *trabalho*. O autor prende-se a uma concepção metodológico-realista, no seguinte sentido:

"A metódica jurídica refere-se aos modos efetivos de trabalho de um setor da práxis social com determinadas tarefas, determinadas

⁶ Cf. Jürgen Habermas. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996.

⁷ Roberto Gargarella. *La justicia frente al gobierno (sobre el carácter contramayoritario del poder judicial)* Barcelona: Ariel, 1996.

⁸ Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

⁹ Friedrich Müller. *Direito, Linguagem e Violência - elementos de uma teoria constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

¹⁰ Konrad Hesse. "A Interpretação Constitucional", em *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

¹¹ Peter Häberle. *Hermenêutica Constitucional*, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996.

seqüências, possibilidades específicas de modificação e de controle.”¹²

Isso significa o trabalho cotidiano e específico dos “trabalhadores jurídicos”, que são os juizes, funcionários administrativos, promotores, membros de órgãos legislativos, etc. A metódica jurídica passa a ser concebida, então, como área de análise socialmente localizada, de acordo com o esquema **função – estrutura – método de trabalho**.

Quanto à questão da compreensão do enunciado normativo, o que vale, segundo Müller, é a sua *função*, e não o *fato* retratado. Dessa forma, a situação efetiva compreendida do enunciado refere-se a um tipo de *jogo de linguagem*¹³, na medida em que a palavra é vista como momento de um modo concreto de uso. Assim, em termos de teoria da comunicação, o que impera é a *situação*, ou seja, a comunicação como descrição de uma situação social com a finalidade de orientação do comportamento futuro.

Uma outra distinção importante na teoria de Müller dá-se entre o **programa da norma** e a **área da norma**. O teor literal da norma jurídica expressa, juntamente com todos os recursos interpretativos auxiliares, o **programa da norma** que, por sua vez, indica os espaços de ação domináveis, dentro dos quais o trabalho jurídico se deve legitimar e com base nos quais ele pode ser controlado e criticado. A **área da norma** corresponderia à estrutura básica do segmento da realidade social que o programa da norma “escolheu para si” como a “sua” área de regulamentação¹⁴.

Para o jurista alemão Konrad Hesse, a interpretação constitucional encontra-se condicionada à questão do método correto, possível através do procedimento racional que se pretende controlável, admitindo-se o seu caráter criativo. Para ele, o conteúdo da norma só se completa com a sua interpretação. Por isso, apresenta-se como fundamental o problema e a pré-compreensão que leva ao seu completo entendimento. No entanto, para a pré-compreensão, que corresponde ao início desse processo, é necessária uma sólida fundamentação teórico-constitucional¹⁵.

A determinação do conteúdo e a aplicação da norma ao caso concreto correspondem a um processo único de concretização do direito e, assim, para Hesse, “não existe interpretação constitucional desvinculada dos problemas concretos.”¹⁶ Hesse admite o uso da tópica na interpretação constitucional. No entanto, é preciso dar preferência àqueles pontos de vista que ajudem às normas da Constituição a obter a máxima eficácia, admitidas as circunstâncias de cada caso¹⁷.

Segundo Hesse, esse procedimento tópico-vinculante é capaz de unir o problema, respeitadas as suas características, ao ordenamento jurídico vigente, chegando a resultados sólidos, racionalmente explicáveis e, por isso, controláveis¹⁸.

Peter Häberle já admite uma visão bem mais aberta da interpretação constitucional, da qual participam vários autores, dentre os quais, o cidadão. Defende a tese de que “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.”¹⁹

A atenção de Peter Häberle recai mais sobre a presença de um amplo universo de intérpretes, atribuído pela própria práxis. Esse jurista pondera que a Jurisdição Constitucional, tendo como fundamento a teoria constitucional, funciona como um filtro da demanda desses intérpretes-participantes.

Paulo Bonavides, no Brasil, saúda os constitucionalistas alemães que, por meio do método tópico-concretista (Viehweg, Esser e Häberle) procuram aproximar a Constituição da realidade, em contraposição ao formalismo positivista descendente de Gerber, Laband e Kelsen. Segundo Bonavides, as mudanças operadas em quase todos os institutos jurídicos do Estado Social inviabilizaram a metodologia de base jurisprudiva oriunda da lição de Savigny. O método concretista da Constituição aberta, afirma o autor, é fruto da revolução metodológica que desde a tópica se observa no campo do Direito Constitucional, e com ela, a teoria material da Constituição se converteu definitivamente na hermenêutica do Estado Social. Bonavides aponta ainda para a necessidade de novos instrumentos hermenêuticos capazes de adequar a

¹² Friedrich Müller, op. cit., p.27.

¹³ Um “jogo de linguagem” corresponde a uma situação lingüística dentro da qual se pode afirmar que aqui, e só aqui, o significado das palavras é a coisa à qual elas se referem. Via de regra, o significado de uma palavra é o seu uso na linguagem. Cf. p. 36.

¹⁴ Cf. Müller, op. cit., p.43.

¹⁵ Cabe verificar, em Böckenförd, a importância da teoria constitucional para a efetivação e o fortalecimento normativo da Constituição.

¹⁶ Hesse, op. cit., p. 42.

¹⁷ O autor defende “A Força Normativa da Constituição”, em outro trabalho que recebeu este mesmo título, publicado em *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

¹⁸ Cf. Hesse, op. cit., p. 48.

¹⁹ Häberle, ob. cit., p. 13.

Constituição com a realidade, devido ao dinamismo normativo do Estado Social, "o Estado que constrói o futuro da sociedade democrática."²⁰

A Jurisdição Constitucional na teoria constitucional brasileira

Após o exame dessas variáveis, o marco teórico conclui-se com a panorâmica sobre a Jurisdição Constitucional no Brasil. Podemos agrupar, assim, três vertentes de análise:

1. A vertente comparativa pode ser exemplificada pelo trabalho de Gilmar Ferreira Mendes, ao estabelecer parâmetros de diferenças entre o Tribunal Constitucional Alemão e a Jurisdição Constitucional no Brasil;
2. A perspectiva tecnicista sobressai-se na reflexão empreendida por Clèmerson Clève;
3. O tratamento político é dado por Oscar Vilhena Vieira, quando aponta as limitações de ordem política da Jurisdição Constitucional no Brasil, através da atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Gilmar Ferreira Mendes, na análise que faz sobre a Jurisdição Constitucional no Brasil e na Alemanha, dá destaque ao processo de controle abstrato de normas. O modelo brasileiro (misto), por exemplo, segundo ele, só pode ser pensado como um sistema que se apóia no modelo concentrado. Seu estudo é de base dogmática. Preocupa-se em analisar as recentes transformações vividas no Brasil, com relação ao controle da constitucionalidade das leis, advindas com a Constituição de 1988, bem como o atual exemplo alemão, tomando como variáveis a organização estatal (natureza, composição e competência dos órgãos destinados ao controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos), os seus autores (legitimidade ativa) e os efeitos "técnicos" da decisão (nulidade, anulabilidade, redução de texto, interpretação conforme, etc.). A base do trabalho de Gilmar não é tanto doutrinária, mas antes, concreta ou prática, na medida em que toma por base a ordem jurídica positiva e a jurisprudência dominante.

Clèmerson Clève estabelece uma visão comparativa mais ampla, porque aborda outros sistemas, com o europeu (consideradas as suas nuances) e o norte americano. para concluir sobre as características do modelo brasileiro. Na

²⁰ Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. 1996, p. 473.

evolução pomenorizada que faz sobre a experiência brasileira referente à supremacia da Constituição, dá especial destaque à ação direta interventiva, que abriu caminho para a introdução paulatina da fiscalização abstrata da constitucionalidade em nosso país. A tônica do autor, tal como o trabalho de Gilmar, é toda ela voltada para a identificação da Jurisdição Constitucional com o controle abstrato da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Para tanto, seria necessário uma Corte especializada em questões constitucionais, com decisões de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Sua visão é também de natureza dogmática, cuja base de análise é o texto jurídico e as interpretações dadas pelo Supremo Tribunal Federal, mediante rico e exaustivo levantamento de acórdãos.

A análise feita por Oscar Vilhena se diferencia das anteriores pela sua interdisciplinariedade. O autor procura definir o papel do Supremo Tribunal Federal brasileiro a partir do estudo de casos, procurando compreender o seu desempenho no processo de consolidação democrática como instituição complexa, e afetada pelas mudanças trazidas pela Constituição de 1988. Primeiro, o autor considera os pontos de tensão e de conciliação existentes entre os conceitos de democracia e de constitucionalismo, geradores dos modelos austríaco e norte-americano, possibilitando uma perspectiva comparada de experiências contemporâneas como a alemã, a italiana e a própria norte-americana. A partir daí, parte para a avaliação da atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro, consideradas as perspectivas políticas e institucionais.

Qual o conceito do marco teórico?

Tais leituras indicam, obviamente, que a categoria de Jurisdição Constitucional não pode estar restrita a uma mera visão kelseniana de controle da constitucionalidade como foi tão bem retratada por Eisemann.

Há, hoje, complicadores como estão apontados por Habermas e Gargarella, numa linha valorativa e democrática. As incursões comparativas a respeito do Brasil denotaram, também, que a Jurisdição Constitucional entre nós passa (e passará) por um processo de mudança e de ampliação. Acrescente-se, ainda, que esse conceito estudado deve incluir o componente da interpretação constitucional.

Acreditamos que tais fatores demonstram o acerto da visão de Rubio Llorente²¹ de que não podemos mais trabalhar com modelos estanques

²¹ Francisco Rubio Lorente. "Tendencias Actuales de la Jurisdicción Constitucional en Europa", em *Estudios de Jurisdicción Constitucional*, Madrid: McGraw-Hill, 1998, 155-173.

como o da "judicial review" e noutra ponta a Jurisdição Constitucional concentrada (de base européia). As leituras desenvolvidas por nós estão, dessa forma, em consonância com a linha de Rubio Llorente, no sentido de que devemos traçar um perfil de Jurisdição Constitucional dentro de um marco **teleológico**. Isto é, termos de compreender se a Jurisdição Constitucional brasileira aproxima-se ou não de um modelo **afirmativo de direitos**. Assim, o conceito de Jurisdição Constitucional estará medido nessas duas possibilidades, a saber: ou "pretende assegurar a constitucionalidade do texto legal", ou "aqueles outros que aspiram garantir também, a constitucionalidade da aplicação da lei". (Llorente, p.157)

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1946

Maria do Carmo Guedes

Analisando a amostragem de 468 acórdãos e ementas do Supremo Tribunal Federal, nas decisões referentes à inconstitucionalidade das leis e atos normativos no período histórico balizado pela Constituição de 1946 e pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu o controle concentrado, em nosso sistema, encontramos uma predominância das questões tributárias e de demandas envolvendo o funcionalismo público e a autonomia municipal.

Até o advento da Constituição de 1946, a falta de autonomia dos municípios tornava-se mais grave em virtude da extrema pobreza orçamentária em que viviam as pequenas e médias comunidades. A fragilidade econômica acrescida de corrupção e da dependência de oligarquias estaduais, num quadro inchado pelo funcionalismo público, afligiam os municípios e seus habitantes.

Após 1956, com a criação da indústria automobilística no Brasil e com as metas do governo do Presidente Kubitschek voltadas para o desenvolvimento do país, as mudanças políticas e econômicas foram acontecendo de modo acelerado nos grandes Estados, tornando as pequenas cidades em centros urbanos de grande concentração.

O aumento populacional resultou na necessidade da criação de bancos e instituições financeiras que servissem à demanda de uma economia emergente. A inauguração de novos estabelecimentos e filiais de empresas comerciais, forçaram o aparecimento de escolas, clubes e cinemas. Toda esta evolução levou a faixa territorial a se estender para o interior, dando lugar ao

aparecimento de novos distritos e municípios, quase sempre criados pelo desmembramento de terras do Estado.

Nesta ocasião, o governo deu uma atenção especial ao problema municipal, para que município e municípes pudessem sobreviver ao deslocamento das populações para os centros urbanos mais desenvolvidos, carregando com eles os encargos que alimentavam as finanças edilícias. Dessa forma, a revitalização municipal desencadeou não só um grande número de litígios quanto à autonomia municipal, como também fez crescer os impostos e tributos cobrados, muitas vezes indevidamente, desaguando num mar de ações de inconstitucionalidade no poder judiciário.

O período de 1946 a 1965 foi marcado por relativo caos na cobrança de impostos e contribuições. Inúmeras figuras tributárias eram criadas e extintas, os mecanismos de fiscalização eram ainda mais frágeis que os contemporâneos, e os gastos públicos cresceram a olhos vistos.

Na tentativa de solucionar o problema, firmou-se, em 1965, a Emenda Constitucional nº 18, que estruturou o *Sistema Tributário Nacional*, seqüenciado, em 1966, pela Lei nº 5.172, posteriormente denominado *Código Tributário Nacional*, por ato complementar.

A Constituição de 1946 não cuidou explicitamente de um fenômeno que se iniciara com o governo getulista: o da parafiscalidade. Tributos parafiscais eram figuras "anfíbias", no dizer do Ministro Balleiro, que "podiam assumir a natureza de impostos ou, ainda, de taxas, provocando uma confusão nas figuras tributárias."

Os tributos parafiscais não eram cobrados nem para o Estado, nem para a administração pública; tínhamos entidades não-estatais sendo credoras de tributos. São distinguidos entre contribuições interventivas no domínio econômico, contribuições às categorias profissionais e contribuições sociais. As duas primeiras categorias cresceram muito neste período, por força do intervencionismo e da própria participação estatal na economia, além da herança corporativista do Estado Novo. A última categoria ganhou forte impulso com a organização do Sistema da Previdência Social Brasileira.

Em consequência desse grande movimento desordenado, que agitava governo e povo, espalhando a insatisfação entre os contribuintes, aumentava a cada dia o número de processos que chegavam aos tribunais. O imposto do selo, por exemplo, era um dos muitos impostos questionados.

Instituído pelo poder estadual, consistia na taxação de 1% sobre o processamento de guias de expedição de mercadorias para outros Estados. Os comerciantes e empresários reclamavam das taxas comerciais, e os Ministros do Supremo Tribunal, do excesso de atuação do poder estadual, além de entendê-lo como fenômeno de bitributação.

Outra presença freqüente nos julgados do Supremo Tribunal era a lei que criava taxas de eletrificação, fluoração, abastecimento de água e melhoramentos de estradas. A Corte Suprema entendia essa lei como inconstitucional, e seu conteúdo e estrutura confundiam-se com o imposto federal já previsto.

Por outro lado, o questionamento da criação de novas unidades municipais e desmembramento territorial, apoiava-se tanto na falta de iniciativa da Assembléia Legislativa, que tinha competência para propor leis com este objetivo, quanto na ausência de plebiscito ou na falta de *quorum* para realização do mesmo.

Dentro deste contexto, podemos citar o caso ocorrido em São Paulo, e publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência¹, de uma mulher que questionava o regulamento para concurso público de fiscal da renda, que excluía do concurso, por instruções baixadas com fundamento em lei, a participação de pessoas do sexo feminino. Os autos do processo, em que a candidata reclamava seus direitos, foram remetidos ao Tribunal Pleno que entendeu constitucional a lei estadual nº 5017/58, regulamentando a expedição de instruções especiais para cada concurso, tais como grau de instrução, diploma, experiência de trabalho, capacidade física, limites de idade e sexo.

O art. 141, § 1º, da Constituição Federal de 1946, dizia que "todos são iguais perante a lei". Neste caso não havia porque discriminar por motivo de sexo. A alegação de que o cargo não devia ser ocupado por mulher, em função da necessidade de fiscalização nas estradas de rodagem, é uma razão puramente subjetiva, e não está contida em lei a proibição. Acresce, ainda, o acórdão, que a petição inicial informava que o cargo de fiscal de renda já era ocupado por pessoas do sexo feminino. A discriminação para novas pretendentes ao cargo, tornava-se, desse modo, mais evidente.

Outro caso semelhante é o Recurso Extraordinário nº 50.551 de São Paulo², onde a discriminação foi feita, desta vez, por exigência de idade. Na realidade, se não há lei limitando o direito de acesso ao cargo público, qualquer

¹ RE nº 47.630 - São Paulo - 26/07/1962 - STF-RTJ, vol. 26, p. 108.

² RE nº 50.551 - São Paulo - 22/10/1962 - STF-RTJ, vol. 24, p. 234.

limitação, por via de edital de concurso, é considerada inconstitucional. Segundo o art. 184. da Constituição Federal de 1946, somente a lei autorizada pela Constituição poderá limitar esse direito. Qualquer procedimento diverso da limitação legal conduz ao arbítrio, ao abuso de poder, à interferência legal e abusiva na área jurídica.

Ao mesmo tempo que a Constituinte reconheceu o direito de greve, criou o dissídio coletivo no Tribunal Regional do Trabalho (art. 122, inc.III. § 5º da CF) restringindo, de certa forma, este direito. O Decreto-Lei nº 9.070, de 15 de março de 1946, também criou restrições ao exercício de greve tanto nas atividades fundamentais, como energia elétrica, água, esgoto, transportes, etc., como nas atividades não-essenciais. Caso a greve não fosse precedida pela fase conciliatória ou pela entrada do dissídio coletivo no Tribunal Regional, era considerada ilegal e constituía falta grave, possível de rescisão contratual. Tal procedimento importava em proibir a greve ou em negar-lhe este direito. A Constituição de 1946 reconheceu o direito de greve, porém, não revogou as leis anteriores que reprimiam os abusos desse direito, não o assegurando de modo absoluto.

O inciso III do art. 101 da Constituição de 1946 também atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para a última decisão, procedimento efetuado através de recurso extraordinário, sempre que houvesse ato em única e última instância, com caráter decisório, instituído pelo poder judiciário local ou federal.

Funcionava, assim, o Supremo Tribunal, não como uma terceira instância, mas como um recurso especial junto às justiças ordinárias, exercendo o papel de guardião da Constituição e das leis federais o que até os dias de hoje vem acontecendo.

O PAPEL DO HISTORIADOR NO ESTUDO DO FUNCIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NO PERÍODO REPUBLICANO - ALGUMAS CONSIDERAÇÕES.

*Múrcio Scalercio**

O historiador profissional, ao tomar parte de um projeto de pesquisa que tem em tela o estudo de uma instituição do Poder Judiciário – no nosso caso o Supremo Tribunal Federal e a jurisdição constitucional – deve antes de mais nada munir-se de algumas cautelas decorrentes de um elenco de problemas que mencionaremos a seguir.

Em primeiro lugar, os historiadores profissionais brasileiros têm pouca tradição no desenvolvimento de pesquisas, teses ou dissertações acerca do Poder Judiciário, de suas várias instituições e de sua ampla gama de profissionais. A verdade é que as reflexões e as obras relativas ao universo do judiciário, pelo menos para o período republicano, tem sido preocupação quase que exclusiva dos próprios profissionais da área do Direito. Descrevemos então uma realidade em que membros da corporação judiciária, tendo como instrumental mais importante seus conhecimentos profissionais e sua vivência específica, produziram obras de inegável valor memorialista dedicadas a historiar as instituições – o STF por exemplo, a vida e atuação de grandes advogados ou a descrição de casos célebres. Deste modo, a história do judiciário no que se refere ao Brasil tem sido regularmente uma tarefa desempenhada pelos juristas.

Além da falta de tradição dos historiadores profissionais brasileiros em relação às pesquisas históricas sobre o mundo judiciário, destacamos ainda

* Professor Titular da UCAM de Teoria Geral do Estado e Professor de História Económica do Departamento de Economia da PUC-Rio. Doutorando em Ciência Política do IUPERJ.

um outro problema. Sabemos muito bem que as ciências jurídicas, assim como todos os demais ramos do pensamento científico moderno, tem ao longo dos séculos desenvolvido seu vocabulário específico. O discurso jurídico representa a consolidação de uma terminologia cuja preocupação principal é a de cristalizar os conceitos da filosofia e da ciência do Direito, bem como a de designar de modo claro os vários procedimentos formais necessários para as atividades judiciárias. Isso porque a linguagem comum ou ordinária, quase sempre repleta de tonalidades emotivas e contendo numerosos significados possíveis para as palavras é desprovida da precisão que o trabalho científico impõe. Certamente não é errado afirmar que boa parte do tempo passado pelos estudantes na faculdade de Direito é dedicado a dolorosa e nem sempre bem compreendida tarefa de se familiarizar com os termos e designações pertinentes ao mundo jurídico. A terminologia fornece as pernas com as quais a ciência anda. Assim, uma das tarefas do historiador que participa de um grupo de pesquisa sobre o STF por exemplo é a de se familiarizar com a terminologia própria do mundo jurídico.

Em terceiro lugar devem os historiadores procurar compreender um pouco dos procedimentos formais que governam a atuação e a própria vida das instituições jurídicas que estão estudando. Evidentemente tais formalizações estão sempre estabelecidas pela lei - no caso específico do STF, a Constituição Federal - ou/e pelos regimentos internos que ordenam o funcionamento e os ritos processuais das várias instituições.

Munidos de tais cautelas nossa participação na pesquisa sobre a história do Supremo Tribunal Federal e a jurisdição constitucional tem sido a de realizar quando possível uma ligação entre a ação do Supremo e a sua devida contextualização do momento histórico brasileiro. Neste trabalho apresentaremos algumas questões relativas ao levantamento dos acórdãos estabelecidos pelo STF para um dos períodos pesquisados: 1945 a 1963. A pesquisa está sendo realizada por pesquisadores da Casa de Rui Barbosa - setor de Direito, por professores e alunos do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica e conta com o apoio da FAPERJ.

Ao examinarmos o material coletado na pesquisa, deparamo-nos com grande quantidade de acórdãos do STF ligados à questão tributária. O STF ocupava portanto boa parte de seu tempo na tarefa de decidir acerca da constitucionalidade ou não de tributos de natureza federal, estadual e municipal. As questões tributárias envolviam uma variedade grande de demandas. Verificou-se por exemplo, no universo da matéria tributária, o caso do prefeito de um obscuro município que desejava tributar a produção de coqueiros da praia. O

ministros do STF deviam se pronunciar acerca do caso: podia o prefeito, em nome da autonomia municipal requerer tributo sobre a colheita de cocos? Ou era necessário que o costume fosse respeitado: os cocos sempre estiveram lá na praia para serem colhidos por quem quisesse? Ou será que o direito de taxar a produção de coqueiros é de competência federal, já que a orla marítima pertence ao patrimônio da União?

Contudo, por mais prosaico que o exemplo dado seja - e nos deparamos com 3 acórdãos sobre a questão dos coqueiros - é possível, tendo em vista a situação política brasileira do período, encontrar algo mais do que a questão tributária propriamente dita governando as ações do STF. Lembremos sempre que tratava-se de um período de reestruturação do Estado brasileiro, levando em consideração o Estado no seu entendimento mais amplo, com todos os seus componentes - governo federal, os Poderes, governos estaduais e municipais. Desde já o elemento que está na essência do problema da atuação do STF e das matérias a serem examinadas por aquela instituição no período consiste, a nosso ver, na transição da Carta Constitucional de 1937 para a vigência da nova Constituição de 1946.

Recordemos nossos conhecimentos básicos: a Carta de 1937 expandira e alargara sobremaneira os poderes e a competência do governo federal. O Estado Novo eliminara o Congresso Nacional, as Assembléias Legislativas estaduais e as Câmaras de Vereadores. Governadores de estado e prefeitos tomaram-se interventores nomeados pelo governo da República. Toda matéria tributária, em qualquer instância, passou à competência do poder federal e de seus órgãos e além de tudo eram os responsáveis exclusivos da distribuição das verbas públicas. A Constituição de 1946 por sua vez, ao procurar superar o modelo autoritário, ocupou-se da tarefa de desenhar novamente os sistemas de equilíbrio entre os poderes e reconstituir as autonomias de estados e municípios. A nova Carta impôs a redistribuição das competências políticas bem como dos tributos.

É nesse ponto específico que se sobressai o trabalho do STF. Por trás dos coqueiros está sem dúvida o problema tributário, mas não só ele. Sabemos perfeitamente que esta matéria embala a maior parte das preocupações das lideranças do Estado - em todos os seus patamares. Afinal, governar sem dinheiro é não governar. A retomada das autonomias estaduais e municipais significou uma recuperação do poder de tributação destas instâncias que podia ser resolvido, seja pela transferência de parcelas da competência tributária federal para estados e municípios, seja pela autorização para a criação de novos impostos por parte destes.

Entretanto, ao lado da questão tributária, ao examinarmos os exíguos texto dos acórdãos, se sobressai em nosso entendimento um outro propósito na atuação do STF. Por meio das decisões acerca dos tributos o Supremo utiliza seus poderes no sentido de cristalizar os espaços políticos, definir as competências entre as instâncias de poder federal, estadual e municipal, sempre interpretando o novo texto constitucional. Ao definir a justeza ou não de um novo imposto municipal, o supremo está estabelecendo os princípios da autonomia municipal. Ao decidir como inconstitucional um determinado tributo cobrado por um governo estadual, afirmando ser o ato de competência da União, o Supremo reforça a tese da supremacia da mesma.

Vejamos os números para municiar nossos argumentos: os acórdãos que em matéria tributária tratam dos limites de competência entre a União e os governos estaduais são 5. Os acórdãos que se referem à possibilidade dos governos estaduais cobrarem determinados tributos são 6. Sobre a competência tributária dos municípios, 10.

As vezes, o STF se pronunciava sobre temas que, aparentemente estavam consagrados no edifício do Direito Ocidental, pelo menos há 300 anos - se contarmos a partir das revoluções inglesas de 1642-48 e 1688. É o caso do Acórdão - na verdade 3 - que afirma ser indevida a cobrança de alíquota majorada ou criação de novo tributo no exercício fiscal em curso, se a lei que a estabelece é posterior à previsão orçamentária. Tal preocupação insere-se no princípio consagrado pela tradição anglo-saxã, tornada universal pelo movimento iluminista e pela Revolução Francesa de "nenhuma taxação sem representação". Em outras palavras, segundo a norma democrática, o orçamento deve ser votado pelos representantes dos contribuintes. Portanto, taxas novas ou majoradas cobradas após o exame do orçamento são inconstitucionais e antidemocráticas.

Outro exemplo seria o STF defendendo as autonomias municipais. O acórdão que considera inconstitucional diversos dispositivos da Constituição Estadual da Bahia, entre os quais a regra que afirmava que os municípios baianos não poderiam, sem prévia autorização da Assembléia Legislativa do estado, majorar impostos em mais de 20%.

Ao rejeitar como inconstitucional tal pretensão dos nobres deputados estaduais baianos, o STF reforçava a autonomia municipal. Do mesmo

modo que, ao decidir se um determinado tributo era de competência federal e não estadual ou municipal, o Supremo legitimava a supremacia da União.

Preliminarmente, a partir do material observado, podemos sugerir o seguinte:

A matéria tributária envolve também a questão das competências entre as várias instâncias de poder e o alcance de suas autonomias, isto é, elementos de natureza política.

O papel do STF, tendo como suporte a Constituição de 1946, se apresentou como um instrumento a serviço da contraposição aos hábitos da tradição autoritária anterior, determinada pela Carta de 1937.

O STF, nessas ocasiões, desempenhou um papel quase que pedagógico, principalmente quando seus acórdãos decidem sobre temas que, num país de passado democrático seriam óbvios, mas esse não é o nosso caso.

Ao delimitar os espaços entre as várias instâncias de poder, buscando implementar os ditames da Constituição de 1946, o STF passou a desempenhar uma importante tarefa de natureza fundamentalmente política: a de assegurar o cumprimento dos dispositivos legais que serviam de contraponto ao autoritarismo.

**ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE
DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PELO STF NO
PERÍODO DE 1891 A 1934**

*Fábio Carvalho Leite**

Com o advento da República, em 15 de novembro de 1889, iniciou-se o processo de elaboração da nova Constituição brasileira, a partir da convocação, através do Decreto n.º 29 de 3.12.1889, de uma comissão que deveria apresentar um projeto para a nova Carta Constitucional do País. Publicado pelo Decreto n.º 510, de 22.06.1890, o projeto apresentado pela comissão arquitetou a estrutura do Poder Judiciário (arts. 54 e segs.), atribuindo ao órgão de cúpula deste Poder o nome de *Supremo Tribunal Federal*, que foi, finalmente, criado pelo Decreto n.º 848, de 11.10.1890 (que instituiu a Justiça Federal), sepultando de vez o antigo Supremo Tribunal de Justiça, previsto pela Constituição do Império.

Promulgada em 24 de fevereiro de 1891, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, na esteira da influência da Constituição norte-americana, abrigou em seu texto a doutrina da *Judicial Review*, ou seja, o controle da constitucionalidade de leis e atos normativos pelo Poder Judiciário, estabelecendo em seu art. 59, §1.º, b, *in verbis*:

"Art. 59 , §1º - Das sentenças das justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas."

Todavia, a alusão expressa ao poder conferido ao STF para declarar

*Membro do grupo de pesquisa sobre Jurisdição Constitucional.

a inconstitucionalidade de leis federais ou estaduais somente surgiu com a promulgação da Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, que ampliou a competência daquela Corte.

Inaugurando um novo período na história constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal revelou-se, inicialmente, inepto ao exercício de seu papel no novo regime, construindo, ao menos no que tange ao exercício do controle de constitucionalidade de leis, uma jurisprudência imprecisa e vacilante, quando não reveladoramente contraditória. Vale lembrar que o eminente CASTRO NUNES já afirmara que o novo regime “representava para muitos dos juizes que o compunham (Supremo Tribunal Federal) e que traziam do Império uma bagagem intelectual copiosa e até brilhante, mas inadequada à compreensão das novas instituições, um sistema pouco conhecido e que teria de receber na órbita judiciária uma aplicação perturbada pelos preconceitos da educação jurídica nas fontes romanas, reinícolas, nas tradições do antigo regime e nos expositores do Direito Público francês”¹.

Com efeito, ao exercer o controle de constitucionalidade das leis, o STF cerceava sua própria atuação, pautado numa concepção inegavelmente rígida do princípio da separação dos poderes, o que foi responsável pela atuação tímida daquela Corte no exercício de tão inspiradora atribuição durante os primeiros anos de vigência da Constituição². Endossando esta concepção do aludido princípio, o jurista CARLOS MAXIMILIANO, um dos principais comentaristas da Constituição de 1891, defendia que, inobstante todos os Poderes devessem obediência à Constituição, as cautelas a serem tomadas pelo Poder Legislativo ao promulgar uma lei, no tocante à observância da constitucionalidade da mesma, bem como aquelas que caberiam ao Poder Judiciário, ao declarar uma norma inconstitucional, deveriam ser distintas. Desse modo, cumpriria ao legislador, no momento em que elaborasse uma lei, verificar se a mesma não iria ferir o disposto no texto constitucional, sob o risco de promulgar uma lei cujo teor elidisse frontalmente com a Lei Fundamental do país, ao passo que ao magistrado caberia indagar se, anulando determinada lei, em salvaguarda da Constituição, não estaria transcendendo suas funções e usurpando as funções legislativas³. É de se notar que este receio de usurpação de poderes, fundado no dogma erguido e consolidado, sobretudo no final do século XVIII, que preconizava a separação rígida e quase mitológica entre os mesmos, obstaculizava a jurisprudência do STF no exercício do controle de constitucionalidade das leis, que ainda ensaiava seus primeiros passos.

¹ Nunes. Castro. *Do Poder Judiciário*, Forense, Rio de Janeiro, 1943, pág. 168.

² Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A Teoria das Constituições Rígidas*, 2.ª ed., São Paulo, José Buschatsky Editor, 1980, pág. 157.

³ Maximiliano, Carlos. *Comentários à Constituição*, 1918, pág. 117.

Deve-se ressaltar, ainda, que o STF, corroborando sua melindrosa atuação face aos desafios relativos à declaração de inconstitucionalidade das leis, recusava a impugnação das leis quando a arguição acerca de sua constitucionalidade era feita sob parâmetros ainda não muito bem definidos, nem pela jurisprudência, nem pela doutrina, como era o caso da *inconstitucionalidade formal* das leis, conforme ficou assentado na decisão proferida pelo STF no Habeas Corpus n.º 8.518, de 29.05.22:

*“Não é líquida a questão de se saber se o Poder Judiciário pode decretar a inconstitucionalidade da Lei, por vício verificado em sua elaboração (...)”*⁴

Ante a ausência de medida judicial que tivesse por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei, o STF poderia reconhecê-la incidentalmente (tratando-se, portanto, de questão prejudicial) em qualquer processo de sua competência originária ou recursal (v.g., *recurso extraordinário*, *conflito de jurisdição*, *recurso eleitoral*, *agravo de petição*, *carta testemunhável*, *habeas corpus* ou *apelação cível*, sendo estes dois últimos os mais comuns).

Nesse sentido, impende assinalar que, até certo momento, a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de uma lei por meio de *habeas corpus*⁵ foi alvo de inúmeros debates ao longo da Primeira República, tendo a jurisprudência do STF oscilado por diversas vezes, ora decidindo pela viabilidade, ora pela inviabilidade da arguição de inconstitucionalidade por esta via. No julgamento do *Habeas Corpus* n.º 5.428, embora o STF tenha decidido que a via eleita não era meio idôneo para se declarar a inconstitucionalidade de lei, vale destacar os argumentos preconizados pela ementa dos votos vencidos, que defendia:

“É exatamente nos processos de habeas corpus que, com mais forte razão, se deve admitir resolver a questão de inconstitucionalidade das Leis; porquanto, o que neles se trata de garantir é a liberdade individual.

Quando se invoca perante um juiz, ou um tribunal coletivo, uma lei contrária à Constituição Federal, o Juiz ou Tribunal deixará de aplicá-la, desde que a inconstitucionalidade seja patente, superior à qualquer dúvida razoável.

⁴ *Revista do Supremo Tribunal Federal*, vol. 51, pág. 28 - Habeas Corpus n.º 8.518 - 29.05.22.

⁵ *Revista do Supremo Tribunal Federal*, vol. 25, pág. 251 - Habeas Corpus n.º 5.342 - 01.10.19. “O habeas corpus não é meio de revogar leis, mesmo leis inconstitucionais.”

Excluir o processo do habeas corpus dos que oferecem aos juizes a condição para declarar a inconstitucionalidade das leis, é o mais arbitrário dos atos com que se pode infringir a mais comensal das regras do direito público que adotamos.”⁶

As matérias que eram julgadas pelo STF no exercício do controle de constitucionalidade das leis envolviam, sobretudo, questões referentes a tributos⁷, autonomia municipal⁸, garantias da magistratura⁹ e estado de sítio¹⁰, não cabendo aqui, neste pequeno ensaio, aprofundar a abordagem sobre estes temas, bem como analisar as razões que justificavam a arguição de inconstitucionalidade a partir das questões apontadas e o sentido dos julgados do Supremo Tribunal Federal sobre tais matérias. Entretanto, sobreleva ressaltar que a maioria das arguições de inconstitucionalidade perante o STF envolviam questões tributárias, e que as decisões que declaravam a inconstitucionalidade dos tributos geravam efeitos somente entre as partes litigantes, não se estendendo aos demais contribuintes, como sói acontecer nos países que adotam o modelo difuso de controle de constitucionalidade. É necessário frisar este fato, eis que foi objeto de polvorosa discussão nos debates que se seguiram à elaboração da Constituição de 1934.

Com efeito, após a Revolução de 1930, liderada por GETÚLIO VARGAS, explodiu no estado de São Paulo uma verdadeira guerra civil, conhecida como a Guerra Civil Constitucionalista de 1932, e que exigia do governo revolucionário o cumprimento das promessas outrora feitas no sentido de serem convocadas eleições para compor uma Assembléia Nacional Constituinte e eleger um novo Presidente da República. Muito embora São Paulo tenha perdido a guerra, o país ganhou uma Constituinte, e o então chefe de governo, GETÚLIO VARGAS, através do Decreto n.º 21.402, de 14 de maio de 1932, atribuiu à uma comissão, que ficou conhecida como a *Subcomissão do Itamaraty*, a incumbência de elaborar um anteprojeto de uma nova Constituição para o país, seguindo, já em seu nascedouro, os passos das Constituições anteriores¹¹. Esta comissão, *composta de tantos membros quantos fosse*

⁶ RSTF, vol. 23, pág. 124 - Habeas corpus n.º 5428 - 1/11/1919

⁷ Supremo Tribunal Federal - Jurisprudência, pág. 140, 1905 - RE n.º 196, 09/01/1901, e pág. 158, 1905 - RE n.º 204, 31/06/1901; José Tavares Bastos, *Repertório das Decisões do STF*, vol. II, pág. 18. - RE n.º 374, 30/08/1909; Diário de Justiça 10/05/31 (Agravo de Instrumento n.º 5.091) pág. 2515; Diário de Justiça 05/11/31 (Agravo de Petição n.º 5.269), pág. 7329.

⁸ RSTF, vol. 24, pág. 260 - Habeas corpus n.º 5451 - 14/11/1919; RSTF, vol. 25, pág. 137 - Habeas corpus n.º 5539 - 10/1/1920.

⁹ RSTF, vol. 15, pág. 518 - Apelação Cível - 26/12/1917; RSTF, vol. 73, pág. 10 - Habeas corpus n.º 19325 - 30/01/1924, Diário de Justiça, 08/12/31 (Apelação Cível n.º 4.429), pág. 8.429.

¹⁰ RSTF, vol. 2, pág. 294 - habeas-corpus n.º 3539; RSTF, vol. 17, pág. 339 - habeas-corpus n.º 4452; RSTF, vol. 55, pág. 26 - habeas-corpus n.º 8806; RSTF, vol. 10, pág. 301 - habeas-corpus n.º 3645.

¹¹ Vale lembrar que a Constituição Imperial de 1824 foi elaborada por um Conselho de Estado criado pelo Imperador D. Pedro I em 13.11.1823 e composta por seis Ministros. Nesse mesmo sentido, a Constituição Republicana de 1891 foi elaborada a partir de uma Comissão convocada pelo chefe do Governo Provisório, Marechal Deodoro da Fonseca, em 3.12.1889.

*necessários à elaboração do referido anteprojeto e por forma a serem nelas representadas as correntes organizadas de opinião e de classe, a juízo do chefe do governo, como rezava o art. 2.º do precitado decreto que a convocou, reuniu, com efeito, ilustres figuras do folclore jurídico-político brasileiro, tais como JOÃO MANGABEIRA, AFRÂNIO DE MELO FRANCO, OSWALDO ARANHA, THEMÍSTOCLES CAVALCANTI e CARLOS MAXIMILIANO. Eleito, na 1.ª sessão da subcomissão constitucional, em 11.11.32, relator da subcomissão, o jurista CARLOS MAXIMILIANO apresentou um primeiro esboço do anteprojeto, que deveria orientar os trabalhos constituintes. Impende destacar que este primeiro trabalho apresentado pelo eminente relator, no que concerne à organização judiciária, suprimia a recém-criada Justiça Federal e alterava o nome do órgão de cúpula do Poder Judiciário, que passaria a ser chamada de *Corte Suprema*¹², em inegável alusão à matriz norte-americana.*

No que concerne ao controle de constitucionalidade das leis pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, objeto do presente ensaio, as discussões que se seguiram ao longo das sessões da subcomissão constitucional versavam sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo STF. O jurista JOÃO MANGABEIRA, a este respeito, apresentou a seguinte proposta, em textual:

“Art. - Uma lei da Assembléia Nacional só poderá ser declarada inconstitucional quando votarem neste sentido, pelo menos, dez ministros do Supremo Tribunal. Verificado este caso, o Presidente do Supremo Tribunal remeterá, dentro de 48 horas, uma cópia da decisão ao Presidente da República. Se este concordar com o julgamento, expedirá, dentro de 48 horas, um decreto declarando a lei revogada. Se nisso não aquiescer, comunicará sua opinião, com a cópia da sentença, à Assembléia Nacional ou à Comissão Permanente, em sua ausência. E, se uma ou outra, por dois terços de votos, discordarem da sentença, o dissídio entre o Supremo Tribunal e os outros poderes do Estado será resolvido por um plebiscito. Se a Assembléia ou a Comissão se conformarem com a sentença ou não a recusarem por dois terços, a lei ficará, ipso facto, revogada.”¹³

¹² Ao manifestar-se sobre o nome a ser dado ao órgão central da organização judiciária nacional, assim afirmou o relator CARLOS MAXIMILIANO: “Continuo a propor a denominação elegante e concisa - Corte Suprema, em vez de - *Supremo Tribunal Federal*. No caso de não acharem melhor a palavra “corte”, sugiro a emenda conciliadora - *Tribunal Supremo*. Não se trata, apenas, de palavras soarem desagradavelmente - *tribunal federal*; mas também, e sobretudo, da essência; pelo sistema do projeto haverá, de princípio, um só tribunal federal; nada mais pretensioso e pedantesco do que chamar - *Supremo* ao que é único...O pretório não será supremo em relação aos federais, apenas porê, quanto a “todos os outros”, inclusive os dos Estados e o outro “supremo” - o “militar”; pois reformará as decisões deste e daqueles. Por isso, o direito seria dizer - “supremo, *tout court*, isto é, “corte suprema”, ou, para condescender com os que se comprazem em encher a boca mediante a seqüência de vocábulos em *al - Tribunal Supremo*.”

¹³ 21.ª Sessão da Subcomissão Constitucional, realizada em 19.01.1932 - *Elaborando a Constituição Nacional* - Atas da Subcomissão elaboradora do Anteprojeto 1932/1933 - Secretaria de Documentação e Informação do Senado Federal, Brasília, 1993, pág. 402.

O saudoso THEMÍSTOCLES CAVALCANTI avançou ainda mais, tendo apresentado proposta de emenda criando a competência do STF para declarar em tese a inconstitucionalidade das leis por meio de ação declaratória. "em virtude de provocação das câmaras legislativas ou qualquer interessado"¹⁴.

É de se asseverar que ambas as propostas apresentadas polemizaram sobremaneira os trabalhos da subcomissão, encontrando forte resistência diante do receio de se estar *subvertendo a organização dos poderes perante o país*, como defendeu o então presidente da subcomissão e Ministro da Justiça, ANTUNES MACIEL, ou, ainda, de se estar *criando um ditadura do Poder Judiciário*, como afirmou OSWALDO ARANHA¹⁵.

O texto finalmente aprovado pela subcomissão, oriundo de uma proposta apresentada pelo constituinte ANTÔNIO CARLOS, conciliava, numa medida salomônica, os anseios daqueles que defendiam a extensão da declaração de inconstitucionalidade de lei aos demais interessados com os receios apresentados por aqueles que temiam um "governo dos juizes"¹⁶, dispoendo em seu art. 57, §3.º, *in verbis*:

"§3.º - Julgados inconstitucionais qualquer lei ou ato do Poder Executivo, caberá a todas as pessoas, que se acharem nas mesmas condições do litigante vitorioso, o remédio judiciário instituído para garantia de todo direito certo e incontestável."

Todavia, a possibilidade de se estender a declaração de inconstitucionalidade de lei, em decisão proferida pelo STF, a outras pessoas interessadas, pela via judicial, não encontrou guarida no seio da Assembléia Nacional Constituinte, tendo sido aprovada na redação final do texto constitucional, apenas a exigência de *maioria absoluta de votos dos juizes para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público* (art. 179), bem como a competência do Senado Federal para *suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato, deliberação ou regulamento*, que tenham sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário¹⁷ (art. 91, IV).

¹⁴ 26.ª Sessão da Subcomissão Constitucional, realizada em 02.02.1932 – op. cit., pág. 532.

¹⁵ Idem. Pgs. 537 e 538.

¹⁶ Clève, Clémerson Merlin, *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, pág. 97.

¹⁷ Meilo, Oswaldo Aranha Bandeira de, op. cit., pág. 169. Embora o dispositivo constitucional não trate expressamente de decisão de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte, entendeu-se, em consonância ao disposto pelos arts. 91, IV, e 96 da Constituição Federal, que a competência do Senado

Em suma, inobstante a Constituição Federal de 1891 tenha se inspirado no modelo da *Judicial Review*, desenvolvido pela Suprema Corte norte-americana, ao estabelecer em seu texto a competência para o STF exercer o controle de constitucionalidade das leis, a jurisprudência da Excelsa Corte demonstrou certa timidez e pouca habilidade para explorar as possibilidades e as potencialidades oferecidas por este novo sistema, distanciando-se sobremaneira da inspiradora jurisprudência da Suprema Corte dos EUA. A discussão acerca da possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de uma lei por meio de *habeas corpus*, v.g., o que se estendeu por toda a República Velha, caricaturou a jurisprudência do STF como cambaleante e contraditória, concluindo o ciclo de vigência da Constituição de 1891 sem uma definição pacífica e uniforme sobre o tema. Ademais, o apego do STF, no exercício do controle de constitucionalidade das leis, a uma concepção inequivocamente rígida do princípio da separação dos poderes, que a nova ordem constitucional não mais comportava, apenas colaborou para a atuação anestesiante e contraproducente do Pretório Excelso ao inaugurar este novo modelo na história constitucional brasileira.

para suspender execução de lei declarada inconstitucional apenas incidia sobre as decisões daquela Corte, e não de qualquer tribunal.

O CASO USA V. AMISTAD (1841) E OS VALORES DA FUNDAÇÃO EM HANNAH ARENDT

Ana Lucia de Lyra Tavares *

Explicação preliminar

A riqueza das lições do Caso Amistad¹ e a sua permanente atualidade geraram copiosa bibliografia, que pode ser facilmente visualizada pelos navegadores da Internet, na qual se encontra um *site*² a ele dedicado³. É, com efeito, surpreendente a natureza diversificada das análises que o referido Caso suscitou e, ainda suscita. No mencionado *site*, tem-se não apenas a indicação para consulta dos documentos históricos básicos a ele relativos, mas também a pluralidade de enfoques que o seu estudo comporta.

No quadro deste verdadeiro manancial para as pesquisas sociojurídicas, culturais, históricas, religiosas, etc, em que se constitui o Caso Amistad, optamos por destacar o aspecto, que ele bem traduz, relativo à arraigada consciência dos valores constitucionais, que pode ser identificada no sistema norte-americano, e isso ainda hoje, não obstante os impactos oriundos de uma imigração maciça e dos contextos bélicos internacionais em que estiveram e estão presentes os EUA.

* Professora do Departamento de Direito da PUC-Rio. Coordenadora, no quadro da pesquisa sobre *Jurisdição Constitucional*, desenvolvida por esse Departamento com a Fundação Casa de Rui Barbosa, do Subgrupo de Trabalho *Jurisdição Constitucional Comparada*.

¹ Gostaria de deixar registrado aqui o meu agradecimento ao Pe. Paulo Celso Dias do Nascimento, mestrando em Direito Canônico e, atualmente, cursando Psicologia na PUC-Rio, pelo seu comentário entusiástico sobre o magnífico filme *Amistad*, dirigido por Steven Spielberg, o que me levou a assisti-lo e, como decorrência, motivou-me a aprofundar o estudo desse caso.

² Para os que ainda não estão familiarizados com a Internet, cabe lembrar que o termo *site* indica a existência, nessa rede mundial de informações, de um lugar específico de consulta sobre um determinado assunto.

³ V. entre outros, <http://amistad.mysticseaport.org/timeline/court/timeline.html>

A projeção, ao longo dos séculos, desses valores que nortearam os Pais Fundadores, foi, magistralmente, examinada por Hannah Arendt, em várias de suas obras, mas notadamente em **Entre o Passado e o Futuro**⁴, na qual associa, também sob este prisma, Roma e os EUA. Consideramos que o Caso Amistad ilustra bem esse ângulo dos estudos daquela que preferia ser considerada especialista em teoria política a filósofa política⁵.

Nosso texto se desdobra em quatro itens: um breve relato do Caso Amistad, a defesa de John Adams calcada nos valores da fundação, a posição de Hannah Arendt sobre a importância da tradição cívica republicana em Roma e nos EUA, e reflexões sobre o papel da Suprema Corte americana como guardiã dos valores constitucionais.

1. O Caso Amistad

1.1 A ocorrência

Em 1839, o navio espanhol Amistad foi apresado, em águas americanas, pelo brigue Washington, comandado por Thomas R. Gedney e Richard Meade. A bordo, encontraram eles dois espanhóis, Pedro Montez e Jose Ruiz que lhes narraram o seguinte: o Amistad estava em rota de Havana para Príncipe, transportando 54 escravos, quando estes se amotinaram e mataram o comandante e um membro da tripulação, tendo fugido dois outros. Os citados espanhóis tinham sido poupados para fins de ajuda na navegação, devendo o Amistad tomar a direção da África. Entretanto, os dois espanhóis haviam conseguido desviar o curso do navio, chegando aos Estados Unidos, onde se dera a abordagem pelos oficiais e tripulação do Washington.

Em janeiro de 1840, os citados oficiais americanos pleitearam, junto à Corte Distrital de Connecticut, uma quantia de cerca de US\$ 250 pelo apresamento do navio, bem como os 54 escravos. Em agosto do mesmo ano, no mesmo juízo distrital, Jose Ruiz e Pedro Montez, de Cuba, reivindicaram a propriedade dos escravos, bem como a das mercadorias do navio, acentuando que se não fosse pela iniciativa deles, o Amistad não teria chegado aos Estados Unidos.

1.2 As bases legais

⁴ Hannah Arendt, *Entre o Passado e o Futuro*. Editora Perspectiva, São Paulo, 1992.
⁵ V. Anne Amiel, *Hannah Arendt, Politique et événement*, PUF, 1996, p.5.

Em 1795, os EUA haviam firmado com a Espanha um Tratado, cujo artigo 9º assim dispunha: *todos os navios e mercadorias, de qualquer natureza, resgatados de piratas ou de ladrões em alto mar, serão trazidos para algum dos portos de um dos Estados contratantes, e serão entregues à custódia dos oficiais desse porto, a fim de que fiquem sob seus cuidados e encaminhados ao verdadeiro proprietário, assim que a referida propriedade esteja devida e suficientemente comprovada*⁶.

Sob o ângulo da Constituição, embora a palavra *escravidão*, até a Emenda 13, não fosse empregada, estava implícito o reconhecimento da situação escrava em vários artigos que dispunham sobre a representação dos Estados no Congresso, princípios de limitação tributária, medidas relativas aos escravos fúgtivos ou a atuação de tropas federais na repressão de rebeliões de escravos.

No patamar infraconstitucional, incluem-se, entre outras, as Leis de 1808, que vedava o tráfico de escravos e a de 1819, referente à punição dos traficantes de escravos.

Em nível de atos internacionais, além do já citado Tratado com a Espanha, o governo norte-americano firmara com a Inglaterra o Tratado de Gent, em 1814, sempre em vista da questão do tráfico em si e dos direitos dos Estados Partes quando do apresamento de navios negreiros.

1.3 O julgamento

No julgamento em primeira instância, o Tribunal Distrital rejeitou a acusação do Governo dos EUA e negou licença para processar os escravos por assassinato ou para extraditá-los para a Espanha. O Executivo americano, então, apelou para o Tribunal de Circuito e, posteriormente para a Suprema Corte dos EUA. Nesta última fase, a defesa dos africanos ficou a cargo de John Quincy Adams, antigo Presidente dos EUA, bem como de Roger Baldwin, que atuara na primeira instância, em Connecticut, Estado pelo qual ele viria a ser Senador. Todavia, foi decisiva a sustentação de Adams para o convencimento da Suprema Corte.

De pronto, cabe realçar que a Suprema Corte, até 1860, foi claramente favorável aos escravagistas, dominada que estava pelos Sulistas e

⁶ Texto extraído da defesa de John Adams, obtida no endereço eletrônico citado na nota 7.

pelos Democratas do Norte, em outros termos, por proprietários de escravos. Constituíam-se em exceções os julgados contrários tão somente ao tráfico de escravos. Em 1822, no julgamento do *La Jeune Eugénie*, Joseph Story, republicano ferrenho, posicionara-se contra Marshall, condenando o tráfico de escravos, com base no direito natural.

Em 1825, no julgamento do Caso do *Antelope*, Marshall pronunciara-se no sentido de que o tráfico escravo seria contra o direito natural, mas compatível com o direito internacional, não constituindo, em si, pirataria. A Suprema Corte reconheceu o direito de estrangeiros contratarem escravos, se os seus países assim o autorizassem. Tal posição levou-a a condenar americanos traficantes e a proteger direitos de africanos escravizados por estrangeiros.

O *Antelope* era um navio de piratas, apresado por uma embarcação americana, com 280 africanos provindos de outros navios e de propriedade de espanhóis e americanos. Para a Suprema Corte, alguns escravos deveriam retornar à Espanha, porque, legalmente, eram de propriedade de espanhóis. Os demais, para o governo dos EUA, porque seus proprietários americanos estavam legalmente amparados.

2. A defesa de John Adams calcada nos valores da fundação

Ao iniciar a sua extensa defesa⁷, John Adams se reporta à noção de Justiça definida pelas *Institutas* de Justiniano como *a vontade constante e perpétua de assegurar a cada um o seu direito* (p.1 da numeração eletrônica, doravante n.e.), destacando que a decisão da Corte incidiria sobre a liberdade e a vida de cada uma das 36 pessoas que ele estava representando.

Observe-se que esta referência de Adams aos juristas romanos era habitual em seus escritos. Reportava-se, sobretudo, àqueles que haviam idealizado a República em Roma, o período da Antiguidade em que mais se inspiraram os Pais Fundadores dos EUA. Sobre os vínculos entre o pensamento dos *framers*, o de Adams em particular⁸ e aquele dos escritores romanos, notadamente Cícero e Tácito, é de consulta obrigatória a obra do Professor Mortimer Sellers, da Universidade de Baltimore, na qual os analisa em

profundidade e com extrema acuidade, arrimado em rica documentação⁹.

Essa noção de Justiça que figura nas *Institutas*, teria sido, precisamente, ignorada pelo Executivo norte-americano em correspondência do Secretário de Estado com o Embaixador da Espanha, na qual o termo **Justiça** fora substituído por **Simpatia**. Simpatia pela causa dos brancos, remanescentes da tripulação, e antipatia pelos negros (p.2, n.e.). Todavia, enfatizava, a decisão em primeira instância, que julgara os atos de violência de ambas as partes, mostrara que a Justiça não se deixara levar por impulsos de simpatia ou de antipatia e dera ganho de causa aos negros.

Salienta que a lei maior a ser aplicada ao caso é o direito natural, pois as circunstâncias eram tão peculiares, imprevisíveis, que apenas um direito acima dos códigos e tratados, como o direito natural, poderia ser aplicado a ele: *eu não conheço nenhum direito que se aplique ao caso dos meus clientes, salvo o direito natural e de natureza divina, sob o qual nossos Pais colocaram a nossa própria existência nacional. (I know of no other law that reaches the case of my clients, but the law of nature and of Nature's God on which our fathers placed our own national existence)*. E arremata: acredito que será com base neste Direito que a Corte decidirá o caso de meus clientes (p.4, n.e.)

Para a finalidade deste estudo, cabe sublinhar, igualmente, a referência constante de Adams aos dispositivos constitucionais, de modo a evidenciar que, se a Constituição dos EUA reconhecia a situação de pessoas que prestavam serviços, possuíam direitos em determinados Estados federados, de nenhuma forma considerava-os como propriedade de alguém (p.19, n.e.).

Deve-se, também, lembrar a ênfase de Adams na análise dos termos do artigo 9 do Tratado com a Espanha, acima reproduzido. Acentuava ele que o artigo versava sobre coisas e não sobre pessoas, e o fazia com a autoridade de quem participara, em 1819, das negociações de renovação do referido Tratado (p.11, n.e.). Como então tratar os africanos como mercadoria? Onde estava a lei do *Habeas Corpus*? Teria o processo dos negros passado acima das duas Declarações de Independência? E literalmente: teria o dia 4 de julho de 76 sido um dia de ignomínia e reprovação? (*Has the 4th of July '76, become a day of ignominy and reproach?*) (p.21 n.e.)

Em primeiro de março de 1841, John Adams faria a sua

⁷ Mortimer N. S. Sellers. **American Republicanism: Roman Ideology in the United States Constitution**. New York University Press, 1994. V., sobretudo, a segunda parte relativa ao exemplo romano, a qual contém um capítulo específico para o estudo da influência de John Adams (pp.33-40).

Agradeço aos Professores Nadia de Araujo e José Luiz Valentino o acesso que me propiciaram à íntegra da defesa de John Adams no Caso Amistad, e que figura na Internet sob o seguinte endereço: <http://www.multied.com/amistad/amistad.html>. A inserção dos números das páginas permitiu-nos fazer remissões a trechos específicos desse documento veiculado pela Internet.

⁸ Pensamento este explicitado sobretudo em seu texto **Defence of the Constitution of the United States of America**, em 3 volumes, publicados entre 1787 e 1788.

apresentação final à Suprema Corte, e, após retomar os argumentos principais, fundados em farta documentação, assinalava, com veemência: *No momento em que se chega à Declaração de Independência, segundo a qual todo o homem tem o direito à vida e à liberdade, um direito inalienável, este caso está decidido. Não peço nada mais, em nome destes desafortunados, que esta Declaração* (p.46. n.e.).

Ao final, exorta os membros da Corte a se mirarem nos ilustres juízes desaparecidos e nos valores por eles defendidos: *(Marshall, Cushing, Chase, Washington, Johnson, Livingston, Tood) (...) In taking, then, my final leave of this Bar, and of this Honorable Court, I can only earthly frailty to answer for as those illustrious dead (...) and that you may, every one, after the close of a long and virtuous career in this world, be received at the portals of the next with the approving sentence - "Well done, good and faithful servant; enter thou into the joy of thy Lord"* (p.70, n.e.)¹⁰.

O redator da sentença final foi o renomado Joseph Story, abolicionista, que já havia, em casos relativos à escravidão, se oposto a Marshall. Ele classificaria a defesa de Adams de *extraordinária, pela sua força e amargo sarcasmo*¹¹. Pelos seus julgados, não apenas no Caso Amistad, Joseph Story conferiu, como nunca, uma dimensão nacional à questão escravagista, convencido que estava que a Constituição vedava esta prática.

Recorde-se que, apesar dessa histórica decisão, apenas em 1865 foi aprovada a Emenda Constitucional (que seria a de nº 13) na qual estava explicitada a posição dos EUA contrária à escravatura, nos seguintes termos: *Não existirá nos Estados Unidos ou em território sujeito à sua jurisdição nenhuma forma de escravatura ou de servidão involuntária, salvo tratando-se de punição de um crime e tendo sido o autor deste legalmente condenado*¹².

Até então, debateram-se os poderes instituídos norte-americanos relativamente à questão escravagista, que separou o Norte (abolicionista) do Sul (escravagista) no decorrer de uma Guerra da Secessão que se prolongou por cinco anos (1860 a 1865).

¹⁰ Numa tradução aproximada: (...) *Ao retirar-me da advocacia junto a esse honrado Tribunal, posso apenas, nesta terra, responsabilizar-me pelo legado desses ilustres falecidos...* e que possa, cada um de vós, ao término de uma longa e virtuosa permanência neste mundo, ser recebido, nos portais do outro mundo, com esta frase aprovadora - "Agistes bem, servo bom e fiel; entras na alegria de Vosso Senhor."

¹¹ Apud Sandra F. VanBurkleo, no verbete *John Quincy Adams*, in: **The Oxford Companion to the Supreme Court of The United States**, já citado.

¹² Texto em língua portuguesa que figura em *Constituições de Diversos Países*, org. Jorge Miranda, Imprensa Nacional, Casa da Moeda, Lisboa, 1979, 1 Volume, pp.294-295.

3. Hannah Arendt e o peso da tradição cívica republicana em Roma e nos EUA

A associação do Caso Amistad, especificamente na fase de apresentação, por John Adams, de seus argumentos de defesa perante a Suprema Corte americana, com o pensamento de Hannah Arendt, parece-nos de dupla utilidade. Ela propicia, não apenas, uma ilustração, na prática, das teses arendtianas relativas à fundamental importância, para a saúde política dos Estados, da tríade *religião-tradição-autoridade*, como também aponta para o contraste de tal postura com a da sociedade contemporânea ocidental, na qual o presente e o futuro dominam as mentes e as ações, sem que a preocupação com a preservação do legado moral e da experiência política do passado nelas esteja presente.

Em trabalho anterior, pudemos examinar o pensamento de Hannah Arendt sob esses aspectos, em textos nos quais Roma e os EUA se lhes afiguram como os melhores exemplos da preservação da citada tríade¹³. Fora precisamente para retrair a inspiração que os Pais Fundadores haviam encontrado na Antigüidade, especialmente em Roma, que Hannah Arendt observava: (...) *sinto a mesma necessidade do antigo que sentiram os grandes revolucionários do século dezoito*¹⁴.

Discorre a grande pensadora política sobre as similitudes entre Roma e os EUA, ambos privilegiando o ato da fundação¹⁵, no sentido de lançar as bases para a eternidade, vinculando-se, sempre, o presente ao passado. O termo *religião* indica, precisamente, esta ação de associar os dois momentos, significando, literalmente, *re-ligare*, ligar ao passado. Qualquer conquista estaria associada ao ato de fundação, apresentando-se como uma ampliação dessa fundação. Tais atos de preservação e de aumento da fundação partem daqueles que detêm a autoridade moral. Referindo-se aos senadores romanos, aos *patres*, nota: (...) *Aqueles que eram dotados de autoridade eram os anciãos, o Senado, ou os patres, os quais a obtinham por descendência e transmissão (tradição) daqueles que haviam lançado as fundações das coisas futuras, os antepassados chamados pelos romanos de maiores*.¹⁶

Vale, por outro lado, acentuar a ênfase que Hannah Arendt confere

¹³ V. da A. *Elementos romanos na noção de espaço público em Hannah Arendt*, in: **Direito, Estado e Sociedade**, Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, nº11, agosto-setembro, 1997, pp.1-13.

¹⁴ V. Hannah Arendt, **De la historia a la acción**, Ediciones Paidós, Barcelona, 1995.

¹⁵ Em *Entre o passado e o futuro*, op.cit., estas analogias são longamente desenvolvidas. V. entre outras pp.163-164.

¹⁶ *Entre o passado e o futuro*, op.cit., pp.163-164.

ao liame entre a fundação, como ponto de partida para todas as conquistas e relatos históricos (*ad urbe condita*), e a própria concepção romana de liberdade: (...) *A liberdade romana era um legado transmitido pelos fundadores de Roma ao povo romano; sua liberdade ligava-se ao início que seus antepassados haviam estabelecido ao fundar a cidade, cujos negócios os descendentes tinham de gerir, com cujas conseqüências precisavam arcar e cujos fundamentos cumpria engrandecer*¹⁷.

À Roma ela associa a experiência histórica dos Estados Unidos, pois que esta revela a mesma preocupação em perenizar a fundação. *O Novo Mundo*, acentua a grande pensadora, não ignora o *Velho Mundo*. Referindo-se ao papel da educação numa terra de imigrantes, assevera: *o mundo no qual são introduzidas as crianças, mesmo na América, é um mundo velho, isto é, um mundo preexistente, construído pelos vivos e pelos mortos, e só é novo para os que acabaram de penetrar nele pela imigração. Aqui, porém, a ilusão é mais forte do que a realidade, pois brota diretamente de uma experiência americana básica, qual seja, a de que é possível fundar uma nova ordem, e o que é mais, fundá-la com plena consciência de um continuum histórico, pois a frase "Novo Mundo" retira seu significado de Velho Mundo, que, embora admirável por outros motivos, foi rejeitado por não poder encontrar nenhuma solução para a pobreza e a opressão*¹⁸.

Reportando-se a John Adams, em manifestação anterior à Declaração da Independência norte-americana, ela destaca o seu entusiasmo pelo projeto americano, reproduzindo as seguintes palavras daquele que viria a ser um dos Presidentes dos EUA: - *Sempre considerei a colonização da América como um grandioso designio da providência para a iluminação e emancipação da parte escravizada do gênero humano sobre toda a terra*¹⁹. E arremata Arendt: *esse foi o intento ou lei básica em conformidade com a qual a América começou sua existência histórica e política*²⁰.

Adams, no Caso Amistad, em sua defesa perante a Suprema Corte, evoca, exatamente, aqueles princípios proclamados pelos Pais Fundadores como sendo os alicerces do Estado norte-americano. Aqueles negros que, diversamente do alegado, não eram propriedade de ninguém, nem em Cuba, nem na Espanha, mas provinham da Costa do Marfim, onde haviam sido capturados, tinham os direitos à vida e à liberdade. Desconhecê-los era renegar o passado, era romper com a tradição, era fragilizar a autoridade moral detida pelos continuadores da fundação. O efeito decisivo de tais argumentos sobre o espírito dos Ministros da

¹⁷ Id. *ibid.* p.215.

¹⁸ Id. *ibid.* p.226.

¹⁹ John Adams, apud Hannah Arendt, *id. ibid.* p. 224.

²⁰ Id. *ibid.*

Suprema Corte confirmaria a profundidade da convicção de serem eles destinados a preservar os valores que haviam embasado a fundação dos EUA.

4. A Suprema Corte americana como guardiã dos valores constitucionais

Se na Roma Americana cabia ao Senado exercer a sua *auctoritas* moral na preservação dos valores da fundação, nos EUA é à Suprema Corte que incumbe velar pela manutenção dos princípios consagrados na Constituição. Alguns consideram que seria necessário ir além do constitucionalmente explicitado para identificar a intenção mais profunda dos Pais Fundadores²¹.

É interessante recordar, com o eminente jurista Aliomar Baleeiro, em seu clássico **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**²², que a Corte Suprema dos EUA, conforme análise minuciosa e de natureza econômica de Charles Beard²³, fora concebida pela classe dos proprietários rurais e comerciantes como um freio à legislação do Congresso, que poderia fazer predominar o interesse das massas. Contudo, como ressalta o Ministro Baleeiro, apesar desse objetivo pragmático inicial, a Corte americana, no decorrer de sua longa atuação, passou por fases de conservadorismo e de progressismo, ganhando ritmo próprio, muito diverso do objetivo que lhe fora fixado pelos Fundadores: *é a Corte que, pela construction judicial vivifica a concisa Constituição, tirando dela, segundo as exigências do tempo, o que não passara pelo espírito dos homens da Convenção de Filadélfia*²⁴.

Surpreendente é, com efeito, o papel histórico desempenhado pela Suprema Corte americana na preservação dos valores morais primitivos e na incorporação das mudanças sociopolíticas ao legado dos Fundadores. Adams, em sua visão ampliada pelo exemplo da longevidade da fundação de Roma, soube reativar, nos julgadores do Amistad, a consciência de sua responsabilidade na preservação dos princípios do direito natural, muito acima dos desígnios imediatistas dos próprios Fundadores.

²¹ Hadley Arkes, em sua obra **Beyond The Constitution** (Princeton University Press, New Jersey, 1990), ao enfatizar a necessidade de que se tenham, hoje, em mente os princípios de ordem moral que nortearam os Fundadores, lembra que a inspiração para resolução de problemas jurídicos contemporâneos pode vir da reflexão sobre a postura que adotaria a primeira geração dos juristas americanos (Cf. p.248).

²² Ed. Forense, 1968.

²³ Charles Beard, **An Economic Interpretation of American Constitution**, N. York, 1947, apud Aliomar Baleeiro, *op.cit.*

²⁴ Aliomar Baleeiro, *op.cit.* pp.40-41.

O CASO MEPHISTO – 30 BverfGE 173 (1971)

*Marco Aurelio Peri Guedes**

Apresentação

Este trabalho surge no âmbito da pesquisa sobre Jurisdição Constitucional realizada mediante Convênio entre a Fundação Casa de Rui Barbosa – F. C. R. B. – e o Departamento de Direito da PUC-Rio, com apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro – FAPERJ.

O objetivo perseguido nesta altura da pesquisa foi encontrar uma decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão que demonstrasse de forma breve, clara e incisiva o relevante papel desempenhado pela Jurisdição Constitucional no desenvolvimento e na compreensão dos Direitos Fundamentais.

Uma dificuldade que se notou foi a escassez de fontes bibliográficas sobre o assunto à disposição do pesquisador. Porém, superada esta etapa, o problema seguinte foi a seleção de um *leading-case* daquela Corte que preenchesse os requisitos especificados para o Subgrupo da referida pesquisa, encarregado da jurisdição constitucional comparada. Após consultas na internet e na bibliografia disponibilizada, quero crer que o caso Mephisto, de 1971, se enquadra perfeitamente nas intenções da investigação.

Tornar acessível ao leitor este caso selecionado, dentro do espaço estabelecido, consistiu numa tarefa difícil. Assim, pareceu aconselhável optar pela tradução de estudo sobre o caso realizado pelo Professor Donald Kommers.

* Mestre em Direito pela PUC-Rio. Professor Auxiliar de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito Candido Mendes - Centro. Membro do grupo de pesquisa sobre jurisdição constitucional PUC-Rio e Fundação Casa de Rui Barbosa.

em sua obra *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*¹. O referido autor conseguiu habilmente extrair da extensa decisão daquele Tribunal os seus pontos mais importantes.

Assim, segue a tradução dos principais trechos da decisão, bem como dos comentários do Professor Kommers a respeito.

O Caso Mephisto

Um resumo do caso é feito por Kommers nos seguintes termos:

“Quando no exílio da Alemanha nazista nos anos 30, Klaus Mann publicou *Mephisto*, um romance satírico baseado na carreira de seu cunhado, Gustaf Gründgens, um ator faustiano que obteve fama e fortuna durante o Terceiro Reich ao renunciar às suas antigas concepções liberais obtendo assim benefícios dos líderes nazistas. Mann mais tarde admitiu que para ele Gründgens personificava ‘o traidor por excelência, a incorporação macabra da corrupção e cinismo (...) que substituíram seu talento por causa de alguma fama vulgar e bem-estar transitório’. O personagem de ficção, Hendrik Höfgen, era uma caricatura do modelo no qual ele era baseado. Quando *Mephisto* estava para ser republicado por um editor alemão ocidental em 1964, o filho adotado de Gründgens obteve da Corte de Apelação de Hamburgo um mandado proibindo a sua distribuição. O julgamento foi realizado pela Alta Corte de Justiça com base no fato do romance haver desonrado o bom nome e memória do então falecido ator. O editor fez uma queixa constitucional na Corte Constitucional Federal contra ambos julgamentos baseado em que eles teriam contrariado o artigo 5^o (3)² da Lei Fundamental, que garante a liberdade de arte e ciência. A Corte procurou equilibrar o direito à liberdade de arte face a personalidade e dignidade humana do artigo 1^o³.

Os extratos abaixo focam principalmente no equilíbrio entre expressão e dignidade.

¹ Kommers, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2 Ed. [S.L.]. Duke University Press, 1997.

² Artigo 5 (3) da Lei Fundamental: “São livres a arte e a ciência, a investigação e o ensino. A liberdade de ensino não dispensa da lealdade à Constituição”.

³ Artigo 1^o da Lei Fundamental: “A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de a respeitar e proteger”.

No julgamento do primeiro senado, a queixa constitucional foi rejeitada: C.III.4 (...) Nós devemos também rejeitar a opinião de que a ordem constitucional, os direitos dos outros, e o código moral possam restringir a liberdade das artes em conformidade com o artigo 2^o (1)⁴, segunda parte. Esta concepção é inconsistente com a relação subsidiária do artigo 2^o (1) para os direitos de liberdade individual especificamente mencionados na constituição. A Corte Constitucional Federal consistentemente reconheceu esta relação neste caso.

(...) Por outro lado, o direito de liberdade artística não é ilimitado. Como todos os direitos fundamentais, a garantia da liberdade no artigo 5^o (3), primeira parte, é baseada na Lei Fundamental, da imagem do homem como uma pessoa autônoma que se desenvolve livremente na comunidade social. Mas o fato de este direito fundamental não conter provisão de limites significa que somente a Constituição por si própria pode determinar limites na liberdade artística. Desde que a liberdade das artes não contenha uma provisão autorizando a legislatura a limitar este direito fundamental, ele não pode ser restringido por provisões do sistema jurídico geral. Se uma cláusula indefinida que é aplicada quando bens necessários para a existência contínua da comunidade nacional estão em perigo, não tem apoio na Constituição e não se adequa suficientemente ao Princípio da Legalidade, não pode limitar este direito. Pelo contrário, nós devemos resolver conflitos relativos à garantia da liberdade artística interpretando a Constituição de acordo com a ordem de valores estabelecida na Lei Fundamental e a unidade de seu sistema de valores fundamentais. Como parte do sistema de valores da Lei Fundamental, a liberdade de artes é inteiramente ligada à dignidade do homem garantida no artigo 1^o, o qual, como valor supremo, rege todo o sistema de valores da Lei Fundamental. Mas a garantia da liberdade de artes pode conflitar com a esfera da personalidade protegida constitucionalmente porque um trabalho de arte também produz efeitos sociais.

Porque um trabalho de artes age não só como realidade estética mas também existe no mundo social, o uso pelo artista de dados pessoais sobre pessoas em seu ambiente pode afetar seus direitos ao respeito social e estima (...)

As Cortes inferiores propriamente se referiram ao artigo 1^o (1) de modo a determinar a última esfera da personalidade protegida do ator Gründgens. Seria incompatível com o comando constitucional que a dignidade humana está

⁴ Artigo 2^o da Lei Fundamental: “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”.

íntegra – se uma pessoa, possuidora de dignidade humana em virtude de sua personalidade, pudesse ser degradada ou humilhada mesmo após a sua morte. Assim sendo, a obrigação do artigo 1º (1), impõe a toda autoridade estatal permitir que a proteção individual de ataques à sua dignidade não cesse com a morte.

A solução do conflito entre a proteção da personalidade de alguém e o direito à liberdade artística deve, por essa razão, levar em conta não apenas os efeitos de um trabalho de arte em uma esfera social extra-artística mas também aspectos artísticos específicos. A garantia da liberdade no artigo 5º (3), primeira parte, deixa sua marca na imagem do homem sobre a qual o artigo 1º (1) é baseado, assim como a concepção de valor do artigo 1º (1) por seu turno influencia a garantia de liberdade artística. O direito do indivíduo ao respeito social e estima não tem precedência sobre a liberdade artística mais do que as artes podem desconsiderar o direito geral da pessoa ao respeito (...).

Somente após medir cuidadosamente todos os fatos dos casos individuais pode alguém decidir se o uso de dados pessoais na representação artística constitui ameaça de tal grave prejuízo na esfera privada protegida da pessoa descrita que possa obstar a publicação de um trabalho de arte. Alguém deve levar em conta se e em que extensão a ‘imagem’ de uma pessoa particular apresenta-se tão independente do ‘original’ devido à formatação artística do material e sua incorporação no e subordinação ao todo orgânico do trabalho de arte individual, aspectos notáveis tornaram-se objetivos no sentido de geral personificação simbólica da ‘imagem’. Se tal estudo (...) indicar que o artista deu ou quis dar um ‘retrato’ do ‘original’, então a solução deste conflito depende da extensão da abstração artística ou da extensão e importância da ‘falsificação’ da reputação ou memória da pessoa tratada.

IV.2 (...). A Corte de Apelação de Hamburgo e a Alta Corte Federal de Justiça presumiram que a proteção do direito de Gründgens ao respeito estende-se à esfera social. Assim sendo, a Alta Corte federal considerou que a necessidade de proteção – e consequentemente a obrigação de proteger – diminui conforme a memória da pessoa falecida se esvai (...). Por outro lado, as cortes também presumiram que o romance de Klaus Mann constitui um trabalho de arte conforme o significado do artigo 5º (3) (...). As cortes tentaram resolver o conflito medindo os interesses conflitantes um em face do outro (...).”

Comenta Kommers que “Ao sustentar o julgamento contra o queixoso, a Corte Constitucional tensionou os estreitos limites de seus poderes de revisão. ‘Em particular’, disse a Corte, ‘o estabelecimento e avaliação dos fatos e a interpretação das leis e sua aplicação a casos individuais são o dever das cortes

regulares e não podem ser evitados pela Corte Constitucional Federal’. A corte Constitucional Federal vê sua tarefa como sendo determinar se as Cortes inferiores fizeram, de fato, uma medida precisa dos interesses conflitantes das partes sob a Lei Fundamental, e se se vinculou o significado próprio aos direitos constitucionais implicados no caso. A corte achou que o julgamento inferior foi completa e adequadamente explicado. Isto então, não ‘demonstrou nenhuma concepção incorreta da essência do direito fundamental que foi derrotada’ ”.

Prossegue a decisão da Corte Constitucional: “Finalmente, o queixoso não pode desafiar a conclusão das Cortes (...) arguindo que a proibição da publicação é desproporcional ao prejuízo do último direito ao respeito de Gustaf Gründgens. É verdade que a Corte Constitucional Federal repetidamente enfatizou que o Princípio da Proporcionalidade tem patamar constitucional (...) e deve então ser considerado sempre que uma autoridade estatal prejudica a esfera de liberdade do cidadão. Mas o caso em tela não envolve tal prejuízo. As Cortes simplesmente tiveram que decidir uma queixa baseada no Direito Privado feita por um cidadão contra o outro, ou seja, para dar uma definição concreta de um relacionamento de Direito Privado em um caso individual (...). A função primária do Direito Privado é resolver conflitos de interesses entre pessoas de igual status jurídico da maneira mais apropriada possível”.

Segundo Kommers, a importância deste caso está na compreensão dos conceitos de sociedade e pessoa desenvolvidos pela Corte Constitucional ao longo de sua extensa exposição. Para ele as três fontes inspiradoras desta linha de ação seguida na Alemanha do pós-guerra são o Direito Natural, o pensamento Kantiano e o social-democrático, este último, grande responsável ideológico pela construção do novo ordenamento jurídico-constitucional alemão.

Assim, com base nesta decisão Kommers comenta que a Corte Constitucional entendeu que “A sociedade, é mais do que uma agregação de indivíduos isolados motivados por interesses pessoais e um desejo de manipular uns aos outros para fins puramente pessoais”.

Então, “Mephisto vai mais longe ao incluir em sua visão de comunidade não só os vivos, mas também os mortos. De acordo com a Corte, os mortos – particularmente aqueles em memória viva – permanecem em comunhão com os vivos, e nós os vivos, devemos a eles contínua honra e respeito”.

**JURISDIÇÃO, PROCESSO E ARGUMENTAÇÃO NA
CORTE CONSTITUCIONAL DA ÁFRICA DO SUL NO
CASO-PARADIGMA (*LEADING CASE*) *THE STATE v. T.
MAKWANYANE AND M. MICHUNU* (1995) [PROIBIÇÃO
DA PENA DE MORTE]**

*Florian Hoffman**

1. O arcabouço: a história constitucional recente da África do Sul

O processo de transição do regime do *apartheid* para uma democracia multipartidária iniciou-se em 1990, com a legalização dos chamados *movimentos de liberação*, a revogação da maioria das leis do *apartheid* e, sobretudo, a liberação dos presos políticos. Em 1991, iniciou-se o processo de negociação multipartidária visando à formação de uma nova estrutura para o Estado e para a sociedade na forma da *Convenção para Democracia na África do Sul* [*Convention for Democracy in South Africa - CODESA*]. Após uma interrupção de dois anos, devido à violência étnica, as negociações recomeçaram no contexto do *Processo Multipartidário de Negociação* [*Multi Party Negotiation Process - MPNP*], em 1993. No mesmo ano, foi elaborada, pelo MPNP, uma Constituição Interina [*Interim Constitution*], aprovada em novembro desse ano e em vigor desde 27 de abril 1994, o dia das primeiras eleições multirraciais da nova África do Sul.

O objetivo da Constituição Interina, consignado em seu preâmbulo, era o estabelecimento de um arcabouço constitucional para a promoção da unidade nacional e a reestruturação e continuidade dos órgãos governamentais

* Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pelo Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica no Rio de Janeiro. Doutorando no Instituto Universitário Europeu, em Florença.

durante o processo constituinte¹. Ela criou um Estado federal, com um sistema de governo parlamentarista bicameral, consagrando extenso catálogo de direitos fundamentais [*Bill of Rights*]², além dos chamados *Princípios Constitucionais* [*Constitutional Principles*]³. Esses *Princípios*, em número de trinta e quatro, representaram o consenso, alcançado pelos partidos, nas negociações relativas à forma do Estado e aos direitos fundamentais da nova África do Sul. Tais *Princípios* constituíram a base para a elaboração da nova Constituição.

O texto desta última foi submetido, pela Assembléia Constituinte, à Corte Constitucional, em maio de 1996, seguindo o procedimento estabelecido na Constituição Interina, visando, sobretudo, a que a Corte declarasse a conformidade do Texto Constitucional com os Princípios Constitucionais⁴. A Corte não aprovou esse primeiro Texto e a Assembléia submeteu-lhe, conforme a previsão constitucional, um Texto revisto, em outubro do mesmo ano. Esta nova versão recebeu em dezembro a aprovação da Corte, que a declarou conforme os Princípios Constitucionais e a nova Constituição entrou em vigor no dia 7 de fevereiro de 1997.

2. A Corte Constitucional na Constituição Interina e na Constituição de 1996

Desde a independência da *União da África do Sul*, em 1910, os tribunais foram hierarquicamente organizados. Havia os tribunais inferiores, especialmente os *Magistrate's Court*⁵, e a Suprema Corte da África do Sul, composta por uma Divisão de Apelação e de várias divisões provinciais e locais⁶. Após a transição, a Constituição Interina preservou essa estrutura, mas adicionou, no mesmo patamar hierárquico da Divisão de Apelação da Suprema Corte, uma Corte Constitucional, efetivamente implantada a partir de 1994. Desta forma, nenhum dos dois tribunais poderia receber recursos de apelações um do outro. O controle da constitucionalidade das leis era, portanto, plenamente difuso.

A Constituição de 1996 manteve a Corte Constitucional mas transformou a Divisão de Apelação na Suprema Corte de Apelação [*Supreme Court of Appeal*], distinta das *High Courts* – as antigas divisões locais da

¹ A Constituição Interina prescreveu [artigos 68-74] a elaboração de uma nova Constituição no prazo de dois anos por uma Assembléia Constituinte [*Constitutional Assembly*] composta pelas duas câmaras do Parlamento (Assembléia Nacional e Senado).

² Arts. 7-35.

³ Anexo 4.

⁴ Artigos 68-74.

⁵ Equivalência, no sistema romano-germânico, aos juizes de paz ou aos Juizados de Pequenas Causas.

⁶ Cf. Currie, I.: "Jurisdiction and Procedures in Bill of Rights Litigation", em Waal, J. de/Currie, I./Erasmus, G.: *The Bill of Rights Handbook*, 2 ed, Cape Town: Juta, 1999, p.2.

Suprema Corte – e das *Magistrate's Courts*. A Corte Constitucional continuou sendo a destinatária das apelações constitucionais enquanto para a Suprema Corte de Apelação vão as apelações de matérias infraconstitucionais e mistas⁷. No entanto, a Corte Constitucional também tem uma jurisdição não-apelativa, notadamente, a confirmação de declarações de inconstitucionalidade oriundas de tribunais inferiores, versando tanto sobre legislação nacional quanto provincial, bem como o julgamento da conduta do Presidente da República. Desta forma, além do sistema do controle difuso, que foi mantido pela Constituição de 1996, à Corte Constitucional foi conferida, também, uma jurisdição exclusiva de extrema importância⁸.

A estrutura da Corte Constitucional não mudou entre a Constituição Interina e a de 1996. Ela é integrada por onze ministros eleitos para um período de doze anos, sem possibilidade de renovação. Atualmente, são nove homens e duas mulheres que, como prescrito nas duas constituições, são etnicamente representativos da sociedade sul-africana.

3. Um caso paradigmático: *The State v. T. Makwanyane and M. Mchunu*⁹

Já no primeiro mês de seu funcionamento, em fevereiro de 1995, foi submetido à Corte Constitucional um caso cuja matéria – a constitucionalidade da pena de morte sob a então Constituição Interina – era fundamental tanto para a jovem democracia sul-africana, quanto para o papel da Corte. Em junho do mesmo ano, após ter ouvido as partes – por um lado, os defensores de ofício dos acusados, provindos do *Legal Resource Center* (uma ONG prestadora de assistência jurídica em casos envolvendo direitos humanos), e, por outro lado, o Procurador Geral de Witwatersrand, além de uma série de depoimentos de terceiros interessados (*amicus briefs*), inclusive o do governo federal da África do Sul, a Corte declarou inconstitucional a pena de morte. A decisão foi unânime e a justificativa foi elaborada pelo Presidente da Corte, o ministro Arthur Chaskalson. Todos os dez ministros restantes proferiram, no entanto, declarações de voto.

⁷ *ibid.*

⁸ Isso se deve a um compromisso, nas negociações constitucionais, decorrente de duas preocupações: por um lado, como os tribunais preexistentes tinham, de modo geral, colaborado com o regime da *apartheid*, o controle difuso não era considerado um modelo imediato para a nova ordem constitucional; por outro lado, no entanto, o fato de que os direitos fundamentais foram deliberadamente concebidos como de natureza litigiosa, isso implicou que eles poderiam ser acionáveis junto a todos os tribunais. Daí surgiu a jurisdição mista da Corte Constitucional.

⁹ Case No. CCT/3/94.

3.1 Os fatos e a pré-história judicial e legislativa

Os acusados, Makwanyane e Mchunu, haviam feito parte de um grupo de ladrões que assaltara um carro forte e entregara o dinheiro para um hospital em Johannesburg. Eles estavam armados e atiraram imediatamente, o que resultou, entre outras, nas mortes de dois seguranças particulares e de dois policiais.

A então Divisão Local de Witwatersrand da Suprema Corte enquadrou os acusados no crime de homicídio culposo em quatro casos; em tentativa de homicídio em um caso; e em roubo, com circunstâncias agravantes, em outro¹⁰. Eles foram condenados à morte pelos homicídios e a longos períodos de reclusão pelos outros delitos. A então Divisão de Apelação da Suprema Corte confirmou a sentença, mas arguiu a questão da constitucionalidade da pena de morte perante a Corte Constitucional¹¹. Tratava-se de se saber se o artigo 277, 1, a) da Lei Processual Penal (o *Criminal Procedure Act* No. 51 de 1977) que prescrevia a pena de morte para homicídio culposo era compatível com os artigos 9¹² e 11(2)¹³ das disposições do *Bill of Rights* da Constituição Interina.

Desde o início da transição em 1989, a questão da pena de morte não fora objeto de decisão definitiva. Em 1990, no governo do Presidente F.W. de Clerk haviam sido propostas várias emendas ao *Criminal Procedure Act*, que visavam a manter a pena de morte, mas com aplicação limitada¹⁴. Em 1991, a *South African Law Commission* declarou, em seu Relatório Interino sobre Direitos Humanos e Coletivos, que, dada a natureza polêmica do assunto, a futura Corte Constitucional deveria ser competente para decidir sobre se o direito à vida poderia ser limitado ou não. Em 1992, o governo anunciou um adiamento a respeito da execução da pena de morte até que o assunto fosse resolvido nas negociações multipartidárias sobre uma constituição interina. Com efeito, os partidos não chegaram a um acordo e, em consequência, nenhum dispositivo sobre a de pena de morte foi incorporado à Constituição Interina, remetendo-se a decisão sobre sua constitucionalidade à Corte Constitucional.

¹⁰ O processo da primeira instância foi instaurado antes da entrada em vigor da Constituição Interina.

¹¹ Cf. *S v Makwanyane en n Ander*, 1994 [(3)SA 868(A)].

¹² O artigo 9º prescreve: "Cada pessoa tem o direito à vida" [*Every person has the right to life*].

¹³ O artigo 11(2) estipula: "Ninguém deve ser, de modo algum, sujeito à tortura, seja física, mental ou emocional, nem ser sujeito a penas cruéis, desumanas ou degradantes. [*No person shall be subject to torture of any kind, whether physical, mental or emotional, nor shall any person be subject to cruel, inhuman or degrading punishment*].

¹⁴ Essa propostas foram incorporadas ao *Criminal Procedure Amendment Act No. 107* de 1990.

4. A justificativa

4.1 Interpretação Constitucional: contextualista e comparativa

A importância da matéria e o fato desse caso ter sido submetido à Corte Constitucional no início de sua atividade, levou-a a construir, cuidadosamente, sua própria metodologia. Em primeiro lugar, ela descartou um argumento da defesa sobre a inconstitucionalidade da pena de morte, com base numa anomalia jurídica que surgira no processo da transição. Com efeito, o *Criminal Procedure Act* era válido apenas no território da antiga República da África do Sul, e não naqueles territórios que haviam sido criados, pelo regime do *apartheid*, como supostos estados independentes e que dispunham de uma autonomia legislativa *de jure*¹⁵. A Constituição Interina prescrevera, contudo, no artigo 229, que qualquer lei que estivesse em vigor no território da nova República – inclusive, portanto, nos antigos 'estados independentes', deveria continuar válida, embora sujeita ao controle de constitucionalidade. Isso, gerou aplicações distintas da pena de morte, na dependência da região em que o crime tivesse sido cometido. A defesa argumentou que, em função do artigo 229 da Constituição Interina, o artigo 277 do *Criminal Procedure Act* não era uma lei de aplicação geral, e, portanto, não poderia ser imposta arbitrariamente.

A Corte, no entanto, considerou imaterial essa alegação sob o argumento de que todas as leis relativas à pena de morte deveriam estar conformes à Constituição, mas que a mera incompatibilidade dos padrões legais no território nacional, decorrente do processo da transição, não representaria uma inconstitucionalidade.

A respeito da interpretação constitucional, a Corte adotou um modelo a partir do direito comparado e, ao mesmo tempo, contextualista. À luz do primeiro, a Corte levou em consideração a jurisprudência dos tribunais dos Estados Unidos, da Alemanha, do Canadá, da Índia e da Corte Européia dos Direitos Humanos, declarando, textualmente que "a jurisprudência comparada dos direitos fundamentais [*comparative "bill of rights" jurisprudence*] será importante, especialmente no período inicial da transição, uma vez que ainda não há jurisprudência nativa nessa área"¹⁶.

Relativamente ao contextualismo, a Corte declarou que levaria em consideração as recomendações dos comitês técnicos do processo multipartidário de negociação como trabalhos preparatórios da Constituição Interina suscetíveis

¹⁵ Trata-se de Transkei, Bophuthatswana, Venda e Ciskei.

¹⁶ Chaskalson, § 37.

de ajudar na procura das razões pelas quais determinados dispositivos haviam ou não sido incluídos¹⁷. Além disso, a Corte levou em conta uma série de *amicus briefs*¹⁸, entre eles um do governo sul-africano, expondo sua opinião a favor da abolição da pena de morte, e um outro da Polícia da África do Sul fornecendo estatísticas a respeito da criminalidade no país.

4.2 Arbitrariedade e Dignidade

A Corte partiu da alegação de que a pena de morte estaria inserida no artigo 11. 2, relativo à proibição de punições cruéis, desumanas e degradantes. Dessa forma, ela considerou violações ao referido artigo tanto as arbitrariedades e as desigualdades na aplicação da pena, quanto a afronta à dignidade humana que ela representa.

No tocante ao primeiro aspecto, a Corte teve em mente, sobretudo, Caso *Furman v. Georgia*¹⁹ que, temporariamente, tornara inconstitucional a pena de morte, em nível federal, nos EUA. A Corte Constitucional aceitou o argumento da defesa segundo o qual, em vista da jurisdição comum, a aplicação do artigo 277 seria intrinsecamente arbitrária. No entanto, nos Estados Unidos, com exceção de *Furman*, a Suprema Corte tem buscado, através de uma série de pronunciamentos, derivada das freqüentes tentativas de sentenciados à morte de reverter sua sentença em última instância, manter um equilíbrio entre, por um lado, a proibição constitucional de punições cruéis, desumanas e degradantes, e, por outro, a constitucionalidade, em princípio, da pena de morte. A Corte sul-africana rejeitou esse equilíbrio, a fim de fazer cessar essa arbitrariedade adicional que resulta de uma tal posição.

A respeito da dignidade humana, a Corte se referiu à aceitação, pela Suprema Corte norte-americana, do princípio segundo o qual a dignidade humana, mesmo sem menção específica na Constituição, estaria no fundo da proibição de punições cruéis, desumanas e degradantes²⁰. Além disso, a Corte considerou casos na Alemanha²¹, no Canadá²², sob a Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos [CIDCP]²³, sob a Convenção Européia de Direitos

¹⁷ No caso, houve um debate considerável a respeito de uma permissão ou proibição explícitas da pena de morte nas negociações. Cf. as atas dos comitês técnicos do processo multipartidário de Negociação.

¹⁸ Depoimentos de terceiros interessados.

¹⁹ *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238, 290 (1972).

²⁰ O caso principalmente citado é *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 173 (1976).

²¹ Caso da Prisão Perpétua, BverfGE 187, 228, (1977).

²² *Kindler v. Canada*, (1992) 6 CRR (2d) 193 SC.

²³ *Ng v. Canada*, United Nations Committee on Human Rights, Communication No. 469/1991, 5 November 1995; e *Joseph Kindler v. Canada*, United Nations Committee on Human Rights, Communication No. 470/1991, 30 July 1993.

Humanos²⁴ e na Índia²⁵ em que o respeito à dignidade humana mantém-se como base da proibição de punições cruéis, desumanas e degradantes.

Referindo-se aos casos *Soering, Kindler* e à declaração da inconstitucionalidade da pena de morte pela Corte Constitucional da Hungria²⁶, a Corte também constatou que o direito à vida seria o *irmão gêmeo* do direito à dignidade.

4.3 Limitações de direitos: um teste de duas etapas

A Corte ainda considerou a possibilidade da invocação do artigo 33 da Constituição Interina que admite limitações aos direitos consagrados no *Bill of Rights*. No entanto, cabe ao legislador, ou ao partido que invoca o artigo 33, estabelecer que: em primeiro lugar, a limitação proposta deve ser razoável, e, em segundo lugar, que ela seja justificável numa sociedade aberta e democrática baseada na liberdade e igualdade; além disso, ela não pode negar o conteúdo essencial do direito limitado. A Corte denominou esse esquema de *teste de duas etapas*, em cuja base estaria o conceito da proporcionalidade. A respeito deste, a Corte novamente se referiu à jurisprudência internacional, notadamente ao caso canadense *R v. Oakes*²⁷, ao entendimento geral da proporcionalidade pela Corte Constitucional Federal na Alemanha e a diversos casos sob a Convenção Européia de Direitos Humanos.

A Corte, portanto, reconheceu a possibilidade de uma limitação dos artigos 11,2 e 9º, seguindo os argumentos da acusação. Além da questão da opinião pública²⁸ – que a Corte considerou imaterial para a questão da constitucionalidade –, ela examinou os argumentos a favor da pena de morte, notadamente em seus aspectos de contenção, prevenção e retribuição. A Corte chegou à conclusão de que esses três objetivos não poderiam prevalecer sobre a proteção do conteúdo essencial do direito. Ao contrário, se o conteúdo essencial do direito de não ser punido cruelmente, desumanamente e degradadamente consiste no respeito à vida e à dignidade humana, a pena de morte violaria esse conteúdo. A Corte também ressaltou a questão da constitucionalidade da pena de morte e ao direito da sociedade defender-se. Ela enfatizou que haveria uma diferença entre interferir em direitos para fins punitivos e destruí-los integralmente.

²⁴ *Soering v. United Kingdom*, (1989) 11 EHRR 439.

²⁵ *Bachan Singh v. State of Punjab*, (1980) 2 SCC 684.

²⁶ Decisão No. 23/1990 (X.31.).

²⁷ (1986) 19 CRR 308.

²⁸ A acusação procurou mostrar que uma ampla maioria da população sul-africana apoia a pena de morte.

Ao final, o ministro Chaskalson resumiu o processo de equilíbrio que a Corte tinha que alcançar. Deveria considerar, por um lado, a destruição da vida e da dignidade, e os elementos de arbitrariedade e desigualdade que, inevitavelmente, acompanhariam essa posição e, por outro lado, a prevenção, supostamente mais efetiva, de crimes do que a resultante das punições alternativas. Segundo a Corte, o aspecto preventivo não foi provado suficientemente pela acusação, e o aspecto retributivo não teria o mesmo peso do que os direitos à vida e à dignidade que seriam os direitos mais importantes do *Bill of Rights*. Desta forma, o caso a favor da pena de morte não foi decidido e, em consequência, as exigências do artigo 33.1 não podem ser consideradas cumpridas. O artigo 277,1(a) do *Criminal Procedure Act* não está conforme, com efeito, com os artigos 11.2 e 9º da Constituição Interina.

A Corte remeteu o caso à Divisão de Apelação da Suprema Corte para que esta proferisse uma decisão conforme a Constituição e explicitamente proibiu o Estado e seus órgãos de executar as pessoas condenadas à pena de morte. Estas deveriam permanecer presas até que uma decisão válida tivesse sido proferida pelos tribunais competentes ou resultasse do processo legislativo.

Todos os outros ministros consideraram que esta justificativa do Presidente representaria a opinião da Corte, sem prejuízo de que declarassem suas próprias opiniões: dois ministros, Ackermann e Mahomed, enfatizaram mais a dimensão da arbitrariedade e da desigualdade como fator constitutivo da infração da proibição de penas cruéis, desumanas ou degradantes; quatro ministros, Didcott, Langa, O'Regan e Sachs consideraram o direito à vida e à dignidade a principal razão da inconstitucionalidade da pena de morte; e três ministros, Langa, Madala e Mokgoro, destacaram o conceito indígena de *ubuntu*, associando-o aos direitos individuais e coletivos, e considerando-o como um fator a favor da abolição da pena de morte.

O BLOCO DA CONSTITUCIONALIDADE E O CONTEXTO BRASILEIRO

*Carolina de Campos Melo**

I. Descrição. II. Análise: A) Relevância da Decisão. B) O Bloco da Constitucionalidade. C) Transposição para o Contexto Constitucional Brasileiro.

I. Descrição

Ementa: 16 de julho de 1971 – Liberdade de Associação: Direito Constitucional das liberdades; conformidade da lei com o Preâmbulo; Bloco da Constitucionalidade; e Princípios Fundamentais reconhecidos pelas leis da República.

No início da década de 70, o Chefe de Polícia de Paris, por ordem do Ministro do Interior, M. Marcellin, recusa aos fundadores da 'Associação dos Amigos da Causa do Povo' a declaração de sua existência. Recorrem ao Tribunal Administrativo desta cidade personalidades como Simone de Beauvoir, alegando o excesso de poder da recusa.

Como resposta, este Tribunal anula a recusa, fundamentando sua decisão em vasta jurisprudência do Conselho de Estado, órgão superior do contencioso administrativo francês. Reconhecendo previamente uma derrota em caso de recurso perante o próprio Conselho, o Governo apresenta sua tese ao

* Mestranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio e bolsista da CAPES. Participou, durante a graduação, do Programa Especial de Treinamento (PET-JUR), também financiado por esta Agência. Membro do Grupo de Pesquisa PUC-Rio/Fundação Casa de Rui Barbosa sobre o tema da Jurisdição Constitucional. No quadro dos estudos comparativos, coube-lhe examinar a jurisdição constitucional na França.

Parlamento sob forma de projeto de lei, o qual tinha como objeto a regulamentação da Lei de Liberdade de Associação de 1901.

Visava o projeto a submeter as associações a um controle prévio da conformidade de suas atividades com as leis e os bons costumes, assim como ao exame da existência ou não de atentado contra a integridade do território nacional ou a forma republicana, a serem realizados por parte de autoridade judiciária através de iniciativa do executivo local.

In casu, o Governo sofreu oposição ao projeto por parte do Senado, o qual, conforme o art. 61, 2ª parte, da Constituição de 1958, enviou-o ao Conselho Constitucional de forma a submetê-lo ao controle da constitucionalidade.¹

Considerando que, à luz do art. 2º da Lei de 1901, “*as associações de pessoas poderão se formar livremente sem autorização nem declaração prévia*”, o Conselho elevou a liberdade de associação prevista no citado artigo ao patamar de “*princípio fundamental reconhecido pelas leis da República*”, parte integrante do Bloco da Constitucionalidade.

II. Análise

A) Relevância da Decisão

Pode causar estranheza a escolha de uma decisão do ano de 1971, entre tantas proferidas pelo Conselho Constitucional ao longo das últimas décadas. No entanto, a decisão de 16 de julho de 1971 deve ser lembrada e estudada, já que é considerada a pedra de toque da teoria do Bloco da Constitucionalidade.

¹ Há que se lembrar que a França exerce o controle da constitucionalidade de suas leis *a priori*, o melhor, antes de sua promulgação. À luz do art. 61, o qual sofreu alteração com a emenda – lei constitucional nº 74-904 de 29 de outubro de 1974 – pode-se resumir assim seu funcionamento:

As leis orgânicas, antes de sua promulgação, e os regulamentos das Assembléias parlamentares, antes de sua aplicação, devem ser submetidas ao Conselho Constitucional a fim de este se pronunciar sobre a conformidade com a Constituição.

Para os mesmos fins, as leis podem ser encaminhadas ao Conselho Constitucional, antes de sua promulgação, pelo Presidente da República, pelo Primeiro Ministro, pelo Presidente da Assembléia Nacional, pelo Presidente do Senado ou por sessenta deputados ou sessenta senadores.

Nos casos previstos nos dois parágrafos precedentes, o Conselho Constitucional deve se pronunciar dentro do prazo de um mês. Todavia, se o Governo solicitar urgência, esse prazo passa a ser de oito dias. Nesses mesmos casos, a consulta ao Conselho Constitucional suspende o prazo de publicação.

A decisão consagra o *valor jurídico do Preâmbulo* da Constituição de 1958, o qual inclui em seu texto o respeito tanto à *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789, como também ao *Preâmbulo da Constituição de 1946*. Este, por sua vez, faz referência aos *princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República*.

Como bem resumem Louis FAVOREU e Loïc PHILIP, a deliberação em tela “*consagra de maneira definitiva o valor jurídico do Preâmbulo; alarga a noção de conformidade à Constituição; aplica ‘os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República’; afirma o papel do Conselho como protetor das liberdades fundamentais e faz da liberdade de associação uma liberdade constitucional.*”²

In summa, tal decisão retrata a existência não apenas de um documento – a Constituição de 1958 – mas sim de um verdadeiro “bloco” dotado materialmente de constitucionalidade.

B) O Bloco da Constitucionalidade

A noção de “*bloc de constitutionnalité*” origina-se da construção doutrinária dos administrativistas franceses que criaram a teoria do “bloco da legalidade”, ou como denominou Hariou, o “bloco legal”. O termo “bloco” denota solidez e unidade, características que se perpetuaram na constante construção desta teoria.

Fruto da decisão apontada, a teoria do ‘bloco’ ganha palco constitucional. Traz consigo mudanças *quantitativas*, pelo aumento das disposições dotadas de valor constitucional, e principalmente *qualitativa*, pois consagrou a inserção de “*toda uma série de regras ou de princípios que modificam a natureza dos direitos e liberdades; e por outro lado, as possibilidades de extensão do bloco de constitucionalidade são doravante praticamente ilimitadas (...)*”³

Salta aos olhos o fato de que a Constituição francesa de 1958 não dispõe de um catálogo de direitos fundamentais, parte essencial das constituições do pós-guerra. Por outro lado, seu Preâmbulo enfatiza uma série de disposições

²FAVOREU, Louis e PHILIP, Loïc. *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*. 6 edição. Paris. Sirey, 1991, p. 242.
³*ibidem*, p. 249.

como se estas pertencessem ao Texto Constitucional, adotando a seguinte redação:

O povo francês proclama solenemente sua adesão aos Direitos Humanos e aos princípios da soberania nacional tais como foram definidos pela Declaração de 1789, confirmada e complementada pelo Preâmbulo da Constituição de 1946 (...)

Por sua vez, o Preâmbulo da Constituição de 1946 estabelece, *in verbis*:

No dia seguinte à vitória alcançada pelos povos livres sobre os regimes que tentaram reduzir à servidão e degradar a pessoa humana, o povo francês proclama de novo que todo ser humano, sem distinção de raça, de religião, nem de crença, possui direitos inalienáveis e sagrados. Reafirma solenemente os direitos e liberdades do homem e do cidadão consagrados pela Declaração de direitos de 1789 e pelos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República.

Para uma compreensão ilustrada deste agenciamento de disposições, vale-se Dominique TURPIN das famosas “matrioskas” - bonecas russas: “o texto de 1958 remete aos de 1789 e 1946, os quais, por sua vez, remetem aos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República.”⁴

Com o acima transcrito, tira-se a ilação de que os direitos fundamentais consagrados pela Constituição Francesa de 1958 não se cingem formalmente aos artigos.⁵ Louis Favoreu deduz que a real Constituição é, na verdade, composta de 135 artigos, e não apenas os 92 de seu Texto.⁶

Outrossim, o bloco da Constitucionalidade constitui fruto da necessidade de uma construção teórica que, por um lado, consolide e desenvolva o rol de direitos, mas que, por outro, não caia no denominado “risco do ativismo por parte do juiz constitucional”⁷

⁴ TURPIN, Dominique. *Contentieux Constitutionnel*. Paris: Presses Universitaire de France, 1986. p. 69

⁵ ROUSSILLONS chega mesmo a apontar os poucos artigos concernentes aos direitos fundamentais, entre os quais cita 1, 3, 4, 64 e 66. *In Le Conseil Constitutionnel*. 3ª edição. Paris: Dalloz, 1996. p. 45.

⁶ FAVOREU, Louis e LLORENTE, Francisco Rubio. *El bloque de la constitucionalidad*. Madrid: Editorial Civitas, 1991. p. 41.

⁷ FAVOREU, L. e PHILIP, L. *op. cit.* p. 249.

Para melhor compreensão de seus elementos, passamos a explicitar os grupos de direitos formadores do bloco:

a) Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:

Fruto da grande Revolução do séc. XVIII, a Declaração consolidou o postulado de universalidade. Informa uma nova maneira de pensar o Direito, ou seja, tem como figura central o indivíduo convivente com duas ordens diversas: a sociedade e o Estado. Consagra assim os denominados direitos de primeira geração, definidos por Paulo Bonavides como aqueles que “*oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.*”⁸

A partir da decisão de julho de 1971, passou a referida Declaração a ser diretamente aplicada pelo Conselho Constitucional, o qual não estabeleceu restrição a nenhum de seus 17 artigos, considerando-os todos de mesmo valor.

b) Preâmbulo da Constituição de 1946:

A experiência de um Preâmbulo só foi conquistada na França com a Constituição de 1946, o qual reafirma, como transcrito acima, a vitória alcançada pelos povos livres na Segunda Guerra Mundial.

Por outro lado, consagra também os direitos econômicos, sociais e culturais, principais matrizes do constitucionalismo do pós-guerra. São estes direitos os denominados de segunda geração, “*vinculados materialmente a uma liberdade ‘objetivada’, atada a vínculos normativos e institucionais, a valores sociais que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser ‘criados’, fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância (...)*”⁹ Trata-se de um conjunto de direitos concretos: espécie de direitos-créditos implicando prestações positivas por parte do Estado e não mais em abstenções.

Assim como a Declaração de 1789, o Conselho Constitucional também considera o Preâmbulo de 1946 por inteiro, sem restrição a qualquer artigo.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 517.

⁹ BONAVIDES, P. *op. cit.* p. 521.

c) Princípios Fundamentais das Leis da República:

É falacioso o argumento de que o Conselho Constitucional, como por vezes acusado, consagre tais princípios de maneira arbitrária. Na realidade, as condições para seu reconhecimento são precisas:

- 1) deve tratar-se de legislação republicana, o que descarta a produzida durante outros regimes; e
- 2) deve ter sido aprovada antes da entrada em vigor da Constituição de 1946.

Já foram admitidos e aplicados como normas constitucionais por parte do Conselho Constitucional os seguintes princípios: liberdade de associação¹⁰, direito de defesa¹¹, liberdade individual¹², liberdade de cátedra¹³, liberdade de consciência¹⁴, independência da jurisdição administrativa¹⁵, independência dos professores universitários¹⁶, competência exclusiva da jurisdição administrativa em matéria de anulação de atos de autoridade pública¹⁷, e, finalmente, a autoridade judicial como guardiã da propriedade privada¹⁸.

Em resumo, vale destacar que o Preâmbulo da atual Constituição francesa sintetiza dois momentos decisivos de sua história jurídica e ideológica: “1789 e 1946, entre uma concepção liberal dos direitos civis e políticos e uma concepção moderna de direitos econômicos e sociais.”¹⁹ Inobstante a diferença temporal existente entre os dois corpos legislativos, estes têm a mesma data de nascimento para o ordenamento jurídico francês: a Constituição de 1958.

A decisão em tela tem o mérito de não ter conferido gradação hierárquica aos referidos Textos Constitucionais. Outrossim, não se forma

¹⁰ DC 44 de 16 de julho de 1971, Rec. 29.

¹¹ DC 70 de 2 de dezembro de 1976, Rec. 39.

¹² DC 75 de 12 de janeiro de 1977, Rec. 33.

¹³ DC 87 de 23 de novembro de 1977, Rec. 42.

¹⁴ DC 87 de 23 de novembro de 1977, Rec. 42.

¹⁵ DC 119 de 22 de julho de 1980, Rec. 49.

¹⁶ DC 165 de 20 de janeiro de 1984, Rec. 30.

¹⁷ DC 224 de 23 de julho de 1987, Rec. 8; DC 261 de 28 de julho de 1989, JO de 1 de agosto de 1989, p. 9681.

¹⁸ DC 256 de 25 de julho de 1989, JO de 28 de julho de 1989, p. 9501.

¹⁹ ROUSSILLON, *op cit.* p. 47.

somente um bloco de constitucionalidade, mas sim um bloco de normas de igual valor hierárquico.

É precisamente por isto que as antinomias tornam-se mais freqüentes do que em outros cenários constitucionais. Chegou-se a enfrentar, por diversas vezes, a problemática de se interpretar normas potencialmente contraditórias e de igual valor no seio do bloco. Neste sentido, é valorizado o papel do Conselho Constitucional como órgão responsável pela árdua tarefa da unificação da Constituição francesa.

Conforme Louis FAVOREU “o juiz constitucional chegou, em menos de vinte anos, a realizar o que cerca de dois séculos de história não haviam conseguido levar a cabo: um conjunto constitucional suficientemente harmonioso e coerente, que combina a modernidade e as tradições e no qual, sobretudo, os direitos fundamentais foram finalmente integrados”²⁰.

Historicamente, percebe-se que a atividade do Conselho teve seu maior destaque na década de 70, quando o cenário político lhe era favorável. Todavia, a renovação parcial de 1980 constituiu uma guinada diversa daquela que vinha o Conselho tomando. Nas célebres palavras do novo juiz do Conselho Georges VEDEL, na Jornada Jurídica Franco-Alemã de 1984, “o juiz constitucional francês deve apoiar-se nas disposições contidas nos textos constitucionais: no *Direito não existe a no man’s land constitucional*”²¹, afirmando que o juiz constitucional deve apoiar-se somente nas disposições contidas no próprio Texto Constitucional.

Desta forma, ao longo dos últimos anos, destaca-se certa desaceleração na construção do Bloco da Constitucionalidade, atividade que certamente exigiria um contínuo esforço em termos de interpretação e solidificação do entendimento jurisprudencial. Percebe-se, outrossim, um retorno à valorização da simples letra da Constituição, o que frustra qualquer tentativa de ampliação ou atualização do rol de direitos fundamentais.

²⁰ FAVOREU, L. e LLORENTE, F. R. *El bloque de la constitucionalidad*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 42.

²¹ VEDEL, G. *apud* FAVOREU, L. e LLORENTE, F. R. *op. cit.* p. 24.

C) Transposição para o Contexto Constitucional Brasileiro

A exaltação da decisão de 1971 tem o fito de incentivar a teorização de um bloco da constitucionalidade por parte da doutrina²² e jurisprudência brasileiras. Para a realização de tal impulso, deve-se primeiramente dar ênfase a algumas características do constitucionalismo verde e amarelo.

Em breves palavras, o Constituinte de 1988 primou pela redação de um extenso rol de direitos fundamentais, consolidados nominalmente como individuais e sociais. Ciente da permanente “decantação” de tais direitos – entendido o termo como consolidação e incorporação de novas camadas – afirma o legislador seu caráter não taxativo, *in verbis*:

Artigo 5º Parágrafo 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Muitas vezes denominado “cláusula aberta” ou “de receptividade”, o parágrafo 2º do artigo 5º constitui precisamente a possibilidade de extensão do Texto Constitucional. Através de sua redação, confirmou o constituinte a inviabilidade do congelamento dos direitos fundamentais naqueles considerados ao tempo do processo de elaboração da Carta Constitucional.

Como bem enfatiza Hugo Sarlet, as fontes dos direitos fundamentais “*podem ter acento em outras partes do texto constitucional ou residir em outros textos legais nacionais e internacionais.*”²³ Neste sentido, pode-se afirmar que um suposto bloco da constitucionalidade brasileiro pode ser formado pela consagração de normas constantes da própria Constituição, mesmo que em parte distinta do rol, ou pela automática incorporação de diplomas internacionais concernentes à matéria dos direitos humanos²⁴.

²² Não se poderia deixar de aludir à contribuição de José Alfredo Baracho. Em seu livro **O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução**, (Rio de Janeiro: Forense, 1996), o constitucionalista mineiro dedica algumas linhas à teoria do bloco da constitucionalidade.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. P. 85.

²⁴ Cabe aqui uma nota explicativa quanto à utilização das expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos*. Alguns autores observam que a expressão *direitos humanos* é utilizada em países de língua inglesa enquanto *direitos fundamentais* seriam fruto da tradição continental, notadamente germânica. Outros autores acreditam que a diferença encontra-se, na realidade, no âmbito de aplicação do conceito: os direitos fundamentais se restringem ao âmbito constitucional, enquanto os direitos humanos ao âmbito

Apresentada nossa proposta de formação de um bloco da constitucionalidade, vale recapitular a postura que vem tomando o Supremo Tribunal Federal, principal guardião da Constituição Federal, quanto à empresa teórica de elasticidade do rol dos direitos fundamentais.

Primeiramente, com relação ao já determinado pela própria Constituição, considera este Tribunal que mesmo uma norma não constante do rol de direitos fundamentais não pode ser objeto de emenda quando tenha conteúdo de direito individual (art. 60, parágrafo 4º, inc. IV C.F.).

Trata-se especificamente da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 937-7, publicada no Diário de Justiça da União em 18 de março de 1994, a qual discutiu a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3/93 e da Lei Complementar nº 77-93, no que dizia respeito à criação do IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira). Entendeu este Tribunal a inconstitucionalidade da Emenda no tocante à cobrança do imposto ainda naquele mesmo ano, em frontal confronto com o princípio da anterioridade.

Na análise de Hugo Sarlet, “*reconheceu-se expressamente que o princípio da anterioridade consagrado no art. 150, inc. III, alínea b da Constituição brasileira constitui, por força do art. 5º parágrafo 2º, da Lei Maior, autêntico direito e garantia fundamental do cidadão-contribuinte, consagrando, assim, o princípio da abertura material do catálogo de direitos fundamentais da nossa Constituição.*”²⁵

Se, por um lado, o Supremo Tribunal Federal agiu nesta decisão de forma a aumentar o rol dos direitos fundamentais com o acréscimo do direito individual à anterioridade, não se pode afirmar, por outro lado, que a mesma atitude vem sendo tomada com relação às normas internacionais de direitos humanos.

Por infelicidade, este Tribunal insiste em que os tratados concernentes à matéria dos direitos humanos sejam submetidos ao mesmo tratamento conferido a qualquer outro tratado, equivalendo assim à Lei Federal. Contrariamente, acreditamos que o constituinte tenha dispensado tratamento

internacional. Vale ressaltar que, no alcance deste trabalho, ambas as expressões são utilizadas indiscriminadamente.

²⁵ SARLET. *op. cit.* p. 83.

especial – hierarquia de norma constitucional – aos tratados especificamente desta matéria.

Concordamos com a categórica posição de Flávia Piovesan, quando afirma que, ao incorporar a “cláusula de receptividade”, “a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados.”²⁶

Cabe aqui uma análise do julgamento do Habeas Corpus 77.631/98, no qual o Supremo Tribunal Federal se manifesta acerca do aparente conflito entre a Constituição brasileira, a qual permite dois casos de prisão civil - depositário infiel e inadimplente alimentar (art. 5º. Inc LXVII) - e o Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, o qual a restringe apenas ao caso de dívida alimentar.

Descreve o inc. LXVII do art. 5º da Lei Maior, *in verbis*:

Não há prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

Em uma interpretação mais aprofundada deste inciso, vale ressaltar que o direito fundamental em questão é o da NÃO prisão por dívida. As hipóteses da prisão por inadimplemento alimentar e do depositário infiel constituem, na realidade, exceções constitucionalmente previstas a um direito fundamental. Se um Tratado afirma que a única possibilidade viável de prisão civil entre os países do continente americano é a da dívida alimentar, quer dizer que, conduzente ao princípio da norma mais favorável e da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, o direito fundamental à não prisão por dívida foi alargado.

A impossibilidade de prisão civil do depositário infiel amplia o próprio rol dos direitos fundamentais. A inclusão de normas provenientes de Tratados constitui a hipótese mais fértil para a construção de um verdadeiro bloco da constitucionalidade.

²⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 83.

No entanto, não parecer ser esta a tendência do STF, que na decisão do Habeas Corpus *supra* citado, através do voto do Min. Celso de Mello, afirma que “os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental.”²⁷

Tal interpretação somente pode ser compreendida mediante o próprio entendimento que este Tribunal tem acerca do parágrafo 2º. Prossegue o Ministro: “Diversa seria a situação se a Constituição do Brasil – à semelhança do que hoje estabelece a Constituição argentina de 1853, no texto emendado pela Reforma Constitucional de 1994 (art. 75, nº 22) – houvesse outorgado hierarquia constitucional aos tratados celebrados em matéria de direitos humanos.”²⁸

De que trata a denominada cláusula aberta senão da aprovação da superioridade hierárquica constitucional dos tratados que versem sobre direitos humanos?

Através do estudo do bloco da constitucionalidade francês, originado no início da década de 70, procura-se subsídio para a construção de um bloco brasileiro, que busque encaixar, ao longo do tempo, peças para o alargamento do rol dos direitos fundamentais descritos pelo constituinte.

Acredita-se que a forma mais adequada a tal empresa constituiria primeiramente a busca de normas constitucionais não constantes do rol de direitos e assim não protegidas pela impossibilidade de emenda, e notadamente pela constitucionalização dos tratados que versem sobre direitos humanos.

É precisamente através de empresas doutrinárias e jurisprudenciais que se pode cristalizar a vivência da constituição como valor compartilhado no passado e também construído continuamente no presente. Somente através de uma permanente decantação e o alargamento do rol dos direitos fundamentais no seio de um bloco da constitucionalidade é que será possível preservar o caráter emancipatório da Constituição de 1988.

²⁷ HC 77.631 – SC: decisão publicada no Diário de Justiça de 19 de agosto de 1998.

²⁸ *Ibidem*.

**O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE
DIREITO DEMOCRÁTICO COMO FUNDAMENTO DE
DECISÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PORTUGUÊS: UM CASO DE INTERPRETAÇÃO
INCONSTITUCIONAL**

*Elídio A. B. Marques**

Acórdão do Tribunal Constitucional 259/98

Julga inconstitucional, por violação do art. 2 da Constituição da República, a norma do art. 107, n. 1, alínea b), do Regime do Arrendamento Urbano, interpretada no sentido de abranger os casos em que já decorrera integralmente, no domínio da lei antiga, o tempo de permanência do arrendatário, indispensável, segundo essa lei, para impedir o exercício do direito de denúncia pelo senhorio.

1. Descrição do caso

No caso aqui analisado, o Tribunal Constitucional exerce a atribuição de fiscalização sucessiva concreta. O objeto da polémica é a aplicação do novo Regime de Arrendamento Urbano (RAU) português a uma relação contratual pré-existente. De acordo com o regime de arrendamento daquele país o proprietário tem a faculdade de denunciar o contrato de arrendamento, exceto se o inquilino estiver há 30 ou mais anos no local (segundo o regime novo) ou há 20 ou mais anos (pelo regime antigo).

A denúncia do contrato foi proposta depois da entrada em vigor do novo regime. Entretanto, a relação jurídica já havia completado 20 anos antes de

*Membro do Grupo de Pesquisa sobre Jurisdição Constitucional, empreendida pela Fundação Casa de Rui Barbosa e pelo Departamento de Direito da PUC-Rio.

vigorar a nova lei. A proprietária intentou ação de despejo na Comarca de Lisboa contra a arrendatária pedindo a declaração de denúncia do contrato de arrendamento e alegando que ainda não havia se passado o prazo da nova lei.

Na 1ª instância a ação foi julgada improcedente, sendo absolvida a ré do pedido. A autora recorreu para a 2ª instância, o Tribunal da Relação de Lisboa, que lhe deu razão contra o argumento da ré de que o direito de denúncia caducara. Em seguida, a ré requereu esclarecimento da decisão ao próprio Tribunal, no qual considerava inconstitucional a aplicação do novo regime à sua situação. Este requerimento foi indeferido.

O art. 70, n. 1, alínea b) da Lei do Tribunal Constitucional português determina:

“Cabe recurso para o Tribunal Constitucional, em secção, das decisões dos tribunais:

a) (...)

b) *Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo;*

(...)”

Utilizando-se desta norma a ré recorreu ao Tribunal Constitucional que resolveu o caso a seu favor pelo acórdão aqui analisado, considerando inconstitucional a interpretação da norma dada pelo Tribunal da Relação.

2. Controle da constitucionalidade em Portugal

Em primeiro lugar, cabe esclarecer, em linhas gerais, a forma de exercício da jurisdição constitucional portuguesa.

Portugal tem um Tribunal Constitucional (TC) desde a revisão constitucional de 1982, quando substituiu os dois órgãos anteriormente

responsáveis pelo controle da constitucionalidade: a Comissão Constitucional e o Conselho da Revolução¹.

Não estando subordinado a qualquer diretiva de outros órgãos, discute-se a possibilidade de ser considerado o TC verdadeiro órgão de soberania (assim como a Assembléia da República, o Presidente da República e o Governo).

Importante definição nos é dada pelo art. 221 da Constituição da República Portuguesa (CRP): *“O Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional.”* A insuficiência da definição verifica-se em confronto com o elenco de atribuições do referido tribunal, já que estas ultrapassam o âmbito constitucional. Não obstante, deve ser entendido como um órgão jurisdicional do Estado, embora sua composição não deixe de apresentar um forte acento político.

É com base neste acento político que se discute a natureza jurisdicional do TC, havendo mesmo quem considere a atividade de controle da constitucionalidade como não-jurisdicional, como função autônoma. Na realidade, as dimensões política e jurídica estão sempre presentes nas questões constitucionais. Sendo as decisões do TC racionalmente tomadas após um processo e materialmente fundadas em um direito, que é o direito constitucional, deve-se entender este órgão como de natureza jurisdicional.

O TC é composto por treze juizes, cujo mandato foi ampliado de seis para nove anos através da mais recente revisão constitucional. Praticamente a única exigência é que, do total, seis devem ser oriundos de outros tribunais. Os outros sete devem ser juristas. A CRP não impõe uma idade mínima ou qualquer outra condição pessoal.

Os juizes gozam das garantias de independência, imparcialidade, inamovibilidade e irresponsabilidade (não podem ser penalmente ou civilmente responsabilizados por suas decisões).

¹A Comissão Constitucional tinha competência para julgar, em grau de recurso, os casos de controle concreto (sistema difuso) da constitucionalidade. Ao Conselho da Revolução, no entanto, cabia a fiscalização abstrata (preventiva e sucessiva) da constitucionalidade, além da fiscalização dos casos de inconstitucionalidade por omissão. O antigo Conselho da Revolução era evidentemente um órgão tutelar de natureza política. Seu objetivo principal era preservar os valores consagrados pela Revolução dos Cravos e, conseqüentemente, seus critérios de decisão não eram apenas jurídicos.

O TC administra a justiça em matéria jurídico-constitucional. Não é o único órgão a exercer a justiça constitucional, já que as constituições portuguesas, por influência da primeira constituição republicana brasileira, consagram desde 1911 o controle difuso da constitucionalidade.

A competência do TC pode ser assim dividida:

- a) Apreciação da inconstitucionalidade e da ilegalidade das leis regionais da Madeira e dos Açores;
- b) Competência relativa ao Presidente da República;
- c) Competência relativa a processos eleitorais;
- d) Competência relativa a partidos políticos, coligações e frentes;
- e) Competência relativa a organizações que perfilhem a ideologia fascista;
- f) Competência relativa a referendos nacionais, regionais e locais;

Em grau de recurso, o TC examina apenas os casos de fiscalização concreta da constitucionalidade e os atos do processo eleitoral.

3. Comentários à decisão

Um aspecto aparece como o mais relevante na análise do caso aqui brevemente analisado: problemática da aplicação retroativa da lei que, de uma forma mais geral, está ligada à segurança jurídica e ao princípio do Estado de Direito.

Em relação à segurança jurídica, deve-se lembrar, desde logo, que a Constituição Portuguesa não possui um dispositivo semelhante ao nosso de proteção do chamado "direito adquirido" (art. 5º, XXXVI) frente à lei. É possível imaginar que se um caso semelhante fosse apreciado no Brasil provavelmente seria resolvido pela evocação deste instituto. Não existindo esta proteção constitucional, a argumentação do Tribunal seguiu outros caminhos.

As alegações da proprietária (recorrida) foram basicamente as seguintes: não se trata de aplicação retroativa, uma vez existe um novo prazo estabelecido pela lei; e, mesmo que houvesse esta retroatividade, não estaria em causa a restrição de direitos, pelo contrário, a norma possibilitaria mesmo a ampliação do direito de habitação e de propriedade.

O núcleo das alegações da recorrente situa-se na disposição constitucional segundo a qual as leis restritivas de direitos não podem ter efeitos retroativos (art. 18 nº 3 da CRP). Esta alegação, no entanto, encontra a dificuldade de ser o referido dispositivo intimamente associado ao conjunto de direitos, liberdades e garantias elencados na própria Constituição. A pretensão, portanto, seria a de alargar a garantia da irretroatividade a um direito resultante de uma relação privada. Neste sentido, o Tribunal Constitucional reafirmou uma posição dominante na doutrina portuguesa (sob influência direta da teoria constitucional alemã, nomeadamente de Robert Alexy): a de considerar as normas sobre direitos fundamentais como princípios objetivos, válidas para todos os âmbitos do Direito, inclusive para a legislação civil².

A decisão do TC em favor da recorrente teve como principal motivação o fato de já haver, na época do aparecimento da nova lei, uma situação jurídica constituída, ou seja, a circunstância de já não poder o proprietário denunciar o contrato. A lei não se refere a esta situação como constitutiva de um direito para o arrendatário, mas como uma exceção à possibilidade do exercício do direito de denúncia do proprietário. No entanto, para o Tribunal, a arrendatária já havia realizado inteiramente os pressupostos de não competência de denúncia do senhorio quando a lei nova entrou em vigor. Para o Tribunal Constitucional a arrendatária tem o direito de permanecer no local, uma vez que a solução contrária, apontada pela 2ª instância, levaria a uma situação marcada pela arbitrariedade e pela imprevisibilidade. O direito da arrendatária, estaria, assim, fundado no postulado da segurança jurídica, sem o qual não se pode compreender a realização do princípio do Estado de Direito Democrático, estruturante dos modernos sistemas constitucionais.

Para CANOTILHO, em uma posição bastante próxima a do TC, o princípio do Estado de Direito implicaria em verdadeiros princípios constitucionais autônomos que lhe dariam consequência. Entre estes estariam os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança que são assim definidos pelo autor: "*o cidadão deve poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações.*

² Neste sentido: ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdes. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, s/d.

praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas."³

Ainda segundo o autor, a irretroatividade das leis é uma consequência destes princípios. No entanto, nem todas as leis devem ser consideradas irretroativas, pois isso engessaria o legislador, o impedindo a realização de novas exigências de justiça⁴. A lei retroativa é inconstitucional quando contraria alguma regra ou princípio (expresso ou implícito) da Constituição⁵.

São basicamente dois os casos de irretroatividade explicitamente vedados pela CRP: as leis penais e as já referidas leis restritivas de direitos, liberdades e garantias (situação alegada pela recorrente). Além destas duas situações, uma lei retroativa é inconstitucional se isto for justificado por um princípio constitucional⁶. CANOTILHO estabelece como critério para que um princípio possa servir de base à inconstitucionalidade de uma lei retroativa, sua densidade normativa. Com isso, busca evitar que "princípios abstratos, insuficientemente positivados ou desprovidos de densidade normativa", entre os quais refere-se explicitamente a um eventual princípio da "garantia dos direitos adquiridos", justifiquem a inconstitucionalidade de uma lei⁷. Tal justificativa deve estar sempre vinculada, em última instância, ao princípio do Estado de Direito Democrático.

Neste mesmo sentido, Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA estabelecem uma linha de continuidade direta entre o art. 18 n° 3 da Constituição Portuguesa (a irretroatividade das leis restritivas de direitos, alegada pela recorrente) e a proteção da confiança e a segurança jurídica como corolários do Estado de Direito Democrático, utilizados pelo Tribunal como justificativa da decisão⁸.

A interpretação dada pelo Tribunal da Relação, segundo o TC, muito embora não contrarie nenhuma regra constitucional, contraria um princípio e os seus desdobramentos necessários. Este princípio do Estado de Direito

³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 1993, p. 373.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, cit., p. 375.

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, cit., p. 375.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, cit., p. 376.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, cit., p. 376.

⁸ CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra ed., 1993, p. 153.

Democrático estaria expresso no art. 2º da CRP, apontado como fundamento constitucional da decisão:

"Art. 2º - A República portuguesa é um estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas e no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais, que tem por objectivo a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa"

Aspecto que, com certeza, merece destaque diz respeito ao fato de ser a decisão uma declaração de inconstitucionalidade não de uma norma, mas de uma determinada interpretação da norma. Esta declaração de inconstitucionalidade de interpretação, associada à idéia de interpretação conforme a constituição, é relativamente comum na jurisdição constitucional portuguesa (mais uma vez sob influência alemã).

Conclusão

Considerando que, em última instância, o objetivo da breve análise aqui apresentada é a comparação com o sistema brasileiro, algumas notas devem ser registradas à guisa de conclusão.

Em primeiro lugar, a importância que a fiscalização da constitucionalidade no caso concreto pode assumir, mesmo em um sistema em que além da fiscalização sucessiva abstrata (semelhante à existente entre nós) existe ainda a fiscalização preventiva da constitucionalidade. O caso aqui visado reforça a percepção segundo a qual o debate acerca da constitucionalidade de uma norma não pode ser esgotado antes que esta seja confrontada com a realidade que pretende regular, o que conduz a uma reflexão acerca da conveniência de uma declaração prévia de constitucionalidade.

Além disso, a densidade normativa atribuída aos princípios constitucionais, com a consideração dos seus corolários e o desencadeamento de decisões concretas a partir deles, pode servir de reflexão e exemplo a todos os operadores do Direito brasileiro, dotado de princípios e diretivas tão ou mais abrangentes que os do citado art. 2º da CRP. A busca por soluções mais justas e socialmente adequadas a partir de nossa jurisdição constitucional, certamente, poderia ser favorecida por uma postura mais arrojada quanto a aplicação direta dos princípios constitucionais.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS DECRETI-LEGGE: UMA EXPERIÊNCIA ITALIANA

Thamy Pogrebinski*

I- Introdução

Este ensaio foi escrito no âmbito da pesquisa Jurisdição Constitucional, resultado de um convênio entre o Departamento de Direito e a Fundação Casa de Rui Barbosa. Como membro integrante da parte do grupo responsável pela pesquisa comparada, o objeto – ou país – por nós escolhido para análise foi a Itália. De posse da tarefa de estudar o controle de constitucionalidade italiano, a elaboração deste primeiro trabalho se centrará na análise de um caso concreto, ou melhor, de uma decisão proferida pela Corte Constitucional daquele país. A sentença escolhida – Sentença n.29 de 1995 – trata do controle de constitucionalidade dos *decreti-legge*, instituto italiano que inspirou as nossas medidas provisórias. Na verdade, buscaremos enfatizar mais detidamente a possibilidade de o controle se exercer ainda sobre a lei de conversão, que não sanará os vícios existentes – quando existentes – no decreto-legge.

Para tanto, este artigo seguirá a seguinte forma: Primeiramente, abordaremos alguns aspectos gerais da jurisdição constitucional italiana, sem nos preocupar com detalhes, de modo a apenas propiciar que o leitor se familiarize com algumas peculiaridades daquele sistema, a fim de facilitar a compreensão do contexto em que se originou a sentença analisada. Em seguida, trataremos um pouco mais especificamente da possibilidade do exercício do controle constitucional sobre tais atos normativos com força de lei na Itália. É então que passamos a análise da sentença n. 29 de 1995, objeto deste trabalho para, depois,

*Membro do grupo de pesquisa sobre Jurisdição Constitucional Comparada, realizada em convênio com a Fundação Casa de Rui Barbosa. Bolsista do PET-JUR-PUC-Rio, desde outubro de 1996.

fezemos breves comentários sobre o mesmo tipo de controle pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. Feita a análise comparativa, concluiremos com o ensejo de que a experiência italiana possa inspirar maior ousadia ao nosso Supremo Tribunal.

2- Aspectos da Jurisdição Constitucional na Itália

A jurisdição constitucional italiana tem como característica essencial a natureza concentrada dos seus juízos em um órgão novo e especializado. Muito embora seja dominante na doutrina a qualificação da Corte Constitucional como autoridade jurisdicional, a própria, em sentença de 1960 (número 13) afirma sua função de controle constitucional e seu caráter político, negando poder ser incluída entre os órgãos judiciários de qualquer tipo².

A Corte Constitucional encontra-se disciplinada no Título VI, parte II, artigos 134 a 137 da Constituição da República Italiana. Porém, os traços distintivos desta jurisdição não são fixados pela Constituição, a qual no parágrafo primeiro do artigo 137 legou a uma pressuposta lei constitucional o dever de estabelecer "as condições, a forma e os termos de proposição dos juízos de legitimidade constitucional".

Esta lei (*legge costituzionale n.1*) foi promulgada em 9 de fevereiro de 1948, e, não sendo de *per si* suficiente para viabilizar o funcionamento imediato da Corte, foi promulgada cinco anos depois uma lei ordinária, a *legge n. 87*, de março de 1953, acompanhada contemporaneamente da *legge costituzionale n.1/1953*. Estas duas últimas, eram previstas pelo mesmo artigo 137, segundo parágrafo. Deste modo, a primeira audiência pública da Corte ocorreu apenas em 23 de abril de 1956, portanto, cinco anos após a promulgação

² A natureza da atividade da Corte Constitucional italiana - se jurisdicional ou política - é objeto de grande controvérsia entre os autores. Costantino Mortati, em sua magistral obra *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Cedam, Padova, 1976, Tomo II, pp. 1470-1475, identifica e descreve os principais argumentos utilizados pelas duas correntes e acaba por afirmar que a Corte desempenha um "papel político" inobstante seu caráter jurisdicional. Livio Paladini em seu *Diritto Costituzionale*, Cedam, Padova, 1995, pp. 694 e 698-699, também identifica os dois posicionamentos e seus articuladores, porém sem se posicionar. Entre nós, José Alfredo de Oliveira Baracho em seu livro *Processo Constitucional*, Forense, Rio de Janeiro, 1984, pp. 258-259, também ilustra o debate. Em sentido contrário, Mauro Cappelletti, *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1992, afirma que a Corte italiana exerce atividade jurisdicional e não política. Para esse autor, a Corte só exercerá controle político no caso de conflitos de atribuição entre os poderes do Estado, modalidade de controle constitucional previsto pela Constituição italiana em que o controle político exercido por outro órgão que não a Corte (o Presidente ou o Parlamento) recairá para esta.

³ Sobre o processo histórico de institucionalização e afirmação de identidade da Corte Constitucional italiana através de análise do desenvolvimento de suas sentenças, veja-se Francesco Bonini, *Storia della Corte Costituzionale*, NIS, Roma, 1996.

da Constituição Italiana. Neste interim, deu-se o controle difuso com base no Estatuto Albertino, então em vigor.

Visando a assegurar sua independência, a Corte é dotada de uma grande autonomia, o que corresponde ao que alguns autores chamam de "direito comum" dos órgãos constitucionais³. A Corte Constitucional Italiana possui autonomia normativa, autonomia financeira, contábil e administrativa, capacidade de auto-organização e jurisdição doméstica⁴.

Quanto à sua composição, o artigo 135 da Constituição italiana, alterado pelo artigo 1º da lei constitucional n. 22 de 1967 determina que seja a Corte composta por quinze juizes, nomeados da seguinte forma: a) um terço pelo Presidente da República; b) um terço pelo Parlamento em sessão conjunta, e c) um terço pela Suprema Magistratura ordinária e administrativa (três escolhidos pela Corte de Cassação, um pelo Conselho de Estado e um pela *Corte dei Conti*⁵.

O mandato dos juizes, segundo o artigo 135 § 3º, alterado pela *legge costituzionale n. 2* de 1967 é de nove anos (antes eram 12 anos). O mandato se inicia no dia do juramento (posse) e termina no exato dia que findam os nove anos. Não é possível prorrogação e nem recondução ao cargo⁶.

Quanto à sua competência, a Corte é competente para julgar, na forma do artigo 134 da Constituição italiana:

- controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e dos atos com força de lei, do Estado e das Regiões;
- conflitos de atribuições entre os Poderes do Estado, aqueles do Estado e das Regiões e das Regiões entre si;
- a acusação proposta contra o Presidente da República;

³ Neste sentido, A. Sandulli e P. Barile, *apud* Livio Paladini, *op.cit.* p. 706

⁴ tais aspectos não encontram-se mencionados expressamente no texto constitucional, porém nas normas integrativas, especialmente a *Legge n. 87* de 11 de março de 1953.

⁵ A *Corte dei Conti* é disciplinada no artigo 100 da Constituição italiana, como um órgão auxiliar dos órgãos constitucionais, ao lado do Conselho de Estado e do Conselho Nacional de Economia e Trabalho. Sua função básica é a de fiscalizar a gestão das finanças públicas. Cf. Costantino Mortati, *op. cit.* p. 600 e 603. Ainda, na redação do citado artigo 100, "exercita o controle preventivo de legitimidade sobre os atos do Governo e também o controle sucessivo sobre a gestão do balanço do Estado."

⁶ Artigo 135 § 4º.

– a admissibilidade da solicitação do *referendum* ab-rogativo previsto pelo artigo 75⁷

As leis e os atos equiparados (com força de lei) da República são impugnáveis tanto por via incidental quanto por via principal.

Incidentalmente, a questão de ilegitimidade constitucional pode ser levantada no curso do julgamento ou por uma das partes, desde que o juiz não a considere manifestamente infundada, sendo remetida à Corte Constitucional para julgamento.

Por via direta, quando uma Região considera que uma lei ou ato da República invade a esfera de competência para si garantida pela Constituição, pode, com deliberação da Junta Regional, promover a ação de legitimidade constitucional frente à Corte, no termo de 30 dias da publicação da lei ou do ato.

Além disso, uma lei de uma Região pode ser impugnada por ilegitimidade constitucional quando uma outra Região se considere lesionada em suas competências. A ação deve ser proposta após deliberação da Junta Regional dentro de 60 dias da publicação da lei⁸.

Quanto à eficácia de suas decisões, após a declaração de ilegitimidade constitucional pela Corte, a norma deixa de ter eficácia no dia sucessivo à publicação da decisão. As decisões da Corte são publicadas e comunicadas às Câmaras e aos Conselhos Regionais interessados, a fim de que procedam às medidas necessárias na forma constitucional. Não é permitida nenhuma impugnação contra a decisão da Corte, vale dizer, ela é definitiva⁹.

3. O controle de constitucionalidade dos *decreti-legge* pela Corte Constitucional italiana: possibilidade de impugnação da lei de conversão

A possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade sobre os *decreti-legge* nunca encontrou obstáculos na doutrina e jurisprudência

⁷ esta competência foi introduzida pela *legge costituzionale* n.1 de 1953.

⁸ Há diversas obras que tratam da jurisdição constitucional italiana. Além das citadas de Paladin e Mortati, vale a pena ver: Gustavo Zagrebelsky. *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Imola, 1988 e Roberto Romboli (org.) *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1996.

⁹ Constituição da República Italiana, artigo 136.

italianas¹⁰. Isto porque tal faculdade decorre de autorização constitucional que não cede muito espaço para interpretação em sentido diverso. O já citado artigo 134 § 1º da Constituição italiana, que determina e delinea o objeto do controle, afirma que neste se inserem os juízos sobre “controvérsias relativas a legitimidade constitucional das leis e dos atos com força de lei do Estado e das Regiões” (grifo nosso). Ora, não há dúvida de que entre os atos com força de lei se inserem os *decreti-legge*¹¹. E assim é unânime a doutrina em reconhecer¹².

A primeira peculiaridade que podemos perceber neste sistema reside no fato de que o controle de constitucionalidade dos *decreti-legge* se exerce predominantemente sobre as leis de conversão¹³. E é aqui que se insere o foco principal de nossa análise, sobre o qual iremos perquirir na sentença a seguir. Ora, permitir que o controle se exerça sobre a lei convertida significa dizer de plano que a conversão, pelo Parlamento, do decreto-lei em lei, não convalida, por si, os vícios eventualmente existentes no primeiro¹⁴. Assim, a impugnação judicial da normativa, quando viciada, poderá se dar quando esta se revestir da forma de *decreto-legge*, bem como ao já possuir caráter de lei¹⁵.

¹⁰ É evidente que o exercício deste controle encontrou e ainda encontra limitações, como buscaremos demonstrar. O que se quer dizer aqui é que nunca houve dúvida quanto a possibilidade de impugnação judicial da espécie normativa em questão. O maior foco de resistência na doutrina italiana parece ser, como mencionaremos e como ocorre no Brasil no âmbito jurisprudencial, quanto à possibilidade de valoração judicial dos pressupostos de habilitação do ato.

¹¹ Os *decreti-legge* são disciplinados pelo artigo 77 da Constituição italiana que tem a seguinte redação: “O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, emanar decretos que tenham valor de lei ordinária. Quando, em caso extraordinário de necessidade e urgência, o Governo adota, sob sua responsabilidade, providimentos provisórios com força de lei, deve no mesmo dia os apresentar às Câmaras para sua conversão, as quais, mesmo se em recesso, serão convocadas e se reunirão em cinco dias. Os decretos perdem a eficácia desde o início, se não forem convertidos em lei dentro de sessenta dias de sua publicação. As Câmaras podem todavia regular através de lei as relações jurídicas decorrentes dos decretos não convertidos. (grifo nosso)

¹² Os manuais de Direito Constitucional italiano em geral inserem o estudo dos *decreti-legge* no capítulo destinado às fontes de direito, e ainda os tratam na parte dedicada ao controle de constitucionalidade. Veja-se, a título exemplificativo, as obras já citadas de C. Mortati e L. Paladin. Os decretos-lei italianos são considerados fonte primária (ou ato normativo primário), ao lado da *legge dello stato* (art.70) e do *decreto legislativo delegato* (art.76), o que não deixa restar dúvidas quanto a possibilidade de sua impugnação constitucional. Assim, além dos autores já citados, G. Zagrebelsky, *op.cit.* p.101.

¹³ Neste sentido, Clémerson Merlin Clève, *Medidas Provisórias*, Max Limonad, São Paulo, 2a. Edição, 1999, p. 135 e *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo 1995.

¹⁴ Veja a análise da sentença n. 29 de 1995, no próximo item.

¹⁵ A natureza deste lei é porém discutível e, de fato, muito discutida em sede doutrinária. Paladin lhe confere o caráter de lei formal, *op.cit.* p. 189, enquanto Mortati diz que a conversão efetua uma novação na fonte, de modo a lhe dar caráter de lei material. *op.cit.* p.709. A Corte Constitucional italiana, na própria sentença n.29 que é objeto deste trabalho, afirma ser sua jurisprudência constante aquela segundo a qual “os atos com força de lei, inclusive o decreto-lei e consequentemente a lei de conversão, são equiparados a lei formal, podendo mesmo intervir na matéria à esta reservada”. Neste mesmo sentido a Corte apresenta como precedentes as sentenças n. 173 de 1987, 243 e 184 de 1974 e 39 de 1971. Veja-se seus teores em www.giurcost.org.it ou em www.cortecostituzionale.it, ambas fontes de jurisprudência constitucional italiana na Internet. No Brasil há a mesma controvérsia. Recusa-se a conferir caráter de lei ordinária à lei de conversão pelo fato de aquela não integrar o processo legislativo ordinário. Celso Antônio Bandeira de Mello, citado em C. Clève, *op.cit.* p.149. Este último, como toda a *constitucionalística brasileira* (José Afonso da Silva e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *só para citar*)

b) afirma a possibilidade de exercício de tal controle tanto sobre o próprio *decreto-legge*, como sobre sua lei de conversão.

No entanto, a principal questão em debate entre os doutrinadores italianos, no que concerne ao controle judicial dos *decreti-legge* refere-se à possibilidade de avaliação de seus pressupostos de habilitação, quais sejam a necessidade e a urgência¹⁶. Na Itália, de forma semelhante a que ocorre ainda no Brasil¹⁷, muito discutiu-se acerca da legitimidade do controle judicial sobre tais requisitos, havendo doutrina que afirmasse estarem eles sujeitos apenas à valoração política, vale dizer, do Governo que editou o ato e do Parlamento que o converteu em lei¹⁸. A doutrina mais moderna de Zagrebelsky, Paladin e Mortati, que aqui seguimos admite, sem resistências, a possibilidade de controle jurisdicional dos pressupostos de edição dos decretos-lei italianos¹⁹. É de se ressaltar que, muitas vezes, mesmo este entendimento ainda se prende à tese do excesso de poder legislativo²⁰, sendo, por isso, inovadora a sentença que apresentaremos a seguir, que amplia o controle dos pressupostos do *decreto-legge* para além dos limites daquela tese, fazendo-o alcançar o momento da conversão em lei, possibilitando que a própria lei de conversão seja judicialmente impugnada pela ausência dos requisitos de necessidade e urgência.

4. A Sentença número 29 de 1995

A Sentença n. 29, prolatada pela Corte Constitucional italiana em 27 de janeiro de 1995 apresenta relevância indubitável, sendo por isso citada em obras de referência sobre a matéria aqui tratada²¹. A importância desta decisão se dá por dois fatores:

a) rejeita a argumentação de que a Corte Constitucional não pode exercer seu controle sobre os pressupostos de necessidade e urgência dos *decreti-legge*;

afirma que a lei de conversão decorre de procedimento anômalo (Clève) ou procedimento legislativo especial (José Afonso), não integrando o processo legislativo ordinário.

¹⁶ Já a redação do artigo 62 da Constituição brasileira de 1988 que disciplina as medidas provisórias, fala em "relevância" e "urgência".

¹⁷ Ver item 5 deste artigo.

¹⁸ Neste sentido e discriminando esta corrente doutrinária, Clémerson Clève, *op.cit.* p.140.

¹⁹ Veja-se: Mortati, *op.cit.* pp. 704-712 e pp. 1400-1402; Paladin, *op.cit.* p. 191 e segs. e p.747; Zagrebelsky, *op.cit.* p 101 e segs.

²⁰ Neste sentido C. Clève, *op.cit.* p.140. A tese do abuso ou excesso do poder de legislar refere-se simplesmente à limitação em função do transbordamento, inadequação ou desproporção dos limites constitucionais pelo legislador, no caso o Presidente da República. Quanto ao tema do excesso ou desvio de poder de legislar, é de se mencionar o livro de Pedro Estevam A. P. Serrano, *O Desvio de Poder na Função Legislativa*, FTD, São Paulo, 1997. O nosso supremo Tribunal Federal tem jurisprudência dominante neste sentido, como se pode verificar no acórdão da ADIN 526-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 145:101.

²¹ Cf. Livio Paladin, *op.cit.* p.747 e C. Clève, *op.cit.* p.149.

Tratou-se de questão de legitimidade constitucional suscitada a partir de seis recursos²² das Regiões italianas de Valle d'Aosta, Friuli-Venezia Giulia, Veneto e Emilia-Romagna, que contestavam a violação do artigo 77 da Constituição da Itália²³, aduzindo a inexistência dos pressupostos de necessidade e urgência na decretação do Decreto-lei n.453 de 15 de novembro de 1993 (que dispunha sobre matéria de jurisdição e controle da *Corte dei Conti*) e na promulgação da Lei n. 19 de 14 de janeiro de 1994 (conversão em lei, com modificações, do decreto-lei n.453). A ilegitimidade constitucional foi deduzida a partir de vários aspectos pelas recorrentes. Abstraidas as questões de inconstitucionalidade material que fogem ao escopo deste trabalho, interessamos apenas as impugnações relativas à ausência dos requisitos constitucionais para a edição do decreto-lei e à promulgação de uma lei de conversão privada desses mesmo pressupostos. Ambas as impugnações foram fundamentadas pelas partes autoras com base no artigo 77 da Constituição italiana, que disciplina os *decreti-legge* e estabelece os requisitos para sua adoção.

Outro aspecto de relevo neste caso, mas que neste trabalho não pode ocupar nossa atenção, é o fato de que a Lei de conversão n.19 converteu apenas parcialmente (só algumas disposições, no caso às relativas às funções jurisdicionais da *Corte dei Conti*) o Decreto-lei n.453. A parte restante (referente aos controles administrativos) não tratada na lei de conversão deu origem a um projeto de lei aprovado na forma ordinária (resultando na Lei n.20), na mesma data de 14 de janeiro de 1994²⁴.

Transcreveremos abaixo o principal trecho da decisão ilustrativo das questões aqui abordadas²⁵:

"A inadmissibilidade das questões deduzidas não pode ser baseada em argumentos segundo os quais afasta-se dos poderes desta Corte verificar em concreto a presença dos pressupostos de necessidade e urgência previstos no artigo 77²⁶ da Constituição para a adoção dos

²² Tratando-se de recursos conexos e com objeto idêntico resultaram em uma mesma sentença.

²³ Lembramos que o controle por via direta pode se dar quando uma Região considera que uma lei ou ato da República invade a esfera de competência para si garantida pela Constituição. Podendo estas então, com deliberação da Junta Regional, promover a ação de legitimidade constitucional frente à Corte, no termo de 30 dias da publicação da lei ou do ato.

²⁴ Esta hipótese de conversão parcial dos *decreti-legge* é discutida por vários autores italianos. Cf. Mortati *op.cit.* p. 708 e segs.

²⁵ A íntegra da decisão pode ser encontrada, na Internet, no seguinte endereço eletrônico: www.giurcost.org/decisioni/1995/0029s-95.htm

²⁶ O artigo 77 da Constituição italiana disciplina os *decreti-legge*, como já mencionamos.

decretos-lei, sendo reservada a verificação à valoração política do Parlamento. Esta posição, partilhada no passado, ignora que a norma do citado artigo 77, a preexistência de uma situação de fato que comporte a necessidade e urgência na utilização de um instrumento excepcional, como o decreto-lei, constitui um requisito de validade constitucional da ação deste ato, de modo que a eventual evidente ausência daquele pressuposto configura tanto um vício de legitimidade constitucional do decreto-lei, na hipótese adotado for a do âmbito de possibilidades de aplicação constitucionalmente previstas, quanto um vício in procedendo da própria lei de conversão, tendo esta última, no caso hipotetizado, valorado erroneamente a existência de pressupostos de validade, na realidade insubsistentes, convertendo em lei um ato que não podia ser legítimo objeto de conversão. Portanto, não existe nenhuma preclusão a fim de que a Corte Constitucional proceda ao exame do decreto-lei ou da lei de conversão sob o perfil do respeito dos requisitos de validade constitucional relativos à preexistência dos pressupostos de necessidade e urgência, na medida em que o correlato exame das Câmaras em sede de conversão comporta uma valoração de tipo diverso e, precisamente, de tipo nitidamente político seja com relação ao conteúdo da decisão, seja com relação aos efeitos da mesma”²⁷ (grifo nosso).

Assim, a Sentença n. 29 de 1995, cujo relator foi o Juiz Antonio Baldassarre, recusou a defesa do Estado italiano que afirmava ser inadmissível a demanda pelo fato de que os pressupostos constitucionais de necessidade e urgência tem sua apreciação reservada ao Parlamento no próprio momento da conversão do decreto em lei. Apesar de afastada esta argumentação, é de se adiantar que todos as questões de legitimidade constitucional levantadas pelas Regiões autoras dos recursos não foram admitidas, sendo os mesmos declarados pela sentença, além de inadmissíveis, infundados. Não prosperou, portanto, a

²⁷ No original: “L’inammissibilità delle dedotte questioni non può essere basata sugli argomenti secondo la quale esula comunque dai poteri di questa Corte accertare la presenza in concreto dei presupposti di necessità e urgenza previsti dall’art. 77 della Costituzione per l’adozione dei decreti-legge, essendone riservata la verifica alla valutazione politica del Parlamento. Questa posizione, condivisa in passato, ignora che, a norma dell’appena citato art. 77, la pre-esistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l’urgenza di provvedere tramite l’utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto-legge, costituisce un requisito di validità costituzionale dell’adozione del predetto atto, di modo che l’eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto-legge, in ipotesi adottato al di fuori dell’ambito delle possibilità applicative costituzionalmente previste, quanto un vizio in procedendo della stessa legge di conversione, avendo quest’ultima, nel caso ipotizzato, valutato erroneamente l’esistenza di presupposti di validità in realtà insubsistenti e, quindi, convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione. Pertanto, non esiste alcuna preclusione affinché la Corte costituzionale proceda all’esame del decreto-legge e/o della legge di conversione sotto il profilo del rispetto dei requisiti di validità costituzionale relativi alla pre-esistenza dei presupposti di necessità e urgenza, dal momento che il correlativo esame delle Camere in sede di conversione comporta una valutazione del tutto diversa e, precisamente, di tipo prettamente politico sia con riguardo al contenuto della decisione, sia con riguardo agli effetti della stessa”.

fundamentação com base no artigo 77 da Constituição italiana devido a um aspecto processual que não permitia que as Regiões italianas assim procedessem e que não cabe aqui destacar²⁸.

A inadmissibilidade e improcedência do recurso não lhe retiram, no entanto, o mérito que a nós interessa, qual seja, seu pioneirismo em afastar a tese de que a Corte Constitucional não pode exercer seu controle sobre os pressupostos de necessidade e urgência dos *decreti-legge* e em afirmar a possibilidade do exercício de tal controle também sobre a lei de conversão.

A doutrina italiana, como já mencionado, já apontava para este entendimento longo tempo antes da inovadora decisão. Costantino Mortati, na nona edição de seu famoso *Istituzioni di Diritto Pubblico*, em 1976, já doutrinava que “no caso em que a inconstitucionalidade venha sucessivamente na conversão, a impugnação deve se voltar tanto contra o decreto-legge quanto contra a lei que o converte”²⁹. Tal não se procederá, segundo o autor, apenas se o vício fosse imputável somente à lei, como por exemplo no caso de esta ser questionada além do limite temporal previsto no artigo 77 da Constituição italiana³⁰. Isso porque a lei de conversão opera uma novação da fonte de validade, mas a disciplina substancial das relações reguladas permanece sempre aquela contida no *decreto-legge*³¹.

Livio Paladin também trata do assunto, identificando duas situações possíveis em face do decreto-lei convertido. Na primeira, os vícios denunciados seriam peculiares àquele ato, ou seja, suscetíveis de repercutirem sobre a respectiva lei de conversão. Neste caso, a questão seria inadmissível, “não podendo mais discutir – por exemplo – sobre a subsistência dos pressupostos de necessidade e urgência, que não condicionam a legitimidade da lei ordinária do Estado”³². Ora, aqui o autor sustenta justamente a tese derrotada com a Sentença

²⁸ O impedimento processual tratava da impossibilidade - já consolidada na jurisprudência da Corte - de no juízo de legitimidade constitucional por via principal, as Regiões poderem fazer valer legitimamente violações de normas constitucionais concernentes à regulação do exercício de um poder governativo, como as normas que habilitam o Governo a adotar decretos-lei em situações de necessidade e urgência, as quais não comportam lesão direta à esfera de competência constitucionalmente atribuída às Regiões. Veja-se, a este respeito, a própria decisão.

²⁹ No original: “Nel caso in cui l’inconstituzionalità venga eccepita successivamente alla conversione l’impugnativa dev’essere rivolta tanto contro il decreto-legge quanto contro la legge che lo converte”. Cf. C. Mortati, *op.cit.* p. 1400.

³⁰ O limite temporal a que se refere o artigo 77 é o prazo de sessenta dias para a conversão do decreto-lei, desde a sua publicação.

³¹ Cf. C. Mortati, *op.cit.* p. 1400

³² No original: “(...) non potendosi più controvertere - ad esempio - circa la sussistenza dei presupposti della necessità e dell’urgenza, che non condizionano la legittimità delle leggi ordinarie dello Stato (...)”. Cf. L. Paladin, *op.cit.* p. 747

n.29³³, sobre cuja redação, no que concerne a não-convalidação pelo Parlamento, afirma que “pode trazer conseqüências bem claras e precisas”³⁴. Posicionamento um tanto curioso para um autor que parece inserir-se entre os mais modernos da doutrina italiana. Quanto à segunda hipótese, tratar-se-ia de caso em que a lei de conversão reproduzisse tal e qual as disposições impugnadas, de modo que o conteúdo do decreto-lei “restasse inalterado”, transferindo-se o questionamento para a lei³⁵. A solução não seria simples, continua o autor, devido às várias emendas que costumam ser feitas no momento da conversão. Nos parece aqui, então, que Paladin defende o controle de constitucionalidade da lei de conversão apenas nos casos em que estas reproduzem identicamente, sem mais nem menos, os vícios do decreto-lei que lhe deu origem. Muitos dos novos autores italianos parecem, contudo, sustentar o posicionamento recentemente inaugurado pela Corte Constitucional daquele país³⁶.

É ainda de se destacar que com tal pronunciamento a Corte Constitucional italiana, ao afastar a hipótese de convalidação pelo Parlamento e invocar para si – não renunciando a tarefa – o controle dos pressupostos mesmo após a conversão, estabeleceu que o exame das Câmaras legislativas comporta uma valoração diversa daquela por ela desempenhada. Como podemos ler na parte final do trecho acima transcrito, o controle pelo Parlamento seria de tipo diverso, vale dizer, “puramente político”. Isso nos permite afirmar que o controle político passível de ser exercido pelo Poder Legislativo no momento da conversão e pelo Executivo no ato da edição do decreto-lei, não exclui o controle *judicial*, a ser exercido pela Corte Constitucional. Tratar-se-ia, portanto, de hipóteses de incidência do controle diversas e não-excludentes.

Uma análise mais sucinta desta interessante decisão poderia levar a perquirir as possibilidades de controle quando a lei convertida apresentar alterações substanciais em seu texto decorrentes de apresentação de emendas parlamentares, ou ainda a sua legitimidade em face de conversão apenas parcial do decreto-lei viciado. São questões para um outro trabalho, que por limitação de objeto não puderam ser detidamente analisadas aqui.

³³ Apenas nos que se refere ao controle da lei de conversão por subsistência dos vícios originários. Quanto ao controle dos pressupostos de necessidade e urgência na adoção do decreto-lei, já mencionamos o consentimento deste autor.

³⁴ *Ibidem*. Na nota n. 90

³⁵ Cf. L. Paladin, *op.cit.* p.747

³⁶ É o que indica C. Clève ao comentar a sentença n.29, ilustrando os nomes de Alessandro Pizzorusso, Alessandro Pace e Massimo Luciani. *op. cit.* pp.150-151

5. Análise Comparativa: O controle de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal

A experiência brasileira é atualmente bastante conhecida não só pelos operadores do direito, mas também pelo público leigo em face das proporções desmedidas que vem tomando a legislação pelo Poder Executivo em nosso País.³⁷ Neste trabalho cabe a nós apenas destacar os aspectos relativos ao controle de constitucionalidade das medidas provisórias que interessam como variáveis de comparação com o caso italiano analisado³⁸.

Quanto à possibilidade de controle pelo órgão por ele responsável – o Supremo Tribunal Federal – dos pressupostos constitucionais autorizadores da edição de medidas provisórias (a *relevância* e urgência, no caso brasileiro), sabemos que nossa jurisprudência ainda não avançou no mesmo sentido da italiana. O STF, até decisão recente³⁹, mantém posicionamento herdado do período ditatorial, em que vigiam os temidos decretos-lei⁴⁰, segundo o qual o controle de tais pressupostos é “político”, ou seja, restrito ao Poder Executivo e sua verificação pelo Legislativo. Assim, caberia ao Presidente da República decidir acerca da relevância e urgência das medidas por ele adotadas e ainda, por assim fazer, dar conteúdo a tais requisitos constitucionais. Ora, quem deve interpretar a Constituição conferindo conteúdo a conceitos abstratos, genéricos ou imprecisos, como queira chamar a doutrina, é o órgão responsável pela guarda da Lei Maior e não um eventual governante. Neste ponto, recorremos ao entendimento da Corte Constitucional italiana no julgamento da Sentença n.29/95, qual seja, o controle político exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo é de natureza diversa e não exclui o controle *judicial*, a ser exercido, no nosso caso, pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao segundo ponto, isto é, a possibilidade de controle constitucional da lei de conversão pela ausência dos pressupostos de relevância e

³⁷ A questão das medidas provisórias e seu uso (ou abuso) pelo Poder Executivo são temas recorrentes na literatura especializada e jornalística nacional. Como este artigo não tratará destes assuntos em termos gerais e não abordará problemáticas tais como a da reedição, indica-se, a título ilustrativo, como referências: *Levantamento e Reedições de Medidas Provisórias*, organizado e editado pela Subsecretaria de Informações do Senado Federal. Brasília, 1999 e, para uma abordagem menos jurídica do assunto, Argelina Cheibub Figueiredo e Fernando Limongi, “O Congresso e as Medidas Provisórias: Abdicação ou Delegação?”, in *Novos Estudos Cebrap*, n.47, março de 1997.

³⁸ Sobre o controle de constitucionalidade de medidas provisórias, veja-se: Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*. Saraiva, São Paulo, 1996, pp. 170-172 e Clémerson Clève, *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no direito brasileiro*, já citado, pp.139-141.

³⁹ ADINMC 1.753-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.04.98. Apesar de não dispormos do teor integral da decisão e de não termos até o presente momento tomado conhecimento de progressos neste entendimento, sua ementa diz “(...) Medida Provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição (...)”.

⁴⁰ Não confundir-se aqui os decretos-lei da ditadura militar brasileira com os *decreti-legge* italianos tratados neste artigo.

urgência ainda na edição medida provisória ou, em outras palavras, quanto à não-convalidação dos vícios presentes nesta pela sua conversão em lei – não dispomos de manifestação recente da nossa Corte Suprema a respeito, mas a doutrina já alça suas vozes no mesmo sentido da jurisprudência italiana. Assim é que Marco Aurélio Greco afirma que a ausência dos requisitos, portanto a inconstitucionalidade da medida provisória, configura vício de nulidade que ensejará que a conversão ocorra já contendo algo em si mesmo nulo.⁴¹ Eros Roberto Grau, por sua vez, afirma que por se tratar o processo legislativo de um procedimento, o vício contamina todos os seus atos resultando ineficaz a sua pretendida convalidação pelo Congresso Nacional⁴². Já Celso Antonio Bandeira de Melo, conforme mencionado anteriormente, argumenta com o fato de que a lei de conversão não integra o procedimento de elaboração das leis ordinárias, não tendo, portanto, o condão de convalidar vícios eventualmente presentes na medida provisória que lhe deu origem⁴³. Clémerson Clève, como resta evidente, corrobora ainda estes entendimentos⁴⁴.

Há apenas uma decisão conhecida do Tribunal Regional Federal da 2a. Região⁴⁵, prolatada pouco após a promulgação de nossa Constituição de 1988, no sentido da não convalidação pela ulterior conversão da medida provisória em lei⁴⁶. De resto, o que temos notícia, por mais paradoxal que possa parecer, é do exercício desta espécie de controle pelo Supremo Tribunal Federal ainda na vigência da Constituição de 1967, em relação aos decretos-lei. O Tribunal expressou à época o entendimento de que “os vícios materiais do decreto-lei não poderiam ser convalidados pela sua aprovação expressa ou tácita pelo Congresso Nacional”⁴⁷. Ora, porque o mesmo Tribunal, hoje sob regime democrático, não adota ao menos esse mesmo entendimento em relação às medidas provisórias?

6. Conclusão

A nova doutrina constitucional italiana, esteirada pelos reposicionamentos da Corte Constitucional daquele país após a edição da Sentença de n.29 de janeiro de 1995, no que concerne ao controle constitucional dos pressupostos de adoção dos *decreti-legge* e da sua lei de conversão, parece abrir caminho para um controle mais rigoroso da utilização deste instituto.

⁴¹ *apud* C. Clève, *op. cit.* p. 147

⁴² *idem.* p. 148

⁴³ *idem.* pp. 148-149

⁴⁴ *Cf. op.cit.* p. 149

⁴⁵ publicada no Diário de Justiça da União em 14.08.90, p.17.655

⁴⁶ tal decisão é citada por C. Clève, *op.cit.* p.149

⁴⁷ RE 62751- GB., Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 30.05.67, RTJ 45:565. *Apud* C. Clève, *op.cit.* p. 151

A experiência italiana oferece uma boa oportunidade para que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro seja revisitada. O entendimento de que o controle, *judicial*, exercido pela Corte não obsta o controle político dos outros Poderes e sua ampliação no sentido de alcançar a lei de conversão viciada pela ausência dos pressupostos de relevância e urgência quando da edição da medida provisória, nos parece uma entre as boas possibilidades de limitação e controle do uso desenfreado deste instituto no direito brasileiro.

BIODIVERSIDADE E DIREITO*

Min. Antônio de Pádua Ribeiro **

Para Aristóteles, o objetivo da vida seria a felicidade, cujo caminho dizia encontrar-se na identificação da qualidade especificamente humana, que diferenciaria o homem dos outros seres, e a excelência particular do homem seria a sua capacidade de raciocínio, a qual lhe permitiria ultrapassar e governar todas as outras formas de vida. Presumia o filósofo que a evolução dessa faculdade traria realização e felicidade.

Conquanto filósofo, o grande pensador grego não era visionário, por isso não previu que essa mesma peculiaridade faria o homem aportar, no século XX, em campos inimagináveis, que o colocariam no limiar da sua própria natureza.

Para isso não o prepararam nem os milhares de anos de sua história, pois, se algo identifica estes tempos, certamente é a celeridade dos avanços científicos: considere-se, por exemplo, que mais de dois mil anos mediaram entre a passagem dos barcos a remo e caravelas e o barco a vapor; no entanto, poucas décadas separam o motor que impulsionava veículos a trinta quilômetros por hora do motor que concretizou a conquista da lua.

Em face da celeridade das descobertas da ciência e da sua transformação em tecnologia, estamos nós, viventes deste século, a braços com conseqüências que não prevíamos e que nos obrigam à dupla tarefa de adaptarmos às novas realidades e de refletir sobre elas para dar-lhes lugar no ordenamento elaborado pela razão.

Discurso proferido na abertura do Seminário Internacional sobre Direito e Biodiversidade, em 11 de maio de 1999, no Auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, DF.

** Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

Essa tarefa racional tem-se mostrado urgente principalmente no campo da biologia, no qual os avanços mais recentes têm permitido a manipulação genética, ou seja, têm tornado possível que se modifique o material mesmo da vida. Para admitir tal possibilidade, o homem precisa reelaborar os seus princípios, a sua visão de mundo a fim de incluir neles o novo conhecimento.

Dessa forma, entende-se por que certos conceitos estão hoje se impondo à humanidade. Biodiversidade, certamente, é um deles. Sem querer substituir o especialista, pode-se tentar explicar "biodiversidade" como a variedade de formas de vida existentes no planeta, a qual deve ser analisada sob vários prismas, considerando a diversidade genética dos ecossistemas.

Aplicando-se um critério etimológico ao termo, pode-se afirmar que a diversidade dos organismos vivos é um fator inerente ao mundo conforme o conhecemos e considerar natural que haja constantes modificações nas relações entre os seres, processo cujo estudo deu a Darwin um lugar na história. Afinal, a diversificação e a evolução das espécies é que atraíram a atenção do naturalista e biólogo inglês.

Não é, portanto, novidade a existência de um mecanismo de alteração dos grupos animais ou vegetais. É inusitada, porém, a capacidade humana de alterar não apenas a constituição de um ser vivo em particular, mas também o equilíbrio ecológico.

A deliberada transformação do código genético de plantas, animais ou microorganismos por meio da engenharia genética já é uma realidade com os produtos transgênicos. O procedimento pretende suprimir atividades de genes ou transferi-los de uma espécie para outra. Essa transferência permite substituir, acrescentar ou retirar um comando químico ou gene de uma cadeia genética, para obter um organismo geneticamente modificado (OGM) ou transgênico. Um dos objetivos declarados de tal mudança é obter produtos mais resistentes e mais adaptados às necessidades humanas. Outro exemplo de controle sobre o mecanismo da vida é a clonagem, isto é, a reprodução de espécies a partir de células outras que não os gametas, o que origina espécimes idênticos.

Ainda submetendo a natureza a interesses de distintas ordens, a raça humana tem promovido destruição e fragmentação de habitats, introdução de espécies e doenças exóticas, exploração excessiva de plantas e animais, contaminação do solo, água e atmosfera por poluentes, entre outras formas de ataque à biosfera.

Consoante já foi lembrado, Aristóteles citava o poder humano de, por meio da razão, ultrapassar e governar todas as outras formas de vida, mas, provavelmente, nunca se pensou que esse domínio pudesse ameaçar a qualidade e a sobrevivência da vida em si mesma. Entretanto tal espectro paira sobre nós, como alertam tanto a comunidade científica nacional e internacional, quanto governos e entidades não-governamentais ambientalistas. A rapidez com que se sobrepõem as descobertas das ciências biológicas e o imediatismo da sua aplicação, conhecida esta como biotecnologia, não propiciam o tempo necessário para a correta avaliação das conseqüências de tais práticas. Além do mais, interesses econômicos de grupos financiadores de algumas dessas pesquisas podem levá-los a ignorar indícios de periculosidade ou mesmo a mascará-los.

A grande questão que se impõe é: em face dos avanços da engenharia genética e da biotecnologia, qual o comportamento a ser adotado pelos profissionais das diversas áreas ao enfrentarem os desafios decorrentes dessa evolução? Talvez a resposta fosse mais simples se a própria sociedade já tivesse traçado suas diretrizes para o assunto, mas também ela está perplexa.

Como tratar questões extremamente polêmicas, cuja análise comporta diferentes perspectivas, sejam elas sociais, psicológicas, morais, éticas, econômicas ou jurídicas? Por exemplo: o que é ético ou aético na clonagem, na fecundação in vitro, nos transplantes de órgãos, na eutanásia, no aborto terapêutico? Qual o argumento forte o suficiente para que se substitua o processo natural de reprodução por um procedimento difícil, oneroso e de resultados incertos? Há autores que vêem como indigna até mesmo a fecundação in vitro, uma vez que, por meio dela, não seriam os filhos fruto do amor, mas, apenas, de um artifício que não dignifica a relação que deva gerar a prole. Além disso, qual o destino que deve ser dado aos óvulos fecundados que não são escolhidos para implantação no útero? E a situação das mulheres nos casos de "barriga de aluguel"?

Como reagir diante da possibilidade de se transplantarem cérebros, fonte da memória e da personalidade? A quem deve ser dado o poder de decisão sobre a vida ou a morte de outrem, seja um feto ou um doente incurável? Quais os riscos que são assumidos quando se delega tal poder divino a um semelhante?

Note-se não ser minha intenção direcionar opiniões; quero levantar problemas que mostrem a complexidade das decisões que, na verdade, cabem ao corpo social, após sérias e longas discussões.

Recentemente, foi notícia o caso de uma esposa que, após a comprovação da morte do seu marido, determinou a retirada do seu sêmen para posterior utilização, tomando a si a decisão de ter, como efetivamente o fez, um filho que jamais poderá ter sequer a esperança de conhecer o pai não por uma desventura, contudo por expresso desejo da mãe. Uma situação dessas suscita questionamentos de ordem moral, ética e, por que não dizê-lo, de ordem jurídica. visto que haverá um filho herdeiro produto de um ato de terceiro, que não o próprio pai. Qual deveria ser o limite para decisões dessa natureza? Ainda não temos as respostas.

Outra discussão atual envolve questões referentes à saúde e economia. É, por exemplo, seguro ingerir alimentos transgênicos? Afirmam alguns que sim; no entanto o Estado de S. Paulo publicou que, na Europa e Ásia, há franca resistência a esse tipo de produto sob os argumentos da "segurança qualitativa do alimento, impactos ambientais, saudabilidade dos produtos, questões éticas e morais, concentração de empresas, liberdade de escolha do consumidor, entre outros". São considerações relevantes, que não se podem ignorar. Os argumentos de ordem econômica são fortes - o aumento da produtividade com baixo custo - , mas não conseguem dar uma resposta satisfatória ao cientista inglês que divulgou o encolhimento do cérebro de um rato, seguido de morte, após ter sido alimentado com batata transgênica. Alegam os defensores da prática, em seu favor, que a causa mortis do animal foi a ingestão de um tipo de lecitina utilizada na ração. Em quem acreditar?

No Brasil, o tema encontra-se em amplo debate, pois somos ainda carentes de regulamentação, e a opinião pública começa a despertar para o problema. É fonte de grande preocupação a transferência de genes entre espécies diferentes, como no caso da soja transgênica, em que os cientistas tentaram melhorar a sua qualidade nutricional utilizando genes da castanha-do-pará. Pessoas que nunca haviam comido essa castanha passaram a apresentar alergia aos seus componentes ao ingerir a soja modificada.

Daí surge mais um nó jurídico: deve ser obrigatório informar ao consumidor, no rótulo de um produto, se ele é ou não de origem transgênica? Ou deve-se assumir o risco de, à revelia do consumidor, fazê-lo ingerir alimentos a cujos componentes é alérgico ou que são contrários às suas convicções religiosas? Qual a escala de valores que deve predominar nessas situações?

No mesmo campo, mais uma variável deve ser considerada: os transgênicos podem ser patenteados, o que obriga a pagamento de royalties para lidar com o produto. Surge aí o interesse comercial de quem investiu pesadamente em pesquisas e quer, naturalmente, o retorno e o lucro dos seus investimentos. Desperta aqui um aspecto ético importante: quais os limites para a corrida de patentes do material da vida?

A resposta a isso é urgente, porquanto já vivenciamos a biopirataria, isto é, o fato de que cientistas de respeitadas instituições de pesquisa de países do Hemisfério Norte se apossam, na Amazônia, de amostras da flora de propriedades medicinais. São tantos e tão sorrateiros os expedientes, parte de um vasto elenco de dissimulações, que os legisladores passaram um mês no Amazonas e Acre, recolhendo informações com as populações da área sobre os saques.

Faz-se tempo de abrir o espaço para que essas e outras questões acerca de um assunto não só novo como também instigante sejam trazidas a lume. Aos especialistas na área e à sociedade cabe a responsabilidade de delinear caminhos por onde possam trilhar os operadores do Direito, sem esquecer que os questionamentos levantados hão de ser considerados em todas as suas facetas, sem perder de vista o fato de serem o homem e o seu direito à dignidade valores maiores, que é preciso preservar.

NOTÍCIAS

Dissertações de Mestrado defendidas no Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-Rio, no período de agosto a dezembro de 1999

Título: A Questão da Biodiversidade Brasileira – Um Estudo Sobre a Conexão entre Valores Ecológicos e Econômicos

Aluna: Bárbara Lou da Costa Veloso Dias

Data da Defesa: 6 de agosto de 1999

Prof. Orientador: Carlos Alberto Plastino Esteban

Banca Examinadora: Profs. Carlos Alberto Plastino Esteban, Gisele Guimarães Cittadino e Rosângela Cavallazzi Lunardelli.

Título: Repartição de Competência Legislativa e Posição do Direito Internacional no Brasil e na Argentina

Aluno: Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas

Data da Defesa: 16 de agosto de 1999

Profa. Orientadora: Nadia de Araujo

Banca Examinadora: Profs. Nadia de Araujo, José Ribas Vieira e Margarida Lacombe Camargo.

Título: O Duplo da Modernidade: Ensaio sobre Micropolítica e Normalização

Aluno: Caio Salles Marcondes de Moura

Data da Defesa: 27 de agosto de 1999

Prof. Orientador: Carlos Alberto Plastino

Banca Examinadora: Profs. Carlos Alberto Plastino Esteban, Gisele Guimarães Cittadino e André Martins Vilar de Carvalho.

Título: O Controle de Constitucionalidade como Elemento Garantidor da Ordem Democrática

Aluno: Thiago Ragonha Varela

Data da Defesa: 30 de agosto de 1999

Profa. Orientadora: Ana Lucia de Lyra Tavares

Banca Examinadora: Profs. Ana Lucia de Lyra Tavares, José Ribas Vieira, Adriano Pilatti, Margarida Lacombe Camargo.

Título: Conflito entre Normas Constitucionais

Aluna: Liliane do Espírito Santo Roriz de Almeida

Data da Defesa: 21 de setembro de 1999

Prof. Orientador: Carlos Roberto de Siqueira Castro

Banca Examinadora: Prof. Carlos Roberto de Siqueira Castro, Antônio de Pádua Ribeiro, Inocêncio Mártires Coelho e José Eduardo Carreira Alvim.

Título: As Origens Teóricas do Poder Moderador: Moderação e Divisão de Poderes no Liberalismo Clássico

Aluno: Christian Edward Cyril Linch

Data da Defesa: 24 de setembro de 1999

Prof. Orientador: José Ribas Vieira

Banca Examinadora: Profs. José Ribas Vieira, Ana Lucia de Lyra Tavares e Marcelo Gantus Jasmim.