

Bruno Heringer Júnior*
Isabel Dias Almeida**

Liberdade de religião e sacrifício de animais: a lei estadual gaúcha nº 12.131/2004¹

Resumo: O presente trabalho objetiva apreciar a compatibilidade constitucional da Lei Estadual nº 12.131/2004 do Rio Grande do Sul, que excepcionou, de modo expresso, da regra que estabelece ações vedadas contra animais constante da Lei Estadual nº 11.915/2003, as decorrentes de cultos e liturgias das religiões de matriz africana. Para tanto, são analisados os bens jurídico-constitucionais em colisão – liberdade de consciência e de crença e proteção aos animais, ambos com assento constitucional, basicamente nos arts. 5º, VI, e 225, VII –, bem como as normas sobre competência legislativa, para concluir pela inocuidade do dispositivo e por sua ilegitimidade formal e material.

Palavras-chave: Sacrifício de animais. Meio ambiente. Liberdade de consciência e de crença. Conflito de bens jurídicos. Competência legislativa. Princípio da igualdade. Inconstitucionalidade.

Abstract: The present work intends to consider the constitutional compatibility of the State Law nº 12.131/2004 of Rio Grande do Sul, that objected, in an express way, to the rule that establishes forbidden actions against animals and that makes part of the State Law nº 11.915/2003, actions resulting from cults and liturgies of religions of African matrix. Therefore, the juridical – constitutional assets in collision are analyzed – consciousness and belief freedom and animals protection, both with a constitutional base, essentially in the articles 5th, VI, and 225, VII –, as well the rules about legislative competence, to conclude for the innocuity of the dispositive and for its formal and material illegitimacy.

Key words: Animals sacrifice. Consciousness and belief freedom. Conflict of juridical assets. Legislative competence. The principle of equality. Unconstitutionality.

Introdução

Editou-se, no Estado do Rio Grande do Sul, a Lei Estadual nº 12.131/2004, a qual excepcionou, de modo expresso, da regra que estabe-

* Mestre em Direito pela UNISINOS. Professor da FSG. Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: brunoheringerjr@terra.com.br.

** Mestre em Direito pela UNISINOS. Professora da FSG. Procuradora de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: isabel@mp.rs.gov.br.

¹ Artigo elaborado a partir de parecer, da lavra dos autores, oferecido em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Ministério Público Estadual.

lece ações vedadas contra animais constante da Lei Estadual nº 11.915/2003, as decorrentes de cultos e liturgias das religiões de matriz africana.

Por cuidar-se de tema sensível socialmente, logo foi polarizado o debate: de um lado, os representantes de cultos afro-brasileiros, aplaudindo a inovação normativa; de outro, as entidades defensoras dos animais, repudiando o que entendem constituir retrocesso ético.

Desnecessariamente, ao que parece, por inócua e inconstitucional a norma editada.

1 Inconstitucionalidade formal

Em primeiro lugar, a Lei Estadual nº 12.131/2004, acrescentando parágrafo único ao art. 2º da Lei Estadual nº 11.915/2003, afigura-se, formalmente, inconstitucional, por ter tratado, indevidamente, de matéria penal, da competência legislativa privativa da União.

O art. 32 da Lei nº 9.605/98 dispõe ser crime, com pena de detenção, de 3 meses a 1 ano, e multa, praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos.

A seguir, no art. 37, o mesmo diploma legal federal estabelece causas de justificação, permitindo o abate de animais em estado de necessidade (fome), para proteger lavouras, pomares e rebanhos e por ser o animal nocivo. Vale dizer, em nenhum momento excepciona o sacrifício de animais, destinados ou não à alimentação humana, praticado em rituais religiosos.

Competindo à União, privativamente, legislar sobre direito penal, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal, não poderia o Estado do Rio Grande do Sul, legitimamente, estabelecer novel causa de exclusão da ilicitude, afastando da incidência do tipo penal do art. 32 da Lei dos Crimes Ambientais o abate de animais em rituais religiosos.

Desse modo, com a inovação normativa estadual, invadiu-se a esfera de competência legislativa privativa da União, em ofensa ao art. 22, I, da Constituição Federal.

Não se trata de mera norma estadual sem repercussão geral. Ocorre que, por força do princípio da unidade do ilícito (ou unidade da ordem jurídica), um mesmo fato não pode ser considerado proibido e permitido ao mesmo tempo.

Ora, de acordo com a regra estadual, eventual sofrimento excessivo causado em um animal em virtude de sacrifício em culto de matriz africana seria considerado lícito, apesar de proibido pela norma federal. Com

isso, haveria uma desnecessária contradição interna na ordem jurídica, já que, independentemente do dispositivo impugnado, seria possível uma compatibilização entre princípios constitucionais, a orientar seus destinatários.

Tomando como referência outra matéria em que há compartilhamento de competências entre a União e o Estado, produziria a mesma antinomia que a regra analisada, instituída com base no art. 22, VI e VIII, da Constituição Federal, aquela outra que permitisse, no âmbito estadual, o fornecimento de bebida alcoólica a criança ou adolescente, para proteger eventual tradição cultural, contrapondo-se a tipo penal do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 22, XV, da Constituição Federal).

É de advertir, contudo, que a supressão do dispositivo não inviabiliza as práticas de cultos africanos, pois, apesar de vedada a crueldade contra animais, sempre será possível aferir, em cada caso concreto, a prevalência, ou não, do direito fundamental à liberdade religiosa. Essa matéria, sem dúvida, é de delicado equacionamento, pois implica a tentativa de compatibilização ótima entre os direitos fundamentais à liberdade de consciência e de crença e a proteção aos animais, ambos com assento constitucional, basicamente nos arts. 5º, VI, e 225, VII.

Como se sabe, os direitos fundamentais estão vazados na forma de princípios, os quais indicam fins a serem atingidos pela ordem jurídica e apresentam baixa densidade normativa, pois não apontam através de que condutas específicas tais objetivos serão alcançados.²

As regras, como outra espécie normativa, estabelecem, por sua vez, quais condutas devem ser observadas pelos destinatários, em atenção a fins vários, desde que constitucionalmente legítimos, e, desse modo, revelam maior grau de concreção.

Regras incompatíveis não podem subsistir em uma dada ordem jurídica, devendo uma delas ser eliminada através da análise das relações superior/inferior (hierarquia), anterior/posterior (temporalidade) e geral/especial (especialidade). Já os princípios, em caso de colisão, não se sujeitam à disjuntiva do “tudo-ou-nada”, mas ao postulado da acomodação recíproca, vez que devem ser harmonizados da melhor maneira possível.

As normas constitucionais são, em sua maioria, vazadas na forma de princípios, indicando fins específicos da ordem jurídica. Apresentando um caráter basicamente aberto, compete ao legislador ordinário con-

² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação prática dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

cretizar a Constituição, produzindo as regras necessárias ao atingimento dos objetivos visados pelo pacto social fundante.

Evidentemente, detém o legislador ampla discricionariedade para escolher as vias normativas mais adequadas ao cumprimento do programa constitucional, somente sendo possível um juízo abstrato de deslegitimação quando manifesto o contraste com normas constitucionais. Razoavelmente compatível com a Constituição, a inovação normativa do Parlamento há de ser tida por válida, mesmo que as regras legisladas não sejam as ideais, em respeito até mesmo aos limites históricos e sócio-políticos que afetam a cultura jurídica de um povo. Pois bem. Garantidas constitucionalmente a liberdade de consciência e de crença e a proteção à fauna, tão-somente se indicam, na dimensão objetiva, fins a serem alcançados pela ordem jurídica, competindo, assim, ao legislador ordinário concretizar esse programa específico. Nesse modo, parece que a opção legislativa estadual, excluindo manifestações culturais de caráter religioso da vedação normativa, buscou, louvavelmente, alcançar uma compatibilização ótima entre ambos os princípios constitucionais: a liberdade de consciência e de crença e a proteção aos animais. O problema é que falece competência ao Estado para tanto.

De observar que, mesmo com a existência de lei específica sobre o tema (no caso, o art. 32 da Lei dos Crimes Ambientais), os casos concretos sempre exigem matização judicial, a qual é levada a efeito basicamente a partir dos princípios da unidade da Constituição, da concordância prática e da proporcionalidade.³

Antes dessa específica regulamentação no âmbito estadual, já havia a proibição de submeter animais a crueldade, ao menos desde o art. 64 da Lei das Contravenções Penais. E, mesmo sem exceção expressa a tal regra, já se podia entender que os sacrifícios rituais ali não se enquadravam, através de uma hermenêutica que considerava a necessidade de se filtrar o dispositivo à luz da Constituição, de modo a garantir que formas de expressão de direitos fundamentais (liberdade de culto) não fossem obstadas pela proibição. Nesse caso, procedia-se a uma interpretação conforme à Constituição do tipo penal referido, de modo a alcançar-lhe um significado que não contradissesse normas da Lei Maior.

³ FARIAS, Edílson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000, p. 175.

O dispositivo atacado, mesmo que tivesse sido veiculado por lei federal, afigura-se, assim, até mesmo desnecessário, porquanto jamais a liberdade de religião, constitucionalmente garantida, poderia ser afetada decisivamente em seu núcleo essencial por norma protetiva de animais. E isso porque parece evidente que, no caso, o direito de liberdade goza de primazia qualificada (*preferred position* do direito norte-americano) relativamente à proteção ambiental.

É de salientar que as religiões de matriz africana apresentam um cunho mágico, não havendo espaço para a idéia de salvação nem de fixação no além; o que se busca é “a interferência concreta do sobrenatural neste mundo presente, mediante a manipulação de forças sagradas, a invocação de potências divinas e os sacrifícios oferecidos às diferentes divindades, os chamados orixás”.⁴ Em sendo assim, impedir o sacrifício ritual de animais implica, para esses cultos, a perda da própria identidade da sua expressão cultural.

Cuidando das hipóteses de conflito aparente entre o meio ambiente natural e o meio ambiente cultural, em que se inclui o sacrifício de animais em ritos religiosos, Celso Antônio Pacheco Fiorillo⁵ oferece argumentos que merecem reprodução:

A farra do boi, os rodeios e as práticas religiosas que se utilizam de animais são essencialmente culturais. Como já tivemos a oportunidade de abordar, o meio ambiente é composto por alguns aspectos e, dentre estes, o cultural, que possui tutela imediata nos arts. 215 e 216 da nossa Carta Magna.

Ao tutelar o meio ambiente cultural, a Constituição Federal de 1988 preceituou o apoio e o incentivo à valorização e à difusão das manifestações culturais, conforme dispõe o art. 215. Todavia, como verificamos, o incentivo à manifestação cultural da farra do boi, dos rodeios e das práticas religiosas que se utilizam de animais pode implicar a submissão de animais a crueldade.

Trata-se, na verdade, de um aparente conflito entre o meio ambiente natural e o meio ambiente cultural. Dirimindo essa aparente litigiosidade interna, utilizamos o princípio do desenvolvimento sustentável, o qual exigirá a análise específica de cada caso e não determinará, em definitivo, a prevalência de um aspecto em relação a outro.

Um dos aspectos a ser verificado é se o animal submetido a supostas práticas cruéis encontra-se em via de extinção. Havendo o risco de extinção

⁴ PIERUCCI, Antônio Flávio. Apêndice: as religiões do Brasil. In: HELLERN, Victor et al. *O livro das religiões*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 293.

⁵ *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 95. (grifamos)

da espécie, será vedada a prática cultural, porquanto permitir sua continuidade implicaria não tutelar o meio ambiente natural e tampouco o meio ambiente cultural, uma vez que com a extinção a prática cultural perderia seu objeto. Além disso, uma prática somente é tida como cultural na medida em que traz a identificação de valores de uma região ou população. Caso tenha por finalidade apenas uma atividade mercadológica, será vedada, porquanto estaria desafeta às tradições culturais. Exemplo disso é a tourada, que se objetivava trazer para o Brasil. Para nós, ela seria uma prática inconstitucional, porquanto não expressaria um exercício baseado no nosso patrimônio cultural.

Vale dizer, independentemente da existência de regra legal específica, não há como deixar-se de, em cada caso concreto, verificar se os limites de compatibilização entre manifestação cultural e proteção à fauna foram observados, extraindo o máximo de virtualidade normativa de cada elemento. Desse modo, ritos exóticos sem significação cultural, abate de animais em vias de extinção, provocação de sofrimento exagerado aos animais, entre outras, são circunstâncias que deslegitimam a expressão cultural, caracterizando eventual infração até mesmo ao dispositivo, além de inconstitucional, apresenta-se manifestamente inócuo, pois não afasta a necessidade de compatibilização dos princípios constitucionais em choque em cada situação concreta. No caso, apenas se externou preferência pela manifestação cultural, o que, como já se afirmou, decorre da posição preferente da liberdade religiosa no catálogo de direitos fundamentais.

De qualquer forma, persiste a incompetência legislativa estadual para dispor sobre a matéria.

Impende observar, por fim, que, mesmo que não se tratasse de matéria penal, mas relativa apenas à proteção à fauna, incluída na competência legislativa concorrente fixada pelo art. 24, VI, da Constituição, o Estado, no exercício de sua atividade normativa supletiva, não poderia desrespeitar as normas gerais editadas pela União (art. 24, §§ 1º a 4º, da Constituição), no caso o referido art. 32 da Lei nº 9.605/98.

2 Inconstitucionalidade material

Em segundo lugar, o legislador estadual desrespeitou, ainda, o princípio isonômico (art. 5º, *caput*, da Constituição), ao excepcionar apenas os cultos de matriz africana. Se é verdade que tais religiões têm um papel significativo na cultura brasileira, não se pode esquecer que

privilegiamentos específicos são incompatíveis com a natureza laica do Estado (art. 19, I, da Constituição).

Inúmeras outras expressões religiosas valem-se de sacrifícios animais, como a dos judeus e dos muçulmanos, razão pela qual a discriminação em favor apenas dos afro-brasileiros atinge frontalmente o princípio da igualdade, com assento constitucional.

Nesse caso, o *discrímen* em favor das religiões afro-brasileiras revela-se arbitrário, por carente de justificação jusfundamental. Cuida-se de tentativa de compatibilização de interesses políticos – ambientalistas e religiosos – que levou o Parlamento estadual a uma decisão equivocada, privilegiadora de apenas uma expressão cultural, deixando à margem inúmeras outras, também titulares do amparo constitucional (art. 5º, VI).

Em sendo assim, a norma apresenta-se, também, materialmente inconstitucional, por ofensa ao art. 5º, *caput*, e 19, I, da Constituição Federal.

Para ilustrar a antinomia suscitada, toma-se a aferição da legitimidade constitucional do art. 724 do Código Penal Italiano, que tipifica, na primeira parte, o delito de blasfêmia em favor apenas da religião católica:

Art. 724. Bestemmia e manifestazioni oltraggiose verso i defunti.

Chiunque pubblicamente bestemmia, com invettive o parole oltraggiose, contro la Divinità o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato, è punito com l'ammenda da lire ventimila a seicentomila...

Num primeiro momento, em 1973, na *Sentenza n° 14*, a Corte Constitucional declarou não-fundada a questão de legitimidade constitucional, apenas fazendo um chamamento ao Legislador para que corrigisse a norma, evitando discriminação em relação a outros credos, nos seguintes termos:

Tuttavia la Corte ritiene che, per una piena attuazione del principio costituzionale della libertà di religione, il legislatore debba provvedere a una revisione della norma, nel senso di estendere la tutela penale contro le offese del sentimento religioso di individui appartenenti a confessioni diverse da quella cattolica.

Contudo, essa mesma questão de legitimidade constitucional foi no-

vamente encaminhada à Corte Constitucional, a qual, em 1995, pela *Sem-tenza n° 440*, reconheceu a contrariedade constitucional da regra, expungindo do mundo jurídico a expressão “o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato”.

Com efeito, é conhecida a dificuldade do controle de constitucionalidade das chamadas omissões parciais, em que se alcança um benefício jurídico legítimo a um grupo, deixando outros merecedores de fora. Nesses casos, tem-se sugerido a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, acompanhada de um chamamento ao Legislador, para que corrija a desigualdade.

Isso porque, caso se invalidasse a norma, subtrair-se-ia do segmento dela destinatário específico o benefício legitimamente conquistado, considerando a impossibilidade de os Tribunais funcionarem como Legisladores positivos no controle de constitucionalidade dos atos normativos.

No caso do dispositivo estudado, porém, esse risco inexistente, portanto, mesmo suprimindo-o, não se estaria prejudicando os cultos de matriz africana, os quais, com amparo na liberdade religiosa constitucionalmente prevista, poderiam continuar com suas práticas sacrificiais, apenas limitados pela ponderação com outros valores, direitos e princípios constitucionais, como sempre se deu.

Na Alemanha, por exemplo, em que a atividade de seu Tribunal Constitucional é referência jurídica em todo o mundo, já se decidiu, em 2002, na Sentença 104, 337, que a conduta de um açougueiro, não alemão, pertencente ao credo muçulmano, de sacrificar animais sem aturdi-los previamente, para possibilitar a seus clientes, de acordo com suas convicções religiosas, o gozo de carne de animais sacrificados, deve ser considerada legítima constitucionalmente.

Considerações finais

Com esses fundamentos, o Ministério Público estadual propôs ação direta de inconstitucionalidade do dispositivo analisado perante o Tribunal de Justiça, mas a tese foi rechaçada por estreita maioria.

Interposto recurso extraordinário, foi admitido, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal será convocado a pronunciar-se sobre tão delicada questão. De qualquer sorte, os legisladores hão de ter em conta que a complexidade social e o pluralismo cultural da atualidade exigem normatização cuidadosa, ainda mais em temas sensíveis, sob pena de sua atividade contribuir para a exacerbação das antinomias.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação prática dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FARIAS, Edílson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

PIERUCCI, Antônio Flávio. Apêndice: as religiões do Brasil. In: HELLERN, Victor et al. *O livro das religiões*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

Cristina Lazzarotto Fortes*

Cidadania, fraternidade e direitos fundamentais na sociedade cosmopolita

Resumo: Na sociedade contemporânea, é necessária uma reavaliação do conceito de cidadania. Não é mais possível que ela se prenda a identidades nacionais e a territórios soberanos. A cidadania se coloca no âmbito dos direitos humanos e fundamentais e, em face desta realidade, supera seus limites e abarca toda a humanidade.

Palavras-chave: Cidadania. Direitos fundamentais. Fraternidade. Humanidade.

Riassunto: Nella società contemporanea, avremo il bisogno di una rivalutazione del concetto di cittadinanza. Non è più possibile che si sia restriti a identità nazionali ed a territori sovrani. La cittadinanza sta nell'ambito dei diritti umani e fondamentali e, in questa realtà, oltrepassa i suoi limiti ed abbraccia tutta l'umanità.

Parole-chiave: Cittadinanza. Diritti fondamentali. Fraternalità. Umanità.

Introdução

Luhmann e Di Giorgi⁶ asseveraram que *a sociedade é o resultado da evolução*. Isso significa dizer que a sociedade se transforma a todo momento: os paradigmas de hoje são diferentes daqueles de outrora; as complexidades, na tentativa de serem reduzidas, aumentam. Assim como tudo o que está e é da sociedade, o conceito de cidadania também se modifica e evolui. Ela pode significar um vínculo de pertença da pessoa ao Estado, o meio por onde passa a efetivação dos direitos humanos e fundamen-

* Mestre em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul (Bolsista CAPES). Professora de Direito Administrativo na Faculdade da Serra Gaúcha. Servidora pública federal.

⁶ LUHMANN, Niklas; DI GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milano: FrancoAngeli, 1996, p. 169-246.

tais e, até mesmo, pode ser entendida sob uma forma “personificada”.⁷ Em qualquer um desses enfoques, há a impossibilidade de a cidadania prender-se a um conceito estático e único.

⁷ José Murilo de Carvalho afirma que, no Brasil, cidadania substituiu o povo na retórica política: “cidadania virou gente”. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 7.

Ocorre hoje um alargamento do significado de cidadania. Não cabe mais pensar em uma sociedade presa a identidades, na qual só é possível exercer direitos e cumprir deveres quando se é *cidadão* de um Estado e quando se está vinculado a uma nacionalidade, dentro de um território delimitado.

Em face desta problemática, pretende-se, neste ensaio, trazer alguns conceitos de cidadania e investigar o que ela representa na sociedade cosmopolita para a real concretização de direitos humanos e fundamentais. Para tanto, inicialmente se estudará os seus significados e suas complexidades. Em seguida, tratar-se-á da reconstrução da cidadania, o que requer a exposição de alguns aspectos do princípio da subsidiariedade, da abordagem do direito fraterno, e dos direitos humanos e fundamentais. Por fim, tentar-se-á uma aproximação do melhor entendimento sobre o que é ser cidadão e cidadã na sociedade contemporânea, que caminha para o cosmopolitismo a passos largos.

O que se almeja, enfim, é relacionar as novas questões – ou novos paradigmas – que a sociedade apresenta para a cidadania, colocando-as como fontes e meios de uma sociedade civil mais atuante, envolvida na resposta para as suas demandas, participativa no espaço público e unida em pressupostos que digam respeito aos direitos fundamentais e, portanto, à humanidade.

3 **Conceitos de cidadania**

O significado de cidadania, inicialmente, forjou-se na cidade, porquanto cidadão era o seu habitante “de direito”.⁸ Posteriormente, esta concepção se tornou mais abrangente, alcançando o Estado, o que resultou no vínculo entre cidadania e nacionalidade. Neste contexto, cidadão é o sujeito político, possuidor de direitos civis, sociais e de participação política. Aqui se é cidadão porque se possui uma nacionalidade, regulada por um Estado, cujas normas são válidas apenas no âmbito desse Estado.

A partir de 1990, o conceito de cidadania vinculou-se à necessidade de gerar entre membros da sociedade um tipo de identidade, o qual

⁸ BORJA, Jordi. O papel do cidadão na reforma do Estado. In: PEREIRA, L. C. Bresser (Org.) et al. *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Unesp, p. 361-374.

levasse as pessoas a se reconhecerem e se sentirem pertencentes a um grupo social, trabalhando com mais afinco por *sua* comunidade. Nesse sentido, há duas questões relevantes sobre o conceito de cidadania, quais sejam: o aspecto racional, segundo o qual uma sociedade deve ser justa para que seus membros sintam a sua legitimidade, e o aspecto ligado ao sentimento de pertencimento, enquanto a cidadania reforça os laços de identidade.⁹ A cidadania, assim, fundamenta-se em uma qualidade dada e reconhecida pelo Estado e, também, no compartilhamento de valores e normas de comportamento que os cidadãos percebem como válidas e necessárias para a convivência entre si, identificando-se como membros de uma mesma sociedade.

Com efeito, ao falar em cidadania, muitos autores referenciam que ela sempre esteve vinculada ao Estado-nação. Um deles é Liszt Vieira,¹⁰ segundo o qual, se o Estado nacional, garantidor dos direitos de cidadania, perder a sua força – cabe gizar que esta é a tendência no processo de globalização – tais direitos sofrerão as conseqüências.

Sobre o tema, Vieira utiliza o que prelecionou Janoski:¹¹ a cidadania constitui a pertença passiva e ativa de indivíduos em um Estado-nação, onde podem exercer direitos e têm deveres a cumprir. O termo *pertença* significa dizer o estabelecimento de uma personalidade em um território geográfico, o que vincula a cidadania a um dos elementos do Estado-nação, qual seja, o território. É um conceito, portanto, baseado na identidade e na nacionalidade. A cidadania seria, nessa perspectiva, a relação entre Estado e cidadão, uma vez que ambos têm direitos e deveres.

Hodiernamente, falar em cidadania com base em seu conceito clássico, fundamentado em um Estado com território definido¹² e plenamente soberano,¹³ não é mais possível. A territorialidade não mais significa segu-
rança e/ou referência. Já entendia dessa forma Durkheim, ao afirmar que

⁹ Id., *ibid.*

¹⁰ VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

¹¹ JANOSKI, apud VIEIRA, 2001, p. 30.

¹² Sobre esta questão, ver BADIE, Bertrand. *O fim dos territórios: ensaio sobre a desordem interna-cional e sobre a utilidade social do respeito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

¹³ Sobre a problemática da soberania, recomenda-se BADIE, Bertrand. *Um mundo sem soberania: os Estados entre o artifício e a responsabilidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

“o enfraquecimento dos grupamentos puramente territoriais é um fato inevitável”.¹⁴ Já no que concerne à perda da soberania dos Estados, temos que ela cede lugar à humanidade:

[...] em caso de conflito entre as leis do Estado e os valores humanitários fundamentais, estes últimos afirmam claramente a sua superioridade: a soberania deixou, portanto, de ser aquele poder último e absoluto que fundamentava a sua definição; ocupa o seu lugar numa cadeia complexa de autoridades da qual nem sequer é já o primeiro elo.¹⁵

¹⁴ DURKHEIM, Émile. *Lições de sociologia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 144.

¹⁵ BADIE, 1999, p. 280.

Um mundo sem soberania e o fim dos territórios configuram uma quebra de paradigmas, os quais serviam para fundamentar, inclusive, a extensão do próprio direito positivo, limitado que estava seu âmbito de atuação aos limites territoriais e aos “instrumentos de violência monopolizados pelo Estado-nação”.¹⁶ Mitiga-se o seu alcance na medida em que se superaram as barreiras geográficas e as fronteiras econômicas.¹⁷ Há pouco tempo, portanto, era impensável falar em Estado não-soberano. Hoje, é difícil imaginar um Estado que seja totalmente e intocavelmente soberano.

Em uma realidade globalizada, o papel do Estado é outro: ele está deixando de ser o único mediador de formas de cooperação e de solidariedade entre os cidadãos, pois eles, por si próprios, estão se organizando para realizar tais vínculos comunitários.¹⁸ Dessa forma, se por um lado há um *declínio* da cidadania, como afirma Vieira,¹⁹ por outro lado, neste processo ganham força as organizações da sociedade civil em âmbito nacional e transnacional, em prol da defesa da democracia e dos direitos humanos e fundamentais, e com interesse no desenvolvimento sustentável e na diversidade cultural.

Boaventura de Sousa Santos²⁰ reflete sobre esta questão ao falar no espaço-tempo da cidadania, o qual compreende a comunidade, ou seja:

o conjunto das relações sociais por via das quais se criam identidades coletivas de vizinhança, de região, de raça, de etnia, de religião, que vinculam os indivíduos a territórios físicos ou simbólicos e a temporalidades partilhadas passadas, presentes ou futuras.²¹

¹⁶ BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 5.

¹⁷ Id., *ibid.*

¹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. In: PEREIRA, L. C. Bresser (Org.) et al. *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Unesp, p. 243-271.

¹⁹ VIEIRA, 2001, p. 25.

²⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 281-348.

²¹ Id., *Ibid.*, p. 315.

No entanto, as formas de poder geradas por essas relações sociais são designadas por Boaventura Santos como diferenciação desigual e que produz desigualdades, tanto no interior do grupo ou comunidade como nas relações intergrupais ou intercomunitárias. Com efeito, a relação entre cidadania e Estado-nação passa a ser atravessada pela relação entre cidadania e multiculturalismo.²² A coexistência de diferentes e múltiplos grupos étnicos, de culturas e religiões diferenciadas, em um mesmo território nacional, põe em cheque aquela visão liberal de igualdade que deixa de lado a preocupação com as diferenças socioeconômicas e culturais na população. Assim, o multiculturalismo tem a força e o caráter de trazer à tona essas diferenças e a convivência plural de valores e diversidade cultural dentro de um mesmo Estado, tudo pelo reconhecimento dos direitos de cada indivíduo perante as suas particularidades individuais e grupais, sempre inseridos na condição compar-tilhada de serem todos, e igualmente, seres humanos.

Dessa forma, a ampliação do conceito de cidadania envolve a necessidade de regular direitos “universais” e a expansão da cidadania aos “não-nacionais”.²³ Em um mundo globalizado, há que falar em solidariedade e fraternidade²⁴ entre os cidadãos de diferentes Estados e, mesmo, solidariedade e fra-

²² Zygmunt Bauman analisa de forma crítica o multiculturalismo. Para este sociólogo polonês, “num mundo de ‘multiculturalismo’, as culturas podem coexistir, mas é difícil que se beneficiem de uma vida compartilhada”. BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 122.

²³ BORJA, op. cit., p. 361-374.

²⁴ Solidariedade e fraternidade, embora próximas, diferenciam-se conceitualmente. A primeira diz respeito ao “estado ou vínculo recíproco de duas pessoas independentes; mutualidade de interesse e deveres; compromisso pelo qual as pessoas se obrigam umas pelas outras e cada uma delas por todas” (este último conceito utilizado principalmente no direito civil). A segunda, por outro lado, refere-se ao “parentesco entre irmãos; união ou convivência como de irmãos; amor ao próximo; harmonia entre os homens”. Evidencia-se, nesta diferenciação, que a fraternidade reflete mais os objetivos e pressupostos dos direitos universais e fundamentais do ser humano, está mais ligada ao vínculo entre as pessoas em face de sua humanidade comum, envolvendo todas as pessoas, responsabilizando-as umas pelas outras pelo seu bem-estar e por uma convivência harmônica.

ternidade entre Estados. Em face desses pressupostos, cabe comentar sobre o princípio da subsidiariedade e sobre a fraternidade no direito, os quais contribuirão com importantes aspectos a respeito da cidadania na sociedade cosmopolita. Em seguida, falar-se-á sobre a relação que há entre cidadania e direitos humanos e fundamentais, para, então, aproximar-se da idéia que se quer de sociedade fraterna, livre e humana.

4 **Cidadania, princípio da subsidiariedade e direito fraterno**

A cidadania deve, hoje em dia, fundamentar-se em pressupostos universais, não-violentos, independentes de confins territoriais ou de identidades excludentes. Nota-se, preliminarmente, que tais características contrastam com o seu conceito de maior destaque, negando o seu vínculo com a nacionalidade.

Ao se desmantelar o conceito em epígrafe da nacionalidade, chega-se à inter-relação entre “cidadãos do mundo” e, por conseguinte, entre Estados. Aí surge a idéia de subsidiariedade, em face da necessidade de uns ajudarem os outros também no âmbito internacional ou, até mesmo, transnacional.

Como preleciona Fausto de Quadros,²⁵ a construção dogmática da idéia de subsidiariedade partiu da Doutrina Social da Igreja Católica. O objetivo era contrapor a autonomia do indivíduo e o pluralismo da vida social às ideologias coletivistas e, ainda, combater os excessos do liberalismo, que pretendiam a supressão do papel do Estado na vida social e econômica.

É interessante analisar a semântica da palavra subsidiariedade: o vocábulo latino *subsidium*, raiz da palavra subsidiariedade, significa ajuda, estímulo, encorajamento. Assim, é dever da comunidade maior apoiar e estimular a comunidade menor.²⁶

O princípio da subsidiariedade destaca os vínculos de colaboração mútua entre as nações quando houver necessidade e quando uma for mais eficiente que a outra na realização de certa atividade. Para Fausto de Quadros, é inegável que o princípio da subsidiariedade traz consigo uma repartição de atribuições entre a comunidade maior e a comunidade menor. Dessa forma, o componente que mais se destaca em seu conceito é o da descentralização, na(s) comunidade(s) menor(es), das funções da comunidade maior, sendo a maior de todas o Estado.

Nessa perspectiva, a comunidade maior só poderá realizar uma certa atividade das atribuições da comunidade menor se esta, precisando reali-

zará-la, não o puder fazer melhor. Dessa forma, há dois requisitos para a concretização e aplicação do princípio da subsidiariedade: a necessidade da prossecução de uma certa atividade e a maior eficácia da comunidade maior nessa prossecução. Veja-se o que expõe Quadros:

O princípio da subsidiariedade: é um princípio fundamental da Ordem Jurídica do moderno Estado Social de Direito, pois conduz à aceitação da prossecução do interesse público pelo indivíduo e por corpos sociais intermédios, situados entre ele e o Estado: a família, as autarquias locais, as comunidades religiosas, os sindicatos, os partidos políticos, as universidades, entre outros.²⁷

A subsidiariedade recusa o monopólio da Administração na prossecução do interesse público, levando à concretização do *princípio da participação*, que vem a ser uma manifestação da idéia de Democracia.

²⁵ QUADROS, Fausto de. *O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o Tratado da União Européia*. p. 5-79.

²⁶ Id., *ibid.*

²⁷ Id., p. 18.

É de se destacar que a participação tem muito a ver com o exercício da cidadania. Ela tem sido vista como central em várias áreas das ciências sociais, inclusive na formulação e execução de políticas públicas. Ela implica o cidadão no produto final da decisão democrática, cujo resultado é a legitimação daquele que decide (soberania popular).

A participação não pode ser entendida de forma restritiva, como um direito de alguns e não de outros. Para acompanhar e fortalecer as formas de convivência entre os seres humanos, independentemente de identidades, raças, crenças, ou qualquer outra diferenciação excludente, ocorre hoje a tentativa de efetivar um dos pressupostos da Revolução Francesa, qual seja, a fraternidade.

A sociedade contemporânea, com todos os seus paradoxos e suas complexidades, impõe o retorno da fraternidade. Ela é capaz, especialmente se absorvida pelo sistema jurídico, de promover a real participação popular na resposta a suas demandas.

A fraternidade no direito ou o direito fraterno (dessa forma já transformada aquele em conteúdo e linguagem do sistema jurídico) dá natureza universalista ao próprio direito, que deixa de ser específico de alguns cidadãos, não alcançando tantos outros, para ser de todos os que compartilham humanidade. Talvez, esta seja uma das abordagens de maior eficácia para encontrar soluções em uma sociedade globalizada como a nossa.

Nesse sentido, a idéia de fraternidade permeia – ou deveria permear – todas as relações humanas. O direito fraterno insere-se perfeitamente no contexto cosmopolita, pois ele é para todos e é aceito e/ou proposto por todos. Nessa esteira, o direito fraterno mostra-se muito eficaz para mitigar o problema de uma sociedade que, paradoxalmente, conforme explica a teoria sistêmica, ao mesmo tempo em que inclui um número elevado de pessoas, exclui tantas outras.²⁸

Desses significados, vislumbra-se que o princípio da subsidiariedade e o direito fraterno referem-se ao convívio harmônico de uns com

²⁸ Zygmund Bauman reflete sobre o grave e grande problema da inclusão/exclusão na sociedade contemporânea: “No limiar de um novo século, a grande questão para a qual nós, seus descendentes, teremos de encontrar uma resposta é se a única escolha aberta aos seres humanos é entre os Big Brothers 1 e 2: se o jogo da inclusão/exclusão é a única maneira pela qual se pode conduzir a vida humana em comum e a única forma concebível que nosso mundo compartilhado pode assumir – receber – como resultado.” BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

os outros e ao viver em comunidade, o que pressupõe o respeito pelas diferenças, *sem agir com indiferença*. Aqui se encontra a relação entre subsidiariedade e fraternidade, ambas importantes para o conceito contemporâneo de cidadania. É neste espaço que os direitos fundamentais ganham força e vida.

O princípio da subsidiariedade e o direito fraterno, em face do exposto, vinculam-se e referem-se aos direitos humanos e fundamentais, porquanto promovem a comunidade e o próprio ser humano. Outrossim, fundamentam-se em pressupostos de garantia e efetivação do respeito à humanidade. É importante, dessa forma, analisar como os direitos humanos e fundamentais e a cidadania se relacionam. É o que se fará a seguir.

5 Os direitos humanos e fundamentais e a evolução do conceito de cidadania

A cidadania nunca esteve tão próxima ao tema dos direitos humanos e fundamentais, ultrapassando a ligação com a soberania do Estado-nação.

É o que se pode compreender com Bryan S. Turner:

Sebbene i diritti umani abbiano súbito rilevante critiche filosofiche e giuridiche, essi rappresentano un'importante evoluzione dei diritti al di là della sovranità dello Stato-nazione, sulla quale è stata costruita la cittadinanza. I diritti umani oltrepassano alcuni dei limiti della cittadinanza basati su un principio accessorio: essi non sono legati allo Stato-nazione, non presuppongono una concausa perché ognuno ha dei diritti in quanto essere umano e, infine pongono una serie di questioni relative all'identità in termini di cultura, lingua ed eredità.²⁹

Cabe lembrar, neste sentido, da geração dos direitos humanos, da *era dos direitos*. A Revolução Francesa foi necessária para que se conquistassem os direitos políticos, tendo em vista que o direito anterior à revolução resguardava os direitos civis, que atentavam ao convívio, à família, ao matrimônio, à vida civil, mas quase nada à vida política. A partir da revolução, foram conquistados os direitos de voto (mesmo que ainda não estendido às mulheres), de associação política também para

²⁹ TURNER, Bryan S. Cittadinanza culturale, diritti umani e vulnerabilità: verso una teoria dell'etica del riconoscimento critico. In: FINELLI, R. et al. (Org.). *Globalizzazione e diritti futuri*. Roma: Manif, 2004, p. 299. Tradução livre para o português: “Embora os direitos humanos tenham sofrido críticas filosóficas e jurídicas, eles representam uma importante evolução dos direitos além da soberania do Estado-nação, sobre a qual foi construída a cidadania. Os direitos humanos ultrapassam alguns dos limites da cidadania baseada sobre um princípio acessório: eles não estão ligados ao Estado-nação, não pressupõem uma causa porque cada um tem direitos humanos enquanto ser humano e, enfim, colocam uma série de questões relativas à identidade em termos de cultura, língua e herança.”

as classes da burguesia, entre outros. Isso significou o advento da *democracia*. Nasceu, com isso, o Estado fundado sobre uma representação política que se organiza em partidos. Estabeleceu-se o princípio democrático: um voto para cada pessoa, com o mesmo peso, livre de qualquer diferença pessoal entre os votantes. Este princípio democrático é o que hoje aplicamos na nação. Ressalta-se que isso já iniciara em Roma: a Igreja começou a questionar se os escravos também não eram filhos de Deus e se cidadãos poderiam ser tão-só aqueles possuidores de riquezas.

Aqui surge o alargamento da cidadania, surge a idéia que hoje temos de direitos humanos e, antes, de dignidade de cada ser humano, com direito à saúde, à educação, de não ser torturado, etc. Houve, a partir daí, uma progressiva extensão do reconhecimento não só dos direitos humanos, mas também dos direitos fundamentais. Houve um grande movimento de “luta pelo direito”.³⁰

Após a segunda guerra mundial, o mundo vive a terceira idade dos direitos humanos, quando os Estados decidem tutelar a dignidade do próprio cidadão, aumentando a malha da inclusão. Lutou-se, aqui, pela ampliação dos direitos fundamentais. Esta geração de direitos humanos é guiada pelo ideal da fraternidade, que, aliada ao direito ou transformada em direito, tem extrema relevância para a cidadania social, de cunho universal.³¹

Com efeito, os direitos humanos e fundamentais se destinam a todo e qualquer ser humano, não porque pertença a um ou outro território, siga esta ou aquela cultura ou, ainda, tenha uma descendência determi-

nada, mas tão-somente porque tem humanidade.³² São direitos que têm como fundamento, portanto, a *humanidade*, o “ter” humanidade, repleta de diferenças compartilhadas e de uma comunhão de comprometi-

³⁰ Para aprofundar o tema, vide JHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Trad. João Vasconcelos. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

³¹ Liszt Vieira (2001, p. 42) diferencia os direitos da *welfare* daqueles da cidadania social, utilizando um conceito de Gershon Shafir (*The citizenship debates*. Minneapolis. University of Minnesota Press, 1998), que estabelece que os direitos de *welfare* “baseiam-se em meios e destacam os indivíduos vulneráveis que necessitam proteção”, já a cidadania social “é universal e adquirida como um direito pelo fato de pertencer à comunidade”.

³² Eligio Resta, criador da *abordagem* do “direito fraterno”, diferencia o “ser homem” de “ter humanidade”, afirmando que a primeira condição não garante a segunda (RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 13).

mentos e de responsabilidades. Estes são os pressupostos, outrossim, para a efetivação de um direito fraterno, includente e cosmopolita.

Cada homem é digno de viver a própria vida, independentemente de pertencer a uma cidadania/nacionalidade. É um direito adquirido somente pelo fato de ser humano. Estes direitos requerem que existam formas de garantia e de efetividade e, assim, se vão constituindo aqueles que Eligio Resta chama de “canteiros kelsenianos”.³³ Estes seriam *direitos fraternos*, não vinculados ao conceito clássico de cidadania:

Enfim, trata-se de um modelo de direito que abandona a *fronteira fechada da cidadania* e olha em direção à nova forma de cosmopolitismo que não é representada pelos mercados, mas pela necessidade universalista de respeito aos direitos humanos que vai se impondo ao egoísmo dos “lobos artificiais” ou dos poderes informais que à sua sombra governam e decidem.³⁴

Em face das reflexões desenvolvidas até aqui, vislumbra-se que o direito fraterno está no âmbito dos temas referentes aos direitos humanos e fundamentais, desvinculando-os de pertenças territoriais, culturais, raciais, bem como do próprio termo cidadania, que pode ser excludente. É um direito que tem como fundamento a *humanidade*, o “ter” humanidade, repleta de diferenças compartilhadas e de uma comunhão de *juramentos*, de comprometimentos, de responsabilidades mútuas. O direito fraterno é uma possibilidade de análise científica dos tempos em que vivemos, no qual as pessoas não se identificam mais em um espaço territorial específico, mas, independente de onde moram e de sua procedência, necessitam uma das outras. Hoje, em face do cosmopolitismo ascendente, as pessoas buscam umas às outras simplesmente por compartilharem *humanidade*. Tal atitude encontra respaldo na fraternidade que, adquirindo linguagem jurídica e, dessa forma, adentrando no sis-

³³ A União Européia (UE) é o grande exemplo de “canteiro kelseniano”, de redução do poder e da autonomia do Estado-nação para regular a atividade econômica e social. Conforme Maria Eduarda Gonçalves, ali a erosão das soberanias tem sido acompanhada pelo desenvolvimento de uma nova instância ou “estado” regulador. Os poderes da UE como entidade reguladora resulta de seus poderes ultrapassarem os de qualquer outra organização internacional, uma vez que ela pode produzir legislação aplicável no interior dos Estados-membros sem necessidade de negociação ou intervenção posterior por parte destes. O direito comunitário mostra-se o mais significativo regime estabelecido para gerir áreas de ação transnacional. No contexto internacional são os direitos de terceira geração que têm sido largamente influenciados, quando não formulados. Nisto, a UE tem papel fundamental.

³⁴ RESTA, 2004, p. 15-16. (grifei)

tema jurídico,³⁵ é fonte do direito fraterno, o qual se configura em uma nova forma do direito, mais adequada aos tempos hodiernos.

³⁵ Há de se ressaltar que, com a abertura cognitiva, um sistema pode tomar aquilo que pertence a outro sistema, transformando a linguagem conforme os seus códigos.

Considerações finais

A paciência da utopia é infinita.

(Boaventura de Sousa Santos)

Atualmente, o conceito de cidadania vinculado à nacionalidade não se mostra mais suficiente para integrar as novas demandas democráticas. Também não é suficiente vislumbrar a cidadania como um *status* legal, redução feita pelo liberalismo. A perspectiva republicana cívica, por sua vez, mostra-se apropriada à realidade atual, tendo em vista que valoriza a participação política, percebendo o indivíduo inserido em uma comunidade política. Ensina Vieira que a prática da cidadania, sob um enfoque republicano, “depende da reativação da esfera pública”, na qual é possível haver uma ação conjunta de indivíduos pela resolução de questões comuns, fundamentada em valores de solidariedade, autonomia e reconhecimento da diferença.³⁶

Ao se falar em uma cidadania diferenciada de nacionalidade, não se quer dizer que a soberania nacional se extingue, porquanto é o Estado nacional que deve proteger os direitos básicos dos indivíduos e promover as funções econômicas e sociais. Pode-se dizer, isto sim, que ela enfraqueceu, a exemplo da União Européia, tornando mais restrita a autonomia decisória dos Estados nacionais.

Hodiernamente, temos que a relação entre cidadania e Estado nacional vem perdendo força em razão dos direitos humanos internacionais, das migrações em massa e da globalização. Esses três motivos transcendem as fronteiras territoriais e atingem as pessoas de todo o mundo.³⁷

Surge, então, uma nova cidadania ou, ainda, uma cidadania política pós-nacional. A cidadania política pós-nacional, cujos teóricos mantiveram o conceito de cidadania em uma concepção política vinculada aos direitos humanos e fundamentais, percebe o enfraquecimento da soberania nacional em face das instituições supranacionais e do multiculturalismo. Como forma de viabilizá-la, tem-se um *contrato de cidadania*, pelo qual direitos de cidadania seriam conferidos a estrangeiros sem que eles, para tanto, tivessem que negar a sua cultura e desde que aderissem aos valores democráticos e às legislações nacionais de proteção dos

³⁶ VIEIRA, 2001, p. 238.

³⁷ Id., *ibid.*, p. 219-273.

direitos humanos e fundamentais.³⁸ Isto é necessário porquanto a cidadania vinculada à nacionalidade exclui os não-cidadãos, ou seja, os estrangeiros, implicando um entrave à igualdade e à liberdade dos indivíduos, o que, na democracia contemporânea, não é mais possível.

A cidadania perde um pouco do seu significado para alcançar um outro, adequado à realidade transnacional e cosmopolita. Este declínio do conceito de cidadania nacional para cidadania global é bem representado por Habermas:

Originalmente, a sugestiva unidade de um povo mais ou menos homogêneo foi capaz de proporcionar a acomodação cultural da cidadania juridicamente definida. Nesse contexto, a cidadania democrática pôde constituir o ponto de entrecruzamento das responsabilidades recíprocas. Em nossas sociedades pluralistas, porém, convivemos hoje com evidências cotidianas que se distanciam cada vez mais do caso modelar do Estado nacional com uma população culturalmente homogênea. Cresce a multiplicidade de formas culturais de vida, grupos étnicos, confissões religiosas e diferentes imagens de mundo. Não há qualquer alternativa a isso, a não ser que se pague o preço normativamente insuportável de purificações étnicas. Por isso, o republicanismo tem de aprender a andar com as próprias pernas. Nele, é essencial que o processo democrático também se preste como fiança da integração social de uma sociedade que se mostra cada vez mais diferenciada e autonomizada.³⁹

O espaço público é o lugar de exercício da cidadania, onde cidadãos conscientes e solidários podem discutir e discursar, sem interferência ou vínculos com o sistema político. Aqui, a democracia e/ou a cidadania não se vinculam à possibilidade de votar e ser votado, mas a transcendem, valorizando muito mais as práticas sociais da sociedade civil. O espaço público é autônomo, participativo, comunitário, solidário e fraterno, no qual o Estado não tem controles burocráticos, tampouco o mercado se impõe sobre a sociedade civil. A esfera pública, enfim, é a instância geradora de decisões coletivas e legitimadora da democracia.⁴⁰

³⁸ Id., *ibid.*, p. 233.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 134.

⁴⁰ VIEIRA, Liszt. Cidadania e controle social. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Org.). *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 65.

É isto o que se propõe na sociedade cosmopolita: sair da esfera da cidadania vinculada ao Estado soberano para ingressar em uma cidadania fortalecida e possível nos organismos de cooperação internacional. Isso ampliaria as esferas públicas em que os cidadãos poderiam exercer seus direitos políticos. A cidadania global aposta na igualdade entre todos os seres humanos. É uma aposta normativa, portanto, que acredita na promoção de direitos humanos e fundamentais, de justiça social global e de respeito pelas diferenças.

Diante dos aspectos da cidadania global, poder-se-ia pensar que a sua aplicabilidade é utópica, no sentido de ser irrealizável. Para rejeitar tal hipótese, lembra-se, uma última vez, de Boaventura de Sousa Santos, o qual nos ensina sobre a utopia e os conflitos paradigmáticos.

Boaventura nos mostra que é preciso reinventar o futuro, pois na crise paradigmática em que vivemos não basta criticar o paradigma que ainda domina, mas é preciso definir o paradigma emergente. A solução que ele nos traz é a utopia, entendida como

a exploração de novas possibilidades e vontades humanas, por via da oposição da imaginação à necessidade do que existe, só porque existe, em nome de algo radicalmente melhor que a humanidade tem direito de desejar e por que vale a pena lutar.⁴¹

O mesmo autor destaca que a utopia chama atenção para o que não existe como (contra)parte do que existe; ela é sempre “desigualmente utópica, na medida em que a imaginação do novo é composta em parte por novas combinações e novas escalas do que já existe”.⁴² Assim, é preciso compreender a realidade para exercer a utopia.

Na utopia, não importa o que se diz sobre futuro, mas a arqueologia virtual do presente que a torna possível. A utopia cria alternativas, ou mais, cria a vontade de lutar por alternativas. É isto o que se propõe: lutar pela construção alternativa de uma cidadania global, mais incluyente, mais participativa, mais fraterna e mais humana. Para alguns, isto é irrealizável. Prefere-se crer que este é um projeto futuro, o qual, para ser colocado em prática e se tornar efetivo, depende unicamente de todos nós.

Referências

⁴¹ BOAVENTURA, 2005, p. 323.

⁴² Id., *ibid.*

- BADIE, Bertrand. *O fim dos territórios: ensaio sobre a desordem internacional e sobre a utilidade social do respeito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- . *Um mundo sem soberania: os Estados entre o artifício e a responsabilidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- . *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- BORJA, Jordi. O papel do cidadão na reforma do Estado. In: PEREIRA, L. C. Bresser (Org.) et al. *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Unesp, s.d., p. 361-374.
- BRASIL. *Constituição*. Brasília: Senado Federal, 1988.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- DI GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milano: Franco Angeli, 1996.
- DURKHEIM, Émile. *Lições de sociologia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.
- JHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Trad. João Vasconcelos. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- LUHMANN, Niklas; DI GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milano: Franco Angeli, 1996.
- QUADROS, Fausto de. *O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o Tratado da União Européia*. s.l., s.n., s.d., p. 5-79.
- RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Trad. Sandra Regina Martini Vial (Coord.). Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005.
- . Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. In: PEREIRA, L. C. Bresser (Org.) et al. *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Unesp, s.d., p. 243-271.
- TURNER, Bryan S. Cittadinanza culturale, diritti umani e vulnerabilità: verso una teoria dell'etica del riconoscimento critico. In: FINELLI, R. et al. (Org.). *Globalizzazione e diritti futuri*. Roma: Manif, 2004, p. 285-304.
- VIEIRA, Liszt. Cidadania e controle social. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Org.). *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 213-256.

Daniela Grechi*

A bioética a partir do viés principlalista: uma análise conceitual e paradigmática

Resumo: A bioética surge no século XX como uma proposta de proteção ao ser humano e a todas as outras formas de vida no planeta, especialmente em função da inovação e a crescente complexidade das intervenções científicas, notadamente na área da saúde, reacendendo as reflexões sobre novas e velhas questões. A bioética, que antes era uma resposta a problemas concretos, alarga a sua abrangência ao refletir pró-ativamente acerca de situações atuais, utilizando um amplo referencial teórico como suporte às suas discussões. O paradigma bioético principlalista, embora não exclusivo, baseia-se na caracterização de quatro princípios fundamentais que servem de base para o agir humano, sendo considerados deveres *prima facie*. O presente estudo aborda, inicialmente, as origens e o campo das texturas conceituais da bioética, expressando, a seguir, estudo dos princípios da bioética a partir do modelo principlalista.

Palavras-chave: Bioética. Principlalismo. Autonomia. Beneficência. Não-maleficência. Justiça.

Abstract: Bioethics, which has its origin in the 20 century, proposes the protection of human being and all the other forms of life in the planet, especially because of the innovation and the increasing complexity of scientific interventions, mainly in the health field, relighting new reflections about new and old questions. Bioethics, which used to be a response to problems, widens its scope by proactively pondering about new situations, using a comprehensive theoretical background to support its discussions. The bioethical principlalist paradigm, although not exclusive, is focused on a characterization of four fundamental principles that serve as a source for human acting, being considered as duties *prima facie*. The current study focus, initially, the origins and the field of conceptual textures of bioethics, expressing later, an study of bioethics principles since the principlalist model.

Key words: Bioethics. Principlalism. Autonomy. Beneficence. Non-maleficence. Justice.

Introdução

O avanço das pesquisas na área da biotecnologia e bioengenharia retomou a preocupação mundial com as questões éticas, movimentou setores como a bioética e guarda relação com direitos constitucionalmente assegurados, como o direito à vida, à dignidade humana, à saúde, ao

* Mestre em Direito Ambiental e Biodireito. Professora na Faculdade da Serra Gaúcha (FSG).
Analista Processual do Ministério Público Federal.
E-mail: danielagrechi@prrs.mpf.gov.br.

meio ambiente saudável e equilibrado etc. A pergunta do que fazer em meio ao enorme avanço biotecnológico e os riscos potenciais com ele (não) anunciados prescinde de respostas.

A construção da “ética da vida”, ou seja, de uma bioética, parece ser pressuposto para a sobrevivência do homem no planeta e a preservação do meio ambiente como um todo. Visto que surgiu nos meios de pesquisa, com cientistas se perguntando sobre a viabilidade ética de determinados procedimentos técnico-científicos, atualmente tem a preocupação de estabelecer critérios de orientação para a invenção e utilização de descobertas científicas e tecnológicas relativas ao corpo humano, à saúde, ao meio ambiente, possuindo uma finalidade ética própria, que é a de salvaguardar o bem e promover a melhoria da realidade global humano-socioecológica, a qual necessita de um resguardo jurídico através da construção de um biodireito, na medida em que apenas imposições morais e éticas são insuficientes.

O biodireito tem por fonte imediata e propulsora a bioética, haja vista que a fixação de imperativos éticos na tentativa de estabelecer limites de eticidade nos avanços da medicina e da biotecnologia não é suficiente para coibir e reprimir determinadas práticas que atentem contra a vida, o meio ambiente e o amplo espectro que tem sido conferido à bioética. Destarte, a bioética e o biodireito aparecem como mecanismos de formulação de normas que venham a responder aos anseios das comunidades civis e jurídicas sobre a necessária e coerente regulamentação das matérias que lidam com o vasto campo abrangido pela bioética, enfatizando, outrossim, o princípio da responsabilidade e a preocupação com as gerações futuras, convocando os cidadãos de hoje para defenderem os direitos daqueles que comporão as próximas gerações.

A bioética, inserida em seu modelo de maior expansão, o principialista, é um instrumental apto, mas constitui sinal inicial de uma proposta de busca de respostas às diversas questões que surgem em meio ao turbilhão biotecnológico.

6 Bioética: origens e conceitos

A bioética, preocupada, basicamente, com o respeito ao pluralismo moral, característica da modernidade, constitui, hoje, um tema cuja presença não pode ser ignorada. Longe de ser apenas uma discussão acerca da velha dicotomia entre bem/mal, certo/errado, a bioética passa a ser inserida na esfera da legitimidade de situações concretas, pautando-se pela ética aplicada, ou seja, visando ao fornecimento de respostas satisfatórias no campo da vida humana no seu mais amplo sentido, minimizando os conflitos existentes.

Dessa forma, considerando a existência dos “estranhos morais”, para cunhar a expressão proposta por Engelhardt, no sentido de que os indiví-

duos não compartilham uma visão moral comum, característica da atual sociedade, necessário faz-se, preliminarmente, que se analise a origem e o conceito do termo bioética, bem como os seus princípios inseridos no pa-

radigma principialista, a fim de que se obtenham argumentos para discutir quaisquer questões a partir do viés da bioética, desde a fixação de

imperati-
vos éticos em qualquer forma de intervenção na vida humana até o equilí-
brio ambiental.

1.1 Origem da bioética

Se aplicado o termo bioética, no sentido simples da palavra, como sendo a ética da vida, chega-se à conclusão de que a reflexão sobre ela há muito tempo está posta em todas as partes do mundo, embora somente no século passado ela tenha se agravado.

De uma forma geral, a bioética nasceu como forma de reflexão a par-
tir dos novos poderes que a medicina moderna⁴³ adquiriu, empreendendo uma contínua tentativa de resolver problemas suscitados pelos progressos da biologia e da medicina.

⁴³ “A medicina mudou mais nos últimos cinquenta anos que nos cinquenta séculos precedentes” (BERNARD, Jean. *Da biologia à ética. Bioética: os novos poderes da ciência, os novos deveres do homem*. Campinas: Editorial Psy II, 1994, p. 29).

Pegoraro afirma que do ponto de vista histórico a bioética surgiu de uma corrente de pensamento preocupada com três grandes temas: (1) quanto às descobertas tecnocientíficas, traduzido no sentido de que nem tudo o que é cientificamente possível é eticamente aceitável e bom para a vida, difundindo a idéia de que nem tudo o que pode ser feito sobre a vida tem que ser justificado em nome do progresso ilimitado; (2) a preocupação com a preservação do meio ambiente; (3) a relação da tecnociência com as três formas de vida.⁴⁴

⁴⁴ PEGORARO, Olinto A. *Ética e bioética: da subsistência à existência*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 77.

Consoante Barreto,⁴⁵ Brauner,⁴⁶ Correia,⁴⁷ Minahim,⁴⁸ Pessini e Barchi-
fontaine,⁴⁹ Sgreccia⁵⁰ e Xavier,⁵¹ a origem da bioética também pode ser
atri-
buída à experimentação com seres humanos, principalmente na segunda
guerra mundial,⁵² que resultou em um documento histórico chamado de
Código de Nuremberg,⁵³ e também ao emprego da crescente tecnologia
na prática médica, haja vista que a sociedade começou a questionar
sobre os limites éticos que deveriam imperar na atividade
tecnocientífica.

⁴⁵ BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 397.

⁴⁶ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Os dilemas do avanço biotecnológico e a função do biodireito. *Revista de Trabalho e Ambiente*, Caxias do Sul, v. 1, n. 1, p. 93-109, jan./jun. 2002, p. 95.

⁴⁷ CORREIA, Francisco de Assis. Alguns desafios atuais da bioética. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; PESSINI, Léo (Org.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996, p. 32.

⁴⁸ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal e biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 30.

⁴⁹ PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2002, p. 15-25.

⁵⁰ SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica*. Trad. Orlando Soares Moreira. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 25.

⁵¹ XAVIER, Elton Dias. A bioética e o conceito de pessoa: a re-significação jurídica do ser enquanto pessoa. *Revista de Bioética e Ética Médica*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 217-227, 2000, p. 219.

⁵² A ideologia nazista “estabeleceu que as diferenças entre os seres humanos têm base biológica, que há seres superiores e inferiores, e que não deve haver igualdade jurídica entre os superiores e os inferiores [...]” (BEIGUELMAN, Bernardo. Genética e ética. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; PESSINI, Léo (Org.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996, p. 111). Hitler criou uma nova barbárie, como muitas sofridas pela história da humanidade, inspirada no desprezo pela pessoa e numa ciência segura de si própria e, portanto, falsa. Hitler utilizou, para justificar as atrocidades cometidas, o falso dogma da desigualdade biológica das raças humanas.

⁵³ O genocídio de judeus nos campos de concentração nazistas durante a Segunda Guerra Mundial revelou mais do que o simples extermínio de seres humanos. As experiências levadas a cabo por médicos nazistas, em nome da ciência, chocaram a comunidade internacional, fazendo com que os aliados e representantes dos governos exilados da Europa discutissem acerca do tratamento pós-guerra a ser dado aos líderes nazistas. Em 9 de dezembro de 1946, o Tribunal de Nuremberg julgou vinte e três pessoas, vinte das quais médicos, devido aos brutais experimentos realizados em seres humanos durante a Segunda Guerra Mundial. Desse julgamento surgiu o Código de Nuremberg, revisado em 1964. Este documento é um marco na história da humanidade, pois pela primeira vez foi estabelecida uma recomendação internacional sobre os aspectos éticos envolvidos na pesquisa em seres humanos.

Até a década de 1970, o Código de Nuremberg foi o fato mais relevante quanto às discussões e a fixação de parâmetros éticos, pois por muito tempo constitui-se como indicador da valorização e do respeito ao ser humano no campo da experimentação

Além desse fato, há outros, anteriores na história da humanidade que denotam a origem, ainda que incipiente, da bioética, sendo que modernamente a Fecundação *in vitro*⁵⁴ e transferência de embriões (FIVETE), a clonagem⁵⁵ e a pesquisa com células-tronco embrionárias⁵⁶ desencadearam a discussão sobre a bioética e sua evolução.

Considerando todos esses fatos, a bioética apresenta-se, hoje, como um instrumento de mais alta importância para o entendimento e regulamentação das técnicas e práticas que lidam com a vida, antes do nascer, no nascer, no procriar, no morrer e no pós-morte. A construção da “ética da vida”, ou seja, de uma bioética, transparece uma condição para o homem permanecer sobrevivente no planeta.

7 Em busca de uma definição de bioética

Contrariamente ao clássico e inesgotável conceito de ética, o enunciado conceitual da bioética sequer pode ser encontrado em dicionários ou enciclopédias, senão quando especializados.

⁵⁴ Quando divulgada a possibilidade de fecundação *in vitro*, todas as pessoas se puseram a questionar tal viabilidade sob os mais diversos aspectos e perspectivas, visto que essa nova forma de procriação envolve questões biológicas, médicas, religiosas, jurídicas e, sobretudo, éticas.

⁵⁵ Um dos mais recentes objetos de discussão envolvendo novas descobertas e experimentos das biociências foi a clonagem, ou seja, a reprodução de dois ou mais indivíduos geneticamente idênticos, da ovelha *Dolly*, trazida a público em 21 de fevereiro de 1997. Desde então, vários experimentos semelhantes foram levados a efeito, aguçando ainda mais o debate ético sobre essa nova técnica de reprodução assistida, surgindo indagações a respeito da proteção de direitos já existentes e da eticidade do procedimento.

⁵⁶ A discussão ética quanto à utilização de células-tronco de embriões, seja os chamados excedentes ou os produzidos mediante clonagem terapêutica, está intrinsecamente interligada com a nebulosa questão do instante no qual se quer atribuir ao conjunto de células o direito à vida e, junto com ele, o respeito à dignidade, com todas as suas implicações. A razão é que durante o processo de obtenção de células-tronco pluripotentes, os pré-embriões ou embriões, como quer se denomine, são destruídos. Afinal, questiona um segmento da sociedade, poderiam ser utilizados ou criados embriões com o fim específico de produzir “tratamentos” contra graves doenças, citadas alhures? Poderiam ser abandonadas as finalidades reprodutivas? Por força da complexidade das questões surgidas com a destruição de embriões para uso terapêutico, Minahim assinala que há duas ordens de verdades possíveis quanto ao tema: (1) é justo o sacrifício de uma vida potencial para regenerar uma outra que se perde; (2) é injusta a exterminação de seres que não podem consentir e cuja destruição implica autorização para a instrumentalização da vida (2005, p. 214-215).

Consoante alguns autores pesquisados, dentre os quais destacam-se Barboza,⁵⁷ Barreto,⁵⁸ Diniz,⁵⁹ Pessini e Barchifontaine,⁶⁰ Sgreccia,⁶¹ Vieira⁶² e Xavier,⁶³ o termo bioética foi empregado pela primeira vez pelo oncologista e biólogo norte-americano Van Rens Selaer Potter, da Universidade de Wisconsin, em Madison (Nova Iorque, Estados Unidos), em sua obra *Bioethics: bridge to the future* (Bioética: uma ponte para o futuro) publicada em 1971. Para Potter, a ética deve estender o olhar em cada intervenção científica do homem sobre a vida em geral. Sgreccia descreve, sucintamente, a amplitude do termo proposto por Potter, ao enfatizar que

a bioética, portanto, deve se ocupar de unir a ética e a biologia, os valores éticos e os fatos biológicos para a sobrevivência do ecossistema todo: a bioética tem a tarefa de ensinar como usar o conhecimento em âmbito científico-biológico.

O instinto de sobrevivência não basta: é preciso elaborar uma ciência da sobrevivência, que o autor identifica como bioética.⁶⁴

Para Potter, a bioética teria um compromisso com o equilíbrio e a preservação da relação dos seres humanos com o ecossistema e a própria vida do planeta. O autor considerava que o objetivo da disciplina deveria ser o de ajudar a humanidade a racionalizar, com cautela, o processo da evolução biológica e cultural. Entretanto, Diniz alerta para o atual sentido do termo bioética, ao enfatizar que

esse sentido é totalmente diverso do empregado na atualidade, proposto por *André Hellegers*, fisiologista holandês, que fundou, em 1971, na Universidade de Georgetown, o *Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics* (o Instituto Kennedy tinha o intuito de estudar as questões relativas à bioética, tais como eutanásia, manipulação

⁵⁷ BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da bioética e do biodireito. *Revista de Bioética e Ética Médica*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 209.

⁵⁸ BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 390.

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 9.

⁶⁰ PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2002, p. 15-16.

⁶¹ SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica*. Trad. Orlando Soares Moreira. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 23.

⁶² VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 15.

⁶³ XAVIER, Elton Dias. A bioética e o conceito de pessoa: a re-significação jurídica do ser enquanto pessoa. *Revista de Bioética e Ética Médica*, Brasília, v. 8, n. 2, 2000, p. 219.

⁶⁴ SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica*. Trad. Orlando Soares Moreira. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 24.

genética, aborto, experimentação humana) e que passou a considerar a bioética como a ética das ciências da vida. Com isso a bioética, como prefere Jean Pierre Marc-Vergnes,⁶⁵ é uma ética biomédica.⁶⁶

⁶⁵ Vieira descreve o sentido proposto por Marc-Vergnes ao afirmar que o “[...] autor prefere falar em *ética biomédica* por acreditar que os problemas abordados sob tal nomenclatura são, antes de tudo, médicos e que convém conservar, sob pena de confusão, a raiz *méd* sob uma ou outra forma, em todos os termos que servem para lhes qualificar” (VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 16).

⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 10.

Ao que tudo indica, ambos os precursores no emprego do termo bioética (Potter e Hellegers) procuraram soluções normativas para problemas que desde o início da década de cinquenta inquietava os meios científicos. Tratava-se de avaliar as conseqüências dos rápidos avanços nas ciências biológicas e controlar, ou humanizar, os seus efeitos. Tentavam os iniciadores da bioética fazer com que a própria comunidade científica definisse princípios éticos, inibidores da síndrome de Frankstein, que rondava a ciência biológica desde os experimentos dos médicos nazistas.

Devido à amplitude do termo bioética, surge o problema de sua definição, problema que até hoje parece não estar suficientemente solucionado. Consoante os autores pesquisados, dentre eles destacam-se Barboza,⁶⁷ Barreto,⁶⁸ Correia,⁶⁹ Diniz,⁷⁰ Pessini e Barchifontaine,⁷¹ Sgreccia,⁷² Vieira⁷³ e Xavier,⁷⁴ a *Encyclopedia of bioethics*, organizada por Warren Reich, definiu, em 1978, a bioética como um neologismo derivado das palavras gregas *bios* (vida) e *ethike* (ética), como sendo “o estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto examinada à luz dos valores e princípios morais”. Em 1995, por ocasião da segunda edição da Enciclopédia, não houve referência aos valores e princípios⁷⁵ morais, passando a considerá-la como “o estudo sistemático das dimensões morais das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar”.

⁶⁷ BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da bioética e do biodireito. *Revista de Bioética e Ética Médica*, Brasília, v. 8, n. 2, 2000, p. 209.

⁶⁸ BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 390.

⁶⁹ CORREIA, Francisco de Assis. Alguns desafios atuais da bioética. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; PESSINI, Léo (Org.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996, p. 33.

⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 10.

⁷¹ PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2002, p. 49-50.

⁷² SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica*. Trad. Orlando Soares Moreira. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 43.

⁷³ VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 15.

⁷⁴ XAVIER, Elton Dias. A bioética e o conceito de pessoa: a re-significação jurídica do ser enquanto pessoa. *Revista de Bioética e Ética Médica*, Brasília, v. 8, n. 2, 2000, p. 218.

⁷⁵ Para Pessini e Barchifontaine, “evitam-se termos ‘valores’ e ‘princípios’ num esforço de adaptação ao pluralismo ético atual na área da bioética” (2002, p. 50).

Assim, o termo bioética pode ser definido como o estudo sistemático, interdisciplinar, ligado à ética da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde. Na abalizada lição de Barchifontaine, o conceito de bioética será entendido como “um grito pelo resgate da dignidade da pessoa humana em face aos progressos técnico-científicos na área da saúde, bem como em face às condições de vida socioeconômico-políticas, através de um diálogo multiprofissional, multidisciplinar e pluralista”.⁷⁶ Enfatizando a diversidade como característica peculiar e inerente à atual sociedade, Correia aduz que se pode “afirmar que a bioética, em resumo, trata da vida da natureza, da flora, da fauna e da vida humana, à luz dos valores aceitos em uma sociedade democrática, pluralista, secular e conflitiva”.⁷⁷

A interdisciplinaridade bioética pode ser entendida como a articulação, a integração e o consenso de várias disciplinas, não só nas esferas da saúde e da ética, mas, também, de outras áreas, como a antropologia, a biologia, a sociologia, a psicologia, a economia, o direito, a política, a ecologia, a filosofia, a teologia etc. A discussão interdisciplinar sobre questões bioéticas é imperativa, uma vez que os problemas surgem quando as pessoas não consideram as ramificações e os possíveis abusos das novas tecnologias.

A bioética situa-se em um contexto de diversidade, onde não existem visões únicas dos problemas gerados pelo avanço biotecnológico. Na verdade, imperam concepções divergentes e às vezes irreduzíveis sobre questões de preocupação global.

Citado por Vieira, Mainetti afirma que a “bioética responde ao deslocamento dos pontos de referência tradicionais da vida – as novas formas de nascer, procriar e morrer –, com o intuito de impedir uma tecnociência sem consciência”.⁷⁸ Por ser uma palavra que agrega os conceitos de vida e ética, conclui-se que tudo o que é vida lhe diz respeito.

Sustentando que a bioética busca quebrar o monopólio ético que foi conferido à categoria médica, Brauner define esse conhecimento “como

⁷⁶ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; PESSINI, Léo (Org.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996, p. 164.

⁷⁷ Id., *ibid.*, p. 34.

⁷⁸ VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 16.

um conjunto de princípios que tendem a preservar o sentido humano em uma sociedade cada vez mais dominada pela ciência e pela técnica”.⁷⁹

A par disso, a bioética mantém algumas características que possibilitam distingui-la de outros ramos do conhecimento: primeiramente ela nasce em um ambiente científico, como uma necessidade sentida pelos próprios profissionais da saúde de proteger a vida humana e seu ambiente. A outra característica que a individualiza, como referido alhures, é o seu caráter interdisciplinar, porque reúne profissionais da área médica, teólogos, sociólogos, juristas, antropólogos, psicólogos, eticistas, filósofos, entre outros.

⁷⁹ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Os dilemas do avanço biotecnológico e a função do biodireito. *Revista de Trabalho e Ambiente*, Caxias do Sul, v. 1, n. 1, jan./jun. 2002, p. 96.

Segundo Varga, a bioética consistiria, ainda, no “estudo da moralidade da conduta humana na área das ciências da vida [...]”,⁸⁰ procurando averiguar o que seria lícito ou científica e tecnicamente possível. A bioética deverá ser uma ética racional que, a partir da descrição do fato científico, biológico e médico, analise a licitude da intervenção do homem sobre o homem, tendo como paradigma de referência o valor supremo da pessoa humana, de sua vida, dignidade e autonomia. Nesse viés, Bernard alinha a posição de que a bioética deve conciliar dois deveres: a proteção da coletividade e a proteção e o respeito a cada pessoa.⁸¹

Pelo fato de a filosofia ser inerente à noção de bioética, haja vista que o termo agrega o conceito de ética,⁸² Pegoraro entende que a bioética é uma subárea da filosofia. Segundo o autor, a bioética “é, na verdade, a ética filosófica que se especializou em acompanhar o progresso e os problemas éticos da genética, da biomedicina, da biosfera e dos ecossistemas”.⁸³ Assim, ela está em constante interação com os laboratórios, de um lado, e com imperativos ético-filosóficos, de outro. Em continuação, o autor adverte que, em muitas situações, a medicina e a tecnologia reduziram o homem à mera dimensão biológica, esquecendo a riqueza de outras facetas inerentes ao ser humano. Assim, caberia à bioética “a função de recordar essas ‘outras’ facetas, uma vez que, em primeiro lugar, ela é uma visão filosófica (e não científica) da composição biológica e genética do homem”.⁸⁴

Minahim entende que a bioética constitui importante espaço de conexão entre o direito, a moral e a religião, preenchendo, através de seus princípios, vazios normativos.⁸⁵

⁸⁰ VARGA, Andrew C. *Problemas de bioética*. Trad. Pe. Guido Edgar Wenzel. São Leopoldo: Unisinos, 2001, p. IX.

⁸¹ BERNARD, Jean. *Da biologia à ética. Bioética: os novos poderes da ciência, os novos deveres do homem*. Campinas: Editorial Psy II, 1994, p. 58.

⁸² Em uma comunidade pluralista e secular, a ética mínima corresponde ao respeito mútuo e em fazer o bem aos outros, respeitando os limites impostos pela autonomia do sujeito. Esse é o cerne da bioética, secular e pluralista, como insistentemente referido.

⁸³ PEGORARO, Olinto A. *Ética e bioética: da subsistência à existência*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 15.

⁸⁴ Id., *ibid.*, p. 18.

⁸⁵ Com efeito, realmente, torna-se inarredável a intervenção do direito no campo das biotecnologias e biomédicas, considerando a gama de valores a merecer tutela jurídica capaz de equilibrar de um lado as portentosas “descobertas” científicas, e de outro, o emprego de tais descobertas pela biomedicina, sem violar direitos, muitos dos quais, devidamente protegidos, como, por exemplo, vários dos que integram o rol dos direitos da personalidade (MINAHIM,

Devido ao pluralismo ético atual, a bioética ocupa-se não só dos problemas éticos provocados pelas ciências biomédicas, mas, segundo Sgreccia, se amplia a outras situações,

incluindo: a) os problemas éticos de todas as profissões sanitárias; b) as pesquisas comportamentais, independentemente de suas aplicações terapêuticas; c) os problemas sociais unidos às políticas sanitárias, à medicina do trabalho, à saúde internacional e às políticas de controle demográfico; d) os problemas da vida animal e vegetal em relação à vida do homem.⁸⁶

Assim, a bioética atua sobre problemas levantados pela biotecnologia, pela biomedicina, no vastíssimo campo que tem se estendido desde a preocupação com o ser humano até o equilíbrio ambiental.

Analisada a origem da bioética, bem como alinhadas diferentes posições sobre o seu conceito, passa-se, pela importância que representa, ao estudo do paradigma bioético principialista.

8 Paradigmas da bioética

A bioética não se expressa em um único paradigma. Existem vários modelos de análise teórica utilizados pela bioética, uns mais amplamente ou-
tros menos. Dentre eles, Pessini e Barchifontaine citam os paradigmas prin-
cipialista, libertário, antropológico personalista, das virtudes, casuístico, fe-
nomenológico e hermenêutico, narrativo, do cuidado, do direito natural e contratualista.⁸⁷ Por razões limitativas, o presente artigo cingir-se-á a analisar somente o paradigma principialista, uma vez que é o modelo de maior expansão, considerando-se que muitos dos avanços da bioética devem-se à perspectiva principialista. Nesse sentido, Pegoraro defende que o principia-

Maria Auxiliadora. *Direito penal e biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 30).

⁸⁶ SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica*. Trad. Orlando Soares Moreira. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 44.

⁸⁷ PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2002, p. 34-37.

lismo ainda é o principal paradigma bioético porque “tem razão utilitarista. A razão tem a função de calcular custos e benefícios das pessoas, visando a assegurar o maior bem-estar ao maior número possível de pessoas”.⁸⁸

3.1 O paradigma principialista

O paradigma principialista está dentre os modelos de análise bioética mais divulgados, e tem como protagonistas Tom Beuchamp e James Childress, autores da obra clássica *Principles of biomedical ethics*.

⁸⁸ PEGORARO, Olinto A. *Ética e bioética: da subsistência à existência*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 98.

Desde o início, imaginou-se a bioética como uma fonte de princípios, cujo principal objetivo seria o de disciplinar eticamente o trabalho de investigação científica, protegendo todas as formas de vida da ameaça de desumanização. A partir do início da década dos cinquenta do século XX, a rapidez e sofisticação das novas descobertas biológicas suscitaram indagações morais, que procuraram resposta na formulação de princípios éticos, que, em sua origem, pretendiam regular a pesquisa e a engenharia genéticas, consideradas, em muitos aspectos, como uma ameaça à inviolabilidade da pessoa humana.

Consoante os autores pesquisados, com destaque para Barboza,⁸⁹ Barreto,⁹⁰ Diniz,⁹¹ Pegoraro,⁹² Pessini e Barchifontaine,⁹³ Sgreccia⁹⁴ e Vieira,⁹⁵ o estabelecimento dos princípios da bioética na perspectiva principialista decorreu da criação, pelo Congresso dos Estados Unidos da América, de uma comissão chamada *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*,⁹⁶ com a participação de filósofos e teólogos, da qual resultou o Relatório Belmont, tendo por objetivo “levar a cabo uma pesquisa e estudo completo, que identificasse os princípios éticos básicos que deveriam nortear a experimentação em seres humanos nas ciências do comportamento e na biomedicina”.⁹⁷ Ao que tudo indica, na origem da reflexão ética principialista norte-americana estava a preocupação pública com o controle social da pesquisa em seres humanos, tendo em vista as atrocidades cometidas contra os mesmos, com, por exemplo, a injeção de

⁸⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da bioética e do biodireito. *Revista de Bioética e Ética Médica*, Brasília, v. 8, n. 2, 2000, p. 211.

⁹⁰ BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 398.

⁹¹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 14.

⁹² PEGORARO, Olinto A. *Ética e bioética: da subsistência à existência*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 102.

⁹³ PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2002, p. 33-34.

⁹⁴ SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica*. Trad. Orlando Soares Moreira. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 166.

⁹⁵ VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 19.

⁹⁶ Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental.

⁹⁷ PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul (Org.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996, p. 51.

células cancerosas vivas em idosos. A criação da comissão, da qual resultou o Relatório Belmont, foi uma tentativa de aliviar os escândalos que insurgiam na opinião pública.

Iniciados os trabalhos em 1974, quatro anos após publicou a referida comissão o chamado *Informe Belmont*, contendo três princípios: a) o da autonomia [...]

b) o da beneficência [...] c) o da justiça [...]. A esses três princípios *Tom L. Beauchamp* e *James F. Childress* acrescentaram outro, em obra publicada em 1979, o da não-maleficência [...].⁹⁸

Do exposto, Pegoraro afirma que “quem deu dimensão universal aos três princípios foram Beauchamp e Childress, na famosa obra *Biomedical Ethics*”.⁹⁹ O referencial teórico proposto por Beauchamp e Childress serviu de base para o que se denominou de *principlism* (principlismo¹⁰⁰ em português), ou seja, a escola bioética baseada no uso dos princípios¹⁰¹ como modelo explicativo. Tais princípios são racionalizações abstratas de valores que decorrem da interpretação da natureza humana e das necessidades individuais. Sucintamente, descrever-se-á a idéia central de cada princípio ético geral da bioética a partir do modelo principlista.

3.1.1 O conceito de autonomia e sua compreensão enquanto princípio¹⁰² bioético do respeito à autonomia

⁹⁸ BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da bioética e do biodireito. *Revista de Bioética e Ética Médica*, Brasília, v. 8, n. 2, 2000, p. 211.

⁹⁹ PEGORARO, Olinto A. *Ética e bioética: da subsistência à existência*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 103.

¹⁰⁰ O termo *principlism* foi cunhado por Dan Clouser e Bernard Gert em 1990. A melhor tradução para este termo é principlismo, pois a origem latina da palavra é *principia*. Alguns autores utilizam principismo ou principalismo, que, ao que tudo indica, são traduções que devem ser evitadas, por não terem base etimológica.

¹⁰¹ Sgreccia justifica o porquê da criação de tais princípios: “os autores elaboraram uma espécie de paradigma ético voltado para quem trabalha na área de saúde, com o fim de fornecer uma referência prático-conceitual que os pudesse orientar nas situações concretas. Esse paradigma é constituído pela formulação dos princípios de autonomia, benefício, não-malefício e justiça [...]” (SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica*. Trad. Orlando Soares Moreira. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 166).

¹⁰² Almeida entende que o conceito de autonomia deve ser distinguido do princípio da autonomia. Em essência, o princípio da autonomia é o requisito moral do respeito pela autonomia dos outros (ALMEIDA, Marcos de. *Comentário sobre os princípios fundamentais da*

Certamente, não há um conceito universal de autonomia que seja capaz de fornecer respostas seguras aos problemas levantados pela biotecnologia. Entretanto, em que pese a dificuldade, inicia-se a análise do conceito de autonomia em Kant, porquanto se entende que a filosofia kantiana é a base do princípio do respeito à autonomia.

bioética. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; PESSINI, Léo (Org.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996, p. 58).

Para Kant, a autonomia é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional.¹⁰³ Outrossim, o filósofo assinala que a autonomia da vontade é considerada princípio supremo da moralidade,¹⁰⁴ pois está na base da moralidade.¹⁰⁵ E conceitua autonomia nos seguintes moldes:

Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças a qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objectos do querer). [...] o citado princípio da autonomia é o único princípio da moral. Pois desta maneira se descobre que esse seu princípio tem de ser um imperativo categórico, e que este imperativo não manda nem mais nem menos do que precisamente esta autonomia.¹⁰⁶

Kant quer demonstrar que agir moralmente é agir racionalmente. Basta levar em consideração a noção de imperativo categórico para chegar a esta conclusão. O conceito de imperativo categórico é assim descrito: “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”.¹⁰⁷ Com tal imperativo, Kant quer dizer que as decisões que o indivíduo toma a respeito de si mesmo são as mesmas tomadas em relação aos outros, ou seja, não faças a outrem o que não queres que te façam.

Em suma, Kant defende que o respeito à autonomia provém do reconhecimento de que todas as pessoas têm valor intrínseco absoluto e de que todas têm capacidade de determinar o próprio destino (pessoas como autolegisadoras). Desrespeitar a autonomia de uma pessoa é tratá-la como meio, é colocá-la a serviço dos outros, desconsiderando os objetivos da própria pessoa. Esse desrespeito configura violação moral fundamental, já que as pessoas são fins em si mesmas e não meios para alcançar este ou aquele objetivo.

¹⁰³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986, p. 79.

¹⁰⁴ Lepargneur esclarece que a moral kantiana não se reduz a uma ética da intenção, eis que leva em consideração as decorrências previsíveis da ação ou da omissão. É uma moral realista no sentido em que Kant percebeu que a questão moral é essencialmente a de saber o que fazer aqui e agora. É tipicamente uma moral personalista, embora condicionada pela cultura da época (LEPARGNEUR, Hubert. A dignidade humana, fundamento da bioética e seu impacto para a eutanásia. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; PESSINI, Léo (Org.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996a, p. 182).

¹⁰⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986, p. 79.

¹⁰⁶ Id., *ibid.*, p. 85.

¹⁰⁷ Id., *ibid.*, p. 59.

Ao abordar a questão acerca da existência ou não de autonomia nos casos de pessoas com demência grave, Dworkin afirma que existe um consenso geral de que as pessoas adultas detentoras de “competência¹⁰⁸ normal” têm direito à autonomia, ou seja, o direito de, por si mesmas, tomar decisões relevantes para a definição de suas próprias vidas.¹⁰⁹ Pode-se concluir que, em não havendo capacidade, a autonomia perde o objeto de proteção.

Em sua obra *Princípios de ética biomédica*, Beauchamp e Childress empregam o conceito de autonomia no intuito de examinar a tomada de decisão no cuidado da saúde, na tentativa de identificar aquilo que é protegido pelas regras do consentimento informado, recusa informada, veracidade e confidencialidade.¹¹⁰

Adentrando-se na perspectiva principiológica, em que pese a autonomia não apresentar um conceito universal em diferentes áreas do conhecimento, o princípio da autonomia, “que deriva do grego *autós* (próprio) e *nomos* (lei, norma), significa o autogoverno da pessoa, autodeterminação de seu destino, liberdade de tomar decisões que digam respeito à sua vida e saúde física”.¹¹¹ Para Casabona, o princípio da autonomia significa “el reconocimiento de la libre-autónoma-decisión individual sobre sus propios intereses siempre que no afecte a los intereses de un tercero, o el respeto a la posibilidad de adopción por los sujetos de decisiones racionales no constreñidas”.¹¹²

A autonomia, ou também chamada de princípio do respeito às pessoas, engloba ao menos duas convicções éticas: (1) as pessoas devem ser tratadas com autonomia;¹¹³ (2) devem ser protegidas as pessoas cuja autonomia está diminuída.¹¹⁴

¹⁰⁸ Dworkin entende que a competência, no sentido que a pressupõe o direito à autonomia, diz respeito à capacidade de agir com base em preferências originais, na percepção da natureza das coisas, nas convicções pessoais ou no sentido da própria identidade (DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 321).

¹⁰⁹ Id., *ibid.*, p. 315.

¹¹⁰ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002, p. 137.

¹¹¹ PEGORARO, Olinto A. *Ética e bioética: da subsistência à existência*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 106.

¹¹² CASABONA, Carlos María Romeo. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 42.

¹¹³ Junges elenca três condições que determinam a competência para emitir juízos autônomos: (1) capacidade de tomar decisões, tendo por fundamento motivos racionais; (2) capacidade

O princípio da autonomia tem como exigência que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente, ou de seu representante legal, levando em consideração, na medida do possível, seus valores morais e crenças religiosas.¹¹⁵ Tal princípio “refere-se ao respeito devido aos direitos fundamentais do homem, inclusive o da autodeterminação [...]”.¹¹⁶

O que se exige com o respeito ao princípio da autonomia é a superação do paternalismo médico no sentido clássico, ou seja, aquele que considera o paciente como uma criança diante da qual é necessário ter uma atitude beneficente. Reconhecer a autonomia do paciente é reconhecer seu direito de autogoverno, visto que a idéia de supremacia dos interesses do médico não mais se justifica. Nesse viés, Brauner assinala que ambos, médico e paciente, devem compartilhar as decisões no gozo pleno de seus direitos, de modo que o paciente deve ter o poder de decidir o que é melhor para si e buscar a concordância do seu médico.¹¹⁷

Engelhardt utiliza em seu modelo libertário dois princípios bioéticos: o da autonomia, traduzido no consentimento, e o da beneficência, alertando para o fato de que há uma tensão fundamental entre respeitar a liberdade e garantir o melhor interesse para as pessoas, o que, em última análise, traduz o conflito entre os dois princípios.¹¹⁸

Como primeira consideração, Engelhardt prioriza o princípio do consentimento frente ao da beneficência, pelo fato de este princípio não ser exigido para a coerência do mundo moral ou da bioética,¹¹⁹ de modo que se podem praticar condutas não-benéficas sem entrar em conflito com a mínima noção de moralidade, o que demonstra que o

de atingir resultados razoáveis através de decisões; (3) capacidade de tomar a decisão de fato (JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 44).

¹¹⁴ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; PESSINI, Léo (Org.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996, p. 45.

¹¹⁵ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 15.

¹¹⁶ SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica*. Trad. Orlando Soares Moreira. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 167.

¹¹⁷ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Os dilemas do avanço biotecnológico e a função do biodireito. *Revista de Trabalho e Ambiente*, Caxias do Sul, v. 1, n. 1, jan./jun. 2002, p. 99.

¹¹⁸ ENGELHARDT JR., H. Tristram. *Fundamentos da bioética*. Trad. José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998, p. 132.

¹¹⁹ Id., *ibid.*, p. 134-135.

princípio da beneficência não é tão imperioso.¹²⁰ Para o autor, o princípio da autonomia é traduzido na idéia de que os pacientes não podem ser usados como meios, colocando o agente moral no centro da referência ética, como o faz Kant.

Quanto à capacidade de agir intencionalmente, Beauchamp e Childress afirmam que uma pessoa com autonomia reduzida é, ao menos em algum aspecto, controlada por outros ou incapaz de deliberar ou agir com base em seus desejos e planos,¹²¹ concluindo, a partir da análise das condições da ação autônoma, que pode haver graus de autonomia.¹²²

Seria um contra-senso reivindicar que as decisões dos pacientes devam ser integralmente autônomas: há que se ter presente que a conduta ativa dessas pessoas dificilmente ou nunca é inteiramente autônoma, por força de sua peculiar condição, da influência dos fármacos e transtornos ocasionados pela doença.

A partir da constatação de casos de autonomia reduzida, Casabona observa que haverá conflito para o reconhecimento desse princípio quan-

do na situação concreta a capacidade de autonomia deverá ser negada, a exemplo dos menores, deficientes mentais, pessoas sob coação, ou outra situação que permita duvidar sobre a existência de autonomia.¹²³

A pergunta que se faz nestes casos e em outros é quem estaria autorizado a de-

cidir? Como resposta, Beauchamp e Childress assinalam que do próprio princípio da autonomia extrai-se a maneira de como tomar decisões de substituição quando uma pessoa não tiver autonomia suficiente

¹²⁰ Id., *ibid.*, p. 135.

¹²¹ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002, p. 138.

¹²² Ao encontro do que afirmam Beauchamp e Childress, Almeida comenta que, por motivos óbvios, a autonomia é uma característica que as pessoas certamente possuem em variados graus. Outrossim, enfatizando a relatividade da autonomia, ratifica que aspectos biológicos e fatores socioambientais moldam, expandem e limitam a autonomia individual (ALMEIDA, Marcos de. Comentário sobre os princípios fundamentais da bioética. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; PESSINI, Léo (Org.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996, p. 58 e 65).

¹²³ CASABONA, Carlos María Romeo. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 43.

para
lizar a ação de que se trate.¹²⁴

rea-

Uma pessoa autônoma é um indivíduo capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais, tem autodeterminação para agir com base em seus julgamentos. Em contrapartida, nem todas as pessoas têm a capacidade de se autodeterminar. Nesse sentido, Sgreccia entende que, evidentemente, o princípio da autonomia não pode ser aplicado para pacientes dementes ou com psicoses agudas, ou também nos casos em que há incapacidade de manifestar o consentimento, tais como pacientes em coma e menores.¹²⁵

¹²⁴ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002, p. 138.

¹²⁵ SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica*. Trad. Orlando Soares Moreira. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 167.

Como fonte esclarecedora, Pessini e Barchinfontaine afirmam que o conceito de autonomia do relatório Belmont, como tradução do princípio da autonomia em sentido bioético, não é o kantiano, da pessoa como autolegisladora, mas um conceito segundo o qual uma ação seria autônoma se tiver por pressuposto o consentimento informado, manifestado a partir do fornecimento de uma quantidade suficiente de informação para que o paciente seja capaz de decidir razoavelmente.¹²⁶ Do exposto, a autonomia de uma pessoa pode ser traduzida através do seu consentimento livre e informado.

O consentimento informado e expresso é o modelo básico da autonomia na saúde, na política e em outros contextos, de modo que se pode sustentar que “o consentimento do indivíduo é o ponto fundamental do princípio da autonomia que, por sua vez, é o critério supremo do juízo ético”.¹²⁷

Hoje, tanto médico como paciente são sujeitos. A idéia de supremacia dos interesses do médico não mais se justifica. Nesse sentido, “o paciente e o médico devem compartilhar as decisões, ou seja, no gozo pleno de seus direitos, deve o paciente decidir o que é melhor para si e buscar a concordância do seu médico”.¹²⁸

Não há que olvidar que o consentimento não é absoluto. Às vezes, mesmo existindo, existem outras intenções que norteiam a pesquisa ou qualquer intervenção no ser humano. Assim, o consentimento, por si só, não deve ser pressuposto único para qualquer pesquisa sobre o ser humano. Tem-se que analisar os fins obscuros da pesquisa, que levantam graves problemas éticos. Para os que não dispõem de capacidade de consentimento, a autonomia de quem deve ser levada em conta? Quem deve deter o poder de avaliação sobre a amplitude da autonomia? Se a auto-

¹²⁶ PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2002, p. 46.

¹²⁷ XAVIER, Elton Dias. A bioética e o conceito de pessoa: a re-significação jurídica do ser enquanto pessoa. *Revista de Bioética e Ética Médica*, Brasília, v. 8, n. 2, 2000, p. 224.

¹²⁸ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Os dilemas do avanço biotecnológico e a função do biodireito. *Revista de Trabalho e Ambiente*, Caxias do Sul, v. 1, n. 1, jan./jun. 2002, p. 99.

nomia expressa-se por meio do consentimento livre e esclarecido, como é que ficam os embriões, os fetos, os bebês? Assim, a autonomia não deve ser considerada princípio absoluto, haja vista que o ser humano depara-se sempre com situações que limitam ou a tornam elástica.

3.1.2 Princípio da beneficência

Para Barboza, tal princípio “traduz-se na obrigação de não causar dano e de extremar os benefícios e minimizar os riscos”.¹²⁹ Conceito semelhante é utilizado por Correia: “fazer o bem, não causar dano, cuidar da saúde, favorecer a qualidade de vida constituem as máximas da moral de beneficência”.¹³⁰

Tal princípio baseia-se na tradição hipocrática de que o profissional da saúde só pode usar o tratamento para o bem e nunca para fazer o mal ou praticar injustiças. Frankena, citado por Diniz, assinala que

esse princípio não aponta os meios de distribuição do bem e do mal, apenas pede que se promova aquele, evitando-se este. Se se manifestarem exigências conflitantes, o mais que se poderá fazer é aconselhar que se consiga a maior porção possível de bem em relação ao mal. [...] a beneficência é uma ação feita em benefício alheio, por estabelecer o dever moral de agir em benefício dos outros.¹³¹

Sgreccia posiciona-se sobre tal princípio afirmando que “o termo benefício seria mais adequado do que o de simples benevolência, pois ressaltaria a necessidade de fazer efetivamente o bem e não simplesmente de querer fazê-lo ou de desejar fazê-lo”.¹³² Tal princípio corresponde ao fim primário da medicina, porque promove o bem, em relação ao paciente e à sociedade, e evita o mal.

Enfim, nos dizeres de Pegoraro, o princípio da beneficência pode ser traduzido na idéia de “sempre pensar no benefício do paciente. Não prejudicar o paciente ou o *primun non nocere* de Hipócrates”.¹³³

3.1.3 Princípio da não-maleficência

¹²⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da bioética e do biodireito. *Revista de Bioética e Ética Médica*, Brasília, v. 8, n. 2, 2000, p. 211.

¹³⁰ CORREIA, Francisco de Assis. Alguns desafios atuais da bioética. In: BARCHI-FONTAINE, Christian de Paul; PESSINI, Léo (Org.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996, p. 39.

¹³¹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 16.

¹³² SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica*. Trad. Orlando Soares Moreira. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 167.

¹³³ PEGORARO, Olinto A. *Ética e bioética: da subsistência à existência*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 98.

O princípio da não-maleficência é o mais controverso de todos. Muitos autores, entre os pesquisados, o incluem no princípio da beneficência; justificam esta posição por acharem que, ao evitar o dano intencional, o indivíduo já está, na realidade, visando ao bem do outro.

A principal controvérsia do princípio da não-maleficência ocorre quando uma ação, aparentemente sem previsão de resultados lesivos, agrava-se progressivamente, gerando malefícios não previstos e de grande repercussão. Havendo, portanto, conflito entre beneficência e a não-maleficência deve prevalecer a não-maleficência.

Conforme assevera Diniz, o “princípio da não-maleficência é um desdobramento do da beneficência, por conter a obrigação de não acarretar dano intencional e por derivar da máxima da ética médica: *primum non nocere*”.¹³⁴

3.1.4 Princípio da justiça

Beauchamp e Childress entendem o princípio da justiça como sendo a expressão da justiça distributiva. Entende-se esta como sendo a distribuição justa, equitativa e apropriada na sociedade, de acordo com as normas que estruturam os termos da cooperação social.¹³⁵

Para Pessini e Barchifontaine, o princípio deve ser visto a partir da ótica da imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios.¹³⁶ Outra forma de entender este princípio é que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais de forma desigual. O problema é que em uma sociedade pluralista e diversificada como a que vivemos há dificuldade de se estabelecer quem é e quem não é igual. Quais considerações justificam afastar-se da distribuição igual? Existem muitas formulações amplamente aceitas de como distribuir os benefícios e os encargos de forma justa. Almeida cita tais formulações, a partir daquelas apresentadas pelo *Belmont Report*, que fixou, como referido alhures, os princípios éticos a serem observados no desenvolvimento das pesquisas e na aplicação de recursos públicos nessas atividades científicas, tais como: “1) a cada pessoa, uma quota e uma oportunidade igual. 2) a cada pessoa, de acordo com a necessidade individual. 3) a cada pessoa,

¹³⁴ O juramento hipocrático insere obrigações de não-maleficência e beneficência: “usarei meu poder para ajudar os doentes com o melhor de minha habilidade e julgamento; abster-me-ei de causar danos ou de enganar a qualquer homem com ele” (DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 16).

¹³⁵ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002, p. 287.

¹³⁶ PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2002, p. 46.

de acordo com o esforço individual. 4) a cada pessoa, de acordo com a contribuição social. 5) a cada pessoa, de acordo com o mérito”.¹³⁷

¹³⁷ ALMEIDA, Marcos de. Comentário sobre os princípios fundamentais da bioética. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; PESSINI, Léo (Org.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996, p. 62.

Segundo Diniz, o princípio da justiça requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no que concerne à prática médica pelos profissionais da saúde,¹³⁸ pensamento também comungado por Barboza, ao enunciar que o princípio da justiça exige igualdade nos benefícios, riscos e encargos.¹³⁹ Sgreccia alerta para outro sentido de justiça, ao afirmar que “isto não quer dizer, certamente, tratar a todos do mesmo modo, pois são diferentes as situações clínicas e sociais [...] deveria comportar a adesão a alguns dados objetivos, como o valor da vida e o respeito a uma proporcionalidade das intervenções”.¹⁴⁰ De acordo com esta perspectiva, a justiça estará presente sempre que uma pessoa recebe benefícios ou encargos devidos às suas propriedades ou circunstâncias particulares, uma vez que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais de forma desigual.

Diante de tais proposições, surgem questões intrigantes: Quem seria igual e quem não seria igual? Cada pessoa deveria fazer jus a uma quota igual? Essa fração poderia ser atribuída conforme as necessidades individuais ou de acordo com o seu esforço individual, ou com base em sua contribuição à sociedade, ou de acordo com o seu mérito?

Enfim, os princípios da bioética têm a finalidade de guiar o médico na sua relação com o paciente e, em geral, em toda ação ou escolha no campo biomédico, e devem ser obedecidos quando da aplicação de recursos públicos na prática das atividades científicas. Tais princípios passaram a constituir o ponto de partida obrigatório para qualquer discussão a propósito do emprego das técnicas de reprodução assistida, da experimentação em humanos, da eutanásia, dos transplantes de órgãos, do genoma humano e de todas as demais questões que se possam enquadrar dentro do amplíssimo campo que tem sido reconhecido à bioética, desde a codificação do genoma humano até o equilíbrio ambiental.

Considerando-se, como referido, que cada princípio privilegia um valor diferente, poder-se-ia sustentar a existência de hierarquia entre os princípios? Na visão dos criadores dos princípios da bioética, os mesmos não têm nenhuma disposição hierárquica e são válidos *prima facie*, sendo que em caso de conflito entre si a situação em causa e suas circunstâncias

¹³⁸ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 16.

¹³⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da bioética e do biodireito. *Revista de Bioética e Ética Médica*, Brasília, v. 8, n. 2, 2000, p. 211.

¹⁴⁰ SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica*. Trad. Orlando Soares Moreira. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 167.

é que indicarão o que deve ter precedência.¹⁴¹ Pessini e Barchifontaine ratificam que “nos últimos 20 anos, a opinião de Beauchamp e Childress de que os princípios e as normas são considerados obrigatórios *prima facie* e estão no mesmo nível ganhou aceitação de renomados bioeticistas, e somente as circunstâncias e conseqüências podem ordená-los em caso de conflito”.¹⁴²

Dessa forma, faz-se necessário salientar que a aplicação literal deles, sem que sejam discutidas as suas raízes éticas, pode tornar-se contraditória, conflitiva e até auto-excludente, porque cada princípio consagra um elemento diferente. Nesse sentido, bem concluem as palavras de Barreto:

Os quatro princípios somente adquirem sentido lógico se forem considerados como referentes a cada um dos agentes envolvidos: a autonomia, referida ao indivíduo; a beneficência e a não-maleficência ao médico e a justiça à sociedade e ao Estado. A aplicação isolada de cada um desses princípios terminará por consagrar situações sociais injustas. Torna-se, então, necessário procurar um modelo que não permita a hegemonia de um princípio sobre os outros, mas que assegure a justificação, a integração e a interpretação dos quatro princípios. Em outras palavras, como fazer com que a autonomia seja preservada, a solidariedade garantida e a justiça promovida?¹⁴³

Dessa forma, nenhum dos princípios indicados impõe-se de modo absoluto. *A priori*, não haveria critérios que priorizassem um interesse coletivo frente a um individual, em que pese as questões com as quais a bioética se defronta gerarem um crescente interesse da coletividade. Assim, os princípios bioéticos devem ser interpretados de tal forma que visem, essencialmente, ao bem integral da pessoa, a sua vida e dignidade. Nesse viés, pode-se sustentar que o modelo principialista tem ampla aplicação na prática clínica, com resultados bastante positivos em relação ao respeito pela dignidade da pessoa. Com isso, pode-se intuir que tais princípios fornecem indicações gerais de comportamento, mas é o valor ético do bem da pessoa que confere o sentido último da ação.

¹⁴¹ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002, p. 145.

¹⁴² PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2002, p. 47.

¹⁴³ BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar. 1999, p. 401.

Importante é ter presente a idéia de que a supremacia de um princípio frente a outro não se justifica. Parece que o sentido de meio-termo da ética aristotélica tem que ser levado em conta, haja vista que cada princípio prioriza um interesse diferente, de modo que em se encontrando o meio-termo nenhum dos interesses restará lesado.

Considerações finais

O termo bioética indica um conjunto de pesquisas e práticas pluridisciplinares, com o intuito de elucidar e refletir acerca das soluções para as questões éticas provocadas principalmente pelo avanço das tecnociências biomédicas. Como enfatizado, seu campo de atuação ultrapassa os limites da área médica, abarcando outros ramos do conhecimento, observando diferentes culturas e valores sociais, o que, em razão dessa interdisciplinaridade, dificulta uma definição precisa do vocábulo, uma vez que os problemas são considerados sob vários prismas, na tentativa de harmonizar os melhores caminhos, sempre com o amparo nos princípios bioéticos.

Na esteira do que foi referido alhures, ratifica-se que os princípios bioéticos, em que pese relativos, devem ser considerados guias em toda ação ou escolha no campo biomédico, constituindo-se pressupostos para qualquer discussão e ação que lide com a vida, em todas as três formas. Sem embargo, imperioso alertar para possíveis abusos, que ocorrem quando se modelam as circunstâncias para aplicar um princípio preferido e acaba-se não mais percebendo que existem limites no procedimento principialista.

Nesse horizonte, tudo leva a crer que as similitudes e diferenças entre vários princípios para trabalhar a bioética levam-nos a uma conclusão inevitável: as dimensões morais da experiência humana não podem ser capturadas a partir de um único viés. Cada princípio, de maneira característica, sugere que o modelo principialista, embora valioso, também tem sérias limitações. Sem embargo, isso não afasta a idéia de que a bioética é marcada essencialmente pelo paradigma principialista. Pode-se sustentar que o modelo principialista tem uma base kantiana, no sentido de a pessoa ser considerada fim em si mesma e não meio para este ou aquele objetivo, o que determina o respeito à pessoa.

Não constitui objeto do presente trabalho emitir juízos valorativos acerca dos princípios bioéticos, embora se possam alinhar algumas críticas. Importa, sim, ratificar a importância que a bioética vem ocupando, principalmente quanto à pesquisa envolvendo seres humanos, estabelecendo parâmetros éticos que devem orientar as pesquisas na área da bio-

tecnologia e quem as maneja. As barbáries cometidas pelos nazistas contra seres humanos mostram que a bioética tem muito a ensinar e um longo caminho a percorrer. É preciso, mais do que nunca, ponderar e intensificar que o mais importante ingrediente da vida moral é o desenvolvimento do caráter, que cria a motivação íntima e a força para fazer o que é certo e bom para as presentes e as futuras gerações.

Assim, importa conferir menos destaque ao paradigma a ser utilizado e sim aos fins a que a bioética almeja, qual seja, a fixação de imperativos éticos na conduta de cientistas e tecnólogos que lidam com a vida, com a morte, com o meio ambiente, enfim, com o vasto campo de atuação no qual a bioética dirige seus princípios, priorizando o respeito e a dignidade do ser humano.

Dessa forma, o que parece demonstrar os diferentes princípios bioé-

ticos inseridos na ótica principialista é o intuito de proteger a vida e a dignidade humanas. Imprescindível que os princípios devam ser interpretados de tal forma que visem, essencialmente, ao bem integral da pessoa, a sua vida e dignidade.

Nesse horizonte, em que pese cada princípio consagrar um valor diferente, há conclusões de conteúdo e qualidade que apontam para a mesma direção: a dignidade interior do ser humano e o respeito que lhe é devido. Assim entendido, o valor ético do bem da pessoa, da sua dignidade, é aquilo que confere o sentido último da ação.

Por essa razão, os bioeticistas devem ter como paradigma o princípio da dignidade da pessoa humana, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito e o cerne de todo o ordenamento jurídico, devendo ser respeitado quando conflitar com os avanços científicos e tecnológicos.

Referências

ALMEIDA, Marcos de. Comentário sobre os princípios fundamentais da bioética. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; PESSINI, Léo (Org.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996, p. 56-67.

BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

———. Princípios da bioética e do biodireito. *Revista de Bioética e Ética Médica*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 209-216, 2000.

BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 377-417.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

BEIGUELMAN, Bernardo. Genética e ética. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; PESSINI, Léo (Org.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996, p. 110-124.

BERNARD, Jean. *Da biologia à ética. Bioética: os novos poderes da ciência, os novos deveres do homem*. Campinas: Editorial Psy II, 1994.

- BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Os dilemas do avanço biotecnológico e a função do biodireito. *Revista de Trabalho e Ambiente*, Caxias do Sul, v. 1, n. 1, p. 93-109, jan./jun. 2002.
- . *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CASABONA, Carlos María Romeo. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.
- . (Org.). *Biotecnología, derecho e bioética: perspectivas em direito comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- CORREIA, Francisco de Assis. Alguns desafios atuais da bioética. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; PESSINI, Léo (Org.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996, p. 30-50.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- . *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ENGELHARDT JR., H. Tristram. *Fundamentos da bioética*. Trad. José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998.
- FABRI, Márcio. Biotecnologias: reflexões. *Revista de Bioética e Ética Médica*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 131-134, 2001.
- FUKUYAMA, Francis. *Nosso futuro pós-humano: conseqüências da revolução da biotecnologia*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.
- GARRAFA, Volnei. Bioética e ciência: até onde avançar sem agredir. *Revista CEJ*, São Paulo, n. 7, p. 93-99, jan./abr. 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- HONNEFELDER, Ludger. Genética humana e dignidade do homem. Trad. Peter Naumann. In: DE BONI, L. A.; JACOB, G.; SALZANO, F. (Org.). *Ética e genética*. Porto Alegre: Edipucrs, 1998, p. 87-110 (Coleção Filosofia; n. 78).
- JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- LEPARGNEUR, Hubert. A dignidade humana, fundamento da bioética e seu impacto para a eutanásia. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; PESSINI, Léo (Org.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996a, p. 177-188.
- . *Bioética, novo conceito: a caminho do consenso*. São Paulo. Loyola, 1996b.
- MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulación genética y derecho penal*. Buenos Aires: Universidad, 1994.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal e biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NERI, Demetrio. *A bioética em laboratório: células-tronco, clonagem e saúde humana*. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 2004.

PEGORARO, Olinto A. *Ética e bioética: da subsistência à existência*. Petrópolis: Vozes, 2002.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul (Org.). *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996.

——— ; ——— . (Org.). *Bioética: alguns desafios*. São Paulo: Loyola, 2001.

——— ; ——— . *Problemas atuais de bioética*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2002.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica*. Trad. Orlando Soares Moreira. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

SINGER, Peter. *Repensar la vida y la muerte: el derrumbe de nuestra ética tradicional*. Trad. Yolanda Fontal Rueda. Barcelona: Paidós, 1997.

VARGA, Andrew C. *Problemas de bioética*. Trad. Pe. Guido Edgar Wenzel. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

XAVIER, Elton Dias. A bioética e o conceito de pessoa: a re-significação jurídica do ser enquanto pessoa. *Revista de Bioética e Ética Médica*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 217-227, 2000.

Fernando Pedro Meinero*

Os cidadãos do mundo também precisam de passaporte: reflexões sobre cosmopolitismo e a problemática migratória

Resumo: A noção de “cidadão cosmopolita”, que considera o homem ocupando uma posição no mundo sem atenção sua nacionalidade, encontra na realidade contemporânea um terreno pouco fértil para ser levada à prática sob alguns aspectos. O processo de globalização não significou necessariamente a abertura de fronteiras para a livre circulação humana, reforçando-se deste modo a distinção entre nacionais e estrangeiros. Desde o surgimento da figura do Estado Nação como forma de organização social, a idéia de soberania que o fundamenta apoiou-se no exercício do poder sobre uma determinada fração da humanidade e sobre uma delimitada porção de território. Assim, erigiu-se um poder incontestável dos Estados para, em virtude do cuidado de sua segurança interna, decidir quem goza de um direito de ingressar e permanecer em seu território e quem, de modo contrário, possui apenas uma mera expectativa. Com as novas vertentes do Direito Internacional destinadas ao amparo dos Direitos Humanos, esta manifestação de soberania não sofreu exceções.

Palavras-chave: Soberania. Nacionalidade. Estrangeiro. Livre Circulação de Pessoas. Direitos Humanos.

Abstract: The concept of “cosmopolitan citizen”, which considers one occupying a position in the World with no attention to his nationality, does not find a positive context to be functional due to some circumstances. The globalization process did not reflect the opening of boundaries in order to establish a free human circulation, reinforcing the distinction between nationals and foreigners. Since the arising of national States as a form of social organization, sovereignty, one of its elements, indicated an exercise of power over a determined part of humanity and a delimited portion of territory. Therefore, in order to increase homeland security, it establishes who has a right to enter and stay in the national territory, and who has a simple expectation. With the development of International Law, as the instruments of protection of the Human Rights, this expression of sovereignty did not suffer exceptions.

Key words: Sovereignty. Nationality. Foreigner. Freedom of Human Movement. Human Rights.

* Mestre em Direito da Integração pela UFSM. Defendeu a dissertação “La expectativa humana de ingresar en territorio extranjero desde el derecho internacional y el ordenamiento brasileiro”. Professor de Direito Internacional Público da Faculdade da Serra Gaúcha. Texto traduzido ao português pela acadêmica Rochele Balen e revisado pela Bel. Fernanda Sartor.

Introdução

No início do século XXI, surge o debate praticamente em todos os ramos das ciências sociais sobre o impacto que exerce a globalização nas relações humanas contemporâneas. Do ponto de vista econômico, ela mostrou-se como um processo de internacionalização da produção e uma liberalização dos intercâmbios comerciais, acompanhada de uma supremacia sem precedentes do capital financeiro. Se a percepção de um mundo único e finito foi alcançada a partir dos grandes descobrimentos marítimos e a decorrente expansão comercial, a globalização é sem dúvida uma etapa de máximo desenvolvimento do capitalismo industrial, estendendo-se além dos limites do Velho Continente e influenciando as mais inusitadas formas de cultura. Toda consideração em relação a esse fenômeno parte da base de uma realidade que deve ser aceita, embora logo se torne objeto de um discurso ideológico, que o apóie ou o condene. Finalizada a Guerra Fria e sem o Muro de Berlim, a globalização econômica impõe-se como um consolidado paradigma das relações internacionais. Com ela, os Estados tentam redefinir seu papel, pois se trata de uma lógica que muitas vezes prescinde ou se contrapõe a sua existência, enquanto traz para a cena novos atores internacionais, como as organizações internacionais, as ONGs e as empresas transnacionais. Neste sentido, a globalização acaba tornando-se, ao mesmo tempo, anjo e demônio, já que, por um lado, não há governo que não destaque os benefícios que representa para sua população, como uma condição necessária do desenvolvimento. Por outro, encontrarão nela a causa de muitos males, acusando uma incapacidade de tomar por si mesmos certas decisões, outrora de absoluto domínio interno e agora submetidas às leis do mercado.

Outro aspecto da realidade que caracteriza a globalização é um crescimento incomensurável da tecnologia nas comunicações, onde a informação se desloca por verdadeiras “auto-estradas da informação”, representadas pelo uso, principalmente, da televisão satelital, da telefonia e da *vedette* da comunicação: a internet.

Por tudo isso, não resulta difícil escutar que, por causa da globalização, o conceito de fronteira política está desaparecendo. Mas para que, ou melhor, para quem, está desenhada esta *grande aldeia global* ou *planeta sem fronteiras*? Pois, sobretudo nos últimos anos, a noção de fronteira parece fortalecer-se na hora de medir a intensidade com que se multiplicam, de um modo geral, as restrições a uma liberdade do ho-

mem de mover-se pelo mundo e poder ingressar no território de qualquer país. Embora se tenha avançado significativamente na implementação de mecanismos jurídicos que ponham ordem ao comércio internacional global – com a criação da OMC, por exemplo –, que com uma relativa eficácia defendem uma “liberdade regulada” no tráfego de mercadorias, a espécie humana não possui tal privilégio e deve enfrentar longas filas nos consulados com a expectativa de poder obter os ansiados documentos (passaportes, vistos, etc.), para poder visitar ou estabelecer-se em um país estrangeiro. Por outro lado, os avanços nas comunicações têm aberto espaço para unir pessoas e realidades através do contato visual ou oral, mas não se obtiveram os mesmos resultados para a facilitar o contato físico. Parece que, neste aspecto, as fronteiras não se debilitaram, mas se mantiveram ou até se reforçaram.

No começo do século XXI, evidenciam-se duas situações de origens diversas, mas vinculadas ao aumento generalizado das restrições à liberdade de circulação fronteiriça: o combate à imigração clandestina por motivos fundamentalmente econômicos – o ser humano, como fator de produção, não pode trabalhar onde deseje – e um aumento dos controles nas fronteiras por questões de estrita segurança interna dos Estados. Assim, toda aproximação à observação dos ditos fenômenos, deve realizar-se com uma clara diferenciação das motivações que levam o ser humano a deslocar-se pelo mundo. Se o fizer com ânimo de estabelecer-se definitivamente no país estrangeiro – em que certamente deverá desenvolver uma atividade econômica que lhe permita subsistir –, as restrições serão maiores que se o fizer para depois retornar ao seu país de origem. Mas embora se desloque de forma temporária, deve-se levar em conta que muitos Estados reforçaram a segurança em zonas limítrofes como um dos modos de combater a ameaça terrorista dos últimos anos. Os atentados das cidades de Nova Iorque, Washington, Madri e Londres, entre outros de menor destaque na mídia internacional, colocaram os governos em um estado de alerta máximo constante, pressupondo que toda pessoa é capaz de executar o mais terrível ataque à segurança interna de uma nação. Assim, muitos aeroportos internacionais, e inclusive os próprios consulados, constituíram-se em verdadeiros postos de inteligência policial, com a desconfiança até do simples turista.

Ainda neste contexto, insiste-se em que o homem, em virtude da globalização, possui uma “cidadania cosmopolita”, ocupando uma posição no mundo por sua condição de homem e não por referência a sua nacionalidade. Existem algumas razões para dar crédito a tal concepção. Nas últimas décadas ficou evidente que ser cidadão de um Estado, embora este seja do primeiro mundo, não resulta em resguardo suficiente contra alguns problemas sociais, econômicos ou políticos, que não se detêm perante fronteiras físicas, sendo um claro exemplo disso a questão ambiental ou os vaivéns da economia internacional. Contudo, cabe perguntar se é possível conceber tal “cidadania mundial” sem contar com um “Estado mundial”, mas com um mundo dividido territorialmente em grandes e pequenos Estados, formalmente iguais e substancialmente heterogêneos. Nele, a capacidade de deslocar-se a um determinado Estado e permanecer depende da nacionalidade de cada indivíduo e da permissão que esse Estado outorgue. Pois a cidadania cosmopolita resulta em algo sem sentido se não significa também atribuição de direitos que não dependam da nacionalidade nem do fato de ser estrangeiro em um determinado país, mas justamente do contrário: de prescindir de uma nacionalidade e não ser estrangeiro em nenhum lugar. Entre tais atribuições, encontram-se razões suficientes para imaginar a existência de um direito de simplesmente “estar” em uma parte do mundo e não ser punido por isso.

9 As origens da idéia de cosmopolitismo

Historicamente, as teorias sobre o cosmopolitismo estiveram ligadas à retórica do direito natural, do universalismo cristão ou da mera crença laica de que os homens compartilham um espaço comum.

Na doutrina católica do direito natural, costuma-se indicar o *ius communicationis* como o primeiro fundamento de uma liberdade de circulação do indivíduo. Um dos pontos da tese “De Indis et de Ivre Belli Relectiones”,¹⁴⁴ defendida por Francisco de Vitória, destaca que a existência de uma “comunidade universal de povos livres e soberanos” – *comu-*

¹⁴⁴ *De Indis et de Ivre Belli Relectiones. Relectiones Theologicae XII (1539)*. Org. por Ernest Nys. Trad. ao inglês por John Pawley Bate. New York: Oceana. 1964. Disponível em

<www.constitution.org/victoria/victoria_.htm>. Consultado em: 15 maio 2005.

nitas orbis – não submetida à autoridade do Império ou da Santa Sé e respondendo a um mesmo *ius gentium*, garante um direito de entrar em contato livremente uns com outros. Mas esta aparente concepção de uma ordem jurídica informada não só pela igualdade dos que o compõem, mas também pela fraternidade entre os povos, revelou logo um caráter eurocêntrico e legitimador da conquista européia sobre o Novo Mundo. Com efeito, do *ius communicationis*, Vitória fez derivar uma série de direitos naturais, abstratamente universais, mas que na prática tiveram um caráter profundamente vantajoso para as monarquias européias sedentas de ouro, em relação aos primitivos habitantes das terras descobertas: o *ius peregrinandi* (direito de viajar) – que tempo depois seria desenvolvido por Grocio como o princípio da “livre navegabilidade dos mares” – o *ius degendi* (direito de permanecer), o *ius commercii* (direito de exercer o comércio), e o *ius occupationis* (direito de ocupação sobre as terras não cultivadas e sobre o que os índios não aproveitam, como o ouro e a prata). Por último, aparece consagrado o *ius migrationis*, ou seja, o direito de emigrar e estabelecer-se nas novas terras.¹⁴⁵ É evidente que só os europeus podiam exercer esses direitos, enquanto os “visitados” permaneceriam como meros observadores e vítimas dos abusos praticados e amplamente conhecidos. Por outra parte, quem exerceria o *ius communicationis* seria cada um dos monarcas europeus, atuando através de seus encomendados e expedicionários. Por isso, não se pode afirmar que na prática tenha sido um direito do indivíduo, mas sim de quem se erigia como soberano, na medida em que este se constituiu em árbitro de suas relações com outros povos.

A obra de Vitória vem à luz quando a unidade do mundo cristão já foi dilacerada, e o universalismo de matriz teológica é substituído por um universalismo laico, que tem sua máxima expressão em Kant. O projeto kantiano propôs para a comunidade internacional uma “Paz Perpétua” apoiada em um segundo pacto constitutivo da sociedade política, sendo em definitivo, uma segunda saída do *estado de natureza* que a guerra representa. Em sua obra *A paz perpétua*, o filósofo alemão introduz três condições para alcançá-la: “A constituição política deve ser republicana em todo Estado” (primeiro artigo); “O direito de gentes deve fundar-se em uma federação de Estados livres” (segundo artigo) e “o direito a uma cidadã-

¹⁴⁵ FERRAJOLI, A. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 11.

nia mundial deve limitar-se às condições de uma universal hospitalidade” (terceiro artigo).

O Direito, até Kant, tinha tão só duas dimensões: o direito interno de cada Estado e o Direito de Gentes, quer dizer, o direito dos Estados entre si e dos súditos de um Estado com os de outro.¹⁴⁶ Com relação à terceira condição – a hospitalidade universal –, se introduz uma nova categoria jurídica: *o direito cosmopolita*, como um direito de cidadãos do mundo que se exerceria entre os cidadãos de um Estado com outro Estado. Kant parte da constatação de que a Terra é um espaço finito e que não se pode evitar uma proximidade espacial com outras pessoas naturais ou jurídicas.¹⁴⁷

A hospitalidade universal deve significar o direito que se tem como ser humano a não ser tratado com hostilidade por ter chegado a um território estrangeiro, pois ninguém teria mais direito que outro a estar em um lugar da Terra. Por isso, existe um dever dos Estados de permitir o ingresso de estrangeiros em seu território. Entretanto, essa premissa está acompanhada de uma condição: limita-se a um direito à hospitalidade e não mais do que isso, pois existe um dever de não se aproveitar da hospitalidade e transformar a visita em conquista. Em todo caso, “esse direito é violado quando quem chega a um território estende sobre ele seu império”.¹⁴⁸ Kant dirige sua crítica à atitude das potências européias em relação aos povos de outros continentes, o que de certo modo foi produto das tergiversações que sofreu na prática o *ius communicationis* de Vitória.

Como se observa, a teoria de Vitória leva as marcas de uma consagração de direitos universais somente na teoria, e por isso deve ser tratada com o maior cuidado na hora de ser apresentada como fundamento para a liberdade do homem de deslocar-se pelo mundo. Por outro lado, a postura de Kant tem a menor efetividade a nível global na atualidade: como é possível opor-se, a partir do Direito Internacional ou Interestatal, a um Estado que considera a mera presença do estrangeiro em seu território um atentado contra sua segurança interna, sendo que a ele corresponde definir do que se trata essa segurança? Pois esta idéia de cosmopolitismo, ineficaz ao momento de ser formulada, e que agora res-

¹⁴⁶ NOUR, S. *A paz perpétua de Kant*. Filosofia do Direito Internacional e das Relações Internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 54.

¹⁴⁷ BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 138 e ss.

¹⁴⁸ NOUR, op. cit., p. 56.

surge junto com a globalização, mostra-se com mazelas. O que não se pode negar é que já não existem países que promovem abertamente grandes entradas de estrangeiros em seu território, como tem acontecido com ao longo do século XIX e na primeira metade do século XX.

10 **A exclusão de estrangeiros em virtude da segurança interna**

Sendo uma função do Estado zelar pela segurança interna,¹⁴⁹ as ações destinadas à proteção de seus nacionais apóiam-se nos próprios fundamentos da idéia de cidadania. Em contrapartida do dever de obediência, o cidadão tem o direito de exigir da autoridade que sua integridade pessoal não esteja ameaçada por perigos de origem interna ou externa. Além dos fundamentos filosóficos contratualistas que se vislumbram em tal afirmação – bases das teorias que explicaram a construção do Estado Moderno –, cabe perguntar quais fundamentos jurídicos podem encontrar-se no sistema de Direito Internacional contemporâneo, predominantemente interestatal de acordo ao modelo herdado da *Paz de Westfalia*, para encontrar a legitimidade em tais medidas de segurança interna. Mais especificamente, entre tais medidas, incluem-se especialmente as realizadas através do controle das fronteiras dos Estados.

Resulta curioso que os dois casos mais citados na matéria pela doutrina internacionalista (*leading cases*) hajam sido resolvidos há mais de um século. O primeiro caso é *Chae Chan Ping vs. United States* (mais conhecido como *Chinese Exclusion Case*¹⁵⁰), decidido no ano 1889 pela Corte Suprema dos Estados Unidos, em que se convalidaram medidas que restringiam a entrada de operários de origem chinesa que pretendiam trabalhar nas minas californianas, em pleno apogeu da febre do ouro.¹⁵¹ Em sentido coincidente – embora com algumas dissidências –, em 1893 decidiu-se o caso *Fong Yue Ting vs. United States*,¹⁵² em que o máximo tribunal americano convalidou a deportação de imigrantes chineses que não se encontravam em poder de certificados de residência,

¹⁴⁹ SEITENFUS, R. *Relações Internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 74.

¹⁵⁰ *Chae Chan Ping v. United States*, 130 US 581 (1889).

¹⁵¹ É o *Chinese Exclusion Act*, de 1882, que suspendia por 10 anos o ingresso de imigrantes chineses nos Estados Unidos.

¹⁵² *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893).

exigidos pelas autoridades migratórias, com base em uma legislação que sancionava duramente a imigração ilegal.¹⁵³ Embora proveitosa, excede aos objetivos do presente trabalho uma análise pormenorizada dos fundamentos argüidos pelo Tribunal, em ambos os casos. Contudo, duas passagens da primeira sentença merecem citar-se aqui:

Preservar a independência e brindar segurança contra a agressão e a usurpação estrangeiras é um alto dever de qualquer nação e, para obter estes fins, as demais considerações devem ser subordinadas. Não importa em que forma chegam tal agressão e usurpação, se da nação estrangeira que atua em seu caráter nacional ou das imensas hordas de sua população que se aglomera entre nós. O governo, com as energias que devem ser exercitadas para o amparo e a segurança, tem autoridade para determinar em que ocasião elas devem ser aplicadas; e sua determinação, assim como os temas afetados, é necessariamente conclusiva para todas suas dependências e todos seus funcionários. Se, portanto, o governo dos Estados Unidos, através do seu Poder Legislativo, considera que a presença de estrangeiros de uma raça diversa neste país, que não se assimilará conosco, é perigosa para sua paz e segurança, sua exclusão não deve ser sustentada porque atualmente não haja hostilidades reais com a nação à qual os estrangeiros pertencem. A existência de uma guerra deixaria a necessidade de tal atitude simplesmente mais óbvia e urgente. A mesma necessidade, com um grau menor de urgência, pode surgir quando a guerra é inexistente, e a mesma autoridade que a julga em um caso deve determiná-la no outro. Em ambos os casos sua determinação é conclusiva para o Poder Judicial.

Que o governo dos Estados Unidos pode excluir estrangeiros de seu território é uma questão que não consideramos aberta a controvérsias. A jurisdição sobre seu próprio território a tal nível é própria de cada nação independente.

Se não pudéssemos excluir estrangeiros, estaríamos em tal medida sujeitos ao controle de outra potencia.¹⁵⁴

Trazendo para o presente tal posição, cabe o seguinte questionamento: estas medidas de restrição ou exclusão convalidadas por um órgão interno – neste caso a Suprema Corte americana –, com base em dispositivos nacionais há mais de um século [...] poderiam ser questionadas hoje, à luz do atual patamar de desenvolvimento do Direito Internacional? Para responder a esse questionamento, é necessária uma primeira análise da natureza jurídica das medidas de segurança internas, entre as que se incluem a restrição ao ingresso de estrangeiros.

¹⁵³ *Geary Act* (1892).

¹⁵⁴ Tradução livre do autor.

Em princípio, parece não haver dúvidas de que o valor defendido nos casos citados é a “segurança interna” do Estado. Contudo, este é um conceito muito amplo e não indica, concretamente, qual é a margem de discricionariedade que os Estados legitimamente possuem para adotar medidas em defesa de sua integridade. Observando a Carta das Nações Unidas de 1945, seu artigo 2º traz os princípios segundo os quais procederá a Organização e seus membros, entre os que se destacam os seguintes:

1. A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros.

[...]

7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.¹⁵⁵

Dessa maneira, a Carta deixa firmado que os Estados-membros não sofrerão ingerência de outros Estados ou da própria Organização, em assuntos que em sua essência sejam inerentes a sua “jurisdição interna”. É, na verdade, uma derivação do princípio de igualdade soberana dos Estados, plasmado no inciso I do mesmo artigo. Entretanto, a Carta não estabelece que assuntos estão compreendidos nessa categoria. A Corte Internacional de Justiça tentou oferecer certas pautas para estabelecer em que consiste tal “jurisdição interna”. Assim sendo, no caso *Nicarágua vs. Estados Unidos*, manifestou que:

A intervenção proibida deve recair sobre matérias em relação às quais o princípio de soberania dos Estados permite a cada um decidir livremente, como a eleição do sistema político, econômico, social e cultural e com a formulação da política exterior.¹⁵⁶

Observe-se que a decisão referida estabelece um critério tão amplo – isto é, as “matérias em relação às quais o princípio de soberania dos Estados permite a cada um decidir livremente” – quanto o próprio mesmo conceito de segurança interna que se tenta definir, o que resulta uma tautologia. Assim sendo, o princípio de “não-intervenção” tem um conteúdo

¹⁵⁵ As Resoluções da AG da ONU nº 2131 (1965) e nº 2625 (1970), 31/91 (1976) e 36/147 (1989) ratificaram a vigência do princípio de “não-intervenção”.

¹⁵⁶ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*. Merits, 1986. I.C.J. Reports 1986, p. 14.

variável, com uma escassez de critérios estritamente jurídicos de interpretação *in abstracto*, apresentando nuances segundo como se acomodam as relações de força entre os Estados.¹⁵⁷ A dificuldade de definições precisas observa-se, além disso, no amplo campo de interpretação dado ao órgão executivo da ONU – o Conselho de Segurança –, e, sobretudo, aos seus membros permanentes,¹⁵⁸ sobre o que realmente constituem assuntos internos nos Estados, para diferenciá-los daqueles que, embora originando-se como uma questão doméstica, possam apresentar uma grave ameaça à paz e segurança internacionais, capazes de provocar a atuação do sistema de segurança coletiva, previsto no Capítulo VII da Carta:

Art. 39. O Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os Artigos 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais.

Por outro lado, a comunidade internacional veio aceitando a idéia de que em certos casos não se pode sustentar um direito absoluto de cada Estado de cuidar de sua segurança interior, quando disso resulta uma violação, tolerada ou levada adiante pelo próprio governo, dos direitos fundamentais das pessoas que se encontrem em seu território. Tais abusos não devem ser escondidos sob o princípio da autodeterminação ou da “não-intervenção nos assuntos internos”, uma vez que o valor “segurança” que se tenta definir neste ponto, embora apreciável em diferentes graus, deve estar dirigido em primeiro lugar ao amparo da população civil, quer dizer, dos próprios seres humanos. Este desejo parte da triste realidade do último século, quando o número de vítimas eliminadas por seus próprios governos foi amplamente superior ao número de vítimas de guerras internacionais, atingindo a cifra de 150 milhões de pessoas.¹⁵⁹ Na maioria dos casos, tais extermínios se produziram sob a autojustificativa de proteger a segurança interna dos Estados.

¹⁵⁷ Para corroborar tal afirmação, basta observar que a intervenção dos Estados Unidos no Iraque, em março de 2003. Para invadir esse país e depor o regime ditatorial do Saddam Hussein, partiu de uma formulação unilateral e singular da teoria da intervenção, para tentar justificar sua atuação fora do sistema de segurança coletiva das Nações Unidas, através do conceito de “legítima defesa preventiva”.

¹⁵⁸ SEITENFUS, R. *Manual das organizações internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 115.

¹⁵⁹ SEITENFUS, Ricardo. *Relações internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 74.

Se admitido como regra que cada Estado possui uma jurisdição “quase” absoluta dentro de seu território, resta mais fácil identificar as exceções. Assim, todo assunto não compreendido nas hipóteses que possam provocar uma atuação dos meios de solução pacífica de conflitos, seja para restabelecer a paz, seja para proteger os direitos fundamentais, recai na órbita interna de cada Estado. O cuidado da segurança interior, pode-se afirmar, é um assunto *in principio* “naturalmente de competência interna”. Seu fundamento está na finalidade última, já que se trata da autopreservação do próprio Estado.¹⁶⁰

Porém, na eleição dos meios necessários para sua segurança interna, devem ser respeitados os compromissos assumidos e a ordem jurídica internacional em sua totalidade. Assim, quando, em função dessa segurança comum, o controle se exerce sobre a entrada e saída de pessoas do território, são tomadas medidas sobre o próprio titular de direitos fundamentais, os Estados não podem alegar desconhecimento de tal circunstância.

¹⁶⁰ JIMENEZ DE ARECHAGA, *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Fundación de Cultura Universitaria, 1995, tomo 2, p. 136.

11 A liberdade de circular do indivíduo e os direitos humanos

É importante a procura de um direito a ingressar em território estrangeiro entre o elenco de direitos consagrados nos instrumentos de direitos humanos, uma vez que a internacionalização destes procurou brindar proteção ao indivíduo independentemente de sua nacionalidade.

Em 1948 foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada por Resolução nº 217 da 3ª Assembléia Geral da ONU. No tocante à liberdade de circulação, dispõe este instrumento:

Art. 13: 1. Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado. 2. Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país.

Princípios similares podem ser encontrados nos instrumentos normativos que se concluíram posteriormente, esta vez revestindo a obrigatoriedade própria dos tratados internacionais – de que carece a Declaração –, tanto em nível global quanto regional. Neles, os Estados, ao tempo que declaram uma liberdade de circulação e residência, deixam estabelecido que ela deva ser exercida *de forma legal*. É o que dispõem o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, no âmbito global, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), de caráter regional. Segundo o primeiro instrumento: “Artigo 12. 1. Toda a pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado terá direito de nele circular e aí residir livremente”. A Convenção Americana estabelece: “Artigo 22. Direito de Circulação e de Residência. 1. Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado tem o direito de nele livremente circular e de nele residir, em conformidade com as disposições legais.”

A frase que proclama “toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado” significa que o indivíduo deve haver ingressado cumprindo as regulamentações internas pertinentes. Por isso, estas normas resultam muito aquém de consagrar um direito geral a atravessar fronteiras internacionais, ou a ser admitido em qualquer país, já que, internacionalmente, os Estados de nenhum modo têm renunciado à última palavra na hora de decidir quem pode ingressar em seu território. O exercício de um consagrado “direito humano” – sem atenção à nacionalidade do indivíduo –, com base nestes instrumentos, limita-se ao que dispõem os Estados internamente, apesar do entendimento de que os direitos

humanos existem *per se* não dependendo da positivação. Sendo um assunto de natureza interna o controle do tráfico fronteiriço, resulta difícil, em princípio, submetê-lo à análise de sua conformidade com o direito internacional, podendo ser de qualquer modo discricionário. Esta discricionariedade reduz-se ao ditado e à aplicação da política migratória de cada Estado.

Da leitura dos instrumentos, os únicos direitos que não podem estar submetidos a restrições arbitrárias de parte dos Estados são dois. Em primeiro lugar, o direito que tem todo “nacional” de ingressar no território do seu próprio Estado. Assim, o Pacto de Direitos Civis e Políticos estabelece: “Artigo 12. 4. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado do direito a entrar em seu próprio país”. Em segundo lugar, o direito consagrado no Artigo 12. 2 do mesmo corpo normativo: “Toda pessoa terá direito a sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio”. É precisamente nestes dois incisos que se vislumbra boa parte da problemática apontada ao longo destas linhas. Com efeito, o direito de abandonar um Estado – quer seja o da própria nacionalidade, quer seja outro – constitui uma mera expectativa, nunca um “direito completo”. Em um mundo territorialmente dividido em Estados com fronteiras vigiadas, o exercício deste direito de abandonar um país, depende da capacidade do indivíduo de encontrar um Estado disposto a admiti-lo.

Considerações finais

O desenvolvimento do universalismo no amparo dos Direitos Humanos da segunda metade do século XX proclamou uma igualdade entre os homens no gozo de direitos fundamentais, entre os quais se encontra o direito a gozar de uma nacionalidade. Esta circunstância torna evidente a importância de tal investidura, que em muitos casos se considerará uma forma de obter a proteção de outros direitos. No aspecto tratado, a igualdade entre os homens consagrada nos cabeçalhos dos instrumentos internacionais de Direitos Humanos não possui tal alcance, nem do ponto de vista formal, evidenciando um verdadeiro afinamento da pessoa no solo de sua nacionalidade, único território do qual não pode ser expulsa nem rechaçada. O direito internacional dos refugiados – cujo tratamento excederia os objetivos destas breves reflexões – não conseguiu vencer essa discricionariedade estatal, pelos mesmos fundamentos aqui expostos.

De qualquer modo, deve-se ter sempre presente que este exercício de soberania no cuidado da segurança interior, restringindo a entrada de estrangeiros em um território, não deve dar lugar a atentados contra a integridade da pessoa. Isto quer dizer que o exercício de uma potestade legítima em sua finalidade não pode servir de desculpa para a utilização de meios em detrimento do respeito pelo ser humano, qualquer que seja sua procedência. Dos ataques cotidianos aos *espaldas mojadas* (imigrantes ilegais mexicanos que cruzam o Rio Bravo, na fronteira entre o EUA e México), cuja captura constitui uma verdadeira caçada humana, até os fichamentos de natureza policial nos aeroportos internacionais, são atos que atentam contra a dignidade da pessoa. É indispensável buscar mecanismos não excludentes, da segurança interna de um Estado nem do respeito aos direitos fundamentais, embora isso seja cada vez mais difícil no complexo cenário internacional a partir dos últimos atentados terroristas.

Na ordem global, contudo, longe se está de que os Estados comecem a considerar as pessoas como “cidadãos do mundo” com efeitos concretos, práticos e visíveis. Por enquanto, o passaporte continua sendo o limite jurídico da mobilidade humana.

Referências

ALBUQUERQUE MELLO, C. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. v. 2.

ARECHAGA, Jimenez de. *Derecho internacional público*. Buenos Aires: Fundación de Cultura Universitaria, 1995, tomo 2.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BUSTAMANTE, J. A. *Migración internacional y derechos humanos*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001. (Serie Doctrina Jurídica, n. 94)

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

IANNI, Otavio. *A sociedade global*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994.

INTERNATIONAL MIGRATION ORGANIZATION. *International Migration Law*. Glossary on Migration. Genebra: IOM, 2004.

KANT, Immanuel. *La paz perpetua*. Traducción de F. Rivera Pastor. In: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Disponible en: <www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01383853100359830755024/index.htm>.

Consultado el: 13 mayo 2004.

NOUR, S. *A paz perpétua de Kant*. Filosofia do direito internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

———. *Relações internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2004.

VICTORIA, F. *De indis et de ivre belli relectiones*. Relectiones Theologicae XII (1539). Organizado por Ernest Nys. Trad. al inglés por John Pawley Bate. New York: Oceana. 1964. Disponible en: <www.constitution.org/victoria/victoria_.htm>.

Isabel Dias Almeida*

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Resumo: A ordem constitucional vigente, no âmbito do Estado Democrático de Direito, reconhece que os direitos fundamentais não se restringem à dimensão puramente subjetiva, apresentando, também, natureza objetiva, porquanto encerram os valores mais importantes de uma comunidade jurídica. Esta concepção reforça a imperatividade dos direitos individuais e alarga sua influência normativa no sistema jurídico e na vida da sociedade.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Dimensão objetiva. Valores. Eficácia normativa.

Abstract: The current constitutional order, in the extent of the Democratic State of Right, recognizes that the fundamental rights are not restricted to a purely subjective dimension, but it also presents an objective nature, since they enclose the most important values of a juridical community. This conception strengthens the authority of the individual rights and enlarge its normative influence on the juridical system and on the society environment.

Key words: Fundamental rights. Objective dimension. Values. Normative efficiency.

Introdução

A ordem constitucional dos direitos fundamentais é, desde logo, uma ordem pluralista e aberta e, por isso, não hierárquica. A definição constitucional do estatuto jurídico dos indivíduos através do reconhecimento ou concessão de direitos fundamentais tem como fim proteger a dignidade essencial da pessoa humana, mas realiza-se mediante a previsão e proteção de aspectos específicos ou de zonas determinadas da existência e da atividade humana. Ora, estes aspectos e esferas da vida dos homens refe-

* Mestre em Direito pela Unisinos. Professora na FSG.

rem-se tanto à sua dimensão individual (solitária) como à sua dimensão social (solidária) e multiplicam-se na complexidade intensa da rede de relações interindividuais, sobretudo nas sociedades fortemente diferenciadas dos nossos dias. A diferença entre a matéria de direitos fundamentais e os “direitos fundamentais” como categoria jurídica de direitos subjetivos radica no fato de alguns dos respectivos preceitos constitucionais não conferirem quaisquer posições jurídicas subjetivas, estabelecendo somente regras e princípios destinados a garantir os direitos individuais ou a definir o seu regime jurídico. Ademais, reconhece-se a todo um conjunto normativo, incluindo as próprias normas que prevêm as posições jurídicas subjetivas, funções ou efeitos que não se restringem a essa dimensão subjetiva da relação indivíduo-Estado.¹⁶¹

Na realidade, ultrapassadas as perspectivas puramente individualistas associadas a concepções atomísticas da sociedade, é hoje entendimento comum que os direitos fundamentais são os pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para comunidade: o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre; a comunidade só é livre se for composta por homens livres e dignos.¹⁶²

12 A dupla dimensão dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais no constitucionalismo liberal eram visualizados exclusivamente a partir de uma perspectiva subjetiva, pois cuidava-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica. Sem desprezar esse papel dos direitos fundamentais, que não perdeu a sua essencialidade no constitucionalismo contemporâneo, a doutrina vai agora desvelar uma outra faceta de tais direitos, que virá para agregar-lhe novos efeitos e virtualidades: trata-se da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Esta liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram

¹⁶¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 109.

¹⁶² HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 134.

também os valores mais importantes em uma comunidade política. Com efeito, à medida que os direitos fundamentais expressam os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem resumir-se à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos envolvem devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte para a sua atuação.¹⁶³

¹⁶³ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais – fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 254.

Tal fenômeno foi bem apreendido por Perez Luño, que assentou que, com a passagem do modelo do Estado liberal para o do Estado social, “los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos”.¹⁶⁴ Assim, a generalidade dos autores alude à existência de uma “dupla dimensão” ou “dupla natureza” dos direitos fundamentais (em qualquer caso, subjetiva e objetiva, individual e comunitária) dos direitos fundamentais, porque esses constituem, simultaneamente, fonte de direitos subjetivos que podem ser reclamados em juízo e as bases fundamentais da ordem jurídica, que se expandem para todo o ordenamento jurídico. Gomes Canotilho refere uma fundamentação objetiva de uma norma consagrada de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária. É essa fundamentação objetiva que se pretende salientar quando se assinala à liberdade de expressão uma função objetiva, um valor geral, uma dimensão objetiva para a vida comunitária (liberdade institucional).¹⁶⁵

Afirmar que os direitos fundamentais não constituem hoje apenas direitos subjetivos, mas também direito objetivo, não basta, podendo até mesmo gerar imprecisão e dúvida, porquanto poderia dar a entender que o direito objetivo viria depois, quando a prioridade, no plano da existência, é, pela natureza das coisas, a inversa. Os direitos fundamentais, insiste-se, não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem. Antes disso, valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe perseguir, em grande medida através da ação estatal. Por um lado, no âmbito de cada um dos direitos fundamentais, em volta deles ou nas relações entre eles, os preceitos constitucionais determinam espaços normativos, preenchidos por valores ou interesses humanos afirmados como bases objetivas de ordenação da vida social. O relevo deste lado objetivo na teoria dos direitos fundamentais respeita, quer a cada um dos preceitos ou grupos de preceitos que consagram os direitos específicos, quer ao conjunto de todos eles. Em ambas as perspectivas, que, aliás, se completam e

¹⁶⁴ PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 21.

¹⁶⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 535.

integram, os direitos fundamentais revelam a existência de normas (decisões) constitucionais fundamentais que ultrapassam o quadro exclusivo da relação jurídica indivíduo-Estado. Por outro lado, a dimensão objetiva também é pensada como uma estrutura produtora de efeitos jurídicos, enquanto complemento e suplemento da dimensão subjetiva, na medida em que se retiram dos preceitos constitucionais efeitos que não se reconduzem totalmente às posições jurídicas subjetivas que reconhecem, ou se estabelecem deveres e obrigações, normalmente para o Estado, sem a correspondente atribuição de “direitos” aos indivíduos. A dimensão objetiva reforçaria, assim, a imperatividade dos direitos individuais e alargaria a sua influência normativa no ordenamento jurídico e na vida da sociedade.¹⁶⁶

13 A natureza objetiva dos direitos fundamentais

A doutrina constitucional refere a dimensão objetiva em contextos e com alcances variados: a propósito das garantias institucionais, da eficácia externa ou horizontal dos direitos, do seu efeito de irradiação para toda a ordem jurídica, dos deveres de proteção do Estado contra terceiros, das normas de direito organizatório e de direito procedimental necessárias ou convenientes para uma efetiva aplicação dos preceitos relativos aos direitos fundamentais. Levando a idéia ao limite, poder-se-ia até sustentar que a dimensão objetiva engloba a própria dimensão subjetiva, pois que também as faculdades que constituem as posições jurídicas subjetivas resultam, a final, das normas. Porém, partindo de uma concepção de direito subjetivo que não o reduz a um reflexo do direito objetivo, pensamos haver fortes razões para que, principalmente em matéria de direitos fundamentais, autonomizem-se todos os efeitos característicos da dimensão subjetiva, remetendo em consequência para uma dimensão objetiva em sentido estrito apenas aqueles efeitos que complementem ou transcendam o âmbito específico da categoria “direito subjetivo”. Vamos, assim, considerar o direito subjetivo como dimensão principal, que abrange todas as faculdades suscetíveis de referência individual, reduzindo a dimensão objetiva a uma “pura dimensão objetiva”, na qual só tem lugar os conteúdos normativos (as garantias ou os deveres) a que não possam corresponder direitos individuais.¹⁶⁷

¹⁶⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Op. cit., p. 111.

¹⁶⁷ Id., *ibid.*, p. 113.

Ingo W. Sarlet aponta dois aspectos de suma relevância para a compreensão da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. O primeiro parte do pressuposto de que tanto as normas de direitos fundamentais que consagram direitos individuais quanto as que impõem apenas obrigações de cunho objetivo aos poderes públicos podem ter a natureza ou de princípios ou de regras, considerando-se a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios. Inexiste paralelismo necessário entre, de um lado, as regras e a perspectiva subjetiva e, de outro, entre princípios e perspectiva objetiva, de tal sorte que se pode falar de regras e princípios consagradores de direitos subjetivos fundamentais, bem como de regras e princípios meramente objetivos. O segundo aspecto diz com a importante distinção entre a significação da dimensão objetiva no seu aspecto axiológico ou como expressão de uma ordem de valores fundamentais objetivos e a sua mais-valia jurídica, isto é, no reconhecimento de efeitos jurídicos autônomos, para além da perspectiva subjetiva, conferindo proteção reforçada aos direitos fundamentais, por meio de esquemas que transcendem a estrutura relacional típica dos direitos subjetivos. Isso implica dizer que, além de uma função objetiva reflexa de todo o direito fundamental subjetivo, há efeitos jurídicos adicionais e autônomos inerentes à faceta objetiva, incluída aqui a existência de posições jurídicas fundamentais com normatividade restrita à dimensão objetiva.¹⁶⁸

Decorrencia diretamente associada à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais (enquanto expressão de determinados valores objetivos fundamentais da comunidade), é a constatação de que os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar. É nesse sentido que se legitima a afirmação de que a função objetiva dos direitos fundamentais presta-se muitas vezes a justificar certas restrições que lhe são impostas, em prol do interesse comunitário prevalente. Ou seja: os direitos fundamentais devem ser exercidos no âmbito da vida societária e a liberdade a que eles aspiram não é anárquica, mas social. Assim, necessidades coletivas são relevantes para a conformação do âmbito de validade dos direitos fundamentais e podem justificar limi-

¹⁶⁸ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 141-143.

tações ao seu conteúdo e alcance, ainda que deva sempre restar preservado seu núcleo essencial. No mesmo diapasão, afirma-se que a dimensão objetiva lança os direitos fundamentais para o âmbito privado, permitindo que estes transcendam o domínio das relações entre cidadão e Estado, às quais estavam confinadas pela teoria liberal clássica. Reconhece-se, então, que tais direitos limitam a autonomia dos atores privados e protegem a pessoa humana da opressão exercida pelos poderes sociais não estatais, difusamente presentes na sociedade contemporânea. Assim, o legislador privado deverá assumir o encargo de promover os direitos fundamentais, e toda a legislação ordinária terá de ser revisitada sob uma nova ótica, ditada pela axiologia constitucional. A idéia, enfim, é de que a realização efetiva da dignidade da pessoa humana, no quadro de uma sociedade complexa, onde o poder não repousa apenas nas mãos do Estado, mas antes se dilui por múltiplas instâncias sociais, depende da existência de políticas públicas e de instituições adequadas, sem as quais as promessas emancipatórias dos direitos fundamentais não passarão de mera retórica.¹⁶⁹

Por outro lado, afirma-se que os direitos fundamentais contêm uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais – eficácia dirigente em relação aos órgãos estatais, consistente em uma determinação genérica de efetivação inerente a todos os direitos fundamentais. Tal não se confunde nem afasta a existência de normas específicas de cunho impositivo, que imponham ao legislador a concretização de alguma tarefa ou programa mais ou menos genérico.

A dimensão objetiva, por outro turno, permite a atribuição de efeitos jurídicos concretos mesmo àquelas normas consagradoras de direitos fundamentais que, pela sua natureza, carecem de integração legislativa para criação de direitos subjetivos fruíveis pelos seus titulares. Tais normas, no mínimo, produzirão efeitos hermenêuticos, condicionando a interpretação e integração do ordenamento, vincularão o legislador futuro e servirão de parâmetro para a não-recepção de preceitos legais anteriores, assim como para a decretação de inconstitucionalidade de normas supervenientes que com elas conflitem. Ainda que se trata de uma obviedade, importa, pois, repisar e salientar que, assim como toda norma constitucional, inclusive as que outorgam direitos subjetivos, necessariamente pode servir de parâmetro para a aferição de validade do restante do orde-

¹⁶⁹

SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 255.

namento jurídico, os direitos fundamentais, enquanto normas que encerram determinados valores e decisões essenciais que asseguram sua fundamentalidade, na sua dimensão objetiva, também servem como referencial para o controle de constitucionalidade de leis e demais atos normativos do Estado.¹⁷⁰

De tudo o que foi exposto, é possível verificar que as discussões sobre a função objetiva dos direitos fundamentais podem se desdobrar em dois níveis distintos de questionamentos que, conquanto relacionados, não se confundem. Em um plano mais abstrato, de filosofia constitucional, o debate vai se abrir para a validade da compreensão da Constituição como ordem de valores; e, em um nível mais concreto e pragmático, as discussões vão ser travadas em torno dos efeitos adicionais para a tutela dos direitos fundamentais.

Gisele Cittadino, referindo-se à Constituição Federal pátria, assevera que, se analisarmos o sistema de direitos fundamentais à luz desta dimensão axiológica dos princípios fundamentais, evidencia-se a intenção dos nossos constituintes. Com efeito, o ordenamento constitucional assegura aos indivíduos uma esfera de liberdade frente às intervenções do poder público, da mesma forma como garante que a personalidade humana, na busca por sua dignidade, se desenvolva livremente dentro da comunidade social. Ao não se definir como um ordenamento jurídico valorativamente neutro, a Constituição permite que, frente a um conflito entre direitos fundamentais, juízes e tribunais possam recorrer aos “valores supremos” que se expressam nos princípios fundamentais para dar solução ao caso. Não é por outra razão que, no transcurso da fundamentação das decisões, juízes e tribunais, na tarefa de interpretação do texto constitucional, se refiram a um hierarquia valorativa, em função da qual faz-se necessário uma ponderação.¹⁷¹

Entretanto, na realidade, a concepção da Constituição como ordem de valores é objeto de severas objeções doutrinárias. De fato, a vagueza e indeterminação intrínsecas aos valores tendem a exacerbar o grau de insegurança na jurisdição constitucional, gerando um déficit de racionalidade e abrindo margem para um autoritarismo judicial paternalista, dificilmente harmonizável com o princípio democrático. Nesta linha, Habermas, em crítica à teoria da ordem de valores adotada pela Corte Constitucional alemã, afirma que “o deixar-se conduzir pela idéia da realiza-

¹⁷⁰ Id., *ibid.*, p. 144.

¹⁷¹ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 46-47.

ção de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária”. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito.

Na medida em que um tribunal constitucional adota a teoria da ordem de valores e a toma como base de sua prática decisória, cresce o perigo de juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos.¹⁷²

¹⁷² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 321-322.

No Brasil, o predomínio do positivismo não contribuiu para que o debate em torno da relação entre a Constituição e os valores morais pudesse aflorar de forma mais significativa na doutrina e na jurisprudência. Mas se, por um lado, compreender a Constituição como uma ordem de valores parece temerário, por outro, não há dúvidas de que a Constituição, como norma superior de uma comunidade política, consagra e juridiciza os valores mais relevantes dessa comunidade. Ademais, a nossa Constituição representa um marco na superação de formas estatais autoritárias, qualificada pela preocupação com a promoção de valores humanitários de dignidade humana, liberdade, democracia, igualdade e justiça. Não há como negar, pois, diante do teor da Constituição vigente, a importância da dimensão axiológica dos direitos fundamentais. Sendo os princípios constitucionais a sede normativa dos valores morais, a adoção de uma perspectiva principalista da Constituição conduz, necessariamente, a uma abertura da argumentação constitucional para a dimensão moral. Não se trata, no entanto, de uma moral transcendente, acessível por meio de uma razão abstrata, mas de exigências revestidas de historicidade, que evoluem no tempo acompanhando a sociedade multipluralista. Normativamente, essa abertura dos valores jurídicos ao tempo e à sociedade é possibilitada pela plasticidade dos princípios constitucionais que os acolhem. A adoção da perspectiva principalista da Constituição não exclui, mas antes impõe, o desenvolvimento de praxis interpretativas e argumentações constitucionais racionais, transparentes, que gerem estabilidade e que não quebrem a idéia do direito como produto da vontade racional do povo, e não fruto do decisionismo de magistrados, convertidos à posição de oráculos sagrados. Se, por um lado, as Constituições albergam valores que são relevantes na interpretação constitucional, abrindo-as para conteúdos morais, por outro lado, é necessário que a aplicação da Lei Maior se lastreie em metodologia preocupada com o estreitamento das margens de subjetivismo, incerteza e insegurança das decisões. E se o modelo lógico subsuntivo se revela imprestável diante das características do Direito Constitucional, urge, em prol da transparência e da controlabilidade das decisões do intérprete, recuperar e promover a idéia da racionalidade prática na hermenêutica e na jurisdição constitucional, a fim de legitimá-las democraticamente.¹⁷³

¹⁷³ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 277-278.

Como dissemos anteriormente, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais vai além de sua acepção valorativa, caracterizando-se, também, como um reforço, no sentido de complementação da eficácia normativa dos direitos fundamentais. Nesta seara, cuida-se de apontar os efeitos potencialmente autônomos dos direitos fundamentais, sem vinculação necessária com os direitos subjetivos. Como primeiro desdobramento desta dimensão objetiva, temos o reconhecimento da chamada eficácia irradiante dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para uma necessidade de interpretação conforme aos direitos fundamentais, à semelhança do que preconiza a difundida técnica hermenêutica de interpretação conforme à Constituição.¹⁷⁴

A interpretação conforme, como princípio hermenêutico, impõe ao operador do direito que, diante de multisignificados de determinada norma legal, opte pela exegese que torne esta compatível com a Constituição, ainda que não se trate da interpretação mais evidente do texto normativo. Assim, a interpretação conforme a Constituição configura um meio valioso para permitir a penetração da axiologia constitucional na legislação ordinária. Conseqüentemente, toda e qualquer norma do ordenamento jurídico tem uma correlação lógica na proibição, certamente implícita, de qualquer construção interpretativa ou dogmática que leve a um resultado direta ou indiretamente contraditório com os valores constitucionais.

Por outro lado, além de servir ao controle concreto ou abstrato de constitucionalidade, a eficácia irradiante permite que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetrem por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais, ensejando, nesse contexto, uma certa “humanização” da ordem jurídica e conduzindo a uma nova leitura de todo o direito positivo. Mais concretamente, fala-se de um efeito “externo dos direitos fundamentais, de que resultaria uma força vinculativa generalizada dos preceitos respectivos”.¹⁷⁵ Considerando que os di-

¹⁷⁴ SARLET, Ingo W. Op. cit., p. 145.

¹⁷⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Op. cit., p. 141.

reitos fundamentais, na sua dimensão subjetiva (interna), referem-se exclusivamente às relações entre os particulares e o Estado, conclui-se que será na sua dimensão objetiva (externa), enquanto normas constitucionais e valores comunitários, que se justifica e exprime a respectiva eficácia fora do âmbito dessas relações, em especial nas relações dos particulares entre si. Na realidade, a eficácia externa dos direitos fundamentais foi inicialmente pensada como eficácia horizontal, para fundamentar uma obrigação geral de respeito nas relações entre indivíduos, supostamente iguais, contraposta à típica eficácia vertical, nas relações do indivíduo perante o poder estatal. Por outro lado, tendo em conta que os sujeitos da relação jusfundamental seriam o indivíduo e o Estado, a eficácia externa das normas relativas aos direitos fundamentais surgia, então, concebida como eficácia perante terceiros. A eficácia irradiante dos direitos fundamentais manifesta-se, sobretudo, em relação à interpretação e aplicação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, presentes na legislação infraconstitucional. Conceitos como boa-fé, ordem pública, abuso de direito, bons costumes, dentre tantos outros, abrem-se, pela sua plasticidade, a uma verdadeira reconstrução, edificada à luz dos direitos fundamentais. O problema que se levantou neste domínio foi o de saber se os preceitos constitucionais teriam uma aplicação “direta” ou uma aplicação “mediata” no direito privado, isto é, se os indivíduos poderiam invocar os seus direitos subjetivos fundamentais também perante outros particulares, em termos semelhantes àqueles que os opunham ao Estado, ou se a influência se daria através dos preceitos e cláusulas gerais próprias do direito privado. Parece-nos que o reconhecimento da função hermenêutica dos direitos fundamentais na interpretação de cláusulas gerais não exclui, de modo algum, a possibilidade de incidência direta dessas normas sobre relações jurídicas concretas, de caráter público ou privado, independentemente da mediação concretizadora do legislador. O tema em questão é de grande importância no estudo da eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas. Tendo em vista o perfil axiológico da nossa Constituição, que é uma Constituição social, parece-nos importante reconhecer a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, especialmente quando se tratar de entidades que exerçam posições de poder e autoridade na sociedade (por exemplo, o empregador ou o fornecedor na relação de consumo). Ademais, no quadro de uma so-

cidade injusta e desigualitária como a brasileira, faz-se mister reforçar todos os instrumentos que levem à proteção dos direitos fundamentais sociais e, nessa linha, a teoria da eficácia direta revela-se preferível à da eficácia mediata dos direitos fundamentais.¹⁷⁶

¹⁷⁶

SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 292.

Mais recentemente, ao invés da irradiação objetiva direta ou mediata, ganhou relevo o debate acerca da vinculação aos preceitos constitucionais que consagram os direitos fundamentais de todos os poderes públicos, designadamente do legislador e dos juízes, na generalidade de suas áreas de atuação. Nesta perspectiva, discute-se a existência de deveres de proteção dos direitos fundamentais por parte do Estado, especialmente contra terceiros. A vinculação dos poderes estaduais aos direitos fundamentais não se limitaria ao cumprimento do dever principal respectivo (de abstenção, ou ainda de prestação ou de garantia da participação, conforme o tipo de direito do particular), antes implicaria o dever de promoção e de proteção dos direitos perante quaisquer ameaças, a fim de assegurar a sua efetividade. Não estaria em causa apenas a conformidade com os direitos fundamentais da atividade administrativa, mas de toda a atividade do Estado (legislativa, administrativa e judicial) e não apenas das ações, mas também das omissões.¹⁷⁷ O Estado seria, no fundo, o primeiro ou o último responsável por todas as “ofensas” aos direitos fundamentais, pois que, enquanto titular do monopólio do poder nas sociedades organizadas, lhe caberia, ou justificar essas ofensas, ou preveni-las e reprimi-las, caso injustificadas. O Estado seria responsável, em suma, pela definição exaustiva das atividades lícitas e ilícitas, devendo fazer todas as normas necessárias (penais, administrativas, civis, trabalhistas etc.), organizar e realizar toda a atividade administrativa tendente a assegurar, em todos os níveis e circunstâncias, a efetividade dos direitos fundamentais dos cidadãos. Claro que esta concepção do dever de proteção não pode ser radicalizada, devendo ter em conta a liberdade constitutiva do legislador, que não pode ser eliminada, bem como os limites de fato e de direito que, em especial numa sociedade democrática, o legislador tem de respeitar. Uma das limitações substanciais à proteção estadual de direitos fundamentais é justamente imposta pelos direitos dos outros, em particular pelos seus direitos e liberdades fundamentais: assim, quando a proteção dos direitos de uma pessoa possa pôr em causa a esfera jurídica de terceiros, exige-se que essa proteção seja medida por uma ponderação dos bens ou valores

¹⁷⁷ O reconhecimento dos deveres de proteção constitui premissa implícita em toda a discussão concernente à responsabilidade civil do Estado por atos omissivos. De fato, do ponto de vista lógico, somente é possível responsabilizar por omissão quem está previamente adstrito a um dever de ação.

envolvidos, com respeito ao princípio da proporcionalidade,¹⁷⁸ ponto que será melhor analisado na segunda parte deste trabalho.

¹⁷⁸

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Op. cit., p. 145.

Por estar intimamente vinculada à noção de que existem normas definidoras de direitos fundamentais que, não obstante exerçam finalidade protetiva de determinados bens jurídicos fundamentais reconduzíveis, direta ou indiretamente, ao valor da dignidade da pessoa humana, mas que não são suscetíveis de uma subjetivização, assume relevo, no contexto da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a figura jurídica das garantias institucionais. Por vezes, a Constituição estabelece regras ou impõe deveres, designadamente às entidades públicas, com a função principal e a intenção de garantir, realizar e promover os direitos fundamentais, mas não investe os indivíduos em situações de poder ou de disponibilidade com relação a esse objeto específico. Estes “deveres sem direitos” constituem uma zona de proteção das posições subjetivas no âmbito da qual os efeitos jurídicos se reportam diretamente às normas, em termos que não são, em regra, sujeitas à referenciação individual, ou seja, não são subjetiváveis. Constituem, por isso, figuras que apresentam um caráter simultaneamente objetivo e instrumental. As garantias institucionais, como conjunto jurídico-normativo, regulam um determinado setor da atividade econômica, social ou administrativa, em torno de um direito fundamental e em vista de sua realização.¹⁷⁹ Importa salientar que excluímos deste estudo as garantias institucionais não-fundamentais,¹⁸⁰ bem como os assim chamados direitos-garantia, porquanto direitos subjetivos típicos. As garantias institucionais aqui referidas dizem respeito ora a instituições de direito público ora a institutos de direito privado, que, por seu relevo, devem ter seu núcleo essencial protegido contra a ação erosiva do legislador, o que demonstra ser a sua função primordial preservar a permanência da instituição naquilo que compõe sua identidade. No direito brasileiro, as garantias institucionais podem ser definidas, de forma ampla, como a “proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais pro-

¹⁷⁹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Op. cit., p. 139.

¹⁸⁰ Geralmente, as garantias institucionais enquadradas fora do catálogo, por seu conteúdo e importância, não podem ser equiparadas aos direitos e garantias fundamentais do catálogo. Entretanto, em virtude da abertura material propiciada pelo art. 5º, § 2º, da nossa Constituição Federal, há exceções, podendo ser consideradas garantias institucionais fundamentais a garantia de um sistema de seguridade social, da família, da autonomia das universidades. São exemplos de garantias institucionais não jusfundamentais as relativas ao sistema partidário, à administração local autônoma e à instituição prisional.

vidos de um componente institucional que os caracteriza”.¹⁸¹ Como exemplo de garantias institucionais típicas no catálogo da nossa Constituição podem ser citadas a garantia da propriedade, do direito de herança, da instituição do Tribunal do Júri etc. Na configuração que lhes foi outorgada em nossa Constituição, as garantias institucionais podem ser consideradas espécies do gênero garantias fundamentais, que, na sua maioria, assumem o papel de direitos-garantia, enquadrando-se no contexto dos direitos de defesa (função preponderantemente defensiva, no sentido de bloquear ingerências dos poderes públicos). Além disso, as garantias institucionais fundamentais possuem o mesmo regime jurídico dos direitos fundamentais propriamente ditos, gozando, assim, de igual *status* jurídico. Na verdade, a importância das garantias institucionais típicas está em que, independentemente de outorgarem, ou não, direito subjetivo ao indivíduo, sua inclusão no rol das “cláusulas pétreas” permite o resguardo de sua identidade e a permanência na Constituição, tendo em vista possíveis excessos na atuação do legislador infraconstitucional.¹⁸²

Outro desdobramento ligado à dimensão objetiva dos direitos fundamentais e que merece destaque é a relativa à organização e ao procedimento das atividades públicas. Embora durante muito tempo desvalorizadas pela sua instrumentalidade perante os direitos “substantivos”, as regras organizatórias e procedimentais mantêm uma relação importante com a generalidade dos direitos fundamentais. Desde logo, verifica-se a existência de direitos fundamentais a um procedimento, como, por exemplo, o direito de acesso aos tribunais, verdadeiro direito fundamental procedimental, cujo conteúdo principal é justamente a existência de um determinado procedimento, o qual, para além de integrar, no essencial, a dimensão subjetiva do direito, vai colocar naturalmente exigências normativas de segundo grau que estabeleçam os termos específicos desse procedimento. Mas, para além desta categoria de direitos, há de se considerar muitas outras situações em que a organização e o procedimento relevam, em termos quase que exclusivamente objetivos, o ponto de vista dos direitos fundamentais. Na realidade, são numerosos os direitos fundamentais consagrados na Constituição cuja concretização e

¹⁸¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1977, p. 492.

¹⁸² SARLET, Ingo W. Op. cit., p. 182-183.

cujo exercício pelos respectivos titulares depende de um procedimento e pressupõe uma organização, umas vezes pela natureza do direito, outras por opção constitucional ou legislativa, umas vezes por necessidade de fato, ou por imposição jurídica. Em primeiro lugar, deve-se considerar as hipóteses de direitos fundamentais *dependentes de um procedimento*, em que o exercício individual do direito só é possível, de fato, através de uma organização e segundo um procedimento – assim acontece, por exemplo, com o direito de sufrágio, que implica um procedimento eleitoral mais ou menos complexo e supõe uma organização administrativa adequada. Em segundo lugar, há casos em que o exercício do direito, embora não seja, a rigor, impossível sem procedimento, a Constituição ou a lei entendem de exigi-lo. Trata-se dos chamados *direitos sujeitos a um procedimento*, como o são o direito de objeção de consciência, o direito à greve, à liberdade de manifestação etc.¹⁸³ Outrossim, fala-se em *direitos fundamentais de cunho procedimental*, para designar aqueles direitos ou faculdades cujo exercício ou cumprimento impliquem a participação de outrem, em especial quando sejam direito a prestações, cabendo aqui as liberdades institucionais, como a liberdade científica e a de comunicação social, e a generalidade dos direitos sociais, como os direitos saúde, à segurança social, à educação e cultura. Por fim, há direitos fundamentais que podem ser *afetados por um procedimento*, designadamente por um procedimento administrativo ou judicial – como o direito de propriedade em um processo expropriatório, o direito à liberdade no contexto de um processo penal. Em todas essas situações, as normas relativas aos direitos fundamentais impõem que a organização e o procedimento suscetíveis de afetarem os direitos sejam conformadas no sentido de assegurar o exercício ou a efetividade destes, ou, pelo menos, em termos que ponderem os valores jusfundamentais em questão.¹⁸⁴

O caráter vinculativo da imposição pode variar conforme os direitos e em função de se tratar de normações necessárias, adequadas ou convenientes para a sua realização. Mas, em face do caráter tipicamente indeterminado (ou até implícito) do imperativo da conformação, somente quanto ao *conteúdo essencial ou mínimo* se poderá excluir a liberdade constitutiva do legislador, permitindo aos tribunais um controle intrínseco

¹⁸³ A hipótese é muito próxima da anterior – direitos fundamentais dependentes de um procedimento – e poderia nela estar incluída.

¹⁸⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Op. cit., p. 145-148.

das opções legislativas. Por isso, embora o legislador esteja vinculado positivamente pela Lei Maior e pelos direitos fundamentais, não é correto encará-lo como mero executor da Constituição, já que, como instância de representação da vontade social, possui ele um espaço conformativo absolutamente necessário no contexto de uma sociedade democrática.¹⁸⁵

¹⁸⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 149.

As imposições decorrentes dos direitos fundamentais valem especialmente no que respeita aos procedimentos públicos – sobretudo administrativos e judiciais -, mas também nas relações privadas, incumbindo então ao legislador fazer as normas indispensáveis à efetivação dos direitos, seja quando haja relações de poder (como nos procedimentos disciplinares), seja onde se torna necessária a cooperação (direito de associação). Como se percebe, esta dimensão organizativa e procedimental está, em parte, ligada às garantias institucionais e, no que respeita a terceiros, ao dever de proteção, constituindo, no seu conjunto, projeções normativas objetivas dos preceitos relativos aos direitos fundamentais.

Considerações finais

Na verdade, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais constitui corolário necessário de uma visão não-individualista dos direitos fundamentais, centrada não no homem abstrato e impalpável do Estado Liberal, mas na pessoa humana concreta e situada. É indispensável tal compreensão no mundo contemporâneo, onde não basta garantir formalmente a liberdade, diante da necessidade de remoção dos obstáculos materiais impeditivos do seu gozo, impostos por uma sociedade desigual e opressiva.

Esse processo de valorização da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, provocada não só pela transição do Estado liberal para o Estado social, como pela conscientização da insuficiência de uma concepção puramente subjetiva, pode conduzir, também, a uma autêntica mutação dos direitos fundamentais. Modifica-se a norma constitucional, permanecendo inalterado o seu texto. Tal perspectiva se mostra importante para o equilíbrio entre dinâmica e estabilidade, porquanto significa, ao mesmo tempo, uma transformação substancial e uma permanência formal da Constituição.

Referências

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

———. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais – fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

Marcus Vinicius Baratieri*

A responsabilidade civil do Estado por danos causados durante o período da Ditadura Militar

Resumo: Este trabalho trata da responsabilidade civil do Estado por danos causados durante o regime militar do período de 1964 a 1985. Apresenta considerações sobre a responsabilidade do Estado por danos morais. Faz referência aos fatos ocorridos durante a ditadura militar, noticiando os danos causados nesse momento histórico e as leis de anistia passadas a partir do declínio do regime até a redemocratização. Enfoca a responsabilidade do Estado à luz da Lei nº 10.559/02.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do estado. Dano moral. Ditadura militar. Lei de anistia.

Abstract: The present work is about State civil liability for damages caused during military government, between 1964 and 1985. It presents considerations regarding State liability for moral damages. It makes reference to facts which occurred during military dictatorship, reporting the damages caused in such historical period and the statutes for amnesty passed after the re-democratization. It focuses State liability as stated in Law number 10.559/02.

Key words: State civil liability. Moral damages. Military dictatorship. Statutes for amnesty.

Introdução

A Constituição brasileira de 1988 representa a ruptura entre o regime autoritário e o novo regime democrático que se instala no país. A Carta Magna, nesse norte, dá ênfase particular aos direitos e garantias, alinhando-se com a ordem internacional no que diz respeito à consagração dos direitos humanos.¹⁸⁶

No artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o legislador constituinte assegurou, aos atingidos por atos de exceção, de motivação exclusivamente política, promoções na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem

* Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Advogado e Professor do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha (FSG). Endereços eletrônicos: baratieri@bcg.adv.br; marcus.baratieri@fsg.br.

¹⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 67.

em serviço ativo. Os mesmos benefícios foram estendidos a trabalhadores do setor privado e a dirigentes sindicais que, também por motivos políticos, tenham sido impedidos de exercer a atividade remunerada a que se dedicavam, ou tenham sofrido algum prejuízo em seu exercício.

A regulamentação desse dispositivo culminou com a edição da Lei nº 10.559 de 13 de novembro de 2002, que estabelece o Regime do Anistiado Político, definindo as situações em que uma pessoa assim poderia ser considerada (artigo 2º), bem como instituindo uma *reparação econômica de caráter indenizatório*. Essa reparação consiste no pagamento de uma prestação única, equivalente a trinta salários mínimos, multiplicados pelos anos de punição, limitada a importância de cem mil reais, nos casos em que não se possa comprovar vínculo com atividade laboral (artigo 4º); ou a uma prestação mensal, para aqueles que comprovem o vínculo e não optem pela prestação única, igual à remuneração que o anistiado receberia se estivesse na ativa, considerando eventuais promoções na carreira a que teria direito.

A dúvida que dá impulso à presente pesquisa consiste em se entender ou não a mencionada indenização como reparação completa de todos os danos sofridos pelo anistiado.¹⁸⁷ Estaria ou não incluída no montante previsto na Lei nº 10.559/02 a reparação do dano moral advindo de abalo psíquico sofrido em razão de tortura, prisão ilegal, crime infamante, ou outras agressões a que tenha sido exposta a vítima de atos de exceção?

Para se trazer provável solução, são feitas considerações a respeito da responsabilidade civil do Estado e do que se entende por dano indenizável, aqui incluída a idéia de dano moral. Em seguida, são indicados os danos sofridos pelas vítimas do regime de exceção e a legislação de anis-

¹⁸⁷ Na obra *Brasil: nunca mais*, resultado de pesquisa feita em arquivos de processos militares (695 processos, entre 1964-1979), são relatados, no capítulo dezesseis, os efeitos causados ao corpo e à mente de pessoas submetidas à tortura. Esse relato serviria como amostra dos danos morais sofridos pelas vítimas do regime. Práticas de agressões físicas (choques elétricos, *pau-de-arara*, *pimentinha*, *afogamentos*, *geladeira*, *cadeira do dragão*) são complementadas com ameaças de morte, novas e maiores sevícias, ao torturado ou a familiares e amigos, palavrões, gestos obscenos, resultando em deficiências físicas e mentais permanentes. Presos relataram quedas resultantes de choques elétricos, sufocamento com a própria língua, perda da coordenação motora, terem evacuado ou urinado sangue, ficado sem dormir, terem visões e alucinações, perda exagerada de peso. Foram diagnosticados comportamentos psico-maníaco-depressivos, ausência total de sentimentos, incapacidade de raciocínio, depressão, vontade de morrer, incapacidade de separar o real do imaginário, perda de memória. (ARNS, Paulo Evaristo. *Brasil: nunca mais*. 33. ed. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 215-222.)

tia e reparação passada a partir do início da abertura política até os dias atuais. Antes das conclusões articuladas, há análise da responsabilidade civil do Estado à luz da Lei nº 10.559/02 e comentário acerca da quantificação do dano moral.

De início não se admitia a responsabilidade civil do Estado, mas somente a do agente que, diretamente, causava algum dano. Havia, como decorrência, dificuldades ao ressarcimento das vítimas nas situações em que o funcionário não tinha como reparar. O pensamento evoluiu para se admitir que nos casos em que o Estado praticasse atos assemelhados aos atos de particular na gestão de seu patrimônio poderia ser responsabilizado por eventuais danos – mantendo-se a irresponsabilidade nas situações em que agisse no exercício de poder soberano. A responsabilização do Estado somente se admitiu de forma completa, ou seja, qualquer que fosse a natureza dos atos praticados, a partir do momento em que se permitiu que a vítima agisse contra ele na mesma forma que agiria contra qualquer indivíduo.¹⁸⁸ A formação de uma teoria da responsabilidade civil do Estado, no direito brasileiro, pode ser traçada a partir do início da República,¹⁸⁹ culminando com o disposto no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição de 1988.¹⁹⁰

O Estado será responsabilizado quando agente (servidor, empregado, funcionário), que atua na qualidade de presentante, vier a causar dano, independentemente de apuração de culpa (responsabilidade objetiva), inclusive em casos de omissão – quando era obrigado a praticar uma ação e não o fez. Os princípios da igualdade e da legalidade fundamentam a responsabilidade do Estado. Como excludentes de responsabilidade listam-se a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro e a força maior.¹⁹¹

Dano é elemento essencial para que se verifique a responsabilidade civil. Se não há prejuízo, não há o que se reparar e, assim, não há res-

¹⁸⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed., revista. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 128-129.

¹⁸⁹ Há descrição de todo esse processo em WALD, Arnoldo. Os fundamentos da responsabilidade civil do estado. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, Responsabilidade civil: edição temática, s.d., p. 25-39.

¹⁹⁰ Art. 37. [...] § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

¹⁹¹ Essas e outras diretrizes de um sistema de responsabilidade civil do Estado são as indicadas por AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, Responsabilidade civil: edição temática, s.d., p. 150-185.

ponsabilidade civil. Ressarcível será o dano certo, atual e subsistente. Certo é o dano que resulta de um fato determinado e não sobre uma hipótese. Exclui-se o dano que seja mera conjectura, ou seja, que possa ou não vir a concretizar-se. Atual é aquele que já se verifica quando se busca a reparação. Um dano futuro somente poderia ser reparado se houver certeza, com base na situação atual, de que o mesmo ocorrerá, somente ficando em aberto a questão da quantificação (p. ex., incapacidade para o trabalho). Subsistente é o dano que, por ocasião da propositura da ação de indenização, ainda não tenha sido reparado pelo agente.¹⁹²

A definição de dano patrimonial passa pelo que se entende por patrimônio. Valendo-se da definição de Fischer ao conceito econômico de patrimônio, Aguiar Dias refere ser este “a totalidade dos bens economicamente úteis que se acham dentro do poder de disposição duma pessoa”. Nessa linha, o dano patrimonial seria uma “ofensa ou diminuição de certos valores econômicos”.¹⁹³ O dano moral estaria presente nas situações nas quais as características do prejuízo não correspondem àquelas do dano patrimonial, estando a distinção nos efeitos da lesão, de como essa repercute sobre o lesado. A lesão não seria a um valor econômico, mas sim a dor experimentada pela vítima.¹⁹⁴

Do gênero dano se podem identificar como espécies o dano patrimonial e moral. A norma que dispõe acerca da responsabilidade do Estado (art. 37, § 6º, CF/88) não faz distinção entre as mencionadas espécies, aludindo apenas a *dano*. É possível concluir-se, então, que o Estado pode ser responsabilizado tanto pelo dano moral quanto pelo dano patrimonial.¹⁹⁵

¹⁹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil...*, p. 37-41.

¹⁹³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1950, p. 316-317. v. 1.

¹⁹⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade...*, p. 329. No mesmo sentido, MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade pessoal do agente público por danos ao contribuinte. In: AUGUSTIN, Sérgio (Org.). *Dano moral e sua quantificação*. 3. ed. rev. ampl. Caxias do Sul: Plenum, 2005, p. 121-149, para quem “o dano moral consiste em um detrimento, uma agressão, a elementos relacionados a uma pessoa, física ou jurídica, que não afeta imediatamente o patrimônio da vítima, considerado este como o conjunto de bens de valor econômico, e que, em se tratando de pessoas jurídicas, geralmente é objeto de registros e demonstrações contábeis”.

¹⁹⁵ Perin sustenta que, se de um lado a reparação do dano moral é direito fundamental, previsto em cláusula pétrea da Constituição brasileira de 1988, a exigir um comportamento

16 Violações dos direitos humanos durante o regime militar de 1964-1985 e as leis de reparação

Até outubro de 1965 os acusados de crimes contra a segurança nacional ainda podiam recorrer à Justiça Comum. O STF, em julgamentos de *habeas corpus*, obstava o prosseguimento de inquéritos policiais militares (IPMs). Com o Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, a Justiça Militar se torna competente, de forma exclusiva, para processar e julgar os casos de crimes contra a segurança nacional. Em 1969, a Junta Militar baixou os Decretos-lei nº 1001, 1002 e 1004, instituindo o Código Penal Militar, o Código de Processo Penal Militar e a Lei de Organização Judiciária Militar, verbas legislativas que regiam os processos perante a Justiça Militar, inclusive aqueles por violação da Lei de Segurança Nacional (Decreto-lei nº 314/67).¹⁹⁶

A tortura¹⁹⁷ era praticada de forma invariável durante os inquéritos, sendo as *provas* obtidas a partir desse meio consideradas válidas nos processos que se seguiam. Sequer as normas legais estabelecidas pelo

negativo do Estado – não agredir a esfera individual ou da coletividade – de outro há necessidade de se dar garantias a outros direitos fundamentais. Nesse norte, conclui que “deve ocorrer um cuidado todo especial, a fim de não haver uma supervalorização desses direitos fundamentais de primeira geração, prejudicando, com isso, políticas públicas voltadas a entender harmonicamente outras gerações de direitos fundamentais, que exigem atuações positivas por parte do Poder Público; [...]”, sob pena de se dar desarmonização e não pacificação social. Esse cuidado, segundo o autor, estaria representado pela adoção da teoria subjetiva, e não objetiva (risco administrativo) nos casos de pedidos de indenização por dano moral contra o Estado. PERIN, Jair José. A responsabilidade civil do Estado e o dano moral. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 814, p. 115-124, ago. 2003.

¹⁹⁶ ARNS, Paulo Evaristo. *Brasil...*, p. 169-173.

¹⁹⁷ No artigo 1º da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou castigos cruéis, desumanos ou degradantes, aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1984, tortura é definida como “qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimento são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.” Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, promulgada no Brasil através do Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Disponível em: <www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_contra_tortura.htm>. Acesso em: 23 maio 2006.

próprio regime de exceção eram respeitadas, escolhendo-se sempre uma interpretação que fosse mais desfavorável aos acusados. Lições teóricas e práticas sobre tortura faziam parte do currículo de formação de militares, inclusive com o uso de presos políticos como *cobaias*. O ano de 1969 é tido como período “mais absoluto de repressão, violência e supressão das liberdades civis de nossa história republicana”, época a partir da qual o Brasil passa a ser visto pela comunidade internacional como país de torturas, perseguições, exílios e cassações.¹⁹⁸

¹⁹⁸

ARNS, Paulo Evaristo. *Brasil...*, p. 32, 63 e 203.

A abertura é um processo de redemocratização que tem início no final do governo de Geisel (que sucedeu a Médici, o qual presidiu o país entre 1969-1974). No ano de 1978 é modificada a lei de segurança nacional, sendo abolida a pena de morte e a prisão perpétua. Também sob o comando de Geisel é derrubado o Ato Institucional nº 5, cessam as torturas e as perseguições políticas. Os avanços seguiram durante a presidência de Figueiredo (1979-1985).¹⁹⁹ Por meio da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, se concedeu anistia parcial a condenados por crimes políticos ou conexos a estes.²⁰⁰

A Constituição brasileira de 1988 representa a ruptura entre o regime autoritário e o novo regime democrático que se instala no país. A Carta Magna, nesse norte, dá ênfase particular aos direitos e garantias, alinhando-

do-se com a ordem internacional no que diz respeito à consagração dos direitos humanos.²⁰¹ No artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o legislador constituinte assegurou, aos atingidos por atos de exceção, de motivação exclusivamente política, promoções na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo. Os mesmos benefícios foram estendidos a trabalhadores do setor privado e a dirigentes sindicais que, também por motivos políticos, tenham sido impedidos de exercer a atividade remunerada a que se dedicavam, ou tenham sofrido algum prejuízo em seu exercício.

¹⁹⁹ COUTO, Ronaldo Costa. *História indiscreta da ditadura e da abertura: Brasil: 1964-1985*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 252-255.

²⁰⁰ Discute-se se essa lei teria anistiado somente as vítimas de perseguição política ou também os perseguidores. No Relatório Azul 2003 (COMISSÃO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Relatório azul 2003*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2003, p. 116), conclui-se que a anistia não teria sido estendida aos segundos, os quais não teriam sido julgados e condenados e, em muitos casos, sequer identificados e, por esse motivo, não poderiam ser anistiados. Outrossim, não haveriam condições políticas para um perdão. Almeida, de seu turno, informa que a democratização que se seguiu a regimes ditatoriais na América Latina trouxe leis de anistia que perdoariam ambos, ao argumento de que “a redemocratização devia trazer uma paz entre repressores e reprimidos, que passariam a conviver no mesmo ambiente político”, o que seria conhecido como *teoria do ponto final*, que, segundo ele, teria sido aplicada no Brasil e no Uruguai, mas não na Argentina. ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 125.

²⁰¹ PIOVESAN, Flávia. *Temas...*, p. 67.

Em 1995, a partir de uma entrevista do secretário geral da Anistia Internacional, ocasião em que criticou declaração do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, desencadeou-se pressão exercida por grupos internacionais. Era exigido o cumprimento de Carta Compromisso firmada pelos candidatos presidenciais em 1994, pela qual se obrigavam a promover “o reconhecimento público e formal do Estado brasileiro de sua responsabilidade plena e total pela prisão, morte e desaparecimento de opositores políticos entre 1964 e 1985” e a reparação dos danos causados a eles e seus familiares. Foi, então, passada a Lei nº 9.140/95.²⁰²

Esse novo diploma, segundo Miranda e Tibúrcio, é resultado de vinte e cinco anos de atividades de familiares e ex-companheiros de mortos e desaparecidos políticos, organizados em comissões e com apoio de entidades de defesa e promoção de direitos humanos, na busca de informações e de reparação. Entendem os autores que “ao realizar esse reconhecimento legal, o Estado brasileiro assumiu a responsabilidade geral por seqüestros, prisões, torturas, desaparecimentos forçados e assassinatos cometidos no período”, bem como pelas violações de direitos humanos praticadas pela ditadura militar.²⁰³

A Lei nº 9.140/95 sofreu críticas por não ter sido abrangente como queriam as vítimas, as quais pretendiam “um exame profundo das circunstâncias em que ocorreram as violações de direitos humanos e identificação dos responsáveis pelas mesmas” (teriam sido sonegadas informações pelo Estado, mesmo após a edição da lei); “uma lei que contemplasse também os casos de mortes decorrentes da generalizada violência política” (pessoas baleadas em manifestações de rua, vítimas de atentados, pessoas que se suicidaram em razão da tortura, brasileiros mortos no exterior); “uma lei que não restringisse o prazo para as famílias requererem os seus direitos e que estendesse o período de abrangência até o final da ditadura” (a lei estabeleceu o marco final como 15/08/1979; a ditadura teria encerrado somente em 1985). Não se aceitava também o valor-limite que a lei impunha, pretendendo-se amplia-

²⁰² COMISSÃO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Relatório...*, p. 118.

²⁰³ MIRANDA, Nilmário; TIBÚRCIO, Carlos. *Dos filhos deste solo: mortos e desaparecidos políticos durante a ditadura militar: a responsabilidade do estado*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999, p. 13-14.

ção do conceito de reparação. Também havia a dificuldade de se produzir provas, ônus que recaía sobre os interessados.²⁰⁴

Com base em texto elaborado por José Carlos Dias, então Ministro da Justiça – o qual, à época da ditadura, atuou como advogado de presos políticos – e seu sucessor, José Gregori, foi editada a Medida Provisória nº 2151, em 21 de maio de 2001. Essa medida previa a possibilidade de pagamento de reparação econômica mesmo para aqueles que não tinham como provar o exercício de atividades laborais no período da ditadura; contudo, ainda continha falhas. Por esse motivo, foi composta comissão no Congresso Nacional para tratar do tema, cujo projeto culminou na Lei nº 10.559/02.²⁰⁵

17 **A nova lei da anistia (lei nº 10.559/02) e a responsabilidade civil do Estado**

O artigo 8º do ADCT parece dispor especificamente a respeito de vencimentos que determinada pessoa deixou de perceber pelo afastamento de suas atividades profissionais em razão de atos de exceção. Nada mais. Não há menção à reparação de outros danos.

A Lei nº 10.559/02, que o regulamenta, segue a mesma linha. No art. 1º, inciso II, fala em “reparação econômica, de caráter indenizatório, em prestação única ou em prestação mensal, permanente e continuada, asseguradas a readmissão ou a promoção na inatividade, nas condições estabelecidas no caput e nos §§ 1º e 5º do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”. Essa reparação consiste no pagamento de uma prestação única, equivalente a trinta salários mínimos, multiplicados pelos anos de punição, limitada a importância de cem mil reais, nos casos em que não se possa comprovar vínculo com atividade laboral (artigo 4º); ou a uma prestação mensal, para aqueles que comprovem o vínculo e não optem pela prestação única, igual à remuneração que o anistiado receberia se estivesse na ativa, considerando eventuais promoções na carreira a que teria direito (artigo 5º). O artigo 16 dispõe que os direitos expressos na lei não excluem os conferidos por outras normas legais ou constitucionais; contudo, veda “a acumulação de quaisquer pagamentos ou benefícios ou indenização com o mesmo fundamento, facultando-se a opção

²⁰⁴ MIRANDA, Nilmário; TIBÚRCIO, Carlos. *Dos filhos...*, p. 14-15.

²⁰⁵ COMISSÃO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Relatório azul...*, p. 119.

mais favorável”. No artigo 20 prevê a possibilidade de se celebrar transação em processos judiciais que tenham por objeto a obtenção dos benefícios ou indenização estabelecidos pelo art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A indenização de que tratam as normas acima referidas se assemelha àquela prevista no artigo 950 do Código Civil.²⁰⁶ Essa mesma natureza tem a reparação econômica estabelecida pelo artigo 8º, do ADCT, ou seja, em prestação mensal ou única, constituir pensão para aqueles privados de exercer atividades laborativas. Trata-se de reparação de uma parte dos danos patrimoniais, não excluindo ressarcimento de prejuízos de outra espécie, como os danos morais.

Embora uma leitura apressada do art. 16, da Lei nº 10.559/02 pudesse levar à conclusão da impossibilidade de recebimento de outra indenização *com o mesmo fundamento*, pelo que se poderia sustentar que a reparação nela prevista é integral, deve a regra ser interpretada tendo em vista que a mencionada verba legislativa regulamenta o art. 8º do ADCT, que trata *especificamente* dos prejuízos decorrentes do afastamento do exercício de atividade laboral. O mesmo se pode dizer se considerado o art. 20 da mesma lei, que fala de transação em processos judiciais iniciados para obtenção da indenização criada pelo art. 8º do ADCT. Há de se recordar, ainda, que a própria Constituição, em seu art. 5º, inciso X, dispôs serem invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A corroborar o que se afirma está a Súmula n. 37 do STJ, que dispõe serem “cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato”, em consonância com o que já assentara a literatura jurídica.²⁰⁷ Também é o que se pode concluir a partir dos arts. 949,

²⁰⁶ Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu. Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

²⁰⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed., revista de acordo com o novo Código Civil (lei nº 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2005, p. 580.

953 e 954, todos do Código Civil brasileiro.²⁰⁸ O Estado, consoante se indicou no primeiro capítulo deste trabalho, pode ser responsabilizado pelos danos morais causados a indivíduos.

²⁰⁸ Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, *além de algum outro prejuízo* que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se *o ofendido não puder provar prejuízo material*, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e *se este não puder provar prejuízo*, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal:

I – o cárcere privado;

II – a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé;

III – a prisão ilegal.

Assim, em podendo ser buscada a responsabilização do Estado, e não estando ela limitada aos danos patrimoniais de que trata o art. 8º do ADCT e da Lei nº 10.559/02, resta a questão da quantificação do dano moral.

Ante a ausência de parâmetros definidos em lei a respeito das situações consideradas como causadoras de dano moral e do valor das indenizações, tem ficado a cargo da jurisprudência o estabelecimento de critérios.

Erpen, lembrando essa circunstância, e preocupado com “demandas onde são pleiteados valores efetivamente exagerados”, que podem ter por conseqüência a desagregação social, entende que o objetivo da reparação pecuniária do dano moral não reside em uma forma de punição, em uma fonte de riqueza, em um ato de vingança, mas sim em proporcionar à vítima uma sensação agradável, buscando compensar o mal sofrido.²⁰⁹

Para Augustin e Trentin, nos termos dos artigos 126 e 606, II, do CPC, mais o art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, a quantificação do dano moral compete ao arbítrio do magistrado, devendo esse atentar para os elementos do caso, observando critérios como a não fixação de indenização simbólica; evitar-se o enriquecimento injusto, a tarifação, a fixação como percentual sobre o dano patrimonial; não se atender ao mero *prudente arbítrio* do magistrado; observar as peculiaridades do caso, a gravidade do mesmo; atentar para a harmonia com casos assemelhados; servir como um prazer compensatório; estar de acordo com o contexto econômico do país.²¹⁰

Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a partir de seis decisões localizadas sobre o tema, aqui trazidas para fins de exemplo, se verifica que se faz distinção entre o dano moral e o dano patrimonial em casos de prisão, tortura e morte durante o regime militar. Tem sido afastada a prescrição do dano moral, mantida a prescrição do dano patrimonial, o que indica que a Corte não confunde as espécies de danos.²¹¹ Em

²⁰⁹ ERPEN, Décio Antônio. O dano moral e a desagregação social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 758, p. 43-52, dez. 1998.

²¹⁰ AUGUSTIN, Sérgio; TRENTIN, Raquel. Quantificação do dano moral. In: AUGUSTIN, Sérgio (Org.). *Dano moral e sua quantificação*. 3. ed. rev. ampl. Caxias do Sul: Plenum, 2005, p. 225-259.

²¹¹ BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Atividade política. Prisão e tortura. Indenização. Lei nº 9.140/1995. Inocorrência de prescrição. Reabertura de prazo.

um dos casos se afirma a aplicação da teoria do risco administrativo²¹² e a idéia de impossibilidade de elevação do *quantum*, quando o Juízo originário decidiu de acordo com os critérios legais, de modo a evitar que uma eventual majoração indevida venha a se refletir sobre investimentos do Estado em saúde, educação, segurança – o que prejudicaria os interesses da sociedade.²¹³ Em duas decisões há referência ao valor fixado. No primeiro, o julgador limitou-se ao pedido da parte e aplicou os parâmetros da Lei nº 9.140/95, tendo sido estabelecido o montante mínimo de cem mil reais – como resultado do cálculo previsto no art. 11 dessa lei, o valor seria de R\$ 86.790,00.²¹⁴ No segundo, não se fez distinção entre danos patrimoniais e morais, tendo a indenização englobado ambos, fixada no correspondente ao salário que a vítima recebia de seu empregador há época do falecimento (fevereiro de 1973), devida a

REsp 379414/PR. Rel. Min. José Delgado. Primeira Turma. Julgado em 26.11.2002. DJ 17.02.2003, p. 225. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 23 maio 2006; BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Indenização por danos morais e materiais. Governo militar. Perseguição, tortura e prisão arbitrária. Danos morais. Não-ocorrência de prescrição. Danos patrimoniais. Aplicação do artigo 1º do decreto nº 20.910/32. Ocorrência de prescrição. REsp 475625/PR. Rel. Ministra Eliana Calmon. Rel. p/ Acórdão Ministro Franciulli Netto. Segunda Turma. Julgado em 18.10.2005. DJ 20.03.2006 p. 233. Disponível em: <www.stj.gov.br>.

Acesso em: 23 maio 2006; BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Responsabilidade civil do estado. Regime militar. Perseguição, prisão e tortura. Indenização por danos morais. Prazo prescricional vintenário. Cc/16. Termo a quo. Constituição federal de 1988. Não-ocorrência de prescrição na espécie. REsp 462840/PR. Rel. Ministro Franciulli Netto. Segunda Turma. Julgado em 02.09.2004. DJ 13.12.2004 p. 283. Disponível em: <www.stj.gov.br>.

Acesso em: 23 maio 2006.

²¹² A teoria do risco administrativo se apóia sobre a idéia de que a coletividade deve suportar o ônus de reparar o prejuízo sofrido por um indivíduo em razão do mau funcionamento de serviço público. Quem primeiro a formulou foi Leon Duguit, “sobre a idéia de um seguro social suportado pela caixa coletiva, em proveito de quem sofre um prejuízo causado pelo funcionamento do serviço público”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade...*, p. 132.

²¹³ BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil. União. Indenização. Tortura e morte de preso político. Regime militar. Período de exceção. Matéria de prova. REsp 221076/RN. Rel. Min. Paulo Gallotti. Segunda Turma. Julgado em 24.10.2000. DJ 18.12.2000 p. 179. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 23 maio 2006.

²¹⁴ BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Processual civil. Administrativo. Violação ao art. 535 do cpc. Não configurada. Litisconsórcio ativo facultativo. Indenização.reparação de danos materiais e morais. Regime militar. Dissidente político procurado na época do regime militar. Falta de registro de óbito e não comunicação à família. Dano moral. Fato notório. Nexo causal. Prescrição. REsp 612.108/PR. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 02.09.2004. DJ 03.11.2004 p. 147. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 23 maio 2006.

importância mensal até a data em que o falecido completaria sessenta e cinco anos.²¹⁵

²¹⁵ BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Indenização por danos morais e materiais. Prisão, tortura e morte do pai e marido das recorridas. Regime militar. Alegada prescrição. Inocorrência. Lei n. 9.140/95. Reconhecimento oficial do falecimento, pela comissão especial de desaparecidos políticos, em 1996. Dies a quo para a contagem do prazo prescricional. REsp 449000/PE. Rel. Ministro Franciulli Netto. Segunda Turma. Julgado em 05.06.2003. DJ 30.06.2003 p. 195). Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 23 maio 2006.

No Relatório Azul 2003 se refere que em algumas dezenas de casos foram concedidas reparações econômicas por prestação continuada com valores que ultrapassaram um milhão de reais por vítima. É citado processo de coronel aviador expulso da Força Aérea Brasileira em 1964, a quem foi concedida indenização de R\$ 4.237.853,79.²¹⁶

Considerações finais

De acordo com o Direito brasileiro, o Estado responde, de forma objetiva, com base na teoria do risco administrativo, pelos danos causados (art. 37, § 6º, CF/88), sejam de natureza patrimonial ou moral.

Houve reconhecimento da responsabilidade do Estado a partir do disposto no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A reparação prevista nas leis de anistia se limita a uma parte dos danos patrimoniais.

O dano moral deve ser fixado dentro dos parâmetros legais, com atenção às peculiaridades dos casos concretos, de modo a que se confira uma reparação ao sofrimento das vítimas, sem provocar seu enriquecimento ilícito à custa de recursos públicos, servindo como meio de pacificação social e não de desarmonia.

Referências

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *Revista da AJURIS*, Responsabilidade civil: edição temática, Porto Alegre, p. 150-185, s.d.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

ARNS, Paulo Evaristo. *Brasil: nunca mais*. 33. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

AUGUSTIN, Sérgio; TRENTIN, Raquel. Quantificação do dano moral. In: AUGUSTIN, Sérgio (Org.). *Dano moral e sua quantificação*. 3. ed. rev. ampl. Caxias do Sul: Plenum, 2005, p. 225-259.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Atividade política. Prisão e tortura. Indenização. Lei nº 9.140/1995. Inocorrência de prescrição. Reabertura de prazo. REsp

²¹⁶ COMISSÃO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Relatório azul...*, p. 120.

379414/PR. Rel. Min. José Delgado. Primeira Turma. Julgado em 26.11.2002. DJ 17.02.2003 p. 225. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 23 maio 2006.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Processual civil. Administrativo. Violação ao art. 535 do CPC. Não configurada. Litisconsórcio ativo facultativo. Indenização.reparação de danos materiais e morais. Regime militar. Dissidente político procurado na época do regime militar. Falta de registro de óbito e não comunicação à família. Dano moral. Fato notório. Nexo causal. Prescrição. REsp 612.108/PR. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 02.09.2004. DJ 03.11.2004 p. 147. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 23 maio 2006.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Indenização por danos morais e materiais. Governo militar. Perseguição, tortura e prisão arbitrária. Danos morais. Não-ocorrência de prescrição. Danos patrimoniais. Aplicação do artigo 1º do decreto nº 20.910/32. Ocorrência de prescrição. REsp 475625/PR. Rel. Ministra Eliana Calmon. Rel. p/ Acórdão Ministro Franciulli Netto. Segunda Turma. Julgado em 18.10.2005. DJ 20.03.2006 p. 233. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 23 maio 2006.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Indenização por danos morais e materiais. Prisão, tortura e morte do pai e marido das recorridas. Regime militar. Alegada prescrição. Inocorrência. Lei n. 9.140/95. Reconhecimento oficial do falecimento, pela comissão especial de desaparecidos políticos, em 1996. *Dies a quo* para a contagem do prazo prescricional. REsp 449000/PE. Rel. Ministro Franciulli Netto. Segunda Turma. Julgado em 05.06.2003. DJ 30.06.2003 p. 195). Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 23 maio 2006.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Responsabilidade civil do estado. Regime militar. Perseguição, prisão e tortura. Indenização por danos morais. Prazo prescricional vintenário. Cc/16. Termo a quo. Constituição federal de 1988. Não-ocorrência de prescrição na espécie. REsp 462840/PR. Rel. Ministro Franciulli Netto. Segunda Turma. Julgado em 02.09.2004. DJ 13.12.2004 p. 283. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 23 maio 2006.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil. União. Indenização. Tortura e morte de preso político. Regime militar. Período de exceção. Matéria de prova. REsp 221076/RN. Rel. Min. Paulo Gallotti. Segunda Turma. Julgado em 24.10.2000. DJ 18.12.2000 p. 179. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 23 maio 2006.

COMISSÃO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Relatório azul 2003*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2003.

COUTO, Ronaldo Costa. *História indiscreta da ditadura e da abertura: Brasil: 1964-1985*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950.

ERPEN, Décio Antônio. O dano moral e a desagregação social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 758, p. 43-52, dez. 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. revista de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade pessoal do agente público por danos ao contribuinte. In: AUGUSTIN, Sérgio (Org.). *Dano moral e sua quantificação*. 3. ed. rev. ampl. Caxias do Sul: Plenum, 2005, p. 121-149.

MIRANDA, Nilmário; TIBÚRCIO, Carlos. *Dos filhos deste solo: mortos e desaparecidos políticos durante a ditadura militar: a responsabilidade do estado*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. revista. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PERIN, Jair José. A responsabilidade civil do Estado e o dano moral. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 814, p. 115-124, ago. 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

WALD, Arnoldo. Os fundamentos da responsabilidade civil do estado. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, Responsabilidade civil: edição temática, 25-39, s.d.

Miriam Lisiane Schuantes Rodrigues*

Direito de propriedade ou direito à propriedade?

Resumo: Embora a função social da propriedade seja uma realidade legal há muito tempo, principalmente a partir da edição da Constituição de 1988 e do Estatuto da Cidade editado em 2001, não se trata de uma realidade fática efetivamente instituída no Brasil. As discussões sobre o tema se limitam à auto-aplicabilidade ou não do instituto jurídico, a partir da adoção do texto constitucional e do texto civil, mas ninguém perquire sobre sua aplicabilidade fática, ou seja, se este instituto é realmente aplicado no Brasil. Não basta limitar a discussão à auto-aplicabilidade jurídica do instituto, mas como vivemos em um País de desabrigados, em que lhes falta o mínimo inclusive de sobrevivência, é preciso que seja analisada a aplicabilidade real do instituto, não bastando a inserção de textos jurídicos no ordenamento nacional constitucional e infraconstitucional. Ainda que estejamos vivendo um período em que se garante legalmente o instituto da função social da propriedade, na prática, o que se verifica é que não houve modificação significativa da visão da propriedade.

Palavras-chave: Propriedade. Direito. Função social. Efetivação. Realização.

Abstract: Although the social function of property has long since been a legal reality, mainly from the Constitution edition of 1988 on and from the Statute of the City edited in 2001, it is not about a fact reality effectively instituted in Brazil. The discussions about the topic are limited to the autoapplicability or not of the juridical institute, from the adoption of the constitutional text and the civil text on, but nobody investigates minutely about its fact applicability – that is, if this institute is really applied in Brazil. It is not sufficient to limit the discussion to the juridical autoapplicability of the institute, but since we live in a country of homeless people, in which they suffer from a complete lack of the minimum to survive, it is necessary to analyze the real applicability of the institute, not being enough the insertion of juridical texts in the constitutional and infraconstitutional national order. Even though we have been living a period in which the institute of the social function of property is legally guaranteed, in practice, what one can verify is that there was no significant modification of the vision of property.

Key words: Property. Law. Social function. Effectiveness. Achievement.

* Mestre em Direito; Professora de Direito Civil no Curso de Graduação em Direito da Faculdade da Serra Gaúcha. E-mail: miriamlisiane@uol.com.br.

Introdução

O presente artigo tem por objetivo investigar o direito de propriedade e sua função social nas diversas legislações até a edição da Constituição Federal de 1988 e posteriormente a ela.

Num primeiro momento, mostra-se a evolução legislativa do instituto desde as Ordenações do Reino, que vigoraram no Brasil Colônia e República até a promulgação do Código Civil brasileiro em 1916.

A seguir, explicita-se a visão do direito de propriedade sob a ótica absoluta que vigorou até a Constituição de 1988, embora outros Diplomas Legais constitucionais que lhe foram anteriores já possuíssem disposição semelhante sem, contudo qualquer efetividade, tendo em vista que em conjunto também vigorava o Código Civil brasileiro, totalmente absolutista no tocante ao direito de propriedade.

Em seguida, busca-se demonstrar a situação histórica vivida quando da edição da cognominada Carta Cidadã de 1988, que inseriu no texto constitucional a função social da propriedade, erigindo o direito de propriedade à verdadeira condição de direito.

É demonstrado também que, embora inúmeras discussões travadas acerca da efetividade e aplicabilidade imediata do dispositivo constitucional, não houve uma realização plena e eficaz de tal dispositivo, exigindo, então, a instauração de disposições legais ordinárias que buscavam justamente a delimitação real e fática do tema.

Estes dispositivos legais ordinários foram o Estatuto da Cidade, editado em 2001, e o Código Civil de 2002, ambos com disposições específicas sobre as formas e sanções relativas à aplicação do princípio da função social da propriedade.

Com relação ao Código Civil de 2002, demonstra-se que, embora a disposição exaustiva das formas de implementação do direito à propriedade, ele ainda não teve eficácia. E também se procura demonstrar quais as necessidades para sua real implementação. Uma destas necessidades é a adoção de políticas públicas para efetivação dos direitos sociais.

18 **O direito de propriedade na legislação brasileira até 1988**

O Brasil sempre foi um País de dimensões continentais e, em face desta circunstância, o direito de propriedade sempre foi consignado de forma absoluta nas legislações.

Quando da colonização do Brasil, pelos portugueses, foram distribuídas sesmarias enormes aos amigos e beneméritos do rei que, como tais, tinham o direito total de explorar suas áreas de terra, sem qualquer obstáculo por qualquer pessoa, inclusive de portugueses que porventura já residissem no local. Dessa forma, se desenvolveu no íntimo brasileiro, na psique brasileira, a idéia do absolutismo da propriedade. Onde “tudo que é meu é apenas meu”, não tendo que analisar se o exercício daquela propriedade estaria ferindo ou dificultando a vida de outros em sociedade.

Nesta esteira surgiram as Ordenações do Reino, que apenas mantiveram o entendimento já vigente, dando aos proprietários os direitos absolutos e determinando a todos os demais que se abstivessem de executar quaisquer atos que pudessem ser interpretados como restritivos do direito de propriedade da pessoa.

Seguiu-se à Independência e República a necessidade de ser elaborada uma legislação efetivamente brasileira, ou seja, para ser aplicada no Brasil sem que fosse preciso o recurso da observância da legislação portuguesa. Em face desta necessidade foi promulgado no Brasil, em 1916, com vigência a partir de 1917, o Código Civil que, então, passaria a regular e definir os limites da propriedade em todo o território brasileiro.

Este diploma legal teve sua elaboração iniciada no século XIX e, como não poderia deixar de ser, sofreu uma grande influência do BGB, Código Civil alemão, de inspiração fortemente liberal e da crescente industrialização alemã, decorrência do fenômeno da revolução industrial que se encontrava em franco processo em todo continente europeu.

Por este motivo a propriedade, no Código Civil de 1916, estava definida como um direito absoluto, cujo exercício era deferido da forma mais ampla e irrestrita possível. Neste sentido o proprietário poderia dispor livremente de seu bem sem qualquer preocupação com a sociedade e/ou mesmo com o meio ambiente, até porque nesta época ainda estava em evidência a teoria do homocentrismo, ou seja, a teoria que preconizava que o homem é o centro do universo e, portanto, podia submeter todos os elementos da natureza para sua satisfação pessoal.

É possível se verificar esta inspiração em diversos artigos do Código Civil de 1916, vigente até 2003:

Artigo 524 – A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

Parágrafo Único: A propriedade literária, científica e artística será regulada conforme as disposições do Capítulo VI deste Título.

Artigo 525 – É plena a propriedade, quando todos os seus direitos elementares se acham reunidos no do proprietário; limitada, quando tem ônus real, ou é resolúvel.

Artigo 526 – A propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda a profundidade, úteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário opor-se a trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse algum em impedi-los.

Artigo 527 – O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário.

Artigo 528 – Os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por motivo jurídico, especial, houverem de caber a outrem.

Artigo 529 – O proprietário ou o inquilino de um prédio, em que alguém tem direito de fazer obras, pode, no caso de dano iminente, exigir do autor delas as precisas seguranças contra o prejuízo eventual.

O absolutismo da propriedade que vigorava no Brasil, um país de graves desigualdades econômicas, ajudou a gerar, também, desigualdades sociais e a violência que se instaurou em todo o País. Veja-se o exemplo de São Paulo: quando iniciou o processo de industrialização, no princípio do século XX, enormes contingentes de pessoas foram a este Estado e, como não tinham lugar para morar, passaram a se amontoar em cortiços sem condições mínimas de higiene e de habitação, mas que se mostravam como a única alternativa de operários que ganhavam um mísero salário que não lhes dava uma condição digna de sobrevivência. Enquanto isso os barões do café e os industriais se acomodavam confortavelmente em suas mansões com enormes terrenos ajardinados no Centro, Avenida Paulista e arredores.

Posteriormente aos cortiços, surgiram as favelas, verdadeiros amontoados de subabitações nas encostas de morros, lugares sem quaisquer condições de sobrevivência, ante a possibilidade permanente de deslizamentos. Tais locais se tornaram a alternativa barata de moradia aos pobres, enquanto os ricos, os proprietários, possuíam grandes áreas apenas para seu desfrute.

As Constituições brasileiras anteriores a 1988, por sua vez, embora muitas delas já estabelecessem uma função social para o exercício da propriedade, o fizeram de forma tão superficial que jamais tiveram aplicação prática. É realidade que o artigo 113 na Constituição de 1934, 17 na de 1937, 14 e 122 na de 1946, 147 na de 1967, já estabeleciam a vigência de tal princípio. Porém é inegável, também, que cortiços e favelas permaneciam e se expandiam, embora as previsões legais que visavam melhorar a qualidade de vida das populações sem acesso à propriedade e lhes permitir tal acesso.

Leal²¹⁷ explica a situação da propriedade no Estado brasileiro quando esclarece:

O estado brasileiro, portanto, erigido a partir de práticas políticas conservadoras e privatistas, continua não sabendo ouvir e atender as demandas sociais latentes e expressas na realidade cotidiana de seu povo, pois está comprometido com o surto de industrialização interna que, desde a década de 40, implica um violento processo de migração campo-cidade, especialmente na direção sul do país, dos centros urbanos constituídos e da faixa litorânea.

O modelo de desenvolvimento brasileiro gerou e gera uma distribuição desigual de direitos no país, não apenas da renda, mas também nos direitos propriamente ditos, quais sejam, direito à educação, à saúde, ao trabalho digno, à habitação, à propriedade e outros. Toda a economia latino-americana tem uma proposta de desenvolvimento imposta pela economia e bancos internacionais, desconsiderando, pois, os problemas locais, regionais e nacionais de sua cidadania esfarrapada.

A partir da década de 1980 em todos os países latino-americanos, e em especial o Brasil, acirraram-se as diferenças de classes, pelas quais uma minoria privilegiada ganhou importância extraordinária em dinheiro e lucros, detendo um contingente enorme de propriedades, principalmente para fins especulativos, enquanto a maioria, com rendimentos escassos, ficou à margem de tudo e integrada pela escassez e pobreza.

Por isso a situação brasileira tornou-se insustentável em face do sur-
gimento de indicadores sociais de agravamento da estabilidade e ordem social até então mantidas pela Estado e foi então que, com a Constituição de 1988, a qual buscava balizar a abertura da política brasileira, impôs-se a criação de novos princípios para a propriedade, preconizando a função social da propriedade como um elemento básico desta, sujeitando o seu desfrute ao atendimento das necessidades da sociedade e do meio ambiente, uma vez que se percebeu que a continuidade da exploração ilimitada dos recursos naturais, além da sua capacidade de recupera-

²¹⁷ LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998, p. 75.

ção, iria exterminar com tais recursos e impedir, num futuro, a própria sobrevivência na terra.

A mudança do perfil da propriedade, pela consideração de sua finalidade social, iniciou com a edição da Constituição de 1988, mas é um processo que continua em lenta evolução até o presente momento, não se podendo dizer, ainda, que está consolidada a substituição da propriedade absoluta pela propriedade social.

A partir desta Constituição também surgiram elementos objetivos mais consistentes para que seja analisada a função estatal na concretização da função social da propriedade.

O Estado Democrático de Direito deve implementar as políticas públicas intervindo na ordem econômica, social e política do país. Até mesmo Habermas, citado por Leal,²¹⁸ explica as quatro categorias de atividades contemporâneas do Estado:

1) constituição e preservação do modo de produção, para que certas premissas da existência contínua do sistema sejam realizadas; 2) complementação do mercado, de modo que o sistema jurídico seja adequado a novas formas de organização empresarial, de concorrência e financiamento; 3) atividades de substituição do mercado, como reação frente às debilidades das forças motrizes econômicas (qualificação da mão-de-obra, estímulo ao desenvolvimento tecnológico, etc.); 4) atividades de compensação do processo de acumulação em que o Estado assume efeitos externos da economia privada, buscando assegurar, através de determinadas políticas públicas, a capacidade de sobrevivência de setores ameaçados, implementando regulações e intervenções reclamadas pelos agentes sociais organizados (sindicatos, partidos políticos, grupos de pressão popular, etc.).

É certo que o ideal de pacto social que inspirou a determinação da função social da propriedade na Constituição de 1988 ainda está muito longe de se concretizar. Mas é certo que pode ser considerado um marco, um referencial jurídico, para a instauração de um verdadeiro Estado Democrático de Direito no Brasil, no qual o exercício dos direitos sociais, em especial a função social da propriedade, ainda poderá ser efetivado. Para isso deverão ser implementadas políticas públicas que concretizem os princípios constitucionais animadores do texto diretivo do governo.

²¹⁸ LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998, p. 109.

O direito particular à propriedade é assegurado ao indivíduo por uma concessão da sociedade na qual ele vive, podendo subsistir apenas enquanto ele for justo, razoável e digno da proteção social. Perderá sua força, portanto, quando o interesse geral e a estabilidade da sociedade se faz premente. Os direitos particulares, neste contexto, deverão ser exercidos conjuntamente com os interesses gerais, coletivos e se subordinar a estes, pois quando houver conflito sempre haverá prevalência do interesse social.

A Constituição de 1988 se afastou da concepção individualista romana, largamente utilizada e aplicada no direito brasileiro, para abraçar a concepção social da propriedade, mas, embora outras legislações já tenham buscado implementar tal visão, ainda não foram suficientemente produtivas, tais como o Estatuto da Cidade e o Código Civil brasileiro de 2002.

A função social da propriedade, constitucionalmente definida, traz ao direito privado um elemento que era entendido como exclusividade do direito público: condicionamento do exercício do poder sobre a propriedade às necessidades da comunidade e ao interesse da sociedade. Não se trata da extinção da propriedade privada, mas apenas de a sujeitar a interesses da comunidade onde está inserida e não deixá-la ao livre arbítrio do proprietário que poderá não fazer uso dela de forma mais benéfica para a sociedade.

Corrêa²¹⁹ esclarece onde se situa, juridicamente, a função social da propriedade ao dizer que a função social se posiciona como um elemento qualificante da situação jurídica considerada, manifestando-se, conforme as hipóteses, como atribuição de determinada faculdade, ou como condição de exercício de faculdades atribuídas, ou como obrigação de exercitar determinadas faculdades de acordo com as modalidades preestabelecidas. Não basta a consignação na função social da propriedade na Carta Magna para que ela atinja seu objetivo, mas, antes, devem ser assegurados o acesso de todos à moradia e a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído. Estas garantias somente poderão ser consolidadas quando forem adotadas políticas públicas que envolvam o bem-estar de todos os segmentos e atores sociais.

²¹⁹ CORRÊA, Antonio Celos di Munno. Uso do solo urbano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1989.

Leal²²⁰ muito bem preceitua as obrigações do proprietário, decorrentes da função social da propriedade, quando explica o que o titular é obrigado a fazer, valendo-se dos seus poderes e faculdades em prol do bem comum. Ele esclarece que a função social da propriedade, constitucionalmente prevista, corresponde “a uma concepção ativa e comissiva do uso da propriedade”.

²²⁰ LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998, p. 127.

Em face deste princípio constitucional, a administração pública pode e deve interferir na propriedade alheia, exercendo seu poder de polícia visando ao objetivo social.

Pereira²²¹ trata da evolução do instituto jurídico da propriedade, demonstrando seu aspecto anterior, absoluto, e seu aspecto atual, relativo:

A verdade é que a propriedade individual vigente em nossos dias, exprimindo-se embora em termos clássicos e usando a mesma terminologia, não conserva, todavia, conteúdo idêntico ao de suas origens históricas. É certo que se reconhece ao *dominus* o poder sobre a coisa, mas é inegável também que essas faculdades suportam evidentes restrições legais, tão frequentes e severas, que se vislumbra a criação de novas noções. São restrições e limitações tendentes a coibir abusos, tendo em vista impedir que o exercício do direito de propriedade se transforme em instrumento de dominação.

Augusto Comte já defendia a propriedade em sua natureza sociológica, afirmando que a propriedade é obrigatoriamente vinculada à sua função social, com o objetivo de formar e administrar os capitais que a sociedade utiliza para preparar a existência socioeconômica da geração subsequente. Duguit segue na mesma linha defendendo que a propriedade está diretamente entrelaçada às necessidades socioeconômicas, não podendo haver uma idéia de autonomia tal do direito subjetivo do indivíduo em relação à sociedade da qual faz parte.

O direito de propriedade está à disposição do desenvolvimento social e, portanto, está sujeito às transformações sociais. Estas transformações, por sua vez, estão limitadas e disciplinadas pela ordem constitucional, que estabelecem as regras gerais de interesse público, estando em supremacia ao próprio Código Civil que baliza a propriedade de forma imediata, mas deve se adstringir aos preceitos constitucionalmente previstos.

A Constituição de 1988, ao inserir o direito de propriedade privada no seu título da ordem econômica e financeira, e, mais especificamente, no artigo 170, II e III, a sua função social, modificou sua natureza e condicionou seus objetivos ao asseguramento de existência digna a todos. Quando inseriu tal norma programática posicionou o Poder Público

²²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. O direito de propriedade e sua evolução. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 152, 1994.

como instituidor das diretrizes e planos de desenvolvimento social e controlador econômico.

Há diferença quanto à função social na propriedade estática e na propriedade dinâmica. Costa²²² afirma esta diferença:

Canalizando essa orientação à análise da política urbana como previsto no art. 182 da Constituição pátria vigente, veremos que as propriedades estáticas, ou seja, aquelas que não se destinam à produção (as propriedades imobiliárias, os créditos e a relações jurídicas deles decorrentes para os seus titulares), diferem das propriedades dinâmicas (ou organizadas sob regime empresarial com objetivo de produzir e promover a circulação, a distribuição e o consumo dos bens) no que tange à realização do exercício da função social. Às últimas, cabe vincular tal exercício referido à produção, ou às atividades econômicas e, às primeiras, a disposição constitucional prevê as hipóteses de desapropriação, a que seja efetivada a função social da propriedade (art. 182, § 3º), mais o uso compulsório do solo urbano, nos termos da legislação municipal, sob pena de parcelamento ou edificação compulsórios, tributação progressiva no tempo, ou ainda, desapropriação do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado (art. 182, § 4º, I a III).

A mesma autora vai além e defende a auto-aplicabilidade e o imediatismo do princípio constitucional:

O referido princípio constitucional, dotado de eficácia plena e imediata, enquanto norma de direito, impõe ao exercício do direito de propriedade uma função social, sem que esteja discriminada sua definição; e exatamente em decorrência de tal silêncio é que, diante do contexto ideológico-constitucional

atual, deduz-se que a propriedade contemporânea não tem uma função social, mas é uma função social, e sendo assim, sua abrangência é ampla, genérica, ilimitada. Por conseguinte, a propriedade, conquanto funcionalizada no sistema jurídico atual, no rol dos direitos fundamentais e reafirmada como princípio de ordem econômica, constitui-se, simultaneamente, como um direito (por ser considerada uma liberdade individual) e uma garantia. (Não seria confiscada a propriedade se o titular do domínio não desperdiçar a potencialidade do bem.) Uma vez tutelada constitucionalmente a propriedade privada, seu escopo precípuo será de perseguir os interesses sociais, e que desta maneira possa ser mantida sem riscos de uma possível socialização sem prévia e justa indenização. Os interesses sociais ora referidos devem ser exercitados quando a propriedade privada em sua função social (inovada na Carta Maior de 1988 como direito individual fundamental), princípio esse instrumentalizador de todo o bojo constitucional (assim como os demais princípios fundamentais), promove valores direcionados ao respeito à dignidade

²²² COSTA, Celina Paulo Moreira da. *A constitucionalização do direito de propriedade privada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 194-195.

da pessoa humana e contribuindo à justiça social, em desacordo à especulação e improdução da propriedade privada.

A partir da constitucionalização da função social da propriedade, tornando-se, portanto, norma programática inspiradora e balizadora de todos os demais Diplomas Legais. Com o objetivo de enfatizar e realizar faticamente o princípio social da propriedade privada, surgiram o Estatuto da Cidade, de 2001, e o Código Civil brasileiro, de 2002, o qual passará a ser analisado.

20 **A função social da propriedade e o Código Civil de 2002**

A propriedade é uma instituição secular que, segundo Gustavo Tepedino,²²³ precisa ser analisada em dois de seus aspectos: o estrutural e o funcional. O primeiro diz respeito ao elemento interno ou econômico e o segundo é o elemento externo. O elemento interno se constitui nos poderes do titular do domínio, ou seja, usar, fruir e dispor, enquanto o elemento externo é a faculdade de excluir as ingerências alheias. No aspecto funcional se situa a função exercida pelo direito de propriedade nas relações sociais.

Orlando Gomes²²⁴ vê o exercício da função social da propriedade em diversas caracterizações: “seja como expansão de inteligência burguesa, seja como o objeto de supremacia do capital sobre o trabalho, seja como instrumento para a construção de uma sociedade mais justa e solidária”.

Com a definição do ordenamento jurídico de que a propriedade deveria ser exercida para atender aos interesses gerais da coletividade, até mesmo em detrimento do proprietário, a propriedade adquiriu uma função social. Passou, assim, a ter maior relevância o seu propósito econômico e social do que seu aspecto estrutural.

Silva²²⁵ explica tal situação ao defender que “a função social da propriedade é elemento da estrutura do regime jurídico do direito de propriedade, incidindo sobre o seu conteúdo e o seu conceito”. Fa-

²²³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 314.

²²⁴ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 107.

²²⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 239-240.

chin,²²⁶ por sua vez, a define como “uma reação do ordenamento contra os desperdícios da potencialidade da coisa para satisfazer às necessidades humanas, sejam materiais, sejam pessoais”. Já Celso Ribeiro Bastos²²⁷ explicita: “A chamada ‘função social da propriedade’ nada mais é do que o conjunto de normas da Constituição que visam, por vezes, até com medidas de grande gravidade jurídica, a recolocar a propriedade na sua trilha normal”. Finalmente, novamente Tepedino²²⁸ esclarece: “função social da propriedade é, pois, conceito relativo e historicamente maleável, de acordo com a tábua axiológica inspiradora da doutrina e do sistema positivo de cada época”.

Em face da nova visão da função social da propriedade, o Código Civil editado em 2002, vigente a partir de 2003, estabeleceu no dispositivo que define o direito de propriedade, justamente a necessidade do atendimento da sua finalidade social, quando preconizou:

Artigo 1.228 – O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º – O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º – São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º – O proprietário pode ser privado de qualquer comodidade ou utilidade, que sejam animadas pela intenção de prejudicar outrem.

§ 4º – O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

²²⁶ FACHIN, L. E. A cidade nuclear e o direito periférico (reflexões sobre a propriedade urbana). *Revista dos Tribunais*, v. 743, 1996, p. 108.

²²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 74.

²²⁸ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da propriedade privada na ordem constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 1, 1993, p. 121.

§ 5º – No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Portanto, a nova legislação civil pátria, editada em 2002, já considerou a nova visão do direito de propriedade, garantidora de sua finalidade social. Desta forma possibilitou, inclusive, no dispositivo legal antes referido, a retirada da propriedade e o cancelamento do seu exercício quando não estiver atendendo sua finalidade social, seu objetivo comunitário.

Esta hipótese, sob a égide do Código Civil de 1916, era totalmente inadmissível, pois o proprietário detinha um direito absoluto, passível de oposição contra todos, ainda que o exercício deste direito se demonstrasse incompatível com direito maior da sociedade. Porém, não se caracterizando um exercício ilícito, ou seja, estando conforme o direito, a legislação, poderia continuar a ser exercido.

Atualmente o direito individual sobre as coisas impõe que o seu exercício seja realizado em proveito da sociedade e dos não-proprietários, em virtude do princípio da função social. A propriedade somente é garantida quando garante, também, sua função social.

Tanto a doutrina clássica do direito natural da Igreja Católica quanto os positivistas do século XIX foram unânimes em definir a propriedade como um direito em função da sociedade na qual se inseria, com o objetivo de satisfazer às necessidades de toda a comunidade. O próprio Augusto Comte definia que todo o cidadão se constituía, na realidade, um verdadeiro funcionário público, em face das suas atribuições que se consubstanciam em obrigações e pretensões com relação à sociedade na qual está inserido.

Duguit também preconizou a função social da propriedade ao estabelecer a propriedade-função, estabelecendo que ela tem que satisfazer as necessidades individuais do proprietário ao mesmo tempo em que satisfaz os interesses e necessidades da sociedade. Esta visão implica a evolução da propriedade no sentido social, uma transformação qualitativa do direito na sua realização concreta para a satisfação social.

A partir da edição do Código Civil, em 2002, inexistiu motivo de discussão acerca do interesse social que precisa ser satisfeito pela propriedade, pois esta necessidade social já foi suficientemente valorada pelo legislador. Sendo assim, o discurso se restringe, exclusivamente, ao aspecto jurídico, em saber tecnicamente qual situação jurídica suje-

tiva pode cumprir a função social e em que medida deve ser exercida tal função.

A função social do direito privado demonstra o caráter de ciência social da ciência jurídica, o caráter do direito como um fenômeno social. Mas não se pode limitar a definir a função social da propriedade como o complexo de deveres, obrigações e ônus, estabelecido pelo legislador, voltado à realização, através da propriedade, de um interesse público. A função social da propriedade, na atualidade, revela-se como o instrumento pelo qual uma comunidade dá um fôlego maior à propriedade privada, legalmente reconhecida, para tirar as vantagens adequadas. Orlando Gomes defende que, embora esta visão social, se trata de uma característica típica do sistema jurídico capitalista.

Dallari²²⁹ esclarece com maestria esta função social da propriedade:

O proprietário tem o dever de utilizar sua propriedade para dar cumprimento à função social a ela inerente, sendo permitido ao Poder Público instituir, por lei, a edificação ou utilização obrigatória, a espécie de uso necessário ou conveniente, gabaritos, índices de ocupação ou de aproveitamento de terrenos e outras medidas que assegurem a utilização ótima dos recursos financeiros, o bem-estar da coletividade, a preservação do patrimônio histórico e do meio ambiente e a melhoria da qualidade de vida das populações.

É consabido que a doutrina clássica do Direito Civil defende que o direito de propriedade se estabelece entre o titular do direito e a generalidade das pessoas, que têm a obrigação de não molestar o exercício de tal propriedade. Porém, atualmente, ao lado do dever jurídico das pessoas de se absterem de molestar o proprietário, há, também, o dever jurídico do próprio proprietário em exercitar esse seu direito de forma a atender às necessidades e interesses da comunidade onde vive. Esta situação não afasta o caráter subjetivo do direito de propriedade.

Caio Mário da Silva Pereira²³⁰ assim define esta situação:

A defesa do direito subjetivo não é forçosamente a expressão de extremado individualismo. Se é verdade que, nos dias presentes, a luta entre o direito social e o direito individual se decide pela vitória do primeiro e, por isto, inclina a balança para o lado daquela escola, é também verdade que o direito subjetivo não é expressão ilimitada do poder individual, capaz de se exercer com o sacrifício dos outros indivíduos ou de maneira absoluta. Com os temperamentos que a coexistência na sociedade lhe impõe, a idéia do direito subjetivo é inafastável para a explicação, mesmo em doutrina pura, de atividade do indivíduo em confronto com o direito objetivo.

A função social sobre o direito de propriedade se manifesta de três formas distintas: pela privação de determinadas faculdades do domínio; ou pela criação de um complexo de condições para que o titular possa exercer seus poderes; ou ainda pela obrigação de exercer certos direitos elementares do domínio. Quando não há o atendimento dos pressupostos no exercício do direito de propriedade, podendo acarretar, como

²²⁹ DALLARI, Adílson Abreu. Reforma urbana. In. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Problemas e reformas: subsídios para o debate constituinte*. Departamento Editorial da O-AB, 1988.

²³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 1, p. 23.

sanção, a carência de legitimação, justificando até mesmo a perda do bem sem qualquer indenização.

Embora todo o entendimento doutrinário no sentido da imediata aplicabilidade da norma constitucional que definiu a função social da propriedade, bem como a inserção no Código Civil atualmente em vigência no Brasil, desta exigência para o exercício da propriedade privada, é certo que ainda não foi implementada de fato a função social da propriedade.

É certo que, conforme dados do IBGE, o déficit habitacional do Brasil é de 6,6 milhões de unidades, sendo que mais de 80% deste déficit está concentrado nas famílias de baixa renda e nas regiões Norte e Nordeste do País. São milhões de pessoas que vivem em subabitações de forma desumana, conforme revela a ONG Moradia e Cidadania do RS.

A economia brasileira ainda funciona como uma máquina de concentração de renda. O subdesenvolvimento se revela justamente numa organização econômica em que tudo funciona para permitir que uma parcela da população copie os estilos de vida das economias centrais. Como no Brasil há uma renda *per capita* dez vezes menor que a média das economias centrais, o padrão de consumo dessas economias, de modo nenhum, pode ser generalizado no conjunto da população, revela Plínio de Arruda Sampaio Júnior, professor do Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas – Unicamp, SP.

Sem que se criem políticas públicas que se destinem a distribuir realmente a riqueza do Brasil, enfrentando todos os privilégios das classes dominantes, inexistente a possibilidade de concretização efetiva da função social da propriedade, pois ela está servindo, justamente, para propiciar a concentração de renda. Com os programas como Bolsa Família e Bolsa Escola são realizadas políticas compensatórias e não emancipatórias. As políticas compensatórias apenas atuam sobre o resultado do problema, não funcionando sobre a causa e não modificando as condições que geraram a situação problemática. Por isso não estão atendendo a nenhuma das efetivas necessidades da população despossuída, ou seja, que não detém propriedade.

Também não basta que seja consignado nos diplomas legais da nação o tema da função social da propriedade para que ela se verifique na prática brasileira. É preciso que as políticas públicas, instrumentos de efetivação dos direitos constitucional e legalmente garantidos, sejam implementadas para permitir a efetivação de tais direitos.

Porém ainda se verifica que não há um real interesse do Estado brasileiro no sentido de atuar sobre as causas do problema. Essa falta de inte-

resse está justamente porque a concentração de renda tem permitido a compensação da baixa capacidade de gasto do povo brasileiro. Conforme Ana Paula Ribeiro, em artigo publicado na Folha Online de 01/06/2005,

o Brasil tem a segunda pior distribuição de renda do mundo de acordo com o índice de Gini – criado pelo matemático italiano Conrad Gini, que mede a desigualdade de renda em valores de 0 (igualdade absoluta) a 1 (desigualdade absoluta). O índice do Brasil é de 0,60, sendo superado só por Serra Leoa (0,62). A Áustria é uma das nações que tem a melhor distribuição de renda do mundo (0,23). De acordo com a pesquisa, 1% dos brasileiros mais ricos – 1,7 milhão de pessoas – detém uma renda equivalente a da parcela formada pelos 50% mais pobres (86,5 milhões de pessoas).

A solução de todo este grave problema é a tomada de dois compromissos por toda a população brasileira, segundo Márcio Pochmann, na Folha Online de 01/06/2005:

o primeiro compromisso político é em torno do crescimento econômico. O Brasil precisa voltar a crescer a uma taxa de 6% a 7% ao ano, nos próximos dez anos, para combater o problema da pobreza e o desemprego. O segundo é o compromisso com um conjunto de reformas sociais: a reforma tributária (é preciso fazer com que os ricos paguem impostos); a reforma fundiária (uma reforma agrária para valer); a reforma política e uma reforma social que possibilite o desenvolvimento de um estágio de bem-estar social através de espaços públicos que atendam às necessidades da maior parte da população brasileira.

Por isso, em resumo, a simples consignação de disposições legais e constitucionais não perfectibiliza a realidade da função social da propriedade, que ainda não se viu implementada efetivamente no Brasil.

Considerações finais

Pelo que se depreende de tudo que aqui foi exposto, o Brasil tem um histórico e uma característica de economia liberal, a qual torna as propriedades invioláveis, ou seja, torna a propriedade, além de um direito, um poder absoluto do seu detentor.

As Ordenações portuguesas que vigoraram no Brasil até a edição do Código Civil de 1916 já possuíam tal visão que apenas foi referendada pelo novo ordenamento jurídico. Embora as novas Constituições que se sucederam ao Código já tenham tido um viés mais social para a propriedade, jamais geraram efeitos na prática, conquanto não havia

efetiva alteração na legislação infraconstitucional, o próprio Código Civil, que dava os parâmetros para os casos práticos.

Porém com o crescimento populacional e a necessidade crescente de ocupação de lugares para sua instalação, as pessoas, principalmente das camadas mais pobres da sociedade, viram como saída para sua vida a invasão de terrenos privados que se avizinhavam das cidades mas não tinham uma destinação específica dada por seus proprietário. Tal situação gerou uma nova emergência social, qual seja a efetivação da função social da propriedade.

Contudo, embora desde 1988 tenhamos na lei fundamental, a Carta Magna, a garantia da função social da propriedade, ela não havia conseguido atingir a legislação infraconstitucional. Apenas com a edição do Estatuto da Cidade, em 2001, e do o Código Civil, em 2002, foram estabelecidas bases e parâmetros pelos quais poderá se efetivar na prática a função social da propriedade.

Ainda que já tenhamos a garantia legal do fenômeno, o certo é que vivenciamos ainda uma situação de fato na qual o direito de propriedade vige mais do que o direito à propriedade, garantia de todos os cidadãos brasileiros. Não podemos entender que as leis criadas, num passe de mágica, realizem a transformação das mentes e da estrutura brasileira, certo é que, como ainda ocorre com outros direitos fundamentais dos cidadãos, a caminhada e a briga, a reivindicação, ainda está começando. É preciso que todos tomem consciência para que seja atingida sua efetivação.

Referências

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- CORRÊA, Antonio Celos di Munno. Uso do solo urbano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 646, 1989.
- COSTA, Celina Paulo Moreira da. *A constitucionalização do direito de propriedade privada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- DALLARI, Adílson Abreu. Reforma urbana. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Problemas e reformas: subsídios para o debate constituinte*. Departamento Editorial da OAB, 1988.
- FACHIN, L. E. A cidade nuclear e o direito periférico (reflexões sobre a propriedade urbana). *Revista dos Tribunais*, v. 743, p. 107-110, 1996.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 1.

———. O direito de propriedade e sua evolução. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 152, 1994.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da propriedade privada na ordem constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 1, 1993.

———. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Patrícia Schoerpf*

A afronta à liberdade do cidadão com a instituição da prisão civil por dívida tributária

Resumo: A Lei nº 8.866/94, no *status* de lei ordinária, que regulamenta a prisão civil por dívida tributária, equipara o sonegador fiscal a depositário infiel. Há a afronta direta ao direito humano fundamental da liberdade do cidadão e à Lei Maior. Primeiro, porque fere de morte a Carta Magna que proíbe a prisão civil por dívida, excetuadas as hipóteses de depositário infiel e de inadimplemento da obrigação alimentar. Segundo, porque o Pacto de San José de Costa Rica, recepcionado pelo sistema jurídico vigente, estabelece pela inaplicabilidade de pena privativa de liberdade, a título de prisão civil por dívida, mediante sanção de natureza penal ou civil. Terceiro, porque a Lei nº 8.866/94 cria a figura jurídico-tributária de depositário infiel tributário da Fazenda Pública, contrariando o Código Tributário Nacional. E, por último, impende repisar que o Fisco, diante de indícios veementes de crime fiscal, pode solicitar ao Poder Judiciário a aplicação do instituto da prisão preventiva. Desta feita, tem-se que os direitos humanos fundamentais são imprescindíveis e inalienáveis e devem ser assegurados e garantidos na lei formal e na prática estatal. Tudo, pela máxima efetividade destes direitos que a própria denominação já alude e estabelece: humanos e fundamentais.

Palavras-chave: Direito humano fundamental. Liberdade. Cidadão. Prisão civil por dívida tributária. Sonegador fiscal. Depositário infiel. Lei. Fazenda Pública.

Abstract: This article pays attention to the analysis of the unconstitutionality of Law nº 8.866, from April 11th, 1994, that instituted the civil prison for tributary debt. This analysis is made in three steps. First, this hurts the Federal Constitution of 1988. Second, the San José de Costa Rica agreement, where Brazil plays as a signatory country of this pact, establishes the inapplicability of privative penalty of freedom on a civil prison for debt, by means of sanction whatever it may be of penal or civil nature. Third, because Law nº 8.866/94 creates the juridical tributary figure of the disloyal tributary depository of Public Finances contesting, among others, the articles 109 and 110 from the National Tributary Code.

Key words: Unconstitutionality. Law. Civil prison for tributary debt. Federal Constitution of 1988. National tributary code.

* Advogada. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Professora de graduação e pós-graduação na UCS e FSG.

Introdução

O tema aqui proposto objetiva o estudo acerca do poder punitivo do Estado, pontuando sobre a ofensa à liberdade do cidadão, insculpida como direito humano fundamental, bem como a afronta direta à Constituição, com a instituição da prisão civil por dívida tributária.

Antônio Enrique Pérez Luño bem pontua a liberdade como o “[...] princípio aglutinador da luta pelos direitos humanos, desde o ponto de que durante muito tempo a idéia de liberdade, em suas diversas manifestações, se identificou com a própria noção de direitos humanos”.

O presente tema reveste-se de extrema importância no momento em que se analisa o tributo como um instrumento de política econômica, geradora de empregos e, de outro lado e ao mesmo tempo, como sendo a pesada carga tributária responsável pela crise econômica que assola o país, ressaltando-se, sempre, a intensificação do aumento da sonegação fiscal nos últimos anos e a ilegalidade da prisão civil por dívida como cerceamento da liberdade do cidadão.

21 **A liberdade *versus* prisão civil por dívida tributária *versus* Lei Maior**

No Estado Democrático de Direito, a liberdade é um direito humano fundamental do cidadão, assegurado pelo artigo 5º, *caput*, da Carta Magna.

Não existe direito humano mais relevante que o direito à vida. E o óbice à liberdade pessoal e à liberdade de locomoção, reflete, diretamente, no valor vida.

Na definição de Pérez Luño

os direitos humanos aparecem como um conjunto de faculdades ou instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional.²³¹

No entanto, para se assegurar o valor absoluto da liberdade é necessário limitar o poder punitivo do Estado.²³²

²³¹ In: LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 48-49.

²³² Segundo Luiz Luisi, a importância da Constituição para o direito penal é atuar como limitadora do Estado punitivo: “[...] Ou seja: de um lado nas Constituições contemporâneas

Predita limitação se instrumentaliza pelos meios jurídicos necessários, quais sejam: a Constituição Federal de 1988 e o Pacto de San José de Costa Rica, recepcionado no ordenamento jurídico pátrio através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.²³³

O Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 7º, por igual, determina que “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.²³⁴

Uma hipótese dessa limitação ao poder punitivo estatal se verifica, na situação peculiar da prisão civil, no nosso ordenamento constitucional, em seu artigo 5º, LXVII, que veda expressamente a prisão civil por dívida, exceto nas hipóteses de depositário infiel e de inadimplemento alimentar.

Portanto, só existem duas possibilidades constitucionais de prisão civil por dívida: a do depositário infiel e a do inadimplente por obrigação alimentar.

Diante dessa limitação constitucional, a questão foi amplamente discutida, não só pela doutrina quanto nos Tribunais, no que pertine à prisão civil por dívida tributária. Especialmente por efeito da criação da Lei ordinária nº 8.866, de 11 de abril de 1994, que veio regulamentar a matéria.

se fixam os limites do poder punitivo do Estado, resguardando as prerrogativas individuais; e de outro lado se inserem normas propulsoras do direito penal para novas matérias, de modo a fazê-lo um instrumento de tutela de bens cujo resguardo se faz indispensável para a consecução dos fins sociais do Estado”. In: LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 10. E, ao ver de Norberto Bobbio, “O problema fundamental do Estado constitucional moderno, que se desenvolve como antítese do Estado absoluto, é o problema dos limites do poder estatal” (BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 11).

²³³ “Todavia, apesar de as condutas lesivas ao Fisco merecerem o repúdio da sociedade, absolutamente não pode haver *abuso punitivo*”. In: CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 4. ed. rev. e ampl. de acordo com a Lei Complementar 87/96. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 310.

²³⁴ O Pacto de São José da Costa Rica, ou Decreto 678 de 6-11-1992, preceitua pela inaplicabilidade de pena privativa de liberdade, a título de sanção, seja ela de natureza penal ou civil. Ou seja, “[...] as regras consignadas no Pacto de São José da Costa Rica possuem, ao menos, força para revogar legislação ordinária em sentido contrário, vigente na época de sua recepção no ordenamento jurídico nacional”. E mais, pertine a direitos fundamentais e encontra fundamento no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988. In: DOBROWOLSKI, Sílvio. Crime de omissões de recolhimento de impostos e de contribuições – Aspectos constitucionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 86, n. 737, p. 465-466, mar. 1997.

A Lei nº 8.866, de 11 de abril de 1994 dispõe sobre o depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública e acolhe a possibilidade de prisão do devedor tributário. Perquire-se acerca de dois aspectos desta lei: da sua inconstitucionalidade e da afronta ao Pacto de San José de Costa Rica.²³⁵

²³⁵ A prisão de devedor tributário, propriamente dita, está prevista no artigo 4º, § 2º, da Lei nº 8.866/94: “Não recolhida nem depositada a importância, nos termos deste artigo, o juiz, nos 15 (quinze) dias seguintes à citação, decretará a prisão do depositário infiel, por período não superior a 90 (noventa) dias”.

Desta feita, primeiramente, deve-se conceituar a prisão civil, não se descuidando da idéia de que a mesma consiste em coação ilegal à liberdade de locomoção:

Prisão civil, assim, é a que se realiza no âmbito estritamente do Direito privado, interessando-nos, neste estudo, essencialmente, a que se consuma em razão de dívida impaga, ou seja, de um dever ou de uma obrigação descumprida e fundada em norma jurídica de natureza civil. [...] a prisão civil é o ato de constrangimento pessoal, autorizado por lei, mediante segregação celular, do devedor, para forçar o cumprimento de um determinado dever ou de uma determinada obrigação.²³⁶

Edmar Andrade Filho diz que

A prisão civil constitui um dos mecanismos legais de que dispõe o sujeito ativo da obrigação tributária, para compelir o devedor a satisfazer, na forma e no prazo legalmente definidos, o pagamento da exação tributária.²³⁷

Todavia, indigitado autor obtempera que

De acordo com o inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o cabimento da prisão civil é restrito às hipóteses de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel.²³⁸

A restrição do focado preceito constitucional é perfeitamente sustentável, pois o Fisco se utiliza da prisão civil como instrumento coativo para compelir o devedor tributário ao pagamento do tributo devido.

E não existe esfera mais intimidatória para o cidadão que a penal, vez mais, pela possibilidade de pena prisional, atentatória à vida e à liberdade pessoal e de locomoção.

22 **Caracteres, natureza jurídica e evolução histórico-constitucional da prisão civil por dívida tributária**

Em segundo lugar, parte-se para os caracteres, a natureza jurídica e uma breve evolução histórica e constitucional do instituto em voga.

²³⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Prisão civil por dívida*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 51.

²³⁷ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Direito penal tributário: crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 173.

²³⁸ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Op. cit.*, p. 173.

Estabelece Álvaro Villaça de Azevedo a distinção entre sanção penal e sanção civil, enquadrando a prisão civil na categoria de sanção civil e de meio coercitivo:

Assim, a maioria dos doutrinadores tem inclinado sua preferência por não considerar a prisão civil como pena.

[...]

A prisão penal está prevista na legislação criminal e é decretada quando os princípios reconhecidos por esta são ameaçados ou violados. Ela apresenta, fundamentalmente, o caráter de pena, de punição.

[...]

A prisão civil, ao contrário, não apresenta o caráter de pena, mas de meio coercitivo, imposto ao cumprimento de determinada obrigação. Essa obrigação, de natureza privada, vem regulada nas leis civis e comerciais.²³⁹

E conclui Villaça com a idéia de que “a prisão civil por dívida se oferece com caráter de sanção civil, como instrumento coercitivo para constranger ao cumprimento obrigacional, nos casos previstos em lei”.²⁴⁰

Luigi Mattiolo descreve as três fases históricas percorridas pelo “arresto pessoal”:

Na 1ª fase, a prisão civil por dívida teve caráter de servidão humana, “[...] em que a liberdade da pessoa era considerada como objeto de contratação, de alienação, de penhor, expresso ou tácito”. Enquanto que, na 2ª fase, teve caráter de aprisionamento privado ou público, “[...] em que a pena se confundia com a vingança”. E, por fim, quando o arresto “[...] tornou-se simples experiência de solvabilidade do devedor”, em que “[...] o arresto é usado contra o devedor com o fim de provocá-lo, de pressioná-lo, a despojar-se de seus derradeiros bens móveis e imóveis, etc.”²⁴¹

Conforme se pode perceber pela evolução constitucional, as Constituições de 1824, 1891 com as Emendas de 07-09-1926 e a Constituição de 1937 foram omissas quanto à prisão civil por dívida.

A Constituição de 1934 proibiu dita, expressamente, estabelecendo não haver prisão civil por dívidas, multas ou custas, enquanto que as Constituições de 1946 e 1967, com a Emenda Constitucional nº 01, de 1969, admitiram a prisão civil por dívida nos casos do depositário infiel e do responsável pelo inadimplemento alimentar. Comprometeu-se, dessa sorte, a liberdade no âmbito privado.

Enfim, a Carta Magna vigente, em seu art. 5º, LXVII, estabeleceu a impossibilidade de prisão civil por dívida, exceto nas hipóteses de

²³⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça de . Op. cit., p. 53.

²⁴⁰ Id., ibid., p. 53.

²⁴¹ MATTIROLO, Luigi. Apud AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Op. cit., p. 54.

responsável por inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

No âmbito da legislação infraconstitucional, a Lei nº 8.866, de 11 de abril de 1994, quis equiparar o depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública ao depositário infiel do âmbito do Direito Privado.

Objetivou o legislador, desta sorte, que o devedor de tributos se enquadre, pela interpretação ampliativa, como depositário infiel, figura jurídica inserta na Constituição que permite a prisão civil por dívida.

Ocorre que inexistente a relação jurídico-legal de contrato de depósito entre o Fisco e o contribuinte. A natureza desta relação é jurídico-tributária, no âmbito do Direito Público.

Com razão Álvaro Villaça de Azevedo ao sustentar que: “Pela exceção contida no texto constitucional, a prisão civil do devedor só pode recair sobre ele, se for, em verdade, depositário; não, meramente, equiparado a este, por qualquer lei ordinária”.²⁴²

A lição posta encontra albergue na própria definição de depósito, pois “O depósito necessário resulta do desempenho de uma obrigação legal (depósito legal) ou de circunstâncias emergenciais ou de calamidade pública com incêndio, inundação, naufrágio ou saque (depósito miserável)”.²⁴³

Salienta o exame da prisão do depositário infiel Amilton Bueno de Carvalho:

[...] Na verdade, é disposição injusta, pois se resume em prisão por dívida, o que é repelida por princípios de ordem supraconstitucional. Nos dias atuais é injustificável o aprisionamento do devedor.

[...]

[...] E não se argumente que a do depositário não o é por dívida, eis basta ele pagar o valor do bem para que não vá à prisão.²⁴⁴

A crítica de Villaça merece amparo na lição de Juary C. Silva: “Essa lei criou uma sistemática complexa de equiparação do retentor de valores de tributos ao depositário contratual, tido por lei como infiel quando não restitui os valores recebidos a título de depósito (art. 1287 do CC)”.²⁴⁵

²⁴² AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Op. cit., p. 117.

²⁴³ Id., ibid., p. 85.

²⁴⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de. Magistratura e mudança social: visão de um juiz de 1ª instância. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 49, p. 99, jul. 1990.

²⁴⁵ SILVA, Juary C. *Elementos de direito penal tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 257. Esclarece Edmar Andrade Filho melhor a idéia anterior, ao aduzir que: “Atualmente, em termos de legislação tributária ordinária, a matéria é regulada pelo art. 1º da Lei nº 8.866, de 11-4-1994, que considera depositário da Fazenda Pública, observado o disposto nos arts.

Entretanto, não há como equiparar o contribuinte *lato sensu*²⁴⁶ ao depositário infiel. Aquele, sujeito de relação de natureza jurídico-tributária. Este, integra relação jurídica de natureza civil e contratual:

A explicação de sua natureza, de não constituir pena, mas meio de coerção ao cumprimento obrigacional, não encontra razão no Direito privado, pois ser preso em razão de pena ou de coerção, como dito, é ser preso, é perder temporariamente a liberdade.

O Estado só tem direito de prender alguém, em relacionamento de Direito Público. No âmbito do Direito Penal, por exemplo, constringendo o cidadão perigoso ou pernicioso à segregação da sociedade; no Direito Administrativo, quando cometido crime contra a Administração da Justiça.²⁴⁷

A impropriedade de tal equiparação também é reconhecida por Roque Carrazza:

Ora, a Lei 8.866, de 11 de abril de 1994, equiparou ao depositário infiel justamente quem faz o contrário, ou seja, retém para si tributo que arrecadou de terceiro e que tinha o dever de entregar ao Tesouro.

Poderia ter feito isso sem atropelar direitos constitucionais? Entendemos que *não*.

É certo que o direito cria suas próprias realidades. Há, porém, limites constitucionais que ele não pode ignorar, sob pena de violação dos direitos e garantias constitucionais.

Pois bem, foi o que fez, a nosso sentir, a Lei 8.866/94 quando, para fins de prisão civil por dívidas, equiparou a *depositário infiel* quem nem de longe reveste esta condição jurídica. No caso, quem deixa de recolher aos cofres públicos tributos retidos ou recebidos de terceiros. Esta conduta, embora delituosa, não pode ser legalmente equiparada à do depositário infiel.²⁴⁸

1.282, I, e 1.283 do Código Civil, a pessoa, ou o representante da pessoa jurídica, a quem a legislação tributária ou previdenciária imponha a obrigação de reter ou receber de terceiro, e recolher aos cofres públicos, impostos, taxas e contribuições". In: ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Op. cit., p. 173.

²⁴⁶ O devedor, aqui, é o sujeito passivo da relação jurídico-tributária: o contribuinte ou o responsável (art. 121, do CTN). O contribuinte ou sujeito passivo direto é aquele que tem relação pessoal e direta com o fato gerador. Ao passo que o responsável ou sujeito passivo indireto, não tem relação pessoal e direta com o fato gerador, porém sua obrigação de pagamento decorre da lei.

²⁴⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Op. cit., p. 183.

²⁴⁸ CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 4. ed. rev. e ampl. de acordo com a Lei Complementar 87/96. São Paulo: Malheiros, 1998.

Ensina Lúcia Ribas coloca que a Lei nº 8.866/94 extravasa os limites da Lei Maior, revelando-se totalmente inconstitucional:

Tanto a doutrina como o próprio Supremo Tribunal Federal tratam a natureza jurídica da prisão civil como mero meio coercitivo para se obter a execução da obrigação alimentar ou de restituir o depósito, não sendo considerada pena restritiva da liberdade, decorrente de infração criminal.

A Lei 8.866, ao determinar que será considerado depositário infiel aquele que reter ou receber tributo e não repassá-lo, subverteu o conceito de depósito, formulado na legislação civil, e, por isso, em flagrante desrespeito à Constituição Federal.

[...]

Em conclusão, a Lei 8.866/94 é inconstitucional por impor prisão civil em circunstâncias fora dos limites do inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal.²⁴⁹

E a doutrina vai mais além, alertando para a gravidade da questão: “[...] a Lei nº 8.866/94 tentou subverter o conceito de depósito, formulado na legislação civil, criando, em consequência, hipótese de aplicação da prisão civil em flagrante desrespeito ao texto da Constituição Federal”.²⁵⁰

A prefalada lei ordinária quer, infundadamente, sobrepor-se ao Diploma maior. E, por igual, faz letra morta ao artigo 7 do Pacto de San José da Costa Rica (1969), assimilado pelo Brasil através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

A uma, pois que padece de inconstitucionalidade, quando colide com os direitos fundamentais do ser humano, da vida, da liberdade, consagrados no art. 5º, *caput*, da CF/88. Por igual, a Lei Maior veda a prisão civil por dívidas, exceto a do depositário infiel e a do inadimplemento voluntário e inescusável por alimentos:

A norma da Constituição que proíbe a prisão por dívida alberga o direito à liberdade, colocando-o em patamar superior ao direito de receber um crédito. Isto não quer dizer que o direito de receber um crédito restou sem proteção jurídica. Quer dizer que essa proteção não pode chegar ao ponto de sacrificar-se a liberdade corporal, a liberdade de ir e vir. Limita-se, pois, a proteção do direito de receber um crédito ao uso da ação destinada a privar o devedor de seus bens patrimoniais, a final desapropriados no processo de execução.²⁵¹

²⁴⁹ RIBAS, Lúcia Maria Lopes Rodrigues. *Questões relevantes de Direito Penal Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 87-88.

²⁵⁰ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Op. cit., p. 176.

²⁵¹ MACHADO, Hugo de Brito. Prisão civil por dívida tributária. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 23/98, caderno 03, p. 497, 1ª quinzena de dezembro de 1998.

A duas, porque constitui verdadeiro abuso contra as liberdades públicas, o que é corroborado por Hugo de Brito Machado:

Definir como crime o não-pagamento de uma dívida, e com isto contornar o obstáculo constitucional consubstanciado na norma que veda a prisão civil por dívida, constitui verdadeiro abuso contra as liberdades públicas, praticado pelo legislador, contra aquele que, no mais das vezes, em razão de circunstâncias alheias à sua vontade, deixa de pagar impostos.²⁵²

Entende Roland Raad Massoud que a pena prisional, em se tratando de ilícito tributário, possui natureza civil e protegendo o bem crédito tributário, viola o artigo 5º, LXVII, da CF/88. E acresce com a idéia da dupla inconstitucionalidade da Lei nº 8.866, de 11 de abril de 1994:

Pois bem. A lei maior veda expressamente a prisão civil por dívida. Todavia, o legislador ordinário fez editar, ao meu ver, legislação expressa em contrário. Essa norma revela-se, portanto, duplamente inconstitucional: a uma porque seu conteúdo dispõe em contrário ao preceito constitucional multicitado; a duas porque o instrumento adotado – a lei ordinária – não tem o condão de contrapor-se à norma constitucional, caracterizando-se neste caso a inconstitucionalidade formal.²⁵³

A três, a referida lei ordinária não fere só a Carta Magna como, também, contraria o próprio Código Tributário Nacional, em seu artigo 110:

A tese da inconstitucionalidade da lei nº 8.866/94, teria pouca ou nenhuma densidade jurídica, sem antes examinarmos a hipótese de que a referida lei pudesse ter pretendido revogar as disposições gerais sobre o contrato de depósito, contidas no Código Civil, criando disposição especial, aplicável apenas e tão somente no campo tributário.

[...]

Sendo a Lei nº 8.866/94, norma de índole tributária, a eventual tentativa de se criar a figura do depositário infiel tributário, por ficção legal, encontraria obstáculo intransponível no art. 110 do Código Tributário Nacional, etc.²⁵⁴

²⁵² Id., *ibid.*, p. 496-495.

²⁵³ MASSOUD, Roland Raad. As inconstitucionalidades da pena de prisão no direito tributário. In: *Revista dos Tribunais*, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, São Paulo, Editora RT, ano 4, n. 16, p. 209, jul./set. 1996.

²⁵⁴ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Op. cit.*, p. 177.

O artigo 110, do Código Tributário Nacional, é bem claro quando estabelece que:

A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Demais, o Código Tributário Nacional há que ser respeitado, principalmente, tanto no preceituado no artigo 110, quanto no artigo 109.²⁵⁵

É oportuna a exegese, no particular, feita por Aliomar Baleeiro:

É um erro supor que o art. 109 consagra a interpretação econômica (tomada no sentido de abandono das formas jurídicas). O art. 109 autoriza o legislador tributário a atribuir a um instituto de Direito Privado – dentro dos limites constitucionais existentes – efeitos tributários peculiares. E, se o legislador tributário não o fizer expressamente, não poderá o intérprete adaptar princípio ou instituto de Direito privado para aplicar-lhe efeitos tributários especiais.

Já o art. 110 proíbe ao próprio legislador ultrapassar aqueles limites postos na Constituição Federal, por via indireta, ou seja, por meio da informação e revisão do alcance daqueles mesmos institutos, conceitos e formas de Direito Privado.²⁵⁶

Portanto, com fulcro neste raciocínio, é imperioso concluir:

Ora, depositário infiel é conceito adotado pela Constituição Federal em sua significação comum, ordinária, mas jurídica, que não pode ser alterado pela legislação tributária.

Portanto, o legislador tributário não é inteiramente livre para construir hipótese de depositário infiel sem que haja a figura do depósito.

[...]

Assim, em conclusão, a Lei nº 8.866/94 é inconstitucional por impor prisão civil em circunstâncias fora dos quadrantes do inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal.²⁵⁷

²⁵⁵ Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

²⁵⁶ BALLEIRO, Aliomar. *Direito Tributário brasileiro*. 11. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 685.

²⁵⁷ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Op. cit., p. 178.

Assim, segundo Juary, quanto ao contribuinte se vislumbra que “[...] o legislador ainda procurou submetê-lo a uma modalidade cível de coerção, manipulando para isso conceitos de Direito Privado e afrontando a Constituição, por via oblíqua, porém juridicamente insustentável”.²⁵⁸

No que concerne ao Pacto de San José de Costa Rica, Zaffaroni e Pierangeli ressaltam a importância da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica (1969), por ter caráter universal e por estar sistematizado na Carta das Nações Unidas e na Organização dos Estados Americanos, o que significa que o direito penal positivo interno não pode colidir com o predito Pacto.²⁵⁹

O Brasil, já vinculado à Declaração Universal dos Direitos do Homem (10-12-1948) e membro da OEA (Organização dos Estados Americanos), só, posteriormente, corroborou os Pactos das Nações Unidas e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

²⁵⁸ SILVA, Juary C. *Elementos de Direito Penal Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998, p.

²⁵⁹ 261. ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Op. cit., p. 68.

Dita Declaração tem a sua obrigatoriedade jurídica reconhecida por todos os países que são seus membros e alberga os seguintes princípios: princípio de igualdade de todos perante a lei e a dignidade da pessoa de todo ser humano (arts. I e II); direito à vida, à segurança pessoal e à liberdade (art. III); ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado (art. IX); princípio da legalidade (art. XI, n. 2), princípio da humanidade (art. V); e, direito à privacidade ou intimidade (art. XII).²⁶⁰

De lembrar que o disposto no Pacto de São José da Costa Rica elimina a possibilidade de prisão civil, de constrição à liberdade de ir e vir, vez que foi incorporado ao nosso ordenamento jurídico:

[...] Integração do Pacto de São José da Costa Rica (decreto nº 678/92), no sistema protetivo dos direitos individuais, estabelecido na Constituição da República. Entendimento, de outra sorte, de que o aludido pacto revogou a norma geral do artigo 1.287, do Código Civil. Quebra, ainda, do denominado princípio da razoabilidade. Ordem concedida, por falta de justa causa para a ordem de prisão.²⁶¹

Bem Juary Silva refere que o Brasil é país membro e signatário do Pacto ou da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O mencionado Pacto considera os direitos essenciais do homem como atributos inerentes à pessoa humana e, inclusive, o ideal de todo ser humano de ser livre.

No artigo 7º da Declaração consta o direito à liberdade pessoal e, mais precisamente, a proibição de prisão por dívidas.

Demonstrou-se, alhures, que o contribuinte não é depositário infiel.

[...] Logo, não cabe a sua prisão à guisa de depositário, visto que o Direito Penal vigente na civilização ocidental veda a analogia contra o réu, e também porque a Constituição do Brasil não admite a prisão civil por dívidas, como regra.²⁶²

Admitir-se-ia, então, nas circunstâncias, a prisão provisória do direito processual penal, a denominada prisão preventiva do artigo 312, do Código de Processo Penal.

²⁶⁰ Id., *ibid.*, p. 136-137.

²⁶¹ Ac. da 7ª C. de Direito Público do TJ SP – mv – HC 096076-5/1 – Rel. designado Sérgio Pitombo – j. 05.04.99 – DJ SP I 13.08.99, p. 39 – ementa oficial. MACHADO, Hugo de Brito. Prisão por dívida tributária. *Repertório IOB de Jurisprudência*, caderno 3, 3/16520, p. 101, 1ª quinzena de março de 2000.

²⁶² SILVA, Juary C. Op. cit., p. 259.

Isto se justifica porque, quanto à prisão preventiva, “não há regra específica em relação à ordem tributária”.²⁶³

Aplica-se, então, as regras do Código de Processo Penal, especialmente, do art. 312.

Não obstante, a prisão preventiva poderá ser decretada, nas hipóteses de: garantia da ordem econômica; garantia da ordem pública; conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Em torno da questão, tece Alécio Lovatto argumentos que demandam aprofundado exame.

Primeiro. A garantia da ordem econômica não abrange a ordem tributária, pela natureza do delito.

Segundo. Não se preenchem os requisitos da prova da existência do crime e os indícios suficientes da autoria.²⁶⁴

Terceiro. A garantia da ordem pública “[...] É dos fatos concretos, dos elementos e da documentação acostada, inclusive de afirmativas e, especialmente, da conduta do denunciado ou indiciado, que deve decorrer a conclusão da necessidade de sua prisão. Não basta a natureza do delito, nem a existência de denúncia”.²⁶⁵

Quarto. A conveniência da instrução criminal é mais rara, pois a prova normalmente é documental.

Quinto. Para assegurar a aplicação da lei, deve haver algum elemento indicativo de “fuga”.²⁶⁶

Ressalte-se, contudo, que o *habeas corpus* tem cabimento contra prisão ilegal, quando não fundamentada a decisão que decretou a prisão preventiva ou, quando decretada de forma equivocada, pela ausência dos requisitos necessários.

Para Edmar Oliveira Andrade Filho, como já mencionado anteriormente, a Lei nº 8.866/94 incluiu, no art. 312, do CPP, a perturbação da ordem econômica entre os pressupostos da prisão preventiva.

²⁶³ LOVATTO, Alécio Adão. *Crimes tributários: aspectos criminais e processuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 165.

²⁶⁴ Id., *ibid.*, p. 165.

²⁶⁵ Id., *ibid.*, p. 167.

²⁶⁶ Id., *ibid.*, p. 167-168.

Porém, “A Lei nº 8.137/90 é silente quanto à possibilidade de decretar a prisão preventiva do agente que comete crime contra a ordem tributária, o que remete à regra geral hospedada no Código de Processo Penal”.²⁶⁷

²⁶⁷

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Op. cit., p. 157.

Como dito, para os crimes contra a ordem tributária, é cabível, na espécie, a prisão preventiva e, não, a prisão civil. E, mesmo assim, com as devidas cautelas.

Na pena de Edmar “A prisão preventiva, com efeito, à luz do novo Texto Constitucional, contrastando com a lei processual penal, somente pode ser decretada em circunstâncias excepcionais e com as cautelas devidas”.²⁶⁸

Ao trato da questão, sugere Álvaro Villaça de Azevedo um mecanismo de execução patrimonial sumaríssima, para a cobrança da dívida tributária inadimplida:

O juiz deverá, com devida urgência, determinar a citação do devedor, que deverá colocar à disposição da Justiça, imediatamente, seu patrimônio, enumerando-o, de acordo com a sua declaração de bens, junto ao Imposto sobre a Renda, inclusive outros, que eventualmente existam, anexando balancete discriminado, sob forma mercantil, de seu estado econômico-financeiro. Qualquer sonegação dolosa de bens pode ser declarada crime contra a Administração da justiça, com remessa de peças de processo ao MP, para abertura de inquérito judicial.

[...]

O devedor deverá cumprir sua obrigação ou oferecer bens à penhora, que serão imediatamente avaliados e leiloados, para satisfação do interesse creditício.²⁶⁹

Complementando-se a linha de pensamento de Villaça: ocorrendo o fato gerador da obrigação tributária, na forma do procedimento da espécie, exsurge o dever para o sujeito passivo tributário de recolher o respectivo tributo aos cofres do Fisco. Caso incoorra o pagamento, o Fisco providenciará a inscrição do crédito tributário em dívida ativa, para ingressar com Ação de Execução Fiscal que é uma sanção de natureza civil. E, caso houverem indícios de autoria e materialidade, por sonegação fiscal, o Ministério Público promoverá, por igual, a ação penal pública pertinente que é uma sanção de natureza penal.

Mesmo assim, a possibilidade de prisão civil por dívida tributária deveria ser totalmente repelida.

Com a prisão civil, o sujeito ativo de crime tributário não teria a possibilidade de quitar o valor devido, a título de tributo e consectários

²⁶⁸ Id., *ibid.*, p. 158.

²⁶⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Op. cit.*, p. 185.

legais ao Fisco. Estaria ele impossibilitado de exercer a sua atividade laborativa, em decorrência da privação de sua liberdade.

Conseqüentemente, haveria prejuízo tanto para o Fisco, quanto para o universo de contribuintes. Estar-se-ia criando ônus adicional para os demais contribuintes, ferindo de morte o princípio da igualdade e o direito humano fundamental da liberdade, pilares do Estado Democrático de Direito.

Considerações finais

No Estado de Direito, a conduta oficial deve inspirar certeza jurídica. Os atos administrativos e decisórios devem se assentar em fundamentos constitucionais e legais, sob pena de exercício arbitrário das próprias razões.

Por importante, tanto o poder tributante quanto o poder punitivo do Estado devem respeitar as limitações na Carta Magna, de maneira que os direitos humanos fundamentais do contribuinte e do homem-cidadão restem assegurados.

Imputar ao sujeito passivo uma penalização de caráter pessoal (sanção pessoal), como elemento inibidor, repressor ou de coação, por efeito de dívida de natureza tributária, é utilizar-se de instrumento coercitivo de cobrança, pela ordem jurídica, para a obtenção do bem juridicamente tutelado pelo Direito tributário, que é o crédito tributário.

Álvaro Villaça de Azevedo bem sustenta este entendimento, com as seguintes palavras:

Entendemos que, por ser essa a natureza da prisão civil por dívida, de meio coativo direto ou ativo, não à punição, mas para favorecer o cumprimento obrigacional, termina por violar direito da personalidade, pois, em sentido prático, ela constrange a pessoa, com a perda da liberdade, para proporcionar a realização de um interesse econômico.²⁷⁰

O direito à liberdade é direito fundamental, humano e inalienável do indivíduo e que deve ser resguardado, na sua íntegra.

A Lei nº 8866/94, – no *status* de lei ordinária, que regulamenta a prisão civil por dívida –, equiparando o sonegador fiscal a depositário infiel, fere diretamente a liberdade do cidadão. Configura, por tudo, ordenamento flagrantemente inconstitucional.

²⁷⁰ Id., *ibid.*, p. 55.

Primeiro, porque fere de morte a Constituição Federal de 1988 que proíbe a prisão civil por dívida, excetuadas as hipóteses de depositário infiel e inadimplemento da obrigação alimentar.

Segundo. O Pacto de San José de Costa Rica, recepcionado pelo sistema jurídico vigente, em que o Brasil figura como país signatário deste pacto, preceitua pela inaplicabilidade de pena privativa de liberdade, a título de prisão civil por dívida, mediante sanção, seja de natureza penal ou civil. O Pacto, pois, tem força, inclusive, para revogar legislação ordinária interna em contrário.

Terceiro, porque a Lei nº 8.866/94 cria a figura jurídico-tributária de depositário infiel tributário da Fazenda Pública, contrariando os artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional, que restou recepcionado pelo Estatuto Máximo na categoria de Lei Complementar.

Demais, o poder estatal, para desestimular determinadas condutas do sujeito passivo tributário, pretende criminalizá-las. O que não resolve o problema, visto que para a cobrança de tributos, o fisco deve se valer do mecanismo jurídico-legal de que já dispõe, qual seja: a Execução Fiscal. Deveria, sim, estabelecer políticas fiscais eficientes que atuassem na facilitação e no efetivo pagamento de dívidas tributárias inadimplidas.²⁷¹

Até porque, a pena privativa de liberdade é uma restrição a direitos e valores constitucionalmente assegurados, quais sejam: a vida e a liberdade. Pois, tanto os direitos humanos e fundamentais, quanto os princípios constitucionais servem como limites para a atuação estatal, onde o direito penal possa ser utilizado como instrumento de coação.²⁷²

²⁷¹ Por importante, questiona-se a política criminal, adotada no nosso país. A influência perniciosa que a política tem para o Estado e, conseqüentemente, para o meio social: A política criminal pode ser conceituada como “a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados, jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos” (ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1999, p. 132). Por outro lado, a política se faz necessária para a consecução dos ideais democráticos. Assim como no direito penal há uma política criminal que escolhe os bens, juridicamente tutelados, no direito tributário se tem uma política econômica tuteladora do crédito tributário, com função nitidamente arrecadatória. Demais, a Lei 8.866/94 se serve da prisão civil como um instrumento de coerção, com o objetivo de compelir o devedor a cumprir a obrigação tributária.

²⁷² Consoante Roland Massoud, a sonegação gera para o Fisco a eliminação de fonte de receitas e de tributos. Por efeito, o Estado fica sem fonte e a empresa não tem como pagar o seu tributo, pois o seu negócio já se tornou inviável (MASSOUD, Roland Raad. Op. cit., p. 202). Para o autor, deveriam ser criadas penas alternativas para os crimes tributários. Sugere, primeiramente, a reparação do dano com o pagamento do devido. Depois, a adoção da Teoria da desconsideração da pessoa jurídica ou *disregard*, recaindo a responsabilidade sobre a

O que ocorre, nos dias de hoje, é uma completa inversão de valores: os direitos humanos fundamentais são flagrantemente vulnerados e negados, por instrumentos coercitivos de cobrança, à disposição do Estado, fruto de uma produção legislativa equivocada. Quando, na verdade, existe o dever constitucional de abstenção por parte do Estado, a viabilizar a concretização de um direito humano fundamental.

Sem dúvida, o Estado Neoliberal deve passar por uma reestruturação voltada para os fins sociais, assegurando-se a todos o mínimo vital de sobrevivência. Hoje prepondera a ótica utilitarista do poder econômico. Posto que

Aqueles que são órgãos do Estado deveriam pensar em termos sociais, exprimir uma vontade determinada por exigências sociais e não pelas suas necessidades privadas e individuais, prover aos interesses sociais em vez de ter em conta os seus, como pessoa.²⁷³

Atualmente, a carga tributária brasileira, suportada pelo contribuinte *lato sensu*, é excessiva. O que conduz, muitas vezes e sem pretender fazer a defesa do sonegador criminoso, ao elevado índice de sonegação fiscal. Uma das soluções plausíveis seria a diminuição da carga tributária, para possibilitar, efetivamente, o pagamento, pelo universo de contribuintes, em consonância com o princípio constitucional tributário da igualdade tributária.

Desta feita, impende repisar que os direitos humanos fundamentais são imprescindíveis e inalienáveis, e devem ser assegurados e garantidos, não só na lei formal, como, também, na prática estatal.

Referências

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Direito penal tributário: crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Prisão civil por dívida*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BALLEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

pessoa física e seus bens. E, finalmente, a quebra do sigilo bancário, por ordem judicial, possibilitando, assim, o seqüestro no valor do que foi sonegado (MASSOUD, Roland Raad. Op. cit., p. 203-205).

²⁷³ PALLIERI, Op. cit., v. 1, p. 176.

- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant*. 4. ed. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 4. ed. rev. e ampl. de acordo com a Lei Complementar 87/96. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. Magistratura e mudança social: visão de um juiz de 1ª instância. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 49, p. 99, jul. 1990.
- DOBROWOLSKI, Sílvio. Crime de omissões de recolhimento de impostos e de contribuições – Aspectos Constitucionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 86, n. 737, p. 461-470, mar. 1997.
- LOVATTO, Alécio Adão. *Crimes tributários: aspectos criminais e processuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.
- MACHADO, Hugo de Brito. Prisão civil por dívida tributária. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 23/98, caderno 03, p. 497, 1ª quinzena de dezembro de 1998.
- . Prisão por dívida tributária. *Repertório IOB de Jurisprudência*, caderno 3, n. 3/16520, p. 101, 1ª quinzena de março de 2000.
- MASSOUD, Roland Raad. As inconstitucionalidades da pena de prisão no direito tributário. *Revista dos Tribunais*, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, São Paulo, Editora RT, ano 4, n. 16, p. 209, jul./set. 1996.
- PALLIERI, Giorgio Balladore. *A doutrina do Estado*. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. 1 e 2.
- RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. *Questões relevantes de Direito Penal Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17 ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 2, de 09-12-1999). São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Juary C. *Elementos de Direito Penal Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1999.

Albino César Moraes da Rosa*

A impugnação da coisa julgada inconstitucional: um novo perfil para a ação rescisória

Resumo: Este artigo pretende sugerir modificações na Ação Rescisória no intuito de adaptá-la ao enfrentamento de inconstitucionalidades presentes nas decisões judiciais cobertas pela Coisa Julgada.

Palavras-chave: Coisa julgada. Segurança jurídica. Princípios constitucionais. Processo civil. Ação rescisória.

Abstract: This article intends to suggest some modifications in the *Ação Rescisória* in order to adapt this action to fight unconstitutionality presents on judicial decisions covered by *Coisa Julgada*.

Key words: *Coisa Julgada*. Juridical security. Constitutional principles. Civil process. *Ação Rescisória*.

Introdução

Este trabalho tem o escopo de trazer a lume a questão da impugnação da coisa julgada inconstitucional, especificamente na apresentação da Ação Rescisória como a ação autônoma capaz de fazer frente a tal imperativo.

É relevante o problema porque é cediço que, mormente não seja a regra, há decisões²⁷⁴ judiciais inconstitucionais que são colocadas ao abrigo da coisa julgada, encontrando a resistência para a sua mutabili-

* Bacharel em Ciências Administrativas pela Fundação Educacional de Alegrete/Centro Integrado de Ensino Superior de Alegrete e Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade da Serra Gaúcha.

²⁷⁴ Neste artigo utilizaremos o termo decisão (gênero), porque entendemos que é mais adequado tecnicamente do que sentença (espécie), pois este se refere a sentença (decisão monocrática), ao acórdão (decisão colegiada dos tribunais), bem como à decisão interlocutória, que também pode ser objeto de Ação Rescisória, porquanto tenha cingido o mérito da questão.

dade em atenção ao instituto da segurança jurídica, evitando, como diz Maria Helena Diniz,²⁷⁵ “a anarquia, a lesão de direito e o descrédito da justiça”.

Acrescente-se que o Poder Judiciário tem aceitado algumas ações no sentido de impugnar a coisa julgada inconstitucional, como por exemplo a Ação Declaratória de Nulidade e a própria Ação Rescisória, não existindo deste modo uma harmonia processual, o que dificulta sobremaneira o trabalho dos operadores do direito que a esta tarefa se empenham.

Assim, tendo em vista que a Ação Rescisória é, por força legal, a ação impugnadora de decisões irrecorríveis, concluímos em apresentar algumas modificações na mesma no intuito de adaptá-la para o rompimento de decisões judiciais inconstitucionais irrecorríveis, não deixando dúvida quanto a esta possibilidade.

Não há, nos termos propostos, ao que nos parece, estudo semelhante. As abordagens ao tema têm tomado como base uma modificação doutrinária da coisa julgada, o que realmente escapa da aceitação geral dos operadores do direito, em face da *dicotomia segurança jurídica/coisa julgada*. Assim sendo, após alguma reflexão, chegamos a uma solução que aproveita a legislação já existente e a adapta para alcançar o propósito em destaque.

Como metodologia do nosso estudo nos valem da análise da Constituição Brasileira, do Código de Processo Civil e de obras doutrinárias pertinentes ao assunto. O método para a abordagem foi o hipotético-dedutivo, com elementos hermenêuticos.

23 **A coisa julgada inconstitucional**

Em meio aos anseios por uma sociedade mais segura em suas relações, a própria sociedade elaborou os regramentos para os fatos sociais que se apresentavam: as *leis*. Consuetudinárias ou escritas, passaram a reger as relações humanas, assegurando a sua aplicação para cada situação de fato. Esta aplicação consubstanciava-se em uma *decisão* imposta aos querelantes. Para efetivar estas decisões, evitando que novos humores não as desrespeitassem, eternizando as lides, uma ficção jurídica se

²⁷⁵ Apud NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 14.

impôs, provendo a segurança para as relações jurídicas: a *coisa julgada*. Deste modo, para assegurar a pacificação social, o que estava decidido, decidido estava, findando o litígio e estabelecendo a *segurança jurídica* através da imutabilidade da decisão judicial.

Com o aparecimento do Estado absolutista, recrudesceram as diferenças intersociais. Com as Revoluções Iluministas e com o surgimento das Constituições, os ideais de igualdade, legalidade e fraternidade se disseminaram. O Estado de Direito irrompeu em sua plenitude. A coisa julgada, ou a decisão da qual não cabe mais nenhum recurso, mereceu o amparo dos textos Constitucionais.

Todavia, esta mesma sociedade, gerida por um Estado onde predominava o Direito, formada por homens suscetíveis às paixões humanas, tornou-se mais um elemento desagregador, provendo a segurança mediante a diminuição dos direitos e garantias a que o homem se supõe merecedor.

O Estado Econômico de Direito²⁷⁶ que hoje vivenciamos, onde a democracia é um nicho mantenedor de lucros supranacionais, remexe as leis quase que instantaneamente às necessidades dos alforjes alienígenas, dando pouca importância ao resultado social amplo das medidas impostas e, até mesmo, ferindo Princípios Constitucionais (que são os comandos superiores e atemporais que explicitam e delimitam as aspirações de um povo enquanto Nação soberana) duramente conquistados através dos tempos e que se encontram estabelecidos ao longo de todo o texto da Carta Magna brasileira, cuja aplicação, em qualquer caso, é fundamental para a instituição e manutenção da cidadania e da dignidade da pessoa humana em um Estado Democrático de Direito, como foi estabelecido pelos constituintes de 1988 no Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil.

[...] destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...].

Assim, mesmo não sendo a regra, como já frisamos, o Judiciário, que é o Poder Republicano responsável pela prestação jurisdicional, através dos seus órgãos (Magistrados e Tribunais), oportuniza a descon sideração da Constituição em suas decisões, seja pela aplicação de norma inconstitucional ou pela negligência aos Princípios Constitucionais. Estas decisões irrecorríveis, prolatadas em desconformidade com a Constituição Federal, é que caracterizam a Coisa Julgada Inconstitucional.

A doutrina, que é favorável a não desconstituição destas decisões, acena com o instituto da segurança jurídica que, ao lado da coisa julgada, é um dos institutos basilares do sistema jurídico, direta ou indiretamente

²⁷⁶ Por Estado Econômico de Direito, entende-se o Estado em que se privilegiam as relações econômicas nacionais e supranacionais em detrimento do bem-estar da população.

preservados pela Constituição.²⁷⁷ A tese esposada por estes teóricos do Direito é de que a flexibilização da coisa julgada comprometeria a segurança jurídica à medida que a perspectiva de reavaliação das decisões judiciais irrecorríveis não traria fim às lides.

Todavia, em que pese a Constitucionalização dos institutos em comento, temos que ter em mente que nenhuma decisão judicial pode ser dada em desconformidade com a própria Constituição.

E ainda, lembrando o ensinamento do Ministro José Augusto Delgado,²⁷⁸ considerando os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, ao nos depararmos com dois Princípios Constitucionais em aparente contraposição, não resta dúvida de que deve ser aplicado o Princípio Constitucional que ofereça um resultado de maior amplitude na pacificação social, mais justo e ético, sem que para isto estejamos concorrendo para a anarquia, a lesão de direito e o descrédito da justiça.

Por fim, quando o julgador tiver que optar entre a justiça e a segurança jurídica, ele deve decidir por flexibilizar esta última, pois como bem destaca Cândido Rangel Dinamarco, “não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas”.²⁷⁹

Aliás, em uníssono com Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria,²⁸⁰ temos certeza de que em uma escala de justiça, não podemos pensar em “nada mais injusto do que uma decisão judicial contrária aos valores e Princípios consagrados na Constituição Federal”.

Deste modo, não é admissível, nem condizente com a qualidade assumida pela Nação brasileira, ao se constituir em um Estado Democrático de Direito, que o cidadão hipossuficiente frente ao órgão jurisdicionador seja prejudicado pela desatenção ao diploma maior, principalmente se esta afronta tiver origem no Poder Republicano que tem como uma das suas responsabilidades a guarda da Constituição.

24 **A ação rescisória como ação autônoma suficiente para investir contra a coisa julgada inconstitucional**

²⁷⁷ Artigo 5º, inciso XXXVI: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Tal preceito, inserido no artigo 5º da CF/1988, não confere um poder absoluto aos institutos indicados, mas, isto sim, imuniza-os de serem retirados do ordenamento jurídico, inclusive por força de Emenda Constitucional, conforme o artigo 60, § 4º, inciso IV.

²⁷⁸ Apud NASCIMENTO, op. cit., p. 114.

²⁷⁹ Id., ibid., p. 39.

²⁸⁰ Id., ibid., p. 147.

A decisão de mérito, irrecorrível, transitada em julgado, que faz lei entre as partes a que foi posta, tornando-se imutável, mas que muitas vezes encontra-se eivada de ilegalidade ou injustiça, pode ser modificada através da *Ação Rescisória*, que é prevista no Código de Processo Civil, nos artigos 485 a 495.

É necessário lembrar que a Ação Rescisória é ação autônoma, não se confundindo com recurso por duas razões singelas: a uma, pela sistematização do Código Processual Civil, pois os recursos estão elencados, *numerus clausulus*, nos incisos de I a VIII, do artigo 496, do digesto processual civil, e a Ação Rescisória não se encontra prevista em nenhum deles; a duas, pelo fim a que se destinam, pois os recursos atacam decisões que ainda não estão cobertas pela coisa julgada material, motivo exatamente inverso ao da Ação Rescisória, que somente é admitida quando a decisão de mérito for irrecorrível.²⁸¹

Como já vimos acima, se a decisão macular a Constituição, ou se a mesma for dada havendo inconstitucionalidade pendente de reconhecimento, ou ainda, se a decisão violar Princípio Constitucional, não há, na legislação vigente, um remédio legal ordinário a ser oposto contra a *inconstitucionalidade da coisa julgada*.

Algumas ações autônomas têm sido propostas para o enfrentamento da coisa julgada inconstitucional. Cândido Rangel Dinamarco cita, como exemplos, a Ação Declaratória de Nulidade, a Ação Declaratória de Nulidade Absoluta e Insanável da Sentença e a Ação Declaratória Negativa de Certeza.²⁸²

Neste mister tem sido utilizada, inclusive, a própria Ação Rescisória, postulando que determinada lei, que tenha servido de substrato à decisão objeto da rescisão, já tenha sido declarada inconstitucional por algum tribunal,²⁸³ o que tem sido rechaçado pelos Tribunais Superiores em virtude da Súmula nº 343, do Supremo Tribunal Federal, que adverte não caber Ação Rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

Destarte, o entendimento prevalente no Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de somente admitir a rescisória, afastando-se a aplicação da Súmula 343/STF, quando a Suprema Corte vier a declarar, em sede de

²⁸¹ O Supremo Tribunal Federal entende que esta irrecorribilidade não é absoluta, pois admite a interposição da Ação Rescisória contra decisão que tenha transitado em julgado, mas que ainda admita recurso. É o teor da Súmula nº 514 – Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotado todos os recursos.

²⁸² Apud NASCIMENTO, op. cit., p. 56, 70-71.

²⁸³ Na inteligência do inciso V, do artigo 485, do Código de Processo Civil, que permite a rescisão da sentença quando esta violar literal disposição de lei.

controle concentrado, a inconstitucionalidade do dispositivo legal aplicado pela decisão rescindenda, ou, ainda, quando a lei declarada inconstitucional no controle difuso tiver a sua eficácia suspensa pelo Senado Federal, quando então passa a operar efeitos erga omnes (Recurso Especial nº 687319/SC, 2004/0130904-2, 2ª Turma do STJ, Rel. Min. Castro Meira. j. 16.12.2004, unânime, DJ 16.05.2005).²⁸⁴

Assim, na busca por uma ação autônoma capaz de destituir a coisa julgada inconstitucional, concluímos por algumas *modificações na própria Ação Rescisória*, capacitando-a para esse fim. A seguir buscamos esclarecer as alterações por nós propostas:

a) Porquanto entendemos que o termo decisão (gênero), é mais adequado tecnicamente do que sentença (espécie), pois este se refere tanto a sentença (decisão monocrática), quanto ao acórdão (decisão colegiada dos tribunais), bem como à decisão interlocutória de mérito, e considerando que a coisa julgada inconstitucional pode estar plasmada em qualquer uma destas decisões, propomos, no Título IX – Do Processo nos Tribunais, Capítulo IV – Da Ação Rescisória, artigo 485, *caput*, do Código de Processo Civil, a aplicação do termo genérico “decisão”:

Redação atual: Capítulo IV – Da ação rescisória Art. 485. A <i>sentença</i> de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:	Proposta de alteração: Capítulo IV – Da ação rescisória Art. 485. A <i>decisão</i> de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
--	---

b) Considerando que a Ação Rescisória pode ser oposta contra decisões de Juízes, Desembargadores, Ministros dos Tribunais Superiores, e, inclusive Ministros do Supremo Tribunal Federal, propomos a substituição do termo “juiz”, empregada no artigo 485, inciso I, pela de “jugador”, mais adequada genericamente. Assim postulamos a seguinte modificação:

Redação atual: Art. 485. [...] I – se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do <i>juiz</i> ;	Proposta de alteração: Art. 485. [...] I – se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do <i>jugador</i> ;
---	--

²⁸⁴

JURIS PLENUM, Caxias do Sul, Plenum, v. 1, n. 85, nov./dez. 2005. 2 CD-ROM.

c) Propomos a modificação no artigo 485, inciso II, pelo mesmo princípio e fundamento expostos na letra “b” anterior:

Redação atual: Art. 485. [...] II – proferida por <i>juiz</i> impedido ou absolutamente incompetente;	Proposta de alteração: Art. 485. [...] II – proferida por <i>jugador</i> impedido ou absolutamente incompetente;
--	---

d) O atual artigo 485, inciso VII, prevê a possibilidade de demandar a Ação Rescisória apenas no caso de o autor obter documento novo após a prolação da sentença. No entanto, o processo civil já há algum tempo deixou de se ater exclusivamente à verdade formal, cuja ferramenta principal se consubstanciava nas preclusões procedimentais. Hoje, o moderno processo busca determinar a verdade real, na extensa oportunidade de produção de provas, dentro do Princípio da ampla defesa e do contraditório, especialmente nas ações manejadas no intuito de assegurar direitos indisponíveis.

Deste modo, pensamos que o instituto deva ser dilatado, dando atenção, também, à prova testemunhal (que, não tendo sido trazida aos autos, por ter a sua existência ignorada, ou por outra motivação, poderia ter influenciado, decisivamente, no sentir do julgador) e, principalmente, à prova pericial, em virtude do avanço dos diagnósticos trazidos pela ciência (no Direito de Família isto fica bem evidente: o que dizer a uma criança que teve a sua filiação negada erroneamente, ou a um pai que teve a paternidade assegurada incorretamente, com base em antigos exames praticados, como o do ABO, em face da atual existência do exame de DNA). Nesse sentido, Dinamarco aduz que “do contrário a coisa julgada estaria privando alguém de ter como pai àquele que realmente o é, ou impondo a alguém um suposto filho que realmente não o é (infração ao disposto no art. 1º, incs. I-II, da Constituição Federal)”.²⁸⁵

O Código Civil prevê casos em que a demanda é imprescritível (“art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.”), ou a possibilidade de alteração de registros pessoais com a condição de prova de erro ou falsidade (“art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.”), ou, ainda, a oportunidade de realização de prova admissível em direito, na existência de outros indícios (“art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito.”).

Portanto, como defende o Ministro José Augusto Delgado ao consagrar que “a carga imperativa da coisa julgada pode ser revista, em qualquer tempo, quando eivada de vícios graves e produza conseqüências que alterem o estado natural das coisas [...]”,²⁸⁶ nos casos extremos em que a

²⁸⁵ Apud NASCIMENTO, op. cit., p. 67.

²⁸⁶ Apud id., *ibid.*, p. 113.

falta de uma prova eficaz pode se traduzir em uma decisão equivocada, ao tempo da mesma, nos parece lógico a adoção do instituto da imprescritibilidade nos casos em que estamos diante de direitos indisponíveis.

Destarte, propomos que o referido inciso tenha a seguinte redação e que, apenas nos casos que versem sobre direitos indisponíveis, o direito de ação seja imprescritível (conforme especificado na letra “p” abaixo), mantendo-se, para os direitos disponíveis, o prazo ordinário de dois anos:

<p>Redação atual: Art. 485. [...] VII – depois da <i>sentença</i>, o autor obtiver <i>documento novo</i>, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;</p>	<p>Proposta de alteração: Art. 485. [...] VII – depois da <i>decisão</i>, o autor obtiver <i>nova prova documental, testemunhal ou pericial</i>, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;</p>
---	--

e) Propomos a modificação no artigo 485, inciso VIII, pelo mesmo princípio e fundamento expostos na letra “a” anterior:

<p>Redação atual: Art. 485. [...] VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a <i>sentença</i>;</p>	<p>Proposta de alteração: Art. 485. [...] VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a <i>decisão</i>;</p>
---	--

f) Na possibilidade de que no fundamento da decisão revestida pela coisa julgada tenha sido aplicada ou interpretada, ainda que tacitamente, alguma lei ou ato normativo que já tivessem sido declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, propomos a inclusão, no artigo 485, do digesto processual civil, do inciso X, para que a Ação Rescisória possa ser intentada neste caso, no prazo ordinário, que é de dois anos a ser contado do trânsito em julgado da decisão irrecorrível:²⁸⁷

<p>Redação atual:</p>	<p>Proposta:</p>
------------------------------	-------------------------

²⁸⁷ Nossa proposta de inclusão dos incisos X, XI e XII, teve como ponto de partida o texto da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, que introduziu o seguinte parágrafo único no artigo 471, do CPC: Parágrafo único: Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considerava-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

Não há correspondência.	Art. 485. [...] <i>X – expressa ou tacitamente tiver sido aplicada ou interpretada, como fundamento da mesma, lei ou ato normativo já declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal;</i>
-------------------------	--

Aspectos processuais da alienação fiduciária de bens imóveis

Resumo: A Lei nº 9.514, de 22 de novembro de 1997, introduziu no sistema legal brasileiro importante e inovadora forma de garantia aos financiamentos oriundos do mercado imobiliário: a alienação fiduciária em garantia. O objetivo deste artigo é confrontar, através do método dialético, as inovações trazidas pela recente Lei com o ordenamento processual vigente, na tentativa de dissipar dúvidas resultantes de sua cada vez mais recorrente utilização, como a constitucionalidade do procedimento extrajudicial que lhe é peculiar; as motivações e conseqüências da ação de reintegração de posse; e, a obrigação pelo pagamento das obrigações inerentes ao imóvel dado em garantia.

Palavras-chave: Alienação fiduciária. Lei nº 9.514/97. Reintegração de posse.

Extracto: La Ley 9.514, de 22 de noviembre de 1997, introdujo en el sistema legal brasileño una importante e innovadora forma de garantía a los financiamientos oriundos del mercado inmobiliario: la alineación fiduciaria en garantía. El objetivo de este artículo es confrontar, por medio del método dialéctico, las innovaciones traídas por la reciente Ley con el ordenamiento procesal vigente, en una tentativa de disipar dudas que resulten de suya cada vez más recorrente utilización, como la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial, que le es peculiar; las motivaciones y consecuencias de la acción de reintegración de pose; y la obligación por el pagamiento de las obligaciones inherentes al inmueble ofertado en garantía.

Palabras-claves: Alienación fiduciaria. Ley 9.514/97. Reintegración de pose.

Introdução

A alienação fiduciária de bens imóveis, embora prevista pela Lei nº 9.514, de 22 de novembro de 1997, é matéria novíssima perante os egrégios Tribunais, tanto Estaduais quanto Superiores, razão pela qual os seus reflexos perante a gama legislativa brasileira instigam estudos reflexivos acerca de sua utilização.

Para a erudição do problema as fontes foram preponderantemente bibliográficas de forma a apresentar a transposição de pensamento dos vários estudiosos da Lei nº 9.514/97 em seus mais diversos ramos de atuação, dentre os quais catedráticos, registradores, advogados e magis-

* Advogado. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade da Serra Gaúcha.
E-mail: alexandercanale@terra.com.br.

trados, tudo com o intuito de propiciar o bom entendimento e a concretização de opiniões a respeito do tema.

Em um primeiro momento, o estudo versa sobre o aspecto histórico da alienação fiduciária, sucedido da conceituação da propriedade fiduciária, o que se torna imprescindível para a compreensão do problema, havendo a discussão dos aspectos constitucionais de validade da norma e, por fim, compreensões e problemas acerca da reintegração de posse do imóvel garantidor da dívida.

O estudo da Lei nº 9.514/97, que em primeiro plano pode ser esgotado em poucas linhas, reserva inúmeras dificuldades cuja tentativa de

apresentação de solução serão vistas a seguir. A simples possibilidade de realização de leilões extrajudiciais prevista pelo artigo 27 da norma citada, sem qualquer subserviência à tutela estatal, provoca debates acirrados na doutrina – como exemplo as críticas ferrenhas e incisivas de Adroaldo Fabrício Furtado ao adjetivar a Lei como modelo lastimável em contrapartida do pensamento de Afrânio Carlos Camargo Dantzger que a classifica de perfeitamente constitucional por não afastar em momento algum a apreciação do Poder Judiciário – e nos julgados de todas as instâncias, o que justifica o estudo aprofundado do problema de forma a colidir as posições antagônicas na tentativa de extrair conceitos que possibilitem a melhor definição do tema.

25 **Da alienação fiduciária de bens imóveis**

Ante o enfraquecimento das tradicionais garantias e aliado à industrialização e conseqüente necessidade de simplificação do acesso ao crédito direto ao consumidor para compra de bens de consumo duráveis na segunda metade da década de sessenta, surgiu, através da Lei nº 4.728/65, a alienação fiduciária em garantia no mercado de capitais, que retirava do patrimônio do devedor o bem financiado até a solução da dívida, a qual ganhou autonomia através do Dec. Lei nº 911/69, de 1º de outubro de 1969, que estabeleceu os procedimentos judiciais para a retomada do bem através da ação de busca e apreensão.

Em razão de serem inviáveis as garantias reais até então existentes, foi necessário instruir o ordenamento jurídico com ferramentas que resguardassem os interesses do credor sem, no entanto, dificultar o devedor

no pagamento da obrigação principal, possibilitando-lhe a fruição do bem, já que este possuía a posse direta do bem, permanecendo aquele com a propriedade fiduciária do mesmo.²⁸⁸

Com a constatação da eficácia da alienação fiduciária em bens móveis, prevista no Dec. Lei nº 911/69; dos resultados obtidos pela utilização do Decreto Lei nº 70, de 21 de novembro de 1996; e, ante a necessidade de impulsionar o mercado imobiliário, foi promulgada em 20 de novembro de 1997, a Lei nº 9.514, que institui, dentro do Sistema de Financiamento Imobiliário, mais uma forma de garantia real, a alienação fiduciária de bens imóveis.

A finalidade principal da garantia real instituída é contribuir para a agilização e duração do fluxo do retorno do capital aplicado e aumentar as possibilidades de escolha de garantias reais, sem substituir, no entanto, a diferida, e por vezes ineficaz, garantia hipotecária que até então era majoritariamente utilizada pelos credores imobiliários sem, no entanto, ter a eficácia esperada. Conforme elucida Mezzari:

A hipoteca, embora inegável e seguro instrumento de garantia, é impotente ante os créditos privilegiados, como por exemplo os trabalhistas, fiscais, previdenciários; e o imóvel hipotecado não se forra à inclusão na massa falida.²⁸⁹

Em simples conceituação, Chalhub esclarece de forma precisa a distinção e vantagem da alienação fiduciária em garantia da hipoteca: “Em suma, enquanto a hipoteca é um direito real em coisa alheia, a propriedade fiduciária é um direito real em coisa própria”.²⁹⁰

Certamente, a Lei nº 9.514/97 e em especial a alienação fiduciária de bens imóveis, surgiu para atender aos interesses do credor, de forma a facilitar-lhe a retomada do crédito em caso de inadimplemento das obrigações contratadas, já que permanece este com a propriedade fiduciária do bem enquanto o devedor assume tão somente a posição de possuidor direto com direito à fruição.

O art. 22, da Lei nº 9.514/97, conceitua a alienação fiduciária como “um negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com escopo de

²⁸⁸ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 34.

²⁸⁹ MEZZARI, Mario Pazutti. *Alienação fiduciária da Lei nº 9.514, de 20-11-1997*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 8.

²⁹⁰ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 196.

garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa Imóvel”, o que é, para Caio Mário da Silva Pereira,

“a transferência, ao credor, do domínio e posse indireta de uma coisa, independentemente de sua tradição efetiva, em garantia do pagamento de obrigação a que acede, resolvendo-se o direito do adquirente com a solução da dívida garantida”.²⁹¹

Importante ressaltar que a constituição de garantia fiduciária é contrato acessório, na forma do art. 1.359, do Código Civil Brasileiro, que institui que “resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possui ou detenha”, estando notadamente vinculada a um contrato de mútuo que se adimplido, acabará por extinguir a garantia.

Imprescindível destacar, porém, que a propriedade fiduciária para efeitos de garantia somente terá efeito somente quando levado o contrato de garantia ao competente registro imobiliário, conforme acentua o art. 23, do ordenamento em questão.

26 Da propriedade fiduciária

No entender de Dantzger a “propriedade resolúvel ou fiduciária é aquela cujo ato de transmissão da propriedade é inserta uma condição que modifica a irrevogabilidade da propriedade transmitida, que se torna revogável, isto é, extingue-se, quando verificada a condição resolutiva”.²⁹²

Em outras palavras, pode-se concluir que é a transmissão do domínio do bem imóvel ao credor fiduciário até o adimplemento da obrigação assumida no contrato, quando então, em razão da extinção da dívida, revoga-se a propriedade fiduciária retornando o bem ao patrimônio do não mais devedor fiduciante.

Não de outra forma pensa Lima:

A propriedade fiduciária imobiliária é um direito real típico, sob a modalidade especial de propriedade limitada, diferenciando-se dos demais direitos

²⁹¹ Apud MEZZARI, op. cit., p. 12.

²⁹² DANTZGER, Afranio Carlos Camargo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. São Paulo: Método, 2005, p. 46.

reais de garantia, tais como, o penhor, a hipoteca e a anticrese, porque naquele há a transferência da propriedade para o credor fiduciário enquanto durar a obrigação principal, ao passo que nas demais garantias reais, a propriedade do objeto da garantia permanece com o devedor, sendo que, em algumas vezes o que existe é a transferência ao credor da posse do bem.²⁹³

²⁹³

LIMA, op. cit., p. 68.

Segue o professor explicando que a propriedade fiduciária pode ser vista como um direito resolúvel, em razão do art. 33, da Lei nº 9.514/97 estabelecer a aplicação dos arts. 1.359 e 1360, do Código Civil Brasileiro, porém de efeitos limitados, já que enquanto durar a obrigação principal da qual a propriedade fiduciária é acessória, não há a presença de todas as faculdades relativas ao domínio, o que faz a alienação fiduciária de bens imóveis em garantia ser considerada direito real totalmente inovador, não encontrando similitude nos ordenamentos jurídicos modernos.

Por fim, Wandscheer constata que “da dinâmica delineada pela lei, que a alienação fiduciária em garantia consiste na transferência, efetuada pelo credor ao devedor, da propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem imóvel, no intuito de garantir o cumprimento de uma dívida”.²⁹⁴

27 Do inadimplemento da obrigação principal

Assim, em linhas gerais, a propriedade fiduciária é constituída quando o contrato de alienação fiduciária em garantia é levado ao registro junto ao Ofício Imobiliário, acarretando neste momento na transferência da propriedade do bem imóvel ao credor fiduciário enquanto houver o adimplemento da obrigação assumida pelo devedor fiduciante.

Caso ocorra o inadimplemento da obrigação principal, a Lei nº 9.514/97 é taxativa ao apresentar o rito a ser seguido para a utilização da garantia fiduciária ofertada pelo devedor inadimplente. O art. 26 do ordenamento permite a consolidação da propriedade fiduciária desde que constituído em mora o devedor fiduciante através de intimação pessoal procedida pelo Ofício Imobiliário para que este efetue a purga da mora, sendo que em havendo o pagamento convalescerá o contrato, porém, em não havendo, consolidar-se-á a propriedade em favor do credor fiduciário através de averbação na matrícula do imóvel.

Contudo, em não obstante a consolidação da propriedade, esta ainda não será plena, sendo impreterível a realização dos procedimentos previstos no art. 27, da Lei nº 9.514/97, no prazo de trinta dias, com a

²⁹⁴ WANDSCHEER, Clayton Cesar. Alienação fiduciária de imóveis em garantia. Taubaté, 2001. Disponível em: <www.neofito.com.br/artigos/art01/civil45.htm>. Acesso em: 8 abr. 2006.

publicação de edital único e a realização dos leilões públicos dos bens ofertados em garantia fiduciária.

Frederico Lima explica que a propriedade ora consolidada ao credor fiduciário é limitada para efeitos de garantia, não podendo este dispor do bem como se titular exclusivo do domínio.²⁹⁵

Com a realização dos públicos leilões extrajudiciais, o primeiro pelo lance mínimo para arrematação o correspondente à avaliação do imóvel;

e o segundo pelo valor da dívida; em ambos os casos acrescidos do valor das despesas vinculadas.

Em havendo arrematante e o lance ofertado for superior ao valor da dívida, a importância que sobejar após a dedução da dívida e despesas será entregue ao devedor fiduciário, considerando-se nela compreendido o valor de indenização de eventuais benfeitorias.

Contudo, ante a inexistência de arrematante, a propriedade consolidar-se-á em definitivo em favor do credor fiduciário, não sendo mais fiduciária e limitada, mas sim plena, devendo o credor emitir e enviar ao devedor o respectivo termo de quitação da obrigação, a qual será considerada extinta em todos os seus termos.

Com a consolidação da propriedade plena em favor do credor em razão da ausência de licitantes haverá a quitação da dívida independente do seu valor, o que importa dizer que se esta for maior do que a avaliação do imóvel, o credor não poderá buscar outros meios para a cobrança do saldo. Da mesma forma ocorre quando o valor da dívida for menor do que aquele de avaliação.

28 **Da constitucionalidade dos leilões extrajudiciais**

Quando da promulgação da Lei nº 9.514/97 debates acirrados eram travados por doutrinadores acerca da constitucionalidade do texto legal, uma vez que autoriza a realização de leilões sem a interferência da tutela jurisdicional do Estado. Quase uma década após, os embates tornaram-se menos combativos, inclusive com a apreciação de situações fáticas pelo Poder Judiciário.

Os defensores da inconstitucionalidade da Lei nº 9.514/97, argumentam que ao não serem submetidos ao Poder Judiciário, os procedimentos previstos em Lei afrontam os princípios constitucionais do de-

²⁹⁵ LIMA, op. cit., p. 134.

vido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, inviabilizando ao devedor a cognição plena exigida pela norma constitucional.

Em primeira análise, a Lei nº 9.514/97 não veda o acesso ao Poder Judiciário para dirimir as dúvidas inerentes do contrato com constituição de alienação fiduciária em garantia, não proporcionando assim mácula alguma aos princípios constitucionais previstos no art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal.

Pondera Terra que a Lei nº 9.514/97 seria inconstitucional caso vedasse ao devedor o direito de ingressar com demanda judicial para controverter qualquer ponto dos contratos firmados e do procedimento decorrente do inadimplemento. Em suas palavras:

Muito se discutirá a respeito dos aspectos constitucionais do leilão extrajudicial, razão pela qual manifesto, de pronto, minha opinião pela absoluta compatibilidade do procedimento em tela com os ditames da Constituição Federal, por respeitar as garantias individuais de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (art. 5º, inciso XXXV) e de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV).²⁹⁶

Em não havendo qualquer impeditivo para que o devedor fiduciante obtenha a cognição plena através do processo ordinário objetivando a revisão dos contratos firmados, da mesma forma não estará obstada o acesso ao judiciário caso não sejam respeitados os procedimentos previstos em Lei para a efetivação dos leilões extrajudiciais, na forma pensada por Dinamarco:

O recurso ao controle jurisdicional é admissível em dois momentos e com duas finalidades fundamentais. Logo no início, quando da notificação para purgar a mora ou durante o procedimento perante o registro imobiliário destinado a esse fim (Lei 9.514, de 20.11.1997, art. 26 e parágrafos), é lícito ao devedor fiduciante impugnar em juízo as exigências do credor (por exemplo, negando a mora) ou mesmo a regularidade do procedimento. Depois, sem prejuízo de trazer à discussão o próprio registro que haja sido feito na matrícula imobiliária (lei cit., art. 26, §7º), poderá ele discutir em juízo o valor da venda efetuada em leilão (art.27). Tudo com apoio da promessa constitucional de acesso à Justiça, que a lei não arreda nem poderia arredar (CF, art. 5º, inciso XXXV).²⁹⁷

²⁹⁶ TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóvel em garantia – Lei 9.514/1997, primeiras linhas*. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 54.

²⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 2, p. 1.280.

A matéria em estudo já foi analisada pelos Tribunais Estaduais com a declaração de legalidade dos leilões extrajudiciais, *in verbis*:

Não se vislumbra qualquer indício de inconstitucionalidade na Lei 9.514/1997, regulando o sistema financeiro imobiliário, facultando-se à parte a exposição dos motivos da controvérsia sob todas as formas admitidas em direito, em estrita observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.²⁹⁸

Ainda que não tenha sido apreciada a constitucionalidade da Lei nº 9.514/97 pelo Supremo Tribunal Federal, este órgão já se manifestou acerca da alienação fiduciária de bens móveis prevista no Dec. Lei nº 911/69, declarando-o perfeitamente constitucional, conforme ementa:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. Recurso extraordinário de que não se conhece, por não se configurar a alegada incompatibilidade entre o disposto nos itens XXXVII e LV do art. 5º da Constituição e o procedimento estabelecido pelo Decreto-Lei nº 911/69.²⁹⁹

A Lei nº 9.514/97 foi de tal forma engendrada com o intuito de garantir a satisfação do crédito que ao devedor fiduciante sequer é possibilitada a alegação de privação de seus bens sem o devido processo legal vez que o imóvel alienado fiduciariamente pertence à credora fiduciária, sendo esta titular do domínio e aquele possuidor com expectativa de se tornar proprietário pleno quando do cumprimento da obrigação.

29 Da reintegração de posse

Após a realização dos leilões extrajudiciais previstos no art. 27, da Lei nº 9.514/97, ocorrerá a consolidação da propriedade fiduciária em definitivo em nome do credor fiduciário ou a transferência do domínio ao arrematante do imóvel levado a hasta pública, sem que, no entanto, lhes seja transmitida a posse direta do bem.

Considerando estar o imóvel ocupado pelo devedor fiduciante ou por eventuais terceiros, o legislador, no art. 30, da Lei nº 9.514/97, previu o procedimento judicial de reintegração de posse com o escopo de retomada da posse direta do imóvel, medida que deverá ser conce-

²⁹⁸ AI nº 808.389-00/2 – Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo – 7ª Câ. – Rel. Juiz Américo Angélico – j. 16.09.2003.

²⁹⁹ Recurso Extraordinário nº 141320-4, STF, Rel. Min. Octavio Gallotti.

didada liminarmente, facultando ao possuidor direto a desocupação voluntária em 60 (sessenta) dias.

Constata-se no art. 30, da Lei nº 9.514/97, certa imperfeição jurídica no que tange a nomenclatura escolhida para ação a ser movida pelo novo proprietário do imóvel. Tanto o credor quanto o arrematante nunca possuíram a posse direta do imóvel e, portanto, em tese, não poderiam ser reintegrados. Tampouco o devedor fiduciário a detém, vez que se operou a consolidação da propriedade, passando a posse a ser precária, apenas de fato, desaparecendo, conforme lição de Furtado, o *ius possidendi*.³⁰⁰

Seguindo o raciocínio de Furtado, o novo proprietário do imóvel busca a posse direta, que nunca teve, já que possui a posse indireta do mesmo, o que acarreta na afirmação de que

O caso é, pois, de *imissão na posse*, não de reintegração nela: por haver-se tornado titular do *ius possidendi* pleno, o novo proprietário, agora na titularidade igualmente plena do domínio, cuida de juntar à posse mediata, que já tem, a imediata, que ele nunca teve porque permanecera com o dono anterior.³⁰¹

Seguindo este raciocínio, portanto, a ação própria deveria ser de imissão de posse e não reintegração, contudo tal procedimento estava no velho estatuto processual de 1939, como procedimento especial, mas não aparece no ordenamento processualista vigente, tendo o legislador de 1997, ainda que equivocadamente, substituído a ação de imissão pela reintegração de posse.

O legislador contribuiu posteriormente para aumentar as discussões terminológicas ao incluir, através da Lei nº 10.931, de 10 de agosto de 2004, ao artigo 27, da Lei nº 9.514/97, o parágrafo oitavo que responsabiliza o devedor pelo pagamento dos encargos do imóvel até a data em que o credor vier a ser imitado na posse.

Porém, após o inadimplemento da obrigação e a consolidação da propriedade fiduciária, a posse, que antes era justa, torna-se precária, cabendo ao credor fiduciário ou arrematante, conforme palavra de Wandscheer, “o direito de reintegrar-se na posse, desde que cumpridos os requisitos legais relativos à intimação do fiduciante para a purgação da mora,

³⁰⁰ FURTADO, Adroaldo Fabrício Furtado. *Alienação fiduciária de imóveis: aspectos processuais da Lei nº 9.514/97*. Porto Alegre, 2000. Disponível em:

³⁰¹ <www.fabricioadvogados.com.br/Artigos/art8.htm>. Acesso em: 8 abr. 2006.

Id., *ibid*.

mormente quanto ao caráter pessoal da intimação”,³⁰² liminarmente, independente de ser esta posse nova ou velha, eis que por força de Lei independente o prazo para a concessão da medida.

³⁰² WANDSCHEER, op. cit.

Em interpretação hermenêutica Mezzari explica que o legislador quis “aproveitar as medidas *initio litis* decorrentes da reintegração de posse, dotando o credor das prerrogativas da medida liminar, e assim é a norma do art. 30”.³⁰³

31 Da competência

O ingresso da ação de reintegração de posse é garantido pelo art. 30, da Lei nº 9.514/97, porém dúvidas surgem acerca do Juízo competente para seu processamento: o foro da situação da coisa, conforme art. 95, do CPC; do domicílio do réu, em atenção ao Código de Defesa do Consumidor; ou, o foro eleito entre as partes no contrato de constituição da alienação fiduciária.

Em primeira leitura, pode-se ter a certeza de que aplicável o art. 95, do Código de Processo Civil, posto que seu texto estabelece que as ações fundadas em direito real sobre imóveis têm como foro competente para litígio sobre posse o da situação da coisa (*fórum rei sitae*). *In verbis*:

Art. 95. Nas ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa. Pode o autor, entretanto, optar pelo foro do domicílio ou de eleição, não recaindo o litígio sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova.

A doutrina considera o teor do artigo supra como sendo competência funcional ou o que Greco Filho citando Liebman chama de *competência territorial funcional*,³⁰⁴ em não obstante estar a regra inserta no capítulo que versa sobre a competência territorial.

Por competência funcional entende-se aquela em que o “Juiz desse lugar, por exercer ali a sua função, tem melhores condições de julgar essas ações, aliado ao fato de que as provas, normalmente, são colhidas mais direta e facilmente”,³⁰⁵ ou seja, inerente ao exercício da profissão do magistrado, o que Ovídio Batista da Silva define como “critério de

³⁰³ MEZZARI, op. cit., p. 58.

³⁰⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 205.

³⁰⁵ JUNIOR, N. N.; NERY, R. M. A. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 405.

atribuição de competência segundo a função especial desempenhada pelos respectivos magistrados, numa mesma relação processual [...]”.³⁰⁶

³⁰⁶ SILVA, Ovídio Batista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 417.

Por ser a competência funcional absoluta deverá ser declarada de ofício e argüida em qualquer tempo ou grau de jurisdição, conforme preconiza o art. 113, do Código de Processo Civil.

No entanto, entendimentos diversos emanam dos Tribunais relativos à interpretação do teor do art. 95, do CPC, sob o argumento de que não há nesta ação real fulcrada no art. 30, da Lei nº 9.514/97, discussão sobre a validade da posse, vez que a extinção da dívida com a realização dos leilões extrajudiciais consolida de forma plena a posse em nome do credor ou do arrematante. Entendimento oriundo do Tribunal Superior:

Ação de anulação de compromisso de compra e venda cumulada com reintegração de posse. Foro de eleição. Precedentes da Corte. 1. Na panóplia de precedentes da Corte há convergência para afirmar que a ação de anulação de compromisso de compra e venda é pessoal e que o pedido de reintegração, como consequência, não acarreta a incidência do art. 95 do Código de Processo Civil, que estabelece a competência absoluta, prevalecendo o foro de eleição, se existente. 2. Recurso especial não conhecido.³⁰⁷

Portanto, configurado o esbulho por Lei que “não assegura ao devedor fiduciante inadimplente a possibilidade de posse justa do bem objeto da propriedade fiduciária”,³⁰⁸ não haverá no processo reintegratório discussão acerca da posse, mas tão somente com relação aos procedimentos adotados, conforme explica Adroaldo Furtado Fabrício: “a argüição central a ser formulada será, obviamente, a de nulidade do *título* em que assenta o pedido do autor, a saber, a consolidação registrada no ofício competente”.³⁰⁹

Em contrapartida, o Código de Processo Civil, em seu art. 111, permite a modificação da competência em razão do valor e do território desde que devidamente pactuado entre as partes, o que autoriza concluir que o processamento da ação de reintegração de posse no foro eleito em contrato é válido, o que é corroborado pela Súmula 355, do Superior Tribunal de Justiça: “É válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato”.

³⁰⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp 402762/SP, Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, J. 27.08.2002, DJ 04.11.2002 p. 201, disponível em: <www.stj.gov.br>.

³⁰⁸ LIMA, op. cit., p. 135.

³⁰⁹ FABRÍCIO, op. cit.

Porém, nos casos em que presente relação de consumo a questão da competência para processar e julgar exige análise diferenciada.

Embora a competência territorial seja relativa, e portanto passível de ser argüida exclusivamente pelo demandado através da autônoma exceção de incompetência prevista no art. 307, do ordenamento processualista, entendimentos emanam dos Tribunais que em estando presente relação consumerista, a cláusula que estipula o foro de eleição diverso do domicílio do devedor afronta norma de ordem pública consubstanciada no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a facilitação ao consumidor da defesa de seus direitos, devendo a mesma ser declarada nula, de ofício, na forma do art. 51, XV, do *codex* consumerista, e do parágrafo único, do art. 112, do Código de Processo Civil, conforme redação dada pela Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006. Este entendimento é compartilhado por Nelson Nery Júnior que em sua obra pondera que “a cláusula de eleição de foro em cláusulas contratuais gerais ou em contrato de adesão é, *in abstracto*, abusiva porque se traduz em dificuldade de defesa para o consumidor”,³¹⁰ considerando, no entanto, lícita a eleição do foro em se tratando de competência relativa, merecendo a situação análise à luz do Direito Material.

32 Do deferimento da medida liminar

O art. 30, da Lei nº 9.514/97, é claro ao assegurar ao proponente da ação o deferimento da medida liminar para que o ocupante do bem o desocupe voluntariamente no prazo de 60 (sessenta) dias, sob pena de em assim não sendo feito proceder-se de forma compulsória.

Portanto, o ocupante do imóvel deverá ser intimado do deferimento da medida liminar, ficando ciente do prazo para desocupação e citado dos termos da ação, para contestá-la, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias, ini-

ciando a partir de então a possibilidade de eventual recurso, prosseguindo o feito na forma do procedimento ordinário, conforme art. 931, do CPC.

Embora seja possível a apresentação de contestação, reconvenção e exceção, o prosseguimento da ação na forma do procedimento ordinário não importa em afirmar que o litígio terá cognição plena. “A ordinarie-

³¹⁰ GRINOVER, A. P. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 492.

dade nem aqui nem nunca deve ser confundida com plenaridade da cognição do juiz”, ensina Ovídio Batista da Silva.³¹¹ Conclui-se, portanto, que a lide estará limitada na análise do título que deu origem a demanda, qual seja: a consolidação da propriedade fiduciária e a observância por parte do credor fiduciário dos procedimentos instituídos pela Lei nº 9.514/97.

³¹¹ SILVA, Ovídio Batista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 13, p. 281.

Uma vez consolidada a propriedade de forma plena em favor da credora fiduciária ou do arrematante com a realização dos leilões extrajudiciais, estes serão considerados legítimos proprietários do imóvel e o devedor fiduciante: possuidor injusto.

Embora seja o proprietário pleno, o credor fiduciário ou o arrematante não poderá dispor do imóvel que lhe pertence de forma imediata porque o devedor fiduciante ou os eventuais ocupantes estarão em sua posse, ainda que injusta, e por ser necessária a tramitação da ação de reintegração de posse com a observância dos devidos prazos legais e toda a gama de possibilidades jurídicas a serem utilizadas pelo devedor fiduciário no sentido de dificultar a medida reintegratória.

A posse injusta do bem acarreta a aplicação da taxa de ocupação prevista no art. 37-A, da Lei nº 9.514/97, *in verbis*:

O fiduciante pagará ao fiduciário, ou a quem vier sucedê-lo, a título de taxa de ocupação do imóvel, por mês ou por fração, valor correspondente a um por cento do valor a que se refere o inciso VI do art. 24, computado e exigível desde a data da alienação em leilão até a data em que o fiduciário, ou seus sucessores, vier a ser imitado na posse do imóvel.

O texto legal, portanto, estabelece que o devedor pague ao credor ou a quem vier a sucedê-lo, arrematante ou adquirente posterior do bem, taxa de ocupação, também denominada fruição, que será de no máximo um por cento sobre o valor do imóvel estabelecido no instrumento de constituição da garantia para efeitos de leilão público, a ser paga com periodicidade mensal ou por periodicidade determinada entre os contratantes, sendo computada e exigível desde a data da realização da segunda hasta pública até o momento em que o credor fiduciário, arrematante ou quem vier a sucedê-los for imitado na posse do imóvel.

A Vigésima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em acórdão relatado pelo Presidente e Relator Desembargador Arminio José Abreu Lima da Rosa, considerou plenamente cabível a taxa de ocupação:

[...] *TAXA DE OCUPAÇÃO DO IMÓVEL. PERCENTUAL DE 0,7% AO MÊS. ART. 37-A, LEI N.º 9.514/97. Perfeitamente cabível a incidência de 0,7% ao mês*

sobre o valor do imóvel, a título de *taxa de ocupação*, nos termos do que preconiza o art. 37-A, Lei nº 9.514/97. [...].³¹²

³¹² Apelação Cível nº 70013341359, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 16/11/2005. (grifos nossos)

Ainda que perfeitamente cabível por força do art. 37-A, da Lei nº 9.514/97, norma incluída pela Lei 10.931, de 2 de agosto de 2004, discutível é a forma pela qual tornará efetiva a cobrança de tais valores.

Em decorrência da ordinaryidade prevista pelo art. 931, do CPC, parece apropriada a fixação do valor a título de taxa de ocupação na própria sentença que julga a reintegração proposta condenando o devedor ao seu pagamento. Como a medida reintegratória é liminarmente deferida e uma vez cumprida cessa a exigibilidade da taxa o Julgador possui todos os elementos para, posteriormente, em sentença, declarar reintegrada a posse e condenar ao pagamento da taxa de ocupação, possibilitando, em caso de não pagamento espontâneo, a execução do julgado juntamente com o ônus de sucumbência.

34 **Das despesas do imóvel a ser reintegrado**

O art. 57, da Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004, incluiu o parágrafo oitavo à redação original do artigo 27, da Lei nº 9.514/97, dispondo sobre a responsabilidade do devedor fiduciário pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais demais encargos que recaiam sobre o imóvel. *In verbis*:

Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse.

Em exercício de hermenêutica não sobejam dúvidas de que a intenção do legislador era proteger o credor fiduciário da demora na efetiva reintegração de posse do imóvel e a conseqüente necessidade de taxa de condomínio e imposto territorial urbano.

Embora pertinente a preocupação do Legislador, o dispositivo de interpretação estrita suscitou dúvidas no meio acadêmico, principalmente no que tange a sua imposição frente as obrigações *propter rem*, conforme questionamento de Fleury: “Tendo em vista a característica, sobretudo, de

IPTU e condomínio, *propter rem*, há uma discussão se há como transferir essa responsabilidade àquele que não tem mais a coisa”.³¹³

³¹³ FLEURY, Carlos Eduardo Duarte. Alienação fiduciária. *Boletim do IRIB em Revista*, São Paulo, n. 318, jan./set. 2004, p. 86-91.

Obrigações *propter rem* ou reais, conforme entendimento de Silvio Venosa, são aquelas “que estão a cargo de um sujeito, à medida que este é proprietário de uma coisa, ou titular de um direito real de uso e gozo dela”,³¹⁴ sendo considerada mista por ser pessoal, mas estar vinculada a um direito real de maneira acessória ou, em definição simplificada, “o nascimento, a transmissão e a extinção da obrigação *propter rem* seguem o direito real, com uma vinculação de acessoriedade”.³¹⁵

Portanto, conclui-se que os encargos que acompanham o imóvel independentemente de quem for o detentor de seu domínio.

A jurisprudência dos Tribunais Estaduais e do próprio Superior Tribunal de Justiça são unânimes: “O adquirente de unidade condominial responde pelos encargos existentes junto ao condomínio, mesmo que anteriores à aquisição. Incidência da Súmula nº 83-STJ”.³¹⁶

Como visto, a não purga da mora pelo devedor fiduciário consolida a propriedade fiduciária em nome do credor que a tornará plena através da realização dos leilões extrajudiciais, o que importa em estar ele obrigado ao pagamento dos encargos agregados ao imóvel, em não obstante o teor do art. 27, § 8º, da Lei nº 9.514/97.

A própria Lei nº 9.514/97 permite a discussão, porquanto em seu art. 27, §2º, prevê que em segundo leilão será aceito o maior lance oferecido, “desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais”, o que importa deduzir que para promover os leilões extrajudiciais o credor deverá efetuar o pagamento de tais encargos, reconhecendo desta maneira que a obrigação neste momento lhe incumbe.

Ao que parece, e este é o entendimento embrionário jurisprudencial, a inclusão do parágrafo oitavo ao artigo 27, da Lei nº 9.514/97, garantiu ao credor fiduciário e ao arrematante do imóvel o direito de regresso contra o devedor fiduciante a fim de ser ressarcido pelos valores pagos a título de impostos, taxas, contribuições condominiais

³¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*.

3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 59.

³¹⁵ Id., *ibid*, p. 63.

³¹⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp 536005/RS, Relator: Min. Barros Monteiro, J. 10.02.2004, DJ 03.05.2004 p. 174. Disponível em: <www.stj.gov.br>.

que se constituam obrigações reais que estejam atrelados ao imóvel de forma *propter rem*.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ao citar o REsp nº 109.638/RS, relatado pelo Sr. Ministro Waldemar Zveiter, posiciona-se da seguinte forma:

Apelação Cível. Condomínio. Imóvel adquirido em hasta pública. Obrigação *propter rem*. Arrematado o bem, são de responsabilidade do novo adquirente as despesas relativas às cotas condominiais tal entendimento não afasta a responsabilidade do antigo proprietário, podendo o arrematante exercer direito de regresso. Apelo desprovido. Unânime.³¹⁷

Com isso é imprescindível o imediato cumprimento liminar da medida de reintegração de posse em caso de não desocupação voluntária do imóvel no prazo conferido pela Lei, a fim de evitar que o credor seja prejudicado com o pagamento das despesas inerentes ao imóvel do qual é proprietário, mas não obteve a sua posse.

Considerações finais

Se, como visto, a Lei nº 9.514/97 foi capaz de arregimentar embates jurídicos de diversos fundamentos, o único ponto pacífico entre todos os operadores do direito é de que se constituiu uma inovação legal, bastando apenas considerá-la válida ou não.

A permissão legal de transferência da propriedade ao credor como garantia de pagamento da obrigação assumida dá ao mercado imobiliário, receoso com as modalidades garantidoras existentes até então, segurança jurídica de retorno do capital investido.

Por outro lado, em diminuído os riscos de prejuízo maiores serão as facilidades para a distribuição do crédito e conseqüente acesso e fomento do mercado imobiliário, permitindo assim que mais pessoas tenham a possibilidade de aquisição do bem da vida.

Dependerá tão somente ao comprador e devedor fiduciário a quitação da obrigação assumida para resolver a propriedade fiduciária, tornando-se a partir de então detentor pleno do domínio imóvel alienado.

Ao credor fica assegurado um sistema mais ágil de recuperação do capital investido, o que propicia um dinamismo no mercado finan-

³¹⁷ Apelação Cível nº 70012549531, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rubem Duarte, Julgado em 14/09/2005.

ceiro imobiliário, impulsionando de sobremaneira a geração de novos negócios.

A pecha de inconstitucionalidade não se justifica porquanto em momento algum a Lei nº 9.514/97 afasta a possibilidade de pretensão da tutela jurisdicional para dirimir eventuais conflitos emergentes do contrato.

A ação de reintegração de posse inicialmente deverá ser intentada no foro da situação da coisa, na forma do art. 95, do Código de Processo Civil. Porém, em caso de eleição de foro diverso em contrato, poderá a demanda ser intentada no foro eleito, porquanto não há discussão acerca da posse, já que esta está consolidada em nome do credor; cabendo ao demandado, em existindo relação de consumo, interpor a exceção legalmente prevista para a declinação de competência para o foro de seu domicílio.

O processo de reintegração de posse não permite a cognição plena, limitando-se a discussão nesses autos de tão somente do título que deu origem a demanda, qual seja, a consolidação da propriedade fiduciária e a observância dos procedimentos previstos na Lei nº 9.514/97.

Uma vez cumprida a liminar de reintegração de posse, o Juiz deverá fixar ao sentenciar o processo, desde que contratado entre as partes, a aplicação da taxa de ocupação pelo período compreendido entre a data da alienação em leilão até a data em que o fiduciário, ou seus sucessores, vier a ser imitado na posse do imóvel.

A alteração promovida pela Lei nº 10.931/2004, não afasta do proprietário do imóvel e credor fiduciário a obrigação do pagamento dos encargos inerentes ao imóvel, tais como IPTU e taxa condominial, mas lhe autoriza o direito regressivo de, em demanda própria, busca do devedor os valores que vier a pagar até a data da imissão de posse.

Ainda que alvo de inúmeras críticas, a Lei nº 9.514, de 22 de novembro de 1997, que instituiu a alienação fiduciária de bens imóveis no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser considerada inovação importantíssima à flexibilização do mercado financeiro imobiliário, possibilitando, até certo modo, a solução de litígios de forma mais célere, de maneira adequada ao que os novos tempos, velozes e globalizados, requerem.

Referências

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

- DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. São Paulo: Método, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel, *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 2.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000
- FLEURY, Carlos Eduardo Duarte. Alienação fiduciária. *Boletim do IRIB em Revista*, São Paulo, n. 318, p. 86-91, jan./set. 2004.
- FURTADO, Adroaldo Fabrício Furtado. Alienação fiduciária de imóveis: aspectos processuais da lei nº 9.514/97. Porto Alegre, 2000. Disponível em: <www.fabricioadvogados.com.br/Artigos/art8.htm>. Acesso em: 8 abr. 2006.
- GRINOVER, A. P. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- JUNIOR, N. N.; NERY, R. M. A. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas. 1997.
- LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. v. 5, tomo 1: Do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MEZZARI, Mario Pazutti. *Alienação Fiduciária da Lei nº 9.514, de 20-11-1997*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SILVA, Ovídio Batista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1 e 13.
- TERRA, Marcelo. *Alienação fiduciária de imóvel em garantia – Lei 9.514/1997, primeiras linhas*. Porto Alegre: SAFE, 1998.
- VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil – Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- WANDSCHEER, Clayton Cesar. Alienação fiduciária de imóveis em garantia. Taubaté, 2001. Disponível em: <www.neofito.com.br/artigos/art01/civil45.htm>. Acesso em: 8 abr. 2006.

Andreza de Souza Toledo*

Caracterização de princípios constitucionais processuais em face da súmula vinculante

Resumo: Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, que originou a Reforma do Poder Judiciário, houve a inovação da súmula vinculante, dentre outras. Os objetivos do legislador pátrio, a partir desse novo instituto, versam no sentido de garantir, através do processo, a efetiva promoção de princípios constitucionais, tais como o da isonomia das partes, da legalidade, da celeridade e, em consequência, da segurança e efetividade da justiça. Levando em conta a realidade atual, ilustrada pela diversidade e antagonismo das decisões para situações fáticas idênticas, a mercê do entendimento de cada magistrado, bem como a eternização de demandas/recursos sobre questões já pacificadas pela jurisprudência e súmulas dos Tribunais Superiores, mas que a seu turno, nem sempre são observadas pelos julgadores, verifica-se a situação de fragilidade desses mecanismos de concretização da justiça, que requereria uma atitude do poder público, visando salvaguardar fundamentos práticos do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Súmula vinculante. Princípios constitucionais processuais.

Abstract: With the advent of the Constitutional Emendation nº 45, that it originated the Reformation of the Judiciary Power, had the innovation of the binding abridgement, amongst others. The objectives of the native legislator, to leave of this new institute, turn in the direction to guarantee, through the process, the effective constitutional promotion of principles, such as of the isonomy of the parts, the legality, the celerity and, in consequence, of the security and effectiveness of justice. Leading in account reality current, illustrated for diversity and antagonism of decisions for situations facts identical, grace of agreement of each magistrate, as well as perpetuate of demands/recourses on questions already pacified for jurisprudence and abridgements of Courts Superior, but that its turn, nor always is observed by the judges, verifies it situation of fragility of these mechanisms of concretion of the justice, that required an attitude of the public power, aiming at to safeguard practical beddings of the Democratic State of Right.

Key words: Binding abridgement. Processual principles constitutional.

Introdução

* Bacharela em Direito. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade da Serra Gaúcha. E-mail: andrezatz@ibest.com.br.

Com o advento da Reforma do Poder Judiciário, publicizada através da Emenda Constitucional de número 45, publicada em 31 de dezembro de 2004, significativas modificações constitucionais/processuais foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no que tange às súmulas vinculantes, ora objeto de estudo. Quanto a essas, pode-se identificar os objetivos do legislador no sentido de tornar mais efetivas, no dia-a-dia das atividades forenses, as garantias constitucionais processuais, desde a “busca pela celeridade”³¹⁸ na prestação jurisdicional até a da isonomia, garantindo, por certo, “maior segurança jurídica nas relações, primando pela efetivação da justiça”.³¹⁹

O artigo desenvolveu-se preponderantemente à luz do método dialético, quando se tem presente a identificação, no universo jurídico enfocado, os pontos contraditórios e os afins, utilizando-se basicamente da pesquisa bibliográfica e interpretação dos acervos disponíveis e pertinentes à matéria em voga.

O tema tratado pelo presente artigo despertou interesse peculiar, visto que a Emenda Constitucional em voga trouxe em seu bojo uma reforma que acarreta reflexos bastante significativos para o universo jurídico brasileiro e que em muito interfere nas relações jurídico-sociais em geral. Em especial, no que tange à súmula vinculante, que estará presente e atinge a todas as áreas, tanto a constitucional, civil, processual civil, penal, processual penal, trabalhista, processual trabalhista...

Com a súmula vinculante, as decisões sumuladas representarão um referencial jurídico muito mais sólido e previsível, proporcionando maior segurança jurídica tanto aos operadores do Direito, como para toda a sociedade brasileira, tanto em âmbito interno quanto externo, posto que influenciará nas mais corriqueiras atividades do dia a dia de cada cidadão, como também, por consequência, nas mais complexas.

35 **Súmula vinculante**

Súmula vinculante, advinda da Emenda Constitucional nº 45, traz consigo um enredo que envolve todo o universo jurídico, não sendo, en-

³¹⁸ SILVA, Ovídio Batista da. A antecipação de tutela. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 231, jan. 1997, p. 5.

³¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Novidades sobre a tutela antecipatória. *Revista de Processo*, n. 69, 1999, p. 110.

tretanto, propriamente uma novidade jurídico-legal, isto porque a Constituição Federal já previa, em seu artigo 102, § 2º, possibilidade similiar.

No entanto, agora, peculiaridades diversas apresenta, especialmente porque instituída de forma oficial, com maior amplitude, em outro momento histórico-cultural.

1.1 Conceito

O vocábulo *súmula* consiste “em um enunciado que expressa o entendimento solidificado de um determinado tribunal sobre determinada matéria de direito”.³²⁰

Assim entendida como o conjunto de proposições em que se resume a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, suas primeiras noções foram suscitadas no ordenamento brasileiro por volta de “1963, quando Rui Barbosa, em suas considerações, dela já se referia”.³²¹

1.2 Natureza da *súmula* vinculante e reclamação

No que tange à sua natureza jurídica, resta classificada como uma medida jurisdicional. Já na reclamação, a decisão fica acobertada pelos efeitos da coisa julgada, sendo portanto, rescindível. Tratando-se de uma ação, admite-se inclusive a possibilidade de concessão de liminar (art. 273, Código Processo Civil Brasileiro, combinado com art. 14 Lei 8.038/90), “visando evitar dano irreparável”, ou ainda, com fundamento no art. 273, II, CPC, pelo fundamento do *fumus boni iuris*.

Ainda em se falando dessa medida, nela não há instrução; a prova é meramente documental na reclamação.

Quanto aos recursos cabíveis, são permitidos o agravo regimental (da decisão do relator) e os embargos de declaração e rescisão nos casos dos artigos 535 e 485, Código de Processo Civil Brasileiro, respectivamente. A natureza da sentença, porém, é preponderantemente desconstitutiva e mandamental.

1.3 Pressupostos de admissibilidade e como ocorre

Proposta no artigo 103-A da Constituição Federal, a aplicação da *súmula* vinculante será admitida quando determinada matéria constitucional já tiver sido reiteradamente decidida pelo Supremo Tribunal Fe-

³²⁰ NOGUEIRA, Gustavo Santana. Das *súmulas* vinculantes: uma primeira análise. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin (Coord.) et al. *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 270.

³²¹ ANTUNES, Gilberto. Instituição da *súmula* vinculante em nosso País. Disponível em: <www.boletimjuridico.com.br/doutrina.html>. Acesso em: 11 jun. 2005.

deral (STF), sendo somente oportuna e adequada quando em relação a tais normas houver: controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública sobre a validade, interpretação ou eficácia de tais “normas determinadas”, bem como que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

A proposta pode ser feita “pelos próprios integrantes do STF ou pelos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade” (art. 103, CF/88), acrescidos, agora, no inciso IV, da Câmara Legislativa do Distrito Federal, e no inciso V, do Governador do Distrito Federal, sendo que estes também poderão requerer sua revisão ou o cancelamento.

No entanto, a “aprovação depende do voto de 2/3 dos integrantes do STF, atribuída a ele, com exclusividade, a aprovação, porém restringindo sua atuação: apenas em matéria constitucional poderá editar as súmulas vinculantes” (art. 103-A, CF/88).

1.4 Objetivos

Verifica-se como objetivos precípuos os da validade, interpretação e a eficácia de determinadas normas, bem como promover consenso quanto às decisões sobre matéria idêntica, evitando desrespeito aos princípios constitucionais em especial ao da isonomia e segurança jurídica.

1.5 Âmbito de abrangência

Vinculará os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, direta e indireta, municipal, estadual e federal, nos exatos limites em vista dos quais a súmula foi editada.

Em caso de desrespeito ou de sua aplicação inadequada, quando tal fato partir da Administração Pública e Judiciário, caberá reclamação ao STF.

Já quando se tratar do Poder Legislativo, estando no exercício de sua função normativa, não fica vinculado à súmula, inclusive podendo editar lei em sentido oposto ao da súmula.

1.6 A atuação do Supremo Tribunal Federal

O Supremo, por sua vez, estará obrigado a respeitar os limites postos ao poder de atribuir o efeito vinculante a proposições que sua jurisprudência consagre. Por outro lado, não poderá atribuir esse efeito àquelas matérias não constitucionais, ou afirmadas apenas em dois ou três julgamentos isolados, ou a respeito das quais inexista “controvérsia atual” (e não controvérsia já morta, sepulta).³²²

Ademais, levando em conta os ditames constitucionais vigentes, previstos no 93, inciso IX, Carta Magna, “a Corte não ficará dispensada de fundamentar as atribuições respectivas”.

De outra banda, não fará sentido que as proposições incluídas na Súmula da Jurisprudência Predominante antes da Emenda Constitucional nº 45 gozem de regime privilegiado, uma vez que não terão seguido os mesmos requisitos de classificação/admissibilidade e trâmites constitucionalmente previstos a partir dessa Emenda.

Com base nisso, o STF deverá observar todos os requisitos, por ser de lédima justiça.

Mais do que nunca “se farão necessários mais e mais transparentes critérios quando da escolha dos Ministros dos tribunais superiores”,³²³ pois que a eles caberá a edição das súmulas.

Em caso de o STF vir a consagrar efeito vinculante à proposição que não preencha os requisitos necessários, vale saber que se poderá impugnar, como inconstitucional, a proposição supostamente vinculativa.

1.7 Aspectos críticos evidenciados quanto à Emenda Constitucional nº 45

Em se analisando, de forma crítica, o conteúdo da Emenda Constitucional 45, pôde-se constatar que apresenta conceitos jurídicos indeterminados, tais como “grave insegurança jurídica” e “relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas” e que, como tais, concedem ao STF larga margem de flexibilidade (não de discricionariedade, que é conceito diverso) na definição das hipóteses.

³²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. A atribuição de eficácia vinculativa às proposições já incluídas na “súmula da jurisprudência predominante” do Supremo Tribunal Federal. *Revista Síntese*, maio 2005, p. 22.

³²³ CARVALHO, Ivan Lira, apud WAMBIER, T. A. A.; WAMBIER, L. R.; MEDINA, J. M. G. Breves comentários à nova sistemática de Processual Civil. *Revista dos Tribunais*, abr. 2005, p. 122.

Outra disposição semelhante consta no corpo do texto constitucional do artigo 103-A e em seu parágrafo segundo, apresentando expressões que podem conduzir à conclusão de que se tratam de norma constitucional de eficácia limitada (“na forma estabelecida em lei” e “sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei”).

Dessa forma, o texto da EC 45 é lacunoso e para tanto será necessário que a doutrina e a jurisprudência se ocupem de eventuais delimitações terminológicas/conceituais, com o fito de evitar interpretações equivocadas e que possam, em consequência, provocar alguns incidentes processuais que venham também comprometer a celeridade e efetividade da providência processual pretendida.

36 **Princípios constitucionais**

O pós-positivismo inaugura o encontro da norma com a ética, introduzindo no ordenamento jurídico as idéias de justiça e legitimidade materializadas em princípios, assim nominados os valores compartilhados pela sociedade em um dado momento e lugar.

Os princípios, além de condensarem valores, dão unidade ao sistema jurídico e condicionam o trabalho interpretativo.

A tradição jurídico-cristã, por sua vez, sempre aceitou a identificação de princípios no ordenamento jurídico, mas somente no pós-positivismo foram eles abrigados pela Lei Maior, como síntese dos valores ideológicos, trazendo harmonia ao sistema.

Conceituados os princípios como valores sociais identificados em um momento histórico, tem-se que as regras jurídicas, proposições normativas sedimentadas à vista dos fatos da vida, seguem tais valores.

Sob o ponto de vista da dogmática, pode-se afirmar que: (a) os princípios não têm abrangência puramente axiológica e ética; têm eficácia jurídica e aplicação direta e imediata; (b) inexistem princípios meramente programáticos na Constituição; (c) os princípios têm maior teor de abstração que as normas; e (d) a distinção entre princípio e regra é meramente qualitativa.

O sistema é dinâmico e, conseqüentemente, mutável, porque também mutável é a sua base de sustentação, ou seja, as relações sociais. Esse pluralismo pode levar à colisão de princípios, dentro da mais absoluta normalidade do sistema.

Cabe ao intérprete, diante do antagonismo, conciliar o sistema, utilizando-se das ferramentas jurídicas, como a hierarquia, a ordem cronológica ou temporal, a especialização e a ponderação de valores, essas dentro da idéia do razoável.

Tem-se, assim, a Constituição como um conjunto de princípios e regras destinadas à realização do Direito que, como sistema aberto, apreen-

de o infinito de possibilidades do mundo real, funcionando como verdadeiro filtro.

Os princípios agem como espécies de canaletes de comunicação entre o sistema de valores e o sistema jurídico. Por isso mesmo, não comportam enumeração taxativa e mas sim enumerativa.

Incluso ao sistema de princípios e regras, tem-se ainda as chamadas garantias, princípios que limitam o exercício do poder estatal sem deixar margem ao exercício do arbítrio.

As garantias constitucionais são princípios qualificados pelo seu conteúdo específico e limitam o poder, na defesa das disposições que formam o Direito reconhecido. O conjunto de garantias, por sua vez, forma o sistema.

De outra banda, é importante realçar que os direitos humanos fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição Federal relacionam-se diretamente com a garantia de não-ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.

Não significa mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, com base nos quais qualquer indivíduo poderá exigir a tutela perante o Poder Judiciário, para a concretização da democracia.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela CF/88, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

De forma que, havendo conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição de princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua. Em suma, aplicando-se o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Encontra-se previsto especialmente no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira o corolário dos direitos, princípios e garantias cons-

titucionais, destacando-se também, dentre eles, os princípios constitucionais processuais.

37 **Princípios constitucionais do processo**

Como linha primeira de reflexão, dentre os princípios constitucionais do processo, surge a convicção de que eles podem estar expressos na Constituição, ou implícitos, só identificados porque resultam das limitações políticas do Estado, em outra dimensão que não a processual, como os limites resultantes do regime federativo.

Dentre os princípios processuais explicitados na Lei Maior, destaca-se como básico o princípio *do Devido Processo Legal*, surgido na Inglaterra e desenvolvido no Direito norte-americano, estando inserido no inciso LIV do art. 5º da CF/88: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” Pode-se dizer que ele deriva do princípio da legalidade (inciso II, art. 5º, CF/88).

Do Princípio do Devido Processo Legal derivam outros, como o da *Obrigatoriedade da Jurisdição Estatal e do Direito de Ação* (inciso XXXIV, “a”, c/c XXXV do art. 5º, CF/88), e ainda os Princípios *do Contraditório, da Ampla Defesa* (inciso LV, art. 5º, CF/88), *Direito à Publicidade dos Atos Processuais* (inciso XIV, c/c inciso XXXIII, art. 5º, CF/88 e inciso IX, art. 93, CF/88), da *Isonomia ou Igualdade das Partes* (inciso I e *caput*, art. 5º, CF/88), *do Juiz Natural* (inciso XXXVII, art. CF/88), *do Livre Convencimento Motivado do Juiz* [inciso IX, art. 93; 99, *caput*, CF/88, c/c art. 131 do Código de Processo Civil Brasileiro], *da Segurança Jurídica* (inciso XXXVI, art. 5º, CF/88), todos com suas devidas e razoáveis limitações, dentre outros.

Tais princípios, corolários do princípio *mater*, modernamente são estudados sob duplo ângulo, porque já não basta a abertura para que as partes participem do processo. Espera-se que tenha o juiz ativa participação, desde a preparação do processo até o julgamento, exigindo-se dele a prática de atos de direção, de dialética, de prova, que culmine em efetiva prestação jurisdicional.

É o que se chama de ativismo judicial, a moderna característica do sistema *Civil Law*, o que não ocorre no sistema do Direito anglo-americano.

Antes mesmo de abordar qualquer análise mais específica sobre os princípios derivados do “devido processo legal”, insta salientar *o Prin-*

cípio da Legalidade, fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo preciso considerá-lo *prima face*, vez que sem ele o devido processo legal ficaria inócuo e, em consequência, todos os demais dele resultantes.

A observância ao *Princípio da Legalidade* significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador.

Com o primado da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei, sendo assegurada ao particular a possibilidade de recusar as imposições estatais que não respeitarem o devido processo legislativo.

Muito bem pontuou Rousseau,³²⁴ referindo: “o nome de República somente pode ser conferido ao Estado que é governado por leis, seja qualquer que seja sua forma de administração, pois somente em tal caso prevalece o interesse público, e a *res publica* se qualifica como realidade”.

Ainda que implícito ao princípio do devido processo mas também fundamento do Estado Democrático de Direito, o *Princípio da Separação das Funções Estatais* vem previsto no artigo 2º da CF/88.

Para tanto, a Constituição Federal consagra um complexo mecanismo de controle recíprocos entre os três poderes de forma que, ao mesmo tempo, um Poder controle os demais e por eles seja controlado. Esse mecanismo denomina-se teoria dos freios e contrapesos.

Ao prelecionar sobre a divisão dos poderes, Montesquieu (MORAES, 2002, p. 139) mostrava o necessário para o equilíbrio dos poderes, afirmando que, para formar-se um governo moderado,

[...] precisa-se combinar os poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir; dar a um poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro. É uma obra-prima de legislação, que raramente o acaso produz, e raramente se deixa a prudência produzir [...]. Sendo o seu corpo legislativo composto de duas partes, uma acorrentada a outra pela mútua faculdade de impedir. Ambas serão amarradas pelo Poder Executivo, o qual o será, por seu turno, pelo Legislativo. Esses três poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar em concerto [...].

O *Princípio do Direito de Ação* leva ao princípio do *Acesso à Justiça*. Tendo por base exemplos mundiais de sistemas jurídicos que, na primeira metade do século passado, proibiam o acesso à justiça por questões raciais, o Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, reconheceu proteção constitucional ao direito de ação, objetivando proporcionar o acesso à justiça, para que seu povo postule tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Tem como escopo reflexo a preocupação com uma jurisdição efetiva e a segurança jurídica. Em outras palavras, não basta chegar ao Estado-juiz. É preciso, outros-

³²⁴ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, p. 138.

sim, obter uma prestação não tardia e de qualidade tal que se tenha segurança jurídica.

No que tange ao princípio *do Contraditório*, decorrente do princípio de ampla defesa e intimamente ligado ao de acesso à justiça, antes de tudo, fundamentalmente constitui-se em manifestação do princípio de estado de direito. Possui íntima ligação com o princípio da igualdade das partes e o de direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação quanto o de ampla defesa são manifestações do princípio do contraditório. Significa, pois, a garantia de ação e de defesa para ambas as partes.

O *Princípio da Igualdade das Partes ou da Isonomia* teve suas primeiras noções na Grécia, a partir do aprimoramento das relações da *polis ou cidades-estados*. Porém, foi com a Revolução Francesa que foi adotada a igualdade formal, outorgada pela lei.

Observou-se, posteriormente, que a igualdade não poderia ser outorgada senão pelo legislador. Afinal, não bastava dizer que havia igualdade. Concluiu-se que era preciso trabalhar para conquistá-la substan-

cialmente, ou seja, criar as oportunidades de as pessoas serem tratadas com igualdade. Daí a abolição dos privilégios processuais.

Previsto no caput e inciso I do artigo 5º da Carta Magna, opera-se em dois planos distintos: o primeiro, diante do legislador ou do próprio Executivo, na edição de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que eles possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontrem em situações idênticas; já o segundo, consistindo na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente a autoridade pública, de aplicar a lei e os atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça ou classe social.

A desigualdade na lei produz-se quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas.

O legislador não poderá afastar-se do princípio da igualdade, no exercício de suas funções, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

A seu turno, o intérprete/autoridade pública não poderá aplicar as leis e os atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Em especial, o Poder Judiciário, no

exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas.

Nesse sentido, a intenção do legislador constituinte ao prever o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (uniformização na interpretação da Constituição Federal) e o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (uniformização na interpretação da legislação federal).

Além disso, sempre em respeito ao princípio da igualdade, a legislação processual deveria, com êxito, estabelecer mecanismos de uniformização de jurisprudências a todos os tribunais. No entanto, não é o que se verifica ocorrer na realidade, onde as Câmaras de um mesmo tribunal decidem de maneira diversa em situações idênticas e, em conseqüência, beneficiando uns em detrimento de outros, produzindo afronta ao princípio da isonomia.

Esse princípio constitucional quer significar a pretensão da igualdade substancial ou real e não a isonomia meramente formal. “Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais é a substância desse princípio”.³²⁵

O *Princípio do Juiz Natural*, reflexo da inafastabilidade da atuação monopolística do Estado, autoriza as regras de competências contidas na Constituição.

Orienta a atividade decisória do juiz o *Princípio do Livre Convencimento Motivado do Juiz*. Em conformidade com ele, o magistrado possui liberdade para analisar as provas, formar convicção e decidir, com base na interpretação da lei que se entenda adequada, bem como na valoração das provas, segundo a qual embasará suas decisões.

O *Princípio da Publicidade* – uma inovação da Carta atual – está expresso no art. 93, IX, da CF/88.

A proibição de sessões judiciais secretas não mais pode ser admitida pela legislação infraconstitucional, o que se traduz no direito das partes de terem ciência e vista aos atos processuais e, em outro ângulo, a terem de forma expressa as razões da decisão: é a fundamentação, exigência constitucional.

Segurança Jurídica, prevista no artigo 5º, XXXVI, CF/88, consagra princípio fundamental destinado a resguardar a incolumidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas.

³²⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 91.

Em seu sentido amplo, para Moreira Neto,³²⁶ a segurança é, sobretudo,

[...] uma necessidade antropológica do homem que para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente sua vida busca, com grau mínimo de previsibilidade, saber no que confiar e ao que se ater e, por conseguinte, amenizar suas inquietudes, oriundas da constante incerteza nas relações sociais. Essa necessidade de segurança tem raízes instintivas, sendo elemento de precedência lógica na formação e organização social, lançando o homem em uma busca incessante pelo estável, perene e previsível, condições estas que lhe possibilitam uma existência pacífica, seja com os demais atores sociais, seja consigo mesmo, através do alívio de suas ansiedades quanto ao futuro.

Normal é, portanto, a imediata associação da trajetória da segurança na sociedade com a busca pelo aperfeiçoamento das instituições sociais e, em última instância, do próprio Estado, pois é nas relações deste com os particulares que mais claramente se percebe uma estrita conexão entre o poder político e segurança, traduzida em uma convivência, nem sempre harmônica, entre o processo de superposição do poder institucionalizado na sociedade e a manutenção das liberdades individuais.

O apelo ao valor da segurança como pressuposto e função do Estado será lugar comum na tradição contratualista onde a grande maioria dos seus pensadores concebia “o trânsito do estado de natureza à sociedade como a superação do *ius incertum* e sua conversão em estado de segurança”. Nada expressa melhor essa tese do que o pensamento de Thomas Hobbes,³²⁷ que nesta passagem sintetiza suas idéias sobre a índole humana e a função do Estado como garantidor das leis naturais.

São, portanto, os princípios constitucionais os quais proporcionam suporte à Teoria-Geral do Processo e que, na era da pós-modernidade, vão perdendo o fetiche de moldura estática e cogente para tornarem-se instrumentos de política na administração da Justiça, servindo-se deles o Estado, que assim exercerá a jurisdição como prerrogativa do Estado Democrático de Direito, descartada a arbitrariedade.

38 Princípios constitucionais processuais e a súmula vinculante

³²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 81.

³²⁷ Apud BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 118.

Tendo em vista a atual não-observância de alguns dos princípios constitucionais que norteiam a atividade jurisdicional brasileira, a inovação legislativa, ocorrida com a Reforma do Poder Judiciário, acrescenta ao corpo constitucional a súmula vinculante, com a finalidade precípua de reverter ou amenizar a realidade então verificada.

Até então, algumas das mais significativas razões de insatisfação popular com relação à atividade jurisdicional prestada pelo Poder Judiciário versam no sentido do tempo, ou seja, na demora do deslinde final das lides, que compromete a sua efetividade, bem como das diversidades de entendimentos quando das decisões judiciais que envolvem a mesma regra jurídica, o que culmina, numa primeira análise, em consagrar inobservável o princípio da igualdade das partes, em segunda, o infundável prosseguimento das demandas em razão da multiplicação de recursos, além da proliferação de processos sobre questões idênticas e a conseqüente morosidade da justiça, e em terceira análise, o não-primado pela estabilidade e segurança jurídica.

Há que se considerar que princípios são regras gerais que orientam certos universos mas que estes não podem pô-los literalmente em prática, concomitantemente, pois existem princípios incompatíveis/contraditórios entre si.

O que se pode é restringir a observância de uns, em detrimento de outros, quando necessariamente ponderados de forma simultânea, sem contudo ferir-lhe o seu núcleo, anular-lhe a essência. Isso significa dizer, aplicá-los com proporcionalidade e razoabilidade.

4.1 Princípio da celeridade processual

Considerando que “o tempo é um inimigo do processo, capaz de reduzir ou mesmo aniquilar sua aptidão a oferecer tutela jurisdicional eficaz”,³²⁸ infere-se que, através da utilização da súmula vinculante, poder-se-á obter a resposta jurisdicional em tempo mais exíguo, considerando o conseqüente e positivo “desafogamento” do Poder Judiciário.

Corroborar tal preocupação a também inovação constitucional (EC 45), com o acréscimo do inciso LXXVIII ao artigo 5º CF/88, dispondo no sentido de assegurar “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Deve, contudo, conviver harmonicamente com o princípio do contraditório e do devido processo legal.

³²⁸ CARNELUTTI, Francesco, apud DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 312.

4.2 Princípio do controle do judiciário

Outros dispositivos advindos da E.C. 45 consistentes em maior controle quanto a atuação das funções institucionais do Juiz, através da criação do Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, CF/88) e a adoção de critérios mais rigorosos para a seleção de magistrados “artigo 93 CF/88”), também enfatizam a preocupação de garantir a observância dos princípios constitucionais inerentes ao processo.

Deve-se, portanto, “oferecer aos cidadãos garantias contra eventual exorbitância do poder judicial”.³²⁹

4.3 Princípio da separação dos poderes

Vale lembrar que o princípio da separação dos poderes não restará comprometido com a adoção da súmula vinculante, ao contrário do que se possa imaginar, pois a separação dos poderes pode existir, sem ser absoluta.

Não fere, pois, a regra de separação dos poderes, uma vez que o Judiciário não seria autor de ato normativo geral, função cabível ao Legislativo, mas sim concreto/específico.

Por certo, somente onde houver separação dos poderes podem ser afastados o despotismo, as desigualdades, a injustiça e a lesão às liberdades individuais.

4.4 Princípio do livre convencimento motivado do juiz

Partindo do princípio do livre convencimento do Juiz, ou seja, o poder de decisão a partir do livre convencimento motivado, o magistrado mantém a sua liberdade para apreciar provas, formar convicção e decidir conforme a interpretação que entenda a mais correta, com possibilidade de optar pela interpretação da lei que lhe pareça a mais acertada, mas visando sempre detectar os objetivos do legislador ao instituir determinada lei. Com a súmula vinculante, o julgador se “curvará àquela interpretação sumulada e não deixará de decidir de acordo com a lei”.

³²⁹ NEVES, Castanheira. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra, 1983, p. 98.

A adoção da súmula vinculante não irá ferir esse princípio, uma vez que não impede a discussão de novas teses e questões, pois estas serão entendidas em relação ao espaço e não ao tempo.

4.5 Princípio da legalidade

No sistema atual, em que às leis possam ser extraídas interpretações não idênticas, até aceitável, diante da diversidade e pontos de vistas advindos de pessoas diversas, pela singularidade do homem como ser pensante. Porém, princípio constitucional norteador da legalidade dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” [art. 5º, inciso II, CF/88].

No entanto, o que vem sendo percebido são interpretações até mesmo antagônicas de um mesmo texto legal e que causam indignação aos jurisdicionados, pois que então se acaba admitindo que posicionamentos contrários à literalidade textual, tampouco solidificados pela jurisprudência dos tribunais, em alguns casos, possam surtir efeitos “ilegais” no plano dos fatos, caso eventualmente a parte sucumbente acabe não recorrendo da decisão.

Por outro lado, a lei, como tal, é norma de caráter geral, abstrata, de natureza interpretativa; “a jurisprudência dos tribunais superiores ou as súmulas vinculantes nem se sobrepõem à lei, nem restringem o poder de interpretar o direito e valorar os fatos, atribuídos aos magistrados de primeira instância”.³³⁰ Ademais, antes mesmo da súmula vinculante, a jurisprudência dos tribunais já vinculava antes mesmo do advento dela, conforme ilustra o “artigo 102, § 2º, CF/88, e artigo 557, *caput*, Código de Processo Civil Brasileiro, neste com previsão de negativa de seguimento de recurso, cujas razões estejam em confronto com súmula dominante do respectivo tribunal”.

4.6 Princípio da isonomia

O que se deve levar em conta, outrossim, é que “a igualdade perante a lei não exclui a desigualdade de tratamento indispensável em face da particularidade de situações”.³³¹

Ressalte-se a necessidade de observância aos princípios da legalidade e da isonomia (direito inviolável – art. 5º CF/88, criticando a Sú-

³³⁰ PASSOS, Calmon, apud WAMBIER, T. A. A.; WAMBIER, L. R.; MEDINA, J. M. G. Breves comentários à nova sistemática de Processual Civil. *Revista dos Tribunais*, abr. 2005, p. 112.

³³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1, p. 26-27.

mula 343 STF) quanto aos casos idênticos, decididos de maneiras diversas; criticando a súmula 400 STF, quanto às interpretações diversas de um texto legal.

Uma vez sopesados os princípios da independência decisória e funcional do magistrado frente ao princípio da isonomia – igualdade das decisões judiciais, parece de maior bom senso a priorização do “cumprimento do princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, garantida pela uniformização da jurisprudência”.³³²

Em suma, implica em, ao aplicar a lei, deva o juiz fazê-lo igualmente, quando de casos iguais se tratar, sobrepondo-se os princípios da isonomia e da legalidade.

4.7 Princípio da segurança jurídica

Em consonância com ele está a possibilidade de saber os entendimentos dominantes previsíveis quando da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado, neles estando esculpida a vontade do legislador pátrio, embasada nos também princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 37 da CF/88).

Está embasada num dos valores funcionais do direito, que é a certeza e previsibilidade. Logo, uma das finalidades da súmula vinculante é garantir certeza e previsibilidade às decisões judiciais, bem como reverter situação geral de descrédito do Poder Judiciário em razão das decisões antagônicas em casos idênticos.

A segurança jurídica reflete também nas bases do Estado Democrático de Direito, ressaltando sua solidez, constatada a partir da atuação consciente dos três Poderes, principalmente do Judiciário, a quem cabe decidir, de acordo com os ditames legais, os casos idênticos da mesma forma, promovendo, outrossim, a paz social.

Considerações finais

Até então se expôs os fundamentos constitucionais, os quais com a aplicação de súmulas vinculantes restarão fortalecidos, e que na atual conjuntura, não estão sendo efetivamente respeitados, tais como e principalmente os da isonomia, da legalidade e segurança jurídica.

Por outro lado, os princípios constitucionais do livre convencimento motivado do juiz e da separação/independência dos poderes estatais não

³³² NEVES, Castanheira. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra, 1983, p. 98.

são afrontados pela adoção da súmula vinculante, apenas ocorrendo, pode-se dizer que uma sutil relativização de alguns dos princípios, em detrimento de outros. Portanto, não é inconstitucional, tanto porque já vinha prevista no artigo 102, § 2º da CF/88.

Um pouco à semelhança da função legislativa, põe-se, com elas, uma norma de caráter geral, abstrata, só que de natureza interpretativa. Nem se sobrepõem à lei, nem restringem o poder de interpretar o direito e valorar os fatos atribuídos aos magistrados, em cada caso concreto, apenas firmam um entendimento da norma enquanto regra abstrata, num determinado momento social, que obriga a todos em favor da isonomia e segurança jurídica que o ordenamento deve e precisa proporcionar aos que convivem no grupo social, sob um Estado Democrático de Direito.

Não é possível mais sustentar a situação atual na qual o Poder Judiciário permaneça “entulhado” com processos cuja lide jurídica é sempre a mesma e vai se arrastando e percorrendo uma infindável sucessão de recursos, congestionando o Judiciário e que nenhum progresso para a ciência jurídica resultará.

Tanto inútil como custoso é continuar a manter a máquina judiciária ocupada com questões que não oferecem relevo ou dificuldade, ao passo que se poderia despender maior tempo e atenção para situações que demandem maior reflexão e atividade criativa por parte dos magistrados.

Ademais, tendo presente que o Direito e, como tal, o ordenamento jurídico de uma nação, deve-se compatibilizar com os anseios sociais de seu povo, a cada época histórica, não há o que temer quanto a adequação temporal do conteúdo das súmulas vinculantes aos casos concretos, em face do dinamismo e diversidade atual dos fatos sociais. Vale lembrar que, no que tange especificamente ao princípio da unidade do Direito, ao qual se refere, conforme já observou Calamandrei, “deve ser entendido em relação ao espaço, não ao tempo, deve-se procurar a unidade da jurisprudência, isto é, uma uniformização contemporânea que não exclui uma diversidade sucessiva”.³³³

Proporcionando, outrossim, mais celeridade à atividade judiciária, estará também contribuindo para a efetiva prestação jurisdicional, a que tanto se prima nos dias de hoje.

³³³ Apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Súmula vinculante e a EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) et al. *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 689.

O presente artigo, por certo, trouxe um breve ensejo acerca da temática trabalhada. No entanto, prima-se, que a partir dele, demais estudos possam ser suscitados, prosseguidos, bem como aprimorados, no decorrer dos períodos em que houver se efetivado, na prática, a utilização das súmulas vinculantes, nas mais diversas áreas jurídicas.

Será a partir das primeiras experiências, que com certeza surgirão maiores dúvidas, situações não-previstas, peculiaridades destacáveis nas diferentes áreas, que serão buscados e atingidos o aprimoramento e os acréscimos ou decréscimos necessários, que proporcionarão uma melhor adequação dos instrumentos jurídicos então disponíveis às situações fáticas existentes e até mesmo às porvindouras.

Referências

ANTUNES, Gilberto. Instituição da súmula vinculante em nosso País. Disponível em: <www.boletimjuridico.com.br/doutrina.html>. Acesso em: 11 jun. 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRASIL. *Código Civil, Código de Processo Civil, Constituição Federal*. Organização dos textos por Yussef Said Cahali. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 1 e 2.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Súmula vinculante e a EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin (Coord.) et al. *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novidades sobre a tutela antecipatória. *Revista de Processo*, n. 69, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A atribuição de eficácia vinculativa às proposições já incluídas na “súmula da jurisprudência predominante” do Supremo Tribunal Federal. *Revista Síntese*, maio 2005, p. 21-23.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NEVES, Castanheira. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra, 1983.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. Das súmulas vinculantes: uma primeira análise. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin (Coord.) et al. *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Ovídio Batista da. A antecipação de tutela. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 231, jan. 1997.

WAMBIER, T. A. A.; WAMBIER, L. R.; MEDINA, J. M. G. Breves comentários à nova sistemática de Processual Civil. *Revista dos Tribunais*, abr. 2005.

———. Repercussão geral e súmula vinculante – relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvin (Coord.) et al. *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 373-389.

Letícia Gonçalves Dias Lima*

Concretização do direito fundamental à terra

Resumo: A relação dos Direitos Humanos com a propriedade é situação que perpassa as diversas formações do Estado. Antes mesmo da Revolução Francesa o debate já existia. Posteriormente, com o Estado Constitucional, permanece o conflito. A propriedade, assim, vai se modificando: antes, exclusivamente propriedade; após, com uma função social. Nesse contexto, a Reforma Agrária procura atender ao direito à terra, implementando-o.

Palavras-chave: Direitos humanos. Direito de propriedade. Direito à terra. Reforma agrária.

Abstract: The relation of the Human Rights with property is a situation that trespasses the several formations of the State. Even before the French Revolution the debate already existed. Afterwards, with the Constitutional State, the conflict remains. So the property keeps modifying. Previously, exclusively property; afterwards, with a social function. The agrarian reform intends to consider Land Rights implementing them.

Key words: Human Rights. Property rights. Land rights. Agrarian reform.

Introdução

Ao longo dos séculos, inúmeras disputas sociais marcaram a história mundial. Dentre a luta de classes, o esforço do ser humano pela conquista e garantia de seus direitos merece destaque. Sobre este contexto, avanços significativos na defesa dos direitos do homem podem ser visualizados, tais como os movimentos sociais e declarações universais. Entretanto, após a Carta de Virgínia, em 1776, com a Declaração dos Direitos do Homem, anterior a Revolução Francesa (1789), ergue-se uma evidência contraditória entre os direitos declarados e a efetivação dos mesmos, em especial, o reconhecimento escrito do direito à propriedade e à posse de fato.

* Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha – FSG – Caxias do Sul, RS.
E-mail: lgdlima@uol.com.br.

Não se pretende, aqui, fazer um estudo minucioso da evolução histórica dos direitos humanos, mas abordá-los no contexto da propriedade, a fim de que se consiga demonstrar a violação estatal sobre um direito considerado universal, sagrado e inviolável.

A discussão do tema fundamenta-se tendo em vista a associação atual que se faz dos direitos humanos tão somente às questões de segurança pública, ficando, muitas vezes, olvidado que o direito à terra também é um dos direitos individuais, defendido pelos Direitos Humanos.

Defende-se a tese de que o grande entrave para uma boa e justa distribuição de terras é a atual estrutura fundiária, que não separa a dicotomia latifúndio-minifúndio. É sabido que todos os direitos fundamentais ao homem já foram declarados e reconhecidos, todavia, faltam mecanismos para que os mesmos sejam efetivados.

Utilizando-se de doutrinadores que versam sobre a história social dos direitos humanos e sobre a questão da reforma agrária, abordaremos alguns tópicos considerados necessários para melhor compreensão deste exame, que dará ênfase ao instituto *direito à propriedade*, a fim de confrontar diferentes pontos de vista frente ao assunto tratado. Dessa forma, pretende-se um posicionamento favorável ou não à reforma agrária nacional.

39 **Uma abordagem sobre os direitos humanos**

Ao longo da modernidade, tem-se falado muito em direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana. Todavia, já em 1690 a.C. o Código de Hammurábi mencionava os direitos do homem:

A origem dos direitos individuais do homem pode ser apontada no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado. O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes.³³⁴

³³⁴ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 24 e 25.

Mas, foi através de um contexto histórico, que os Direitos Humanos foram definidos, ou seja, foi caracterizado por um duplo processo revolucionário: Revolução Francesa e Revolução Industrial.

A burguesia lutava para se tornar a classe hegemônica (luta de forças, de classes), mas, para isso, era necessária a eliminação de uma série de direitos. Nesse momento, a sociedade feudal era fechada e carecia de uma concepção onde todos são iguais. Não existia a separação entre o espaço privado e o público (diferente da sociedade grega). Na sociedade feudal (com os estados absolutistas) não há essa separação, mas há o direito sobre a propriedade (senhores feudais) e a limitação dos direitos de ir e vir. Enfim, entre uma série de exigências demandadas pela burguesia, estava também a necessidade de uma reforma agrária radical.

Partia-se do pressuposto de que existia uma ameaça à liberdade, a saber, o Estado. Por esse motivo, ele (Estado) deveria ser retirado, uma vez que só era importante na medida em que tem o dever tão somente de garantir as liberdades públicas, quando violadas. Nasceram, assim, os direitos de Primeira Geração, que são direitos de agir e não de exigir do Estado uma prestação de serviços. Para tanto, foram formulados os direitos que não são criados, nem instituídos, mas declarados como decorrentes da natureza humana, ou seja, direitos individuais, quais sejam: liberdade, propriedade, mão-de-obra livre, livre cambismo.

Para alguns indivíduos, os Direitos Humanos de Primeira Geração não precisavam se encontrar escritos, pois decorrem da natureza humana; para outros, não se podia abrir mão da própria natureza. Por isso, foram caracterizados como: *imprescritíveis*, devido à natureza imutável do ser humano, e *inalienáveis*, uma vez que não se pode abrir mão da própria natureza. Outra característica é a *individualidade*, por ser o homem entendido como ente perfeito e completo, mesmo quando considerado isolado. Mas a principal peculiaridade é a *universalidade* desses direitos, que independe de regimes políticos, de cultura e assim por diante.

40 O direito à terra

Consta nos relatos históricos que, desde muito, povos eram privados de um pedaço de terra próprio, devido à ação de proprietários de grandes extensões de terras, o que reflete, hoje, na injusta e má distribuição da

renda. Graves e inevitáveis conseqüências puderam ser observadas, como podemos verificar nas palavras de Trindade, falando da Revolta de 1381, na Inglaterra:

A grande Revolta dos Camponeses na Inglaterra, em 1381, foi igualmente dramática: rebelados contra um novo imposto opressivo e exigindo o fim da servidão à terra, dez mil camponeses armados de foices, machados e espadas marcharam até os muros de Londres. Levavam à frente, como espantalhos macabros, estacas onde haviam espetado algumas cabeças decepadas de proprietários odiados por sua opressão. Também terminaram sendo violentamente reprimidos.³³⁵

Observa-se, ainda, o predomínio da desigualdade social em 1378:

Não eram só os camponeses que se rebelavam. Ainda que com menor freqüência, começaram a eclodir revoltas populares em cidades, como a ocorrida em Florença em julho de 1378. Indignados por suas más condições de vida, trabalhadores têxteis diaristas (*os ciompi*) e pequenos artesões tomaram de assalto o palácio do governo local, puseram seus ocupantes a correr e saquearam casa de ricos. Foi a luta do chamado *povo magro* (os assalariados e pobres em geral) contra o *povo gordo* (nobres, banqueiros, juristas, assessores do governo, empresários – os ricos em geral).³³⁶

O que vemos aqui é um direito de resistência. Vejamos o que diz Bobbio:

Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde, nas Constituições que reconheceram a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado. Mas o que podem fazer os cidadãos de um Estado que não tenha reconhecido os direitos do homem como direitos dignos de proteção?³³⁷

O que fazem os movimentos sociais que defendem o direito à propriedade se não exercerem um direito de resistência, aberto pela ausência do Estado. A ocupação de terras pelos necessitados de terra é um direito de resistência.

³³⁵ TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Petrópolis, 2002, p. 23.

³³⁶ Id., *ibid.*, p. 23 e 24.

³³⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 51.

Por que são necessários movimentos, novos pactos, novas convenções, para garantir o direito à propriedade (e tantos outros direitos), se na Declaração de 1789 ele foi: “qualificado como um direito inviolável e sagrado”?³³⁸ Até que ponto os Direitos Humanos são desrespeitados?

³³⁸ TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Petrópolis, 2002, p. 54.

Bedin nos mostra como o direito de propriedade privada foi defendido, todavia, não se pode ignorar que os direitos humanos de primeira geração são considerados universais, ou seja, todos os seres humanos têm direito à propriedade.

O direito de propriedade privada foi e é o mais polêmico de todos os direitos desta geração. Este direito foi garantido, de maneira clara, em várias declarações de direitos do homem, salvo, é óbvio, na Declaração dos Direitos do povo Trabalhador e explorado, aprovada em janeiro em 1918 pelo Terceiro Congresso Panrusso dos Sovietes.³³⁹

Comparato, assim fala:

[...] ao apresentar a propriedade privada como uma garantia insuprimível da liberdade individual, o constitucionalismo do século XIX abriu o caminho para o reconhecimento, ao lado do direito subjetivo dos que já são proprietários, também do direito fundamental de toda pessoa à aquisição de propriedade. Mormente quando esta representa o único meio de garantia de subsistência do indivíduo e sua família. A Constituição italiana de 1947 tirou as conseqüências desse fato, ao dispor, em seu art. 42, que a lei regularia a propriedade privada, com finalidade de torná-la acessível a todos.³⁴⁰

Portanto, necessária a análise da reforma agrária, frente ao direito de propriedade.

41 **A reforma agrária como efetivação do direito à propriedade**

Sabemos que, devido a um processo histórico, marcado, inclusive, pela colônia de exploração, desde as capitânicas hereditárias, a distribuição de terras no Brasil tem sido um fator de desigualdade.

[...] como resultado do processo histórico que criou nosso direito agrário, vimos também que as novas regiões foram ocupadas pela grande propriedade muito antes de sua ocupação produtiva, reproduzindo-se nelas um padrão socialmente excludente que dificulta o pleno aproveitamento dessa imensa vantagem.³⁴¹

³³⁹ AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Orgs.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999, p. 378.

³⁴⁰ AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Org.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999, p. 378.

³⁴¹ BENJAMIN, César et al. *A opção brasileira*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1998, p 82.

A Constituição Federal brasileira de 1988, traz em seu artigo 5º, inciso XXII, a garantia do direito à propriedade, mas menciona no inciso seguinte: “a propriedade atenderá a sua função social”.

Moraes, afirma que:

Toda pessoa, física ou jurídica, tem direito à propriedade, podendo o ordenamento jurídico estabelecer suas modalidades de aquisição, perda, uso e limites. O Direito de propriedade, constitucionalmente consagrado, garante que dela ninguém poderá ser privado arbitrariamente, pois somente a necessidade ou utilidade pública ou interesse social permitirão a desapropriação. Dessa forma, a Constituição Federal adotou a moderna concepção de *direito de propriedade*, pois ao mesmo tempo em que o consagrou como direito fundamental, *deixou de caracterizá-lo como incondicional e absoluto*.³⁴²

Ou seja, assegurado na Declaração Universal de Direitos do Homem e reconhecido na Constituição Federal como sendo um direito fundamental, o direito à propriedade deve ser efetivado.

Na concepção de Bobbio, ao ser reconhecido um direito fundamental para uma categoria, fere-se o direito fundamental de outra categoria:

[...] em outras palavras, são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção. Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas [...].³⁴³

Analisando-se a fala de Bobbio, os grandes latifundiários, ou mesmo os mini-fundiários, podem dizer: “eu também tenho o direito à propriedade”. Sim, não se quer aqui violar os direitos dos latifundiários, mas sair em defesa da distribuição justa da terra, pois não há como todos obterem acesso a ela, se alguns possuem demais, já que desta forma outros possuíram menos ou nada possuiriam. Vale ressaltar, como visto

³⁴² MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 173.

³⁴³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 108.

anteriormente, que o texto constitucional prevê a função social da propriedade.

Ainda sobre a função social da terra, Sodero,³⁴⁴ conceituando direito agrário, diz que: “direito Agrário é o conjunto de princípios e normas de direito público e de direito privado, que visa a disciplinar as relações emergentes da atividade rural, com base na função social da terra”.

Sob esta ótica, Dallari no ensina:

No Brasil é muito grande a extensão de terras que hoje nada produzem por estarem nas mãos de latifundiários que só se interessam por elas como reserva econômica e não como instrumento de trabalho e produção. Todo o povo brasileiro vem sendo prejudicado por essa apropriação injusta de bens, que, segundo a própria Constituição, devem cumprir uma função social.³⁴⁵

Continua o sábio professor, aduzindo sobre a reforma agrária no Brasil:

Como os governos brasileiros não têm mostrado interesse ou coragem para enfrentar os latifundiários e realizar a reforma agrária, é indispensável que o povo tome consciência de que vem sendo gravemente prejudicado por essas atitudes de egoísmo e omissão. Deve-se dar todo o apoio aos movimentos organizados de trabalhadores rurais que se disponham a pressionar para que cesse a omissão do governo e enfrentar a resistência.³⁴⁶

A raiz dos crimes contra os Direitos Humanos está na concentração do poder e da renda.

Considerações finais

Percebe-se que uma série de Cartas, Convenções, Tratados, Instituições Internacionais vieram para tornar efetivos os Direitos Humanos; entretanto, esses direitos sociais raras vezes são apresentados como

deve-

³⁴⁴ SODERO, Fernando Pereira, apud LUZ, Valdemar P. da. *Curso de direito agrário*. 2. ed. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto, 1996.

³⁴⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998, p. 38.

³⁴⁶ Id., *ibid.*, p. 38 e 39.

riam ou, ainda, são apresentados em contraposição de interesses particulares.

Os Direitos Humanos têm configurado objeto de disputa e passaram a ser utilizados como protesto para atingir ideais desumanos.

Opera na sociedade uma desigualdade real e, enquanto houver a existência de latifúndios e de minifúndios concentrados nas mãos dos mesmos proprietários, não haverá limites para a fome, nem para a violência, pois sem moradia não há dignidade, não há paz; sem o incentivo à agricultura não há produção de alimentos, não se acaba com a fome.

Durante muito tempo, acreditou-se na evolução da sociedade, que, à luz das idéias iluministas, conquistou consideráveis e importantes avanços. Através da Declaração dos Direitos Humanos de 1948 foi que se consagraram todos os direitos que, historicamente, tinham sido demandados e sido o fruto de uma luta, de uma conquista dos trabalhadores. Entretanto, que conquista é esta se não somente uma doxa estatal, onde os direitos são garantidos somente em uma folha de papel.

Durante o feudalismo, o povo sobreviveu mediante o trabalho servil, onde os senhores feudais e a igreja detinham todo o poder e a posse das terras, sem falar na corvéia (trabalho gratuito), a qual o povo era submetido. Hoje, não muito diferente, o trabalhador também é submetido a uma espécie de corvéia, onde, por causa dos tributos abusivos, trabalha para o Estado, estima-se, por mais ou menos 4 meses, gratuitamente, o que impossibilita a legitimação dos direitos econômicos, que têm ligação direta com os direitos sociais e individuais.

Deve-se, além de uma reforma agrária justa, abolindo-se o latifúndio e minifúndio, propiciar meios para o cultivo da terra e sua utilização adequada, disponibilizando todo o suporte necessário até para que terras improdutivas venham produzir. Dessa forma, serão assegurados os direitos à propriedade, que gera empregos, boa alimentação, educação, que leva à dignidade humana. É através da reforma agrária que muitos dos direitos defendidos pelos Direitos Humanos serão garantidos e efetivados no Brasil.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Org.). *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. Rio Grande do Sul. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. *Relatório Azul – Garantias e Violações dos Direitos Humanos; 1999/2000*. Porto Alegre: Assembléia Legislativa: 2000.

ATHAYDE, Austregésilo de; IKEDA, Daisaku. *Diálogo: direitos humanos no século XXI*. Tradução de Masato Ninomiya. Rio de Janeiro: Record, 2000.

BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de Direito Agrário*. v. 1 – Doutrina e exercícios. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

- BEDIN, Gilmar. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. 3. ed. rev. ampl. Ijuí: Editora Unijuí, 2002.
- BENJAMIN, César et al. *A opção brasileira*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998. (Coleção Polêmica).
- FEIJÓ, Alexsandro Rahbani Aragão. *Direitos humanos e proteção jurídica da pessoa portadora de deficiência: normas constitucionais de acesso e efetivação da cidadania à luz da Constituição Federal de 1988*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2002.
- LUZ, Valdemar P. da. *Curso de Direito Agrário*. 2. ed. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto, 1996.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES, Guilherme Peña de. *Direitos fundamentais: conflitos & soluções*. Niterói: Frater et Labor, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- STUCKA, Petr Ivanovich. *Direito e luta de classes – teoria geral do direito*. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Peirópolis, 2002.

Revista do Curso de Direito

da Faculdade da Serra
Gaúcha

ano 1, n. 1, jan./jun. 2007



Rua Os 18 do Forte, 2366
CEP: 95020-472 Bairro São Pelegrino
Caxias do Sul – RS – Brasil
Fone/fax: (0xx54) 2101.6000
fsg@fsg.br
www.fsg.br

FACULDADE DA SERRA GAÚCHA – FSG

Diretor:
Prof. Msc. João Dal Bello

Revista de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha

Escola Superior de Ciências Jurídicas e Sociais

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Agostinho Oli Koppe Pereira
UNISINOS – Doutor em Direito

Prof. André Luís Callegari
FSG – Doutor em Direito

Prof. Júlio César da Costa Silveira
ESMP – Doutor em Direito

Prof. Manuel Cancio Meliá
UAM – Espanha – Pós-Doutor em Direito

Prof. Sérgio Augustin
UCS – Doutor em Direito

COORDENADOR DA REVISTA

Prof. Dr. Sérgio Augustin
sergio.augustin@fsg.br

Arte de capa: cena design / Marco Cena
Distribuição e divulgação: Biblioteca da FSG
Produção gráfica e editorial: Suliani Editografia
Supervisão editorial: Conselho Editorial

Impresso no Brasil
2007

Pede-se permuta
Pídese canje
On demande échange
We wask for exchange
Wir bitten um austausch
Si reichiede lo scambio

Sumário

Apresentação	5
João Dal Bello	
O conceito de costume	7
Sérgio Augustin	
Liberdade de religião e sacrifício de animais: a lei estadual gaúcha nº 12.131/2004	17
Bruno Heringer Júnior e Isabel Dias Almeida	
Cidadania, fraternidade e direitos fundamentais na sociedade cosmopolita	25
Cristina Lazzarotto Fortes	
A bioética a partir do viés principialista: uma análise conceitual e paradigmática	39
Daniela Grechi	
Os cidadãos do mundo também precisam de passaporte: reflexões sobre cosmopolitismo e a problemática migratória....	65
Fernando Pedro Meinero	

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais.....	79
Isabel Dias Almeida	
A responsabilidade civil do Estado por danos causados durante o período da Ditadura Militar	95
Marcus Vinícius Baratieri	
Direito de propriedade ou direito à propriedade?.....	109
Miriam Lisiane Schuantes Rodrigues	
A afronta à liberdade do cidadão com a instituição da prisão civil por dívida tributária	125
Patrícia Schoerpf	
A impugnação da coisa julgada inconstitucional: um novo perfil para a ação rescisória	143
Albino César Moraes da Rosa	
Aspectos processuais da alienação fiduciária de bens imóveis ..	161
Alexander Luiz Canale	
Caracterização de princípios constitucionais processuais em face da súmula vinculante	179
Andreza de Sousa Toledo	
Concretização do direito fundamental à terra	197
Letícia Gonçalves Dias Lima	

Apresentação

A *Revista do Curso de Direito* da Faculdade da Serra Gaúcha, editada semestralmente, tem sua linha editorial voltada à publicação de artigos específicos e interdisciplinares relacionados com áreas de interesse do Direito em seus múltiplos segmentos. Neste aspecto, a Revista surge como um novo espaço de produção científica para a área e, principalmente, na região de sua influência, publicizando o conhecimento.

A Revista se propõe ser um elemento propagador dos saberes, discutindo temas emergentes da sociedade contemporânea que perpassam pelos currículos e atividades da Instituição, constituindo-se em produções da área de Direito com eco nos diversos ambientes socioculturais da comunidade. Tais produções resguardam os aspectos metodológicos e epistemológicos, para atender aos níveis de exigência de uma revista científica. A revista foi organizada, em seu primeiro número, para atender aos critérios de indexação. Externamente, o projeto da Revista tem por finalidade inseri-la no contexto da comunidade científica, figurando entre as publicações do gênero, possibilitando a troca de trabalhos acadêmicos.

A Revista representa mais um dos indicadores do nível de excelência proposto pela Faculdade, tanto para atenderem-se às exigências do Curso, como para funcionar como um denso estímulo à produção docente.

O Conselho Editorial da Revista está composto por professores doutores da Instituição e professores doutores convidados externos, que dão respaldo à cientificidade da publicação.

A Faculdade é um campo onde as trocas de experiência são fundamentais para a capacitação do indivíduo. Dentre os objetivos do Curso de Direito há a formação de profissionais aptos a enfrentar os novos desafios do mercado, quais sejam, não dominar apenas o conhecimento da lei, mas todos os demais fatores e implicações que ressoam nas relações sociais, tais como: noções de economia, ciência política, direitos humanos, princípios de convivência humana individuais e coletiva, preservação do meio ambiente e qualidade de vida, entre outros.

Hoje, há de ser destacada a importância do ensino interdisciplinar, porque amplia a visão do mundo, possibilitando uma maior compreensão dos fenômenos sociais, isto é, capaz de oferecer uma compreensão mais ampla dos vários saberes, aliando teoria e prática, para assim possibilitar que os acadêmicos tenham como expandir sua criatividade e alcancem o

leque de opções que a vida apresenta para que busque uma inserção profissional.

O Direito integra o mundo da cultura. As transformações porque passam uma sociedade repercutem na vivência jurídica, sendo o profissional desse campo do conhecimento chamado a enfrentar as novas questões que surgem, com reflexão crítica do problema apresentado, através da interpretação, da comparação e por fim da melhor solução. A Revista do Curso de Direito oportunizará a ampliação desse entendimento sempre que observados os pressupostos da concepção do curso, que possui uma visão não só jurídica, mas humanística do ensino do Direito, além do alcance interdisciplinar, aliado a prática contínua dos saberes obtidos dentro e fora da sala de aula.

Nesse contexto, o Curso de Direito pretende formar profissionais capazes de integrar o mundo jurídico e a Revista servirá para auxiliá-lo a entender as realidades da militância da advocacia seja liberal ou pública, a magistratura, a promotoria, a advocacia empresarial, entre outras, expressas nas vivências dos articulistas.

Em síntese, a Revista complementarará o ensino voltado para a formação humanística que envolve decisões de interesse de toda a sociedade. A atividade jurídica tem que ser realizada de forma conjugada, observando o contexto e a realidade social para que os profissionais não sejam meros perpetuadores do sistema, mas que compreendam em uma visão sistêmica o compromisso social que o profissional cidadão tem ao atuar em todas as áreas do Direito e em todas as funções jurídicas, públicas ou privadas, seja na assessoria para elaboração, interpretação e aplicação das normas, seja na conciliação, na negociação ou na resolução dos litígios.

O lançamento do primeiro número da *Revista do Curso de Direito* da Faculdade da Serra Gaúcha, constitui-se em mais um dos instrumentos de apoio na concretização da proposta de formação dos futuros profissionais do Direito.

Prof. Msc. JOÃO DAL BELLO

Diretor da FSG

Sérgio Augustin*

O conceito de costume

Resumo: O presente artigo visa analisar o conceito histórico do costume, bem como sua definição e utilização na Ciência Jurídica contemporânea, ou seja, sua vinculação com a Lei e o Direito. Ainda, a conceituação, o papel e a utilização dos costumes na Ciência Jurídica contemporânea. O conceito de costume pode ser entendido a partir da evolução das sociedades. A utilização do costume nas sociedades mais civilizadas se caracteriza como algo pouco conhecido ou até ignorado. Sob o aspecto teórico, não há nenhuma divisão estanque do que sejam costumes sociais e jurídicos ou entre costumes e fato consuetudinário. Na verdade, o costume era mais um veículo que levava ao conflito do que ao consenso.

Palavras-chave: Direito. Lei. Costume. Sociedade.

Abstract: The present work intends analyzing the historical concept of costume, as well as its definition and use in contemporary Juridical Science, that is, its linkage with Law and Right. Yet the conceptualization, the role and the use of costumes in contemporary Juridical Science. The concept of costume can be understood from the evolution of the societies on. The use of custom in more civilized societies is characterized as something little known or even ignored. Under the theoretical aspect, there is not any stagnant division about what juridical and social customs are or between customs and consuetudinary fact. Actually, the custom lead more to conflict than to a consensus.

Key words: Right. Law. Custom. Society.

Introdução

* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor na FSG e UCS. Juiz de Direito.

O presente artigo visa analisar o conceito histórico do costume, bem como sua definição e utilização na Ciência Jurídica contemporânea, ou seja, sua vinculação com a lei e o direito.

Para tornar tal intenção exequível nos limites de um trabalho como este, tomamos como fio condutor a conceituação histórica do costume utilizada por E. P. Thompson em sua obra *Costumes em comum – estudo sobre a cultura popular tradicional*, ou mais especificamente o capítulo que aborda o “Costume, lei e direito comum”.

Num segundo momento, analisamos a conceituação, o papel e a utilização dos costumes na Ciência Jurídica contemporânea. Para isso, utilizaremos as obras de alguns autores que abordam tal temática.

Por fim, algumas observações a título de considerações finais, tentando fazer uma espécie de balanço ou resumo da situação abordada nos capítulos anteriores.

42 **Conceito histórico do costume**

De acordo com E. P. Thompson,

o costume antigamente vigorava num contexto de normas e tolerâncias sociológicas. Vigorava igualmente na rotina cotidiana de ganhar o sustento. Era possível reconhecer os direitos costumeiros dos pobres e, ao mesmo tempo criar obstáculos a seu exercício.³⁴⁷

[...] o costume da terra era mais uma questão de ambiência, regras que não só impunham limites aos usos como revelavam possibilidades, normas e sanções tanto da lei como das pressões da vizinhança. O costume, portanto, não era algo fixo e imutável, que tinha o mesmo corpo de significado para duas classes sociais, tornando-se mais um veículo para o conflito e não para o consenso.³⁴⁸

O costume era, então, objeto de conflito e não de consenso, justamente porque não sendo algo fixo, e estando em constante mudança, não atingia com igualdade de condições as classes sociais distintas da época.

Por isso, somente no século XVIII, presencia-se um período de leis mistas, em que os usos e os direitos estavam ligados ao cargo ou ao local (que dizia respeito às classes sociais), sendo, então, considerados como se fossem comandos.

Naquele período, e a referência que se faz é à Europa, eram cidadãos e poderiam fazer escolhas, como se eleitores fossem, com limitações, todos os que possuíam um bem hereditário. Outros, ainda, poderiam viver em casas ou nas terras, pelas quais pagavam uma renda ao senhor. O costume, visto dessa forma, ligava os direitos ao lugar, ou

³⁴⁷ THOMPSON, E. P. *Costumes em comum* – estudos sobre a cultura popular tradicional. Tradução de Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 85.

³⁴⁸ Id., p. 86-87.

seja, à matéria inanimada, e não à pessoa independentemente do lugar. Não havia, assim, um argumento racional, mas o vínculo com a coisa.³⁴⁹

Ainda, conforme Thompson:

o direito consuetudinário permitia que considerassem “razões” que tinham mais a ver com a economia política do “desenvolvimento” do que com uma atenção estrita aos termos da lei. Muitos juízes do século XVII partilharam a mentalidade dos proprietários de terra empreendedores (homens razoáveis) e orgulhavam-se de intuir as verdadeiras intenções de seus predecessores e dos legisladores.³⁵⁰

É claro que o período também é de conflito entre proprietários e não-proprietários de terras. Assim, no que concerne à luta pela terra, mesmo se utilizando de instrumentos legais, os trabalhadores tinham sempre pouca chance de vitória. Somente nos séculos XVI e XVII é que os proprietários de terras começaram a reivindicar seus direitos perante o rei, permitindo, assim, que os foreiros reivindicassem seus costumes e seus direitos perante os senhores. Nessa época, passa a ser descaracterizada a predominância da influência divina e do direito de propriedade.

A partir disso, para Thompson,

a ligação entre a lei e as ideologias dominantes de um lado, e os usos do direito comum e a consciência costumeira de outro, era um território em que muitos interesses lutavam por vantagens. Basicamente no momento do cerceamento, era um território de conflito de classes. Empregava-se a lei como instrumento de capitalismo agrário, favorecendo as “razões” da agricultura. Quando se alega que a lei é imparcial, temos que responder que tal pretexto era uma fraude de classe.³⁵¹

Neste sentido, historicamente, o conceito de costume pode ser entendido a partir da evolução das sociedades. Numa acepção mais geral, a utilização do costume nas sociedades mais civilizadas se caracteriza como algo pouco conhecido ou até ignorado.

Entretanto, em alguns momentos da história dos grupos sociais este era visto sob outro aspecto, ou seja, se constituía na única fonte do Direito ou, pelo menos, a mais importante, não existindo ou sendo raramente empregado o mecanismo legal.

349

Id.

350

Ibid.

351

Id., *ibid.*, p. 86-88.

No entanto, o costume se constituía na única fonte do Direito, porque em sociedades primitivas ou arcaicas a escrita era desconhecida, pouco utilizada e acessível a poucos, e por isso se privilegiava o direito consuetudinário.³⁵²

De acordo com Henry Lévy Bruhl,

as sociedades primitivas que desconhecem a escrita vivem, necessariamente, sob o regime do direito consuetudinário. Os costumes aí são numerosos e variados. Entretanto, pode-se reconhecer neles características comuns.³⁵³

Estas características, que podem ser identificadas, dizem respeito a uma forte ligação com a religião, o misticismo, etc. Primeiramente, as violações que se cometiam eram sancionadas de acordo com a natureza reli-

giosa. Estes costumes adotados pelas sociedades primitivas eram de grande força e dificilmente eram modificados, ou seja, modificavam-se muito lentamente.

Por isso, segundo Bruhl, “nas sociedades primitivas, as condições ecológicas e econômicas de existência excluem qualquer modificação rápida das relações humanas”.³⁵⁴

Ou seja, os grupos sociais, nas sociedades primitivas, eram muito fechados, restritos, sem comunicação uns com os outros, de tal sorte que os elementos estranhos, que constituem renovação, alteração do Direito, estão completamente ausentes.

Os costumes medievais, ou o direito consuetudinário da Europa medieval, que, em certos países, como a França, prolonga-se até o fim do século XVIII, pertence irrevogavelmente ao passado e não pode, conseqüentemente, ser reconhecido senão indiretamente. Por outro lado, ele coexiste com outras fontes do Direito e coloca um certo número de problemas que ainda não foram resolvidos.³⁵⁵

Na Idade Média, segundo Bruhl, pretendia-se utilizar o costume de forma oral, mas já não se ignorava a escrita, ou seja, embora ainda não estivesse difundida universalmente, ela (a escrita) era de uso corrente em certos meios.

³⁵² Id., *ibid.*, p. 87-89.

³⁵³ BRUHL, Henry Lévy. *Sociologia do Direito*. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 50.

³⁵⁴ Id., *ibid.*, p. 51-52.

³⁵⁵ Id., *ibid.*, p. 53.

Como é que, enquanto muitos atos de interesse privado, como doações ou testamentos, preenchem numerosos cartulários e são cuidadosamente redigidos e conservados, os costumes, esses documentos de interesse geral, não o são e permanecem numa espécie de estado fluido e precário, desprovidos, se assim se pode dizer, de consistência material, reduzidos ao estado de palavras transmitidas de boca em boca no curso de inúmeras gerações, com todos os riscos de deformação que isso comporta? Os juristas não parecem ter-se preocupado com esse paradoxo, que requer não obstante uma explicação.³⁵⁶

O Direito, nessa época, não é considerado como um dos atributos do poder político, e as relações entre os particulares, nascidas um pouco ao acaso das circunstâncias, difundem-se, sem obedecer, ao que parece, a nenhuma regulamentação. O costume não retira, pois, a princípio, sua força coercitiva de uma autoridade pública organizada, mas apenas de pressão social imposta por esta ou aquela solução tradicional que pareceu mais satisfatória.

Segundo Angel La Torre, “uma das mais famosas polêmicas na doutrina recai sobre o fundamento do costume”.³⁵⁷ Para Frederico Carlos Savigny,

O Direito, tal como a linguagem e outras manifestações culturais, era o produto espontâneo do pensamento popular, que se manifesta no costume. À medida que aumenta a complexidade da vida social torna-se necessário o aparecimento duma classe social especializada na interpretação desse espontâneo direito popular e dessa mentalidade da comunidade.³⁵⁸

Cabe, portanto, aos juristas, tal interpretação desse direito popular e espontâneo.

Nasce, assim, um novo tipo de direito, “o direito dos juristas”, que não é mais que uma canalização e aperfeiçoamento do antigo direito consuetudinário através de uma técnica própria, mas cujo fundamento é o mesmo, quer dizer, o espírito popular, que agora se exprime através dos juristas.³⁵⁹

Diante desta perspectiva, temos que o Direito é a vontade popular, e o costume é fonte do Direito.

43 **A conceituação, o papel e a utilização do costume na ciência jurídica contemporânea**

³⁵⁶ Id., *ibid.*, p. 54.

³⁵⁷ LA TORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Coimbra: Almedina. 1978, p. 81.

³⁵⁸ Id., *ibid.*, p. 83-84.

³⁵⁹ Id., *ibid.*, p. 84.

Para discutirmos o papel e a utilização dos costumes na Ciência Jurídica contemporânea, resgatamos algumas idéias que procuram indicar o fundamento da obrigatoriedade dos costumes e sua utilização ao longo do pensamento jurídico.

De acordo com Castanheira Neves,

a teoria romano canônica da concessão ou da autorização reconhece a juridicidade dos costumes no reconhecimento ou tolerância tácita dos costumes por parte dos titulares da soberania político-jurídica. A teoria sociológica, no fato consuetudinário, a teoria psicossociológica na “forma normativa dos fatos”,

a teoria da convicção da Escola histórica, e mais tarde da escola empírico-sociológica no elemento da opinião *iuris*.³⁶⁰

E, prossegue, dizendo que:

na teoria judiciária de Lambert e outros, o caráter jurídico e a força obrigatória do costume seriam o reconhecimento pelos tribunais. Nessas teorias, segundo o autor, a juridicidade consuetudinária ou é negada ou está compreendida no que essencialmente a constitui, mas não baseia-se no momento da juridicidade.³⁶¹

A partir destas considerações de Castanheira Neves, podemos observar que a conceituação do que seja costume demonstra a influência dessas concepções sem nenhuma reflexão teórica e uma necessidade constante de destacar o fenômeno sociológico que dá origem aos costumes daquilo que deveria ser considerado somente jurídico, dentro daquela idéia kelseniana de purificação da Ciência do Direito, ou seja, “um conhecimento apenas dirigido ao direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente determinar como Direito”.³⁶²

Como podemos observar, sob o aspecto teórico, não há nenhuma divisão estanque do que sejam costumes sociais e jurídicos ou entre costumes e fato consuetudinário. Podemos, apenas, constatar que, quando o costume social é incorporado às decisões jurídicas, passa a constituir o chamado direito consuetudinário, ou seja, funciona, em muitos casos, como verdadeiro sistema jurídico.

³⁶⁰ NEVES, Castanheira A. Fontes do Direito. *Enciclopédia Polis*. 1986. v. 4, p. 1.512-1.578.

³⁶¹ Id., *ibid*.

³⁶² KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 156.

Tal constatação demonstra que o que diferencia essas duas categorias é o reconhecimento do costume pela autoridade judiciária, quando ele é aplicado pelo juiz. Assim, podemos verificar que os costumes funcionam como uma ponte entre a normatividade social espontânea e aquela estabelecida pelos ordenamentos jurídicos criados pela atividade legislativa (do poder legislativo e executivo) e jurisdicional.

A partir das considerações acima, podemos adentrar na elaboração conceitual do costume de Thompson. Pois, para este autor, o costume é práxis, sua fonte é a práxis. Segundo ele, “os costumes devem ser interpretados de acordo com a percepção vulgar, porque os costumes em geral se desenvolvem, são produzidos e criados entre as pessoas comuns, sendo por isso chamados de *vulgares consuetudines*”.³⁶³

De acordo com a maioria dos doutrinadores, o costume jurídico: “é a prática de uma forma de conduta, repetida de maneira uniforme e constante pelos membros de uma comunidade, acompanhada da convicção de sua obrigatoriedade”.³⁶⁴

³⁶³ THOMPSON, E. P. *Costumes em comum*, p. 86.

³⁶⁴ BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao Direito*. São Paulo: Letras e Letras, 1995, p. 136.

Dessa forma, o costume pode ser entendido como algo que se caracteriza pela: (a) repetição habitual de um comportamento durante certo período de tempo (a “inveterada consuetudo” dos romanos); é o elemento objetivo ou material; (b) convicção ou consciência social de que tal conduta é necessária ou conveniente ao interesse da comunidade (*opinio juris seu necessitatis*), é o elemento subjetivo ou intencional.³⁶⁵

Como se observa, o costume é caracterizado e se repousa em dois pilares comuns: o uso em comum e o tempo imemorial.

[...] um dos costumes tem início e se desenvolve até atingir sua plenitude da seguinte maneira: quando um ato razoável, uma vez praticado, é considerado bom, benéfico ao povo e agradável à natureza e à índole das pessoas, elas o usam e praticam repetidas vezes, e assim, pela freqüente iteração e multiplicação do ato, ele se torna costume; e se praticado sem interrupção desde tempos imemoriais, adquire força de lei.³⁶⁶

Por isso, o costume é norma não-escrita, que surge da longa, diuturna e reiterada prática da sociedade. Distingue-se assim da lei, de plano, pelo aspecto formal. A lei é escrita; o costume é “não-escrito”.

Numa comparação entre o costume jurídico e a lei temos, segundo Betioli, que: (a) a lei tem uma origem certa e predeterminada; há sempre um momento no tempo e um órgão do qual emana. O costume, por sua vez, nasce de maneira anônima; geralmente não sabemos onde e como surgiu.

(b) a forma de elaboração da lei obedece a trâmites prefixados; é o resultado de um processo que em todos os seus momentos, já está previsto seja numa lei anterior, seja na constituição. O costume jurídico aparece na sociedade de forma mais imprevista; ora é um ato consciente de alguém que, por atender a uma exigência social, passa a ser imitado; às vezes é uma causalidade que sugere uma solução no plano da conduta humana. (c) o prazo de vigência de uma lei pode ser determinado nela mesma ou vir a ser uma nova lei. Quanto ao costume jurídico não é possível determinar o tempo de sua duração, nem prever a forma pela qual vai se extinguir. (d) a lei surge da reflexão e apreciação racional. O costume tem um sentido de espontaneidade; nasce espontaneamente, como de forma instintiva. (e) a lei dispensa a prova de sua existência, valendo a suposição de que os juízes conhecem

³⁶⁵ Id., *ibid.*, p. 140.

³⁶⁶ THOMPSON, E. P. *Costumes em comum*, p. 88.

o Direito (*jura novit curia*). Quanto ao costume jurídico, há aqueles que sustentam que também o direito costumeiro deve presumir-se conhecido, o que dispensaria a produção de prova de sua existência; outros pensam que ele deve sempre vir acompanhado dessa prova; cremos que o caminho certo é uma posição intermediária: a prova do direito costumeiro deverá ser feita em havendo contestação da parte ou determinação *ex officio* do juiz.³⁶⁷

Para além dessas definições, Bruhl, em seu livro *Sociologia do Direito*, define o costume como algo

que elabora surdamente o novo direito do mesmo modo que a vida latente opera nas espécies vegetais e animais. É a fonte vital das instituições jurídicas. Tem, pois, uma esfera de aplicação indefinida. Não é uma fonte de direito entre outras: não seria exagerado dizer que é a única fonte do direito.³⁶⁸

Com estas afirmações o autor delega ao costume a probabilidade de que a partir dele está a essência da criação e elaboração normativa, ou seja, o costume neste sentido é visto como fonte única do Direito. É a idéia da influência de um espírito sociológico no domínio do Direito.

Tal espírito sociológico, que vem sendo utilizado no domínio do Direito, demonstra que os costumes estão muitas vezes em desacordo com o Direito em vigor. Por isso, é preciso insistir nesse ponto:

Os costumes são sempre paralegais, mas, às vezes, francamente ilegais. É por seu intermédio que as idéias introduzem-se na legislação de um país, é por eles que se criam novas instituições. Pode parecer surpreendente que um sistema jurídico venha a receber, sem se deslocar completamente, normas muito diferentes e quase contraditórias. Um corpo de direito não deve apresentar certa unidade? É que ainda não se avaliou suficientemente a grande flexibilidade do direito, sobretudo do direito privado. Uma legislação como a nossa contém numerosas disposições de data e de espírito muito diferentes.³⁶⁹

No entanto, a doutrina classifica o costume em três espécies: (a) segundo a lei (*secundum legem*); (b) na falta da lei (*praeter legem*); (c) contra a lei (*contra legem*), este último não aceito por parte da doutrina, como veremos.

De acordo com Luiz Antonio Nunes,

³⁶⁷ BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao Direito*, p. 139.

³⁶⁸ BRUHL, Henry Lévi. *Sociologia do Direito*, p. 42.

³⁶⁹ Id., *ibid.*, p. 42.

o costume é “segundo a lei” quando está expressamente determinado ou permite a aplicação deste. É *praeter legem* quando intervém na falta ou omissão da lei. Ele funciona, no caso preenchendo o ordenamento jurídico, evitando o aparecimento de lacuna. E por fim é *contra legem* quando contraria o disposto na lei.³⁷⁰

Existem dois tipos de costume contra a lei: (a) o chamado desuso, quando uma lei deixa de ser aplicada, por já não corresponder à realidade e em seu lugar terem surgido novas regras costumeiras; (b) o denominado costume “ab-rogatório”, que cria novas regras, apesar da existência de lei vigente.

Ainda conforme Nunes, parte da doutrina não aceita a existência do costume *contra legem*, uma vez que ele, por princípio, não pode ser atacado:

se o sistema jurídico é escrito e pretende regular ou pelo menos permitir a ocorrência de todas as circunstâncias, o costume só é possível quando o próprio sistema jurídico escrito aceita, como ocorre com o costume *secundum legem* e mesmo no *praeter legem* – já que há ausência da lei.³⁷¹

Contudo,

o costume *contra legem* não poderia ser aceito porque isso implicaria, no limite, a possibilidade de revogação de todo o sistema jurídico por força do costume jurídico, o que seria incomparável com a função legislativa do Estado e constituiria violação do sistema, da forma como foi estabelecido.³⁷²

Finalizando, é importante demonstrar que o conceito de costume jurídico utilizado pela maioria dos doutrinadores apresenta semelhanças no que concerne à continuidade, uniformidade, aceitação pelos membros de uma comunidade, obrigatoriedade, etc. No entanto, temos que ter clareza do seu aspecto sociológico em vinculação com a lei e com o Direito, ou seja, de acordo com as palavras de Machado Neto,

o bom órgão judicante, deverá sempre, ao aplicar quaisquer das espécies de costume, estar armado de um certo grau de sensibilidade e faro sociológico para descobrir o ponto de saturação em que um uso pode ser invocado como jurídico.³⁷³

³⁷⁰ NUNES, Luiz Antonio. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 82-83.

³⁷¹ Id., *ibid.*, p. 85.

³⁷² Id., *ibid.*

³⁷³ MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 49.

Considerações finais

Este artigo nos possibilitou fazer algumas considerações a respeito da origem histórica do costume, sua conceituação e evolução.

Como observamos na primeira parte deste trabalho, o costume era um veículo que levava ao conflito e não ao consenso. Mas isso somente ocorria porque estando em constantes mudanças não era algo fixo e também precisava atender às classes sociais antagônicas. O costume, portanto, estava muito mais ligado à economia política e ao desenvolvimento e não estava adstrito a considerações legais.

Num segundo momento, observamos que a idéia de costume se desenvolve quando os proprietários e foreiros passam a reivindicar seus usos e costumes perante o rei e os senhores, tornando-se, assim, lei como instrumento do capitalismo agrário.

E, finalmente, procurou-se abordar alguns aspectos concernentes à conceituação, o papel e a utilização do costume na ciência jurídica contemporânea.

Tal demonstração se deu para que pudéssemos entender o fundamento da obrigatoriedade dos costumes e sua utilização ao longo do pensamento jurídico.

Referências

- BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao Direito*. São Paulo: Letras e Letras, 2000.
- BRUHL, Henry Lévy. *Sociologia do Direito*. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LA TORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Coimbra: Almedina, 1978.
- MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NEVES, Castanheira A. Fontes do Direito. *Enciclopédia Poles*. 1986. v. 4, p. 1.512-1.578.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- THOMPSON, E. P. *Costumes em comum*. Estudos sobre a cultura popular tradicional. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

