
OS MÉTODOS DO ESTRUTURALISMO E DA FENOMENOLOGIA PARA AS FORMAS JURÍDICAS DE UM DIREITO CIVIL CONSTITUCIONALMENTE DIRECIONADO

André R. C. Fontes - Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo), Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

I

O estudo da Ciência Jurídica é ordinariamente realizado a partir de oposições binárias, de forma a procurar diferenças e semelhanças de conceitos, distinguir e fazer generalizações de significados.¹ São assim os *direitos* e *deveres*, o *objetivo* e o *subjetivo*, o *débito* e a *responsabilidade*, exemplos notórios de tal afirmação.² Entretanto, não é uma particularidade do Direito essa técnica bipolar, cujo sistema aritmético binário (díade) funciona com dois signos (0 e 1). A Taxonomia botânica e a zoológica, de forma assemelhada oferecem

¹ Martínez Doral, José Maria. *La estructura del conocimiento jurídico*. Pamplona: Universidade de Navarra, 1963. p. 32.

² Mastronardi, Philippe. *Juristisches Denden*. Berna/Stuttgart/Viena: Verlag Paul Haupt, 2001, p. 209.

duas alternativas nas suas chaves de classificação das espécies ou na moderna Lingüística, a partir do *contraste* inicial entre dois vocábulos, através dos quais se constrói o significado de uma única palavra - isso se quisermos nos limitar apenas a alguns exemplos.³

A compreensão de um conceito a partir de uma relação de *sim-não*, ou de melhor forma, de um contraste entre dois conceitos, nos reporta a uma outra noção: a de *estrutura*.⁴ Uma organização estável das partes para formar um todo, que também constitua uma unidade sistemática,⁵ na qual os movimentos se encontrem ordenadamente nos seus próprios limites, está em condições de resolver a necessidade de compreensão de um instituto a partir de outro que o pressuponha e do qual se diferencie.⁶ Essa idéia de ordenar termos e conceitos segundo a noção de estrutura nos conduz, por sua vez, ao *método estruturalista*. *A minori ad maius*, se os seus contrastes e as suas interações ocorrem dentro de um contexto específico e, por conta disso, se dirigem às estruturas fundamentais de determinados fenômenos externos, isso será objeto do *Estruturalismo*.⁷

³ O esquematismo binário utilizado pelos juristas está longe de ser sistematizado devido à abrangência do seu campo de incidência. Exemplo de uma das mais impressionantes manifestações está na análise de Niklas Luhmann em sua *Sociologia do Direito*, v. 1, trad. de Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p.110, na qual ao explicar a complexidade da realidade social utiliza a redução pela construção de uma “para-realidade” a partir do esquema “Direito/não-Direito” ou “lícito/ilícito”, em que se prevêem os conflitos para o Direito e se oferecem as soluções que são conforme o Direito. Os rudimentos epistemológicos do pensamento de Luhmann podem ser sintetizados pela leitura do texto *A contribuição epistemológica do pensamento de Niklas Luhmann: um crepúsculo para o Aufklärung?* trad. do francês por Dalmir Lopes Jr. in *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica* organizados por André-Jean Arnaud e Dalmir Lopes Jr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 345, embora Willis Santiago Guerra Filho tenha em sua magnífica obra *Teoria da Ciência Jurídica* integrado o assunto a uma análise jurídica plena (São Paulo: Saraiva, 2001. p. 186.). Sobre a noção de sistema, é digno de nota a condensada síntese de Nelson Saldanha no Capítulo X da sua obra *Sociologia do Direito*, 2. ed., São Paulo: RT, 1980. p. 139.

⁴ A noção de estrutura aplicada ao Direito é conhecida e bem difundida. Por todos, Pietro Perlingieri. *Il Diritto Civile nelle legalità costituzionale*. Nápoles: ESI, 1989, p. 56.

⁵ O Estruturalismo não se confunde com a Sistemática ou Sistemologia, porque opera com a noção de sistema (do grego “sintema”) como um pressuposto da idéia de estrutura, da mesma forma *mutatis mutandis* com a Taxologia, *verbi gratia*, que para operar as classificações também parte de sistema; de qualquer modo é de boa lembrança que toda a Ciência é uma organização sistemática do conhecimento. A respeito das relações entre sistema e Ciência há farta e variada literatura, razão pela qual nos reportamos ao didático resumo de Reynaldo S. Gonçalves em sua obra *Estudo Comparado dos Sistemas Econômicos*, São Paulo: Atlas, 1962. p. 21. Cf. ainda Nelson Saldanha *Sociologia do Direito*, 2. ed., São Paulo: RT, 1980. P. 141.

⁶ Sobre a noção de sistema no Direito cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, trad. Antonio Meneses Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. Pietro Barcelona *Diritto Privato e società moderna*, Nápoles: Jovene, 1996.

⁷ O mais conhecido ensaio monográfico acerca do Estruturalismo em nosso país continua sendo o de Jean Piaget *O Estruturalismo*, trad. de Moacir Renato de Amorim, em recentíssima reimpressão pela Difel, de 2003, no Rio de Janeiro.

Remonta à Filosofia Clássica as origens do estruturalismo. Platão, ao declarar aos seus contemporâneos que deveriam dar as costas ao panorama da experiência sensível, e, em vez disso, concentrarem-se nos objetos *per se*, considerados como forma, passou a fornecer uma metodologia intelectual familiar, que seria o ponto de partida de seu pensamento⁸ e do qual se desdobraram quase todos os pensadores, de modo a que se diga, hoje, que todas as tendências filosóficas são, nada mais nada menos, mera nota de rodapé à Filosofia de Platão.⁹

Na construção do Estruturalismo repontam dos trabalhos de Kant¹⁰ a respeito das relações ideais entre sujeito e objeto até a sua configuração inicial (primeva) concebida por Saussure¹¹ para a Lingüística, ao que daí ingressou para os campos da Antropologia pelas mãos de Levi-Strauss,¹² espreado-se, posteriormente, então para a Economia¹³ e para Psicologia.¹⁴ No Direito, a sua aplicação científica e metodológica *principaliter* ocorreu de modo mais específico e acanhado,¹⁵ conquanto se possa dizer que várias atitudes do método estruturalista remontam a tempos imemoriais como o próprio conhecimento jurídico. Pode-se afirmar ser uma atitude estruturalista a formação dos termos e dos conceitos jurídicos a partir da maneira tradicional de contrastar opiniões dos doutores e dos juristas notórios. Em um desdobramento intelectual e estritamente

⁸ Havelock, Eric. *Prefácio a Platão*, trad. de Enid Abreu Dobránsky. São Paulo: Papirus, 1996. p. 269.

⁹ As palavras de Alfred North Whitehead são: A caracterização geral mais segura da tradição filosófica européia é ela consistir em uma série de notas de rodapé a Platão”. Cf. *Process and Reality: an Essay in Cosmology*. Nova Iorque: Free Press, 1978. p. 39.

¹⁰ *Crítica da razão Pura*, trad. J. Rodrigues de Mereja, 2. ed. São Paulo: Edigraf, 1958.

¹¹ Curso de lingüística geral, 7. ed., trad. de Isaac Nicolau Salum e Albert Riedlinger, São Paulo: Cultrix, 1975. Cf. sobre o pensamento de Saussure Simon Bouquet *Introdução à leitura de Saussure*, trad. de Carlos A Salu, e Ana Franco, São Paulo: Cultrix, 1997.

¹² Claude Lévi-Strauss, *Antropologia Estrutural*, trad. chaim Samuel Katz e Eginaldo Pires, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975.

¹³ Pietro Conti *et alii*, *Sviluppo delle autonomie e riforma dello Stato*, Roma: Editori Riuniti, 1975.

¹⁴ Edna Heidbreder, *Psicologia del Siglo XX*, trad. de L.N. Acevedo, Buenos Aires: Editorial Paidós, 1967.

¹⁵ Lamsdorff-Galagne *Estructuralismo em la Filosofia del Derecho?* Santiago de Compostela: Porto y Cia., 1969 e a coordenada por Antonio Hernández Gil *Estructuralismo y Derecho*. Madri: Alianza, 1973. Merece destaque a obra *Dalla Struttura alla funzione* de Norberto Bobbio, que sabidamente era positivista analítico e não estruturalista, mas que põe no centro da sua análise o debate mais essencial no Estruturalismo que é a sua relação com as funções. (Milão: Comunità, 1977).

teorético, a mais longeva e vetusta forma do conhecimento do Direito, o Direito Civil, pautado que tem sido, na atualidade, por ilustres integrantes de um movimento assentado de modo fundamental na premissa de um direcionamento constitucional, ou seja, um Direito Civil constitucionalmente orientado, mais conhecido e autodenominado de Direito Civil-Constitucional, manifesta-se como tendência pós-estruturalista,¹⁶ porque nega a existência de padrões invariáveis e de significados definitivos, e imprime, nas relações do Direito Civil com o Constitucional, uma correlação vertical, incidente e necessária, que é própria do binômio *constituição-lei*, a sua mais significativa característica.¹⁷ Essa corrente de pensamento, que tantas contribuições têm apresentado ao estudo científico do Direito, e que, na mesma proporção, tanta discussão tem causado, é hoje, ao lado do tradicional método *técnico-jurídico*¹⁸ e do método *historicista*¹⁹ e

¹⁶ Estruturalista porque busca estabelecer a estrutura do Direito Civil nas suas relações com a Constituição da República independentemente do fato de tais estruturas se refletirem na consciência social ou não. Tal afirmação não é apenas consequência da referência de Perlingieri no “Direito como estrutura”, mas porque assim ele é compreendido (relação constituição-lei). Cf. Pietro Perlingieri. *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*. Nápoles: ESI, 1989, p. 56. Cf. Tepedino, *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. Em nada modifica tal assertiva aquela outra de Pietro Perlingieri na obra *Profili di Diritto Civile* de que ...”O Direito é cultura...” (p. 24) – isso definitivamente não quer significar um manifestação culturalista, porque a cultura *não* é o elemento preponderante na determinação do Direito Civil-Constitucional e sim as relações da lei com a constituição.

¹⁷ O movimento civil constitucional vem sendo conduzido no país original e continuamente pelos trabalhos de Maria Celina Bodin de Moraes (*A caminho de um Direito Civil Constitucional – Revista de Direito Civil*, nº 65, julho-setembro de 1993 e *Constituição e Direito Civil: Tendências in Direito, Estado e Sociedade* nº 15 agosto-dezembro de 1999) e por Gustavo Tepedino (*Temas de Direito Civil-Constitucional – Rio de Janeiro: Renovar, 1999; Problemas de Direito Civil-Constitucional – Rio de Janeiro: Renovar, 2000; e A Parte Geral do Novo Código Civil – Estudos na perspectiva Civil-Constitucional – Rio de Janeiro: Renovar, 2002*) e que hoje encontrou ressonância diversificada nos mais diversos centros de estudos de Direito Civil no país.

¹⁸ O método técnico-dogmático vem tradicionalmente conduzindo a concepção mais geral de Direito Civil no país *Filosofia do Direito de Miguel Reale*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 417. O trabalho mais conhecido de síntese e sistematização do método Técnico-jurídico é de autoria de Giuseppe Maggiore Arturo Rocco e il *Método técnico-jurídico in Studi in Memória di Arturo Rocco*. v. 1. Milão: Giuffrè, 1952, p. 3. Remetemos também para leitura acerca do método técnico jurídico no sistema do Direito a obra *Introduzione alle Scienze Giuridiche – Falco, Enrico Romano* di, Roma: Edizioni dell’Ateneo, 1947. p. 14. Não incluímos nesse quadrante e tampouco o classificamos em um dos métodos citados, por ser desprovido de uma contribuição metodológica, o tipo de trabalho de tendência atual, de caráter pragmático-instrumentalista, e que tanto prestígio tem merecido das editoras jurídicas do país de sintetizar noções minimalistas dos institutos, quando não muitas vezes limitados à diagramas ou substituídos por meros exemplos. Vale aqui a esse respeito a arguta crítica de Pietro Perlingieri no texto *Normas costituzionali nas relações privadas in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998-1999. p. 65.

¹⁹ O método historicista agrega o Direito como fato histórico e como relação social. Um dos seus mais dignos representantes é o Professor Titular Francisco Amaral, da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), hoje aposentado. Sua obra *Direito Civil – Introdução* é a melhor referência. Um esboço do seu pensamento

do método *culturalista*,²⁰ um dos mais vivos e operosos movimentos metodológicos aplicados, atualmente, ao Direito Civil em nosso país.²¹

A adoção de um *modelo de estrutura* seria sempre passível de crítica por causa dos *limites*²² que ele naturalmente impõe; entretanto, o caráter dinâmico e evolutivo do direcionamento constitucional do Direito Civil, por força do núcleo ontológico *constituição-lei*, o transporta para a etapa posterior ao Estruturalismo, e o habilita a se enquadrar como movimento *pós-estruturalista*. E, em razão disso, essa corrente está apta a receber o prefixo “pós”, para que também seja nominal e definitivamente diferenciado do estruturalismo tradicional e, de forma assinalada, indicar, de modo mais elucidativo e didático, a superação dos *limites* como suposto obstáculo epistemológico à sua aplicação e ao seu desenvolvimento.²³

A ausência de uma *unidade metodológica* científica na panorâmica da pesquisa jurídica em nosso país parece ser a melhor constatação a ser feita dos textos jurídicos em geral. E uma demonstração clara dessa assertiva pode ser realizada pela ofuscante

pode ser visto no texto *Introdução à Teoria Geral da Relação Jurídica in Estudos em Homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982. Importante e conciso estudo no país foi feito por Justino Adriano Farias da Silva, *A Escola Histórica do Direito*, in *Revista Forense*, nº 332, p. 45.

²⁰ O método culturalista está descrito de forma pormenorizada no § 9º da Parte I, onde se relaciona farta e atentada bibliografia. Reportamo-nos a extensa obra de Miguel Reale, especialmente a sua *Filosofia do Direito*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1982. De forma sistemática cf. Nelson Saldanha: *Historicismo e Culturalismo*, Recife: Fundarpe, 1986. *Passim*.

²¹ O método de Miguel Reale, que ele próprio designa de Criticismo Ontogenoseológico (*op. cit.* p.112), é outro a ser citado pela sua importância e autoridade do seu criador. Ele é designado por Luigi Bangolini de Historicismo Axiológico. Na dicotomia apontada seria mais apropriado enquadrá-lo no grupo do método da relação social, que agregaria pensadores como Pontes de Miranda, para uma exemplificação de como é extenso o seu rol de integrantes. Sobre a referência a Luigi Bangolini, cf. o prefácio do Prof. Miguel Reale à obra que mais autêntica e profundamente revelou seu pensamento, de lavra do não menos eminente Professor Titular da Universidade de São Paulo Renato Cirell Czerna (*O Pensamento Filosófico e Jurídico de Miguel Reale*. São Paulo: Saraiva, 1999. XIII. A mais influente divulgadora da obra de Miguel Reale, no Direito Civil, é indiscutivelmente a Professora Judith Martins-Costa. Um esboço do seu trabalho pode ser encontrado na obra *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil* cuja extensão e alcance seriam merecedores de um próprio e específico estudo, dada a sua magnitude e eminência (São Paulo: Saraiva, 2002).

²² A idéia de limite nas estruturas vem de Fritjof Capra no seu mais conhecido trabalho *O Tao da Física*. trad. de José Fernandes Dias. São Paulo: Cultrix, s/d. Pietro Perlingieri *Profili di. op. cit.*

²³ Perlingieri, Pietro. *Profili istituzionali del diritto civile*. 4ª ed.. Camerino: Jovane, 1975.

pluralidade de métodos empregados na construção do pensamento jurídico no Brasil, em sua possível unidade. Mas, se o compromisso empregado na busca da essência de um fenômeno resulta, para a investigação, de uma diversidade de fontes e naturezas, é correto e justificado esse esforço resumido em dois termos: *sincretismo metodológico*.²⁴ Essa atitude metodológica, sustentada na mais pura expressão do pluralismo,²⁵ resulta, por sua vez, numa aparente manifestação da pós-modernidade,²⁶ e permite a composição das mais variadas formas de pensamento e uma análise sintética dos séculos anteriores e, acima de tudo, constitui uma das causas de ruptura com o pensamento jurídico do Século XX.²⁷ De forma derradeira, não se deve olvidar que, nos mais diversos ramos do conhecimento reconhece-se que é raro que se logre descobrir, simultaneamente, vários segredos da natureza com uma mesma chave.²⁸

²⁴ Haesert, J. *Théorie générale du Droit*, Bruxelas: Établissements Émile Bruylant, 948. p. 29 Tendência ainda viva e consagrada consoante Kaufmann, Arthur. *Das Verfahren der Rechtgewinnung – Eine rationale Analyse*, Munique: Beck, 1999. p. 8 e seg. Sobre a pluralidade de métodos nas ciências humanas com fundamentos perfeitamente aplicáveis ao Direito cf. Léna Soler *Introduction à l'épistemologie*, Paris: Ellipses, 2000. p. 1999.

²⁵ Sobre o pluralismo no país cf. Fachin, Luiz Edson *Transformações do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo in Diálogos sobre Direito Civil – construindo a racionalidade contemporânea*. Organização de Carmen Lucia Silveira Ramos, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, José Antônio Peres Gediel, Luiz Edson Fachin e Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 41.

²⁶ Jayme, Erik. *Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne: Recueil des Cours* 251 (1995). p. 259. Marques, Cláudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 45, p. 71-99, jan./mar. 2003 e *A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa in Arquivos do Ministério da Justiça* nº 189 – janeiro/junho de 1998. p. 49.

²⁷ Hespanha, Antonio M. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*. 2. ed., Lisboa: Ed. Europa-América. p. 255 a 259. No mesmo sentido Erik Jayme, *op. cit.* Orientação devidamente agasalhada e implicitamente compatível com o Direito Civil-Constitucional que mesmo pondo em destaque o direcionamento constitucional do Direito Civil, pois assim foi acolhido pelos integrantes do movimento – nesse sentido Gustavo Tepedino in *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 6. Marques, Cláudia Lima. *op. cit.*

²⁸ Claude Shanon *apud* V. N. Pushkin. *Psicologia y Cibernética*. Tradução do original russo para o castelhano por Victoriano Imbert. Barcelona: Planeta, 1974. p. 21. Parece-nos razoável e derradeiro sublinhar que o pensamento dos mais diversos autores que pedenda unicamente da inteligência, da penetração e da honestidade do pensador leva a uma noção insuficiente da objetividade, pois desconhece a função do sujeito e do objeto, ou mais propriamente a sua identidade nas Ciências Humanas e suas conseqüências para sua natureza e para seus métodos. Em amparo tais observações cf. Lucien Goldmann *Ciências Humanas e Filosofia*, trad. de Lupe Cotrim Garande e José Arthur Giannotti, 10. ed, São Paulo: Difel, 1986. p. 28.

II

Sabe-se que o Direito Civil Constitucional enquanto movimento foi postulado por Perlingieri, ao menos pela sua versão sistematizada.²⁹ Em sua obra *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale* desencadeia uma discussão epistemológica sobre uma nova sistemática do Direito Civil e, em certa perspectiva, do Direito em geral. O Direito Civil se apresenta como uma unidade orgânica de elementos interdependentes, que se desenvolvem segundo uma racionalidade interna (o binômio *constituição-lei*), de tal maneira que todos os conteúdos aparecem como os momentos no interior da totalidade que se desenvolve e se diferencia. A máxima dessa linha de pensamento é a distinção da estrutura *constituição-lei* como uma única unidade funcional sob a perspectiva final do Direito Civil tornar-se um Direito Comum.

O movimento de constitucionalização do Direito Civil nasce de uma *necessidade* e de uma *experiência*. A *experiência* é aquela de cisão, quer dizer, da disparidade das relações vivas entre as coisas da Constituição e do Código Civil e do qual depende todo

²⁹ Os mais importantes e conhecidos textos sobre a metodologia e a perspectiva civil-constitucional foram produzidos em nosso país pelas mãos de Maria Celina Bodin de Moraes (*A Caminho de um Direito Civil Constitucional* - Revista de Direito Civil nº 65 julho-setembro de 1993, p. 21 e *Costituição e Direito Civil: Tendências* - Direito, Estado e Sociedade nº 15 agosto-dezembro de 1999 e *O Direito Civil-Constitucional 1988-1998 Uma década de constituição*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 115) e por Gustavo Tepedino (*Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999). Existem outros trabalhos de merecida importância, inclusive elaborados sob forma de coletâneas, sob a orientação do Prof. Gustavo Tepedino, que buscam construir a visão civil-constitucional desse ramo do direito, como por exemplo os livros *Problemas de Direito Civil-constitucional* (Rio de Janeiro: Renovar, 2000) e *A parte geral do Novo Código Civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional* (Rio de Janeiro: Renovar, 2002). O direito civil-constitucional é movimento que está em construção e sua metodologia vem sendo difundida especialmente pela edição no Brasil da obra sistemática *Perfis de Direito Civil*, de autoria de Perlingieri, com a tradução da Professora Maria de Cicco (Rio de Janeiro: Renovar, 1997). Por sua interdisciplinariedade marcante e originalidade epistemológica, não é possível, cremos, um enquadramento imediato da obra de Luiz Edson Fachin no movimento do Direito Civil Constitucional. Seus trabalhos poderiam ser muito mais classificados como iniciadores de um movimento próprio e renovador, de cariz aberto e analítico, no qual hoje outros professores e juristas integram, capitaneados pelo Prof. Fachin, junto à instituição na qual titulariza a cadeira de Direito Civil: a prestigiosa Universidade Federal do Paraná. Sua orientação vem-se esparaiando por todo o país, e em certa medida e respeitosamente, com as ressalvas dos erros e desvios, a abertura espistêmica deste trabalho resulta, de certo modo, de suas preleções junto à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, no período em que o autor deste trabalho figurou como discente.

o conhecimento do direito: ser constitucionalmente direcionado. A *necessidade* é, fundamentalmente, de unificar os dados que são considerados opostos e que perderam sua ação recíproca e se tornaram independentes em uma unidade de conhecimento e técnica: a constituição funda e une o ordenamento.³⁰ O Direito Civil deve desenvolver um pensamento formalmente de redescoberta (ou mais propriamente de *releitura*, como prefere o mestre) de uma razão do agir no real³¹ por meio de um retorno a um direito comum condensado e amalgamado no que se chama Direito Civil Constitucional.³²

Perlingieri desenvolve a concepção de *universo civil pluralista*,³³ considerado como um sistema comum, composto de duas substâncias distintas e justapostas, como um centro ativo: uma unidade dinâmica que desenvolve sua atividade segundo uma *razão interna* (o binômio constituição-lei).

A harmonia regula as relações entre o público e o privado e torna possível uma superação dessa dicotomia.³⁴ Essa regra de ação epistemológica na composição justaposta, em um verdadeiro *sentido sinfônico*, estabelece um ambiente no qual a correspondência e a disposição do Direito Público e Direito Privado tornam-se um lugar-comum, de modo a permitir o trânsito, por exemplo, do direito subjetivo ou do interesse legítimo, do Direito Público para o Direito Privado, considerados aqui na referência dicotômica sujeita à superação.³⁵

³⁰ Perlingieri, *Profili Istituzionali del Diritto Civile*, Camerino: Jovene, 1975.

³¹ Aqui no sentido de mundo jurídico. Cf. nesse sentido José Cretella Júnior, *Primeiras lições de Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 28.

³² Tepedino, Gustavo *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil in Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 1.

³³ *Profili op. cit.*

³⁴ *Profili op. cit.*

³⁵ A obra de Perlingieri está condensada nos seguintes trabalhos: Perlingieri, Pietro. *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, S.P.A., 1984. *Il Fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*. Nápoles: ESI, 1972. *Introduzione alla Problematica della proprietà*. Nápoles: E.S.I., 1982. *Istituzioni di Diritto Civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001 *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Camerino: Jovene, 1972. *Manuale di Diritto Civile*. Nápoles: ESI, 1997. *Scuole tendenze e metodi Problemi del Diritto Civile*. Nápoles: Esi, 1989 *Perfis do Direito Civil - Introdução ao direito Civil Constitucional*, trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. *Profili Istituzionali del*

III

Na mais tradicional forma de expressão dos vínculos entre a Constituição e as leis, o Direito pressupõe o Estado, que por sua vez pressupõe a Sociedade³⁶ e essa última o indivíduo, do qual sobreleva a consciência³⁷ – verdadeiro pressuposto universal sobre o qual tudo se compreende e tudo se entende.³⁸ Essa consciência³⁹ mencionada não é a do povo,⁴⁰ que, somada às necessidades sociais, levaria o Direito a sempre responder às suas exigências, mas, em verdade, aquela destinada pelas orientações primárias, que, no conhecimento humano, atribuem o papel maior à intuição.⁴¹ Essa intuição não é, por sua vez, a do sentido habitual, que o senso comum responde nas suas experiências e pragmatismos, mas, sim, as operações cognitivas que nos permitem chegar ao conhecimento de algo, como um centro de referência, a dar ao sujeito a compreensão de um objeto específico, que, em via de retorno, outra existência não há senão a de ser dado em relação ao sujeito que conhece, em outras palavras: é intencionalmente referido ao sujeito cognoscente.⁴²

Diritto Civile. Camerino: Jovene, 1975. Perlingieri, Pietro. Femia. Pasquale. *Nozioni Introduttive e principi fondamentali del Diritto Civile*, Nápoles: ESI, 2000.

³⁶ Máxima conhecida de Simoncelli (*Istituzioni di Diritto Privato*, 3 edição. p.1), seguido por Amsicora Cherchi (*Istituzioni di Diritto Privato*. 15. ed., Pádua: Cedam, 1978. p. 3).

³⁷ A noção de consciência aqui referida é aquela extraída por Brentano da Filosofia Medieval e que retorna àquela de Aristóteles. Não é a consciência kantiana que na síntese de Julius Binder “...A consciência não é consciência do objeto, mas é objeto...” (*La fondazione della Filosofia del Diritto*, tradução do alemão para o italiano por Antônio Giolitti. Turim: Einaudi, 1945. p.). Para uma explicação didática da Filosofia do Direito de Julius Binder cf. Vincenzo Palazzolo, *La Filosofia del Diritto di Julius Binder*, Milão: Giuffrè, 1947. Exemplo da consciência no sentido do texto é aquela referida por Francisco de Assis Toledo na obra *Princípios básicos do Direito Penal*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1991. p. 94. Um esboço da intencionalidade da consciência pode ser encontrado na obra de Pierre Jacob *L’Intentionnalité*, Paris: Odile Jacob, 2004. *Passim*.

³⁸ No original da monumental obra de Simoncelli “O direito pressupõe o Estado; o Estado pressupõe a sociedade” (*op. cit.*), que é copiado sem ressalvas ou notas de identificação por Amsicora Cherchi (*op. cit.*).

³⁹ A consciência a que nos referimos é difusa na obra de Husserl, que acompanha e reconhece ser de Brentano a sua origem, remonta à Filosofia Medieval. Uma síntese didática pode ser encontrada na obra *La conscience du corps ao sujeit*, de André Sinha, Paris: Armand Colin / Serjer, 2004. *Passim*.

⁴⁰ Diz Pietro Bonfante in *Istituzione di Diritto Romano*, 4. ed., Milão: Casa Editrice Franceso Vallardi, 1907. p. 19. Cf. ainda Cesare Goretta *I fondamenti del diritto*, Milão: Libreria Editrice Lombarda, 1930. p. 233.

⁴¹ Sobre a intencionalidade no sentido do texto, cf. a obra original de Franz Brentano (*La psicologia del punto de vista empirico*, trad. do alemão para o italiano por Giovanni Guribatti, Bari: Laterza, 1997. p. 127.) e de Husserl (*Lições para uma Fenomenologia da consciência interna do tempo*, trad. M.S. Alves, Lisboa: Imprensa Nacional, 1994), com o corte didático de Pierre Jacob *L’Intentionnalité*, de Pierre Jacob, Paris: Odile Jacob, 2004. *Passim*.

⁴² I.M. Bochenski *A Filosofia contemporânea ocidental*, tradução de Antonio Pinto de Carvalho, São Paulo: Herder, 1962. p. 138.

Uma determinação ontológica de algum objeto do conhecimento deve ser utilizada por via de consequência pela corrente que mais se debruçou na compreensão das coisas mesmas: a Fenomenologia.⁴³ A partir do lema do retorno às próprias coisas, significará a Fenomenologia a verdadeira forma técnica e rígida de bem compreender o objeto submetido a uma análise verdadeiramente compreensiva.⁴⁴ Por meio da Fenomenologia é possível, de forma mais pura, indagar-se do conteúdo compreensível ideal do que nos é dado, ou seja, dos fenômenos, a partir de uma visão imediata, sim, mas destinada à busca de sua essência. De duas formas a Fenomenologia⁴⁵ contribuiu, decisivamente para o Direito: (a) pela compreensão da essência dos institutos e (ii) pela utilização dos *a priori*.⁴⁶ A compreensão é feita a partir do método fenomenológico⁴⁷ e a dos *a priori* nos elementos e figuras fundamentais do Direito Civil.⁴⁸

⁴³A panorâmica da Fenomenologia no Brasil está condensada no texto *O pensamento fenomenológico no Brasil* de Aquiles Côrtes Guimarães. Separata do Centro de História e Cultura da Universidade Nova de Lisboa em sua revista (*Cultura – Revista de História e Teoria das Ideias*, vol. 12 [2ª série], 2000. 2001. Sobre fenomenologia do direito cf. *Fenomenologia e Direito*, também de Aquiles Côrtes Guimarães, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁴⁴ Conquanto não seja este trabalho de cunho existencialista, a análise ontológica desse segmento é sempre acolhida devido às premissas fenomenológicas a que estão sujeitos. Os trabalhos de Jean-Paul Sarte, por exemplo, dão uma específica contribuição à ontologia fenomenológica, que é adotada na pesquisa, com a importante ressalva de que parte essa vertente de pensamento da noção de *existência* e não de *essência*. Sarte é fenomenólogo pelo emprego generalizado que faz da noção de dado. Nesse sentido: Lucien Jerphagnon, *op. cit.*, p. 123. Ressalvemos que a própria noção de Existencialismo como uma Filosofia é controvertida. Pela negativa: I. M. Bochenski, *A Filosofia Contemporânea Ocidental*, tradução de Anônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Herder, 1962. p. 151.

⁴⁵ Para uma ampla apreciação da Fenomenologia do Direito cf. Gehard Husserl *Diritto e tempo*, tradução de Renato Cristin, Milão: Giuffrè, 1998. Merece citação igualmente as obras de Paul Amselk (*Méthode Phénoménologique et Théorie du Droit*. Paris: LDDJ, 1964), Simone Goyard-Fabre (*Essai de Critique Phénoménologique du Droit*. Paris: Klincksiek, 1972), Giuliana Stella (*I giuristi di Husserl*. Milão: Giuffrè, 1990), Hans Kelsen (*Una Teoria Fenomenologica del Diritto*, tradução de Giuliana Stella. Nápoles: ESI, 1990), Alexandre Kojève (*Linee di una Fenomenologia del Diritto*, tradução do original francês para o italiano de Rosabruna D’Ettorre. Milão: Jaca Book, 1988) e W. Luypen (*Fenomenologia del derecho natural*, tradução do holandês para o castelhano por Pedro Martín y de la Cámara. Buenos Aires: Carlos Lohé, 1968. No Brasil, a síntese da Fenomenologia husserliana pode ser vista no texto *As repercussões da Fenomenologia de Husserl do Direito* de Luiz Henrique Cascelli de Azevedo in *Notícia do Direito Brasileiro*. Nova Série. n° 6 – 2º Semestre de 1998. p. 177. Contra a possibilidade da Fenomenologia aplicável ao Direito cf. Tornaghi, Helio. *Curso de Direito Processual Penal*. 4. ed., vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 11.

⁴⁶ No Direito é referência a obra de Adolf Reinach (*I fondamenti a priori del diritto civile*, Milão: Giuffrè, 1990. *Passim*). Uma síntese pode ser encontrada em Cesare Goretti, *I fondamenti del Diritto*, Milão: Libreria Editrice Lombarda, 1930. p. 233.

⁴⁷ Um exame das Ciências Sociais vista sob o ângulo fenomenológico cf. Angela Ales Bello *Fenomenologia e Ciências Humanas*, São Paulo: Edusa, 2004. *Passim*.

⁴⁸ Não nos parece que a determinação ontológica do objeto em exame seja tão-somente reduzida a um

A Fenomenologia⁴⁹ é uma das mais significativas correntes de pensamento e contribuiu, de forma relevante, para a verdadeira ruptura com o Século XIX. A exata significação de sua importância e alcance é revelada pela quantidade de autores e obras marcadas por seus traços mais característicos e pela comparação que se faz com o Cartesianismo⁵⁰ ao servir de marco para a Filosofia moderna. Importa sublinhar, entretanto, que se por um lado ela constituiu uma das correntes filosóficas mais decisivas do Século XX e inegavelmente vigorosa já no Século XXI, é também, sem dúvida alguma, uma das mais complexas, ao ponto de seu fundador e principal representante, Edmund Husserl, ter plena consciência de tal dificuldade, desde os primeiros anos em que empreendem seus trabalhos até o fim da sua vida⁵¹.

Segundo concepção ordinariamente aceita e destacada no §7º de *Ser e Tempo* (de Heidegger), Fenomenologia consiste, na verdade, numa filosofia e num método. Como manifestação filosófica, buscou determinar o retorno às coisas mesmas e, como método, propõe-se a estabelecer uma base segura para todas as ciências, desprovidas de qualquer pressuposição, afastando-se da dedução e do empirismo, a fim de mostrar e esclarecer o que é dado.⁵²

O método da Fenomenologia foi adotado há muito no campo do Direito. O mais expressivo nome continua sendo o de Adolf Reinach, que é também autor da obra que inspirou a pesquisa (*Os fundamentos apriorísticos do Direito Civil*). Gehart Husserl,⁵³ Felix

problema hermético ou axiológico, embora como bem aponta Nelson Saldanha, seja a Axiologia uma renovação da ontologia. Aqui somente a redução eidética, como método da Fenomenologia, permite alcançar verdadeiramente os objetivos pretendidos. Cf *Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 190.

⁴⁹ A panorâmica da fenomenologia do Brasil está condensada no texto *O Pensamento Fenomenológico no Brasil* de Aquiles Côrtes Guimarães. Separata do Centro de História da Cultura da Universidade Nova de Lisboa (Cultura – Revista de História e Teoria das das Idéias, Vol. XII [2ª Série], 2000-2001).

⁵⁰ Sobre o Cartesianismo cf. a síntese de Vicente Fatone *Lógica e Introdução a la Filosofia*, 9.ed., Buenos Aires: Editorial Kapelusz, 1969. p. 131.

⁵¹ Em verdade, o reconhecimento de tal dificuldade se encontra em mais de uma obra. Por todos: I.M. Bochenski, *A Filosofia Contemporânea Ocidental*, trad. de Antonio Pinto de Carvalho, São Paulo: Herder, 1962. p 132.

⁵² Heidegger, Martin. *Ser e tempo*, 8. ed., trad. de Márcia de Sá Cavalcante, Petrópolis: 1999. p. 56.

⁵³ *Diritto e tempo*, trad. do alemão para o italiano por Renato Cristin, Milão: Giuffrè, 1988.

Kaufmann,⁵⁴ Sérgio Cotta,⁵⁵ Paul Amselek,⁵⁶ Fritz Schereier,⁵⁷ Wilhelm Schapp,⁵⁸ Alexandre Kojève,⁵⁹ Simone Goyard-Fabre,⁶⁰ dentre outros, o utilizaram e, conquanto ainda assim não o declarem, e é entre os autores-juristas invariavelmente difundido, especialmente por meio da técnica de *redução fenomenológica*.

A Fenomenologia considera a essência pura e põe de lado todas as outras fontes de informações. Ela é estruturalmente descritiva e seu método consiste, derradeiramente, na exposição da essência das coisas. Seu processamento é uma forma de esclarecimento gradual, que progride de etapa em etapa, mediante a intuição da essência dos objetos do conhecimento. E essa *essência* vale para determinar a *existência* do instituto, que até pode ainda não existir (*rectius*: não ter sido estatuído pelo direito positivo), mas que terá a sua essência, desde já, determinada.⁶¹ Desse modo, as formas jurídicas valem como essências independentes da existência legislativa, sendo que, uma vez positivadas, deverão observar as essências como tais consideradas pela Fenomenologia.

Diante do *Idealismo* no qual foi marcado o conhecimento do Direito Civil desde o Século XIX, com a formação de figuras como o *direito subjetivo* ou a *relação jurídica*, surge num contexto da época do Século XIX uma série de movimentos contrários à especulação teórica pura, dentre as quais a Fenomenologia. Não é, entretanto, a Fenomenologia aqui tomada, de modo exclusivo no conhecimento, pois a contribuição das correntes de pensamento

⁵⁴ *Logik und Rechtswissenschaft*, Tübingen: Mohr, 1921.

⁵⁵ *Il diritto nell'esistenza*, 2 ed. Milão: Giuffrè, 1991.

⁵⁶ *Méthode Phénoménologique et théorie du Droit*, Paris: LGDJ, 1974.

⁵⁷ *Conceptos y formas fundamentales del derecho*, trad. do alemão para o castelhano por Eduardo Garcia Maynes, Buenos Aires: Editorial Losada, 1942.

⁵⁸ *La nueva Ciencia del Derecho*, Madri: Revista del Occidente, 1931.

⁵⁹ *Uma teoria fenomenológica del Diritto*, trad. de Giuliana Stella, Nápoles: ESI, 1990.

⁶⁰ *Essai de critique phénoménologique du droit*, Paris: Librairie Klincksiek, 1972.

⁶¹ Essa é a concepção de Fritz Schereier (*Conceptos y formas fundamentales del derecho*, trad. do alemão para o castelhano por Eduardo Garcia Maynes, Buenos Aires: Editorial Losada, 1942. Contra: Adolf Reinach *I fondamenti a priori del Diritto Civile*, Milão: Giuffrè, 1990. A análise de J. Haesert *Théorie Générale du Droit*, Bruxelas: Établissementnts Émile Bruylant, 1948.

no Direito conduziu a inúmeras soluções importantes na maneira de se apresentar o conhecimento jurídico. Uma, em especial, a Escola neokantiana logicista, conhecida por “Escola de Marburgo,”⁶² merece um específico registro, seja por sua contribuição multiforme na formação de termos e conceitos, seja por ter adeptos amiúde relacionados com o movimento de aplicação do Direito Romano nos antecedentes e num primeiro momento da unificação alemã de 1870.

Se nas suas premissas metodológicas o Direito Civil Constitucional é estrutural, na compreensão inegavelmente se vale da Fenomenologia, pois os conceitos de estrutura implicam no limite estabelecido pelo binômio *constituição-lei*.⁶³ Por outro lado, o conteúdo inteligível, submetido à apreciação do método fenomenológico, encontra suas possibilidades no próprio alcance que quer se imprimir ao trabalho: ou seja: nas próprias coisas. De maneira que a compreensão de relação jurídica, do direito subjetivo ou de outros conceitos em Direito, como, *verbi gratia*, direito potestativo e pretensão, deve ser destacada, posta “entre parênteses”, e submetida à redução de busca da sua essência, independentemente, como deve ser, de sua existência concreta.

IV

A existência de certos fenômenos ocorre muitas vezes mais pelos efeitos do que pelo reconhecimento imediato da sua

⁶² Cf. Escola Logicista ou Escola de Marburgo in *A Filosofia Contemporânea Ocidental* I. M. Bochenski, tradução de Antonio Pinto de Carvalho, São Paulo: Herder, 1962. p. 101. O principal expoente da Escola é Rudolf Stammler (*Tratado de Filosofia del Derecho*, Madri: Réus, 1930), e sua orientação é fiel à de Kant, e elevou suas conclusões a um momental sistema filosófico ajustado com um rigor e uma lógica inexoráveis, mais se aprofunda em um pensamento abstrato que torna difícil a assimilação e a propagação de sua doutrina. Cf. Claude du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Lausanne: Belachaux et Niestlé, 1988. p. 271. Cf. ainda Erich Kaufmann, Wilhelm Sauer e Gottfried Hohenauer *Neokantismo e Diritto nella lotta per Weimar*, tradução de Roberto Miccu, Nápoles: Esi, 1992. Carlo de Rita *L'apriori etico materiale del Diritto nella Filosofia Politica de Kant*, Nápoles: Jovene, 1999.

⁶³ Preferimos o termo “limite” e não “demarcação” apenas, não obstante as possíveis controvérsias a que conduzem o vocábulo cf. Capra. *op. cit.*

existência. É desta forma que soubemos, há muito, a existência de certos *planetas* do sistema solar: pelo *movimento orbital* de outro planeta e não do próprio em questão. Deve-se dizer que tal critério *sit et in quantum* é empregado na identificação dos *átomos*, pois não se tem capacidade de se ver ainda hoje tais figuras; mas, através de seus efeitos, eles foram e continuam sendo identificados. Também a Psicologia sabidamente formulou o conceito de *inconsciente* a partir somente da *consciência*. A técnica de *presunção* em Direito opera com um efeito conhecido a partir de um outro fato, dito auxiliar (fato auxiliar).

A técnica que permite tal formulação é a *inferência*, que consiste, em última análise, em uma forma de raciocínio destinada a transformá-lo em argumento válido.⁶⁴ De forma mais simples: raciocinar a partir de premissas até a conclusão.⁶⁵ Inferir (ou, em sentido amplo, raciocinar) é tirar uma proposição de uma ou de muitas proposições nas quais está implicitamente contida.⁶⁶ Se inferência se faz sem intermediário, diz-se que ela é imediata (*in*, privativo e *medium*, meio), se se faz por meio de intermediários, então ela é mediata (*e fimbria de texto judicare*).⁶⁷ É com ela que se pode inferir, por exemplo, que a formulação de um *interesse legítimo* advém da impossibilidade conceitual do *direito subjetivo* de tutelar interesses diversos da sua técnica direta e típica de proteção, ou de um direito subjetivo a exigir uma colaboração do titular do dever jurídico, o que não ocorre com o direito potestativo, no qual tal colaboração inexistente, pois aquele a quem é dirigido esse direito encontra-se num estado de sujeição (*expressio unius et exclusio alterius*).⁶⁸

⁶⁴ Dopp, Jopseph, *Nociones de logica formal*, trad. do francês para o castelhano, por N. Peña y P. de la Cruz, Madri: Tecnos, 1969. p. 96.

⁶⁵ Wesley C. Salmon. *op.cit.* p. 6.

⁶⁶ Liard, L. *Lógica*, trad. de Godofredo Rangel, 4. ed., São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1963. p. 36.

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ A técnica da inferência, notória e tradicional, deve ser substituída, segundo alguns autores, por métodos próprios do Direito, como o da observação *direta* e *indireta* preconizado, por exemplo por A. Delarque (*Methode du Droit*, Paris: A Chevalier-Mares et Cie, Editeurs, 1901. p. 3 e 4). Entretanto a utilização da demonstração *direta* e *indireta* também não é exclusiva do Direito. Nesse sentido: Alexandra Guétmanovana *Lógica*, tradução de José Milhazes Pinto, Moscou: 1989. p. 214.

Teoricamente, ao se afirmar a existência autônoma de um *interesse legítimo*, ou de um *direito potestativo*, por exemplo, duas questões se apresentam: a primeira se relaciona tecnicamente com a *descoberta*, e a segunda se relaciona com a sua *justificação*. Trata-se uma e outra de duas distintas e diferentes questões. Ao se construir um enunciado, duas questões importantes podem ser imediatamente apresentadas: (a) de que maneira chegou a ser concebido? e (b) que razões existem para aceitá-lo como verdadeiro?⁶⁹ A primeira pergunta se relaciona com a *descoberta*, e as circunstâncias lembradas por ela formam o *contexto da descoberta*.⁷⁰ A segunda relaciona-se com a *justificação*, e os assuntos que aqui se tornam relevantes cabem no *contexto de justificação*.⁷¹ Tal distinção é essencial, pois a justificação de uma afirmação qualquer deve estar fundada em um argumento e não no erro de tratar os problemas do contexto de descoberta, no contexto de justificação, o que tornaria relevante a sua origem para saber qualquer afirmação.⁷² É o caso da falácia genética ao qual *na sua origem* se valida (por argumento de autoridade) ou não (por preconceito) um raciocínio. Parece-nos um truísmo tal distinção, pois ninguém poderia imaginar sustentação em um histórico e reprovável exemplo: os nazistas condenaram a Teoria da Relatividade, porque o seu inventor era judeu.⁷³ Ou porque, em outro exemplo de menor dissabor como aquele relacionado ao horroroso e repugnante Nazismo, mas sem perder o objetivo didático, foi Windscheid que a formulou, é que se deveria de se dar por certa a Teoria da Pressuposição.⁷⁴

O contexto da descoberta do interesse legítimo se dá na circunstância dos mesmos efeitos serem alcançados por algo que

⁶⁹ Wesley C. Salmon, *Lógica*, trad. de Leônidas Hegenberg, Rio de Janeiro: Zahar, 1984. p. 26.

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Exemplo retirado da obra *Lógica*, 6. ed., de Wesley C. Salmon, tradução de Leônidas Hegenberg, Rio de Janeiro: Zahar, 1984. p. 26.

⁷⁴ Sabidamente desprovida de acolhimento. Cf. Caio Mario da Silva Pereira na sua síntese nas *Instituições de Direito Civil*, v. 1, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 198.

não era um direito subjetivo. Foram identificados num exemplo que pode ser reputado o mais característico: o fato de alguém se indispor com um construtor que edifica além dos limites máximos de pavimentos fixados por uma legislação municipal de gabaritos e, via de consequência, desatendido nos seus interesses, resolve embargar a *obra nova*, lastreando-se na omissão da Administração Municipal e no prejuízo que experimenta como vizinho. A despeito de a Administração Pública ser a única titular de um *direito subjetivo* público de impedir a obra ilegal ou demolir o que já foi construído, ao vizinho prejudicado restaria um *interesse legítimo* de voltar-se contra o empreendimento, como se titular do direito subjetivo fosse.⁷⁵

A justificativa se contextualiza porque todo direito subjetivo é hipoteticamente formulado para servir ao *titular* do interesse e ser protegido, e não a um terceiro, ainda que prejudicado pela omissão do titular do mencionado direito.⁷⁶ A atribuição do exercício a *outro* (terceiro) redundará na produção de efeitos práticos que constituíram a justificativa de instituto diverso, a que chamamos justamente de *interesse legítimo*.⁷⁷

O prestígio dos autores italianos, que nos revelaram a existência teórica do interesse legítimo, não deve ser negado ou olvidado. No acolhimento e divulgação do interesse legítimo, o corte italiano propicia um verdadeiro ponta-pé inicial na recepção do instituto. Não se deve esquecer que, mesmo na Filosofia da Ciência, se reconhece que o prestígio desperta e acelera a aceitação dos modelos.⁷⁸ Tal fato poderá constituir, por si só, uma forma de argumento de autoridade para o instituto. Mas é bom lembrar que

⁷⁵ Cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito de construir*, *op. cit.*

⁷⁶ Aliás, desde Ihering, *op. cit.* p. até os nossos dias, cf. Brox p. 163-164.

⁷⁷ Por todos Andrea Torrente e Piero Schlesinger *Manuale di Diritto Privato*, 12. ed., Milão: Giuffrè, '985. p. 72.

⁷⁸ Cf. Thomas Khun: *A estrutura das revoluções científicas*, 5. ed. trad. de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, São Paulo: Perspectiva, 1997. p. 133. A idéia circula em outras obras cf. *La estructura de las teorías científicas*. trad. Pilar Castilho y Eloy Rala, Madri: Editorial Nacional, 1979.

a *Teoria da Correalidade*,⁷⁹ elaborada pelo eminente Ribbentrop,⁸⁰ e, igualmente, a autoridade de Windscheid não fez prevalecer a refutada *Teoria da Pressuposição*,⁸¹ pois, como é sabido, ambas não se alavancaram com o prestígio de seus criadores.⁸² O prestígio pessoal não leva, necessariamente, ao reconhecimento de sua teoria pelo argumento de autoridade, e nem é, tampouco, forma de justificação, pois a personalidade complexa e controvertida de Alois von Brinz⁸³ lhe valeu o *argumento ad hominem*⁸⁴ para a sua *Teoria Dualista das Obrigações*,⁸⁵ que ao final foi amplamente aceita e acolhida.⁸⁶

V

É característica dos juristas a capacidade de absorver a opinião

⁷⁹ A conhecida e divulgada informação em nosso país é feita pelo Prof. Caio Mario da Silva Pereira in *Instituições de Direito Civil*, vol. 1, (9. ed.), Rio de Janeiro: Forense, 1986.

⁸⁰ Ribbentrop, Julius Georg von, *Zur Lehre von den Correal-obligationen*, Göttingen: Dieterich, 1831.

⁸¹ Por todos Caio Mario da Silva Pereira. A Teoria da pressuposição está alinhavada no *Manual das Pandectas*.

⁸² É verdade que a teoria dualista das obrigações teve ampla divulgação e é adotada no Brasil em sua ampla maioria. cf. nesse sentido: Alfredo Buzaid *Concurso de Credores no processo de execução*, São Paulo: Saraiva, 1952. cf. ainda Fábio Konder Comparato, embora na área processual reine certa controvérsia devido às críticas de Carnelutti e Liebman, especialmente, que parecem ter sido solucionadas por Pugliatti. Quanto à não aceitação da "Teoria da Correalidade" cf. o primoroso trabalho de Julius Binder *Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht*, Aalen: Scientia Verlag, 1917. *Passim*.

⁸³ Brinz dá resposta direta no texto, contraditando-se de modo a tornar irretorquível sua crítica

⁸⁴ O *argumento ad hominem* ou argumento contra o homem ou ainda contra a pessoa, em termos gerais é falácia que se comete quando a refutação lógica das idéias ou razões cede seu lugar ao insulto e a calúnia dirigidos à pessoa que expõe argumentos. Isto significará naturalmente uma falta de conexão lógica entre a conclusão e as premissas, ainda que seja retórica ou psicologicamente persuasiva. cf. Sergio Custodio *Introducción a la Lógica*, Guatemala: Editorial Óscar de León Palacios, 1986. p. 61. Vai aqui a definição de Wesley C Salmon (*Lógica*, 4. ed., tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota, Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 93) argumento contra o homem é o argumento que conclui que um dado enunciado é falso por ter sido feito por determinada pessoa.

⁸⁵ Nos dois mais citados textos de Brinz. *Der Begriff obligatio (Zeitschrift für das Privat und Öffentliche Recht der Gegenwart*, tomo 1, Viena: Alfred Hölder Beck'sche Universitäts-Buchhandlung, 1874) e *Obligation und Haftung (Archiv für die Civilistische Praxis*, Tübingen: Verlag von J.C. Mohr [Paul Siebek], 1933), o autor rebate as críticas pessoais que lhe são feitas.

⁸⁶ O trabalho de Fábio Konder Comparato é sempre a melhor referência (*Essai D'analyse Dualiste de L'Obligation em Droit Privé*, Paris: Librairie Dalloz, 1964). No mesmo sentido Alfredo Buzaid (*Do concurso de credores no processo de execução*, São Paulo: Saraiva, 1952). Na Itália Salvatore Pugliatti (*Esecuzione Forzata e diritto sostanziale*, Milão: Giuffrè, 1935), e na Alemanha Otto von Gierke (*Deutsches Privatrecht*, tomo III, Munique e Lipsia: Verlag von Duncker & Humblot, 1917. p. 8. Modernamente Jossef Esser e Hans-Leo Weyers *Schuldrecht*, Heidelberg-Karlsruhe: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1977).

dos mais eminentes e conhecidos estudiosos do Direito a respeito da existência de categorias *a priori* (*jus prudentibus constitutum*).⁸⁷ Frente a opiniões dominantes, emerge um grande alarde de segurança em si mesma de a forma de decidir sobre o modo particular que venha a determinar a formação de tais idéias (*communis opinio doctorum*).⁸⁸ Por partir da possibilidade de uma teorização pura, foi estabelecida uma tábua de categorias, as quais se atribui a dignidade de categorias *a priori*. O reconhecimento da existência de categorias *a priori* não tem levado a idéia de um *numerus clausus*,⁸⁹ de modo que a categorização não é acompanhada de taxatividade *secundum tabulas*.

Diversos autores intitulam tais categorias como institutos, figuras ou mesmo como conceitos; e em todas elas alargaram a aplicação da idéia apriorística de que os estudos deviam ser feitos, a partir de noções prévias e dogmáticamente oferecidas aos estudantes. Especialmente na literatura prática houve, de forma circular e ensimesmada, uma sucessiva ou recíproca adição de termos e significados reproduzidos de outras obras, sem o desenvolvimento ou o aperfeiçoamento de tais noções. A concepção mesma do direito subjetivo é fruto do apanhado descrito nos textos (especialmente franceses) originários do século XIX, que tanta repercussão tiveram no Brasil.⁹⁰ O direito subjetivo constitui o mais característico e apropriado exemplo da adoção do maneirismo, pois é ordinariamente encontrado nos textos dos manuais e compêndios brasileiros sempre descrito de forma estruturalmente conformada a padrões, que ainda se reportam aos antigos textos franceses, a

⁸⁷ A obra dos juriconsultos romanos, comentadores e auxiliares do Direito é chamada de doutrina. Ela é em suma a própria Ciência do Direito. cf. Claude du Pasquier. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, 6. edição, Lausanne: Delachaux & Niestlé, 1988. p. 67.

⁸⁸ Reconhece-se como autoridade a opinião dos juristas, desde quando o pronunciaram e o aceitaram. cf. Claude du Pasquier. *op.cit.* p. 67.

⁸⁹ Radbruch, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6 ed., trad. de L. Cabral de Moncada, Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 34 e 35.

⁹⁰ Duguit chega ao ponto de afirmar, embora em sentido crítico-niilista, que em sua base está uma afirmação de ordem metafísica in *Les transformations*, p. 9 e também no *Traité du Droit constitutionnel*, 3. ed.. p. 3.

que se somariam, de forma ancilar e complementar, alguns outros de origem italiana.⁹¹ Embora a literatura de origem espanhola,⁹² e especialmente portuguesa,⁹³ mereçam inúmeras e variadas citações, é inegavelmente de corte francês⁹⁴ a revelação inicial e introdutória e o modo de exposição dos institutos na literatura corrente no país.⁹⁵ Somente tempos depois é que a força avassaladora da literatura italiana, concentrada nos mais eminentes tratadistas e compendiadores da época, alcançaria o brilho que hoje se reconhece e se mantém no Brasil⁹⁶ e forçaria uma reclassificação francesa, cuja posição antes proeminente, e quase exclusiva em algum momento, parece encontrar-se em declínio.⁹⁷

As formas jurídicas inatas são estudadas e sistematizadas sob a forma de categorias apriorísticas do Direito e constituem a própria base do que habitualmente se pensa e faz no Brasil. O tradicional método técnico-jurídico se apresenta normalmente nessas categorias implícitas, que pressupõem toda a sua estrutura. Mas as formas inatas não são, em geral, para os nossos estudos uma mera influência: são uma interioridade constitutiva, que seu corpo teórico incorpora e concentra, e que permite à teoria crítica pensar seu objeto, e interpretar a própria iniciativa como instância, contrária ou imanente, em crítica do próprio inatismo, pois, se a escala dos

⁹¹ Exemplo de obra que muito circulou no país, com registro nas bibliotecas públicas é a de Vincenzo Simoncelli (*Istituzioni di Diritto Privato Italiano*, 3. ed., Roma: Athenaeum, 1929).

⁹² Castro y Bravo é o mais citado: *Compendio de Derecho Civil*, 5. ed., Madri: Garcia Blanca, 1972.

⁹³ Especialmente a obra de José Tavares, *Os pincípios fundamentais do Direito Civil*, 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1929.

⁹⁴ O vigor da influência francesa não se limitava aos estudos jurídicos, mas à cultura que circulava nos mais evidentes núcleos intelectuais da época, do qual a universidade não ficava distante, quando não muitas vezes era o próprio veículo divulgador da tendência. Cf *A Ciência nas relações Brasil-França (1850-1950)*, Amélia Imperio Hamburger *et alii*, São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1996. p. 19.

⁹⁵ Prova da maneira francesa, marcada ainda hoje por um vigor indiscutível é a coleção das *Instituições de Direito Civil* de lavra do Prof. Caio Mario da Silva Pereira. *op. cit.*

⁹⁶ Merece registro a quantidade de obras de lavra de Vincenzo Simoncelli (*Istituzioni di Diritto Privato Italiano*, 3. ed., Roma: Athenaeum, 1929) e Contardo Ferrini (*Diritto Romano*, 2. ed., Milão: Ulrico Hoepli, 1898 e *Il Digesto*, Milão: Ulderico Hoepli, 1893) que circulavam nas livrarias e bibliotecas dos docentes brasileiros, como obras do passado, a obra de Roberto de Ruggiero e Mario Allara como marco das novas obra atualmente os novos textos, dentre os quais incluímos os de Perlingieri (*Perfis*, *op. cit.*).

⁹⁷ Salta aos olhos a discrepância entre a atual produção francesa e italiana citada nos inúmeros livros nacionais.

conceitos jurídicos é a medida em grande parte, manifestada através de categoria jurídica considerada a sua aceitação dogmática, passam elas a ser designadas, como batizou Rudolf Stammler, em *categorias fundamentais do Direito*.⁹⁸

A admissão dessas formas necessariamente parciais e relativas de nosso conhecimento, diante de uma impossibilidade de se construir uma representação unívoca e objetiva do seu universo, constitui em seus aspectos a releitura do Direito Civil advogada por Perlingieri como meio de superar as limitações do pensamento tradicional.

⁹⁸ Stammler, Rudolf, *Tratado de Filosofia del Derecho*. Madri: Réus, 1930.