



**Estado do Rio Grande do Sul**  
**Procuradoria-Geral do Estado**

# **Revista da** **PGE**

**Procuradoria-Geral do Estado RS**

**Nº 59**  
**Junho/2004**



# **REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

Publicação da Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

RPGE	PORTO ALEGRE/RS	v. 28	n. 59	p. 286	jun. 2004
------	-----------------	-------	-------	--------	-----------

Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]. –

Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 1971

Semestral.

Continuação de: Revista da Consultoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul].

Publicação interrompida em 2003.

**ISSN 0101-1480**

Catálogo na publicação:  
Biblioteca da PGE/PIDAP

Os artigos de doutrina não representam  
necessariamente a posição desta Procura-  
doria-Geral

Todos os direitos desta edição reservados pela  
**Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**  
Av. Borges de Medeiros, 1501 – 13º Andar  
Fone: (51) 3288.1656  
90119-900 Porto Alegre/RS

Impresso no Brasil

**GERMANO RIGOTTO**

Governador do Estado

**ANTÔNIO HOHLFELDT**

Vice-Governador do Estado

**HELENA MARIA SILVA COELHO**

Procuradora-Geral do Estado

**JOSÉ CALVINO PIRES MAIA**

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos

**TELMO LEMOS FILHO**

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

**EUZÉBIO FERNANDO RUSCHEL**

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Institucionais

**LUIZ FELIPE TARGA**

Corregedor-Geral da PGE

**MÁRCIA PEREIRA AZÁRIO**

Coordenadora da Procuradoria de Informação,  
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

## CONSELHO EDITORIAL

Helena Maria Silva Coelho  
(Presidente)  
Carla Maria Petersen Herrlein Voegeli  
Manoel André da Rocha  
Márcia Pereira Azário  
Márcia Regina Lusa Cadore Weber  
Marco Antônio Piazza Pfitscher  
Ricardo Seibel de Freitas Lima

Editoração, Impressão e Acabamento



Centro de Educação Profissional  
São João Calábria

Fone: (51) 3245-7222 - [www.calabria.com.br](http://www.calabria.com.br)

## SUMÁRIO

EDITORIAL .....	7
A Incorporação dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro e a Prisão Civil no Depósito Judicial Ana Cristina Brenner .....	9
O Direito à Impenhorabilidade e a Nova Interpretação Constitucional Max Möller .....	53
Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: a procura da maior proteção ao ser humano Fabiana Azevedo da Cunha .....	67
Reflexões sobre a Dimensão Transnacional dos Direitos Fundamentais e a Grundnorm Inglesa Handel Martins Dias .....	101
Os Direitos Humanos e as Concepções Não-ocidentais: O que o Islã tem a ver com isto? César Augusto Baldi .....	117
Os Direitos Humanos como Direitos Subjetivos: da dogmática jurídica à ética Luis Fernando Barzotto .....	137
A Tutela do Patrimônio Arqueológico e o Direito Econômico Ricardo Antônio Lucas Camargo .....	177
A Proteção Ambiental e uma Nova Concepção de Participação Cidadã Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros ..	199
A Qualidade Ambiental como Elemento Constitutivo do Conceito Jurídico de Dignidade da Pessoa Humana (das presentes e futuras gerações) Tiago Fensterseifer .....	213

A compreensão do Princípio da  
Economicidade nos Pareceres da  
Procuradoria-Geral do Estado do Rio  
Grande do Sul

Ricardo Antônio Lucas Camargo ..... 239

O princípio da Eficiência

Antônio Ricardo Vasconcellos Schmitt . 247

## **TRABALHOS FORENSES**

Ação de Procedimento Ordinário  
contra a Fundação Universidade de  
Caxias do Sul

Ernesto José Toniolo ..... 263

## **PARECERES**

Parecer 14092

Lúis Carlos Kothe Hagemann ..... 275

## EDITORIAL

Com imensa satisfação apresento à comunidade jurídica a presente Revista da PGE, volume 59.

O volume enfatiza preponderantemente temas vinculados aos direitos humanos, dentre os quais se insere o direito a um meio ambiente equilibrado, assunto que tem sido amplamente debatido no meio jurídico.

Efetivamente, esse debate é necessário, visto que a concretização de um verdadeiro Estado de Direito democrático está intimamente atrelada ao respeito aos direitos humanos. Assim sendo, com o intuito de contribuir para o resguardo dos direitos humanos, a Procuradoria-Geral do Estado mantém em sua estrutura a Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos, a qual integra o Gabinete da Instituição e cujo objetivo é orientar a atuação institucional nesta área, consoante se infere no artigo 13, parágrafo único, da Lei Complementar nº 11.742/02.

Do mesmo modo, em 18 de março de 2005, foi criada a Seção de Meio Ambiente e Direitos Difusos, vinculada à Procuradoria do Domínio Público Estadual.

Portanto, a Procuradoria-Geral do Estado não poderia se furtar a essas discussões, mormente considerando-se que dentre suas funções institucionais está o zelo pelo cumprimento da Constituição da República Federativa do Brasil e da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, bem como o desenvolvimento da advocacia preventiva tendente a evitar demandas judiciais, conforme previsto no artigo 2º, incisos III e VII, da Lei Complementar nº 11.742/02.

Logo, tendo em vista que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não-ingerência do Estado na esfera individual, cabe à Procuradoria-Geral do Estado orientar as ações da Administração Pública, no sentido de serem preservados tais direitos. Com esse agir, a Procuradoria-Geral do Estado estará efetivando algumas de suas funções institucionais: zelo pelo cumprimento das normas constitucionais, evitando, com isso, o ingresso de demandas judiciais.

Boa leitura a todos.

Helena Maria Silva Coelho,  
Procuradora-Geral do Estado.



# A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A PRISÃO CIVIL NO DEPÓSITO JUDICIAL

Ana Cristina Brenner\*

## INTRODUÇÃO

O estudo do direito internacional e, por via de consequência, dos tratados internacionais ocupa, na atualidade, posição de destaque, tendo em vista os fenômenos da globalização.

O Brasil, hoje já participante do Mercosul e assediado por outros grandes conglomerados comerciais, vê-se compelido a participar das grandes decisões mundiais, atuando, por esse mesmo motivo, cada vez mais na realização de novos tratados e convenções, bem como assumindo, na mesma proporção, o compromisso de ratificá-los, para que possam adquirir, assim, força coercitiva dentro de nosso ordenamento jurídico.

Levando em conta essa nova moldura de relações mundiais é que o legislador constituinte de 1988 salientou, de maneira expressa, a questão relativa ao ingresso, em nosso direito positivo, dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, dedicando artigo específico (art. 5º, § 2º), cujo sentido é de informar o intérprete do texto constitucional de que o rol dos direitos constantes do aludido artigo não é exaustivo, existindo, outrossim, outros direitos e garantias que integram a ordem positiva brasileira.

Por sua relevância nesse cenário, o tema, sem dúvida alguma, merece reflexões por parte dos operadores do direito, não só no que respeita às consequências que essa série de acontecimentos irá gerar em nosso ordenamento, mas, sobretudo, pelas interferências que daí advirão em torno dos direitos e garantias expressos na Constituição.

E é com esse espírito que o presente trabalho se propõe a enfrentar a problemática da prisão civil no caso do depósito judicial, bem como a situação do depositário infiel após a ratificação pelo Brasil de dois dos mais importantes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, quais sejam, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também chamada de Pacto de São José da Costa Rica).

---

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS, Procuradora do Estado, em exercício na Procuradoria do Interior, em Porto Alegre, na função de Coordenadora Adjunta.

O estudo estará dividido em dois capítulos. O primeiro deles propõe-se a abordar a interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno no que respeita à proteção dos direitos humanos e à existência de eventuais conflitos entre as duas ordens jurídicas, levando em conta, no aspecto, a posição hierárquica assumida pelos Tratados em nosso ordenamento positivo. O segundo, a seu turno, dará especial enfoque à prisão civil no depósito judicial, analisada sob a perspectiva das vedações impostas quanto à matéria nos Pactos ratificados pelo Brasil.

Com efeito, em linhas bastante genéricas, os tópicos sobre os quais se discorrerá ao longo deste trabalho podem ser assim sintetizados.

Inicialmente, procurar-se-á estabelecer um conceito do que seja Tratado, sem a pretensão, nesse particular, de aprofundar e esgotar o assunto, porquanto mais afeto ao Direito Internacional Público do que aos Direitos Humanos.

Em um segundo momento, será examinado o conteúdo das normas inseridas nos Pactos sobre Direitos Humanos de que o Brasil é signatário (Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos) relativamente à vedação da prisão civil.

Na seqüência, se trará à baila a dissidência que grassa na doutrina e na jurisprudência sobre a forma como as normas enunciadas nesses tratados ingressam no ordenamento jurídico brasileiro e qual a natureza jurídica que se lhes atribui (normas constitucionais, infraconstitucionais ordinárias, ou normas infraconstitucionais especiais), fazendo-se referência às diversas correntes acerca do tema, especialmente a posição dos Tribunais Superiores.

Superada essa etapa introdutória, e já no segundo bloco deste estudo, o foco estará centrado na exata extensão dada pela Constituição Federal à garantia da vedação da prisão civil, com análise, nesse passo, do conceito constitucional de "*depositário infiel*".

Outrossim, como a tônica da monografia relaciona-se com a prisão no depósito judicial, terá destaque, especialmente, a distinção entre as diversas espécies de depósito: a) o contratual, previsto no Código Civil no art. 627 e segs; b) o legal, como no caso do depósito necessário, previsto nos artigos 647 e segs. da Lei Civil ou mesmo o do Decreto-lei nº 911/69, em relação à alienação fiduciária e c) o decorrente de ato judicial, quando o depositário responsabiliza-se, como '*longa manus*' da Justiça, a guardar o bem até que, por ordem do juiz, lhe seja solicitado (figura essa que aparecerá ou na ação de depósito, prevista nos arts. 901 e segs. do CPC, ou no processo de execução).

Também serão tecidas breves considerações sobre a natureza da prisão no depósito judicial e qual o procedimento a ser adotado para apuração da responsabilidade do infiel depositário (nos próprios autos da execução ou em ação própria), abrindo-se espaço aqui para tratar sobre a oportunidade de defesa àquele que descumpra a ordem judicial de entrega da coisa.

Dentro desse contexto, e considerando que o vigente texto constitucional dispõe, em seu artigo 5º, LIV, que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", não se poderá deixar de fazer referência acerca

do ('*substantive due process*'), o qual, mais do que um princípio de ordem processual, é princípio de ordem material, "servindo como importante instrumento de controle do arbítrio legislativo e da discricionariedade governamental, mormente da razoabilidade e da racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral".<sup>1</sup>

## 1 A INTERAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

### 1.1 Os Tratados como Fonte do Direito Internacional

O Direito Internacional Público, até o fim do século passado, tinha uma consistência costumeira, mas assentada, contudo, em princípios gerais, notadamente o '*pacta sunt servanda*' e o da boa-fé.

Com a chegada do século XX, mais precisamente no primeiro pós-guerra, entram em cena as *organizações internacionais*, fazendo com que o rol das pessoas jurídicas habilitadas a pactuar no plano externo não ficasse mais limitado aos Estados soberanos. Nesse palco, surge, também, a *codificação* do direito dos tratados, com a transformação de suas regras costumeiras em regras convencionais, escritas.

Essa evolução através dos séculos atingiu seu apogeu com a celebração da Convenção de Viena, em 1969, que consolidou uma prática codificando o Direito Consuetudinário relativo aos tratados. O texto dessa Convenção foi ultimado em 23 de maio de 1969, mas só entrou em vigor em 27 de janeiro de 1980.

O Estatuto da Corte Internacional de Justiça (Estatuto da Corte de Haia), em 1929, por sua vez, já estabelecia o primeiro tribunal destinado a resolver litígios entre os estados sem qualquer limitação de ordem geográfica ou temática, além do que previa, no artigo 38, a hierarquia das fontes do direito internacional:

Art. 38.

1 – A Corte, cuja função é decidir de acordo com o Direito Internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita com sendo o direito;
- c) os princípios gerais de direitos reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d) sob ressalvas da disposição do art. 59, as decisões judiciárias e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meios auxiliares para a determinação das regras de direito.

2 – A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão '*ex aequo et bono*', se as partes com isso concordarem.

<sup>1</sup> DERGINT, Augusto do Amaral. Aspecto material do devido processo legal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 709, p. 249-255, nov. 1994. p. 250.

O Estatuto, como se percebe, relacionou entre as fontes do direito internacional as convenções, os costumes e os princípios gerais de direito, fazendo referência, também, à jurisprudência e à doutrina como meios auxiliares na determinação das regras jurídicas, e prevendo, sob certas condições, o emprego da equidade.<sup>2</sup>

Nessa enumeração, seus redatores não tiveram em vista o estabelecimento de uma ordem hierárquica que marcasse a superioridade entre as citadas fontes.

A nós, dentro dos estreitos limites deste trabalho, interessará, sem desprestigiar as demais fontes igualmente importantes, focar a atenção sobre os tratados, tecendo breves noções sobre o assunto, até porque não é nossa pretensão aprofundar e esgotar a matéria, mais afeta ao Direito Internacional.

## 1.2 Conceituação dos Tratados

Na definição de José Francisco Rezek, tratado é “[...] todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”.<sup>3</sup>

Paulo Hamilton Siqueira Júnior<sup>4</sup> diz que há uma variedade de denominações para os tratados: convenção, ato, protocolo, convênio, ajuste, acordo, etc. Tratados e Convenções são expressões sinônimas. Acordo, convênio, ajuste, arranjo são atos internacionais de maior ou menor alcance, tanto de caráter bilateral, como de caráter multilateral.

Por tratado entende-se o “ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas internacionais: é a expressão genérica”.<sup>5</sup>

Já na definição de Celso Ribeiro Bastos os tratados internacionais podem ser assim conceituados: “[...] são acordos formais, eis que, à moda do que acontece com os contratos no direito interno, demandam eles uma concordância de vontades, o que os distingue do ato jurídico unilateral.”<sup>6</sup>

Para Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969 – que é resultado de projeto da Comissão de Direito Internacional da Assembléia Geral da ONU, constituindo-se em importante instrumento no caminho da codificação do direito internacional público – tratado significa: “[...] um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, que conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular (artigo 2º, 1, a).”

No mesmo sentido, tem-se a Convenção de Havana sobre Tratados, datada

<sup>2</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 258.

<sup>3</sup> REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 14.

<sup>4</sup> SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 43, p. 7-30, abr./jun. 2003. p. 9.

<sup>5</sup> ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Constitucional Público**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 23-25.

<sup>6</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 216.

de 1928, que considera ser da essência do Tratado a forma escrita.

De todos esses conceitos pode-se afirmar, em síntese apertada, que o tratado internacional é formal, porque assume necessariamente a forma escrita. A oralidade, como visto, destoa do estabelecido nas Convenções de Havana e de Viena.

Outro traço distintivo dos tratados é que as partes signatárias devem ser pessoas jurídicas de Direito Internacional, ou seja, Estados soberanos e organizações internacionais.

Quanto aos elementos dos tratados, poder-se-ia citar, na lição de Saulo José Casali Bahia:

a) o consentimento, sem o qual o ato internacional envolvendo duas ou mais pessoas de direito internacional deveria ser considerado como ato unilateral de uma delas relativamente a outra (outras); b) personalidade internacional dos acordantes, pois não é possível a existência de um tratado internacional sem que as partes possuam qualidade de pessoas de direito internacional; c) a regência pelo direito internacional, pois o controle de consentimento (aí incluindo-se a forma e o objeto) e dos efeitos jurídicos do acordo não ficam a cargo do direito interno das partes do tratado.<sup>7</sup>

De outra parte, tem-se que as condições de validade do tratado internacional podem ser classificadas em intrínsecas ou extrínsecas. Como intrínsecas arrola-se a capacidade dos agentes; o consentimento mútuo e livre e o objeto lícito e possível. As extrínsecas, por sua vez, dizem com a fórmula escrita, a ratificação, a publicação e o registro.<sup>8</sup>

A ratificação, por guardar estreita relação com o tópico que será tratado logo a seguir, merece especial destaque.

Entre a maioria dos autores, o termo 'ratificação' tem sido conceituado de duas formas: uma em sentido internacional e outra em sentido constitucional.

A primeira, ratificação propriamente dita, é tida como o "ato formal pelo qual a parte contratante exprime sua aceitação final do tratado e notifica desse fato à outra ou as outras partes, por meio do depósito ou troca de instrumentos".<sup>9</sup>

Já a ratificação constitucional significa, segundo o mesmo autor:

o ato interno pelo qual um órgão governamental – geralmente o legislativo – aprova o tratado sob o prisma constitucional, propiciando ao poder executivo as condições de realização da ratificação internacional, quando esta for necessária ou unicamente estabelece a legalidade sob o prisma constitucional da participação do Estado em um tratado que não necessita de ratificação internacional.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> BAHIA, José Casali. **A Constituição Federal e os Tratados Internacionais**. 1999. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1999. p. 11-12.

<sup>8</sup> SIQUEIRA JÚNIOR, *Tratados Internacionais...*, p. 11.

<sup>9</sup> BORJA, Sérgio. A incorporação de tratados no sistema constitucional brasileiro. **Revista de Direito Internacional e do Mercosul**, n. 4, p. 81-120, ago./set. 2001. p. 93.

<sup>10</sup> BORJA, *A incorporação...*, p. 91.

Na verdade, as duas espécies de ratificação são atos praticados em dois planos distintos e por meio de procedimentos diversos.

De fato, como assinala Francisco Rezek, o exato conceito de ratificação não é o de 'confirmação' do tratado como ato constitucional doméstico, a cargo do parlamento, pois, se o pacto internacional envolve diversos Estados soberanos, não seria cabível supor que uma ou mais soberanias co-pactuantes, já acertadas com o governo do Estado de referência, fossem ficar na expectativa do abono final do parlamento deste. Assim, 'ratificação' é, em sentido técnico<sup>11</sup>, aquela que acontece no plano internacional, como ato unilateral com que o sujeito de direito (pessoa jurídica de direito público externo), signatário de um tratado, exprime definitivamente, no plano externo, sua vontade de obrigar-se.<sup>12</sup>

Com isso se quer dizer que 'ratificação' não pode ser entendida senão como ato internacional, praticado no âmbito das relações exteriores, pelo titular do poder executivo, como forma de confirmar aquilo que deixara pendente ao terminar a fase negocial do acordo. Não deve ser confundida, portanto, com a 'ratificação' constitucional, até porque, sabidamente, muitos são os Estados em que a ratificação de nenhum modo se formaliza internamente.

A ratificação passou, nessa linha, a ser considerada a fase mais importante do processo de conclusão dos tratados, porquanto é a troca dos instrumentos de ratificação que torna o tratado obrigatório. Não significa, todavia, que a assinatura perdeu valor, notadamente porque o princípio da boa-fé assegura que o estado não pode praticar atos contrários ao tratado que assinou.

## 1.3 A forma como os Tratados Internacionais ingressam no ordenamento jurídico

### 1.3.1 Teorias

Na análise da forma como os tratados internacionais ingressam na ordem jurídica interna, surgem duas teorias: a monista e a dualista, as quais procuram explicar o complexo relacionamento entre o Direito Internacional e o Direito Interno.

Para os dualistas<sup>13</sup> há duas ordens jurídicas distintas, uma interna e outra externa, independentes entre si e com fundamentos de validade também diversos. Enquanto a ordem interna retiraria sua validade da Constituição, a ordem externa, ao contrário, extrairia sua validade de procedimentos oriundos da comunidade internacional. Tratando-se de ordens jurídicas distintas a regularem relações de natureza diversa, as normas internas e externas convivem em harmonia, não podendo

<sup>11</sup> A ratificação é a confirmação do tratado pelo chefe do Estado. A ratificação é o ato que torna o tratado internacional perfeito e acabado. Haverá, antes, aprovação pelo Congresso ou Parlamento. Da aprovação emana autorização ao Chefe de Estado para efetivar a ratificação. O sistema jurídico pátrio exige a aprovação do Legislativo (Congresso Nacional), por intermédio de um decreto legislativo e a promulgação pelo Executivo, por meio de um decreto, atos que serão publicados no Diário Oficial da União. (SIQUEIRA JÚNIOR, *Tratados internacionais...*, p. 12).

<sup>12</sup> REZEK, *Direito internacional...*, p. 54.

<sup>13</sup> ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, n. 130, p. 77-81, abr./jun. 1996. p.78.

conflitar, já que tem campos de incidência diferenciados. Justamente por isso, os tratados não podem irradiar efeitos na ordem interna enquanto a ela não forem formalmente incorporados por meio de alguma espécie legislativa.

Os defensores do monismo<sup>14</sup>, a seu turno, tendo Hans Kelsen como precursor, sustentam a tese de uma única ordem, composta de regras internas e internacionais. Todavia, seus adeptos se dividem em duas correntes. Para uns, existe uma única ordem, mas com primado do direito internacional, já que este sobrepõe o direito constitucional; para outros, a primazia é do direito nacional, eis que seria uma faculdade do Estado soberano a adoção de regras de direito internacional.

Em resumo, para o monismo, que apregoa a unidade entre a ordem jurídica nacional e a ordem jurídica internacional, as normas oriundas dos tratados pelo qual o Estado se obrigou ingressam automaticamente no sistema jurídico pátrio, sendo desnecessária a edição de norma interna para que o tratado possa ser aplicado. No dualismo, havendo uma separação entre os dois sistemas jurídicos (nacional e internacional), o direito internacional não obriga os indivíduos até que suas normas sejam transformadas em direito interno.

A teoria que o Direito Constitucional brasileiro encampou mais se aproxima da dualista. Com efeito, as normas contidas nos tratados internacionais, ao contrário do que querem os monistas, não se tornam eficazes por força de cláusula geral de recepção automática. Para que tenham validade no âmbito interno, é mister sejam referendadas pelo Congresso Nacional, por meio de uma lei em sentido material (lei sem sanção ou veto) que recebe o nome de decreto legislativo<sup>15</sup> e do qual deveremos nos ocupar detidamente no próximo tópico.

### 1.3.2 Recepção dos Tratados

A Constituição Federal, no que respeita à celebração e incorporação dos tratados na ordem jurídica interna, trata da matéria no art. 21, I (Compete à União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais), e no art. 84, VIII, c/c o art. 49, I (Compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional).

O Decreto legislativo, previsto genericamente no artigo 59, VI, da C.F., tem função de regular matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 49) que produzam efeitos externos a ele. Para aprovação, segundo estatui o art. 47, exige *quorum* simples, presente a maioria absoluta dos congressistas.

Com isso dá para asseverar que a República Federativa do Brasil tem competência para firmar tratados, por intermédio da União, cuja representação

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> "Decretos legislativos são as leis a que a Constituição não exige a remessa ao Presidente da República para sanção (promulgação ou veto)". (MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, v. 3, p. 142). E, ainda: "São normas primárias, isto é, diretamente fundadas na Constituição". (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 245).

compete ao Presidente da República, na qualidade de Chefe de Estado. Os tratados internacionais assim firmados devem, por sua vez, passar pelo referendo (aprovação do Congresso nacional), a fim de que sejam incorporados ao direito interno. Para inovar a ordem jurídica por meio do tratado internacional, o Estado brasileiro deve, pois, obter a conjugação de vontades de dois de seus poderes: executivo (que firma o tratado) e o legislativo (que o aprova).<sup>16</sup>

#### 1.4 A posição hierárquica dos Tratados Internacionais no sistema jurídico pátrio: correntes sobre o tema

Uma das questões que vem ocupando os estudiosos do tema aqui tratado é saber em que nível normativo as normas inseridas nos tratados ingressam no ordenamento jurídico.

Para o deslinde da problemática, são necessárias algumas considerações sobre o conceito de hierarquia.

Na lição de Michel Temer, hierarquia é “a circunstância de uma norma encontrar sua nascente, sua fonte geradora, seu ser, seu engate lógico, seu fundamento de validade numa norma superior”.<sup>17</sup> Significa dizer, na verdade, que as normas jurídicas superiores é que dão validade às normas jurídicas inferiores.

Se é assim, oportuno indagar que normas, entre nós, ocupam o mais alto grau na pirâmide jurídica, tendo a aptidão de criar outras normas jurídicas?

Evidentemente que se está diante das normas constitucionais. E, para que se estabeleça a correta a posição hierárquica dos tratados na ordem jurídica, imprescindível, a toda evidência, buscar o fundamento de validade do instrumento legislativo que permite a incorporação, no Direito pátrio, desses tratados: o decreto legislativo.

Assim, deve-se ter em mente que estudar a hierarquia dos tratados nada mais é do que estudar a hierarquia dos decretos legislativos que contenham, em si, os tratados internacionais.

Sobre o tema há, basicamente, três correntes: uma que defende a supremacia dos tratados sobre direitos humanos em face das demais leis, atribuindo-lhes o ‘*status*’ de normas constitucionais<sup>18</sup>; outra que advoga a idéia de paridade entre os tratados e as demais normas, entendendo que as normas estrangeiras ingressam em nosso

<sup>16</sup> SIQUEIRA JÚNIOR, Tratados internacionais..., p. 16.

<sup>17</sup> TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 148.

<sup>18</sup> A corrente tem, dentre seus adeptos, PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 98; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção dos Direitos Humanos e o Brasil**. Brasília, DF: Ed. UnB, 1998. p. 133-134; MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 148, p. 231-250, out./dez. 2000.

ordenamento como normas infraconstitucionais ordinárias<sup>19</sup> e, por fim, a terceira que confere aos tratados internacionais a natureza jurídica de normas infraconstitucionais especiais<sup>20</sup>.

Os filiados à primeira corrente trazem vários argumentos para alicerçar a primazia dos tratados sobre a lei. Examinaremos um a um para que possamos contrastá-los, apresentando, ao final, nosso ponto de vista.

Vem a lume, então, o magistério de Flávia Piovesan, que bem sintetiza um dos argumentos da primeira posição. Diz ela que:

[...] quando a Carta de 1988, em seu art. 5º, § 2º, dispõe que 'os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais', 'a contrario sensu', está ela a 'incluir, no catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.'<sup>21</sup>

E incorporando ao seu texto esses direitos internacionais a Constituição está atribuindo-lhes natureza de norma constitucional. Em consequência, nenhuma norma legal pode sobrepor-se às normas de um tratado que venha proteger direitos e garantias individuais.

Deve objetar-se, no entanto, que o fato de a Constituição contemplar, no rol dos direitos e garantias individuais, direitos outros que não aqueles explicita ou implicitamente dispostos em seu texto, não dá àqueles o '*status*' de normas constitucionais.

Primeiro, porque seria admitir que, pela via do decreto legislativo, a Carta Constitucional pudesse ser emendada. Ora, considerando-se que os tratados internacionais são referendados por decreto legislativo e aprovados por maioria simples, não seria razoável entender que pudessem ser equiparados ou mesmo revogar uma norma constitucional, a qual exige, para ser modificada, maioria qualificada (três quintos) do Congresso, em dois turnos. Isso, evidentemente, acabaria por proporcionar um abalo à rigidez da Constituição.

Outrossim, pode-se referir também que, a par do '*quorum*' qualificado, há limites materiais que balizam a reforma da constituição, na medida em que algumas

<sup>19</sup> Filiam-se a esse entendimento BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 70; CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 163; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 98-99; COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 288; MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 178.

<sup>20</sup> Aderem a essa corrente MAGALHÃES, José Carlos de. O Supremo Tribunal Federal e as relações entre direito interno e direito internacional. **Boletim Brasileiro de Direito Internacional**, n. 61-69, 1975-79, p.56; MELLO, **Direito constitucional...**, p. 344; VALADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974. v. 3, p. 93 et. seq. e AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 169-171 apud AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Uma reflexão acerca dos Pactos e Convenções Internacionais e sua aplicação no ordenamento pátrio. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 43, p. 31-48, abr./jun. 2003, p. 42.

<sup>21</sup> PIOVESAN, **Direitos humanos...**, 1997. p. 82.

questões sequer podem ser discutidas pelo constituinte reformador (princípio da imutabilidade implícita). Sendo assim, acaso admitíssemos estarem os decretos legislativos que incorporam tratados no mesmo nível hierárquico das normas constitucionais, dito princípio poderia restar afetado.

Não se pode olvidar, ainda, que se os tratados internacionais forem considerados normas infraconstitucionais ordinárias, possível será estabelecer um controle de constitucionalidade dos mesmos (C. F., art. 102, III, 'b'), seja quanto ao seu sentido expreso (ou formal), seja quanto ao seu significado essencial (ou material), o que, adotando-se o entendimento sustentado pela primeira corrente (equivalência entre os tratados e as normas constitucionais) seria inviável, pois implicaria admitir a existência de normas constitucionais inconstitucionais.

Por expressa previsão constitucional, pode-se afirmar, seguramente, que o Brasil consagrou o princípio da supremacia da Constituição ao conceder ao Supremo Tribunal Federal competência para declarar a inconstitucionalidade dos tratados.

Mas, diante considerações acima, poderíamos estar nos perguntando qual seria, afinal, o sentido da norma prevista no artigo 5º, parágrafo 2º, da C. F.?

O preceito normativo supracitado visa a dar ao interprete e ao aplicador do direito a mensagem de que o rol de Direitos constante no art. 5º não é exaustivo, tão-somente, existindo outros Direitos e garantias que integram a ordem positiva brasileira além daqueles dispostos explícita ou implicitamente na Constituição Federal.<sup>22</sup> Em verdade, na doutrina de Saulo José Casali Bahia: “[...] o constituinte apenas explicitou que as normas decorrentes do regime e dos princípios constitucionalmente adotados e as normas decorrentes de tratados internacionais também deveriam ser consideradas como integrantes do ordenamento protetor dos Direitos individuais. Nesse sentido é que as normas foram ‘elencadas’”.<sup>23</sup>

Passemos, então, ao outro fundamento que vem sendo esgrimido pelos defensores da primeira corrente. Aduzem eles que os tratados são aplicados no Direito Nacional como Direito Internacional, não se revestindo da natureza do decreto legislativo. Em outras palavras, seriam recebidos na ordem interna como tratados e não como leis internas, abrangidos por cláusula geral de recepção plena. Donde a conclusão que só poderiam ser revogados por procedimento próprio e não por lei.

Como contra-argumento, vale relembrar que os tratados internacionais tornam-se válidos internamente quando contidos no corpo de um decreto legislativo, devidamente aprovado pelo Congresso Nacional.

Ora, se o próprio legislador erigiu como mandamento constitucional a recepção dos tratados por meio dos decretos legislativos, na dicção do que reza o artigo 49, I, c/c o art. 84, VIII, seria inconstitucionalidade sustentar a incorporação automática na ordem jurídica, dispensando-se, por via de consequência, a edição de decreto pelo executivo para que irradiem efeitos tanto no plano interno como no

---

<sup>22</sup> DUARTE, Eduardo Avelino. Estudos sobre a posição hierárquica dos decretos legislativos que incorporam tratados. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 41, p. 69-96, out./ dez. 2002, p. 84.

<sup>23</sup> BAHIA, A *Constituição Federal...*, p. 228.

<sup>24</sup> DUARTE, Estudos sobre..., p. 86.

plano internacional.

Se assim é, há que admitir - diversamente dos filiados à primeira corrente -, que os tratados internacionais podem ser modificados ou revogados por meio de lei posterior que lhes sobrevenha, já que a relação existente entre os direitos incorporados pelos tratados e as demais leis é apenas de coordenação e não de hierarquia. Em outras palavras, tendo-se presente que as espécies legislativas arroladas pelo art. 59 da Constituição, com exceção das emendas constitucionais, situam-se, *a priori*, no mesmo plano hierárquico, o tratado, recepcionado que é por decreto legislativo, coloca-se, por óbvio, no mesmo nível das demais normas infraconstitucionais primárias.

Com efeito, um decreto legislativo contendo um tratado internacional revoga as leis anteriores no que sejam incompatíveis, e uma lei posterior revoga um decreto legislativo no que com ele seja incompatível, forçando, desta feita, a denúncia do tratado, cujo efeito não é o de desfazer o decreto legislativo, mas tão-somente de dar notícia à outra parte contratante de que não há mais *predisposição política* para cumprir o tratado. Este, por sua vez, continuaria válido internamente com força de lei, só podendo ser revogado por meio de outra norma de igual hierarquia.<sup>24</sup>

Corroborava essa orientação o fato de que eventual ofensa aos termos de um tratado enseja Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, não Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (C. F., artigo 105, III, 'a'). Sendo da competência do STJ o julgamento de decisões que contrariam tratado ou lei federal, a conclusão lógica é a de que o legislador equiparou os tratados às leis federais. Outrossim, na linha dessa argumentação, é de acrescentar que o STF só se pronuncia sobre matéria envolvendo tratados, quando for questionada sua constitucionalidade, o que significa, em última análise, ter a Excelsa Corte consagrado o princípio da paridade (entre tratado e lei ordinária), pois é pressuposto para declaração de inconstitucionalidade a infraconstitucionalidade.

Finalmente, e ainda no debate das idéias defendidas pelos partidários da primeira corrente, tem-se o argumento de que o artigo 98 do Código Tributário Nacional<sup>25</sup>, por haver sido recepcionado como lei complementar, poderia determinar a prevalência dos tratados sobre a legislação interna, dando-lhe maior estatura hierárquica.

Como já tivemos oportunidade de destacar, todas as normas infraconstitucionais obtêm sua validade na Constituição, a qual é a fonte de todas as normas integrantes do sistema jurídico de um país, ou, como afirmara Kelsen, "é o fundamento último de validade das normas jurídicas".<sup>26</sup> Nessa senda, apenas à Lei Maior cabe determinar a hierarquia das normas jurídicas, de sorte que não podem as leis infraconstitucionais, sejam elas ordinárias ou complementares, ter como objeto tal conteúdo. Do contrário, seremos obrigados a vislumbrar um sistema em que as

---

<sup>25</sup> Art. 98: "Os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha".

<sup>26</sup> KELSEN, Hans apud COELHO, Fábio Ulhoa. **Para Entender Kelsen**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 28.

normas infralegais prevaleceriam sobre as normas legais apenas porque uma norma legal assim o determinou.

De outra banda, mesmo aqueles que advogam a supremacia da lei complementar em face das demais - posição com a qual não concordamos - devem ter presente que uma lei, para reger as relações entre as demais, deverá ter maior força hierárquica que aquelas normas que quer disciplinar. Nesse compasso, seria impossível à norma complementar (no caso o artigo 98 do CTN) regular os tratados internacionais ou seu posicionamento em face das demais leis, já que teria a mesma dignidade hierárquica (posição intercalar entre a Constituição e as demais leis) dos tratados.

Outra crítica que vem sendo feita ao mencionado artigo é de que a primazia do tratado sobre a legislação tributária interna, quando se trata de isentar tributos estaduais e municipais, estaria invadindo a competência estabelecida pela própria constituição Federal, no artigo 151, III<sup>27</sup>, na medida em que só pode isentar quem é capaz de instituir o tributo. Raciocínio contrário implicaria admitir que a União estaria autorizada a criar tributos estaduais ou municipais. E mais. Estar-se-ia dando margem à inversão dos princípios básicos do federalismo<sup>28</sup>, em que os entes federados, originalmente, delegam poderes ao ente central para que este, em nome e interesse daqueles e segundo os poderes constitucionalmente conferidos, exerça o poder central.

Parece, pois, que razão assiste àqueles que entendem que o legislador, ao editar a norma estatuída no artigo 98 do CTN, teve por intuito fazer cumprir as obrigações assumidas internacionalmente pelo Estado Brasileiro. Entretanto, em nossa linha de entendimento, estamos inclinados a afirmar que não há exceção no âmbito tributário, no que se refere à supremacia dos tratados.

Segue essa orientação, aliás, o Superior Tribunal de Justiça, que, ao apreciar o Recurso Especial nº 90.871-PE, manifestou entendimento no sentido que o artigo 98 do CTN deve ser interpretado em consonância com o artigo 151, III, da C.F.

Por todos esses motivos, cabe referir que o artigo 98 do CTN vem tendo a sua constitucionalidade questionada. Não obstante, o STF, Corte esta que tem como incumbência a guarda da Constituição (C. F., art. 102, *'caput'*), embora tenha entendido constitucional tal dispositivo, consignou, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, que a segunda parte desse artigo (a que estabelece a primazia dos tratados sobre as leis internas que lhes sobrevenham) somente tem aplicação quando se tratar de tratados-contratos, entendidos como aqueles que criam situações jurídicas subjetivas, de que seriam exemplos os acordos de comércio.

Passemos, agora, às considerações a respeito da corrente que defende estarem os tratados internacionais equiparados às normas infraconstitucionais especiais. Ao contrário dos defensores da segunda corrente - a que sustenta haver paridade entre os tratados internacionais e as leis ordinárias, tendo como princípio

---

<sup>27</sup> "É vedado à União: [...] instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios."

<sup>28</sup> DUARTE, Estudos sobre..., p. 88.

*lex posterior derogat priori* – para estes (partidários da terceira corrente) deve prevalecer o princípio segundo o qual lei especial revoga a geral.

Segundo essa linha de entendimento, que tem em Kelsen um de seus maiores expoentes<sup>29</sup>, os tratados equivalem a leis especiais, por se tratar a convenção do resultado de um acordo internacional entre diferentes Estados, não podendo, em consequência, ser simplesmente revogada por leis ordinárias nacionais posteriores, sob pena de responsabilização do Estado na ordem internacional e de instaurar-se uma grave crise de credibilidade em torno de futuras convenções e relações internacionais.

Os estudiosos dessa doutrina asseveram que o próprio ordenamento jurídico dá mostras de ser este o melhor entendimento, citando, a título de exemplo, os seguintes: a) o CTN (Lei 5.712/66; b) os casos de extradição, onde se considera que a lei interna (Lei 6.815/80), que é geral, deva ceder vez ao tratado, que é regra especial; c) a situação prevista no artigo 178 da C.F. (alterado pela Emenda 7/95), o qual trata da ordenação dos transportes internacionais.<sup>30</sup>

Contudo, para a maioria dos juristas, dentre os quais pode-se citar os nomes de Luis Roberto Barroso<sup>31</sup> e Jacob Dolinger,<sup>32</sup> esses casos são apenas exceções a confirmar a regra geral de que os tratados equivalem-se às leis ordinárias.

Assim, embora respeitável o argumento de que haveria supremacia, frente à legislação infraconstitucional, dos tratados que versem sobre direitos humanos, a posição que prevalece no Brasil (a qual nos filiamos) é de que os aludidos tratados guardam relação de paridade com a legislação ordinária.

Estabelecidas as distinções entre as diversas correntes doutrinárias acerca da posição hierárquica dos tratados em nosso ordenamento jurídico, oportuno que se venha a conhecer, agora, a posição da jurisprudência acerca do tema.

## 1.5 Posição da Jurisprudência quanto ao tema em análise

Os tribunais superiores mantêm, há muito, posição pacífica em relação ao conflito entre lei e tratado. Entendem os magistrados que, uma vez internalizados os tratados através dos mecanismos de promulgação e publicação, estes passam a vigor com '*status*' de lei federal. Neste sentido, '*in verbis*', acórdão da 3ª Turma do STJ: "O tratado internacional situa-se formalmente no mesmo nível hierárquico da lei, a ela se equiparando. A prevalência de um ou outro regula-se pela sucessão no tempo".<sup>33</sup>

Todavia, esta prevalência não significa revogação. Apenas nos pontos em que exista antinomia, o tratado deixará de ser aplicado, em benefício da norma legal. Assim "o tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida. Perderá, entretanto, eficácia, quanto ao ponto em que exista antinomia,

<sup>29</sup> KELSEN, *Teoria Pura...*, p. 442-447.

<sup>30</sup> AZEVEDO, *Uma reflexão...*, p. 43.

<sup>31</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 19-20.

<sup>32</sup> DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 102.

<sup>33</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0074376. DJ 27 nov. 1995.

prevalecendo a norma legal". Por isso mesmo, "a lei superveniente, de caráter geral, não afeta as disposições especiais contidas em tratado".<sup>34</sup>

O STF, por seu Plenário, na ADIn. 1.480 – DF, de que foi relator o Min. Celso de Mello, assim se posicionou sobre o tema ora em análise:

[...] Paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais de direito interno.

- Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes.

No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.<sup>35</sup>

De outra banda, quanto à interpretação que vem sendo dada ao artigo 98 do Código Tributário Nacional, o STJ já se pronunciou reiteradas vezes sobre o tema, assentando que "os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha." O artigo foi interpretado por eminentes internacionalistas como norma consagradora da corrente que concede primazia ao Direito Internacional. Esta concepção, entretanto, não logrou êxito em nossos tribunais, que têm lhe dado interpretação restrita, nos termos que se seguem:

O mandamento contido no artigo 98 do CTN não atribui ascendência às normas de direito internacional em detrimento do direito positivo interno, mas, ao revés, posiciona-as em nível idêntico, conferindo-lhe efeitos semelhantes. O artigo 98 do CTN, ao preceituar que tratado ou convenção não são revogados por lei tributária interna, refere-se aos acordos firmados pelo Brasil a propósito de assuntos específicos e só é aplicável aos tratados de natureza contratual.<sup>36</sup>

No mesmo sentido:

Se o acórdão recorrido é expresso em afirmar que as mercadorias foram importadas sob o regime de tratado contratual e não de tratado normativo, de caráter geral, não há divisar ofensa ao acórdão do GATT, nem ao art. 98 do CTN.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0058736. DJ 29 abr. 1996.

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 78.375-2. **Informativo do STF**, Brasília, DF, n. 135, 7 nov. 1998.

<sup>36</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0037065. DJ 21 fev. 1994.

<sup>37</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGA 0067007. DJ 28 abr. 1997.

Há, ainda, a respeito da matéria o Recurso Especial 90.871-PE, da 1ª Turma do STJ, julgado em 17 de junho de 1997, cujo acórdão assim ementou:

TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO. ICMS. TRATADO INTERNACIONAL.

1. O sistema tributário instituído pela CF/88 vedou à União Federal de conceder isenção a tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal e Municípios (art. 151, III).

2. Em consequência, não pode a União firmar tratados internacionais isentando o ICMS de determinados fatos geradores, se inexistente lei estadual em tal sentido.

3. A amplitude da competência outorgada à União para celebrar tratados sofre os limites impostos pela própria Carta Magna.

4. O art. 98, do CTN, há de ser interpretado com base no panorama jurídico imposto pelo novo Sistema Tributário Nacional.

5. Recurso especial improvido.<sup>38</sup>

## **1.6 O conteúdo das normas inseridas nos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil (Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos) no que respeita à vedação da prisão civil**

Importante esclarecer, a essa altura de nosso estudo, que as noções apresentadas nos itens precedentes constituem o fundamento para que se possa examinar o problema da prisão civil no depósito judicial, bem como a situação do depositário infiel após a ratificação pelo Brasil de dois dos mais importantes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, quais sejam, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também chamada de Pacto de São José da Costa Rica).

O primeiro Tratado, a *Convencion Americana sobre Derechos Humanos*, melhor conhecida como 'Pacto de San José da Costa Rica', ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 27, de 25/09/92, integrou nosso direito positivo interno a partir do Decreto Executivo 678, de 06/11/92.

Tal diploma reza que:

Art. 7º. Direito à liberdade pessoal.

[...]

7 – Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

O *Pacto Internacional de Derechos Civiles Y Politicos*, por sua vez, foi aprovado pelo Decreto Legislativo 226, de 12/12/91, entrando em vigor pelo Decreto Executivo 592, ratificado pelo Brasil em 06/07/92.

O artigo 11 do aludido Pacto contém a seguinte previsão: "ninguém poderá

---

<sup>38</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 90.871-PE. j. 17 jun. 1997.

ser preso apenas por não cumprir com uma obrigação contratual.”

Como já afirmado, o legislador constituinte, sob o impacto da globalização econômica relativamente à proteção dos direitos humanos, dedicou, dada importância do tema, artigo específico (C.F, artigo 5º, § 2º) prevendo o ingresso no ordenamento jurídico pátrio dos tratados internacionais, o qual se encontra assim positivado: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Atualmente, o mesmo artigo 5º, inciso LXVII, diz: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.”

Pois bem. Diante de tais disposições constitucionais, poder-se-ia cogitar de revogação da norma do artigo 5º, LXVII, da C. F., considerando-se como ilegal a prisão civil do depositário infiel, em qualquer situação, face às proibições inseridas nos Pactos ratificados pelo Brasil?

A questão é das mais tormentosas e será dissecada no segundo capítulo deste trabalho.

## **2. A PRISÃO CIVIL NO DEPÓSITO JUDICIAL E SUA RELAÇÃO COM OS PACTOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS**

### **2.1 O tratamento dado à prisão do depositário infiel na Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas**

A Consolidação das Leis Cíveis, de 1858, é um trabalho de reconhecido valor histórico, da lavra de Augusto Teixeira de Freitas.

Logo após a independência do Brasil, em 1822, uma Lei, datada de 20 de outubro de 1823, determinou que vigorassem no país as Ordenações Filipinas, bem como as Leis e Decretos de Portugal, promulgados até 25 de abril de 1821. Isso enquanto não fosse publicado um novo Código.

O trabalho de elaboração do Código Civil foi bipartido: na primeira fase seria feito o levantamento e a consolidação de toda a legislação vigente até ali, no intuito de “formar um novo corpo, mas de direito vigente”; já na segunda etapa tratar-se-ia de elaborar o texto do Código Civil propriamente dito, ou seja, “formar um corpo novo de direito novo”.<sup>39</sup>

Foi então que, em 15 de fevereiro de 1855, o Governo, representado pelo Ministro da Justiça, José Tomás Nabuco de Araújo, e o bacharel Augusto Teixeira de Freitas, celebraram um contrato, por meio do qual foi concedido a este último um prazo de cinco anos para coligir e classificar toda a legislação pátria, inclusive de Portugal, anterior à independência do Império.

---

<sup>39</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Prefácio. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Cíveis**. Brasília, DF: Senado Federal, 2003. v. 1, p. XVII.

Freitas não chegou a concluir o trabalho de classificação, pois a tarefa veio a ser interrompida, a fim de que o juriconsulto priorizasse a consolidação civil, que era preocupação de primeira grandeza do Governo.

Em 24 de dezembro de 1858, o Imperador aprovou a Consolidação das Leis Cíveis que foi o verdadeiro Código Civil do Brasil durante mais de meio século (1858-1917), e cuja importância, segundo bem assinala o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, reside justamente no fato de que, “ao resgatar e ordenar nossa herança jurídica, também desenhou a fisionomia da legislação civil que a seguiu, tanto no Código Civil de 1917 como no recente Código Civil de 2002.”<sup>40</sup>

Pois bem. Feitas essas digressões, certamente o leitor já anseia por conhecer a forma como o depositário judicial, em caso de infidelidade, era tratado nesse texto legal. Para tanto, transcreve-se o que reza o artigo 437 da Consolidação das Leis Cíveis: “Art. 437. O depositário judicial será preso não entregando a coisa depositada no prazo de nove dias, depois que lhe-fôr ordenado.”

Comentando tal dispositivo, Teixeira de Freitas externa sua posição contrária à prisão do depositário judicial que, devidamente intimado, deixa de entregar a coisa sob sua guarda. A justificativa por ele apresentada, em nota explicativa de rodapé, tem o seguinte teor: “entre as penas cíveis em vigor não está compreendida a de prisão dos depositários, ou sejam judiciais ou extrajudiciais. Para os *extrajudiciais* deixou de existir desde a Lei de 20 de Junho de 1774 § 19, e Ass. de 18 de Agosto do dito anno. Para os *judiciais* nunca foi legislada, salvo no caso especial da Ord. L. 4º T. 49 § 1º.”

Tal contribuição histórica, relativamente às origens mais remotas do depósito, é trazida à baila aqui não só para nos ajudar a compreender a evolução do instituto no Direito Brasileiro, mas, especialmente, pela magnitude do trabalho de Teixeira de Freitas, responsável pela elaboração de um texto inovador – na medida em que pode sê-lo uma consolidação, para ficar na expressão do Ministro Moreira Alves, citado por Ruy Rosado de Aguiar.<sup>41</sup>

## 2.2 A regra constitucional sobre a prisão civil e o conceito de depositário infiel segundo a mesma Carta Política

A Constituição Federal, no que se refere à prisão do devedor, dispõe que: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (artigo 5º, LXVII).”

Chama-se prisão civil aquela que não decorre da prática de um ilícito definido na lei como delito. A locução constitucional “*prisão civil*” está colocada no texto com a finalidade de distingui-la da prisão penal. Aquela é meio compulsório de execução; esta resulta de uma infração penal.

Para Wolgran Junqueira Ferreira, a expressão “*prisão civil*” usada pela Carta

<sup>40</sup> AGUIAR JÚNIOR, Prefácio, p. XXIV.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. XXIII.

Magna é inadequada. Deveria o texto constitucional, no seu entendimento, ter o seguinte enunciado: **não haverá prisão por dívida civil**. E isso justamente porque a intenção era de excluir da incidência penal as dívidas civis. A locução contida no item 30, do artigo 113 da Constituição de 1934 – assevera ele – era exata: “Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas”.<sup>42</sup>

“Relega-se a “prisão civil” – a constrição da liberdade como medida processual civil coercitiva, meio de “execução indireta” – à excepcionalidade. Fora da exceção estabelecida no próprio dispositivo constitucional, a prisão só poderá ser utilizada como “pena” propriamente dita, sanção para condutas tipificadas como crimes (ou, quando menos, “transgressões militares” – art. 5º, LXI) – e desde que observadas todas as garantias constitucionais penais e processuais penais (art. 5º XXXIX, XLV, LIII, LIV, LV, LVII, LX, LXI, LXV, LXVI, etc)”.<sup>43</sup>

Nos termos da Carta Magna, a prisão civil do devedor pode ocorrer tanto no caso de inadimplemento voluntário de obrigação alimentar, como na hipótese de infidelidade do depósito.

A nós interessará, nas precisas fronteiras deste trabalho, analisar a segunda exceção. Mas, para bem interpretarmos o artigo 5º, inciso LXVII, da Carta Constitucional, mister se faz a comparação histórica entre o texto constitucional que vigorou de 1946 a 1988 e aquele que passou a disciplinar a prisão civil a partir de 1988.

Dizia o artigo 153, § 17, da Constituição Federal de 1969: “não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso de depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei.”

Como se percebe, o legislador constituinte de 1988, retirou de seu texto a partícula de restrição “*na forma da lei*”, e, assim o fazendo, deixou clara a impossibilidade de a legislação ordinária estabelecer conceito mais abrangente do contrato de depósito, para o fim de permitir a aplicação, por extensão, do texto constitucional. O dispositivo, que, na conhecida classificação de José Afonso da Silva, era norma de eficácia contida (normas de aplicabilidade direta e imediata, mas cujos efeitos podem ser restringidos por lei), passou, na atual Carta Constitucional, a ser norma de eficácia plena (de aplicabilidade direta, imediata e integral).

Essa expressão “*na forma da lei*”, que não foi repetida no atual texto constitucional (5º, LXVII), tinha por objetivo delegar para a lei ordinária a regulamentação sobre seu conteúdo, bem como estabelecer a forma procedimental para a medida coercitiva.

Relativamente ao segundo significado, foi editada a Súmula 619 do STF<sup>44</sup>, cuja constitucionalidade passou a ser questionada, uma vez que violava o artigo

<sup>42</sup> FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988**. São Paulo: Julex, 1989. v. 1, p. 228.

<sup>43</sup> TALAMINI, Eduardo. Prisão civil e penal e ‘execução indireta’. A garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. In WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Processo de Execução e Assuntos Afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 142.

<sup>44</sup> “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura da ação de depósito”.

153, § 17, da Carta de 69, pois admitia a prisão sem a forma procedimental estabelecida em lei, ou seja, sem a competente ação de depósito.

Mais tarde, já na vigência do novo texto (Carta de 1988) a súmula ganhou foros de constitucionalidade, uma vez que o legislador, ao suprimir a expressão "*na forma da lei*", passou a permitir que a prisão se desse independentemente da forma procedimental prevista em lei (ação de depósito). Essa questão ficou praticamente pacificada na jurisprudência<sup>45</sup>.

Mas restou a dissidência, quer na doutrina, quer na jurisprudência, em torno da possibilidade ou não de leis infraconstitucionais qualificarem de 'depósito' hipóteses outras que, na verdade, não correspondem precisamente àquele núcleo conceitual<sup>46</sup> dado pela constituição. Vale dizer, a prisão se mostraria possível somente no caso do depósito genuíno, ou também quando a infidelidade ocorresse em situações de depósito por equiparação legal? Devemos dar ao artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal interpretação mais restritiva quanto ao significado da expressão "*depositário infiel*" ou mais elástica, na medida em que o legislador não fez qualquer distinção? Como a questão da prisão civil deve ser tratada à luz do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto de São José da Costa Rica, que vedam, respectivamente, a prisão decorrente de descumprimento de obrigação contratual e a prisão por dívida? Haveria conflito entre as normas oriundas desses tratados e a legislação interna em qualquer espécie de depósito?

Essas são algumas das muitas indagações que nos proporemos responder, mesmo que de forma tímida, nos próximos tópicos.

### **2.3 Distinção entre as diversas espécies de depósito: contratual, por equiparação legal e judicial**

É inegável que a Constituição, ao referir-se a "*depositário infiel*", tome em conta a própria noção tradicional de 'depósito'. Afinal, se o legislador constitucional estipulou duas hipóteses taxativas e exaustivas em que cabe a prisão civil, não é possível que a legislação infraconstitucional – manipulando os conceitos tradicionais para além daquele núcleo mínimo – altere o alcance dessas exceções, ampliando-o.<sup>47</sup>

Mas, afinal, caberia então nos perguntarmos: qual seria o real sentido da expressão "*depositário infiel*" inserida no texto constitucional?

O significado não pode ser outro senão o que emana do artigo 1.287 do Código Civil (atual 652). É o depositário genuíno, clássico.

Segundo Sílvio Rodrigues,<sup>48</sup> o depósito ali tipificado: "[...] é o contrato pelo

<sup>45</sup> Nesse sentido: RTJ 86/354; 89/220; 95/1.073; 118/228; 125/1.046; STF-RT 708/243, STJ-RJTE 121/156, JTJ 160/232, entre outros.

<sup>46</sup> "Depositário é aquele que recebe a coisa móvel para guarda-la e mantê-la, assumindo o dever de devolvê-la quando isto lhe for determinado. Se não a devolve, é infiel". (TALAMINI, Prisão civil..., p. 143).

<sup>47</sup> TALAMINI, Prisão civil..., p. 144.

<sup>48</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 3 - Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade, p. 278.

qual uma pessoa – depositário – recebe, para guardar, um objeto móvel alheio, com a obrigação de restituí-lo quando o depositante o reclamar. Aperfeiçoa-se pela entrega da coisa.”

Para Washington de Barros Monteiro, o instituto define-se como: “[...]o contrato pelo qual uma das partes, recebendo de outra uma coisa móvel, se obriga a guardá-la, temporária e gratuitamente, para restituí-la na ocasião aprazada ou quando lhe for exigida.”<sup>49</sup>

Não desgarram dessa linha Caio Mário da Silva Pereira:<sup>50</sup> “depósito é o contrato pelo qual uma pessoa (depositário) recebe um objeto móvel para guardar, até que o depositante o reclame” e Pontes de Miranda:<sup>51</sup> “depósito é o contrato pelo qual alguém, depositário, se incumbe de guardar (custodiar) coisa móvel de outrem, e entregá-la ao depositante”.

Nas lições de todos esses doutrinadores, o elemento nuclear, específico do negócio jurídico, é, sem dúvida alguma, a finalidade com que se realiza: a guarda da coisa móvel.

O depósito não se origina necessariamente de uma relação contratual, podendo advir de uma determinação legal, ou decorrer de situações emergenciais. É classificado, a partir dos ensinamentos colhidos entre grande parte dos autores, como: a) contratual ou voluntário, previsto nos artigos 627 e seguintes do atual Código Civil; b) legal ou necessário, disciplinado nos artigos 647 e seguintes da mesma lei substantiva, como é o caso do depósito previsto no Decreto-lei nº 911/69 (Alienação Fiduciária em Garantia); no Decreto nº 167/67 (Título de Crédito Rural), ou do depósito chamado miserável, cabível em situações de calamidade. A essas espécies, pode-se acrescentar, ainda, uma terceira, que escapa à classificação ordinária do direito privado. Trata-se do depósito judicial, que não é figura de uma relação contratual, mas de direito público, prevista nos artigos 901 e seguintes do Código de Processo Civil, ou no processo de execução.

### 2.3.1 Do depósito contratual

O primeiro (depósito contratual), como já conceituado pelos renomados tratadistas acima citados, é que o que nasce da vontade dos interessados, por meio de convenção entre eles. Cuida-se de negócio jurídico regrado pela lei civil onde alguém, denominado depositário, recebe um objeto móvel para guardar, por tempo determinado ou até que o depositante o reclame. O instituto tem como características, em linhas bastante genéricas, as seguintes: 1º) a natureza real, pois não depende só do consenso das partes para que se aperfeiçoe, mas da entrega da coisa ao depositário, exceto se já se encontrar em sua posse; b) gratuidade, salvo as

---

<sup>49</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 2 - Direito das Obrigações, 2ª parte, p. 218.

<sup>50</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3 - Contratos – Declarações Unilateral de Vontade – Responsabilidade Civil, p. 225.

<sup>51</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. v. 42 - Parte Especial.

exceções previstas no artigo 628 do Código Civil; c) unilateralidade, porque, em princípio, gera obrigações exclusivamente para o depositário; d) ser '*intuitu personae*', porquanto se funda nas qualidades pessoais do depositário, como fidedignidade, honradez, honestidade, etc.; e) não solene, malgrado o disposto artigo 646 do CC, prevendo deva ser ele provado por escrito.

### 2.3.2 Do depósito por equiparação legal

A segunda espécie, depósito necessário, ou extracontratual, é o que prescinde da manifestação de vontade dos interessados, advindo da lei, ou de circunstâncias imperiosas que determinem a sua concretização. Está disciplinado nos artigos 647 e seguintes do Código Civil e se subdivide em: a) legal (o que se faz em desempenho de alguma obrigação legal) e b) miserável (fruto de situações imprevistas como calamidade, incêndio, inundação, naufrágio, etc. Ao depósito necessário, equiparase o alusivo à bagagens de viajantes, hóspedes ou fregueses, nas hospedarias, estalagens, casas de pensão, ou estabelecimentos similares.

Ocorre que o legislador, valendo-se da disposição contida no artigo 647 (depósito que se faz em desempenho de obrigação legal), vem equiparando ao depósito típico, genuíno (conceituado no início deste tópico) outras figuras contratuais, com a finalidade de fazer com que o contratante responda como se depositário fosse, sobretudo com a cominação da prisão civil. Estamos falando da Lei nº 4.728/65, que dispõe sobre o Mercado de Capitais, modificada pelo Decreto-lei nº 911/69, a qual equipara o devedor-fiduciante (art. 66) ao depositário infiel do diploma civilístico.

Já se disse alhures que a Constituição, quando fala em "*depositário infiel*", está se referindo somente àquele depositário do Código Civil, e a mais nenhum outro, a que ele seja, por disposição de lei, equiparado. Parte-se de um raciocínio simples, como ensina Valério de Oliveira Mazzuoli:

A Constituição diz, a '*contrario sensu*', que é possível a prisão do depositário infiel. A atual Carta não mais exige que essa prisão se dê, ou esteja na forma de alguma lei, como exigia a anterior, e assim sendo, só se pode concluir que, quando a Constituição fala em depositário infiel, está se referindo àquele do Código Civil (depósito clássico), pois é o único diploma legal que disciplina o contrato de depósito, vedando, assim a ampliação dos casos em que cabe o constrangimento através de lei ordinária.<sup>52</sup>

Mas afora esse argumento, há outros tantos que bem explicam as razões pelas quais se entende não haver, na alienação fiduciária em garantia, a figura do depositário infiel.

E, para o bom entendimento da matéria, convém trazer à baila o conceito e os elementos que caracterizam esse instituto.

<sup>52</sup> MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 290, p. 16-50, dez. 2001. p. 22.

Como define o artigo 66 da Lei nº 4.728/65, a alienação fiduciária em garantia:

[...] transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.<sup>53</sup>

Examinando tal dispositivo, Orlando Gomes conceitua a alienação fiduciária como sendo: “o negócio jurídico pela qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação ou lhe seja pedida restituição.”<sup>54</sup>

Trata-se, como afirma José Carlos Moreira Alves, de “negócio jurídico bilateral, que visa a transferir a propriedade de coisa móvel com fins de garantia (propriedade fiduciária)”<sup>55</sup>.

O tema é recorrente na jurisprudência, onde a discussão tem sido centrada em saber se é possível equiparar o devedor-fiduciante a um depositário, atribuindo-lhe inclusive todas as obrigações que a este competem. Em outras palavras, cometendo o devedor atos de infidelidade, não restituindo o objeto do depósito, poderia ter sua prisão decretada, assim como pode tê-la o depositário propriamente dito?

Ficou assentado no item 2.1 deste trabalho que a Constituição Federal permite a prisão civil por dívida somente nos casos de infidelidade do depositário típico, genuíno, ou seja, naquelas hipóteses em que alguém, por força de imposição legal ou contrato recebe objeto móvel para guardá-lo.

Na alienação fiduciária, diferentemente do que se dá no depósito típico, o devedor-fiduciante não recebe a coisa com a obrigação formal de devolvê-la. Ao contrário, deve ficar com ela, bastando, para tanto, que pague a dívida oriunda do contrato de financiamento. E o credor-fiduciário, suposto depositante, tampouco entrega a coisa para este fim, reclamando-a quando não lhe interessar a custódia alheia. Para que peça a restituição daquilo que na verdade nunca entregou é necessário haver a mora do devedor, suposto depositário.<sup>56</sup>

Acrescenta-se, ainda, que, enquanto no depósito típico o elemento nuclear é a custódia, na alienação fiduciária a finalidade é a garantia de um financiamento, constituindo-se em poderoso instrumento legal para dar às instituições financeiras mecanismos processuais eficientes para que vejam os seus créditos satisfeitos.

<sup>53</sup> MAZZUOLLI, Prisão civil..., p. 16.

<sup>54</sup> GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 18.

<sup>55</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Da Alienação Fiduciária em Garantia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 51.

<sup>56</sup> PEIXOTO, Maurício da Cunha. A prisão civil no depósito voluntário e a provável revogação do artigo 11 do Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos. In: SEMINÁRIO DE ESTUDOS SOBRE O NOVO CÓDIGO CIVIL, 5., 1992, Uberlândia. Disponível em: <<http://www.google.com.br>> Acesso em: 11.jan. 2004.

Por outro lado, não se pode perder de vista que o depositário típico é aquele que guarda bem alheio e não próprio. Na alienação fiduciária o devedor-fiduciante exerce, também, a condição de proprietário do bem alienado, ainda que essa propriedade esteja pendente de cláusula resolutiva, ou seja, a propriedade plena só é adquirida quando paga a dívida do financiamento. Ora, por aí já se vê que não dá para aceitar que alguém possa ser verdadeiro depositário de um bem e, ao mesmo tempo, pagando seu preço, desonerar-se do elemento primordial e essencial do contrato de depósito, que é a devolução deste bem.

A propósito, oportuno referir que, em caso de inadimplemento, o credor do bem dado em garantia pode, segundo a Lei nº 4.728/65, retomar a posse do bem, por meio de busca e apreensão, mas não pode ficar com a coisa para si, estando obrigado a vendê-la a terceiros, cujo preço obtido também não é seu senão na medida do seu crédito (porque ele sempre foi apenas um credor), devendo repassar ao devedor, que o recebe apenas por ser o proprietário. Não sendo o credor proprietário, não poderia ele ter dado a coisa em depósito.<sup>57</sup>

Por fim, é de gizar que, enquanto no depósito típico o depositário responde por perdas e danos se, sem licença do depositante, servir-se da coisa depositada (art. 640 do Código Civil), na alienação fiduciária o devedor tem a posse imediata do bem justamente para seu uso e gozo. Em garantia ao adimplemento da obrigação, o devedor-fiduciante “aliena” a propriedade resolúvel da coisa adquirida ao credor, permanecendo com a sua posse direta, sendo-lhe permitido o desfrute econômico do bem alienado.

Não obstante essas diferenças, o legislador equiparou o devedor-fiduciante ao depositário, sujeitando-o à prisão civil em caso de não-cumprimento de suas obrigações com o bem, objeto do contrato.

Entendemos, todavia, que se o legislador pudesse equiparar ao depositário quem não tivesse as características deste, ampliando os casos de prisão civil, a norma constitucional do artigo 5º, LXVII, estaria sendo flagrantemente violada. Com isso se está a sustentar que dito dispositivo constitucional não comporta nenhum elastério, pois “sendo o artigo 66 da Lei 4.728/65 norma excepcional, e de inquestionável caráter punitivo, é vedada sua interpretação extensiva”.<sup>58</sup>

Nessa senda, só estariam sujeitos à prisão civil o devedor por alimentos e o depositário infiel, entendido este último na sua conceituação tradicional, genuína, pena de se tornar inócua a proteção constitucional.

Essa orientação, aliás, vem sendo traçada pela jurisprudência do STJ, valendo citar, à guisa de exemplo, o seguinte acórdão:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. BENS NÃO ADQUIRIDOS COM O PRODUTO DO FINANCIAMENTO.

A lei admite a possibilidade de serem fiduciariamente alienados bens já antes pertencentes ao devedor, e portanto não adquiridos com o produto

<sup>57</sup> Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 54618-4-RS. Relator: Rui Rosado de Aguiar Júnior.

<sup>58</sup> Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 7.166. Relator: Des. Costa Carvalho. DJ 31 out. 1996.

do financiamento.

Exclusão, todavia, da cominação de prisão civil, não essencial à natureza mesma da ação de depósito e excluída do permissivo do artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal, que pertine tão ‘somente aos depósitos clássicos, previstos no Código Civil, sem possíveis ampliações que ponham em risco a liberdade dos devedores em geral.

Recurso especial conhecido e provido em parte, com exclusão da cominação de prisão civil.<sup>59</sup>

Com essas considerações, já estaríamos em condições de afirmar que, relativamente à prisão na alienação fiduciária, não haveria confronto entre a vedação contida nos tratados internacionais e o ordenamento jurídico interno, já que a própria ordem constitucional só permite a prisão no caso do depósito típico, instituto que não guarda qualquer semelhança com a hipótese do devedor-fiduciante, equiparado, por ficção jurídica, ao verdadeiro depositário. Sendo a norma do artigo 5º, LXVII, de hierarquia superior à legislação ordinária que regulamenta a alienação fiduciária em garantia, concordamos com a posição externada pelo STJ no sentido de que o Decreto-lei nº 911/69, que prevê a prisão civil do depositário nesse caso, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional<sup>60</sup>. O devedor-fiduciante em mora com o pagamento das prestações do financiamento, e que não restitui ao credor fiduciário o bem adquirido, não se equipara, em absoluto, ao depositário infiel, no sentido constitucional.

Por outro lado, a polêmica que grassa em torno da natureza das normas inseridas no Decreto-lei nº 911/69, as quais, por serem especiais (STF, HC 73.131-RJ) não poderiam ser derogadas pelas normas dos tratados, de caráter geral, resta esvaziada dentro da linha argumentativa por nós defendida. Se conflito há, ele existe entre a Constituição e o referido Decreto, mas aí estamos diante de normas de distinta hierarquia, resolvendo-se a questão sob o prisma da inconstitucionalidade.

Com efeito, muito embora o Decreto-lei nº 911/69 não tenha sido revogado pelo Pacto de São Jose da Costa Rica e pela Convenção sobre os Direitos Cívicos e Políticos, justamente pelo princípio da especialidade, não há dúvida de que tal diploma legal, ao prever a prisão do devedor-fiduciante, exorbitou das hipóteses em que a medida coercitiva restou autorizada pelo legislador constituinte, contrariando, assim, o próprio ordenamento constitucional e, em maior extensão, as normas emanadas dos tratados.

Oportuno registrar, nesse contexto, que, no final de 1995, a questão foi apreciada pelo Plenário do STF, ocasião em que o relator, Min. Marco Aurélio, e outros quatro ministros consideraram inconstitucional a prisão civil do devedor na alienação fiduciária. No entanto, saíram vencidos.

Em que pese isso, a celeuma perdura. E por vários motivos. Primeiro, porque, além de aquela decisão do Supremo não se haver dado na via da ‘ação direta’, nela

<sup>59</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 7.943. Relator: Min. Athos Gusmão Carneiro. DJU 10 jun. 1991, p. 7854.

<sup>60</sup> Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 6.593-MG. Relator: Min. Félix Fischer. j. 05 ago. 1997; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 6.676-SP. Relator: Min. Vicente Leal. j. 24 nov. 1997.

apenas se rejeitou a arguição de inconstitucionalidade. Formalmente, portanto, não tem caráter vinculante para os demais juízes e tribunais. [...] Ademais disso, a controvérsia não se eliminou nem mesmo dentro do Supremo. A votação foi extremamente equilibrada. As turmas, logo depois do julgamento, passaram a adotar a tese vencedora. Mas, por exemplo, o Ministro Marco Aurélio, que saiu vencido no plenário, já afirmava, na própria ementa de acórdão que relatou posteriormente, estar seguindo a tese vencedora apenas em respeito à maioria – destacando sua intenção de tornar a discutir a questão, para defender seu ponto de vista.<sup>61</sup> Daí que são muitos os acórdãos de outros tribunais, posteriores ao julgamento do Supremo, que permanecem reputando inconstitucional a prisão civil do devedor na alienação fiduciária em garantia. No Superior Tribunal de Justiça, aliás, parece possível, pelas mais recentes decisões, constatar-se a prevalência deste entendimento – o que se reflete também em outros tribunais.<sup>62</sup>

### 2.3.3 Do depósito judicial

Como já foi dito em outra passagem desta monografia, em direito privado depósito é o contrato pelo qual alguém recebe coisa móvel alheia com a obrigação de guardá-la por certo tempo e restituí-la. Em direito processual, depósito não é contrato. É ato judicial em que o juiz ordena, por autoridade, a guarda dos bens do executado, sejam eles móveis ou imóveis.<sup>63</sup>

A função do depositário no processo é de auxiliar da justiça, segundo o estatuído no artigo 148 do CPC. Tal dispositivo reza que os bens penhorados, arrestados, seqüestrados ou arrecadados, serão confiados a depositário, “não dispondo a lei de outro modo”.

Humberto Theodoro Júnior, citando Artur Anselmo de Castro, leciona, a propósito do assunto que: “dada a finalidade da penhora, que é a de determinar o bem sobre o qual se realizará a expropriação, sujeitando-o à execução forçada, o ‘depositário’, como responsável pela sua conservação, assume posição de ‘figura essencial da penhora’<sup>64</sup>.

Por isso se diz que “o depositário exerce uma função pública, uma vez que substitui o próprio Estado a quem caberia, em tese, a guarda dos bens penhoráveis”.<sup>65</sup>

Com efeito, diversamente do que acontece no depósito voluntário, em que o depositário exerce função de índole privada, tendo por finalidade a consecução de interesses particulares, o depositário judicial assume o ‘*munus*’ na condição de órgão auxiliar da justiça, razão pela qual se diz que sua função tem natureza pública, visando à efetividade e utilidade do processo.

<sup>61</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 72.813-SP. j. 23 fev. 1996. DJU 22 nov. 1996. p. 45.6807.

<sup>62</sup> TALAMINI, Prisão civil..., p. 149.

<sup>63</sup> CASTRO, Amílcar. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 8, p. 240.

<sup>64</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 4 - Da Execução Forçada no Código de Processo Civil (arts. 566 a 795), p. 459.

E como suas funções são apreciáveis por direito público, ensina Amílcar de Castro que: “[...] o poder de que se acha investido o depositário é poder-dever; incumbe-lhe a tutela do interesse alheio, não para defesa de interesse próprio, mas para que se consiga perfeita realização do direito do credor, por eficiente exercício da função jurisdicional.”<sup>66</sup>

E, logo adiante, complementa o mesmo autor que o depositário judicial, no depósito sobre o qual se está discorrendo:

[...] detém a coisa penhorada por dever de funcionário público, obedecendo a ordem do juiz: não tem posse, que é relação apreciável por direito privado; o que tem é poder público sobre a coisa, resultante de seu dever de detê-la até que o juiz mande entregá-la. Trata-se, como se vê, de relação apreciável por direito público entre o depositário e o órgão do Poder Judiciário, acerca da coisa do domínio particular.<sup>67</sup>

Fixados esses conceitos, caberia então indagar se, em vista de sua função de guarda dos bens alheios, estaria depositário judicial sujeito à prisão, em caso de infidelidade? Tal medida estaria vedada pelos Tratados Internacionais, mais precisamente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos?

Evidentemente que o depositário processual, descumprindo o compromisso assumido perante a autoridade judicial, relativo à restituição da coisa depositada, está sujeito à prisão, até porque não se trata de obrigação de natureza contratual ou de prisão por dívida, proibida expressamente pelas normas dos tratados ratificados pelo Brasil. E tanto não se trata de prisão por dívida que esta subsiste mesmo cumprido todo o prazo máximo da medida coercitiva.

Vale, nesse passo, repetir mais uma vez. Não se cuida, aqui, de depósito derivado de contrato, nem tampouco de depósito necessário, hipóteses estas reguladas pelo Código Civil. O depósito judicial se rege pelo Código de Processo Civil (arts. 139; 148-150, 666-672, § 1º, 677-678; 690, § 1º, III, 733; 824-825; 858-859; 919-1.145, § 1º).

Tem-se, em verdade, como decidido no Agravo de Instrumento nº 85.733-SP:

[...] uma modalidade de ‘Contempt of Court’ do Direito Anglo-Americano. A prisão decorre de atentado contra a realização da Justiça, não pelo descumprimento de obrigação. O depósito, nesse caso, nada tem em comum com o depósito privado, mas, sim, é encargo público essencial à consecução da Justiça. Se o depositário, nesse caso, some com o bem, é muito bom que as consequências lhe sejam graves, para que não recalitre e para que não faça grassar o mau exemplo de atentar contra a efetividade da Justiça.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> FADEL, Sérgio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado**: arts. 1º a 1.220. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 849.

<sup>66</sup> CASTRO, A., op. cit., p. 241.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 85.733-5-SP. Relator: Rui Cascaldi. j. 07 out. 1998. **RJTJSP**, n. 217, 1999, p. 206.

Assim, pode-se asseverar que, enquanto nas demais espécies de depósito grassa dissenso jurisprudencial acerca da possibilidade da prisão do depositário em caso de infidelidade, notadamente em razão da incorporação, na ordem interna, dos Pactos que tratam sobre Direitos Humanos, no caso do depósito judicial o entendimento é tranqüilo, conforme se pode verificar no acórdão cujo trecho abaixo se transcreve:

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, tratando-se de depósito judicial, não se aplica a regra constante do artigo 1280 do Código Civil, afigurando-se admissível a cominação de prisão civil ao depositário infiel (RHC nº 11.655-PR, por mim relatado; HC nº 8.478-GO, de relatoria do Ministro Nilson Naves.

[...]

Pouco ou nada importa, ainda, cuidar-se na hipótese '*sub judice*' de bem fungível consumível. Conforme assinalado de forma reiterada, trata-se de depósito judicial, em que o depositário assumiu de forma explícita o encargo de não abrir mão dos bens constrictos, salvo ordem emanada da autoridade judicial. O que releva no caso é, portanto, o respeito à confiança e à boa-fé empenhada na guarda da coisa alheia.<sup>69</sup>

## 2.4 A natureza jurídica da prisão civil do depositário infiel: pena ou meio de coerção

A prisão do depositário infiel não tem caráter apenatório, mas tão somente dissuasório. Objetiva remover os óbices que o depositário esteja criando à restituição da coisa.<sup>70</sup>

A natureza jurídica da prisão civil é, na verdade, instrumento coercitivo de execução, tendo por finalidade compelir o depositário à restituição do bem confiado à sua guarda.

Nesse sentido preleciona Celso Ribeiro Bastos:

A prisão de que trata a Constituição é de natureza civil. Com isto, quer-se significar que ela não visa à aplicação de uma pena, mas tão-somente a sujeição do devedor a um meio extremamente violento de coerção, diante do qual, é de presumir, cedam resistências do inadimplente. É por isso que, paga a pensão ou restituído o bem depositado, automaticamente cessa a prisão.<sup>71</sup>

Na mesma linha de entendimento situa-se a doutrina de Pontes de Miranda, quando sustenta que a prisão do depositário é tão-só meio coercitivo para se obter a execução da obrigação de restituir o depósito. E tanto é assim que se o depositário

<sup>69</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 402.221-MG. Rel. Min. Barros Monteiro. **ADV – Advocacia Dinâmica**: Informativo Semanal, São Paulo, n. 49, 2002, p. 815.

<sup>70</sup> JAYME, Fernando G. Ação de depósito: a prisão do depositário infiel interpretada pelos tribunais. **Jornal Síntese**, Porto Alegre, v. 30, ago. 1999, p. 6.

<sup>71</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, p. 306.

se adianta em consignar a coisa, ou o equivalente fixado pelo perito, citado o depositante, não cabe pensar-se em cominação de prisão.<sup>72</sup>

Em síntese, quanto à natureza jurídica da prisão civil, há consenso entre os doutrinadores de que se trata de instrumento de compulsão para o adimplemento de obrigação alusiva ao pagamento de pensão alimentícia ou restituição de coisa depositada, sem caráter de punição.

## 2.5 Apuração da responsabilidade do infiel depositário: nos próprios autos ou em ação própria

É pacífico nos julgados do Supremo Tribunal Federal que a prisão civil do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura da ação de depósito. Tal entendimento, aliás, está consolidado na Súmula 619 dessa Corte, cujo enunciado é do seguinte teor: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura da ação de depósito”.

Pelas mesmas razões que orientaram a edição da aludida súmula, ensina Álvaro Villaça Azevedo que a ação de depósito visa à tutela de depósito que não seja judicial. É meio processual utilizável quando há que se apurar a violação de relação jurídica entre depositante e depositário. Não tem, pois, aplicação às diferentes hipóteses de depósito em juízo, em que o depositário exerce funções de direito público, ainda quando nessa posição esteja investido o próprio executado.<sup>73</sup>

Não obstante esses entendimentos, a questão ainda gera alguma dissidência na doutrina e na jurisprudência de outros tribunais.

Para a corrente de opinião contrária à orientação sumulada, a prisão do depositário infiel só pode ser decretada nos autos da ação de depósito, após o trânsito em julgado da sentença que a decreta, tendo em conta a necessidade da observância do devido processo legal, assegurado no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

Rogando as possíveis vênias, somos de opinião contrária a essa doutrina. A observância do *'due process of law'* não significa necessariamente que deva ter lugar no procedimento especial da ação de depósito, pois conforme tem sido reconhecido, o procedimento legal, no caso, será incidental no processo de execução, em que constituído o encargo, ou seja, em autos apartados.<sup>74</sup>

Em se tratando de infidelidade do depósito no processo de execução, seria contrário à sua própria natureza mandar que a parte retrocedesse à via do processo de cognição ampla para resolver questão de natureza incidental.

De fato, a ação de depósito é exigível, nos termos do art. 902 do CPC, com a finalidade de permitir a análise da prova literal do depósito. No caso de infidelidade do depositário judicial, a relação de depósito (típica relação de direito público) é

<sup>72</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 8, p. 67.

<sup>73</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão Civil por Dívida**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 77.

<sup>74</sup> MOLITOR, Joaquim. **Prisão Civil do Depositário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 77.

certa, pois foi o próprio magistrado quem autorizou a perfectibilização do depósito. Em sendo assim, seria descabido promover a ação respectiva apenas para conhecer o que já é sabido.

Um outro argumento que se levanta contra a necessidade da ação prevista no artigo 902 do CPC estaria assentado na falta de titularidade do exequente para mover a respectiva demanda, no caso de depósito judicial. Explica-se: é que entre o exequente e o executado/depositário não existe relação jurídica de depósito; depositante, no caso, é o juízo, face à necessidade de colocar o bem penhorado sob custódia pelo tempo que anteceder à praça e, afinal, a satisfação do crédito do exequente. Não é por outro motivo que a atitude do depositário que dá fim ou aliena o bem penhorado – violando a segurança do juízo – representa desacato à autoridade do juiz e não agressão ao patrimônio do exequente.<sup>75</sup>

“Prima facie, inexistente relação processual entre o depositário e as partes na execução, cujo vínculo é tão-somente entre o depositário e o Estado-Juiz, durante o depósito e até a entrega final da coisa.”<sup>76</sup>

Portanto, nos afigura evidente que o desvio patrimonial dos bens penhorados, quando praticado pelo depositário judicial, sem autorização prévia do juízo da execução, caracteriza a infidelidade do depósito, capaz de ensejar a possibilidade de decretação da prisão civil desse auxiliar do juízo no âmbito do processo de execução, independentemente, portanto, da ação de depósito.

Como já assentou a Excelsa Corte, torna-se lícito, ao magistrado que dirige o processo de execução, decretar, no curso deste – e caso se concretize a situação de infidelidade depositária – a prisão civil do auxiliar do juízo, que, descumprindo comando legal, deixa, injustamente, de restituir o bem penhorado.<sup>77</sup>

Mas, malgrado esse entendimento ter assento em decisões do STF, guardião da Constituição, alguns autores, dentre eles Adroaldo Furtado Fabrício<sup>78</sup>, sustentam que autorizar a prisão do depositário, independentemente da ação de depósito, seria violar a forma procedimental prevista em lei para que a medida constritiva seja imposta, com flagrante afronta às garantias e oportunidades de resposta asseguradas pelo sistema jurídico.

A celeuma, diga-se de passagem, está em vias de ser serenada. É que tramita na Câmara dos Deputados o Anteprojeto de Lei para alteração da Lei nº 5.869, de 11/01/73 (atual Código de Processo Civil). No capítulo que trata da ‘Execução por Quantia Certa Contra Devedor Solvente’, contempla-se a possibilidade de inserção do § 3º ao artigo 666, com a seguinte redação: “a prisão de depositário infiel será decretada no próprio processo independentemente de ação de depósito”.

Resta-nos, portanto, torcer, pela aprovação desse Projeto.

<sup>75</sup> NOGUEIRA JÚNIOR, Rubem. Da prisão administrativa nas execuções. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 86, p. 36-44, jul. 1977. p. 40.

<sup>76</sup> SOUZA, Sebastião Pereira de. Prisão Civil do depositário infiel no processo de execução. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 290, p. 486-491, abr./jun. 1985. p. 489.

<sup>77</sup> RTJ 86/354; RT 484/268; RJTJSP 71/219; RT 708/243.

<sup>78</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 8, t. 3, p. 15.

### 2.5.1 Procedimento para decretação da prisão nos autos da execução

Como já referido anteriormente, a posição de alguns processualistas pátrios, dentre os quais Amílcar de Castro<sup>79</sup> e Humberto Theodoro Júnior<sup>80</sup> é de que a prisão do depositário judicial infiel deve dar-se somente por meio da ação própria. Para outros, como é o caso de Joaquim Molitor,<sup>81</sup> o procedimento legal, para decretar-se a medida constritiva, seria incidental ao processo de execução em que constituído o encargo.

Nosso entendimento, entretanto, é na linha de que o contraditório há de ser oportunizado no bojo da própria demanda executiva e não em autos apartados, sem que isso configure qualquer prejuízo à ampla defesa.

Com efeito, desnecessária uma regra processual específica para a prisão do depositário judicial infiel, haja vista a disposição contida no artigo 652 do atual Código Civil. Este dispositivo estende expressamente a medida constritiva a todas as categorias de depositário infiel, não prevendo a forma por que será efetivada, o que, evidentemente, está a cargo da lei processual.

Assim é que, quando o depositário é o próprio executado (artigo 666 do CPC), o procedimento para apuração da responsabilidade, em caso de infidelidade, é precedido de algumas formalidades, que vão desde a sua nomeação para o encargo até a prisão. Senão vejamos.

Feita a nomeação espontânea, ou mesmo compulsória, por meio do oficial de justiça, dos bens para garantir a execução, já no auto de penhora, como último requisito, deve constar a nomeação do depositário dos bens arrecadados e colocados à disposição do poder judiciário (art. 665, IV, CPC).

Apanhado em infidelidade, o depositário judicial estará sujeito à norma do artigo 652 do Código Civil e da primeira parte do artigo 150 do Código de Processo Civil.

Para que a prisão possa ser decretada, o juiz da execução, tomando conhecimento de que o depositário está sonogando a coisa confiada a sua guarda, deverá, previamente, intimar o auxiliar do juízo, para que, no prazo de cinco dias, entregue a coisa ou seu equivalente em dinheiro, ou, então, apresente escusa no prazo legal. Guardadas as devidas ressalvas, segue-se o rito previsto nos artigos 902 a 904 CPC, aplicável analogicamente.

Escoando o prazo sem manifestação do executado, ou não sendo convincentes as justificativas por ele apresentadas para deixar de entregar o bem, o juiz, em decisão motivada (artigo 165 do CPC) estará autorizado a expedir mandado com ordem de prisão.

Com efeito, resguardado o pleno direito de defesa pelo esgotamento das possibilidades de se dar ciência pessoal ao depositário da ordem de apresentação dos bens, com estrita observância dos endereços existentes nos autos, e apreciação

<sup>79</sup> CASTRO, A., **Comentários...**, v. 8, p. 248.

<sup>80</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 91.

<sup>81</sup> MOLITOR, **Prisão civil...**, p. 77.

de eventuais explicações por ele prestadas (e.g. prova do desaparecimento fortuito do bem), haveria, ainda assim, razão para entender maculado o princípio do *due process of law*?

Evidentemente que não. Mas o tema, pela sua importância, está a merecer reflexões em tópico próprio, do qual nos ocuparemos a seguir.

## 2.6 O devido processo legal em seu aspecto substancial: razoabilidade e racionalidade das leis

Embora ainda escassos os escritos de doutrina dedicados a tratar do tema envolvendo o '*due process of law*', são inúmeras, em contrapartida, as decisões de nossos tribunais que direta ou indiretamente fazem alusão a essa garantia constitucional, a qual nem sempre se faz acompanhar da desejável teorização do instituto.

O devido processo legal comporta, na verdade, duas acepções: a processual e a material.

Até o início deste século, o "devido processo legal" era concebido sob a ótica estritamente processual. Vale dizer, como um conjunto seqüencial de atos judiciais conducentes a um veredito final, ou, segundo a lição de Antônio Roberto Sampaio Dória, apenas um processo regular e ordenado ('*ordely proceeding*').<sup>82</sup>

Não se questionava nessa concepção originária e adjetiva da cláusula do "devido processo legal", a substância ou conteúdo dos atos do Poder Público, em particular daqueles editados pelo Legislativo, razão porque essa garantia constitucional não logrou desde logo erigir-se em limitação do mérito das normas jurídicas, o que viria a ocorrer anos mais tarde, com a formulação da teoria do '*substantive due process*'.<sup>83</sup>

Mas, foi na Suprema Corte Americana, sobretudo a partir da nova visão de mundo trazida pela transformação do Estado Liberal em Estado Social, de cunho igualitarista, que o instituto sofreu evolução, transmudando-se de mera garantia destinada a assegurar à regularidade do processo penal, em um postulado de caráter substantivo, capaz de condicionar o mérito, a validade das leis e a generalidade das ações (omissões) do Poder Público.

Modernamente, a partir da inserção expressa dessa garantia em nosso texto constitucional, passou-se a atentar para o seu sentido material, como poderoso instrumento de controle meritório dos atos estatais nas mãos dos juizes. Dita garantia transformou-se em amálgama dos princípios da legalidade e da razoabilidade para o controle dos atos normativos e da generalidade das decisões estatais.<sup>84</sup>

Em apertada síntese, o devido processo legal, na sua acepção substancial, diz respeito à limitação do exercício do poder, autorizando o julgador a questionar a

<sup>82</sup> DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito Constitucional Tributário e 'Due Process of Law'*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 12-14.

<sup>83</sup> CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 48.

<sup>84</sup> DERGINT, Aspecto material..., p. 252.

razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade. Serve, na verdade, como instrumento de controle do arbítrio legislativo e da discricionariedade governamental, mormente da razoabilidade e da racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.<sup>85</sup>

Relativamente às noções de “proporcionalidade” e “razoabilidade”, pode-se dizer que elas muito se aproximam. Tanto é assim que alguns autores equiparam esses conceitos. Mas, para quem as diferencia, “proporcionalidade” diz respeito à uma comparação entre duas variáveis: meio e fim; enquanto “razoabilidade” não tem como requisito uma relação entre dois ou mais elementos, mas representa um padrão de avaliação geral.

É oportuno registrar, a propósito, que o cânone da “razoabilidade” foi suprimido na fase de elaboração da nova Carta Constitucional. Não obstante isso, é de admitir, forçosamente, que o postulado da “razoabilidade das leis” está embutido na garantia do “devido processo legal”, a ser empreendida com criatividade e senso de justiça pelos órgãos incumbidos da salvaguarda da supremacia da Constituição, máxime aqueles integrantes do Poder Judiciário.<sup>86</sup>

De todo o exposto, é possível concluir que, atentando-se para os preceitos previamente estabelecidos na Constituição Federal e na lei estar-se-á respeitando o devido processo legal. Isso envolve a observância de todos os princípios (decisões motivadas, contraditório, ampla defesa, entre outros), que são corolários, em última análise, do devido processo legal, em sentido processual. Substancialmente falando, a missão seria garantir: a) os direitos fundamentais do cidadão por meio do controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais, b) a igualdade das partes no processo.

Ora, se o processo é instrumento para a realização do poder estatal, o Estado não pode restar indiferente à efetividade da tutela jurisdicional e à observância do ordenamento jurídico. Daí porque, voltando ao questionamento formulado no tópico precedente, entendemos que a prisão do depositário judicial nos próprios autos da execução não fere o devido processo legal, notadamente sob o aspecto da proporcionalidade e da razoabilidade antes examinados.

Como bem recorda Luis Fernando Cirillo seria pouco razoável que o exequente, para obter a satisfação de um direito incontroverso ou reconhecido pelo próprio Judiciário, tivesse, diante do desaparecimento da garantia entregue a alguém em termos de depósito, de intentar novas ações, ações estas sujeitas aos mesmos óbices intransponíveis encontrados na execução inicialmente ajuizada. Em outras palavras, o próprio juiz que ordenou a guarda do bem estaria fazendo pouco caso de sua determinação, assinalando expressamente que não é séria. Haveria, em última análise, absoluta desproporção entre o meio ‘processo de execução’ e o fim ‘satisfação do direito’, porque o meio revela-se completamente inócuo à obtenção do fim, exceto se a boa vontade ou ingenuidade do devedor demonstrar que o meio era, a

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 250.

<sup>86</sup> CASTRO, C., *O devido processo...*, p. 381.

rigor, desnecessário.<sup>87</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade contemporânea reclama do operador do Direito o cumprimento da difícil tarefa interpretativa de descobrir o real sentido e alcance da norma jurídica aplicável ao caso concreto, levando sempre em consideração o fato de que uma lei não existe isoladamente, devendo ser compreendida em sintonia com todo o sistema jurídico.

Como já advertia Carlos Maximiliano:

[...] o magistrado não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento deste, intermediário entre a letra morta dos códigos e a vida real, apto a plasmá-la, com a matéria prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato; e sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social.<sup>88</sup>

Enfim, ao cabo dessa exposição teórica, parte-se, agora, para firmar as seguintes conclusões:

1. A expressão “tratados internacionais” significa acordo de vontades entre Estados soberanos, ou entre Estados e organismos internacionais, destinado a produzir efeitos jurídicos.

2. Não existe hierarquia entre os decretos legislativos que incorporem tratados internacionais e as demais espécies normativas previstas no ordenamento jurídico brasileiro (art. 59, CF). As normas oriundas dos tratados, quando referendadas por meio de decreto legislativo, ocupam o mesmo grau na pirâmide jurídica.

3. Está em curso no Congresso Nacional proposta de Emenda à Constituição Federal (no contexto da chamada ‘Reforma do Judiciário’), que visa acrescentar, ao artigo 5º da Constituição Federal, um § 3º,<sup>89</sup> com o escopo de, aí, sim, dar qualidade de norma constitucional às normas oriundas dos tratados internacionais. Enquanto não for aprovada tal proposição, entendemos que a tese por nós defendida neste trabalho resta reforçada. Vale dizer, os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias.<sup>90</sup>

4. As correntes monista e dualista procuram explicar o complexo

<sup>87</sup> CIRILLO, Luis Fernando. A prisão civil do depositário judicial. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 8, n. 33, p. 95-104, jul./ago. 2000. p. 103.

<sup>88</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 59.

<sup>89</sup> Art. 5º, § 3º: “Os Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 (três quintos) dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, condicionada à aplicação pela outra parte”.

<sup>90</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn. 1.480-DF. Relator: Min. Celso de Mello.

relacionamento existente entre o chamado Direito internacional e o Direito interno. A primeira defende a existência de duas ordens jurídicas distintas uma interna e outra externa, independentes entre si. A segunda sustenta que o Direito Internacional e o Direito Interno perfazem somente uma ordem jurídica, com um só fundamento de validade.

5. A teoria que o Direito Constitucional brasileiro encampou mais se aproxima da dualista. As normas contidas nos tratados internacionais, ao contrário do defendem os monistas, não se tornam eficazes por força de cláusula geral de recepção automática. Para que tenham validade no âmbito interno, é mister sejam referendadas pelo Congresso Nacional, por meio de uma lei em sentido material (lei sem sanção ou veto) que recebe o nome de decreto legislativo.

6. A partir de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, o termo "tratados internacionais" deve ser compreendido como aquele ato de competência exclusiva do Presidente da República, praticado no âmbito das relações com mais de um Estado, sujeito ao referendo do Congresso Nacional. A expressão, segundo a quase unanimidade da doutrina, conforme refere Ingo Sarlet,<sup>91</sup> engloba diversos instrumentos internacionais, tratando-se de gênero, em relação ao qual as convenções e pactos (apenas para citar alguns dos mais importantes) são espécies.

7. A noção de hierarquia está ligada ao fato de uma norma subordinada, de grau inferior, extrair seu fundamento de validade de uma subordinante, de grau superior.

8. Relativamente ao tema da hierarquia dos tratados internacionais, gerador de muitas controvérsias na doutrina e na jurisprudência, tem-se três correntes: uma que sustenta estarem as normas oriundas desses instrumentos internacionais equiparadas às normas constitucionais; outra que diz haver paridade com as normas infraconstitucionais, e, finalmente, uma terceira que advoga a idéia de que estariam ditas normas equiparadas às normas infraconstitucionais especiais.

9. O real sentido da norma inserta no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal é de informar o intérprete do texto de que o rol de direitos constantes nesse dispositivo não é exaustivo, não conferindo, porém, a esses direitos a magnitude constitucional. E isso na medida em que não há norma expressa na Constituição Federal que consagre a supremacia do direito internacional.

10. O legislador constituinte de 1988, ao retirar de seu texto a partícula de restrição "*na forma da lei*", prevista no artigo 153, § 17, da Carta Constitucional de 1969, deixou clara a impossibilidade de a legislação ordinária estabelecer conceito mais abrangente do contrato de depósito, para o fim de permitir a aplicação, por extensão, do texto constitucional. Assim, quando usa a expressão "*depositário infiel*", toma em conta a noção tradicional de 'depósito', em que o elemento nuclear, específico do negócio jurídico, é, sem dúvida alguma, a finalidade com que se realiza: a guarda da coisa móvel.

11. O legislador infraconstitucional, valendo-se da disposição contida no

---

<sup>91</sup> SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 125.

artigo 647 (depósito que se faz em desempenho de obrigação legal), vem equiparando o depósito típico, genuíno, a outras figuras contratuais, com a finalidade de fazer com que o contratante responda como se depositário fosse, sobretudo com a cominação da prisão civil. É o que vem ocorrendo no caso da Lei nº 4.728/65, que dispõe sobre o Mercado de Capitais, modificada pelo Decreto-lei nº 911/69, dando ao devedor-fiduciante (art. 66) o mesmo tratamento conferido ao depositário infiel do diploma civilístico.

12. A Constituição Federal permite a prisão civil por dívida somente nos casos de infidelidade do depositário típico, genuíno, ou seja, naquelas hipóteses em que alguém, por força de imposição legal ou contrato recebe objeto móvel para guardá-lo. Na alienação fiduciária, todavia, não se tem depósito típico, na medida em que o devedor-fiduciante não recebe a coisa com a obrigação formal de devolvê-la.

13. O Decreto-lei nº 911/69, que prevê a prisão civil do depositário em caso de alienação fiduciária, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional. O devedor-fiduciante em mora com o pagamento das prestações do financiamento, e que não restitui ao credor fiduciário o bem adquirido, não se equipara, em absoluto, ao depositário infiel, no sentido constitucional. Nesse caso, o ordenamento constitucional não conflita com as normas dos tratados, pois também veda, em nosso sentir, a prisão na hipótese.

14. Em direito privado depósito é o contrato pelo qual alguém recebe coisa móvel alheia com a obrigação de guardá-la por certo tempo e restituí-la. Em direito processual, depósito não é contrato. É ato judicial em que o juiz ordena, por autoridade, a guarda dos bens do executado, sejam eles móveis ou imóveis. A função do depositário, nessa hipótese, é de auxiliar da justiça, segundo o estatuído no artigo 148 do CPC.

15. Descumprindo o compromisso assumido perante a autoridade judicial, relativo à restituição da coisa depositada, o depositário judicial está sujeito à prisão, até porque não se trata de obrigação de natureza contratual ou de prisão por dívida, proibida expressamente pelas normas dos tratados ratificados pelo Brasil. Neste particular, não há qualquer confronto entre a ordenamento positivo e a ordem internacional.

16. A prisão do depositário infiel não tem caráter apenatório, mas tão somente dissuasório. Objetiva remover os óbices que o depositário esteja criando à restituição da coisa.

17. A prisão no depósito judicial pode ser decretada nos próprios autos da execução, independentemente de ação de depósito, conforme orientação traçada pela Súmula 619 do STF. Não se tem por violado, no caso, o '*due process of law*'.

18. A garantia do devido processo legal é mais do que um cânone de ordem processual. É, isto sim, princípio de natureza material, servindo como importante instrumento de controle do arbítrio e da discricionariedade governamental, mormente da razoabilidade e da racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Prefácio. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis**. Brasília, DF: Senado Federal, 2003. v. 1.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 113, p. 9-23, jan./fev. 2004.

ALVES, José Carlos Moreira. **Da Alienação Fiduciária em Garantia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. Os tratados no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Estudos Tributários**, São Paulo, v. 1, p. 287-309, mar./abr. 1999.

ASSIS, Araken de. **Manual do Processo de Execução**. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1987. v. 2.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão Civil por Dívida**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Uma reflexão acerca dos pactos e convenções internacionais e sua aplicação no ordenamento pátrio. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 43, p. 31-48, abr./jun. 2003.

AYALA, Patryck de Araújo. O direito internacional dos direitos humanos e o direito a ter direitos sob uma perspectiva de gênero. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 36, p. 7-34, jul./set. 2001.

BAHIA, José Casali. **A Constituição Federal e os Tratados Internacionais**. 1999. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Prisão civil por dívida. In:

\_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 2.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Tratado de Direito Internacional Privado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. 2 v.

BORJA, Sérgio. A incorporação de tratados no sistema constitucional brasileiro. **Revista de Direito Internacional e do Mercosul**, n 4, p. 81-120, ago./set. 2001.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CASTRO, Amílcar. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 8.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CIRILLO, Luis Fernando. A prisão civil do depositário judicial. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 8, n. 33, p. 95-104, jul./ago. 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para Entender Kelsen**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988**: sistema tributário. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**: Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, Álvaro Augusto Ribeiro. **A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro**: dificuldades internas para a aplicação das normas internacionais de proteção aos direitos humanos no Brasil. 2. ed. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.

DERGINT, Augusto do Amaral. Aspecto material do devido processo legal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 709, p. 249-255, nov. 1994.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Direito Constitucional Tributário e 'Due Process of Law'**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DUARTE, Eduardo Avelino. Estudos sobre a posição hierárquica dos decretos legislativos que incorporam tratados. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 41, p. 69-96, out./dez.2002.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 8, t. 3.

FADEL, Sérgio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado**: arts. 1º a 1.220. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FERREIRA, Luis Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1 - arts. 1º a 21.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988**. São Paulo: Julex, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GARCIA, Maria. A constituição e os tratados: a integração constitucional dos direitos humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 37, p. 38-44, out./dez. 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**: medidas coercitivas inominadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

JAYME, Fernando G. Ação de depósito: a prisão do depositário infiel interpretada pelos tribunais. **Jornal Síntese**, Porto Alegre, v. 30, ago. 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOBO, Eugênio Roberto Haddock; LEITE, Júlio César do Prado. **Comentários à Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1989. v.1.

MAGALHÃES, José Carlos de. A prisão do depositário infiel: um ilícito internacional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 771, p. 78-86, jan. 2000.

\_\_\_\_\_. O Supremo Tribunal Federal e as relações entre direito interno e direito internacional. **Boletim Brasileiro de Direito Internacional**, n. 61-69, p.53-56, 1975-79.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Prisão Civil por Dívida e o Pacto de San José da Costa Rica**: de acordo com o novo Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.426/2002). 2. ed. San José: C. R: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.

\_\_\_\_\_. Hierarquia constitucional e incorporação automática dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 148, p. 231-250, out./dez. 2000.

\_\_\_\_\_. Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 290, p. 16-50, dez. 2001.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**: relações entre o direito internacional e o direito interno. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

\_\_\_\_\_. **Direito Internacional Público**: tratados e convenções. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1977.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v. 3.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 8.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3 - Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. v. 42 - Parte Especial.

MOLITOR, Joaquim. **Prisão Civil do Depositário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 77.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 2 - Direito das Obrigações, 2ª parte.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

NOGUEIRA JÚNIOR, Rubem. Da prisão administrativa nas execuções. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 86, p. 36-44, jul. 1977.

PEIXOTO, Maurício da Cunha. A prisão Civil no depósito voluntário e a provável revogação do artigo 11 do Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos. In: SEMINÁRIO DE ESTUDOS SOBRE O NOVO CÓDIGO CIVIL, 5., 1992, Uberlândia. Disponível em: <<http://www.google.com.br>> Acesso em: 11.jan. 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3 - Contratos – Declarações Unilateral de Vontade – Responsabilidade Civil.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 330-347.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 37, p. 109-127, out./dez. 2001.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e o Direito Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. Prisão civil do depositário

infiel em face da derrogação do art. 1287 do Código Civil pelo Pacto de São José da Costa Rica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 756, p. 37-52, out. 1998.

REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

\_\_\_\_\_. **Direito Internacional Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 130, p.77-81, abr./jun. 1996.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 3 - Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade.

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. **Introdução ao Direito Internacional Público**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre, 2003.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 43, p. 7-30, abr./jun. 2003.

SOUZA, Sebastião Pereira de. Prisão Civil do depositário infiel no processo de execução. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 290, p. 486-491, abr./jun. 1985.

TALAMINI, Eduardo. Prisão civil e penal e 'execução indireta'. A garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Processo de Execução e Assuntos Afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 4 - Da Execução Forçada no Código de Processo Civil (arts. 566 a 795).

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1978.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o Direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: PEREIRA, Antonio Celso Alves. **A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro**. 2. ed. San José: C. R: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996. p. 205-236.

\_\_\_\_\_. **A Proteção dos Direitos Humanos e o Brasil**. Brasília: Ed. UnB, 1998.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974.

\_\_\_\_\_. **Tratado Internacional Privado**. São Paulo: Freitas Bastos, 1973. v. 2.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 4.ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1974. v. 1.

## JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGA 0067007. **DJ** 28 abr. 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 6.593-MG. Relator: Min. Félix Fischer. j. 05 ago. 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 6.676-SP. Relator: Min. Vicente Leal. j. 24 nov. 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 7.166. Relator: Des. Costa Carvalho. *DJ* 31 out. 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 90.871-PE. j. 17 jun. 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0037065. **DJ** 21 fev. 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0058736. **DJ** 29 abr. 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 0074376. **DJ** 27 nov. 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 402.221-MG. Rel. Min. Barros Monteiro. **ADV – Advocacia Dinâmica**: Informativo Semanal, São Paulo, n. 49, 2002, p. 815.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 7.943. Relator: Min. Athos Gusmão Carneiro. **DJU** 10 jun. 1991.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 54618-4-RS. Relator: Rui Rosado de Aguiar Júnior.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn. 1.480-DF. Relator: Min. Celso de Mello.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 72.813-SP. j. 23 fev. 1996. **DJU** 22 nov. 1996. p. 45.6807.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 78.375-2. **Informativo do STF**, Brasília, n. 135, 7 nov. 1998.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 85.733-5-SP. Relator: Rui Cascaldi. j. 07 out. 1998. **RJTJSP**, n. 217, 1999, p. 206.



# O DIREITO À IMPENHORABILIDADE E A NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Max Möller\*

A história constitucional brasileira registra um passado de desconsideração com questões constitucionais, cujas normas nunca deixaram de ser meros afrescos nas Cartas Políticas. O respeito e acatamento aos textos constitucionais sempre teve no caso nacional papel quase que irrelevante. Talvez pela falta de uma técnica jurídica apta a lidar com dispositivos de natureza diversa das regras simples onde aplicada a mera subsunção dos fatos à norma, assim como por um desinteresse evidente em cumprir as “promessas” constitucionais.

Com a Constituição Federal de 1988, embora somente depois de um processo de amadurecimento, passou-se a ter a efetividade das normas constitucionais como ponto crucial da guinada no modo de fazer política e respeitar o direito posto. É sobre estas bases que teve início um movimento que busca interpretar todo o ordenamento de forma sistêmica, tendo a Constituição como a lente que permite visualizar mais corretamente as demais normas. Esse momento, definido como pós-positivismo, caracteriza-se por uma técnica hermenêutica diferenciada, apta a conciliar ideais de segurança jurídica com questões valorativas – de moral e justiça – até então marginalizada pela técnica do positivismo. O pós-positivismo não se confunde com o utópico jusnaturalismo, porquanto fundado em parâmetros hermenêuticos estabelecidos, na teoria da argumentação. Todavia, na solução dos casos que transbordam as finalidades previstas pela regra, permite uma aplicação diferenciada da norma incidente diretamente sobre o fato.

No presente trabalho, buscar-se-á explicitar as bases de interpretação pós-positiva aclarando-as através da análise da regra de impenhorabilidade prevista no artigo 649 do Código de Processo Civil pátrio. Verificar-se-á que ao processo de subsunção pode implicar distorções que ofendem frontalmente questões de justiça e que, nestes casos, outros elementos ingressam no processo de interpretação.

## CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Antes de ingressar na análise específica do caso que este trabalho se propõe a tratar, convém uma breve passagem sobre conceitos e funções que as regras e princípios desempenham no ordenamento jurídico. Outrossim, tal reflexão é útil porquanto tais conceitos tem sido construídos quase que como dogmas, principalmente quanto à supremacia de um sobre o outro. Segundo descreve Luis Roberto Barroso com muita propriedade, as regras contêm disposições mais objetivas,

---

\* Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

as quais tutelam especificamente determinadas situações. Os princípios, por sua vez, têm caráter mais aberto, abstrato, sendo dirigidos à coerência do sistema como um todo, e não a uma situação específica. Não existe hierarquia entre as regras e os princípios. Estes apenas atuam em momentos distintos<sup>1</sup>.

Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da *subsunção*: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade *tudo ou nada*: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma delas será válida e irá prevalecer. *Princípios* por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante *ponderação*: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.<sup>2</sup>

Para a aplicação das regras, porque dirigidas a uma determinada situação, quase sempre é suficiente a subsunção<sup>3</sup>. Todavia, para que se possa agregar um mínimo de valor, de justiça, de moral, de razoabilidade, há ainda um outro teste pelo qual a regra subsumida aos fatos deve passar – o produto da subsunção da regra aos fatos (positivismo clássico – método subsuntivo) deve ser submetido aos princípios (pós-positivismo – nova interpretação constitucional).

No despertar para uma consciência da importância dos valores trazidos no ordenamento constitucional como vetores interpretativos e valorativos a serem seguidos – o que é característica fundamental do pós-positivismo – deixaram os intérpretes de isolar tão-somente uma norma ao caso, mas a considerar o conjunto de normas e valores incidentes sobre o caso concreto<sup>4</sup>. Todos esses valores,

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: \_\_\_\_\_ (org.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 292.

<sup>2</sup> BARROSO, op. cit. p. 293

<sup>3</sup> Segundo Ana Paula Barcelos, “A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; a sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso.” In: BARCELOS, Ana Paula. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 55.

<sup>4</sup> Os casos concretos são utilizados na solução dos chamados casos difíceis (do inglês *hard cases*). Segundo a definição de Wilson Steinmetz os casos rotineiros são aqueles que exigem um simples ou mera aplicação de normas jurídicas – os casos ocorrem em massa e as decisões são mecânicas, bastando a simples subsunção. Como exemplos o autor menciona a aplicação de multa de trânsito e a cobrança de títulos de crédito. Já os “casos difíceis ou duvidosos são aqueles cuja decisão normativa final não é alcançada com uma simples interpretação e aplicação de normas. Isto é, não são casos passíveis de solução pela mera e imediata observância das normas. A solução não é a consequência de um imediato enquadramento normativo. Não há uma única solução correta possível. Cogitam-se de alternativas. São situações que exigem complexas e refinadas técnicas de decisão. In: STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 67-68.

constitucionalmente previstos, devem ser considerados em razão da inexistência de hierarquia entre eles e do princípio da unidade da Constituição. Ocorre que, diversamente do entendimento anterior, também as normas infraconstitucionais participam dessa possibilidade de ponderação e análise valorativa.

Deve-se ter como pressuposto lógico, ao trabalharmos o conceito de direito como sistema normativo, que toda a norma infraconstitucional tem não só a sua base de validade (formal e material) na norma constitucional, mas também expressa um suporte lógico e axiológico fundado no ordenamento constitucional. E é exatamente este suporte lógico e axiológico consistente na finalidade da norma e o bem jurídico que ela visa tutelar, assim como o resultado da sua subsunção ao caso concreto, que deverão estar de acordo com os valores constitucionalmente tutelados. A dissonância entre a finalidade da norma e o resultado de sua aplicação no caso concreto pode afastar a aplicabilidade dessa norma, assim como os resultados produzidos por esta podem ser objeto de ponderação, de acordo com os valores constitucionalmente protegidos.

Ao método subsuntivo simples, próprio do sistema positivo clássico, são agregadas novas fases de interpretação e uma forte carga valorativa. Exatamente por agregar tais valores e ponderações o processo interpretativo pós-positivo constitui processo bem mais complexo, exigindo um conhecimento e um esforço mental maior da parte dos lidadores do direito. Todavia, agrega o bônus de trazer à aplicação da lei discussões sobre valor e justiça, ideais que o pensamento jurídico esteve órfão no último século. Trataremos, então, das fases desse processo interpretativo.

## **O PROCESSO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A REGRA DA IMPENHORABILIDADE – ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO**

O presente estudo tem por objeto uma regra, perfeitamente válida em abstrato, que gera a inconstitucionalidade quando aplicada em concreto ou, também, na hipótese em que o comportamento descrito pela regra e concretamente analisado viola o próprio fim que a norma deseja tutelar. De acordo com o novo sistema de interpretação fundado na Constituição, impõe-se agregar ao processo interpretativo questões referentes a valores, justiça e equidade. Todavia, não se pode permitir que fique o sistema jurídico à mercê do intérprete. Se a Constituição Federal prevê limites aos Poderes Executivo e Legislativo não há, como adverte Ana Paula Barcelos, razão alguma para supor que o intérprete, principalmente o judicial, não tenderia a utilizar tão amplos poderes de forma abusiva e arbitrária<sup>5</sup>. Necessária, portanto, a construção de parâmetros para uma interpretação constitucional segura.

Os parâmetros que se passa a discutir não pretendem funcionar como elementos rígidos e imutáveis, mas como preferências ou parâmetros preferenciais. Ao modo das presunções, tais parâmetros devem ser observados regularmente pelo intérprete. Entretanto, não estará ele radicalmente impedido de afastá-los em um caso concreto, por razões extremamente particulares que sejam capazes de ilidir a presunção

contida nos parâmetros. Nessas circunstâncias, que muitas vezes veiculam até mesmo situações inevitáveis de ruptura do sistema, como se verá adiante, o intérprete carregará o ônus especialmente reforçado da motivação. Caberá a ele demonstrar, de forma analítica, porque se está afastando de tais parâmetros<sup>6</sup>.

É, portanto, em razão deste referencial teórico, que se faz possível a elaboração de parâmetros de interpretação, os quais constituem ponto de partida para o processo de interpretação constitucional aqui tratado. Estes parâmetros, como se verá adiante, ainda sofrem um novo processo de adequação à situação concreta.

## AS REGRAS TÊM PREFERÊNCIA SOBRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Essa assertiva, embora possa parecer contrária à teoria geral de interpretação, tem sólida fundamentação. Primeiro, é preciso que se considere este parâmetro como um primeiro momento num processo interpretativo complexo. Parte-se do pressuposto de que as regras não foram feitas para ser ponderadas<sup>7</sup> - sua aplicação funciona no modelo do "tudo ou nada"<sup>8</sup>, ou seja, sua ponderação implicará na sua não aplicação, seu afastamento, à negativa de vigência. Não é este, então, o momento de utilização da ponderação, mas o momento de buscar a regra adequada ao caso concreto. A regra é a prevalência da regra – salvo quando confrontante com o núcleo do princípio.

Os princípios possuem, pois, *pretensão* de complementaridade, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. *Os princípios são, pois, normas com pretensão de complementaridade e de parcialidade.*

As regras possuem, em vez disso, pretensão terminativa, na medida em que, sobre pretenderem abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a pretensão de gerar uma solução específica para a questão. O preenchimento das condições de aplicabilidade é a própria razão de aplicação das regras. *As regras são, pois, normas preliminarmente decisivas e abarcentes.*<sup>9</sup>

Passa-se, então, ao caso a ser analisado no presente estudo. Trata-se de um caso singelo de execução. A simplicidade aparente, de fácil aplicação ao método subsuntivo, poderá, tendo em vista a situação particular das partes ser complicada. O caso proposto consiste em processo de execução de um contrato de empreitada realizada por um sujeito determinado, chamado Credor, que foi contratado para

<sup>5</sup> BARCELOS, op. cit. p. 68

<sup>6</sup> BARCELOS, op. cit. p. 69

<sup>7</sup> Embora isso seja perfeitamente possível.

<sup>8</sup> Conforme clássica denominação conferida por Ronald Dworkin.

<sup>9</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

executar reformas na residência de outro sujeito determinado, ao qual chamaremos Devedor. O contrato teve por objeto o aumento da área da casa e a construção de uma lareira na residência do Devedor, que se obrigou a pagar ao Credor a importância de 20 mil reais. O Credor, por sua conta e risco, realizou investimentos na aquisição de materiais de construção num total de 10 mil reais. Contratou empregado cujos custos, incluídos encargos sociais recolhidos, alcançaram a importância de 3 mil reais. Calculada a carga tributária incidente sobre a nota do serviço este custo somou mais 2,5 mil reais. Sobrou-lhe, assim, a expectativa de remuneração pelo serviço – executado manualmente junto com seu empregado – no montante de 3,5 mil reais. Apenas para referir, a duração do serviço durou 30 dias.

Concluído o contrato o Credor apresentou a nota ao Devedor exigindo-lhe a quantia contratada, tendo o segundo alegado uma momentânea impossibilidade financeira para efetuar o pagamento. Concedido o prazo de mais 15 dias, que implicou numa renegociação do Credor com seus devedores (dos quais adquiriu o material e seu empregado), passou a ter dificuldades em contatar o Devedor. Após 45 dias de expectativas frustradas, decidiu procurar aconselhamento de um advogado. O então procurador tentou contatar o Devedor, recebendo a notícia de que este não teria condições de efetuar o pagamento. Ingressou, assim, o diligente procurador com ação de execução do contrato de empreitada. Após pesquisar bens em nome do Devedor executado, o único bem encontrado foi a residência deste, onde residia com a esposa e dois filhos. Outrossim, foi verificado que este possuía uma conta bancária na qual movimentava seus vencimentos, que importavam em 6 mil reais mensais, não havendo qualquer aplicação. O automóvel que possuía o executado estavam nome da esposa, com a qual era casado em regime de separação total de bens.

## A ESTRUTURA DO PRINCÍPIO

Considerando a estrutura de um princípio como dois círculos concêntricos, é possível visualizar no círculo menor o seu núcleo – o ponto onde está a sua essência. No espaço entre o círculo menor e o maior encontra-se o espaço de ponderação e de deliberação política. Em relação a este último há especial dificuldade no seu trato judicial, porquanto a ausência de parâmetros possibilita privilegiar a opinião do intérprete em relação a toda a maioria legitimamente constituída representada nos Poderes Legislativo e Executivo.

Os princípios, para além de seu núcleo, estabelecem as fronteiras de um largo campo de atuação possível, dentro de cujos limites as opções políticas podem ser consideradas legítimas. As regras correspondem exatamente a decisões políticas específicas, de efeitos determinados, já tomados no interior de tais fronteiras.

Em suma: seja porque essa é a consequência natural das diferenças estruturais entre princípios e regras, seja porque, considerando o contexto constitucional, as duas espécies normativas desempenham funções diferentes, o primeiro parâmetro que deve orientar a ponderação

significa que a regra deve ter preferência em face dos princípios. Assim, diante de um conflito insuperável entre regra e princípio que demande a ponderação de um dos elementos em choque, a regra constitucional (aqui incluído, repita-se, o núcleo dos princípios) deve ser preservada e o princípio comprimido.<sup>10</sup>

É possível concluir, nesse ponto, que as regras poderão, sim, restringir princípios. Estas restrições serão admitidas tão-somente até o momento em que não alcancem o núcleo do princípio – a partir daí não é admitida a restrição. Todavia, definida a forma da averiguação da regra e do princípio, importante destacar que tal fato não se dá apenas no plano abstrato – mas, posteriormente, também no concreto.

## PONDERAÇÃO EM ABSTRATO E EM CONCRETO

Como antes destacado, a primeira etapa interpretativa é o momento de identificar qual a regra aplicável ao caso concreto. Isolada a regra que será subsumida aos fatos, é providência automática conferir a aplicabilidade da regra em abstrato, através do controle de sua constitucionalidade. Para isso, necessário reunir os princípios que sustentam a função axiológica da regra e os que lhe são contrários ou diversos. Após agrupados, verifica-se, a partir da idéia de princípios como círculos concêntricos, se a regra não viola o núcleo central de algum deles, caso em que seria inválida. Passado por este teste, a regra é válida e aplicável em abstrato.

O problema surge, e nesse ponto destacam-se os casos difíceis, quando uma regra perfeitamente válida em abstrato mostra-se inconstitucional se considerada a sua repercussão no caso concreto.

Nesse caso, o exame em abstrato da regra, por considerá-la no seu aspecto objetivo, ordinário, não revela uma violação a um princípio constitucional. Todavia, considerando o caso concreto – que toma por elemento também a situação dos envolvidos e relações trazidas pelos sujeitos de direito – poderá demonstrar-se inconstitucional.

A regra é válida em abstrato, mas mesma sorte não lhe assiste no caso concreto. Conforme as palavras de Ana Paula Barcelos:

O órgão jurisdicional não estará declarando a inconstitucionalidade da regra – ao contrário: ele a considera constitucional -, porém, embora em abstrato o seu texto indicasse a incidência sobre o caso examinado, ele deixa de aplicá-la porque, naquele caso específico, em decorrência de sua ponderação com outras normas, a regra seria de alguma forma inválida, inconstitucional.

[ . . . ]

A conclusão a que se pode chegar, portanto, é a seguinte, é preciso reconhecer que há casos excepcionais, situações de ruptura, em que a aplicação da regra cria uma grave incompatibilidade com o sistema constitucional e, por isso, se admitirá a ponderação dos bens ou

<sup>10</sup> BARCELOS. *Alguns parâmetros...* p. 82.

interesses que ela tutela de modo até mesmo a permitir a sua não aplicação em um caso concreto.<sup>11</sup>

No caso concreto estudado é possível verificar claramente a aplicabilidade da regra que determina a impenhorabilidade. Tal regra visa a garantir um mínimo de dignidade ao executado, evitando que a sua ruína financeira atinja sua dignidade pessoal. Foi do interesse do legislador garantir um mínimo de condições para que o devedor arruinado patrimonialmente possua condições mínimas de sobrevivência, principalmente em relação à sua família. Visa a evitar um dano social e pessoal deste, que já caiu patrimonialmente em desgraça. A questão pode ser controvertida tão-somente no sentido de que impõe ao particular que suporte um custo social que, seria, ao fim e ao cabo, suportado pelo Estado em caso de necessidade de assistência do devedor<sup>12</sup>.

Ocorre que, um caso que é exemplo evidente de caso simples, solucionável pela simples subsunção, pode transmudar-se em caso concreto, se considerada a situação pessoal das partes envolvidas.

No presente caso, convém verificar a situação patrimonial do Credor. O Credor não possui casa própria, mora de aluguel, uma vez que alienou todo o seu patrimônio no sonho de um empreendimento – abrir sua empresa. A empresa conta com apenas um empregado. Teve o Credor, pedreiro de profissão, que constituir empresa de modo a facilitar sua contratação, a fim de não configurar qualquer relação de emprego. De automóvel, possui uma Kombi, onde transporta os materiais. A empresa funciona nos fundos de sua residência, onde guarda suas ferramentas. Para a realização do serviço para Devedor, Credor utilizou-se de seu crédito junto às lojas de materiais de construção da cidade, contraindo em seu nome obrigações que montavam à época 10 mil reais. Como evidentemente sem crédito não tem as mínimas condições de trabalhar, Credor tem honrado os pagamentos de forma parcelada, com o total acrescido dos juros que elevam os 10 mil reais para 14 mil reais ao final dos pagamentos. Todo o lucro que obteria por um mês de serviços para Devedor já foi consumido nos juros do parcelamento do material de construção. Credor possui família, também com dois filhos, os quais esforça-se para conferir educação sem que precisem trabalhar em idade escolar. Os filhos estudam em escola pública. Sua esposa executa serviços domésticos e ainda contribui com serviços de limpeza que executa em outras residências.

De outro lado, Devedor possui como único bem a residência própria. A morada é de bom padrão, com 500 metros quadrados. Nela vive com sua esposa, que trabalha fora, auferindo renda de 5 mil reais mensais. Possuem dois filhos que estudam em escolas privadas. Devedor já desfrutou de boa posição econômica na

---

<sup>11</sup> BARCELOS. *Alguns parâmetros...* p.92.

<sup>12</sup> Todavia, parece que a fundamentação supra é a mais eufêmica, sendo a correta leitura dos motivos que levam à instituição de tal norma um agudo caráter patrimonialista que inspirou a criação da norma, principalmente aos falidos e aos devedores fiscais. Tal questão, no entanto, não vem ao caso. Adota-se a finalidade mais romântica porquanto mais benéfica ao devedor.

cidade. Sua empresa, todavia, faliu, deixando débitos fiscais de mais de 800 mil reais. Assim, foi salvo seu único bem das execuções pela aplicação do artigo 649 do CPC. Por essa razão não possui automóvel e é casado no regime de separação total de bens. Sua esposa, todavia, possui um bom automóvel, assim como o filho mais velho do casal. Devedor trabalha na firma de seu irmão, na qual auferе rendimentos de 8 mil reais mensais. Todo o valor é sacado pontualmente no dia 5 de cada mês, sendo zerada a conta. Viaja todo o ano. Não possui aplicações e, além dos 800 mil ao Fisco e os 20 mil a Credor, também não tem outros débitos.

Analisando a situação das partes envolvidas no processo, ficam evidentes algumas questões:

- a) a regra do artigo 649 do CPC, numa análise abstrata, é válida;
- b) incidindo sobre o caso concreto verifica-se que a incidência da regra irá permitir que um credor tenha frustrada a sua pretensão executiva em nome da defesa de garantias patrimoniais do devedor;
- c) no caso concreto também o dano causado pela aplicação da regra de proteção do devedor causará no credor forte abalo financeiro e moral, comprometendo graves aspectos de sua vida profissional e pessoal;
- d) os danos sociais e econômicos que serão gerados ao credor com a aplicação da norma são inegavelmente maiores que os causados ao devedor;
- e) a situação narrada tem características peculiares que diferem da regra geral;
- f) por uma análise do caso concreto pode-se verificar a presença de uma situação de injustiça manifesta, que não causa dúvidas no intérprete ou em qualquer leigo sobre a inconveniência moral de proteção de um devedor que se encontra patrimonialmente em situação evidente de supremacia sobre seu credor.

Deve, então, ser aplicada a regra que protege o patrimônio do Devedor?

## INSERINDO ELEMENTOS DE EQÜIDADE E JUSTIÇA NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Não obstante a dificuldade filosófica da definição de justo ou de injusto, é fato que em uma grande leva de relações deparam-se os operadores do direito com

---

<sup>13</sup> A essa forma de interpretação com o afastamento de uma regra inválida chama Humberto Ávila de *interpretação dentro do razoável*, consistindo numa interpretação feita dentro de um senso comum. Segundo ao autor, referindo-se a casos difíceis como o tratado aqui, em alguns casos "a consequência estabelecida *prima facie* pela norma pode deixar de ser aplicada em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador mediante condizente fundamentação, como superiores àquelas que justificam a própria regra. Ou se examina a razão que fundamenta a própria regra (*rule's purpose*) para compreender, restringindo ou ampliando, o conteúdo de sentido da hipótese normativa, ou se recorre a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela regra (*overruling*). Essas considerações bastam para demonstrar que não é adequado afirmar que as regras 'possuem' um modo absoluto 'tudo ou nada' de aplicação. Também as normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais. A consideração de circunstâncias concretas e individuais não diz respeito à estrutura das normas, mas à sua aplicação; tanto os princípios como as regras podem envolver a consideração de aspectos específico, abstratamente desconsiderados." In: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.38-39.

casos de flagrante injustiça onde a solução injusta é a expressa na regra, bem como outros casos de absoluta justiça, onde o comando normativo é para que se desfaça a justiça. Longe do problema da definição, se é verdade que alguns casos encontram-se numa zona gris, onde a divisão do justo e do injusto é quase imperceptível, outros casos há em que a justiça é pintada em cores evidentes e a injustiça fosforece<sup>13</sup>.

Nestes casos, então, onde: a) a injustiça do produto da aplicação da regra é evidente e, b) o caso concreto traz elementos próprios que o diferenciam do geral; estar-se-á diante de um caso difícil.

CrITÉRIOS de equidade e justiça, assim como a violação dos núcleos dos princípios constitucionais, podem, sim, levar ao afastamento da regra por inconstitucionalidade em relação ao caso concreto. Como já mencionava Aristóteles:

A razão é que toda lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nestes casos, então, em que é necessário estabelecer regras gerais, mas não é possível fazê-lo completamente, a lei leva em consideração a maioria dos casos, embora não ignore a possibilidade de falha decorrente desta circunstância e nem por isto a lei é menos correta, pois a falha não é da lei nem do legislador, e sim da natureza do caso particular, pois a natureza da conduta é essencialmente irregular. Quando a lei estabelece uma regra geral, então é correto, onde o legislador é omissor e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão, dizendo que o próprio legislador diria se estivesse presente, e o que teria incluído em sua lei se houvesse previsto o caso em questão. Por isto o equitativo é justo, e melhor que uma simples espécie de justiça, embora não seja melhor que a justiça irrestrita (mas é melhor que o erro oriundo da natureza irrestrita dos ditames). Então, o equitativo é, por sua natureza, uma correção da lei onde esta é omissa devido à sua generalidade. De fato, a lei não prevê todas as situações porque é impossível estabelecer uma lei a propósito de algumas delas, de tal forma que às vezes se torna necessário recorrer a um decreto. Com efeito, quando uma situação é indefinida a regra também tem de ser indefinida, como acontece com a régua de chumbo usada pelos construtores em Lesbos; a régua se adapta à forma de pedra e não é rígida, e o decreto se adapta aos fatos de maneira idêntica.

Agora podemos ver claramente a natureza do equitativo, e perceber que ele é justo e melhor que uma simples espécie de justiça. É igualmente óbvio, diante disto, que o vem a ser uma pessoa equitativa: quem escolhe e pratica atos equitativos e não se atém intransigentemente aos seus direitos, mas se contenta com receber menos do que lhe caberia, embora a lei esteja do seu lado, é uma pessoa equitativa, e esta disposição é a equidade, que é uma espécie de justiça e não uma disposição de alma diferente.<sup>14</sup>

Nessa mesma linha, a brilhante crítica de Barroso<sup>15</sup> no sentido de que o positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Isso, no âmbito jurídico, resultou numa crença de que se poderia prever

<sup>14</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*, Livro V. In: Os pensadores, 1996, p. 212-213, *apud* BARCELOS. *Alguns parâmetros...* p. 102-103.

<sup>15</sup> BARROSO, *O Começo da História...* p. 290.

todos os casos possíveis, bem como a de que todos os casos submetidos à regra merecem a mesma solução. Tal pretensão, contudo, revelou-se equivocada.

## **CONTROLE NO CASO CONCRETO – CONSTITUCIONALIDADE NO CASO CONCRETO OU AFASTAMENTO DA REGRA POR PROCESSO DE EXCEÇÃO**

Continuando no controle da constitucionalidade do caso concreto tem-se, então, a possibilidade de uma regra perfeitamente válida em abstrato, ao incidir sobre determinada situação fática, gerar efeitos totalmente indesejáveis<sup>16</sup>, porquanto a hipótese particular é substancialmente diversa das situações-tipo para as quais a regra foi planejada.

Conforme ensina Luís Roberto Barroso “há situações em que uma regra, perfeitamente válida em abstrato, poderá gerar uma inconstitucionalidade ao incidir em determinado ambiente ou, ainda, há hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar”<sup>17</sup>.

Portanto, não é necessário que a regra seja conflitante com o núcleo de algum princípio para que seja afastada por inconstitucional. Uma regra poderá não ser aplicada nos casos em que a sua aplicação concreta confrontar o próprio fundamento para o qual foi criada ou violar critérios de justiça e equidade. A diferença está na forma como se trata esta norma no seu processo de aplicação, ou melhor, de não aplicação. No primeiro caso, quando contraria o núcleo de um princípio constitucional esta regra perderá o seu pressuposto de validade (através do controle do caso concreto). Nos casos seguintes, o intérprete caracterizará o caso como exceção, simplesmente deixando de aplicá-la ao caso concreto “em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador mediante condizente fundamentação, como superiores àquelas que justificam a própria regra”<sup>18</sup>.

Voltando ao caso objeto - de Credor e Devedor, várias soluções se fazem possíveis ao intérprete que aprecia pedido de penhora da residência de Devedor pelo advogado de Credor no processo de execução.

A primeira e mais comum consiste em negar a penhora em razão de previsão expressa do artigo 649 do CPC. Outras, todavia, são possíveis. Poderia o intérprete, por exemplo, considerar que, diante da peculiaridade do caso concreto, inaplicável se faz o artigo 649 do CPC. Neste caso, é possível vislumbrar duas alternativas argumentativas que, em absoluto são excludentes uma da outra. Poderia o intérprete afastar a aplicabilidade do artigo 649 do CPC ante a sua inconstitucionalidade frente ao artigo 1º, IV, da Constituição Federal que eleva o valor social do trabalho como fundamento da República. Embora abstratamente constitucional, argumentaria o intérprete, a aplicação da regra de impenhorabilidade ao caso concreto, desconsiderou

---

<sup>16</sup> Indesejáveis no sentido de que o padrão de decisão que produz traz consigo consequências e valores repudiadas como padrão objetivo de justiça.

<sup>17</sup> BARROSO, op. cit., p. 297.

<sup>18</sup> Conforme lição de Humberto Ávila constante da nota 12.

o trabalho honesto e digno executado pelo Credor. Ainda, a aplicação da regra para legitimar escusa executória inviabiliza o próprio futuro do negócio de Credor. Neste caso, não poderia o Estado-juiz contrariar os próprios fundamentos da República em nome da defesa de interesses patrimoniais de Devedor. A regra de impenhorabilidade, pelas conseqüências de sua incidência no caso concreto, causou conseqüências tais que ofendeu o núcleo de princípio constitucional, de maneira que este não mais pode ceder. Perdeu, portanto, seu substrato de validade.

Outra possibilidade ao intérprete seria considerar que a regra de impenhorabilidade tem por finalidade evitar um dano social maior ao já combatido Devedor, protegendo a sua dignidade e de sua família, bem como seu direito à moradia. Todavia, sua incidência no caso concreto irá certamente afetar a dignidade do Credor, de seu empregado, de sua família, assim como o direito à moradia de todos eles. A evidente possibilidade financeira do Devedor permite que ele tranqüilamente pague a dívida e, se assim não quiser, alugue imóvel se sua residência for vendida judicialmente. Dessa forma, a aplicação da regra de impenhorabilidade *confrontaria a sua própria finalidade*. Assim, julgando ser caso de exceção, o intérprete deixa de aplicá-la.

Em uma terceira hipótese de não aplicação o intérprete poderia fundamentar sua decisão na injustiça gerada pela subsunção simples. Poderá alegar que é evidente o abuso de direito de Devedor, que há limites ao individualismo, e que o direito não pode compactuar com a ruína de um trabalhador honesto e diligente para sustentar verdadeiro calote embasado em norma processual. Reconhece o caso como de exceção e afasta a regra de impenhorabilidade.

Nos casos de afastamento da regra de impenhorabilidade por ofensa à sua própria finalidade ou por violação a critérios de justiça e equidade, nada mais se está fazendo que um processo de ponderação. Ponderam-se as razões de aplicação incondicional da regra (segurança jurídica, por exemplo) com as razões de sua não aplicação (justiça, equidade, coerência)<sup>19</sup>. Disso resta evidente que também as regras podem ser ponderadas, não sendo este um processo exclusivo dos princípios. Conforme Humberto Ávila “a ponderação diz respeito tanto a princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui caráter provisório e poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto”.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> “Isso significa – para o que aqui interessa – que é preciso ponderar a razão geradora da regra com as razões substanciais para seu não-cumprimento, diante de determinadas circunstâncias, com base na finalidade da própria regra ou em outros princípios. Para fazê-lo, porém, é preciso fundamentação que possa superar a importância das razões de autoridade que suportam o cumprimento incondicional da regra. Enfim, o traço distintivo das regras não é o modo absoluto de seu cumprimento. Seu traço distintivo é o modo como podem deixar de ser aplicadas integralmente – o que é algo diverso.” (ÁVILA, op. cit. p. 66). Veja-se que a diferença na ponderação das regras e dos princípios e que estes não passam por esta etapa – ponderação de razão de sua aplicação ou não-aplicação.

<sup>20</sup> ÁVILA, op. cit., p. 50.

## OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COM PREFERÊNCIA SOBRE AS DEMAIS NORMAS – PARÂMETRO SEGUNDO

O que se coloca no presente caso é a necessidade de consideração dos direitos fundamentais como normas de maior importância na conformação do caso concreto, ante o afastamento ou não da regra que sobre ele incidia abstratamente ou mesmo na decisão sobre a constitucionalidade desta regra no caso concreto – que ocorre dentro de um processo de ponderação de aplicabilidade ou não da regra ou de princípios. Em suma, a tutela da dignidade humana deve ceder menos.

### O ABSURDO NÃO É TÃO ABSURDO

Preocupados com o espanto que tais parâmetros de interpretação pode causar àqueles ainda não familiarizados com tal modo de interpretação constitucional, pode-se dizer que os precedentes envolvendo tal forma de interpretação possuem considerável número nos Tribunais. Todavia, infelizmente, talvez apenas a minoria deles mencione a lógica interpretativa utilizada. Outros talvez nem tenham consciência de ter utilizado lógica interpretativa, tendo cometido uma arbitrariedade, uma subversão que culminou em útil avanço a uma interpretação constitucional pós-positiva. É evidente que este é um cuidado essencial ao afastamento da regra no caso concreto: que esta seja feita dentro de criteriosa análise argumentativa, obedecendo todos os passos ao seu afastamento ou ao controle da constitucionalidade do caso concreto. Exemplos há de uma correta interpretação constitucional, pelo que se passa a apresentar alguns.

A legislação tributária federal estabeleceu programa de pagamento de débitos tributários de forma simplificada a empresas de pequeno porte. Uma das condições para assim ser considerada é que a empresa não importasse produtos estrangeiros. Ocorre que pequena fábrica produtora de sofás acabou por ser excluída do programa por ter importado produto estrangeiro. O produto da importação, todavia, foram 4 pés de sofá, uma única vez. No julgamento do caso, o 2º Conselho de Contribuintes acabou anulando a decisão que excluía a empresa por irrazoável, na medida em que a interpretação deve ser “em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceito pela lei”.<sup>21</sup>

No julgamento do HC 12.547, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar acabou por afastar a determinação da prisão do devedor em razão das particularidades do caso concreto. O devedor, indivíduo de 60 anos, teve o seu táxi furtado e não teve como restituí-lo ao credor fiduciário. Outrossim, não possuía renda ou bens suficientes para quitar o débito. O relator supramencionado realizou detalhada análise da situação fática, listando as disposições constitucionais incidentes sobre o caso após a subsunção

<sup>21</sup> Exemplo extraído do livro *Teoria dos Princípios*, de Humberto Ávila, op. cit. p. 38, referente ao processo 13003.000021/99-14, sessão de 18.10.2000, da 2ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes

da norma que determinava a prisão do devedor. Concluiu o relator no sentido de que a decisão que decretou a prisão pela aplicação da norma “fere o princípio da dignidade da pessoa humana, dá validade a uma relação negocial sem nenhuma equivalência”. Adiante, concluiu que “Daí a necessidade da ponderação dos valores em colisão com o caso particular dos autos, o que, penso, deve ser resolvido com a limitação dos direitos do credor, que pouco perde, ou nada perde, porquanto não se lhe nega o direito de cobrar o ilícito, em comparação com a perda que decorreria da execução da ordem de prisão por quatro meses, só por si infamante, agravada pelas condições subumanas de nossos presídios”.<sup>22</sup>

Por último, talvez o mais célebre caso seja o do afastamento da regra de presunção de violência no caso do estupro, onde o STF, no julgamento do HC 73.662 – Minas Gerais, quando a vítima era menor de 14 anos, em razão das particularidades do caso concreto. Neste caso específico, porque reconhecido pelos Ministros que a vítima possuía compleição física e mental que poderiam afastar daquelas meninas às quais o legislador buscou uma proteção mais forte, pelo fato de que o autor já estava até mesmo casado, não possuía quaisquer outros registros criminais, e pelo convencimento de que a condenação do paciente seria injusta, foi afastada a regra tão-somente para o caso concreto, como expressamente destacado por alguns Ministros. Conforme o Ministro Marco Aurélio, relator do acórdão “A presunção não é absoluta, cedendo às peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes como reconhecido no depoimento e era de conhecimento público”. Aqui, não houve qualquer alegação de inconstitucionalidade no caso concreto, mas mero afastamento da incidência da regra abstratamente válida em razão do caso concreto constituir exceção<sup>23</sup>.

## CONCLUSÃO

Conforme o exposto, pode-se concluir que, em razão da crise do método positivo clássico, surge no cenário jurídico uma nova interpretação que agrega à lei os fundamentos constitucionais sobre os quais têm assentado seus critérios de validade. Outrossim, ao processo de interpretação surgiu a necessidade de agregar questões valorativas, uma vez que houve acordo sobre a incapacidade do legislador de prever excepcionalidades nos casos regulados pela norma. Nesse processo, cresce de importância a função regulatória de regras e princípios, aos quais é agregada uma nova forma de interpretação, que tem por finalidade estabelecer critérios seguros, fundados na argumentação, na lógica e na função axiológica das normas.

---

<sup>22</sup> Exemplo extraído do artigo de Ana Paula Barcelos, já citado, p. 113-116, onde é bem melhor detalhado e cuja consulta é sugerida.

<sup>23</sup> Exemplo extraído do artigo de Ana Paula Barcelos, já citado, p. 92-100, onde o julgamento é competetemente relatado de forma didática e bem elaborada. A consulta é sugerida.

Dentro desse novo cenário é possível a ponderação sobre a aplicação de determinadas regras em razão do resultado de sua aplicação ao caso concreto. Outrossim, o controle da validade das normas, através da sua constitucionalidade, também passa a ser realizado após a subsunção da norma ao fato, e não mais apenas no plano abstrato.

Isso tem possibilitado agregar ao processo interpretativo critérios de justiça e equidade. Dentre a infinidade de casos em que podem ser relativizadas regras está inclusa a regra de impenhorabilidade prevista no artigo 649 do CPC. Se tal regra que visa proteger determinados interesses patrimoniais acabar por violar outros dispositivos, a sua própria finalidade ou mesmo critérios de justiça e equidade, poderá ser decretada a inconstitucionalidade de seus efeitos concretos ou mesmo ser afastada a sua aplicação em razão de peculiaridades do caso concreto. A situação das partes, portanto, passa a ser agregada ao processo interpretativo, sendo considerada na incidência da norma e no seu processo de aplicação.

Não é, portanto, absoluta a aplicabilidade do artigo 649 do CPC, ainda que esta seja a regra aplicada à generalidade dos casos e que pacífica sua constitucionalidade em abstrato.

## BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELOS, Ana Paula. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: \_\_\_\_\_ (org.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

# DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: a procura da maior proteção ao ser humano

Fabiana Azevedo da Cunha<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

A expressão direitos humanos está em evidência no cenário internacional, em contrapartida, no âmbito interno, toda interpretação constitucional deve buscar conferir a máxima eficácia aos direitos fundamentais que integram seu catálogo, os quais constituem valores superiores de toda ordem constitucional. Daí a importância do tema, isto é, verificar os pontos de aproximação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais - para os que aceitam tal distinção terminológica - e compreender a importância da proteção interna e internacional dos direitos humanos, com caráter de complementaridade e com o escopo de oferecer maior garantia aos direitos humanos.

Assim, será demonstrada a interdependência entre os direitos humanos e fundamentais, apresentar-se-á o posicionamento do Supremo Tribunal Federal na matéria, que ainda parece estar calcado no paradigma da soberania externa na primeira metade do século XX, deixando de conferir *status* constitucional as normas veiculadas em tratados internacionais de direitos humanos incorporadas ao direito interno, ao arripio do disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988. Ao problema suscitado, após fazer adesão à corrente doutrinária que dá aos direitos humanos consagrados em tratados internacionais *status* de direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, admitindo-se todas as conseqüências decorrentes da referida posição, adota-se posição no sentido de que, em havendo colisão de direitos fundamentais com direitos humanos decorrentes de tratados internacionais com *status* de direito fundamental, a solução mais adequada será aquela que ofereça maior proteção ao ser humano ou, melhor dizendo, à proteção da dignidade humana.

Enfim, a pesquisa encaminha-se para a análise dos sistemas de proteção internacional dos direitos humanos, ressaltando-se a importância da interação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional com vistas a sua proteção, a ponto de alguns doutrinadores referirem o surgimento do Direito Constitucional Internacional, com ênfase no valor da pessoa humana como tal, sendo a soberania externa do Estado limitada à norma fundamental de tutela dos direitos humanos.

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado, Especialista em Direito Tributário, Mestranda em Direito na PUC/RS.

## 2 DIREITOS HUMANOS

A análise dos pontos de aproximação dos direitos humanos com os direitos fundamentais, pressupõe, embora não haja consenso quanto à justificação dos direitos humanos, o mesmo ocorrendo em relação a melhor terminologia para identificá-los e a sua definição, que se busque minimamente estabelecer os conceitos nos quais o estudo estará embasado. Delimitados os conceitos, será possível demonstrar a importância dos momentos históricos dos direitos humanos em sua aproximação com os direitos fundamentais e vice-versa, para que, então, possa-se partir para análise dos sistemas de proteção dos direitos humanos que, efetivamente, complementam os sistemas internacionais de garantia interna aos direitos fundamentais, com vistas à proteção da pessoa humana em sua plenitude.

### 2.1 Direitos humanos e direitos fundamentais: divergências terminológicas

Para grande parte da doutrina, direitos humanos<sup>1</sup> é um termo utilizado nos documentos de direito internacional, referindo-se a posições jurídicas concedidas ao ser humano, independentemente de seu vínculo a determinado ordenamento jurídico nacional, ou seja, aqueles direitos positivados na esfera do direito internacional. Direitos fundamentais, por sua vez, são os direitos do ser humano reconhecidos e protegidos pelo direito constitucional de cada Estado.<sup>2</sup> Ou seja, trata-se da proteção outorgada no plano interno, sendo vigentes em uma determinada ordem jurídica.<sup>3</sup>

Entretanto, nem sempre tais termos são usados com a referida precisão. Nesse sentido, Antonio E. Pérez Luño, adverte que inclusive nos textos normativos deixa-se de encontrar correspondência a essa diferenciação, citando, como exemplo, a Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950, que, considerando seu enunciado, deveria trazer em seu texto a diferenciação entre as duas categorias, mas que, ao contrário, não traz nenhum critério válido que permita distinguir ambas expressões<sup>4</sup>. Há autores, ainda, como

---

<sup>1</sup> Jorge Miranda rechaça a expressão direitos humanos, preferindo direitos do homem, dizendo que a primeira expressão trata-se de anglicismo sem a sedimentação de 200 anos da segunda e ainda porque direitos humanos pode inculcar direitos inerentes à humanidade ou ao gênero humano, sem pertinência a cada pessoa concreta, cujos direitos poderiam, assim, não ser respeitados, não se restringindo, ademais, a expressão direitos do homem apenas aos homens, mas também às mulheres (in MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 53). Embora a eminência do jurista e o respeito a sua posição, certo é, todavia, que a expressão direitos humanos encontra-se atualmente consagrada, tanto na doutrina nacional e internacional sobre o tema, quanto nos textos normativos inclusive de tratados internacionais, sem que haja sua limitação ao gênero humano em sua totalidade, mas considerando-se as pessoas humanas individualmente como beneficiárias dos direitos positivados em textos normativos internacionais.

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 33. O autor também diferencia os termos direitos humanos e direitos fundamentais de direitos do homem, estando esse último, na concepção do autor, ligado ao jusnaturalismo, consistindo em direitos naturais ainda não positivados.

<sup>3</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 359.

<sup>4</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 31.

Gregorio Peces-Barba, que optam pela utilização de ambos os termos indistintamente<sup>5</sup>.

Uma vez que os direitos fundamentais consistem no catálogo positivado de direitos humanos em certa ordem jurídica, pode acontecer de haver identidade entre os direitos, assim como pode ocorrer que o catálogo constitucional seja maior ou menor que o rol de direitos assegurados através de tratados internacionais.<sup>6</sup>

Assim, na Constituição Federal de 1988, a expressão direitos humanos aparece no art. 4º, inc. II, que dispõe sobre os princípios que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil. Já direitos e garantias fundamentais consiste no nome dado ao Título II de nossa Carta Magna, embora tais direitos não se limitam a essa parte do texto constitucional.

## 2.2 Breve histórico

As primeiras formulações históricas dos direitos humanos têm relação com o trânsito para a modernidade, relacionando-se com a ruptura da unidade religiosa, a necessidade de freios ao exercício de um poder estatal absoluto, com o pensamento humanista, com a transferência do poder econômico para os burgueses. Circunstâncias históricas estas que fazem surgir nos homens que vivem nas sociedades, a partir do século XVI, anseios pela liberdade de consciência, de pensamento, de opinião, bem como pela asseguaração de direitos de participação política, de garantias processuais e de proteção à propriedade<sup>7</sup>.

Com a modernidade e, por conseguinte, na afirmação de que existem direitos naturais que pertencem ao indivíduo e precedem a formação de qualquer sociedade, os direitos humanos encontram-se sua raiz<sup>8</sup>. Tem-se a alteração da ênfase da relação política, não mais predominantemente no ângulo do soberano e sim do cidadão, priorizando-se os direitos do cidadão e não mais os deveres do súdito. Assim, surge o direito do indivíduo de gozar de algumas liberdades ditas fundamentais, porque naturais, isto é, porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem do beneplácito do soberano<sup>9</sup>.

Dessa forma, os direitos humanos começam a se desenvolver, no século XVIII, por meio dos direitos civis e políticos, atendendo aos interesses dos burgueses, evoluem, no século XIX, com os movimentos sociais, destacando outros direitos como o direito à liberdade sindical, à saúde, à seguridade social, à educação, a condições dignas de trabalho, sendo consagrados no século XX<sup>10</sup>, após a 1ª e a 2ª

<sup>5</sup> PECES-BARBA, Gregorio. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Madrid: EUDEMA, 1988. p. 227-264.

<sup>6</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62.

<sup>7</sup> PECES-BARBA, op. cit., p. 238-241.

<sup>8</sup> LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 4ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 125.

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 3-4.

<sup>10</sup> MELLO, Celso Albuquerque. A proteção dos direitos humanos sociais nas nações unidas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 216-217.

Guerra Mundial.

Historicamente, pode-se distinguir, no mínimo, dois processos na evolução dos direitos humanos, quais sejam: de positivação e de internacionalização.

### 2.2.1 Positivação

O nascimento dos governos constitucionais, em que presente a limitação do poder por força da observância ao princípio da legalidade, coincidiu com a positivação dos direitos humanos “em declarações de direitos através das emancipações nacionais e dos governos constitucionais delas derivados. Desta coincidência deriva a conjunção dos direitos humanos com a soberania nacional, consoante o modelo da Revolução Francesa”<sup>11</sup>. Reserva-se, ao poder constituinte, como titular da soberania popular, o privilégio de fixar os direitos básicos da convivência social, tanto mediante sua inserção no preâmbulo das constituições, quanto em seu texto articulado ou, ainda, em declarações específicas de tais direitos<sup>12</sup>.

De certa forma, pode-se dizer que o processo de positivação iniciou com a Declaração de Virgínia de 1776<sup>13</sup>. Igualmente, a partir da Declaração Francesa de 1789<sup>14</sup>, reconheceu-se, em seu artigo 16, que não tem Constituição a sociedade na qual a garantia dos direitos não esteja assegurada e nem a separação de poderes estabelecida, solidificando-se a posição de que os direitos humanos apenas aperfeiçoam-se e completam-se quando se reconhecem no direito positivo e, já antes dos séculos XIX e XX, isto é, ainda nos séculos XVI e XVII, verifica-se a incorporação dos direitos humanos ao direito positivo, por exemplo, na Grã-Bretanha, com a *Petition of Rights* (1628), com a *Habeas Corpus Amendement Act* (1679) e com a *Bill of Rights* (1688). Nos séculos XIX e XX, o processo de positivação será complementado com a proteção judicial dos direitos fundamentais<sup>15</sup>.

A positivação dos direitos humanos consiste na passagem da teoria à prática, isto é, instituiu-se um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, a partir de teorias filosóficas que afirmavam os direitos humanos como expressão de um pensamento individual<sup>16</sup>.

Registre-se, ainda, que Gregorio Peces-Barba, assinala, após o processo de positivação e antes do de internacionalização, um processo de generalização dos direitos humanos, caracterizado como um movimento para converter em reais os princípios liberais de 1789 de igualdade natural na titularidade dos direitos por todos

---

<sup>11</sup> LAFER, op. cit., p. 137.

<sup>12</sup> PÉREZ LUÑO. *Derechos Humanos...* p. 65.

<sup>13</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 11.

<sup>14</sup> Importante assinalar que, segundo Eduardo García de Enterría, a Declaração de Direitos de 1789, tardou quase dois séculos para alcançar valor supralegal, o que ocorreu em 1971, quando o Conselho Constitucional Francês, a incluiu no “bloco de constitucionalidade” da Constituição da V República, através da menção no preâmbulo da Constituição de 1946, remetido, por sua vez, pelo preâmbulo da Constituição de 1958. (in ENTERRIA, Eduardo García. *Problemas del derecho público al comienzo de siglo*. Conferências en Argentina. Civitas)

<sup>15</sup> PECES-BARBA, op. cit., p. 248.

<sup>16</sup> BOBBIO. *A era...* p. 28-29.

os homens. Nesse processo, segundo o autor, contribuíram tanto o liberalismo, quanto o socialismo, na medida em que os partidários deste deram-se conta de que o sistema representativo e os direitos humanos não são instituições essencialmente burguesas. Assim, como consequência da igualdade real no desfrute dos direitos humanos, com o sufrágio efetivamente universal, dentre outras conquistas, serão eleitos representantes do movimento operário nos parlamentos, superando-se a desconfiança liberal nos direitos humanos. Dessa forma, integrando-se liberdade e igualdade, ressalta o papel das instituições democráticas de origem liberal na expansão dos direitos humanos.<sup>17</sup>

### 2.2.2 Internacionalização

O processo de internacionalização dos direitos do homem é impulsionado pelos horrores vividos pela população mundial no período da 2ª Guerra Mundial, clamando a humanidade por impor limites ao agir não só dos Estados em relação aos seus cidadãos, mas à ação de qualquer Estado contra qualquer ser humano. Em realidade, a busca na internacionalização dos direitos humanos é uma busca por sistemas eficazes de proteção desses direitos e importa na revisão do conceito clássico de soberania estatal, como poder absoluto e de última instância, bem como na conversão da pessoa individual em espécie de sujeito de Direito Internacional<sup>18</sup>, na medida em que poderá, ela própria, em alguns sistemas internacionais de proteção, demandar individualmente contra Estados pretensamente violadores de direitos humanos.

Assim, no século XX, verifica-se a internacionalização dos direitos humanos, diante da constatação de que eles só seriam efetivamente garantidos com sua afirmação e proteção também no plano internacional<sup>19</sup>.

A internacionalização dos direitos humanos tem como marco a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada por 48 Estados, em 10 de dezembro de 1948, na Assembléia Geral das Nações Unidas, reunida em Paris. Nas palavras de Norberto Bobbio:

Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> PECES-BARBA. *Escritos...* p. 249-259.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 260.

<sup>19</sup> MELLO. *A proteção...* p. 218.

<sup>20</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p. 30.

É nesse cenário, posterior às grandes guerras mundiais, período no qual os pronunciamentos internacionais destacavam a importância do reconhecimento internacional dos direitos humanos como condição essencial para a paz e o progresso internacionais<sup>21</sup>, que surge, segundo Flávia Piovesan, a concepção contemporânea de direitos humanos, reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, na qual se reconhece a relação de interdependência entre a democracia, o desenvolvimento e os direitos humanos. Concepção esta modelada num sentido de reconstrução dos direitos humanos, como “paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea”<sup>22</sup>.

Nessa concepção contemporânea de direitos humanos, destacam-se as características de indivisibilidade e de universalidade<sup>23</sup>, além da supranacionalidade<sup>24</sup>. Indivisíveis, na medida em que “a violação aos direitos econômicos, sociais e culturais propicia a violação aos direitos civis e políticos”<sup>25</sup> e vice-versa, sendo, portanto, os direitos humanos interdependentes. Universais, “tendo em vista a unidade do gênero humano”<sup>26</sup> e a necessidade de garantir a todos os seres humanos a proteção a tais direitos exatamente por pertencerem a humanidade.

Entretanto, necessário salientar que o processo de internacionalização dos direitos humanos, conforme será visto no decorrer do presente estudo, não significa uma ruptura com a organização e a proteção em nível nacional dos direitos fundamentais, mas sim uma prolongação dessa proteção<sup>27</sup>. O processo de constitucionalização dos direitos fundamentais teve relevante papel, concretizando ideais jusnaturalistas, e dotando-os de significação jurídico-positiva. Por sua vez, o processo de internacionalização dos direitos humanos decorreu da necessidade, verificada em acontecimentos históricos, de resguardar tais direitos também numa esfera superior à jurisdição interna de cada Estado<sup>28</sup>.

### 2.2.3 Fundamentação e definição dos direitos humanos

O tema pertinente à fundamentação dos direitos humanos é daqueles longe de pacificação de posições em termos doutrinários. Aliás, discorrendo sobre o tema, Pérez Luño, para ilustrar a dificuldade na produção de um consenso, refere depoimento de Jacques Maritain, em uma reunião de uma Comissão nacional da Unesco, em que se discutia acerca dos direitos do homem, na qual havia acordo sobre a formulação de uma lista de direitos, decorrentes de ideologias diametralmente opostas, mas a condição para a existência do acordo era que não se perguntasse o

<sup>21</sup> PÉREZ LUÑO. *Derechos Humanos...* p. 127.

<sup>22</sup> PIOVESAN, Flávia. Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 235.

<sup>23</sup> MELLO. *A proteção...* p. 221-223. PIOVESAN. *Proteção...* p. 236.

<sup>24</sup> PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 129.

<sup>25</sup> PIOVESAN, op. cit., p. 260.

<sup>26</sup> MELLO, op. cit., p. 222.

<sup>27</sup> PECES-BARBA. *Escritos...* p. 260.

<sup>28</sup> PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 129.

porquê das formulações<sup>29</sup>.

Embora a idéia dos direitos humanos tenha adquirido relevo no discurso internacional, coexiste com o destaque aos direitos humanos “um certo ceticismo real, em círculos criticamente exigentes, quanto à profundidade e coerência dessa abordagem. Suspeita-se que exista uma certa ingenuidade em toda a estrutura conceitual que fundamenta a oratória sobre direitos humanos”<sup>30</sup>, no dizer de Amartya Sen.

Há os que defendem uma fundamentação histórica dos direitos humanos, isto é, são os direitos humanos históricos, ou seja, “nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”<sup>31</sup>. Norberto Bobbio, que segue a corrente historicista, refuta qualquer fundamento absoluto, pois a ilusão de um fundamento absoluto, segundo o autor, tanto foi obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis entre si (referindo-se ao fundamento absoluto da propriedade em certa época), quanto pode servir de pretexto para defender posições conservadoras, não contribuindo para que se alcance a máxima eficácia dos direitos do homem, sendo o problema fundamental em relação aos direitos do homem, não tanto justificá-los, mas protegê-los<sup>32</sup>. Por sua vez, as críticas ao conceito histórico prendem-se a circunstâncias de que as necessidades humanas são ahistóricas e permanentes.

De outra banda, há autores que buscam uma fundamentação jusnaturalista aos direitos humanos, em favor da qual milita o dado histórico de que os direitos humanos nasceram no âmbito do jusnaturalismo moderno<sup>33</sup>. O jusnaturalismo pretende situar o fundamento dos direitos humanos no direito natural, deduzido de uma natureza humana supostamente universal e imutável, independente de qualquer contingência histórica ou cultural<sup>34</sup>.

Nesse sentido, pode-se dizer que o conceito de direitos humanos, para Carlos I. Massini Correas, a seguir enunciado, coincide com uma fundamentação jusnaturalista desses direitos:

derechos humanos son todos aquellos derechos subjetivos cuyo título radica en la personeidad de su sujeto, o en algunas de las dimensiones básicas del desenvolvimiento de esa personeidad y de los que se es titular los reconozca o no el ordenamiento jurídico positivo y aun cuando éste los niegue. Esta afirmación supone [...] la existencia de ciertos derechos “anteriores” a lo preceptuado por el ordenamiento normativo positivo y que esa “anterioridad” está fundada – o tiene su título – en

---

<sup>29</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>30</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 261.

<sup>31</sup> BOBBIO. *A era...* p. 5.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 22-24.

<sup>33</sup> CORREAS, Carlos I. Massini. *Filosofia del Derecho*. El Derecho y los Derechos Humanos. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 90.

<sup>34</sup> PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 177.

una determinación propia de los entes humanos: la personabilidad, que los hace sujetos de esos derechos<sup>35</sup>.

Os direitos existem e são titulados pelos homens independentemente de seu reconhecimento ou não pelo direito positivo.

À fundamentação dos direitos humanos, que se baseia em valores suprapositivos comuns à humanidade, apresenta-se crítica de temor de possa servir de embasamento à “ocidentalização” do mundo, ameaçando-se valores tradicionais e costumes culturais nativos, os quais nem sempre deixam de valorizar a liberdade, como se diz correntemente no discurso governamental, mesmo porque também nas culturas ocidentais são encontrados casos de violações da tolerância, como ocorre com a “opressão vitimadora do Talibã no Oriente”<sup>36</sup>. Dessa forma, o tema realmente merece atenção especial e não pode ser objeto de eleição de quaisquer valores suprapositivos que não sejam efetivamente universais, tendo-se presente o multiculturalismo mundial.

Todavia, por outro lado, à rejeição da fundamentação jusnaturalista apresentada pode-se argumentar que se assenta em uma falácia, na medida em que o conceito de direitos humanos não está fundamentado em uma única cultura (ocidental), podendo ser exigido de todas as culturas, não sendo o Ocidente o único fiel depositário dos direitos humanos. Nesse sentido, Otfried Höffe, exemplifica: numa “opinião confuciana, que remonta ao segundo pensador clássico mais importante da China, Mong Dsi (Mestre Meng, século IV a. C.), (...) cada pessoa possuiria uma dignidade inata. (...) uma federação dos índios iroqueses (primeira metade do século XV), (...) declarou todos os membros das tribos iroquesas pessoas livres e iguais nos seus privilégios e direitos. E isso deu-se, mais de três séculos antes da primeira declaração ocidental dos direitos humanos (cf. Morgan. *League of the Iroquis /Liga dos iroqueses*. 1851). Além disso, o Alcorão (Sura 2, 257) afirma contra o perigo da intolerância religiosa: “Na religião não deverá ser exercida nenhuma coação”. E, não em último lugar, não devemos esquecer a democracia consensual da África Ocidental, isto é, a instituição da deliberação”<sup>37</sup>. Destarte, parece que, embora as sérias bases das fundamentações juspositivistas, nelas incluindo-se a fundamentação historicista (direitos assegurados em cada momento histórico em textos normativos nacionais e internacionais), a opção por correntes jusnaturalistas garante aos direitos humanos menor possibilidade de retrocesso. Admitir que a história trouxe conquistas, também significa admitir que nela houve retrocessos, como, por exemplo, na 2ª Guerra Mundial, ou seja, o que a história “dá”, também pode “retirar”, de sorte que parece pouco garantidor dos direitos humanos uma fundamentação relativa embasada nas “conquistas” da história.

Em linhas brevíssimas e gerais, é possível fazer referência, ainda, aos adeptos à fundamentação ética dos direitos humanos, que denominam os direitos humanos

<sup>35</sup> CORREAS. *Filosofia...* p. 102.

<sup>36</sup> SEN. *Desenvolvimento...* p. 281.

<sup>37</sup> HÖFFE, Otfried. *O que é justiça?* Tradução Peter Neumann. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 84-85.

como direitos morais, como aqueles derivados de exigências éticas, independentemente de qualquer contingência histórica ou cultural, característica física ou intelectual, poder político ou classe social<sup>38</sup>. Realmente, o conteúdo ético é imprescindível. Entretanto, fundamentar os direitos humanos apenas na ética conduz a uma definição, dita por Pérez Luño, conforme referência infra, teleológica insuficiente para delimitar o alcance do termo direitos humanos. Uma ética utilitarista, por exemplo, poderá justificar o sacrifício de alguns seres humanos, para que se alcance o bem-estar da maioria, o que não condiz com a definição que se pretende buscar para os direitos humanos.

Pérez Luño, por sua vez, refere a existência de três tipos de definições dos direitos humanos, quais sejam: as tautológicas, qualificam os direitos humanos como os que correspondem ao homem pelo fato de ser homem; as formais, que não especificam o conteúdo de tais direitos, como, no caso, de serem direitos humanos aqueles que pertencem ou devem pertencer a todos os homens e dos quais não podem ser privados; teleológicas, que buscam valores últimos, como, por exemplo, conceituar direitos humanos como aqueles imprescindíveis para o aperfeiçoamento da pessoa humana, para o progresso social, ou para o desenvolvimento da civilização<sup>39</sup>. Demonstrando a insuficiência dos três tipos de definição por ele enunciados, para que se alcance conceito de direitos humanos com limites precisos e significativos, apresenta o autor sua própria formulação de direitos humanos, a qual assenta-se numa fundamentação jusnaturalista dos direitos humanos, embora com limites positivistas, nos seguintes termos: *"un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional"*<sup>40</sup>. Para o autor, cujo conceito bem elucida a tema, os direitos humanos supõem uma versão moderna da idéia tradicional dos direitos naturais e representam um avanço no seu processo de positivação<sup>41</sup>.

De qualquer forma, sem ousadia, destaca-se das tentativas de fundamentação dos direitos humanos que, embora pareça realmente ser necessária uma justificação racional dos direitos humanos, não poderá ela ser ahistórica e daí a importância da busca da fundamentação dos direitos humanos, assim como dos direitos fundamentais, na dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, abarca os seres humanos em todos os momentos históricos<sup>42</sup>. Nesse sentido, pode-se destacar, dentre outros, a lição de Celso Lafer: *"o valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem"*<sup>43</sup>.

A dignidade humana tem importância inegável para o nascimento da moderna teoria dos direitos humanos, recordando Pérez Luño, que da idéia de *dignitas* do

<sup>38</sup> PECES-BARBA. *Escritos...* p. 229.

<sup>39</sup> PÉREZ LUÑO. *Derechos Humanos...* p. 25.

<sup>40</sup> PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 48.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 179.

<sup>42</sup> PECES-BARBA, op. cit., p. 262-263.

<sup>43</sup> LAFER. *A reconstrução...* p. 118.

homem, como ser eticamente livre, parte todo o sistema de direitos humanos de Samuel Pufendorf, que, por sua vez, foi ingrediente inspirador das declarações americanas<sup>44</sup>. Por sua vez, em apertada referência pelos limites do presente estudo, as bases de uma fundamentação da dignidade da pessoa humana, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, em grande parte da doutrina jurídica, situa-se no pensamento kantiano, “no sentido de que a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como fim e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano”<sup>45</sup>. Propõe, assim, o autor uma definição de dignidade humana como: “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”<sup>46</sup>. Destarte, pode-se dizer que o princípio da dignidade humana funciona não só como critério para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais em nossa ordem constitucional<sup>47</sup>, mas também como critério para a formulação do próprio conceito de direitos humanos.

De qualquer forma, as tentativas de fundamentação dos direitos humanos têm um valor intrínseco, na medida em que, embora não tenha sido ainda possível o alcance de um fundamento definitivo, mormente considerando as exigências do multiculturalismo, contribuíram e continuam contribuindo, para o maior alcance dos sistemas de proteção dos direitos humanos, isto é, para a maior garantia de tais direitos.

### 3 GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS

Não obstante o reconhecimento expresso em nosso texto constitucional de direitos e garantias fundamentais, seja em seu Título II, seja em outras partes do texto constitucional, pretende-se, nas linhas seguintes, fazer breve análise, da abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais aos direitos positivados nos tratados internacionais no que tange aos direitos humanos.

---

<sup>44</sup> PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 49.

<sup>45</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 34-35.

<sup>46</sup> SARLET, op. cit., p. 62.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 99.

### 3.1 Recepção dos tratados<sup>48</sup> internacionais no ordenamento jurídico interno no Brasil

Em primeiro lugar, é preciso registrar a atual importância dos princípios e regras jurídicas internacionais como limites jurídicos impostos ao Estado de Direito. Nesse sentido, a doutrina mais recente sobre o tema vem referindo a abertura do ordenamento jurídico interno ao direito internacional como uma das dimensões caracterizadoras do Estado de Direito<sup>49</sup>.

Nessa linha, há inclusive autores, como Luigi Ferrajoli, que propugnam por um constitucionalismo de direito internacional. Ferrajoli situa a falência do paradigma da soberania externa na primeira metade do século XX, com os dois conflitos mundiais, e a assinatura da Carta da ONU, de 1945, e da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembléia das Nações Unidas. Segundo o autor, tais documentos, no plano normativo, são a ordem jurídica do mundo, deixando a soberania externa do Estado “de ser, com eles, uma liberdade absoluta e selvagem e se subordina, juridicamente, a **duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos**”<sup>50</sup> (grifei). A Carta da ONU, para Ferrajoli, faz nascer um novo direito internacional, sendo comparada a um verdadeiro contrato social internacional, estendendo-se a comunidade internacional, pela primeira vez, a todo mundo como ordem jurídica mundial. Nesse novo ordenamento, são sujeitos de direito internacional não somente os Estados, mas também os indivíduos e os povos: os primeiros como titulares, nos confrontos de seus próprios Estados, dos direitos humanos a eles conferidos pela Declaração de 1948 e pelos Pactos de 1966; os segundos enquanto titulares do direito de autodeterminação.

Assim, tendo-se presente o atual papel do direito internacional, necessário demonstrar, primeiramente, em regra geral, e, posteriormente, especificamente em relação aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, como tais normas incorporam-se ao ordenamento jurídico interno brasileiro.

A análise da incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico interno deita raízes em duas correntes que situam de forma diferente os tratados internacionais em face do direito positivo dos países que o firmaram, quais sejam: a corrente monista, iniciada por Kelsen, segundo a qual os tratados produzem efeitos concomitantes no direito interno e no direito internacional, de maneira que o tratado internacional produzirá efeitos no direito interno sem a necessidade de anterior ato

<sup>48</sup> O termo tratado será utilizado indistintamente, referindo-se tanto a Tratados propriamente ditos, quanto a acordos, convenções, pactos, etc., em que pese alguns autores reservarem o uso da expressão para certos atos jurídicos de maior complexidade. Aliás, importante esclarecer, desde já, que a prática internacional não apresenta uniformidade quanto à terminologia dos tratados. Segundo MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. v. 1. p. 95, a expressão “tratado” é utilizada para acordos solenes, designando o termo “convenção” o tratado que cria normas gerais.

<sup>49</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 225.

<sup>50</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. Tradução de Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho e revisão de Karina Jannini. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

legislativo, e a dualista, cujos defensores iniciais são Triepel<sup>51</sup> e Dionisio Anzilotti, pela qual é necessária a tramitação de projeto de lei especial, pois o tratado obriga o governo na ordem internacional, havendo necessidade de procedimento especial de integração ao direito nacional para produzir efeitos internamente, ou seja, a recepção do tratado internacional no direito positivo brasileiro dar-se-ia através do Sistema de Transformação, necessitando ser reproduzido por uma fonte de direito interna.

A teoria monista, por sua vez, divide-se em duas correntes, quais sejam: uma que defende o primado do Direito Internacional, exposta por Kelsen em várias de suas obras, devendo a ordem interna ajustar-se às disposições dos tratados, e outra, com menor repercussão, sustentada principalmente por Wenzel<sup>52</sup>, que defende a superioridade do Direito interno, pois o Direito Internacional retira sua obrigatoriedade daquele; então, o Estado somente admite o direito internacional na medida em que a regra considerada está conforme o direito interno.

Ressalte-se que, para Kelsen, autor da teoria monista de maior aceitação, a palavra soberania, definida habitualmente como autoridade suprema, possui um significado não incompatível com a existência de um direito internacional que impõe deveres e confere direitos aos Estados, pois, o restabelecimento do direito e da ordem e a instauração de um sistema de segurança geral somente podem constituir o direito das nações e a ordem jurídica internacional como uma série de normas obrigatórias para os Estados, devendo estes ser considerados, então, como submetidos ao direito internacional<sup>53</sup>. Dessa forma, a concepção defendida por Kelsen é de que todas as normas jurídicas encontram sua validade e força obrigatória em normas superiores, culminando por entender que essa norma fundamental estaria no direito internacional. Daí o monismo com primado do direito internacional<sup>54</sup>.

O direito internacional positivo não irá firmar posição quanto a uma das teorias, deixando ao ordenamento jurídico de cada Estado a disciplina quanto à necessidade de um ato de recepção e sua respectiva forma<sup>55</sup>.

No Brasil, a assinatura de tratados cabe ao Presidente da República, conforme art. 84, inc. VIII, da Constituição Federal. O tratado firmado pelo Chefe de Estado é remetido ao Congresso Nacional a quem cabe, nos termos do art. 49, inc. I, da CF, decidir sobre sua aprovação (não é possível fazer emendas, apenas reservas quando permitido pelo tratado). Aprovado por meio de Decreto Legislativo, o ato internacional retorna ao Executivo, para ratificação e depósito do instrumento junto a outra parte contratante, passando, então, a valer na ordem internacional. Embora não exista previsão no ordenamento jurídico, consistindo apenas em antiga prática

---

<sup>51</sup> TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. Tradução Almilcar de Castro. *Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 18, n. 6, out. 1996.

<sup>52</sup> BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993, p. 97.

<sup>53</sup> KELSEN, Hans. *La paz por medio del derecho*. Tradução Luis Echávarri, revisão Genaro Rubén Carrió. Buenos Aires: Losada, 1946. p. 70-71. apud BRITO. *Limites...* p. 96.

<sup>54</sup> RIDRUEJO, José Antonio Pastor. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 170-171.

<sup>55</sup> RIDRUEJO. *Curso...* p. 171.

no País, faz-se necessário, ainda, o decreto presidencial de promulgação, para ter vigência no plano interno, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal<sup>56</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, fixou posição sobre os sistemas de recepção dos tratados internacionais na ordem interna no *leading case* – RE nº 71.154, de que foi relator o Ministro Oswaldo Trigueiro<sup>57</sup>, no sentido de que os tratados-leis, **aprovados e regularmente promulgados**, na forma já exposta, têm aplicabilidade imediata no direito interno. Assim, perfilou-se a Corte Suprema à corrente monista, embora seja denominado como um monismo moderado, uma vez que, embora os tratados dependam da ratificação do órgão legislativo competente, bem como, após ratificação, de promulgação via decreto de execução e publicação, não se subordinam, uma vez aprovados, a novo ato emanado do Poder Legislativo, pelo qual as normas do tratado se converteriam em lei interna, a fim de que sejam incorporadas ao direito nacional. Saliente-se que, efetivamente, não há, na ordem constitucional brasileira, nenhuma norma que exija a transformação dos tratados em lei nacional para que venham a incidir como parte de nosso direito interno, bastando, para tanto, sua ratificação, após a expedição de decreto legislativo, pelo Congresso Nacional, sua promulgação e publicação, não se exigindo que, mediante lei, se reproduzam as disposições do tratado internamente.

Já no que pertine à hierarquia que o tratado assume no plano interno, após sua incorporação, o Supremo Tribunal Federal, no acórdão proferido no RE 80.004<sup>58</sup>, de 1978, *leading case* sobre a relação dos tratados internacionais com o direito interno, cujo julgamento se estendeu de setembro de 1975 a junho de 1977, decidiu, por maioria, que a aplicação da lei interna posterior ao tratado internacional e conflitante com ele deve ser assegurada pelo Poder Judiciário. Destacou-se, todavia, o posicionamento no sentido de que a lei posterior não revoga, em sentido técnico, o tratado, senão que lhe afasta aplicação. Logo, externamente, o tratado continuará vigendo, de maneira que, na hipótese de derrogação da lei posterior interna a qual lhe afastou a aplicação, o tratado suspenso poderá voltar a ter eficácia, numa espécie de efeito repristinatório, que, de regra, é repudiado em nosso ordenamento jurídico em prol do princípio da segurança jurídica.

Deve-se ressaltar que o julgamento do referido Recurso Extraordinário não foi unânime, tendo o Min. Xavier de Albuquerque, relator, proferido voto vencido, opinando pela prevalência dos tratados internacionais frente à legislação interna em sentido contrário, seja anterior ou posterior, salientando que a consagração de tal princípio está no artigo 98 do Código Tributário Nacional. Doutrinariamente, a mesma linha, isto é, da prevalência dos tratados internacionais sobre as normas de direito interno, é adotada por Hildebrando Accioly, Celso D. de Albuquerque Mello e Hamilton Dias de Souza, entre outros. Segundo o último autor citado, admitir-se a

<sup>56</sup> ARAÚJO, Nádia de. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 10.

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 71.154-PR. *Revista Trimestral de Jurisprudência do STF*, Brasília, DF, n.58, p. 70-74, out./dez.1971. p. 70.

<sup>58</sup> RTJ, v. 83, mar./78, p. 809-848.

revogação ou, enfim, a não aplicação dos tratados internacionais em face de lei interna posterior contrária aos seus preceitos, representaria afronta à própria Constituição, pois dois de seus princípios fundamentais, consubstanciados no artigo 4º, inciso IX e parágrafo único, quais sejam: a cooperação entre os povos e a integração da América Latina, que restariam desprovidos de toda e qualquer eficácia.

De qualquer forma, o posicionamento atual da Suprema Corte, inaugurado no memorável julgamento, que não foi alterado, em que pese o novo texto constitucional de 1988, bem resumido por Souza Brasil<sup>59</sup>, é no sentido de que a edição de lei posterior que se oponha a texto de norma internacional suspende a vigência da referida norma. Com a eficácia plena do princípio *lex posterior derogat priori* torna-se desnecessária, para tanto, a prévia denúncia do Tratado, no caso de modificação por legislação interna do conteúdo de normas dele integrantes. Mas, revogada a lei que dispuser em conflito com o tratado, este se repristina, não se aplicando aí a regra do art. 2º, § 3º, da LICC. Dessa forma, a Corte Suprema adotou o tratamento paritário para as relações entre os tratados internacionais e o direito interno, filiando-se, na doutrina, ao mesmo entendimento outros autores, como Francisco Rezek, Antonio Roberto Dória e Francisco Campos. Esse posicionamento da Corte Suprema sofreu e sofre grandes críticas, pois submete o Brasil a possível responsabilização internacional por descumprimento do tratado, caso não seja ele denunciado no plano internacional.

A conclusão pela hierarquia de norma infraconstitucional aos tratados internacionais advém também da competência conferida, pelo art. 102, inc. III, b, da CF, ao Supremo Tribunal Federal para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal<sup>60</sup>.

Entretanto, essas são as definições em relação aos tratados internacionais em geral, já que os tratados sobre direitos humanos têm tratamento diferenciado pela doutrina, o que decorre do disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, conforme será analisado no tópico seguinte, o que, todavia, desde já se anuncia, não significou alteração da posição do Supremo Tribunal Federal, que continua sustentando a paridade entre tratado e lei, em que pese não de forma unânime, não assegurando às normas que asseguram direitos humanos em tratados internacionais hierarquia constitucional após sua internalização.

### 3.2 O disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988

Dispõe o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

<sup>59</sup> SOUZA BRASIL, Francisco de Paula apud GOMES, Luiz Flávio. A Questão da Obrigatoriedade dos Tratados e Convenções no Brasil (Particular Enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 710, p. 28, dez./94.

<sup>60</sup> PIOVESAN. *Proteção...* p. 81.

Art. 5º. (...)

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil, seja parte.

A primeira noção que se desenvolve da leitura do dispositivo constitucional é de que não se pode concordar com um conceito apenas formal de direitos fundamentais, considerando-se como tais apenas aqueles que assim fossem definidos em nosso texto constitucional, tendo-se evoluído para um conceito material de direitos fundamentais, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo<sup>61</sup>.

Quanto à abertura material do catálogo, o dispositivo constitucional deita raízes na IX Emenda da Constituição dos Estados Unidos, de 1791, que, na tradução de Jorge Miranda<sup>62</sup>, assim dispõe: “a especificação de certos direitos pela Constituição não significa que fiquem excluídos ou desprezados outros direitos até agora possuídos pelo povo”. Disposição esta a qual se assemelham outros dispositivos de Constituições Brasileiras<sup>63</sup>, desde a Constituição de 1891, que, em seu art. 78, dispunha: “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”<sup>64</sup>.

Entretanto, no âmbito deste trabalho, interessa especificamente uma segunda noção que se desenvolve do mencionado dispositivo legal da Constituição Federal de 1988, qual seja: a abertura material do catálogo aos direitos e garantias decorrentes especificamente dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

Nesse sentido, refere Antônio Augusto Cançado Trindade<sup>65</sup>, que o disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição Brasileira de 1988 (inserido no texto constitucional por proposta do próprio autor na Assembléia Nacional Constituinte, o que ocorreu de forma concomitante à adesão do Brasil aos dois pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos), coloca a Constituição Brasileira na tendência das Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano interno aos direitos e garantias internacionalmente consagrados. Como bem destaca Celso Albuquerque de Mello, é nesse aspecto que a Constituição Brasileira de 1988 foi além das outras Constituições Brasileiras, isto é, mencionando também a abertura aos tratados internacionais<sup>66</sup>.

<sup>61</sup> SARLET. *A Eficácia...* p. 86.

<sup>62</sup> MIRANDA. *Manual...* p. 11.

<sup>63</sup> Assim, nas Constituições de 1934 (art. 114), de 1937 (art. 123), de 1946 (art. 144), de 1967 (art. 150, § 35) e na Emenda nº 01, de 1969 (art. 153, § 36º), segundo Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia...* p. 86.

<sup>64</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 17.

<sup>65</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 1. ed.. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. v. 1, p. 407.

<sup>66</sup> MELLO. O § 2º... p. 17.

Tal tendência das constituições dos países latino-americanos pode ser analisada, a partir da lição de Guido Fernando Silva Soares<sup>67</sup>, o qual refere que, na Constituição Argentina, de 1853, no que diz respeito a tratados internacionais, têm eles a mesma hierarquia da legislação interna infraconstitucional<sup>68</sup>. Todavia, pela reforma constitucional de 1994, foi conferida aos tratados internacionais sobre direitos humanos uma hierarquia constitucional, introduzindo-se dispositivos ao art. 75, § 22, da Constituição de 1853, traduzido pelo autor da seguinte forma: “Compete ao Congresso...aprovar ou desaprovar tratados concluídos com as demais nações e com organizações internacionais e as concordatas com a Santa Sé. Os tratados e concordatas têm hierarquia superior às leis. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos e Sociais e Culturais, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e seu Protocolo Facultativo, a Convenção sobre Prevenção e Repressão ao Genocídio, a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção sobre os Direitos da Criança, nas condições de sua vigência, têm hierarquia constitucional, não derogam qualquer artigo da primeira parte desta Constituição e devem ser entendidos como complementares aos direitos e garantias por ela reconhecidos. Somente poderão ser denunciados, no caso, pelo Poder Executivo Nacional, mediante prévia aprovação por 2/3 das partes da totalidade dos membros de cada Câmara. Os demais tratados e convenções sobre direitos humanos, a fim de serem aprovados pelo Congresso, necessitarão do voto de 2/3 da totalidade dos membros de cada Câmara, para gozarem da hierarquia constitucional”.

Em certo sentido, seguem a mesma linha de asseguaração dos direitos humanos consagrados em tratados internacionais no Direito interno, em termos de América Latina, a Constituição do Chile, agregando-se, por reforma constitucional, em 1989, ao final do disposto no artigo 5º (II), a seguinte disposição: “é dever dos órgãos do Estado respeitar e promover tais direitos, garantidos por esta Constituição, assim como pelos tratados internacionais ratificados pelo Chile e que se encontrem vigentes”<sup>69</sup>. E, ainda, a Constituição da Colômbia, de 1991, que determina, em seu artigo 93, que os tratados de direitos humanos ratificados pela Colômbia “prevalecem na ordem interna”, e que os direitos humanos constitucionalmente consagrados serão interpretados de conformidade com os tratados de direitos humanos ratificado

<sup>67</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1, p. 217.

<sup>68</sup> “Art. 31. Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualqueira disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.” Texto extraído de *Direitos Humanos: Declarações de Direitos e Garantias*. 2. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996. p. 28.

<sup>69</sup> Conforme Texto de la Nueva Reforma – Constitución Política de la República de Chile. Santiago: Publigráfica, 1989, p. 5. Apud TRINDADE. *Tratado...* p. 406.

pela Colômbia<sup>70</sup>.

Relevante destacar, ademais, além dos limites da América Latina, o previsto no artigo 16, n° 1 e 2, da Constituição de Portugal, que dispõem: “1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e regras aplicáveis de direito internacional; 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”<sup>71</sup>.

Dessa forma, dos exemplos expostos, resta assente a tendência das Constituições mais recentes, especialmente em relação aos direitos fundamentais, de garantir a proteção no ordenamento jurídico interno de direitos consagrados em tratados internacionais<sup>72</sup>, de maneira a reforçar e, até mesmo, se necessário, conforme lição de Jorge Miranda<sup>73</sup>, substituir, em parte, o sistema de proteção interna por vários sistemas de proteção internacional dos direitos do homem.

Por outro lado, a coincidência da tendência referida acima entre diversas Constituições mais recentes, não se dá em relação à questão da hierarquia das normas decorrentes dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos frente ao direito interno, o que resulta dos critérios diversos adotados pelos diferentes constituintes nacionais.

No Brasil, conforme já referido, o Supremo Tribunal Federal não reconhece hierarquia de norma constitucional às disposições de tratados internacionais ratificados pelo Brasil em matéria de direitos humanos, dando-lhes, no direito interno, tratamento em nível de norma infraconstitucional, não obstante o disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição. Desde o julgamento do Recurso Extraordinário n° 80.004, de 1977, já referido, o Supremo Tribunal Federal mantém-se alinhado ao posicionamento adotado naquele caso, quando, por entendimento majoritário, consagrou-se a tese de que as disposições decorrentes de tratados internacionais, ratificados pelo Brasil e internalizadas, têm a mesma hierarquia da legislação infraconstitucional, aplicando-se, para estabelecer a vigência de uma ou outra, o princípio do *lex posterior derogat priori*.

Ocorre que, se consagrar referido entendimento em relação aos tratados internacionais em geral não colide o posicionamento daquela Corte com grande parte da doutrina pátria, o mesmo não se pode dizer em relação aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, haja vista exatamente a disposição constitucional ora em exame e a posição dos doutrinadores sobre ela.

<sup>70</sup> Conforme Constituição Política de Colombia (comp. J. Ortega Torres). 20. ed. Bogotá: Temis, 1991. p. 38. Apud TRINDADE. *Tratado...* p. 406/407.

<sup>71</sup> Texto extraído de Direitos Humanos: Declarações de Direitos e Garantias. 2. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996, p. 253. MIRANDA, Jorge. A Recepção da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Constituição Portuguesa: um fenômeno de conjugação de Direito Internacional e Direito Constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 199, p. 9, jan/mar. 1995.

<sup>72</sup> Segundo J.J. Gomes Canotilho, a vinculação do Estado pelo direito internacional é, em alguns Estados, de tal forma intensa que leva as próprias constituições internas a proclamarem o direito internacional como fonte de direito de valor superior à própria constituição, como ocorre, de acordo com o autor, na Holanda e na Áustria (CANOTILHO. *Direito Constitucional...* p. 226).

<sup>73</sup> MIRANDA, Jorge. A Recepção da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Constituição Portuguesa: um fenômeno de conjugação de Direito Internacional e Direito Constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 199, jan/mar 1995, p. 09.

Nesse sentido, para Flávia Piovesan<sup>74</sup>, referido dispositivo legal inclui no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos os direitos enunciados nos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, incorporando-se suas disposições ao texto constitucional, na medida em que a Carta Magna atribui aos direitos internacionais na matéria de direitos humanos uma hierarquia especial e diferenciada, isto é, a hierarquia de norma constitucional<sup>75</sup>. Também entendendo que os direitos consagrados nos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos em que o Brasil é parte passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados destacam-se: Antônio Augusto Cançado Trindade<sup>76</sup>; Valério de Oliveira Mazzuoli<sup>77</sup>; José Carlos de Magalhães<sup>78</sup>; Ingo Wolfgang Sarlet<sup>79</sup>; dentre outros.

Efetivamente, a interpretação de que os direitos constantes nos tratados internacionais de direitos humanos complementam o catálogo de direitos fundamentais constitucionalmente previstos é a que se coaduna, conforme leciona Flávia Piovesan<sup>80</sup>, com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, atribuindo-se ao disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, o sentido que maior eficácia lhe dê, em especial a fim de garantir os direitos fundamentais.

Aliás, amparando tal entendimento, podemos utilizar, extraindo conclusões próprias, os ensinamentos de Juarez Freitas, que ao tratar da interpretação da Constituição, assevera, ao analisar um dos preceitos para sua interpretação sistemática, pertinente à maximização ou otimização da eficácia da totalidade dos direitos fundamentais sem preferência excludentes, que, “por força da cláusula presente em autêntica norma geral inclusiva prevista no § 2º do art. 5º, integrados estão, de modo implícito, a nosso elenco de direitos fundamentais os consagrados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>81</sup>.”

De outra banda, Celso D. de Albuquerque Mello<sup>82</sup> vai além, consignando que não basta consagrar as normas de direitos humanos constantes dos tratados

---

<sup>74</sup> PIOVESAN. *Proteção...* p. 73.

<sup>75</sup> Não se adentrará, pelos limites deste estudo, por ora, na discussão doutrinária quanto à aplicabilidade imediata no ordenamento jurídico interno brasileiro das normas constantes de tratados internacionais de matéria de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte. Registrando-se que as posições favoráveis à aplicabilidade imediata centram-se na combinação do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 5º da CF/88, afirmando por uma forma de recepção diferenciada destes tratados dos demais, que necessitam de prévia publicação de Decreto Legislativo, ratificação, Decreto Executivo para fins de promulgação e publicação no Diário Oficial para fins de executoriedade e aplicabilidade. Para o STF, não há tal distinção. Sobre a matéria, consultar, dentre outros: Valério de Oliveira Mazzuoli (*Revista AJURIS*. Porto Alegre: Ano 87, XXIX, 09/2002, pp. 278 e ss.); Antônio Augusto Cançado Trindade (*Tratado...* pp. 407 e ss.); Flávia Piovesan (*Proteção...* pp. 94 e ss.); Ian Brownlie (*Princípios de Direito Internacional Público*. Ed. em Língua Portuguesa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 63).

<sup>76</sup> TRINDADE. *Tratado...* p. 408.

<sup>77</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Os Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos e sua Incorporação no Ordenamento Brasileiro. *Ajuris*, Porto Alegre, ano 24, n. 87, p. 299, set./2002.

<sup>78</sup> MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 64-65.

<sup>79</sup> SARLET. *A Eficácia...* p. 135-136.

<sup>80</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção...* p. 80.

<sup>81</sup> FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 206-209.

<sup>82</sup> MELLO. *O § 2º...* p. 25.

internacionais como normas materialmente constitucionais, asseverando que o disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição, autoriza, além disso, posição no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional “constitucionalizada”, assentando a aplicação da norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional. Corroborando a posição do autor, ressalta Valério de Oliveira Mazzuoli<sup>83</sup> o disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, que consagra a dignidade da pessoa humana como princípio da República Federativa do Brasil, e a prevalência dos direitos humanos, assegurada pelo artigo 4º, inciso II, da Constituição.

Também segundo Antônio Augusto Cançado Trindade, no domínio de proteção dos direitos humanos, não deve haver pretensão de primazia do direito internacional ou do direito interno, como ocorria na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas, devendo a primazia ser da norma mais favorável à vítima, ou seja, da que melhor a proteja, seja a norma de direito internacional ou interno. Aliás, ressalta o doutrinador que a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos, garantindo os mesmos direitos, são exatamente a fim de ampliar e fortalecer a proteção e, por conseguinte, deverá prevalecer a norma que, no caso concreto, melhor proteja, importando, portanto, o grau de eficácia da proteção<sup>84</sup>. A referência à expressão vítima, com razão, é questionada por Ingo Wolfgang Sarlet, na medida em que se cuidando de conflito entre posições fundamentais de pessoas diversas, teremos várias “vítimas”<sup>85</sup>. Aliás, cumpre salientar, que este autor, embora referindo que o artigo 5º, § 2º da Constituição Federal objetiva apenas a complementação ou mesmo eventual ampliação do catálogo dos direitos fundamentais e não dispositivos internacionais contrários a um direito fundamental constitucional, refere entendimento de que, na hipótese de colisões, a exemplo do que pode ocorrer entre os próprios direitos integrantes do catálogo, deve-se optar pela solução mais afinada com a proteção da dignidade da pessoa humana (*in dubio pro dignitate*)<sup>86</sup>.

Fausto de Quadros e André Gonçalves Pereira<sup>87</sup>, ao analisarem a possibilidade de confronto entre os direitos constantes da Convenção Européia dos Direitos do Homem e os consagrados na Constituição da República Portuguesa, também propugnam pela adoção do preceito mais favorável ao indivíduo. A aplicação da norma internacional, se mais favorável, segundo os autores, estaria amparada tanto no disposto no artigo 16, nº 1, da Constituição Portuguesa, similar ao nosso art. 5º,

---

<sup>83</sup> MAZZUOLI, op. cit., p. 315.

<sup>84</sup> TRINDADE, op. cit., p. 434-436.

<sup>85</sup> SARLET, op. cit., p. 138.

<sup>86</sup> SARLET, op. cit., p. 137-138.

<sup>87</sup> PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. Lisboa: Almedina, 1993. p. 620-621.

§ 2º, quanto na consagração da prevalência do *jus cogens*<sup>88</sup>, integrando a Convenção Européia de Direitos do Homem e seus Protocolos Adicionais sobre a Constituição, para eles, tal corpo de direitos. Por sua vez, a aplicação da norma constitucional mais favorável, sendo a norma internacional mais restritiva, estaria amparada no respeito ao princípio da coerência democrática do sistema, que impõe a regra do tratamento mais favorável ao indivíduo. Assim, propõem os autores, segundo referem, solução análoga à adotada pelo Direito Comunitário Europeu, que aceita renunciar ao seu primado sobre o Direito Constitucional Estadual quando a norma nacional confira um tratamento mais favorável ao indivíduo. De qualquer forma, cumpre registrar que, segundo o ilustre Jorge Miranda<sup>89</sup>, o Tribunal Constitucional Português tem entendido não ser justificável a invocação da Convenção Européia de Direitos do Homem por abranger a Constituição Portuguesa todos os direitos enumerados na referida Convenção.

Também merece registro a posição de Jorge Miranda<sup>90</sup>, ao analisar, no âmbito do Direito Português, eventual contradição entre o disposto na Constituição e os princípios constantes da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Conclui o autor pela inconstitucionalidade de norma constitucional proveniente de revisão, por ser este um poder constituído, subordinado aos princípios fundamentais da Constituição que, pelo art. 16, nº 02, incorporou os princípios da Declaração Universal, constituindo estes verdadeiros limites materiais de revisão.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, conferir *status* constitucional às disposições dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte que assegurem direitos humanos também, em princípio, implicaria em estender a tais normas a proteção das denominadas “cláusulas pétreas” de nossa Constituição, incluindo-as no rol dos limites materiais à reforma constitucional, conforme lição de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>91</sup>, tendo o autor registrado haver dificuldades em tal entendimento. Também em relação à extensão da proteção dada às cláusulas pétreas a tais normas, dentre outros, tem-se Valério de Oliveira Mazzuoli<sup>92</sup>, que sustenta sua posição na interpretação do disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 5º, em cotejo com o art. 60, § 4º, inciso IV, todos da Constituição Federal.

Examinadas as manifestações da doutrina, embora o assunto mereça análise mais aprofundada, em princípio, não parece ser o caso de descartar a posição doutrinária de prevalência da aplicação da norma que consagre maior eficácia ao direito humano/fundamental protegido quando se estiver tratando de conflito de normas constitucionais brasileiras e de normas decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, incorporadas ao ordenamento interno, visto que tal posição estaria em conformidade com doutrina recente que

<sup>88</sup> Na definição de Ian Brownlie, o *jus cogens* é formado por regras de direito consuetudinário que não podem ser afastadas por tratado ou aquiescência, mas apenas pela formulação de uma regra consuetudinária subsequente de efeito contrário como, por exemplo: as regras sobre genocídio; os crimes contra a humanidade; os direitos fundamentais da pessoa humana; etc. BROWNLIE, Ian. *Princípios...* p. 536.

<sup>89</sup> MIRANDA. *Manual...* p. 159-160.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 160-161.

<sup>91</sup> SARLET. *A Eficácia...* p. 137.

<sup>92</sup> MAZZUOLI. *Os Tratados...* p. 306 et seq.

vem conjugando o Direito Internacional e o Direito Constitucional na matéria, exatamente para garantir a prevalência de normas que consagrem direitos reconhecidos pela comunidade internacional dos Estados como fundamentais, embora não seja esta a posição do Supremo Tribunal Federal.

Aliás, o entendimento do Supremo Tribunal Federal na matéria resta bem ilustrado na decisão plenária daquela Corte, quando do julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 79785-7 (DJU 22.11.2002), que ocorreu, em 29.03.2000, tendo participado os Ministros Carlos Velloso, Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Em linhas gerais, no recurso interposto perante o Supremo Tribunal Federal, havia a alegação de violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, assegurado na Constituição Federal e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). O relator, Ministro Sepúlveda Pertence, após discorrer sobre o princípio do duplo grau de jurisdição, concluiu que a Constituição Federal não atribuiu ao duplo grau de jurisdição *status* de direito fundamental, embora não tenha negado que é universalmente um princípio geral de processo. Referiu que a Constituição: a) subtraiu da incidência do duplo grau várias hipóteses de competência originária dos Tribunais para julgamento em instância única e b) não vedou à lei ordinária estabelecer as exceções que entender cabíveis, conforme ponderação em cada caso, acerca do dilema permanente do processo entre segurança e presteza da jurisdição. Assim, salientou que a Constituição, quando não afasta ela mesma o duplo grau, também não o garante às partes. Em seguida, analisou o caso, à luz do art. 5º, § 2º, da CF e dos artigos 25, 1 e 2, b e 8º, 2, h, do Pacto de São José da Costa Rica (em vigor no Brasil desde 1992), afastando a incidência do art. 25, vez que não dizia com o caso. Já, no que diz com o art. 8º, 2, h, "*toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior*", concordou que se trata da consagração do duplo grau de jurisdição.

Todavia, embora sustentando a existência de antinomia entre o Pacto e a Constituição, o Min. Relator recusou a prevalência de convenção internacional sobre a Constituição (entendimento unânime do STF). Entretanto, referiu que o art. 5º, § 2º, traduz abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos. Assim, aceitou a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária, sempre que, sem ferir a Constituição, completem, especificando ou ampliando os direitos e garantias nela constantes. No entanto, conclui que, no caso, não bastaria conceder poder de aditar a Constituição, seria necessário emprestar força ab-rogatória, pois o texto constitucional, ao tratar da competência originária ou prevê recurso ordinário ou não o tendo feito, é porque o proibiu, já que se trata de enumeração taxativa. Haveria falta de órgão judicial para viabilizar a aplicação do

princípio do duplo grau, o que seria uma incompatibilidade do tratado com a Constituição. Assim, negou provimento ao recurso.

Embora o entendimento do Ministro Relator tenha prevalecido, negando-se provimento ao recurso, relevante destacar alguns trechos dos debates ocorridos no julgamento, haja vista terem sido apresentados dois votos vencidos. Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio, voto vencido, referiu que, em que pese o duplo grau não estar previsto em nossa Constituição, assim está no Pacto de São José a fim de assegurar a dignidade do homem. Rebateu, em seguida, o argumento de que se estaria inventando recurso, referindo que o caso seria de aplicação analógica do Código de Processo Penal e do art. 105, inc. II, a, da CF. Dessa forma, votou pelo provimento do recurso, diante da Carta da República de modo mediato e imediato ante a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sendo possível recurso ordinário ao STJ de decisão proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Por sua vez, o Ministro Moreira Alves suscitou dúvidas quanto à existência de hierarquia entre lei ordinária e tratados internacionais sobre direitos humanos, pois a Constituição só prevê um tipo de hierarquia entre os atos infraconstitucionais e a própria Constituição Federal, expondo entendimento no sentido de que o art. 5º, § 2º, da Carta Magna, dá nível constitucional apenas aos tratados anteriores à promulgação da Carta de 1988, ao que se opõe o Ministro Sepúlveda, dizendo que, por razões óbvias, os tratados assinados antes de 1988 estavam congelados, e não teria o art. 5º, § 2º, feito um aceno para o nada. O Ministro Moreira Alves, entretanto, conclui que não há hierarquia entre normas infraconstitucionais, acompanhando, após debates, o relator que negava provimento ao recurso.

De outra banda, o Ministro Carlos Velloso, também em voto vencido, admitiu *status* constitucional dos tratados sobre direitos humanos. Logo, o duplo grau de jurisdição, previsto no art. 8º, 2, h, do Pacto de São José, passaria a ser direito consagrado na Constituição, entendendo possível o recurso inominado interposto pela recorrente. Além disso, asseverou que não se tratava de hipótese de rejeição do duplo grau no próprio texto constitucional na espécie, na medida em que a Constituição realmente exclui o princípio na ação penal originária julgada pelo Supremo Tribunal Federal e não nessa hipótese, de sorte que seria possível construção no sentido de assegurar o exercício do direito fundamental reconhecido, frizando que tal decisão "*presta obséquio aos direitos humanos, presta obséquio a um direito fundamental.*"

Dessa forma, embora doutrinariamente, possa-se concluir que os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, por força do disposto no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, ingressam no ordenamento jurídico brasileiro com hierarquia de norma constitucional, seguindo tendência das Constituições mais recentes de conceder tratamento especial ou diferenciado também no plano interno aos direitos e garantias internacionalmente consagrados, o Supremo Tribunal Federal, ainda que por maioria, não alcançou tratamento de paridade das normas constitucionais e das normas constantes em tratados internacionais de direitos

humanos, devidamente incorporadas ao ordenamento jurídico interno.

### 3.4 A importância dos sistemas de proteção internacional

De forma paralela, mas, conforme será visto adiante, subsidiária à proteção interna dos direitos humanos, tem-se os sistemas de proteção internacional, cuja existência decorre da necessidade de evolução na garantia dos direitos humanos.

No âmbito do Conselho da Europa, está vigendo a Convenção Européia dos Direitos do Homem, concluída em 4 de novembro de 1950, tendo entrado em vigor em 3 de setembro de 1953, que previa as demandas individuais à Comissão Européia dos Direitos do Homem (art. 25).<sup>93</sup> O sistema original determinava a existência de dois órgãos de garantia: a Comissão e a Corte. Desde 1998, esses dois órgãos foram substituídos por um único permanente, de jurisdição obrigatória a todos os Estados, qual seja, a Corte Européia dos Direitos do Homem. Conforme bem adverte Eva Maria Hohnerlein, não devem ser confundidos com o Conselho da Europa, que é uma organização de países, o Conselho da União Européia, órgão formado pelos ministros dos Estados-Membros da União Européia, bem como o Conselho Europeu que designa as reuniões regulares dos chefes de Estado e de governo dos Estados-membros da União Européia<sup>94</sup>.

Dentre as reclamações mais apresentadas à Corte Européia dos Direitos do Homem, está a que diz respeito à duração dos processos judiciais, por afronta ao art. 6º da Convenção (direito a um julgamento equitativo e célere)<sup>95</sup>, destacando-se assim o papel da Convenção na proteção dos direitos sociais conferindo garantias de cunho processual. Registre-se que a Corte pode ser provocada tanto por particulares, por meio de recurso individual e, em havendo decisão pela ocorrência de violação dos direitos assegurados na Convenção, o Estado condenado é obrigado, pelo Direito Internacional, à execução da sentença<sup>96</sup>.

Todavia, relevante destacar, como bem observa J. H. H. Weiler, que Convenção Européia dos Direitos do Homem não é exaustiva no que diz respeito ao espectro dos direitos humanos. Assim, enquanto a Convenção Européia dos Direitos do Homem confere um "*minimum standard*" de proteção abaixo do qual nenhum Estado pode cair, as Altas Partes Contratantes são livres, até mesmo encorajadas, a oferecer *standards* de proteção mais elevados aos indivíduos. Então, o compromisso e a aceitação da Convenção Européia dos Direitos do Homem como universal e como núcleo culturalmente transcendente de direitos humanos é, certamente, expressão de um aspecto muito importante da cultura política de um Estado que traz consigo outros Estados e sociedades<sup>97</sup>. Ensinamento este que, desde já, destaca a

<sup>93</sup> BOBBIO. *A Era...* p. 40.

<sup>94</sup> HOHNERLEIN, Eva Maria. A proteção internacional dos direitos fundamentais sociais na Europa: a Carta Social e a Convenção de Direitos Humanos do Conselho da Europa. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 265.

<sup>95</sup> Corte Européia de Direitos do Homem. Disponível em <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em 15.04.2003.

<sup>96</sup> HOHNERLEIN. *A proteção...* p. 297.

<sup>97</sup> WEILER, J.H.H. *The Constitution of Europe: "Do the new clothes have an emperor?" and other essays on European integration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 105.

importância da interação entre o direito internacional e o direito interno com vistas à proteção dos direitos humanos, que se pretende destacar.

Ademais, desde dezembro de 2000, a União Européia possui também uma Carta Européia dos Direitos Fundamentais, em que incluídos direitos fundamentais econômicos e sociais ao lado de direitos de liberdade e igualdade do indivíduo, não possuindo, todavia, caráter juridicamente vinculante<sup>98</sup>.

Ainda no âmbito regional, em 1981, a 18ª Assembléia de Chefes de Estado e de Governo da Organização de Unidade Africana firmou a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos<sup>99</sup>.

No continente americano, ao lado do sistema global de proteção (integrado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e por outras Convenções Internacionais produzidas no âmbito das Nações Unidas, por representantes dos Estados participantes da comunidade internacional), o sistema de proteção de nível regional é o definido pela Convenção Americana de Direitos Humanos, redigida pelos representantes dos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), por ocasião da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, que ocorreu em São José da Costa Rica, em novembro de 1969, tendo entrado em vigor em 18/07/1978, nos termos do art. 74, inciso II, da Convenção.

Os Estados que ratificaram dita Convenção, obrigaram-se a cumprir certos deveres, dentre os quais é importante destacar: a obrigação de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção (art. 1º) e de adotar, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições da Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para tornar efetivos os direitos e garantias mencionados no artigo 1º da Convenção (art. 2º).

No sistema regional do continente americano, definido pela Convenção, há dois órgãos competentes para conhecer das violações aos direitos humanos, quais sejam: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH<sup>100</sup>, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CorteIDH<sup>101</sup>.

A CIDH, nos termos do art. 41, do Pacto de São José da Costa Rica, tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos, tendo diversas atribuições daí decorrentes arroladas no referido dispositivo, destacando-se: a formulação de recomendações aos Governos dos Estados-membros, quando considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos; atuar com respeito a petições e outras comunicações formuladas por qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um dos Estados-membros da Organização, contendo denúncias ou queixas de violação da Convenção por um Estado-parte.

<sup>98</sup> HOHNERLEIN, op. cit., p. 269-270.

<sup>99</sup> BROWNLIE. *Princípios...* p. 599-600.

<sup>100</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em <<http://www.cidh.org>>. Acesso em 03.06.2003.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

O Brasil depositou sua ratificação à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) em 25/09/1992, após a edição do Dec. Legislativo nº 27, de 26/05/1992, aprovando seu texto. O Dec. Executivo, promulgando a Convenção, foi o de nº 678, de 06/11/1992, publicado no Diário Oficial de 09/11/1992. Todavia, apenas em 10/12/1998, após a edição do Dec. Legislativo nº 89, de 03/12/1998, o Brasil reconheceu a competência jurisdicional da CortelDH, para fatos ocorridos a partir do dito reconhecimento. Isso porque a competência da Corte só existe a partir do momento em que os Estados-parte reconhecem expressamente dita competência, seja por declaração especial, seja por convenção especial. Dessa forma, necessário consignar que a própria submissão à jurisdição internacional, no caso, decorre de exercício de ato de soberania do Estado brasileiro, entendida esta, na atualidade, também como poder de integrar organismos internacionais.

Não obstante as funções da CIDH e da CortelDH, a função capital de proteção aos direitos humanos consagrados nas convenções internacionais do gênero, conforme lição de Antônio Augusto Cançado Trindade<sup>102</sup>, é dos tribunais internos, como evidenciado pela obrigação dos Estados-membros de fornecer recursos internos eficazes para proteção de tais direitos e do particular de esgotá-los antes de buscar proteção internacional (salvo, no âmbito da CIDH, no caso de injustificada demora processual ou no caso da legislação doméstica não prover o devido processo legal). Daí a propalada subsidiariedade do processo de proteção internacional. Resta clara, assim, mais uma vez, a importância da interação entre o direito internacional e o direito interno com vistas à proteção dos direitos humanos.

Com o escopo de exemplificar a atuação dos órgãos de proteção de direitos humanos atuantes no sistema de proteção regional regido pelo Pacto de São José da Costa Rica, colheu-se o Relatório de Admissibilidade nº 04/03 da CIDH<sup>103</sup>, de 20 de fevereiro de 2003, no qual foi declarada a admissibilidade da petição do Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra (MST) e do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), em que denunciam o Estado brasileiro, por intermédio de seus agentes, de violação ao direito à vida, à integridade física, às garantias judiciais e à obrigação de respeitar tais direitos assegurados na Convenção Americana de Direitos Humanos, no episódio de Eldorado dos Carajás, ocorrido em 17/04/1996. Interessante referir que, no relatório da CIDH, foi agregada, por seus próprios membros, na investigação preliminar do caso, a denúncia de descumprimento pelo Brasil do disposto no artigo 2º do Pacto de São José da Costa Rica, já referido, concluindo a CIDH que, no caso, a legislação brasileira não oferece o devido processo legal para investigar, de forma efetiva, presumíveis violações aos direitos humanos cometidos pela Polícia Militar.

Na espécie, relevante ressaltar que a alegação do Estado brasileiro, perante a CIDH, foi de não estarem esgotados os recursos de jurisdição interna, o que

<sup>102</sup> TRINDADE. *Tratado...* p. 411.

<sup>103</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em <<http://www.cidh.org>>. Acesso em 03.06.2003.

impediria a admissão da petição perante a Comissão, nos termos do Pacto de São José, por estar pendente de julgamento recurso interposto contra a decisão que, como resultado do julgamento, realizado entre 14/05/2002 e 10/06/2002, condenou dois oficiais da Polícia Militar como responsáveis pelos fatos denunciados, absolvendo os demais 144 policiais militares inicialmente acusados. Todavia, a CIDH entendeu admissível a petição, pois considerou que, embora exista formalmente no Brasil um recurso para investigar violações de direitos humanos cometidas por policiais militares, a competência que a legislação brasileira atribui à própria Polícia Militar para investigar ditas violações implica, na prática, uma razão legal que impede que ditos recursos possam ser devidamente esgotados, não existindo devido processo para isso. A CIDH considerou que a Polícia Militar não goza de independência e da autonomia necessárias para investigar de maneira imparcial as supostas violações dos direitos humanos presumivelmente cometidas pelos policiais militares, admitindo, por tais razões, a petição.

Outrossim, impõe-se destacar, na análise do caso, ter a CIDH feito referência a um "Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil", de setembro de 1997, da própria Comissão, em que havia sido recomendado ao Estado brasileiro que atribuísse à Justiça Comum a competência para julgar todos os crimes que fossem cometidos por membros das policiais militares estaduais, devendo o Governo Federal assumir a responsabilidade direta pela instauração e devido estímulo processual. Registrou, ainda, a Comissão que, embora a alteração da competência para a Justiça Comum para o julgamento de crimes dolosos contra a vida e cometidos contra civis por órgãos da Polícia Militar, ocorrida por força da Lei nº 9.299, a manutenção da competência da Polícia Militar para investigar tais fatos não reduziria significativamente a impunidade, deixando-se com tais órgãos a competência para determinar *ab initio* se o crime é doloso ou não. Daí, então, a conclusão do Relatório nº 04/03 pela admissibilidade da petição também por suposta violação do Estado brasileiro ao disposto no artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Não obstante o caso citado ainda não ter sido submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos, pelo menos na data em que realizada esta pesquisa, eis que recente o primeiro juízo da Comissão relacionado à admissibilidade da petição, o Relatório é lapidar para demonstrar o papel que vem sendo exercido pelos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, de supervisão do cumprimento, pelos órgãos de proteção internos (sejam tribunais, sejam outros órgãos dos Estados), das obrigações convencionais que abrigam um interesse comum superior de todos os Estados-membros da Organização, qual seja: de proteção ao ser humano<sup>104</sup>.

Ressalte-se que foi citado, exemplificativamente, um caso brasileiro, isto é, país que apenas aceitou a competência da Corte IDH em 10/12/1998 e que conta com extenso rol de direitos fundamentais contemplados em seu texto constitucional, que vêm sendo assegurados e protegidos pelos tribunais internos no exercício

---

<sup>104</sup> TRINDADE. *Tratado...* p. 415.

crescente da jurisdição constitucional na matéria. Logo, indubitável a importância do sistema de proteção internacional também para os demais cidadãos de outros países.

Antônio Augusto Cançado Trindade refere que, em decorrência das recomendações gerais formuladas nos relatórios da CIDH ou dirigidas a determinados Governos, foram modificadas ou derogadas leis violadoras dos direitos humanos e estabelecidas ou aperfeiçoados recursos e procedimentos de direito interno para a plena vigência dos direitos humanos. Também registra o autor que, no décimo-quarto Parecer da CIDH (de 1994), restou consagrado que a adoção e aplicação de uma lei nacional contrária às obrigações sob a Convenção constituem uma violação desta última, acarretando a responsabilidade internacional do Estado violador<sup>105</sup>.

No âmbito do sistema regional de proteção de direitos humanos europeu, interessante registrar o mesmo fenômeno, haja vista, por exemplo, a coincidência de uma das matérias sobre as quais versou a quarta revisão constitucional portuguesa, de 1997, basicamente relacionada a direitos fundamentais, qual seja: a previsão de procedimentos judiciais caracterizados pela prioridade e pela celeridade para a tutela efetiva e em tempo útil dos direitos, liberdades e garantias pessoais<sup>106</sup>, com a matéria que com maior frequência é objeto de reclamações contra Estados submetidas à Corte Européia de Direitos Humanos, a qual diz respeito à duração dos processos judiciais (afronta ao art. 6º da Convenção, que consagra o direito a um julgamento equitativo e célere). Comprova-se, assim, novamente o efeito da jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos no direito interno dos países, densificando, para usar expressão do ilustre doutrinador Jorge Miranda, inclusive normais constitucionais de direitos fundamentais.

Destarte, não há dúvidas quanto à consagração do fenômeno da conjugação do Direito Constitucional e do Direito Internacional em matéria de proteção dos direitos humanos, regulando os tratados internacionais de direitos humanos relações (entre indivíduos e Poder Público) que, outrora, eram objeto tão-somente do Direito Constitucional, mesmo porque as próprias constituições modernas, conforme analisado, têm consagrado tal abertura, pretendendo aumentar a eficácia da proteção de tais direitos, que lidam com valores comuns superiores.

No Brasil, a Constituição de 1988, em início de processo de democratização do País, é marco na abertura do Estado brasileiro ao regime democrático e, por conseguinte, à normatividade internacional da proteção dos direitos humanos<sup>107</sup>, comprovando-se que democracia e respeito aos direitos fundamentais progridem lado a lado. Assim, embora a proteção internacional aos direitos humanos ainda encontre barreira nas arraigadas noções de soberania em diversos Estados, a própria existência de sistemas de proteção internacional e a paulatina abertura das constituições a tais sistemas já representa firme avanço na garantia e proteção dos direitos humanos.

---

<sup>105</sup> Ibidem, p. 414 et seq.

<sup>106</sup> MIRANDA. *Manual...* p. 143.

<sup>107</sup> MAZZUOLI. *Os Tratados...* p. 298.

Ademais, da aproximação entre o Direito Internacional pertinente aos direitos humanos e o Direito Constitucional no que diz respeito aos direitos fundamentais assegurados nos diversos textos constitucionais, decorre uma interdisciplinariedade, que aponta, segundo alguns doutrinadores, para um chamado Direito Constitucional Internacional, que objetiva resguardar um mesmo valor, qual seja: a primazia da pessoa humana<sup>108</sup>.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em apertada síntese, pode-se dizer, embora não haja um consenso sobre a fundamentação dos direitos humanos, nem quanto ao seu conceito, que o valor da dignidade humana tem papel essencial em sua definição, dignidade esta com conteúdo axiológico, aproximando o conceito de direitos humanos daqueles que sejam imprescindíveis ao exercício livre e sustentável da condição de agente do ser humano.

O processo histórico de internacionalização dos direitos humanos foi essencial para formação de um sistema de proteção subsidiário ao sistema de proteção dos direitos humanos, que, em grande parte, já haviam sido positivados nos ordenamentos constitucionais, em sua fase histórica de positivação nos ordenamentos internos. Assim, o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos em nível internacional exerceu e exerce benéfica influência sobre o Direito Constitucional interno dos Estados.

Quanto à amplitude do disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, necessário que seja interpretado de forma “pronunciadamente principiológica (...) pautada e dirigida pelos valores superiores”<sup>109</sup>, o que implica em dar *status* constitucional às normas positivadas em tratados internacionais sobre direitos humanos e, ainda, na hipótese de conflito, no exame de casos, dever-se-á elaborar uma norma de decisão que privilegie a aplicação da norma mais benéfica à dignidade da pessoa humana, embora não seja esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

A ênfase nos sistemas de proteção internacional aos direitos humanos, por sua vez, é dada em sua característica de sistema complementar, que objetiva resguardar um *standard* mínimo de proteção, que não poderá ser violado por qualquer Estado, embora internamente possam ser oferecidos patamares mais elevados de proteção ao ser humano. Nesse sentido, o importante é a efetiva proteção do ser humano, seja pela via interna, seja pela via internacional, o que se tem alcançado por meio da conjugação de ambos sistemas de proteção. Prova disso é colhida no constitucionalismo português, na medida em que a quarta revisão constitucional portuguesa, de 1997, tratou da previsão de procedimentos judiciais caracterizados

---

<sup>108</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 42-44. Trata-se, entretanto, não de um novo ramo do direito, já que não tem objeto e metodologia próprio, mas da relação entre dois ramos a fim de dar compatibilidade às normas existentes. (MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 32.)

<sup>109</sup> FREITAS. *A interpretação...* p. 190.

pela prioridade e pela celeridade para a tutela efetiva e em tempo útil dos direitos, liberdades e garantias pessoais, matéria esta que com maior frequência é objeto de reclamações contra Estados submetidas à Corte Europeia de Direitos Humanos, por afronta ao seu art. 6º, que consagra o direito a um julgamento equitativo e célere.

Por fim, é de destacar a lição de Canotilho, segundo o qual: “os direitos fundamentais tal como estruturam o Estado de direito no plano interno, surgem também, nas vestes de **direitos humanos** ou de **direitos do homem**, como núcleo básico do direito internacional vinculativo das ordens jurídicas internas. Estado de direito é o Estado que respeita e cumpre os direitos do homem consagrados nos grandes pactos internacionais (...)”<sup>110</sup>.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, 1999.

ARAÚJO, Nádya de. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 71.154-PR. *Revista Trimestral de Jurisprudência do STF*, Brasília, n.58, p. 70-74, out./dez.1971.

BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

BROWNLIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CAMPOS, João Mota de. *Manual de Direito Comunitário*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo:

---

<sup>110</sup> CANOTILHO. Direito Constitucional... p. 226.

Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999. 2 v.

\_\_\_\_\_. A II conferência mundial de direitos humanos (1993): o legado de Viena. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (ed.) *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. San José: IDH, ACNUR, CIVIC, CUE, 1996.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em <<http://www.cidh.org>>. Acesso em 03.06.2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONSELHO DA EUROPA. Disponível em <<http://www.coe.int>>. Acesso em 02.06.2003.

CORREAS, Carlos I. Massini. *Filosofia del Derecho: El Derecho y los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS DO HOMEM. Disponível em <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em 15.04.2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em 03.06.2003.

DIREITOS Humanos: declarações de direitos e garantias. 2. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. Tradução de Carlo Coccioni, Márcio Lauria Filho e revisão de Karina Jannini. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Problemas del derecho público al comienzo de siglo. Conferências en Argentina*. Civitas.

GOMES, Luiz Flávio. A Questão da Obrigatoriedade dos Tratados e Convenções no Brasil (Particular Enfoque da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 710, p. 21-31, dez./94.

HÖFFE, Otfried. *O que é Justiça?* Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 4. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Os Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos e sua Incorporação no Ordenamento Brasileiro. *Ajuris*, Porto Alegre, ano 24, n. 87, p. 278-320, set./2002.

\_\_\_\_\_. Soberania e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Dois Fundamentos Irreconciliáveis. *Derecho Internacional*, n. 01, p. 39-49, fev./ 2003.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O Poder de Celebrar Tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

\_\_\_\_\_. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: \_\_\_\_\_. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Disponível em <<http://>

www.mre.gov.br>. Acesso em 03.06.2003.

MIRANDA, Jorge. A Recepção da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Constituição Portuguesa – um fenômeno de conjugação de Direito Internacional e Direito Constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 199, p. 01-20, jan./mar. 1995.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. tomo IV: Direitos fundamentais

\_\_\_\_\_. O Homem e o Estado – Direitos do Homem e Democracia. *Interesse Público*, n. 1, p. 79-84, 1999.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

PECES-BARBA, Gregorio. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Madrid: EUDEMA, 1988.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. Lisboa: Almedina, 1993.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

\_\_\_\_\_. Globalização econômica, integração regional e direitos humanos. *Interesse Público*, n. 13, p. 39-71, 2002.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIDRUEJO, José Antonio Pastor. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

RODAS, João Grandino. *Tratados Internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, Brasília, DF, v. 83, p. 809-848, mar./78.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional, à luz de um conceito material de direitos fundamentais. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n.66, p. 85-130, 1996.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1

STEINER, Henry; ALSTON, Philip. *International human rights in context: law, politics, morals*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 15.04.2003.

TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. Tradução Almilcar de Castro. *Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 18, n. 6, out. 1996.

WEILER, J.H.H. *The Constitution of Europe: "Do the new clothes have an emperor?" and other essays on European integration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.



# REFLEXÕES SOBRE A DIMENSÃO TRANSNACIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A *GRUNDNORM* INGLESA

Handel Martins Dias<sup>\*</sup>

## INTRODUÇÃO

Hodiernamente, os direitos fundamentais podem ser considerados sob várias perspectivas. Podem ser vistos enquanto direitos de todos os homens, não obstante tempos e lugares — perspectiva filosófica ou jusnaturalista; sob o aspecto de direitos dos homens em um resolutivo tempo e lugar — perspectiva estadual ou constitucional; ou ainda como direitos de todos os homens em um tempo determinado, em todos os lugares ou, pelo menos, em extensas regiões do mundo — perspectiva internacionalista ou universalista<sup>1</sup>.

A despeito de ser ulterior a dimensão universalista dos direitos fundamentais é a que mais destaque experimenta nos dias de hoje. Com o término da Guerra Fria, o mundo dividido passou a ter sua paisagem profundamente alterada, fortalecendo-se os grandes blocos regionais. Nessa nova ordem internacional, apresentam-se curiais normas e princípios para regular não tão-somente as relações entre Estados, mas qualquer relação que importe às comunidades internacionais, inclusive as concernentes à proteção de determinados direitos fundamentais (Parte I).

A nova cena mundial e a consagração da idéia de que a proteção de determinados direitos fundamentais é questão de direito internacional implicaram, e ainda implicam, fortes repercussões nos sistemas institucionais dos Estados. Na Inglaterra, onde desde a *Glorious Revolution* a supremacia parlamentar se enraizou como preceito político<sup>2</sup>, a esposada imunidade da lei tem sofrido temperamentos, aceitando a revisão judicial como instrumento de proteção dos direitos fundamentais

<sup>\*</sup> Advogado, Mestrando em Direito na UFRGS

<sup>1</sup> Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 13-47. Sobre o tema da proteção internacional dos direitos fundamentais, vide Alcalá-Zamora, *La protección procesal internacional de los derechos humanos, 1975*; Antônio Augusto Cançado Trindade, *Las cláusulas petreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo a la justicia internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos*, in *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro, p. 411-476, 2002; Castán Tobeñas, *Los derechos del hombre*, 1976; Karel Vasak, *As dimensões internacionais dos direitos do homem*, 1 1983; Oliveiros Lessa Litrento, *O problema internacional dos direitos humanos*, 1973; e Mauro Cappelletti, *Giustizia costituzionale soprannazionale: il controllo giudiziario delle leggi e la giurisdizione delle libertà a livello internazionale*, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, n. 1, p. 01-32, 1978.

<sup>2</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: ley, derechos e justicia*. Madrid: Trotta, 1995, p. 58, destaca que, na Inglaterra, a progressiva transformação da *rule of Law* em *Sovereignty of Parliament* ensejou problemas árduos que reclamaram interpretação, análise e capacidade argumentativa ao objetivo de *inserir* a vontade positiva do legislador no contexto mais geral da *Common Law*. Em qualquer caso, no entanto, a autonomia dos tribunais estava destinada a diminuir em proporção direta ao fortalecimento da soberania parlamentar.

(Parte II).

Em suma, sobre a dimensão transnacional dos direitos fundamentais<sup>3</sup> e a relativização havida na *Grundnorm* inglesa, especialmente no aspecto tangente à proteção judicial dos direitos fundamentais, esclarece-se, desenvolver-se-á o presente ensaio.

## 1 A DIMENSÃO INTERNACIONALISTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em um contexto de subsistência do dogma da soberania do Estado, isto levaria a que se não concebesse senão uma proteção interna dos direitos fundamentais. Mas quando o Estado rompe as barreiras jurídicas de limitação e se converte em fim de si mesmo e quando a soberania entra em crise, perante a multiplicação das interdependências e das formas de institucionalização da comunidade internacional, toma-se possível reforçar e, se necessário, substituir, em parte, o sistema de proteção interna por vários sistemas de proteção internacional dos valores jurídicos fundamentais<sup>4</sup>.

Conquanto já no tempo da Sociedade das Nações se tivesse revelado a necessidade de garantir internacionalmente certos direitos fundamentais de grupos minoritários, religiosos, culturais ou rácicos, somente com a experiência da II Guerra Mundial e dos governos totalitários sentiu-se mais intensamente a necessidade de se criar mecanismos jurídicos aptos a protegê-los<sup>5</sup>. A guarida em nível de comunidade internacional desenvolveu-se notadamente a partir da nova ordem social, em que se tirara proveito dos laços internacionais então formados para que se declarasse um certo núcleo fundamental de direitos internacionais do homem (item i).

Na Europa, onde surgiram projetos de unificação, a proteção dos direitos

---

<sup>3</sup> Havendo polémica no tocante ao uso das expressões *dereitos humanos* e *dereitos fundamentais*, convém posicionar-se relativamente à terminologia. Empregar-se-á neste ensaio tão-somente a expressão *dereitos fundamentais*, a despeito de ser aquela considerada por parcela significativa da doutrina como a relativa aos direitos positivados no plano internacional. Com acerto, logo Wolfgang SARLET, Os direitos fundamentais e sua eficácia na ordem constitucional, *A Constituição concretizada*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 365-367, pugna que, além de todos os direitos serem em última análise da pessoa humana, tanto os ditos direitos fundamentais quanto os humanos são fundamentais. E é justamente a sua *fundamentalidade* que os distingue dos demais direitos, todos humanos, mas não necessariamente fundamentais.

<sup>4</sup> Cf. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, tomo IV — Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 30. Robert ALEXY, Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos no Estado de direito democrático, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 2 17, 1999, p. 67, sustenta que os direitos fundamentais rompem, por razões de ordem substancial, o quadro nacional, tendo validade universal, independentemente de positivação. Segundo Norberto BOBBIO, *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 30, os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.

<sup>5</sup> Cf. José Carlos Vieira de Andrade, ob. cit., p. 23. Para Castán Tobeñas, ob. cit., p. 108, "las garantías internas que los Estados conceden a los derechos humanos son insuficientes y con frecuencia inútiles, porque son los propios Estados los que muchas veces resultan culpables de las mayores violaciones de tales derechos. Si el problema de los llamados derechos del hombre nace en la relación del hombre con el Estado, es necesario que esté por encima de las comunidades políticas la salvaguardia y protección de los repetidos derechos ". Sobre os antecedentes e primeiros documentos de proteção dos direitos fundamentais da nova universalidade, vide Enrique LEWANDOWSKI, Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional, 1984. Acerca das dimensões dos direitos fundamentais e sua importância nas etapas de sua positivação na esfera constitucional e internacional, vide Ingo Wolfgang SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, 2001.

fundamentais mereceu sempre uma atenção distinta, malgrado guardassem os tratados instituidores — a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem, de 1950, e a Carta Social Européia, de 1961 — caráter eminentemente econômico. O sistema regional europeu, ao instituir uma justiça transnacional, mediante criação de órgãos com jurisdição para decidir acerca da aplicação e interpretação de sua Convenção, trouxe um notável avanço para a salvaguarda dos direitos fundamentais na esfera internacional (item II).

## 1.1 A origem e o desenvolvimento

A despeito de já existir algum clamor anteriormente à II Guerra Mundial, foi tão-somente com o seu advento e a experiência dos regimes totalitários que se sentiu de forma mais veemente a necessidade de proteger-se os direitos fundamentais em um nível transnacional<sup>6</sup>. Até esse momento, o indivíduo sempre foi considerado estranho ao processo dialético-normativo do direito internacional<sup>7</sup>.

No curso da II Guerra Mundial, os países aliados, que lutavam contra as potências do Eixo (Alemanha, Itália e Japão), discutiram e elaboraram o projeto de uma nova organização internacional, cuja finalidade era a de consolidar um relacionamento mais estável entre os Estados. Essas tratativas culminaram em 1945 na assinatura da Carta da Organização das Nações Unidas — ONU<sup>8</sup>. Embora tenha representado um avanço valioso, na medida em que referia direitos e liberdades fundamentais, não se afigurou eficiente. Isso porque a intervenção da ONU nunca foi no sentido de impor responsabilidades internacionais aos Estados, senão de promover, estimular, auxiliar e recomendar o respeito aos direitos fundamentais.

Ante a precisão de garantir-se eficazmente em nível internacional esses direitos e liberdade, sobrevieram a Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>9</sup>, assinada

<sup>6</sup> Gustavo Zagrebelsky, ob. cit. p. 65-66, sublinha o descrédito em que caiu a idéia hegeliana “total” de Estado após a II Guerra Mundial e a necessidade de se refundarem instituições constitucionais depois do totalitarismo fascista e nacional-socialista. Refere que os direitos representam um ponto de encontro das transformações constitucionais que seguiram à queda dos totalitarismos, tanto de esquerda como de direita, bem como que o renascimento dos direitos do homem não representam a vitória do direito natural sobre seu adversário histórico, o positivismo jurídico.

<sup>7</sup> Esposa J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 472-473, que a introdução dos *standards* dos direitos do homem no direito internacional obrigou ao desenvolvimento de um direito internacional individualmente referenciado. Desenvolveu-se, para além da proteção diplomática e da proteção humanitária, uma teoria jurídico-contratual internacional da justiça, tendo por objetivo alicerçar uma nova dimensão de vinculatividade na proteção dos direitos do homem.

<sup>8</sup> Ainda antes da elaboração da Carta da ONU, surgiram documentos expressando essa idéia de uma paz duradoura e estável, com base em um sistema de segurança garantido por todos os Estados, tais como a Declaração Interaliada (1941), a Carta do Atlântico (1941) e a Declaração das Nações Unidas (1942). Nas Conferências de Moscou e Teerã, ambas de 1943, consolidou-se a idéia de formação de uma organização internacional responsável pela manutenção da paz. A Conferência de Dumbarton Oaks, de 1944, destinou-se a elaborar a estrutura da nova organização.

<sup>9</sup> A Declaração Universal dos Direitos Humanos firmou-se como o mais importante documento do século XX. Consolidou — contra o subjetivismo ético e a pretensa neutralidade do pensamento positivista — um valor fundamental, universal e objetivo: a pessoa humana e o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana. Norberto BOBBIO, *Das Zeitalter der Menschenrechte Berlin, 1998*, qualificou a Declaração Universal como a “*maior prova histórica para o ‘consensus omnium gentium’ com respeito a um sistema de valores determinado*”, apud Robert ALEXY, Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 16, p. 203-214, 1999.

em Paris em 1948, e, em 1966, os Pactos Internacionais<sup>10</sup>. Não obstante a instituição de um sistema global<sup>11</sup>, sistemas e acordos regionais passaram a ser estabelecidos com vistas à defesa dos direitos fundamentais<sup>12</sup>. Ainda em 1948 os Estados Americanos elaboraram a sua Declaração de Direitos, posto que implementada somente em 1959. A Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) findou culminando na Convenção Americana dos Direitos do Homem, assinada em 1969, em São José da Costa Rica<sup>13</sup>.

Também os países africanos envidaram esforços no sentido de conferir proteção em nível internacional aos direitos fundamentais, assinando em 1981, em Nairóbi, a Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos<sup>14</sup>. Os países árabes, no âmbito da sua Liga, aprovaram em 1994, em seqüência à Declaração de Direitos no Islão, a Carta Árabe de Direitos Humanos<sup>15</sup>. Os países asiáticos, por sua vez, ainda que possuam catálogos constitucionais de direitos fundamentais semanticamente

<sup>10</sup> Para Alcalá-Zamora y Castiello, ob. cit. p. 1 5, “*ni la Carta de San Francisco, ni las Declaraciones de 1948, ni siquiera los Pactos y Convenciones posteriores, brindarían, protección adecuada a los derechos humanos en el plano internacional. si careciesen, del mecanismo jurisdiccional y del instrumento procesal para sancionar las violaciones de los mismos*”.

<sup>11</sup> Por sistema global deve-se entender a atual estrutura da Organização das Nações Unidas concernente à guarda dos direitos fundamentais. A Comissão de Direitos Humanos constitui seu principal órgão, estando subordinado ao Conselho Econômico e Social, que elege, para mandatos de três anos, integrantes de 53 países. A Comissão de Direitos Humanos tem sua previsão legal constante nos arts. 55, alínea e, e 56 da Carta das Nações Unidas, fundando-se em um compromisso de cooperação internacional entre os Estados-Membros da ONU, a fim de que se proceda à promoção universal dos direitos fundamentais. E, portanto, um órgão de natureza essencialmente política, não possuindo competência judicial e tampouco atendendo a casos individuais, à exceção das recomendações de relatórios especiais que possam ocorrer. Em suma, o sistema global tem como objetivos primordiais o estabelecimento de parâmetros universais e o controle de sua observância na prática dos Estados, o que é plausível em face da dificuldade diante das mais diversas culturas, ordenamentos jurídicos e sistemas políticos.

<sup>12</sup> Ao contrário do sistema global, os sistema regionais vão se caracterizar por uma abrangência em termos geográficos mais restrita, maior homogeneidade entre seus membros e, conseqüentemente, semelhança de sistemas jurídico-políticos, que acabam por se tornarem mecanismos de proteção mais eficazes em relação aos constantes do sistema da ONU.

<sup>13</sup> A Organização dos Estados Americanos tem 35 membros, compreendendo todos os Estados soberanos das Américas. O sistema interamericano de direitos fundamentais está estruturado basicamente em dois órgãos que compõem a estrutura da OEA: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com sede em Washington DC, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em San José, na Costa Rica. Sobre o assunto, vide o site <<http://www.cidh.oas.org>>; Thomas Buergenthal e Dinah Shelton, *Protecting human rights in the Americas*, 1995; Antônio Augusto Cançado Trindade, *Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos*, disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/index.htm>>.

<sup>14</sup> A Carta de Banjul, como também é conhecida a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, foi adotada pela Organização para a Unidade Africana. Além de estabelecer direitos específicos dos povos da África, tais como o da solidariedade contra a dominação estrangeira e preservação de valores africanos, estabeleceu uma Comissão Africana de Direitos dos Homens e dos Povos. A Carta consolidou o terceiro sistema regional de proteção internacional dos direitos fundamentais, constituindo um marco, tanto em nível global quanto regional, com vistas à promoção e ao respeito dos direitos fundamentais, conquanto encontre o sistema africano obstáculos de ordem histórica, política, estrutural e jurídica que comprometem a sua eficácia. Sobre o desenvolvimento da proteção dos direitos fundamentais na África, vide Valère Eteka Yemet, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Paris, 1996; Kéba M'Baye, A Organização de Unidade Africana, in *As dimensões internacionais dos direitos do homem*, Manual Unesco, Lisboa, p. 615-633, 1983; Birame Ndiaye, Lugar dos direitos do homem na Carta da Organização de Unidade Africana, in *As dimensões internacionais dos direitos do homem*, Manual Unesco, Lisboa, p. 633-648, 1983.

<sup>15</sup> A Liga Árabe entrou em vigor em 1952, tendo formalmente estabelecido um acordo regional no sentido do Capítulo VIII da Carta das Nações Unidas. A Liga tem objetivos amplos, sendo o principal o de coordenar o programa político dos membros de modo a efetivar colaboração real e efetiva entre si para preservar sua independência e soberania.

semelhantes aos do Ocidente, têm apresentado uma falta de unidade regional nesse particular, resistindo à idéia de elaborar um documento internacional<sup>16</sup>.

Na Europa, a salvaguarda dos direitos fundamentais sempre mereceu uma atenção bastante especial, mormente em razão de seu escopo em estabelecer instituições supra-estaduais<sup>17</sup>. A toda a evidência, é hoje o continente que apresenta mais evoluído sistema regional de proteção dos direitos fundamentais, ostentando uma efetiva justiça transnacional nesse sentido.

## 1.2 O sistema regional de proteção europeu

O sistema regional europeu de proteção aos direitos fundamentais surgiu em novembro de 1950, quando representantes de treze Estados europeus, com o designio de tomar medidas a assegurar a garantia coletiva de alguns dos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, firmaram a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais. A Convenção contém sessenta e seis artigos, dos quais os dezoito primeiros prescrevem direitos substanciais, de primeira e terceira geração, e os demais um sistema jurisdicional de proteção aos seus enunciados<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> A Ásia e o Pacífico formam a única região geográfica definida pelas Nações Unidas sem sistema próprio de proteção aos direitos fundamentais. Uma razão para isso é, inegavelmente, o fato de que não existe um agrupamento político regional, o que, em outras regiões, tem dado o impeto para a criação e supervisão de um sistema de proteção. José Carlos Vieira de Andrade, ob. cit., p. 26-27, leciona que o motivo de os países asiáticos não elaborarem um documento internacional é a falta de unidade regional, seja pela diversidade de tradições religiosas e culturais, seja pelas diferenças de desenvolvimento econômico e de regime político que se traduzem em formas dispares de entendimento da questão. A ONU tem se esforçado no sentido de encorajar o desenvolvimento de um acordo regional nessa região. É improvável, todavia, que tais esforços produzam frutos, ao menos em um futuro previsível. Especialistas internacionais tem defendido acordos sub-regionais, os quais seriam mais realistas. Sobre a proteção dos direitos fundamentais na Ásia, vide Cristina Gomes da Silva, *Perspectivas asiáticas dos direitos humanos*, in *Perspectivas do Direito*, Macau, nº 8, 2000, p. 109 e ss.

<sup>17</sup> Além da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem (1950) e da Carta Social Européia (1961), merecem destaque a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989, e, em 2001, já no contexto da União, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia. José Carlos Vieira de Andrade, ob. cit., p. 43, argumenta que esta, seja ou não formalmente integradas nos Tratados, constituirá um nível "constitucional" de direitos fundamentais aplicáveis nas relações jurídicas comunitárias no âmbito da União Européia, servindo como parâmetro de validade e critério de interpretação de todo o direito comunitário. Sobre o papel do Tribunal de Justiça europeu na proteção dos direitos fundamentais, vide Joel Rideau e Louis Dubouis, in *Tribunales constitucionales europeas y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

<sup>18</sup> Aberta à assinatura em Roma em 04 de novembro de 1950, a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais entrou em vigor em 03 de setembro de 1953, tendo sido gradualmente complementada por doze Protocolos. Em síntese, os Protocolos nºs 1, 4, 6 e 7 acrescentaram à Convenção direitos e liberdades; o Protocolo nº 2 conferiu à Corte Européia de Direitos do Homem o poder de emitir pareceres consultivos; o Protocolo nº 9 abriu aos requerentes individuais a possibilidade de transmitirem os casos ao Tribunal, sob reserva da ratificação do Estado requerido e da aceitação da transmissão por um comitê de filtragem; o Protocolo nº 11 reestruturou o mecanismo de controle, conforme se verá a seguir; enquanto os Protocolos nºs 3, 5, 8 e 10 cuidaram da organização das instituições criadas pela Convenção e de aspectos processuais. A Convenção também foi complementada, em 1961, pela Carta Social Européia, que disciplina os ditos direitos de segunda geração. Cf. Castán Tobeñas, ob. cit., p. 118 18, "*como complemento de la Tabla de derechos enunciada en esta Convención y que contiene tan sólo los derechos ciudadanos básicos, eh propio Consejo de Europa, después de una larga preparación y con la colaboración de la Oficina Internacional del Trabajo, ha dado cima a ha redacción de ha Carta Social Europea, comprensiva de los derechos económicos y sociales. La Carta Social no se ocupa tan sólo de la protección de los trabajadores, sino que comprende, además, la protección del niño, de la mujer casada y de la familia, y enuncia el derecho del ser humano a la protección de la salud y a la asistencia social y médica*".

Sem o intento de menoscabar os postulados relativos aos preceitos substanciais, o grande valor ostentado pelo sistema europeu de proteção aos direitos fundamentais foi nomeadamente a criação de órgãos contendo jurisdição para decidir acerca da aplicação e interpretação de sua Convenção, nomeadamente a Comissão Européia de Direitos do Homem, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa e a Corte Européia de Direitos do Homem - este, por sua natureza, o único autenticamente judicial<sup>19</sup>.

Esses órgãos exerciam as funções de interpretação e aplicação da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais aos casos concretos, independentemente de autorização dada pelos Estados envolvidos para que se conhecesse das lides, sendo-lhes as decisões definitivas e obrigatórias<sup>20</sup>. O sistema regional europeu também foi pioneiro em conferir ao cidadão o *status* de sujeito de direito internacional, possibilitando-lhe ajuizar, individual ou coletivamente, assim como mediante organizações não-governamentais, petições contra os Estados signatários para denunciar violações aos direitos previstos na Convenção<sup>21</sup>.

Em razão do desmedido incremento de casos levados aos órgãos da Convenção, fez-se necessário reformar o mecanismo de controle do sistema. Ante a entrada em vigor do Protocolo nº 11, em 1 de novembro de 1998, instituiu-se uma nova Corte Européia de Direitos do Homem — um tribunal único e permanente para substituir o sistema de dupla instância entre a Comissão e a Corte<sup>22</sup>. O escopo perseguido — e, importa frisar, alcançado — era o de diminuir a duração dos processos e reforçar o caráter judicial do sistema, tornando-o completamente obrigatório e

---

<sup>19</sup> Robert ALEXANDER. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 21, acentua que, quando se trata de um catálogo escrito de direitos fundamentais, o problema jurídico é o da interpretação de formulações do direito positivo dotadas de autoridade. A polémica acerca dos direitos fundamentais adquire um novo caráter em virtude de sua positivação, apresentando-se imprescindível, com efeito, um controle judicial a fim de garantir-se sua eficácia.

<sup>20</sup> Sobre a não-aceitação do argumento do domínio reservado como objeção à competência da Corte, vide Antônio Augusto Cançado Trindade, *O domínio reservado dos Estados na prática das Nações Unidas e organizações regionais*, in ob. cit., p. 411-476.

<sup>21</sup> Consoante os dados estatísticos da própria Corte Européia de Direitos do Homem, mencionados em seu site — <<http://www.echr.coe.int/fr/fdocs/historique.html>> —, “alors qu’ elle avait enregistré 404 affaires en 1981, la Commission en enregistre 2 037 en 1993 et 4 750 en 1997. Par ailleurs, le nombre de dossiers non enregistrés ou provisoires ou tverts par elle au cours de cette même année 1997 avait grimpé à plus de 12 000. Les chiffres pour la Cour reflétaient une situation analogue: 7 affaires déferées en 1981, 52 en 1993 et 119 en 1997”.

<sup>22</sup> Nos termos da Convenção firmada em 1950, os Estados contratantes e os requerentes individuais, no caso dos Estados que reconheciam o direito de recurso individual, podiam apresentar na Comissão queixas dirigidas contra os Estados contratantes, por violação dos direitos garantidos pela Convenção. As queixas eram examinadas preliminarmente pela Comissão, que decidia acerca da sua admissibilidade. Existia uma tentativa de conciliação nas queixas declaradas admissíveis, sendo que, caso falhasse, a Comissão redigia um relatório estabelecendo os fatos e formulando um parecer sobre o mérito da causa. Este relatório era transmitido ao Comitê de Ministros. Na hipótese de o Estado requerido aceitar a jurisdição obrigatória do Tribunal, a Comissão e qualquer Estado contratante dispunham de um prazo de três meses, a contar da transmissão do relatório ao Comitê de Ministros, para enviar o caso ao Tribunal, que proferia então uma decisão definitiva e vinculativa. No caso de a queixa não ser transmitida ao Tribunal, incumbia ao Comitê de Ministros decidir se existia ou não uma violação da Convenção e arbitrar, eventualmente, uma reparação razoável à vítima. O Comitê de Ministros ainda era responsável pela vigilância da execução dos acórdãos do Tribunal. Para apreender as decisões, vide o site <<http://www.edvz.sbg.ac.at/var/docs/egmr/echrhome.htm>>, vistas à conciliação das partes. No prazo de três meses a contar da data de prolação do acórdão de uma

abolindo os poderes de decisão do Comitê de Ministros<sup>23</sup>.

Ainda antes dessa acentuada reforma, os Estados que firmaram a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais se obrigaram não tão-somente a adequar suas leis e práticas administrativas e judiciais às disposições da Convenção, senão também a se submeter ao controle internacional, sujeitando-se à jurisdição da Comissão e da Corte Européia de Direitos do Homem, bem como do Comitê de Ministros do Conselho Europeu, o que ia terminantemente de encontro a sistemas que não admitiam o controle judicial de ato administrativo e mormente de lei, tal como o sistema inglês<sup>24</sup>.

## 2 A MITIGAÇÃO DA GRUNDNORM NA INGLATERRA

Se por um lado as experiências tidas com a II Guerra Mundial e governos totalitários serviram de impulso para a consagração dos direitos fundamentais em

<sup>23</sup> Conforme a página oficial da Corte Européia de Direitos Humanos na Internet — <<http://www.echr.coe.int>> este novo Tribunal começou a funcionar em 1 de novembro de 1998, data da entrada em vigor do Protocolo nº 11. Desde então, qualquer Estado contratante — queixa estadual — ou qualquer particular que se considere vítima de uma violação da Convenção — queixa individual — pode dirigir diretamente ao Tribunal uma queixa alegando violação por um Estado contratante de um dos direitos garantidos pela Convenção. Cada queixa individual é atribuída a uma câmara, cujo presidente designa um relator. Após um exame preliminar da queixa, o relator decide se tal queixa deverá ser submetida a um comitê de três juizes ou uma Seção, que pode declarar, por unanimidade, uma queixa inadmissível ou arquivá-la. Além dos casos que lhe são diretamente atribuídos pelos relatores, as seções também examinam as queixas que não tenham sido declaradas inadmissíveis pelos referidos comitês de três juizes, bem como as queixas estaduais. As seções pronunciam-se sobre a admissibilidade e o mérito das queixas, em geral por meio de decisões distintas; eventualmente, por decisão única. As seções podem, a todo o tempo, decidir enviar unia queixa ao Tribunal Pleno se um caso levantar uma questão grave relativa à interpretação da Convenção ou quando a solução de uma questão possa conduzir a uma contradição com um acórdão anteriormente pronunciado pelo Tribunal, a menos que uma das partes a tal se oponha. As decisões da Seção sobre a admissibilidade são tomadas por maioria, motivadas e públicas. Quando a Seção decide admitir uma queixa, pode convidar as partes a apresentar provas suplementares e observações por escrito, incluindo, no que diz respeito ao queixoso, um eventual pedido de reparação razoável e a participar de audiência pública sobre o mérito do caso. O presidente da Seção pode, no interesse da boa administração da justiça, convidar ou autorizar qualquer Estado contratante que não seja parte no processo, ou qualquer outra pessoa interessada, a apresentar observações escritas ou, em circunstâncias excepcionais, a participar de audiência. Um Estado contratante do qual o queixoso seja nacional tem o direito de intervir no processo. Durante o processo relativo ao mérito, podem existir negociações conduzidas por intermédio do secretário, com vistas à conciliação das partes. No prazo de três meses a contar da data de prolação do acórdão de unia Seção, as partes podem pedir que o caso seja enviado ao Tribunal Pleno, caso estejam em causa questões graves relativas à interpretação ou à aplicação da Convenção ou de seus Protocolos, ou uma questão grave de caráter geral. O acórdão da Seção torna-se definitivo no prazo de três meses a contar da data de sua prolação, ou antes disso, se as partes declaram não ser sua intenção solicitar a devolução do caso ao Tribunal Pleno ou, enfim, se o coletivo de cinco juizes rejeitar o pedido de devolução. O Comitê de Ministros do Conselho da Europa é o responsável pela vigilância da execução dos acórdãos. Incumbe-lhe assim verificar se os Estados, relativamente aos quais foi dito pelo Tribunal terem violado a Convenção, tomaram as medidas necessárias para se conformarem às obrigações específicas ou gerais que resultam dos acórdãos do Tribunal.

<sup>24</sup> Força destacar que, a teor da teoria clássica, a lei seria uma fonte secundária do direito inglês, pela qual não se deve procurar nesta os princípios do direito, mas somente soluções que precisem ou retifiquem os princípios estabelecidos na jurisprudência. Não mais é assim. Hoje, a lei desempenha na Inglaterra uma função que não é inferior à da jurisprudência. Todavia, sublinha René David, *Les grands systèmes de droit contemporain*. Paris: Dalloz, 1982, p. 391, “*le droit anglais demeure néanmoins, dans les circonstances actuelles, un droit de type essentiellement jurisprudentiel, pour deux raisons: la jurisprudence continue à en guider le développement dans certains secteurs demeure fort importants, et d’autre part, habitués à des siècles de règne de la jurisprudence, les juristes anglais n’ont pas réussi, jusqu’à présent, à s’affranchir de leur tradition. Par eux il n’existe de règle de droit véritable que vue à travers les faits d’une espèce, et réduite à la portée nécessaire pour trancher un litige*”. Sobre o assunto, vide ainda Antônio Felipe A. GALLO, A lei como fonte principal do direito inglês, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 673, p. 3 31-34, 1991.

sua perspectiva universalista, prestaram, de outro, para o advento da dita *justiça constitucional*<sup>25</sup>. Nessa onda de circunscrever o poder político, transformaram-se as normas constitucionais, as instituições e os processos, afigurando-se certamente como importante meio para alcançar esse desiderato a revisão judicial de constitucionalidade de ato administrativo e, em especial, de legislação<sup>26</sup>.

Ao contrário da grande maioria dos países europeus, a Inglaterra tem sido relutante em participar dessa *revolução constitucional*<sup>27</sup>. Neste país, o princípio da supremacia parlamentar<sup>28</sup>, que tem como corolário a incapacidade do órgão judicial para controlar a validade de lei, se enraizou há muito como um verdadeiro credo político, de tal modo que o Parlamento, como incorporação da vontade democrática, tem-se mostrado praticamente imune ao controle judicial (item i).

Contudo, em face de consecrários no plano do direito internacional, esse princípio basilar da ordem institucional inglesa não é mais absoluto. Ainda antes de o Reino Unido tornar-se membro pleno da então Comunidade Européia, a supremacia parlamentar padeceu temperamentos, para aceitar um controle judicial de sua legislação pela Comissão e, máxime, pela Corte Européia de Direitos do Homem (item II).

<sup>25</sup> Embora já existissem em muitos países constituições e direitos fundamentais, até sobrevir a II Guerra Mundial seus significados tendiam a ser compreendidos mais como meras declarações político-filosóficas do que como atos legalmente obrigatórios. Cf. Mauro Cappelletti, *Repudiating Montesquieu? The expansion and legitimacy of "constitutional justice"*, in *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, tomo XXXVI, p. 29, 1986, a revolução constitucional só ocorreu na Europa em razão do entendimento de que necessitavam as Constituições e os direitos fundamentais de um aparato judiciário para que se tornassem efetivos.

<sup>26</sup> Ante a inclusão dos direitos fundamentais nas Constituições, estendendo, assim, a proteção constitucional aos indivíduos em face do poder governamental, imprescindível era tornarem-se efetivas as Constituições e os direitos fundamentais nelas previstas, via controle judicial. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1994, p. 31 84-191, aduz que tribunal constitucional é insubstituível para tutelar-se os direitos e liberdades fundamentais. Segundo ele, *"la libertad y los derechos fundamentales intentan definir un límite al poder, por de pronto, y en este sentido consagran un verdadero ius resistendi. Si la Constitución los consagra, es obvio que una mayoría parlamentaria ocasional que los desconozca o los infrinja, lejos de estas legitimada para ello por el argumento mayoritario, estará revelando su abuso de poder, su posible intento de postración o de exclusión de la minoría. La función protectora del Tribunal Constitucional frente a este abuso, anulando los actos legislativos atentatorios de la libertad de todos o de algunos ciudadanos, es el único instrumento eficaz frente a ese atentado; no hay alternativa posible si se pretende una garantía efectiva de la libertad, que haga de ella algo más que simple retórica del documento constitucional"* (p. 190).

<sup>27</sup> Como assevera Fernando José Bronze, "Continentalização" do direito inglês ou "insularização" do direito continental?, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, suplemento XXII, p. 1-234, 1975, p. 124, é conhecida a singularidade da história sociopolítica e jurídica da Inglaterra e a enorme influência que esse fator desempenhou na emergência e modelação de um direito diferente do continental e justamente caracterizado, na metáfora utilizada por Galsworthy, *apud* Max Rheinstein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, München, Verlag C. H. Beck, 1974, *"by its smell of fine old cheese"*, Sobre a história do direito inglês e sua importância, vide ainda René David, *ob. cit.*, p. 3317-339

<sup>28</sup> Cf. Albert Venn DICEY, *Law of the Constitution*. 9. ed. London: Macmillan, 1939, p. 39-40, *the principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament"*. Herbert HART, *The concept of law*. Oxford: Clarendon, 1972, p. 215-221, refere que é possível imaginar diferentes formas de autoridade internacional e, correspondentemente, muitas diferentes limitações sobre a independência dos Estados. Assevera ele que *the possibilities include, among many others, a world legislature on the model of the British Parliament, possessing legally unlimited powers to regulate the internal and external affairs of all; a federal legislature on the model of Congress, with legal competence only over specified matters or one limited by guarantees of specific rights of the constituent units"*.

## 2.1 O princípio da supremacia do Parlamento

Na Inglaterra, desde a Revolução Gloriosa se firmou de uma maneira bastante enfática a absoluta supremacia do Parlamento — a *Grundnorm* da Constituição não-escrita —, a qual, como enuncia conhecido provérbio inglês, “*can do everything but make a woman a man, and man a woman*”<sup>29</sup>. Em um país em que a tradição e o espírito democrático são uma poderosa realidade, o Parlamento não encontra, a rigor, outros limites à sua onipotência que não seja o controle exercido pela opinião pública.<sup>30</sup>

Se o modelo francês de preterição do Poder Judiciário encontra em Montesquieu seu mais autorizado teórico, John Locke é visto como tendo desempenhado papel semelhante na Inglaterra. Malgrado seja freqüentemente acionado à doutrina da separação dos poderes, Locke não depreendia o Judiciário como um poder separado<sup>31</sup>. Na sua visão, havia dois poderes *derivados* ou *inferiores*, o Executivo e o Federativo<sup>32</sup>, constituindo o Legislativo um poder supremo<sup>33</sup>.

Locke concebia o Judiciário como um mero aplicador competente e privilegiado dos naturais limites legais da vontade legislativa. A sua doutrina repercutiu fortemente em William Blackstone. Este renomeado publicista inglês considerava o poder do Parlamento absoluto e cabalmente fora de controle. Para ele, a idéia da revisão judicial seria o equivalente a ter o Judiciário acima do Poder Legislativo — o

---

<sup>29</sup> Em síntese, apenas o Parlamento, i. é., o monarca, a Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns, tem o poder de decretar, rejeitar ou emendar qualquer lei. Ao Judiciário não cabe questionar a validade da lei, tão-só interpretá-la.

<sup>30</sup> Cf. Renè David, ob. cit., p. 388-389. Importa lembrar que não existe na Inglaterra Constituição escrita; o que se convencionou chamar de Constituição na verdade é um conjunto de regras de ordem legislativa ou, na maioria das vezes, jurisprudencial, que garantem as liberdades fundamentais e que concorrem para limitar o arbítrio das autoridades. Sobre as diferenças entre os sistema da common *law* do direito inglês e o da *civil law* do direito continental europeu, bem como a sua convergência, vide Fernando José Bronze, ob. cit., p. 124-234.

<sup>31</sup> Montesquieu, diferentemente de Locke, tinha o Judiciário como um dos três poderes, juntamente com o Legislativo e Executivo. Não obstante, considerava-o em certo sentido nulo, subjugando-o a desempenhar uma tarefa meramente mecânica de aplicação da lei aos casos concretos. Sobre a teoria da separação dos poderes formulada por Montesquieu, vide o Livro XI de *L'Esprit des Lois*. Oportuno lembrar a observação de Mauro Cappelletti, ob. cit., p. 52, no sentido de que “*unlike France, judicial review of administrative action has never encountered serious obstacles in Great Britain. The doctrine of separation of powers was never fully adopted in England in its 'French version', that is in the version which implied the prohibition of any 'interference' by the courts even with the administrative, not only with the legislative, branch*”.

<sup>32</sup> Cf. John Locke, *Two treatises of government*. Cambridge: Cambridge University, 1988, p. 364-366.

<sup>33</sup> John Locke, ob. cit., p. 367-368, in ali Cases, whilst the Government subsists. the Legislative is the Supream Power. For what can give Laws to another, must needs be superiour to him: and since the Legislative is no otherwise Legislative of the Society, but by the right it has to make Laws for all the parts and for every Member of the Society, prescribing Rules to their actions, and giving power of Execution, where they are transgressed, the Legislative must needs be the Supream, and all other Powers in any Members ar parts of the Society, derived from and subordinate to it “.

que constituiria a subversão de todo o governo<sup>34</sup>.

Qualquer que tenha sido a real influência da doutrina de John Locke na Revolução Gloriosa<sup>35</sup>, pela qual se pôs fim à monarquia absolutista, o fato é que se tomou o âmago de sua ideologia. E não se trata de história passada. Desde a Revolução até hoje, a *Supremacy Parliamentary* permanece como o princípio mais importante do direito constitucional inglês, conquanto relativizado em certa medida, em face de consecutórios na seara do direito internacional. .

## 2.2 A influência da justiça transnacional de Estrasburgo

Desde que o Reino Unido tomou-se membro pleno da então Comunidade Européia em 1973, tornou-se patente que o princípio da supremacia do Parlamento inglês não mais prevalecia inteiramente. Diante do primado da norma comunitária sobre a norma nacional e a existência um sistema de garantia judicial para as hipóteses em que é contestado o direito comunitário ou necessário fazê-lo respeitar, o Tribunal de Justiça — instituição judicial da Comunidade — passou inevitavelmente a realizar

---

<sup>34</sup> Para William Blackstone (1723-1780), por menos razoável que fosse uma lei parlamentar, era defeso ao órgão judicial afastá-la. Na clássica passagem inserida em sua obra *Commentaries of the Law in England*, p. 160-161, Blackstone imprime toda sua consideração em relação ao poder do Parlamento: *"the power and jurisdiction of Parliament, says Sir Edward Coke, is so transcendent and absolute, that it cannot be confined, either for causes or persons, within any bounds. And of this high court, he adds, it may be truly said, 'Si antiquitatem spectes, est vetustissima; si dignitatem, est honoratissima; si jurisdictionem, est capacissima.' It hath sovereign and uncontrollable authority in the making, confirming, enlarging, restraining, abrogating, repealing, reviving, and expounding of law, concerning matters of all possible denominations, ecclesiastical or temporal, civil, military, maritime, or criminal: this being the place where thmat absolute despotic power, which must in all governments reside som ewhere, is entrusted by the constitution of thmese kingdoms. All mischiefs and grievances, operations and remedies, thmat transcend time ordinary course of time laws, ae within time reachm of this extraordinary tribunal. It can regulate ar new-model time succession to time Crown; as was done in the reign of Henry VIII and William III It can alter time established religion of time land; as was done in a variety of instances, in time reigns of king Henry VIII and his three children. It can change and create afresh evemm time constitution of the kingdom ammd of parliaments thmeselves; as was dorme by time act of union, and time several statutes for triennial and septennial elections. It can, in short, do everything that is not naturally impossible; and therefore some have not scrupled to call its power, by a figure rather too bold, time omnipotence of Parliament. True it is; that what time Parliament doth, no authority upon earth can undo. So that it is a matter most essential to time liberties of kingdom, that such members be delegated to this important trust, as are most eminent for their probity, their fortitude, and their knowledge; for it was a know apophthegm of the great lord treasure Burleigh, 'that England could never be ruined but by a Parliament': and, as Sir Matthew Hale observes, this being the highest and greatest court over which none other can have jurisdiction in time kingdom, mf by any means a misgovernment should any way fall upon it, time subjects of this kingdom are left without all manner of remedy. To time sarnie purpose time president Montesquieu, though I trust too hastily, presages: that as Rome, Sparta, and Carthage have lost their liberty and perished, so time constitution of England will in time lose its liberty, will perish: it will perish whenever time legislative power shall become more corrupt than the executive "*, apud A. V. Dicey, ob. cit., p. 41-42

<sup>35</sup> Eduardo García de Enterría, *Problemas del derecho público al comienzo de siglo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 108-109, "Locke mismo y sus ideas son producto de ese pacto final de paz y libertad; es sabido que tuvo que vivir siete años en Holanda en exilio por la guerra civil, exilio dei que volverá con el nuevo Rey Guillermo de Orange, el que corona precisamente la Revolución de 1688; Locke pasa a ser así e el intérprete oficial de esa Revolución, la primeira llamada así en la historia. Su *Second Treatise of Government* es la interpretación final de la Revolución".

um controle da norma nacional inglesa<sup>36</sup>.

Em realidade, ainda antes de o Reino Unido tomar-se membro da Comunidade Européia, desde 1966, quando aceitou a cláusula opcional constante no art. 25 da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais — por que se estendeu a todos cidadãos, após exaurirem as respectiva justiça nacionais, o direito de postularem suas reivindicações perante o sistema jurisdicional da Convenção em Estrasburgo, contra ato, administrativo ou legislativo, violador dos direitos protegidos neste Tratado — não mais subsistia de modo absoluto o princípio da supremacia do *British Parliament*<sup>37</sup>.

Portanto, foi justamente em face da consagração dos direitos fundamentais em sua perspectiva internacionalista, e da necessidade de ter-se um controle judiciário como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, que se iniciou a mitigação da supremacia do *Act of Parliament*. Conquanto ainda inexistente um controle de constitucionalidade, trata-se de uma importante forma de revisão judicial de legislação que penetrou pelos estuários e rios da Inglaterra<sup>38</sup>.

Hoje em dia, é forçoso reconhecer que os direitos fundamentais internacionais — ao menos os previstos na Convenção Européia para Proteção dos Direitos e Liberdades Fundamentais e em outros Tratados ratificados pelo Reino Unido — integram o direito inglês. Há, pois, um sistema de recepção plena do direito internacional geral e convencional, vigorando este automaticamente na ordem interna britânica, razão pela qual devem os seus órgãos aplicadores do direito conhecê-lo e aplicá-lo devidamente.

Passados mais de trinta anos, a experiência granjeada está a demonstrar que a mitigação do preceito basilar da ordem institucional inglesa auferiu um efeito

---

<sup>36</sup> A grande inovação da Comunidade em relação aos anteriores projetos de unificação da Europa, como ela própria reconhece — vide o *site* da União Européia: <<http://curia.eu.int/pt/pres/jeu.htm>> —, reside no fato de que se utilizou para esse fim exclusivamente o *poder do direito*. O direito comunitário tem por característica autonomia e uniformidade para todos os países membros, distinção e superioridade em relação ao direito nacional, sendo uma parte significativa das normas diretamente aplicável em todos os Estados-Membros. É necessário sublinhar que os princípios fundamentais de proteção das pessoas têm merecido consideração na jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu. Desde os acordões de *Stauder*, de 1969, e *Internationale Handelsgesellschaft*, de 1970, a Corte preocupou-se em salvaguardar os direitos fundamentais, declarando que estes constituem princípios gerais do direito e que aplicáveis no âmbito do direito comunitário. Flávia PIOVESAN, *Globalização econômica, integração regional e direitos humanos*, *in* oh. cit., p. 39-77, anota que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia estabelece, ao contemplar direitos correspondentes aos garantidos na Convenção Européia, que o significado e alcance dos direitos que enuncia há de ser os mesmos conferidos nesta, o que não impede a existência de cláusulas mais protetivas e benéficas. Adiciona que nada do disposto na Carta poderá ser interpretado no sentido de restringir ou limitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais já reconhecidos, incluindo os previstos na Convenção e nas Constituições dos respectivos Estados-membros.

<sup>37</sup> Antônio Augusto Cançado Trindade, *Las cláusulas...*, cit., p. 614-615, sustenta que a cristalização da personalidade e capacidade jurídica plena internacionais do ser humano constitui o maior legado da ciência jurídica do século XX. Argumenta que *“el derecho de petición es una cláusula petrea de los tratados de derechos humanos que lo consagran, — a ejemplo del artículo 25 de la Convención Europea y del artículo 44 de la Convención Americana, — sobre la cual se erige el mecanismo jurídico de la emnancipación del ser humano vis-à-vis el próprio Estado para la protección de sus derechos en ei ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es por medio del ejercicio (el derecho de petición individual a la instancia judicial internacional de protección que se da expresión concreta al reconocimiento de que los derechos humanos a ser protegidos san inherentes al ser humano, no derivan del Estado, y tampoco pueden ser por este suprimidos”*.

<sup>38</sup> Cf. Mauro Cappelletti, *ob. cit.*, p. 55-56.

bastante positivo, a despeito de ter dado causa a melindres no Reino Unido. Cidadãos ingleses têm invariavelmente ajuizados demandas perante os órgãos judiciais de Estrasburgo, contra atos legais e administrativos nacionais. As sentenças de procedência proliferam, impondo condenações que — embora de encontro à tradição de desdenhar a revisão judicial da vontade legislativa preconizada por Locke e por Blackstone — conferem uma eficácia mais pródiga aos direitos fundamentais.

## CONCLUSÃO

Somente com a experiência da II Guerra Mundial e dos regimes totalitários sentiu-se a necessidade de garantir certos direitos fundamentais no plano internacional, passando-se a desenvolver, em níveis global e regional, mecanismos jurídicos aptos a protegê-los. Bárbaro avanço nesse sentido, ressaltado o pioneirismo do sistema europeu, representou a instituição de justiças transnacionais, empregando-se o controle judicial como instrumento de proteção dos direitos fundamentais<sup>39</sup>.

A nova cena mundial e a consagração da idéia de que a proteção de certos direitos fundamentais é questão de direito internacional acarretaram em fortes repercussões nos sistemas institucionais dos Estados<sup>40</sup>. Na Inglaterra, ainda antes de o Reino Unido tornar-se membro pleno da então Comunidade Européia, o princípio da supremacia parlamentar padeceu temperamentos, aceitando a revisão judicial como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, embora não sem algum ressentimento.

Como proficientemente assere Vieira de Andrade, os direitos fundamentais, na perspectiva de direitos naturais ou internacionais, assumem relevância nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados. Há um princípio de valor que transcende a sua vontade política, de maneira que a aplicação e conhecimento dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pressupõe uma autêntica dimensão extraconstitucional e transpositiva destes, que tem como centro de referência a

---

<sup>39</sup> Cumpre consignar que a criação de mecanismos judiciais internacionais para a proteção dos direitos fundamentais alteraram a antiga formulação do próprio direito de soberania. Sobre a crise da soberania em face dos direitos fundamentais, vide Oliveiros Litrento, ob. cit., p. 56-60. Mauro Cappelletti, *Giustizia...*, ob. cit., p. 31, esposa que *"la lezione cine gli straordinari sviluppi europei possono offrirci, può forse avere un significato anche ai di là dell'Europa. Quegli sviluppi ci insegnano infatti che e 'è oggi in un numero crescente di paesi un'esigenza, pressante e potente, per cui, bon gré mai gré, gli uomini e gli Stati sono indotti a muoversi verso un sistema di 'giustizia superiore', non soltanto all'interno dei singoli paesi — onde si hanno le varie forme di giustizia costituzionale — nua altresì a livello transnazionale"*.

<sup>40</sup> Norberto BOBBIO, ob. cit., p. 41, ressalta que não há dúvida de que os cidadãos que têm mais necessidade de proteção internacional são os dos "Estados não de direito", ou seja, onde não funciona regularmente um sistema de garantias dos direitos do homem. Mas tais Estados são, precisamente, os menos inclinados a aceitar as transformações da comunidade internacional que deveriam abrir caminho para a instituição e o bom funcionamento de uma plena proteção jurídica dos direitos do homem.

dignidade da pessoa humana<sup>41</sup>.

E nesse sentido, toca ao Poder Judiciário um valioso papel. Mister que se viabilize, em todos os lugares do planeta, uma prestação jurisdicional ampliadora da eficácia dos direitos fundamentais, bem como um acesso célere e justo, concretizando-se verdadeiro princípio estruturante do Estado de Direito. O respeito universal da dignidade, da igualdade e dos direitos de cada indivíduo constitui o fundamento da paz, da liberdade e da justiça do mundo — ideal que jamais podemos deixar de perquirir<sup>42</sup>.

## FONTE BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos no Estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, 1999.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais tais no Estado Constitucional Democrático. Traduzido por Luís Afonso Heck. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 16, p. 203-214, 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traduzido por Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *A Teoria das Formas de Governo*. Traduzido por Sérgio Bath. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

BONAVIDES, Paulo. A nova universalidade dos direitos fundamentais. *Nomos*: Revista do Curso de Mestrado de Direito da UFC. Fortaleza, v. 01/10, n. 1/12, p. 01-13, 1990.

---

<sup>41</sup> Cf. José Carlos Vieira de Andrade, ob. cit., p. 35-47. Paulo Bonavides, A nova universalidade dos direitos fundamentais, *Nomos*, Fortaleza, p. 01-13, v. 01/10, n° 1/12, 1990, apoiando-se no culturalismo de Miguel Reale, preceitua que a *nova universalidade* — como sói denominar a reedição da universalidade dos direitos fundamentais pós-guerra — procura subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da triplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade.

<sup>42</sup> Last but not least, importa lembrar BOBBIO, ibidem, p. 63-64, “poder-se-iam multiplicar os exemplos de contraste entre as declarações solenes e sua consecução, entre a grandiosidade das promessas e a miséria das alegações. Já que interpretei a amplitude que assumiu atualmente o debate sobre os direitos do homem como um sinal do progresso moral da humanidade, não será inoportuno repetir que esse crescimento moral não se mesura pelas palavras, mas pelos fatos. De boas intenções, o inferno está cheio”.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de (org.). *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BRONZE, Fernando José. "Continentalização" do direito inglês ou "insularização" do direito continental? *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, suplemento XXII, p. 01-233, 1975.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. Giustizia costituzionale soprannazionale: il controllo giudiziario delle leggi e la giurisdizione delle libertà a livello internazionale. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, n. 1, p. 01-32, 1978.

\_\_\_\_\_. Repudiating Montesquieu? The expansion and legitimacy of "constitutional justice". *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, tomo XXXVI, p. 35-66, 1986.

CASTÁN TOBEÑAS, José. *Los Derechos del Hombre*. 2. ed. Madrid: Reus, 1976.

CASTILHO, Niceto Alcalá-Zamora y. *La Protección Procesal Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Civitas, 1975.

CORTE Interamericana de Direitos Humanos. *Qué es la CIDH?* Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/que.htm>> Acesso em: 30 jun 2002.

\_\_\_\_\_. *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*. Disponível em: <<http://www.cidh.org/basic.esp.htm>> Acesso em: 30 jun 2002.

CORTE Européia de Direitos do Homem. *Historique, organisation et procedure*. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/fr/fdocs/historique.html>> Acesso em: 30 jun 2002.

DAVID, Renè. *Les grands systèmes de droit contemporain*. 8. ed. Paris: Dalloz, 1982.

DICEY, Albert Venn. *Law of the Constitution*. 9. ed. London: Macmillan, 1939.

FAVOREU, Lois et al. *Tribunales constitucionales europeas y derechos*

*fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FIORATI, Jete Jane. A evolução jurisprudencial dos sistemas regionais internacionais de proteção aos direitos humanos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 127, p. 177-190, 1995.

GALLO, Antônio Felipe. A lei como fonte principal do direito inglês. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 673, p. 31-34, 1991.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1994.

\_\_\_\_\_. *Problemas del derecho público al comienzo de siglo*. Madrid: Civitas, 2001.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. Oxford: Clarendon, 1972.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LITRENTO, Oliveiros Lessa. *O Problema Internacional dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Rio, 1973.

LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Barcelona: Ariel Derecho, 1995.

LOCKE, John. *Two treatises of government*. Cambridge: Cambridge University, 1988.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. Tomo IV: Direitos Fundamentais.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de Brede e de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Brasil, 1960.

PIOVESAN, Flávia Cristina (org.). *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SANCTIS, Fausto Martins de. A Corte Europeia dos Direitos do Homem. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 97, p. 62-63, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. (org.). *A Constituição Concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TRINDADE, Antônio A. Cançado. *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SISTEMA Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/index.htm>> Acesso em: 11 ago 2002.

UNIÃO EUROPÉIA. *Tribunal de Justiça e Tribunal de Primeira Instância*. Disponível em: <<http://curia.eu.int/pt/index.htm>> Acesso em: 01 jul 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995.

# OS DIREITOS HUMANOS E AS CONCEPÇÕES NÃO-OCIDENTAIS: O QUE O ISLÃ TEM A VER COM ISTO?<sup>1</sup>

César Augusto Baldi

## 1 A Umma islâmica e os direitos humanos

Raimon Panikkar estabelece, em relação aos direitos humanos, a seguinte metáfora:

[. . .] os direitos humanos são uma janela através da qual uma cultura determinada concebe uma ordem humana justa para seus indivíduos, mas os que vivem naquela cultura não enxergam a janela; para isso, precisam da ajuda de outra cultura, que, por sua vez, enxerga através de outra janela. Eu creio que a paisagem humana vista através de uma janela é, a um só tempo, semelhante e diferente da visão de outra. Se for o caso, deveríamos estilhaçar a janela e transformar os diversos portais em uma única abertura, com o conseqüente risco de colapso estrutural, ou deveríamos antes ampliar os pontos de vista tanto quanto possível, e acima de tudo, tornar as pessoas cientes de que existe, e deve existir, uma pluralidade de janelas?<sup>2</sup>

Se é difícil abandonar a referência aos direitos humanos - uma vez que constituem nosso *topos* de referência, é necessário, contudo, “abrir este *topos* ao máximo, para permitir a emergência de laços de encontro, de partilha e de enriquecimento mútuos com outras tradições humanas”.<sup>3</sup>

A proposta, tal como já delineada acima, busca encontrar equivalentes homeomórficos nas demais culturas, encontrar conceitos, designações ou cosmovisões que manifestem preocupações e aspirações semelhantes ou mutuamente inteligíveis.

Os *topoi*, como já nos ensinara a Retórica, são lugares comuns teóricos, premissas fundantes da argumentação que, sendo autoevidentes, permitem a

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Constitucional II, na Ulbra/Campus Cachoeira do Sul. Mestre em Direito (ULBRA/RS), Especialista em Direito Político (UNISINOS). Chefe de Gabinete da Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria (TRF/4ª Região).

<sup>2</sup> Adota-se, aqui, a sugestão de Abdoolkarim Vakil, no sentido de utilização da expressão Islã (no Brasil) e Islão (em Portugal): “o Islão é uma das poucas religiões que se auto-denominou: as outras vieram a assumir como suas designações com que foram rotuladas por opositores ou por elementos externos. O Islão tem o seu próprio nome, isto é, tem o nome que se deu a si próprio: Islam. [. . .] Islamismo é uma forma de alienação porque representa uma maneira de designar esta religião com um termo que lhe é externo, que lhe é imposto por conveniência lingüística de equivalência com as outras religiões: judaísmo, cristianismo, hinduísmo, budismo, etc”. VAKIL, Abdoolkarim. O Islão em contextos minoritários: comunitarismo, cidadania e diálogo intra e inter-religioso. In: Fórum Eugênio de Almeida, 22 e 23 de outubro de 2003, Évora, p. 17. Texto disponibilizado, gentilmente, pelo autor.

<sup>3</sup> PANIKKAR, Raimon. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? Op. cit., p. 206.

<sup>4</sup> EBERHARD, Christoph. Construire le dialogue interculturel: le cas des droits de l’homme. Disponível em <<http://sos-net.eu.org/red&s/dhdi/textes/eber15>>, p. 15.

produção de troca de argumentos e, portanto, o diálogo. O deslocamento dos *topoi* fortes de uma cultura para o contexto de outra, contudo, torna-os vulneráveis, porque, recontextualizados, passam a ser vistos como meros argumentos, e não mais como premissas evidentes. Daí intitular-se “hermenêutica diatópica” (“dia”: através; “topos”: lugares comuns teóricos).

Os argumentos de uma cultura - e esta própria - somente podem ser reconhecidos como incompletos na presença de outra cultura; ou seja, a incompletude de uma cultura somente é perceptível à luz de outra. Daí a metáfora panikkariana da janela por meio da qual visualizamos determinadas questões: a finalidade é “ampliar ao máximo a consciência da incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro pé noutra”.<sup>4</sup>

Ora, como bem salientado por Rhoda Howard, se todas as sociedades têm uma concepção de dignidade humana e justiça social, somente uma parcela a traduz em termos de sistemas de direitos, ao passo que a grande maioria rejeita a expressão da dignidade em termos de direitos inalienáveis do ser humano fisicamente individualizado contra a família, a comunidade ou o Estado.<sup>5</sup>

Segundo Boaventura de Sousa Santos, é possível exercitar a referida hermenêutica diatópica entre o *topos* de direitos humanos e o *topos* de *Umma* da cultura islâmica. No seu entendimento, o conceito de *Umma* “refere-se sempre à comunidade étnica, lingüística ou religiosa de pessoas que são o objecto do plano divino de salvação” e, à medida que a atividade profética de Maomé “foi progredindo, os fundamentos religiosos da umma tornaram-se cada vez mais evidentes e, conseqüentemente, a umma dos árabes foi transformada na umma dos muçulmanos”.<sup>6</sup>

A partir do *topos* da *Umma*, a incompletude dos direitos humanos individuais “reside no facto de, com base neles, ser impossível fundar os laços e as solidariedades colectivas sem as quais nenhuma sociedade pode sobreviver, e muito menos prosperar”.<sup>7</sup> Esta dificuldade fica evidente no que diz respeito à aceitação de direitos coletivos de grupos sociais ou povos (mulheres, minorias étnicas, crianças, povos indígenas) e, que, no plano jurídico, é responsável também pela resistência aos mecanismos de litigação coletiva (de que dão mostra os intentos de reduzir legitimidade do Ministério Público e de sindicatos para a propositura de ações coletivas ou, mais ainda, na sua execução). Uma dificuldade que, no entender de Boaventura Santos, é mais ampla: é a “dificuldade em definir a comunidade enquanto arena de solidariedades concretas, campo político dominado por uma obrigação política horizontal”, idéia que, central para Rousseau, foi banida do pensamento liberal.

Por outro lado, a partir do *topos* de direitos humanos, a *Umma* destaca, demasiadamente, “deveres em detrimento de direitos e por isto tende a perdoar

<sup>4</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: BALDI, César Augusto (org.) *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 257.

<sup>5</sup> HOWARD, Rhoda. Dignity, community and human rights. In: AN-NA'IM, Abdullahi (ed.). *Human rights in cross-cultural perspectives, a quest for consensus*. Pennsylvania: University Press, p.91, 1992.

<sup>6</sup> SANTOS, op. cit., p. 259.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 260.

desigualdades que seriam de outro modo inadmissíveis, como a desigualdade entre homens e mulheres ou entre muçulmanos ou não-muçulmanos”. Weeramantry, por sua vez, entende que a cultura islâmica pode ajudar a enriquecer a cultura de direitos humanos justamente porque “a ênfase em direitos necessita ser temperada com a correspondente ênfase em deveres”, do mesmo modo que “a ênfase em valores puramente materiais necessita ser temperada por uma ênfase nos valores sociais, humanísticos e culturais, que tendem a ser obscurecidos pela discussão de direitos puramente civis e políticos”.<sup>8</sup> Assim, se a fraqueza fundamental da cultura ocidental consiste em “estabelecer dicotomias demasiado rígidas entre o indivíduo e a sociedade, tornando-se assim vulnerável ao individualismo possessivo, ao narcisismo, à alienação e à anomia”, a fraqueza fundamental da cultura islâmica é devida ao fato de não “reconhecer que o sofrimento humano tem uma dimensão individual irredutível, a qual só pode ser adequadamente considerada numa sociedade não hierarquicamente organizada”.<sup>9</sup>

Ora, se a hipótese de Boaventura Santos em relação ao equivalente homeomórfico do Islã está correta, os intentos de reconfiguração da *Umma* são altamente promissores.

A partir do reconhecimento da progressiva expansão do Islã pelo mundo, aí incluída a Europa, fala-se, inclusive, em “diáspora islâmica” (em comparação com a judaica), o que ensejou todo um novo imaginário em relação ao conceito de *Umma*. Tido como “lugar de pertença” ou de “comunidade imaginária”, o fato é que a noção apresenta um sério desafio à idéia tradicional de “nação”: “o Islã interrompe a lógica de nação”, porque o principal é o

problema da integração - i.e. como incluir várias populações dentro das fronteiras de uma nação, e, ao mesmo tempo, ter um foco no problema das suas lealdades para edificar de forma mais abrangente que a nação.<sup>10</sup>

Neste contexto de mundo pós-westfaliano, Salman Sayyid<sup>11</sup> sustenta que a “diáspora islâmica” tem que ser vista como uma “antinação”, porque a *Umma* não é uma comunidade econômica ou comercial, uma civilização ou uma sociedade linguística e também não demonstra um estilo de vida comum: existe a idéia de que a proclamação de uma subjetividade muçulmana pode ser encontrada em todas as comunidades islâmicas do mundo, e, assim, ocupando uma posição “dentro da periferia, ela está sujeita ao processo de desnacionalização”, o que abre a possibilidade de “reconfiguração de uma formação cultural que é menos e menos particular e mais e mais universal”. O mundo atual é caracterizado por duas formas de descentração: a do Ocidente, que marca o final da Era da Europa, e a do estado-nação periférico, que é associado com a globalização:

<sup>8</sup> WEERAMANTRY, C. G. *Islamic Jurisprudence: an international perspective*. Kuala Lumpur: Other Press, 2001. p. 125.

<sup>9</sup> Idem nota 7.

<sup>10</sup> Para maiores detalhes sobre a questão da diáspora e das consciências transnacionais dos islâmicos, veja-se a contribuição de TIESLER, Nina Clara. *Consciências transnacionais e diaspóricas entre muçulmanos na Europa: os agentes*. In: VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais, 16 a 19 de setembro de 2004, Coimbra.

“entre as duas formas de descentração, é que nós podemos localizar a Umma islâmica, e é esta posição que lhe dá o caráter diaspórico”.

Com o mesmo intento de ressignificação da *Umma*, Farish Noor<sup>12</sup> pugna pelo reconhecimento das diferenças internas e do pluralismo no interior desta, pela problematização da própria identidade enquanto multiplicidade e diferença do outro e pela procura dos caminhos comuns que ligam os muçulmanos e os outros. Daí o seu conceito de “Islam bi la hudud”, um Islã sem fronteiras e verdadeiramente universal, em que procura ressignificar três áreas problemáticas: a questão Israel/Palestina, gênero e igualdade, e, por fim, globalização, meio ambiente e futuro. Salientando que a luta inicial dos palestinos tinha por base uma sociedade pluralista e multi-religiosa e que a caricatura do Ocidente em relação ao Islã é recíproca, destaca a necessidade de ver que “as tragédias na Bósnia, na Palestina, em Gujarat, na Cachemira, e em outros lugares não são somente ‘problemas muçulmanos’, mas sim catástrofes humanas e graves violações de direitos humanos universais”, uma luta em que judeus, cristãos, hindus e toda a humanidade está envolvida. No tocante à questão de gênero, importante é verificar as contradições internas e o duplo estandar dentro da comunidade islâmica, de forma a dar igual vez às vozes subalternas e garantir, “não somente o direito de falar, mas também o direito de professar e pronunciar”, porque “não se pode reclamar respeito e igual tratamento a menos - e até quando - não se mostrar o mesmo respeito entre nós”, ou seja, corrigindo os “erros existentes no mundo ao nosso redor”. Por fim, o último dilema diz respeito à impossibilidade de isolamento do resto do mundo, pondo em discussão a necessidade de responder a questões que não são estritamente religiosas, mas afetam a todas as pessoas (degradação do meio ambiente, exploração dos recursos finitos, a destruição das economias locais, a liberalização dos mercados e a globalização). Diante desta realidade - plural, multicultural, desigual, complexa, sem fronteiras e injusta - o cientista político malaio afirma:<sup>13</sup>

Necessitamos forjar uma nova cadeia de equivalências que equacione os interesses universais com os muçulmanos e os problemas universais com os muçulmanos. O coração muçulmano não pode sangrar somente quando vê lágrimas e sofrimentos muçulmanos. Se nós não formos movidos pelas condições ruins e o sofrimento dos outros, se não pudermos sentir a dor e as ansiedades dos outros, se não pudermos compartilhar a alegria e aspirações dos outros, então não podemos reivindicar os mesmos direitos e atribuições para nós mesmos. E tampouco podemos dizer que a nossa é uma abordagem universal do Islã. A mensagem universal do Islã não será - e não se transformará - uma realidade enquanto não ultrapassar os domínios do Dar-al-Islam.

<sup>11</sup> SAYYID, S. *Beyond Westphalia: Nations and Diasporas: the case of Muslim Umma*. Jamaat-e-Islami Bangladesh. Disponível em: <[http://www.jamaat-e-islami.org/rr/nationsdiasporas\\_sayyid.html](http://www.jamaat-e-islami.org/rr/nationsdiasporas_sayyid.html)> Acesso em: 23 jul.2004.

<sup>12</sup> NOOR, Farish A. What is the victory of Islam? Towards a different understanding of the Umma and political success in the contemporary world. In: SAFI, Omid (ed). *Progressive Muslims - on justice, gender, and pluralism*. Oxford: Oneworld, 2003. p. 327-331.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 332.

Assim reconfigurada, a *Umma* passa a ser um fermento para um novo cosmopolitismo, baseado na idéia de que o sofrimento, a dor, as ansiedades não afetam somente os atingidos especificamente, mas toda a humanidade. A associação, aqui, poderia ser realizada com a metáfora do “cidadão peregrino”, criada por Richard Falk, para designar “a comunidade humana imaginada do futuro que encarne a não-violência, a justiça social, o equilíbrio ecológico e a democracia participativa em todas as arenas da política e de decisão, encarnando estas perspectivas em modos correntes de sentimento, pensamento e ação”.<sup>14</sup> Esta metáfora, que é uma nova invocação do “precursor medieval da era westphaliana de Estados”, busca dar conta desta realidade de “globalidade do normativo, direitos humanos, renascimento religioso, lei internacional, e do funcional, economia mundial e mudança do clima global”, desafiando a “hegemonia territorial do Estado”.<sup>15</sup> É o espírito de “um indivíduo com residência temporária, comprometido com a transformação tanto espiritual quanto material, e que esteja menos interessado na solução técnica que permitirá que o governo global seja bem-sucedido como um projeto funcional”<sup>16</sup> e, nesta perspectiva, a comunidade mundial sustentável deve resultar “de uma combinação de energias seculares e espirituais”, pois o “renascimento religioso é uma fonte indispensável de esperança, como um perigoso desafio às conquistas da modernidade”, e as muitas iniciativas para um diálogo intercultural são parte desta preparação.<sup>17</sup>

É neste futuro que o cidadão peregrino imaginará uma comunidade de crentes no destino coletivo das espécies humanas. Quando tais atitudes mesclarem tendências ao trabalho transnacional e inovação institucional, começarão a surgir as bases para as novas variedades de cidadania, como padrões apropriados de lealdade, participação e responsabilidade. Tais variedades permanecem acima do horizonte, além de nossa capacidade de imaginação, mas suas condições prévias estão começando a se tornar claras, com relação a um ethos de não-violência, sustentabilidade, compaixão e solidariedade.

## 2 A proposta de An-na'im

Naquela que se tornou a reelaboração islâmica mais conhecida junto ao público lusófono, Abdullahi Ahmed An-na'im propõe uma “Reforma Islâmica”. Com o termo árabe “*islah*”, o professor sudanês tem em mente não a evocação do processo europeu de secularismo, nem um revivalismo de um passado magnífico, mas sim uma “abordagem autêntica e nativa”, pois é possível encontrar no espírito e nas

<sup>14</sup> FALK, Richard. *On humane governance: toward a new global politics*. Pennsylvania: Pennsylvania University, 1995. p. 95.

<sup>15</sup> FALK, Richard. Uma matriz emergente de cidadania: complexa, desigual e fluida. In: BALDI, César Augusto (org). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 155.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 158.

melhores tradições da fé a resposta aos “desafios intelectuais”.<sup>18</sup>

Depois de salientar a capacidade do Islã de se adaptar e responder às necessidades, aspirações e particularidades dos povos que o adotaram,<sup>19</sup> afirma que “Shari’a” é baseada no Corão e na Sunna (os ensinamentos do Profeta) e, desta forma, ao contrário de uma certa tradição, não tem natureza divina, mas é “produto do raciocínio humano sobre a fundação de uma inspiração divina”: O Corão e a Sunna são divinos, mas as outras fontes da “Sharia” como a *qiyas* (analogia) e *ijma* (consenso) são, evidentemente, humanas, e constituem elaborações realizadas cerca de 150-250 anos da morte de Maomé. É, portanto, reflexo do contexto socioeconômico e político da região nos séculos VIII e IX.

A implantação do direito islâmico ocorre, hoje em dia, em contexto absolutamente distinto: a Sharia não pode ser implementada se não for repensada e recontextualizada.<sup>20</sup> Alguns autores sustentam, contudo, que a porta da *ijtihad* (entendimento racional) foi fechada nos séculos IX e X, mas para An-na’im este conceito deve ser reelaborado: “significa o fenômeno de manter uma mente aberta de ser original, ousado e imaginativo no trato do texto – e em relação a este – perseguindo e interpretando a análise textual”.<sup>21</sup> Consistente com os novos tempos, um processo de raciocínio dialógico somente pode ser efetuado dentro da *Umma* geral, o que equivale a dizer que os *ulemas* (os expertos jurisprudenciais) exercitam a *ijtihad* através de um “engajamento democrático” com a comunidade, com a generalidade dos crentes da *Umma*.<sup>22</sup>

A partir destes pressupostos, propõe uma “interpretação iluminada”, por meio de discursos culturais internos e diálogos interculturais. De forma a aumentar a legitimidade cultural interna, ele explora as virtualidades de reinterpretação e reconstrução de valores, normas, conceitos e instituições da cultura islâmica: “os proponentes de uma visão cultural alternativa em matéria de direitos humanos devem procurar ampliar e dar uma efetiva aceitação às suas interpretações das normas culturais e instituições, mostrando a autenticidade e legitimidade daquela interpretação dentro do âmbito de sua própria cultura”.<sup>23</sup> Por outro lado, tendo em vista que as culturas estão sempre sendo modificadas e em constante contato mútuo, não é impossível introduzir elementos interculturais, que devem ser, contudo, sensíveis às necessidades de autenticidade e legitimidade internas: “nunca se deve aparecer como imposição externa de valores em defesa dos padrões de direitos humanos”.<sup>24</sup>

Isto não significa, contudo, repudiar o padrão universal dos direitos humanos, por duas razões fundamentais: a) eles são úteis como pontos de referência - algo suscetível a debate, concordância ou discordância, com ou sem modificação - num

<sup>18</sup> AN-NA’IM, Abdullahi Ahmed. Towards a islamic reformation: Islamic law in history and society today. In: OTHMAN, Norani. *Shar’a Law and the modern Nation-State*. Kuala Lumpur: Sisters in Islam, 1994. p. 7-8.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>20</sup> AN-NA’IM, op. cit., p. 11-3.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>23</sup> Idem. Introduction. In: \_\_\_\_\_ (ed). *Human rights in cross-cultural perspectives, a quest for consensus*. Op. cit., p. 4.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 5.

esforço de aperfeiçoar o conceito e articular padrões de “genuínos direitos humanos universais”; b) constituem uma ferramenta jurídica importante para ativistas que podem necessitar alguma proteção contra os padrões culturais existentes e como forma de implementar padrões culturais mais legítimos.<sup>25</sup> Os esforços devem ser sensíveis à natureza interna da luta, enfatizando, na medida do possível, valores internos e normas, antes que fatores externos.<sup>26</sup> Isto implica, por outro lado, reconhecer que são possíveis revisões e reformulações dos padrões internacionais de direitos humanos, um processo que ele denomina de “legitimação retroativa”:<sup>27</sup>

[. . .] que envolve a possibilidade, ainda que seja superficial, que as revisões e reformulações sejam necessárias. É, precisamente, a minha crença pessoal na universalidade dos direitos humanos que me conduz a sugerir que nós devemos verificar e demonstrar ou comprovar a genuína universalidade dos padrões existentes. Este exercício, contudo, não será crível, se não estamos abertos à possibilidade de revisões e/ou reformulações que pareçam ser necessárias.

Reelaborando a cultura islâmica, a partir dos ensinamentos de Mahmoud Taha,<sup>28</sup> An-na'im demonstra que uma releitura do Corão e da Suna revela a existência de duas mensagens do Islã, em épocas distintas: uma, relativa ao período de Meca; outra, de Medina. A primeira mensagem é, para ele, eterna e fundamental, porque destaca a dignidade de todos os seres humanos, e, portanto, de *Umma* inclusiva, da qual mulheres e não-muçulmanos (*dhiimi*) são partes. Considerada muito avançada para a época, a mensagem foi suspensa no período de Medina, em que, inclusive, se elaborou a “Convenção de Medina”, que basicamente respeitava os costumes e religiões tribais, fossem cristãs, judias ou culto de ídolos, não se compelindo à conversão. No entender de An-na'im, o contexto socioeconômico e histórico é propício para esta mensagem.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. Towards a islamic reformation: Islamic law in history and society today. In: OTHMAN, Norani. *Shar'a Law and the modern Nation-State*. Op. cit., p. 5.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 6. Este aspecto do pensamento de An-na'im é pouco destacado em seus comentadores, incluindo Boaventura de Sousa Santos, que destaca a aceitação acrítica e a-histórica dos padrões de direitos humanos. Uma exceção, contudo, deve ser mencionada: FRANCISCO, Rachel Herdy de Barros. *Diálogo intercultural dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.dhdi.free.fr/recherches/droithomme/memoires/Rachelmemoir.htm>>, p. 36 e 52. Acesso em: 20 abr.2004. An-na'im, aliás, é explícito no sentido de que devem ser combinadas duas abordagens: a) extrapolar, tanto quanto seja possível, o conceito de direitos humanos universais, por meio da leitura dos padrões aceitos, com a possibilidade de revisões quando necessárias; b) trabalhar, tanto quanto seja possível, dentro da cultura, para criar pontes para reduzir a distância entre os presentes padrões internacionais, de um lado, e as normas e valores de uma cultura, de outro. AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. Conclusion. In: \_\_\_\_\_(ed), op. cit., p. 432.

<sup>28</sup> TAHA, Mahmoud Mohammed. *The second message of Islam*. Syracuse: Syracuse University, 1987.

<sup>29</sup> O desenvolvimento de toda a teoria está em: AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. *Toward a islamic reformation*. Syracuse: Syracuse University, 1996: “Os textos do Corão que enfatizam a exclusiva solidariedade islâmica foram relevados durante o período de Medina, para prover a comunidade islâmica emergente com o suporte psicológico em face da violenta adversidade de não-muçulmanos. Em contraste com tais versos, a fundamental e eterna mensagem do Islã, tal como revelada no Corão do período de Meca, pregava a solidariedade de toda a humanidade. Tendo em vista a vital necessidade de coexistência pacífica na global sociedade humana de hoje, os muçulmanos devem enfatizar a eterna mensagem da universal solidariedade do Corão do período de Meca, antes que a exclusiva solidariedade do período transitório de Medina” (p. 180). A versão de An-na'im foi amplamente divulgada em: SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: BALDI, César Augusto (org). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Op. cit., p. 261-2 (existem inúmeras versões do mesmo texto, de diferentes épocas).

Coerente com os princípios de autodeterminação e de transformação interna de todos os movimentos sociais, o autor sudanês entende que os movimentos fundamentalistas islâmicos não “podem aceitar as limitações da interdependência global, a menos que possam contribuir para a sua construção”.<sup>30</sup>

Se a “natureza e a futura direção do Estado-nação” é, no mundo de hoje, “produto da contribuição de todos os cidadãos, os fundamentalistas islâmicos têm direito, tal como outros cidadãos, de contribuir a partir de sua perspectiva”.

O que equivale a afirmar que “os fundamentalistas islâmicos devem conceder iguais direitos para todos os outros, homens e mulheres, porque este é um pré-requisito para sua própria reivindicação de direitos iguais”,<sup>31</sup> mas, para isto, será necessário transformar sua ideologia e prática que pretendem exercitar seu direito igual à autodeterminação, uma modificação que deve ser efetuada primeiro em nível teológico, de acordo com as circunstâncias materiais de cada sociedade.

Em outras palavras: “a necessária transformação da ideologia e da prática dos fundamentalistas islâmicos deve refletir a sinergia entre a dimensão teológica e as condições materiais de todas as comunidades islâmicas ao redor do mundo, hoje.”<sup>32</sup>

Sua proposta, portanto, está, fundamentalmente, ancorada na “relevância e necessidade, para os direitos humanos, de uma perspectiva local, nativa”, diminuindo “formas de dependência intelectual e política”, de forma a ter, localmente, “formas sustentáveis de proteção de direitos humanos e democracia”<sup>33</sup> No seu entender, direitos humanos implicam, basicamente, “uma luta pela dignidade humana e auto-determinação”, uma única luta “contra todas as formas de estruturais e institucionalizadas opressões”<sup>34</sup>. Partindo do pressuposto de que todas as culturas e civilizações têm desenvolvido tais conceitos, questiona:<sup>35</sup>

Se, por exemplo, eu quero falar sobre direitos humanos, liberdade de pensamento e racionalidade, porque eu deveria citar alguém como Kant? Por que não posso, como muçulmano, citar Ibn Rushd, que disse e escreveu as mesmas coisas centenas de anos antes de Kant? Esta é, para mim, a melhor forma, para nós, no mundo islâmico, de reavivar o debate sobre direitos humanos, individualismo, racionalidade e liberdade de pensamento e expressão. E é isto que eu entendo por desprender-se da dependência dos direitos humanos, que tem, pelo menos no passado, nos forçado a discutir o significado de direitos humanos em termos que não são, necessariamente, locais ou que não nos são próprios.

<sup>30</sup> AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. Islamic fundamentalism and social change - neither the 'end of history' nor a 'clash of civilizations'. In: HAAR, Gerrie ter; BUSUTTIL, James J. *The freedom to do God's evil; religious fundamentalism and social change*. London/New York: Routledge, p. 45. Disponível, também, em: <<http://people.law.emory.edu/~abduh46/pdfiles/pd2002b.pdf>> Acesso em: 20 set. 2004.

<sup>31</sup> AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. Islamic fundamentalism and social change - neither the 'end of history' nor a 'clash of civilizations'. In: HAAR, Gerrie ter; BUSUTTIL, James J. *The freedom to do God's evil; religious fundamentalism and social change*. New York: Routledge, 2002. p. 25-48.

<sup>32</sup> Ibidem.

<sup>33</sup> AN-NA'IM, Abdullahi. Muslim must realize that there is nothing magical about the concept of human rights. IN: NOOR, Farish. *New voices of Islam*. Netherlands: ISIM, 2002, p. 11. Disponível em : [http://www.isim.nl/files/paper\\_noor.pdf](http://www.isim.nl/files/paper_noor.pdf)

<sup>34</sup> Ibidem, p. 9

<sup>35</sup> Ibidem, p. 11.

### 3 O direito islâmico e as penas cruéis

A transnacionalização da *Umma*, já referida anteriormente, também pode ser analisada com relação ao que se costuma denominar “direito islâmico”. Neste ponto, as classificações correntes do Direito Comparado – de René David a Zweigert & Kötz – além de exagerarem a importância da divisão entre *common law* e *civil law*, têm dificuldade de trabalhar fora do âmbito do Estado-Nação, procurando confinar ordens jurídicas religiosas e costumeiras em “sistemas legais nacionais que somente os reconhecem para propósitos limitados”:<sup>36</sup> mesmo tratando de pluralidades normativas, têm uma visão estatocêntrica do fenômeno.

Assim, como bem salienta William Twining, o direito islâmico não é somente importante em Estados islâmicos ou países nos quais há uma maioria muçulmana: “ele é uma tradição e um corpo de idéias e práticas que transcende as fronteiras nacionais. O direito islâmico é influente, tanto formal quando informalmente, em meu próprio país, embora não seja reconhecido, geralmente, como fonte do direito”, e os tratados de direito islâmico têm demonstrado que os parlamentos e cortes têm tido que levar em conta as idéias e práticas islâmicas, ainda quando não o reconheçam como fonte formal de direito.<sup>37</sup>

Este conjunto jurídico encontra-se estruturado, basicamente, como já salientado anteriormente, a partir do Corão e da *Sunna*. Esta, que é fonte secundária em relação à primeira, e significa “claro caminho” ou “prática normativa”: pode ser um bom ou mau exemplo, dirigido ao indivíduo ou à comunidade, em geral dizendo respeito a tudo que se refira ao Profeta, seus atos, suas palavras e aquilo que tacitamente tenha aprovado<sup>38</sup> Existe, de fato, divergência quanto ao fato de ser a *Sunna* uma fonte independente, mas é certo que ela pode consistir:

a) de regras que meramente confirmam e reiteram o Corão, ou seja, as regras são originárias do Corão e meramente corroboradas por este;

b) de uma explanação ou clarificação para o Corão, seja pela ambivalência dos termos, seja para especificar termos gerais do Corão;

c) de regramentos para os quais o Corão é silente, e onde, portanto, o regramento é originado da própria *Sunna*.<sup>39</sup>

Além destas fontes jurídicas, ainda existe a *ijma* (consenso de opinião), que é, praticamente, uma prova racional e, para alguns teóricos, “nada menos que um universal consenso de todos expertos da comunidade islâmica como um todo pode ser aceita como uma conclusiva *ijma*. Esta noção, provavelmente, é inspirada na idéia da unidade política da *Umma*, antes que no total consenso em assuntos jurídicos”.<sup>40</sup> Aceita-se, ainda, a *qiyas* (dedução analógica), que, literalmente, significa “comparação” ou “similaridade entre duas coisas”: “o caso original é regulado por um dado texto, e *qiyas*

<sup>36</sup> TWINING, William. Lecture IV: Generalizing about law: the case of legal transplants. *The Tilburg-Warwick Lectures*, 2000. Disponível em: <[http://www.ucl.ac.uk/laws/jurisprudence/docs/twi\\_til\\_4.pdf](http://www.ucl.ac.uk/laws/jurisprudence/docs/twi_til_4.pdf)> Acesso em 12 jul.2004.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 15-6.

<sup>38</sup> KAMALI, Mohammad Hashim. *Principles of Islamic Jurisprudence*. 2.ª ed. Petaling Jaya: Ilmiah, 2004. p. 44.

<sup>39</sup> KAMALI, op. cit., p. 61-2.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 168.

procura estender a mesma regra textual para o novo caso".<sup>41</sup> Isto tudo demonstra, ao contrário do tradicional entendimento ocidental, que racionalidade e fé não se encontram separadas no direito islâmico.

O conhecimento detalhado das distintas regras de direito islâmico em suas ramificações é chamado *fiqh*, ao passo que os métodos que são utilizados para a dedução de tais regras, a partir das suas fontes, denomina-se *usul al-fiqh*,<sup>42</sup> e o conhecimento das regras de *fiqh* deve ser adquirido diretamente de suas fontes. Boa parte dos tratadistas ocidentais, contudo, dedica-se apenas ao estudo do Corão e da *Sunna*, deixando de lado toda a complexidade do sistema jurídico, seja tratando de forma superficial as regras de interpretação, os comandos e as proibições, seja desprezando conceitos como *qiyas*, *istihsan* (equidade, para fins de solução de casos), *istishab* (presunção de continuidade), *sadd al-dara'i* (obstruir ou bloquear um significado para um determinado fim).<sup>43</sup>

O que é omitido, em geral, contudo, é que, apesar de constar de dois ritos básicos (sunita e xiita),<sup>44</sup> estes se organizam em distintas escolas jurídicas.<sup>45</sup> Desta forma, a jurisprudência xiita baseia-se no Corão e nos pronunciamentos do Profeta tal como recolhidos pelos *imans* (os descendentes masculinos de sua filha Fátima e seu genro Ali) e considerada, assim, a única interpretação correta. No que diz respeito aos sunitas, existem quatro escolas principais. Hanbal e Malik viveram em Medina e estão, portanto, mais próximos do "ethos social" daquela cidade e, ao mesmo tempo, das formulações jurídicas que o Profeta fez ou disse. Shafi e Hinafi, por seu turno, viveram, respectivamente, nos atuais Egito e Iraque, sociedades com maior confluência de cultura e, desta forma, são menos ortodoxos na metodologia. Enquanto os dois primeiros dão grande importância aos *hadiths* (ditos do Profeta), os dois últimos

<sup>41</sup> Ibidem, p. 197.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 1-2.

<sup>43</sup> Ibidem, prefácio XIII.

<sup>44</sup> Originalmente, a cisão está vinculada à própria criação do califado. Não havendo nenhuma ordem sucessória estabelecida pelo Profeta, o califa deveria ser designado por eleição pela comunidade, sendo um simples mandatário da comunidade, sem poderes para legislar ou introduzir reformas religiosas. O califa não é mais que a sombra de Deus na Terra, somente ser designado pelo consenso dos crentes. Estes são os sunitas, para quem a *Sunna*, revelações e ditos do profeta. Para os xiitas, Maomé teria designado, já em vida, seu genro Ali como sucessor, de tal forma que o califa não deveria ser eleito: somente os descendentes de Ali tinham a revelação secreta do profeta para a forma autorizada de governo. Vide: BRIEUX, Pablo Mandirola. *Introducción al derecho islámico*. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 17-22.

<sup>45</sup> A explanação aqui constante advém de: ENGINEER, Asghar Ali. *Islam, women and gender justice*. Disponível em: <[http://www.irfi.org/articles/articles\\_151\\_200/islam\\_women\\_and\\_gender\\_justice.htm](http://www.irfi.org/articles/articles_151_200/islam_women_and_gender_justice.htm)> Acesso em: 12 jul.2004. De destacar, ainda, que o primeiro grande intento de sistematização do direito islâmico, em perspectiva comparada, histórica e geográfica, no que diz respeito ao direito de família, encontra-se em: AN-NA'IM, Abdullahi A. (ed) *Islamic Family Law in a changing world: a global resource book*. London/New York: Zed Books, 2002. O autor destaca o desenvolvimento de formas de direito substantivo e jurisprudência que caracteriza como "Shari'a from below" (fl. 9), que responde às necessidades específicas das comunidades islâmicas e, neste período de transformação atual, um fator crítico é o papel do Estado em mediar a relevância da Shari'a como parte de um amplo sistema político e legal de governo e organização social (fl. 9), além do desafio que se põe de mantê-la intelectual e normativamente viva, após o impacto do colonialismo europeu e da influência ocidental nos sistemas normativos (fl. 15). E salienta que a chamada elite modernizante prefere sacrificar a dignidade humana e os direitos da mulher para manter o poder político, o que, paradoxalmente, acaba por reconhecer que "a secularização de todos os outros aspectos do direito tem tido o efeito de reforçar o tom religioso do direito de família como o único campo remanescente deixado para o domínio da Shari'a", ou seja, converte o direito islâmico de família como o "bastião da religião" na administração da justiça (fl. 18)

utilizam, de forma mais liberal, *qiyas* e *ijma*; os primeiros mais próximos dos ensinamentos de Meca e Medina; os dois últimos com influências de outras práticas. Tudo isto a indicar que, ainda que a fonte seja divina, a *Sharia* pode ser influenciada por situações humanas e incorporar mudanças, o que se verifica também com relação à questão da mulher.<sup>46</sup>

Se alguns, como An-na'im, sustentam que a porta da *ijtihad* (raciocínio pessoal) encontra-se fechada desde o século X, outros insistem num verdadeiro *revival* desse conceito, bem como a necessidade de a educação jurídica preparar para o exercício de tal habilidade, de forma a assegurar a harmonia desta com os princípios da *Shari'a*.<sup>47</sup> Muhammad Iqbal, por exemplo, via tal fechamento como "meramente fictício", sugerido, em parte, pela "cristalização do pensamento jurídico no Islã, e, em parte, pela preguiça intelectual que, sobretudo em períodos de decadência espiritual, convertem em ídolos os pensadores".<sup>48</sup> Hanifah, para ele, desfruta de absoluta liberdade e tem um "poder de adaptação criadora muito superior a qualquer outra escola jurídica". Destacando que o Islã desfrutava de um momento histórico similar à Reforma, salientava que "nenhum povo pode rechaçar inteiramente seu passado, porque este é que forma sua identidade pessoal",<sup>49</sup> o que é problemático em sociedades como a islâmica:

O Islã não tem caráter territorial; sua meta consiste em proporcionar um modelo para a integração final da humanidade, reunindo seguidores de uma variedade de raças que se repelem mutuamente, e transformando este conjunto atomizado em um povo dotado de consciência de si mesmo.

Para o pensador paquistanês, o Islã afasta a visão estática do universo, e a suprema base espiritual de toda a vida, que é eterna, revela-se na variedade e na mudança: "uma sociedade baseada em tal concepção de realidade deve reconciliar, em sua vida, as categorias da permanência e da mudança".<sup>50</sup> O verdadeiro princípio do movimento na estrutura islâmica é justamente a *ijtihad*, que significa, literalmente, "esforçar-se" com vistas a formar um juízo pessoal em relação a uma questão legal.<sup>51</sup> Embora admitida na teoria pelos sunitas, uma *ijtihad* completa foi sempre negada na prática: "uma atitude semelhante parece sumamente estranha em um sistema jurídico baseado sobretudo nos fundamentos do Corão, que encerra um critério essencialmente dinâmico acerca da vida"<sup>52</sup>

O revigoramento da *ijtihad* passa pelo reconhecimento de que ela "continua sendo o principal instrumento de interpretação da mensagem divina e relaciona-se

<sup>46</sup> A análise desta questão, relativamente às escolas jurídicas, encontra-se no citado texto de Asghar Ali Engineer.

<sup>47</sup> KAMALI, Mohammad Hashim. *Principles of Islamic Jurisprudence*. Op. cit., p. 391.

<sup>48</sup> IQBAL, Alamah Muhammad. *La reconstrucción del pensamiento religioso en el Islam*. Madrid: Trotta, 2002. p. 165.

<sup>49</sup> Ibidem, p. 157.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 142.

<sup>51</sup> IQBAL, op. cit., p. 142-3.

<sup>52</sup> Ibidem, p. 143. Uma análise da atualidade do pensamento de Muhammad Iqbal é encontrada em: ENGINEER, Asghar Ali. *Iqbal and reconstruction of religious thought in Islam*. May 2004. Disponível em: <<http://www.csss-islam.com/IIS/archive/2004/may.htm>> Acesso em: 10 jun.2004.

com as condições mutáveis da comunidade islâmica em suas aspirações de atingir justiça, salvação e verdade”,<sup>53</sup> como principal instrumento para manter a harmonia entre revelação e razão. Kamali, neste sentido, após destacar as contribuições que os *ulemas* e juristas fizeram para “a incessante busca das melhores soluções e mais refinadas alternativas”, destaca que os governantes devem jogar um importante papel na “preservação da melhor herança dos tradicionais métodos de ensino, e encorajar os *ulemas* a realçar estas contribuições para o direito e desenvolvimento”,<sup>54</sup> treinando os operadores jurídicos não somente em modernas disciplinas, mas também nas tradicionais.

Dentro do conjunto do “direito islâmico”, um dos grandes obstáculos que têm sido citados relativamente à questão dos direitos humanos diz respeito às penas de apedrejamento, cruéis ou desumanas.

É de observar, contudo, que a visibilidade das aplicações destas penalidades é bem seletiva: é significativo, como salienta Javier de Lucas,<sup>55</sup> que a construção da identidade entre pena de morte e barbárie seja realizada com a significação de “barbárie de outros ordenamentos jurídicos e políticos que recorrem à pena de morte, como consequência de seus pressupostos culturais diferentes dos nossos”, tornando as outras culturas menos civilizadas e, portanto, defensoras da pena de morte. Salienta, para tanto, três hipóteses para atenção seletiva do “escândalo humanitário”, do qual a pena de lapidação, para Safiya Husseini e Amina Lawal, pelo delito de adultério, é a mais visível reação atual:

a) fervor genuinamente abolicionista para qualquer caso de pena de morte, hipótese que considera inverossímil, pela quantidade de casos aplicados cotidianamente em outros países;

b) fervor abolicionista com pressupostos culturais específicos - a crueldade da lapidação como método de execução, o fato de se tratar de uma mulher e a desproporção entre a pena e o ato ilícito (adultério). Enquanto o *status* de sujeição jurídica da mulher e a desproporção entre ilícito e pena pudessem explicar a indignação, parece menos clara a questão à crueldade do método - “não privativos destes Estados nigerianos, existe também no Sudão, Irã, Emirados Árabes Unidos e Afeganistão” e, portanto, revela uma construção social de civilização impressionante: “a lapidação como barbárie, frente à civilizada cadeira elétrica, a câmara de gás, a injeção letal, o enforcamento ou o fuzilamento”.

c) fervor abolicionista por conta da “contaminação fundamentalista do Direito por uma tradição cultural” moral e religiosa: o Islã. O que, conforme salienta o autor, também é seletiva: impressiona o silêncio sobre a prática da pena de morte em Arábia Saudita, Paquistão, Irã, no regime interino de Afeganistão, Singapura, Somália, Sudão, Sri Lanka, além de Bahamas, Botswana, Tanzânia e Zimbábwe. Ironicamente, o sociólogo espanhol afirma: a mobilização talvez fosse devida à técnica

<sup>53</sup> KAMALI, Mohammad Hashim. *Principles of Islamic Jurisprudence*. 2. nd ed. Petaling Jaya: Ilmiah, 2004. p. 366.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 391-2.

<sup>55</sup> LUCAS, Javier de. Otra vez sobre el imperativo de universalidad de derechos humanos y el pluralismo cultural. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.5-2002. Disponível em: <<http://www.uv.es/CEFD/5/delucas.htm>> Acesso em: 13 nov. 2003.

e neutralidade do Direito “inspirado nos verdadeiros valores, aqueles da verdadeira religião, não da religião inimiga”.

Se, de um lado, Javier de Lucas destaca a simultânea hipervisibilidade e invisibilidade da mesma prática da pena de morte, no que diz respeito aos países islâmicos, por outro lado, Mohamed Talbi salienta a própria reelaboração doutrinária quanto à prática citada - o *hudûd*, ou seja, as penas de mutilação e degradantes, bem como a pena capital.

O professor de Direito na Tunísia,<sup>56</sup> após destacar que o termo consta no Corão apenas treze vezes, e nunca diz respeito às sanções penais, mas sim “à proteção da esposa contra os abusos do esposo” e que, portanto, foi na *Charia* desenvolvida como “um limite, uma fronteira a não ser ultrapassada” (Corão, 2: 187 e 2: 229). Assim, “quando se trata de penas, essas são máximas, limites além das quais é proibido se aventurar”, ou seja, “recomenda-se ficar antes disso”. A partir de *hadîts* (conjuntos de atos ou palavras de Maomé) - “sempre que vós o podeis, não recorreis aos *hudûd*”, “eviteis recorrer aos *hudûd*” - o princípio a ser destacado é:

[. . .] fazer de tudo para evitar os erros judiciais, beneficiando o réu em caso de dúvida: mais vale soltar um culpado do que condenar um inocente: ‘Enquanto vós podeis, não ides recorrer aos *hudûd* entre muçulmanos. Se o réu pode ter saída, libere-o. É preferível que o chefe se engane por excesso de clemência que de rigor.

A conclusão a que chegamos é a seguinte: despenalização do adultério e de todas as faltas sexuais; abandono das penas de mutilação e degradantes. Tudo em nome de uma leitura vetorial e crítica do Alcorão e da Tradição, para aderir mais firmemente a eles, lendo-se em seu *maqṣad*, na sua intencionalidade. Efetivamente, é a intencionalidade que conta, mais do que a sua palavra.

A definição do que é cruel, desumano e degradante, em especial a proibição da tortura, é, na visão de Balakrishnan Rajagopal, “um conceito legal que reproduz as estruturas coloniais de poder e cultura”, baseado na distinção “esquizofrênica” entre o sofrimento necessário e desnecessário.

As fronteiras entre os dois são definidas pública e privadamente:<sup>57</sup>

Sofrimento necessário tem sido, usualmente, utilizado para incluir não somente atos de indivíduos privados contra si mesmos ou cada um (privados), mas também a violência infligida sobre os nativos em nome do desenvolvimento e modernidade, por exemplo, o alistamento forçado dos nativos para a guerra ou os massivos projetos de desenvolvimento ou de destruição de modos de vida locais (público). ‘Sofrimento desnecessário’ inclui práticas da comunidade local, especialmente na área da religião, em que os indivíduos, muitas vezes, infligem danos

<sup>56</sup> TALBI, Mohamed. Humanismo do Alcorão - Humanizar a Charia; leitura vetorial do Alcorão e da Charia. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; ORO, Ari Pedro. *Islamismo e humanismo latino*. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 159-61.

<sup>57</sup> RAJAGOPAL, Balakrishnan. *International law from below - development social movements and Third World Resistance*. Op. cit., p. 182-3.

mentais ou psíquicos a si mesmos (privado), bem como os padrões de excesso do moderno aparato coercitivo do Estado (público). Enquanto o aparato colonial dava desmedida proeminência ao aspecto privado do 'sofrimento desnecessário', declarando-o ilegal, mantinha silêncio em relação às violências que causavam 'sofrimento necessário'.

O banimento do "sofrimento desnecessário" tinha um duplo efeito: estigmatizava as práticas locais como "tortura" e, ao mesmo tempo, reforçava a centralidade do Estado moderno como "antídoto às práticas locais *más*", o que era realizado por meio, fundamentalmente, da "cláusula de repugnância", critério para aceitação do direito costumeiro no sistema colonial. Segundo o autor indiano, a violência do desenvolvimento contra os pobres, a violência contra as mulheres e outros "invisíveis" não é incluída no conceito de tortura,<sup>58</sup> pois o propósito de definição deste conceito não é incluir toda forma concebível de sofrimento e dor: "existem várias formas de dor – para prazer sexual, esportes, religião, etc. – que não são pensadas como "tortura", que é, em realidade, "um parcial, fragmentado conceito com limitado apelo".<sup>59</sup>

#### 4 O Islã reelaborado a partir da visão das mulheres

As releituras da tradição podem ser vistas no que tem sido denominado de "feminismo islâmico" e que, conforme bem salienta Asma Barlas, é uma expressão no máximo parcialmente correta, porque os conceitos de igualdade de gênero e justiça social estão absolutamente embebidos na tradição corânica e introduzidos para os muçulmanos catorze séculos atrás. Trata-se, portanto, de um entendimento de ambos os conceitos a partir uma "epistemologia corânica", e não feminista.<sup>60</sup>

Rechaçando a interpretação de que a prática da poligamia seria aceita pelo Corão, sem exceções, a autora destaca a necessidade de tratamento igualitário entre homens e mulheres, inclusive porque seria uma incongruência que as mulheres são iguais aos homens perante Deus, mas desiguais perante os homens. O fato de o Corão tratar homens e mulheres de forma diferenciada em alguns casos não "significa que ele os trata de forma desigual ou que sua visão deles seja de seres desiguais", porque "diferença não é sinônimo de desigualdade" e o "Corão nunca sugere que homens e mulheres são opostos uns aos outros ou incompatíveis, incomensuráveis ou desiguais, no sentido que defendem os muçulmanos misóginos".<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> RAJAGOPAL, op. cit., p. 185.

<sup>59</sup> Ibidem, p. 186.

<sup>60</sup> BARLAS, Asma. *Towards a theory of gender equality in muslim societies*. CSID Annual Conference, Washington, May 29 2004. Disponível em: <[http://www.ithaca.edu/faculty/abarlas/talks/20040529\\_CSID.pdf](http://www.ithaca.edu/faculty/abarlas/talks/20040529_CSID.pdf)> Acesso em 05 out.2004. A autora sustenta que admitiria o rótulo de feminista se por feminismo islâmico fosse entendido "um discurso de igualdade de gênero e justiça social que deriva seu entendimento e mandato do Corão e procura a prática de direitos e justiça para todos os seres humanos na totalidade de sua existência num continuum de público-privado" (Idem. Islam, feminism and living as the 'muslim women'. Disponível em: <<http://muslimwakeup.com/mainarchive/2004/03/00585print.php>> Acesso em 05 out.2004 ).

<sup>61</sup> Idem. Islam, feminism and living as the 'muslim women'. Op. cit., p. 4.

Para tanto, ela sustenta que o conceito corânico de *Tawhid*, que afirma a unidade e soberania divina, é uma doutrina sobre a natureza de Deus e dos seres humanos, porque a “submissão” (islam) somente pode ser em relação a Deus e deve ser livremente escolhida; em outras palavras, “não poderia haver coerção em religião”. Ademais, Deus é justo, e a “justiça de Deus reside em nunca fazer *zulm* para os seres humanos”, conceito este que, no Corão, significa “transgredir seus direitos”, de forma que a justiça divina é o “reconhecimento do direito dos seres humanos a serem protegidos contra a transgressão”.<sup>62</sup> Da mesma forma, o Corão ensina que “homens e mulheres originaram-se de um mesmo *self* (*nafs*) e são ambos os representantes de Deus (*khilafa*) na terra, igualmente dotados de ações morais e capacidade para escolha moral e consciência divina (*taqwa*)”, ou seja, “Deus colocou seu amor e compaixão (*sukun*) entre esposas e maridos e os fez um do outro guia e amigo (*awliya*), e, portanto, ambos têm a obrigação de praticar o bem e se opor ao mal”. Serão, desta forma, ambos julgados, não pelo sexo biológico, mas pelos mesmos parâmetros e padrões. Toda sua leitura se debruça sobre quatro palavras - *darajah*, *faddala*, *qawwarmun*, *daraba* - das quais alguns muçulmanos extraem leituras patriarcais.<sup>63</sup>

Amina Wadud, por outro lado, dá especial atenção ao contexto, à gramática e à sintaxe do texto corânico e, seguindo esta matriz, faz uma releitura do Corão a partir da ótica da mulher.<sup>64</sup> Ao destacar que, no processo histórico de colonização, a população de muitos países que hoje são islâmicos foram pluralizados em termos de raça e credo, o desafio se constituiu na tarefa pós-colonial de construir um Estado-Nação e também de fundar uma nova ordem social plural deixada pelo colonialismo. Para este novo contexto, é necessária uma “nova metodologia de interpretação corânica”, a partir de um entendimento distinto da *sharia*, uma flexibilização da leitura, que não seja radical, mas sim consistente com a ética e os imperativos do Corão:<sup>65</sup> “a herança jurídica do Islã é flexível com a rica capacidade para adaptação” e, desta forma, deve-se, “inteligentemente”, avaliar as “possibilidades interpretativas - em nossos próprios interesses e no interesse mesmo do Islã”.<sup>66</sup> A crise, em realidade, não é do Islã, mas “daqueles muçulmanos que tem desvirtuado as promessas democráticas islâmicas e sua visão de mundo inerentemente igualitária e justa” e, uma vez que “o problema é de nossa própria realização, nós (muçulmanos) devemos também ser os melhores para refazê-lo”.<sup>67</sup>

No que diz respeito à proibição do véu, Alain Touraine afirma, a pretexto de justificativa para a legislação proibitiva de “símbolos religiosos ostensivos”, na França, recentemente: “somente quando a população estiver tranquila - e em particular os

---

<sup>62</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>63</sup> A sua releitura do Corão está explicitada em: BARLAS, Asma. *Believing women in islam: unreading patriarchal interpretations of the Qur'an*. Austin: University of Texas Press, 2002. especialmente p. 129-202.

<sup>64</sup> WADUD-MUHSIN, Amina. *Qur'an and woman: rereading sacred text from a woman's perspective*. New York: Oxford University Press, 1999. p.15-29 e 62-94.

<sup>65</sup> Idem. The Qur'an, Shari'a and the citizenship rights of muslim women in the Umma. In: OTHMAN, Norani. *Shari'a Law and the Modern Nation-State*. Kuala Lumpur: Sisters in Islam, 1994. p. 78-9.

<sup>66</sup> Ibidem, p. 80.

<sup>67</sup> BARLAS, Asma. *Towards a theory of gender equality in muslim societies*. Op. cit., p. 10.

professores, que pediam, com insistência, uma lei que os liberasse de decisões que se sentiam incapazes de tomar, pois não controlam a hierarquia administrativa acima deles - é que poderemos fazer valer os direitos do pluralismo cultural e, presente caso, os direitos das jovens que reivindicam o reconhecimento público de sua fé”, justamente porque “depende da imprensa” que “voz dos modernistas” seja “finalmente ouvida”, definindo-se “claramente, em toda a parte, os marcos administrativos e culturais que não podem ser contestados, sob o risco de abrir uma crise maior”.<sup>68</sup>

De observar, portanto, que:

a) a voz dos modernistas é somente aquela veiculada pela grande imprensa e, portanto, seletivamente escolhida à moda ocidental: “para os intelectuais laicos ocidentais que combatem o fanatismo, os únicos interlocutores muçulmanos válidos são os que se situam fora do Islã”;<sup>69</sup>

b) os direitos culturais podem ser suspensos enquanto a sociedade não esteja preparada;

c) o próprio pluralismo cultural somente pode ser admitido quando a população estiver “tranqüila”;

d) é preciso estabelecer limites ao pluralismo, porque “as conquistas do conhecimento científico não podem ser anuladas em nome do tradicionalismo ou do irracionalismo que se estabelece antes pelo terror que pelo convencimento”,<sup>70</sup> não se verificando, no caso concreto, qualquer semelhança com as restrições de direitos efetuadas após 11 de setembro de 2001 em nome do terrorismo;

e) ainda que falando em nome da modernidade para defesa das mulheres, posterga a estas o reconhecimento público da fé para o momento em que as condições sejam favoráveis.

Como bem salientado por Gema Martín-Muñoz,<sup>71</sup> a representação dominante da mulher muçulmana é de uma pessoa submissa, no papel de vítima e coberta pelo véu: “uma figura subordinada sofrendo pela opressão religiosa, donde o véu, a reclusão ou marginalização são temas comuns, símbolos das relações e limitações da mulher em terras islâmicas”. O véu, neste caso, ou se interpreta de forma orientalista, como sinônimo de mistério, ou de forma tradicionalista, como submissão e opressão, como se a mulher não desempenhasse responsabilidades, não tivesse filiações profissionais, ao mesmo tempo ignorando o caráter multidimensional do significado do véu (“como uma posição política, uma afirmação religiosa e uma prática social”) ou o próprio fato de “numerosas mulheres instruídas e trabalhadores estarem usando

<sup>68</sup> TOURAINE, Alain. O véu e a lei. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 11 jan.2004. Caderno Mais, p. 11.

<sup>69</sup> ROY, Olivier. *Genealogia del islamismo*. Barcelona: Bellaterra, 1996. p.88.

<sup>70</sup> TOURAINE, loc. cit.

<sup>71</sup> MARTÍN-MUÑOZ, Gema. La percepción occidental de los conflictos en el mundo musulmán: cultura frente a política. *Direito e Democracia*, (5) 1: 2004, 53-54. Não é aqui o local para analisar os diferentes aspectos relativamente à questão do uso do véu, seus distintos tipos e as implicações no que diz respeito à luta das mulheres. De toda forma, a autora salienta: “entre o véu *haik* (tradicional), o *niqab* (fundamentalista: negro e que cobre todo o rosto) e o *hijab* (versão islâmica moderna que, diferentemente dos demais, cobre a cabeça, mas deixa o rosto descoberto, de forma que o véu perde sua missão tradicional de fazer invisível e anônima a mulher no espaço público), há toda uma linguagem sociológica que expressa a diferença entre a nova geração e a precedente, entre a que estuda e sai e a reclusa, entre a que se afirma e a que se submete”.

o véu voluntariamente nos últimos anos”. Uma visão, como relembra a socióloga, que “provoca irritação porque desarma a visão tradicional», porque é inconcebível que «depois de estarem discriminadas e postergadas, optem voluntariamente por assumir sua doutrina islâmica e ponham e reivindicuem o véu”.<sup>72</sup>

Daí a observação da socióloga marroquina Fatima Mernissi no sentido de que se oculta (e, aqui, a expressão soa ainda mais paradoxal) a existência de um viés etnocêntrico inclusive no que diz respeito à visão das feministas:<sup>73</sup>

[ . . . ] que algumas feministas ocidentais vejam as mulheres árabes como escravas servis e obedientes, incapazes de tomar consciência ou de desenvolver idéias revolucionárias próprias que não sigam o ditado das mulheres mais libertadas do mundo (de Nova York, Paris e Londres), à primeira vista parece mais difícil de entender que uma postura similar nos patriarcas árabes. Mas se alguém se pergunta seriamente (como eu já fiz muitas vezes) porque uma feminista americana ou francesa crê que não estou tão preparada como ela para reconhecer os esquemas de degradação patriarcal, se descobre que isto a coloca numa posição de poder: ela é a líder e eu a seguidora. Ela, que quer mudar o sistema para que a situação da mulher seja mais igualitária, apesar disto (no fundo, em decorrência de seu legado ideológico subliminar) retém o instinto distorcido, racista e imperialista dos homens ocidentais, inclusive ante uma mulher árabe com qualificações, conhecimentos e experiências similares à sua, ela reproduz, inconscientemente, os esquemas coloniais de supremacia.

Poder-se-ia sustentar que todos os casos narrados dizem respeito a pensadores do século XX. Saliente-se, porém, que Averróes,<sup>74</sup> no século XII, comentando a República de Platão, discutia se as mulheres tinham a mesma natureza dos homens e, portanto, inexistiam funções que somente a elas competiam. Reconhecia que poderiam existir diferenças entre eles: “o homem é mais eficaz que a mulher em certas atividades humanas, mas não é impossível que a mulher chegue a ser mais adequada em algumas ocupações”.

Assim, “se a natureza do homem e da mulher é a mesma e toda constituição que é do mesmo tipo deve dirigir-se a uma concreta atividade social, é evidente, por conseguinte, que, em dita sociedade, uma mulher deve realizar as mesmas funções que o homem, exceto naquilo que sejam, em geral, menos hábeis” e, que, portanto, nada impede que sejam filósofas e governantes, ainda que “algumas leis religiosas as impeçam de terem acesso ao sacerdócio”. Para o pensador cordobês, o mesmo se passaria na natureza, inexistindo comprovação de que uma fêmea não pudesse exercer, por exemplo,

<sup>72</sup> A bibliografia sobre a condição jurídica da mulher no Islã tem vindo a aumentar nos últimos anos, podendo ser citados alguns exemplos: MOGHISSI, Haideh. *Feminism and islamic fundamentalism*. London: Zed Books, 2002; e AFKHAMI, Mahnaz (ed). *Faith & Freedom*. New York: Syracuse University Press, 1995. Sobre o véu, dentre inúmeros, além dos já citados: ENGINEER, Asghar Ali. Can veil be enforced? *Secular Perspective*, v.IV, n.18, September 16-30, 2001. Disponível em: <<http://ecumene.org/IIS/csss56.htm>> Acesso em 18 mai.2004.

<sup>73</sup> MERNISSI, Fatima. Sobre la autonomia del feminismo árabe. *Web Islam*, n.138, 14 set.2001. Disponível em <[http://www.webislam.com/numeros/2001/09\\_01?Articulos%2009\\_01/Sobre\\_autonomí...](http://www.webislam.com/numeros/2001/09_01?Articulos%2009_01/Sobre_autonomí...)> Acesso em: 25 out. 2004.

<sup>74</sup> AVERROES. *Exposición de la “República” de Platón*. Madrid: Tecnos, 1996. p. 57-60.

uma atividade combativa. E finalizava:

[...] em nossas sociedades, se desconhecem as habilidades das mulheres, porque nelas somente se vê a questão da procriação, estando, portanto, ao serviço de seus maridos e relegadas ao cuidado da procriação, educação e criança. Mas isto inutiliza as outras possíveis atividades. Como em tais sociedades as mulheres não se preparam para nenhuma das virtudes humanas, ocorre que, muitas vezes, se assemelham às plantas nestas sociedades, representando uma carga para os homens, o que é uma das razões da pobreza de ditas comunidades.

E isso muitos séculos antes de a igualdade entre homens e mulheres ser reconhecida na tradição ocidental e mais surpreendente ainda para os que acreditam que o Islã somente defende a inferioridade feminina. Por isto, Al-Jabri defende que o futuro será averroísta:

[...] a renovação proposta por Averróis no campo da relação religião-filosofia é suscetível de ser reinventada para estabelecer um diálogo entre a nossa tradição e o pensamento contemporâneo mundial, diálogo este que nos trará a autenticidade e a contemporaneidade a que aspiramos.<sup>75</sup>

## 5 A tradição tribal reconfigurada pelo Islã

Não é somente no campo dos direitos das mulheres que é possível verificar este processo de redefinição da tradição ou revigoração de uma tradição. Abdul Ghaffar Khan (1890-1988) criou, em 1929, o exército de *Khudai Khidmatgars* (Servidores de Deus), inspirado no movimento gandhiano, em versão islamizada, um exército dedicado à não-violência e que chegou a reunir mais de cem mil homens e mulheres, tendo como princípio:

Eu sou Servidor de Deus  
A melhor forma de Servir Deus é prestar serviço à Sua Criação  
Servirei as suas criaturas sem distinção de crença ou religião  
As minhas acções serão não-violentas  
Farei todo o sacrifício para me manter nesta senda.

Como bem destaca Abdoolkarim Vakil,<sup>76</sup> Abdul Ghaffar mobiliza o vocabulário do Islã, para confrontar a tradição tribal patan e o colonialismo britânico, com o desafio de “superar o código de honra e vingança que estrutura toda a organização da sociedade tribal patan, reconvertendo o seu famoso espírito marcial para a noção

<sup>75</sup> AL-JABRI, Mohammed Abed. *Introdução à crítica da razão árabe*. São Paulo: UNESP, 1999, p.162.

<sup>76</sup> VAKIL, Abdoolkarim. Islão, Justiça e Paz. *Direito e Democracia*, (5) 2: 2004, 479-480. Conferência apresentada no Painel “As Religiões e a Construção da Paz” organizado e moderado pelo Jorge Wemans no “Fórum Pela Paz: Globalizar a Paz, Construir um Mundo Justo”, promovido pela Comissão Nacional Justiça e Paz (Portugal), Lisboa, realizado de 21 a 23 de novembro 2003. Todo o desenvolvimento do pensamento de Abdul Ghaffar Khan encontra-se no citado artigo.

de perdoar em lugar de vingar” e, simultaneamente, “criar um outro sentido de solidariedade e disciplina, através do conceito de Khidmat, Servir a Deus, servindo os outros desinteressadamente: superando o egoísmo individualista, criando laços de solidariedade, e sentido de comunidade”. Tudo isto a partir dos conceitos islâmicos de *sabr* (paciência e autocontrole) e de *jihad*, dos princípios corânicos (“perdoar é melhor que castigar” e “retribui um mal com algo de melhor, e verás que o teu pior inimigo se torna o teu melhor aliado”), bem como de Maomé, a quem descreveu como praticante pioneiro das campanhas de não-violência.

Observe-se que o exército incluía mulheres, o que foi realizado, a partir da ruptura com a prática de *pardah* (separação) e pelo envolvimento político e ativo das mulheres calcado na noção de que “a injustiça para com a mulher é injúria a Deus”. Daí poder afirmar que

Deus não faz distinção entre homem e mulher. A superioridade reside apenas no cumprimento do bem. [...] A vossa opressão resulta de os homens ignorarem os mandamentos de Deus e do Profeta, seguindo antes os seus costumes.

Verifica-se, desta vez, uma reconversão de valores tribais a serviço de uma “proposta de emancipação e justiça”, a partir de uma visão islâmica e de seu próprio contexto social.

Todos estes intentos são exemplos de um genuíno diálogo intracultural, dando vazão ao desafio do Islã de “os muçulmanos (re)pensarem a sua relação com ‘o Islão’, e com o legado islâmico”, um desafio que envolve toda a rediscussão da tradição:<sup>77</sup>

É um desafio que passa pelo reconhecimento de que a Tradição se fez e se faz; que o Corão se interpreta. Que Deus é Deus, o Seu Ser é Outro, e não há, para nós, Islão sem mediação, sem muçulmanos, sem culturas, sem mundividências. Que o Islão é a acumulação das interpretações ao longo dos tempos. E não só dos textos, também das realidades históricas, da complexidade e diversidade das formas de concretização do Islão, das formas de crer e ter fé, de servir Deus – formas que não passam por, nem reflectem, os centros de poder, e cujas histórias, não menos, e aliás bem mais, testemunham a vivência do Islão pela maioria dos muçulmanos ao longo dos tempos.

Como destaca Raúl Fornet-Bettancourt, “em cada cultura há uma história de luta pela determinação de suas metas e valores”, o que gera, pelo menos como possibilidade, “não uma, mas uma pluralidade de tradições”. Desta forma, por trás de uma face que se nos oferece uma cultura como “uma tradição estabilizada em um complexo horizonte de códigos simbólicos, de formas de vida, de sistema de crenças, etc, há sempre um conflito de tradições”. Um conflito de tradições que, por sua vez, deve ser lido “como a história que evidencia que em cada cultura há possibilidades truncadas, abortadas, por ela mesma; e que, conseqüentemente, cada cultura pode

---

<sup>77</sup> VAKIL, Abdoolkarim. Islão, Justiça e Paz. Op. cit. , p. 475.

também ser estabilizada de outro modo como hoje a vemos”.<sup>78</sup>

As estratégias culturais em que são repensados os direitos das mulheres, reconfigurados os valores das sociedades tribais, reavaliada a questão das penas cruéis, a partir de um referencial islâmico, da mesma forma que as lutas dos “intocáveis” no universo cultural hindu ou as lutas para ressignificar os direitos de as mulheres serem ordenadas monjas na tradição budista tailandesa,<sup>79</sup> são exemplos claros de que é possível optar por uma via alternativa à cultura estabilizada, “seja recuperando a memória das tradições truncadas ou oprimidas na história de seu universo cultural, seja recorrendo à interação com tradições de outras culturas, ou inventando perspectivas novas a partir do horizonte das anteriores”.<sup>80</sup> Um fenômeno que Raúl Fornet-Betancourt designa como “desobediência intercultural” e que passa pelo reconhecimento de que “identidades culturais são processos conflitivos que devem ser discernidos, e não ídolos a conservar ou monumentos de um patrimônio nacional intocável”.<sup>81</sup>

Tomando como metáfora a Torre de Babel, poder-se-ia dizer que, ao contrário do que usualmente se entende, esta deve ser reconfigurada, de forma que não seja visto como castigo o fato de todos os povos serem “obrigados” a falar múltiplas línguas, mas sim como uma dádiva pelo fato de, não se falando a mesma língua, os mútuos silêncios e falas terem que ser interpretados, e a própria diversidade e pluralidade serem essenciais ao processo humano, o que demanda um diálogo intercultural. É esse espírito babélico que pauta toda a hermenêutica diatópica: não a busca de uma língua ou cultura única, mas sim a expressão das mais diversas vozes no mesmo processo social.

Sem dúvida alguma, um grande desafio para os dias de hoje.

---

<sup>78</sup> FORNET-BETANCOURT, Raúl. *Transformación intercultural de la filosofía*. Bilbao: Desclee de Brouwer, 2001, p. 185.

<sup>79</sup> Neste sentido, vide: SUWANBUBBHA, Parichart. Religious Education and Gender issues: difficulties of female ordination in Thailand. In: ALATAS, Syed Farid; GHEE, Lim Teck & KURUDA, Kazuhide. *Asian Interfaith Dialogue: perspectives on religion, education and social cohesion*. Singapore/Washington: Centre for Research on Islamic and Malay Affairs (RIMA)/The World Bank, p. 95-108, 2004.

<sup>80</sup> FORNET-BETANCOURT, op. cit., p. 187.

<sup>81</sup> Ibidem, p. 188.

# OS DIREITOS HUMANOS COMO DIREITOS SUBJETIVOS: Da Dogmática Jurídica à Ética

Luis Fernando Barzotto\*

“Os direitos humanos não existem, e acreditar neles é como acreditar em bruxas e unicórnios. Os direitos humanos são ficções.”  
Alasdair MacIntyre, *Depois da virtude*

## 1 INTRODUÇÃO

### 1.1 A constatação: a inadequação da dogmática jurídica na tematização dos direitos humanos

Os direitos humanos são uma espécie do gênero direito subjetivo: são os direitos subjetivos que cabem a todo ser humano em virtude de sua humanidade.

Embora essa tese soe trivial, ela transcende o horizonte da ciência do direito moderna, a chamada “dogmática jurídica”, formada a partir da tradição do direito privado.<sup>1</sup>

Esta inadequação da dogmática jurídica deve-se, em primeiro lugar, ao fato desta dedicar-se à sistematização de um ordenamento jurídico positivo. Ela assim, esforça-se por determinar direitos subjetivos a partir de estatutos jurídicos (pai, eleitor, proprietário), de atos jurídicos (promessa), de negócios jurídicos (compra e venda), de fatos jurídicos (morte). Esses conceitos adquirem sua significação no interior de um ordenamento jurídico particular. Para a dogmática, não há direitos derivados da mera condição humana, mas apenas direitos derivados de estatutos jurídicos, atos jurídicos, negócios jurídicos e fatos jurídicos criados por um ordenamento jurídico positivo. A dogmática jurídica possui limites técnicos que não lhe permitem abarcar o conceito de direitos humanos. Para ela, direitos que estão além de ordenamentos jurídicos particulares são ficções.

Em segundo lugar, a deficiência da dogmática jurídica é de natureza filosófica. A estruturação da dogmática contemporânea, que possui sua gênese no jusracionalismo moderno do século XVII e tem sua configuração definitiva no positivismo jurídico do século XIX, é paralela a uma radicalização do individualismo

\*Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

<sup>1</sup>Para o conceito de dogmática jurídica, cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1994.

no Ocidente. Tanto para a ciência do direito nascente como para a filosofia política liberal dos “direitos do homem”, o *jus* (direito) passa a ser pensado como uma “qualidade inerente ao indivíduo”<sup>2</sup>, rompendo com a ciência do direito romana, para a qual o *jus* era “uma relação com os outros”<sup>3</sup>. Se o direito é uma *qualidade* do indivíduo, então a doutrina liberal dos “direitos do homem” está certa em afirmar que o ser humano antes de qualquer relação social (estado de natureza) já possui direitos, isto é, Robinson Crusóe tem direitos na sua ilha. Do mesmo modo, a dogmática jurídica vai afirmar que o direito de propriedade (como qualquer direito) não tem significado social, devendo ser pensado somente como um atributo ou uma *qualidade* do indivíduo. Assim, “X é proprietário”, “X é calvo”, “X é depressivo” são expressões equivalentes na medida em que são definidas por referência somente ao indivíduo (*qualidade*), excluindo a referência aos demais (*relação*).

Aqui, a dogmática jurídica, bem como a doutrina moderna dos “direitos do homem” (séculos XVII-XIX) contrastam com a doutrina contemporânea dos direitos humanos (séculos XX-XXI). Se assumirmos a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 10 de dezembro de 1948, como paradigma dessa última doutrina, veremos que a referência à comunidade é essencial para a compreensão dos direitos das pessoas: “Todo homem tem deveres para com a comunidade na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível” (art. XXIX, 1). O lugar da realização dos direitos é a comunidade, sendo os direitos humanos, portanto, uma *relação* que se tem com os demais membros da comunidade. Nesse sentido, a doutrina dos direitos humanos é antitética à doutrina liberal dos “direitos do homem”. Para esta, a referência na determinação dos direitos é o estado de natureza, a situação pré-social. Os direitos servem para reproduzir no estado de sociedade, o mesmo isolamento do estado de natureza. Ter direitos é ter a possibilidade de excluir-se do convívio dos demais, e coagi-los a não interferir com a própria autonomia: “Nenhum dos supostos direitos do homem vai além do homem egoísta [...], do indivíduo separado da comunidade, confinado a si próprio, ao seu interesse privado e ao seu capricho pessoal.”<sup>4</sup> A dogmática jurídica é a viabilização técnica da necessidade ideológico-política do liberalismo de instituir a sociedade sobre os direitos do homem. Para ela, os direitos são *qualidades* dos indivíduos. Torna-se, portanto, incapaz de pensar os direitos humanos, *relações* dos seres humanos entre si.

A tentativa de reduzir os direitos humanos ao esquema dos direitos subjetivos dos direitos do homem e da dogmática jurídica apresenta um duplo resultado.

De um lado, alguns como MacIntyre e Norberto Bobbio, ao verificarem a inexistência de uma norma de um ordenamento jurídico positivo que confira esses direitos, opinam coerentemente pela sua inexistência. É esse o procedimento da dogmática jurídica: há uma norma, então há o direito; se não há uma norma, então o direito subjetivo não existe.<sup>5</sup> Estes autores, negam, coerentemente, a existência de direitos humanos.

<sup>2</sup> VILLEY, Michel. *Philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 2001. p. 107.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> MARX, Karl. A questão judaica. In: \_\_\_\_\_. *Manuscritos Econômico-filosóficos*. Lisboa: Edições 70, 1993. p. 58.

<sup>5</sup> Cf. BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 15-24

Outros pretendem que os direitos humanos sejam direito subjetivo no sentido da dogmática jurídica. É a opinião corrente em vastos setores do *staff* jurídico da América Latina. Se os direitos humanos são direitos subjetivos, então eles podem e devem ser pensados como direitos tradicionalmente tuteláveis por via judicial, como é o caso do direito subjetivo central, o direito de propriedade. Assim, o direito humano à saúde é pensado como um direito de propriedade de cada indivíduo sobre uma parcela do orçamento público da saúde, direito garantido e efetivado judicialmente.

A tese deste artigo é a de que os direitos humanos não podem ser pensados como direitos subjetivos no sentido da dogmática jurídica. A dogmática jurídica mede o humano a partir do direito: quem é pessoa do ponto de vista da ordem jurídica positiva? O conceito de direitos humanos inverte essa lógica: o que vale como direito positivo à luz das dignidade da pessoa humana? Nos direitos humanos, a pessoa humana é a medida do direito. Na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, prescreve-se como a ordem jurídica positiva deve ser organizada para estar à altura das exigências derivadas da natureza humana, e não o contrário. Se o horizonte da ciência do direito é a ordem jurídica positiva, e os direitos humanos colocam o desafio de pensar a *praxis* e os fins da pessoa humana, faz-se necessário passar da dogmática jurídica à Ética.

## 1.2 A tese: a adequação da ética tomista na tematização dos direitos humanos

Das várias tendências em Ética, o texto assume a tradição que tem em Tomás de Aquino (1225-1274) o seu ponto de convergência, como matriz teórica que permite depurar o conceito de direito subjetivo dos limites da dogmática jurídica, para adequá-lo às necessidades dos direitos humanos.

Como alguns autores da tradição tomista rejeitam o conceito de direitos humanos, é importante ressaltar a utilidade desse conceito para a compreensão contemporânea de temas caros à tradição referida, como os conceitos de justiça, vida boa, bem comum e dignidade da pessoa humana.

### a) Os direitos humanos e a sistematização das exigências da justiça.

O vocabulário dos direitos aguça a percepção das exigências da justiça: a “linguagem dos direitos (*rights*) proporciona um instrumento flexível e potencialmente preciso para classificar e expressar as exigências da justiça”.<sup>6</sup> A justiça para o direito romano e Tomás de Aquino, consiste em dar a cada um o que lhe é devido, ou o que é seu. O *jus* (direito) identifica-se com o *justum* (justo). Alguns autores como Michel Villey negam que o conceito citado de direito como justo tenha qualquer relação com o conceito de direito subjetivo. Contudo, não é difícil dar razão a John Finnis

---

<sup>6</sup> FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000. p. 239.

quando este afirma que o direito subjetivo “expressa e afirma as exigências [...] de uma relação de justiça desde o ponto de vista da pessoa que se beneficia dessa relação. Proporciona uma maneira de falar sobre ‘o que é justo’ desde um ângulo especial: o ponto de vista daquele a quem algo é devido.”<sup>7</sup> O devido/justo/seu/direito admite dois pontos de vista: o ponto de vista daquele que deve e o ponto de vista daquele a quem algo é devido. O conceito de direito subjetivo permite articular de um modo mais rigoroso esta última perspectiva. O direito subjetivo não substitui assim a justiça, apenas a esclarece.

## **b) Os direitos humanos como expressão dos aspectos da vida boa.**

Ao contrário do que afirma o liberalismo, a noção de direitos humanos não é contraditória com a idéia de vida boa, ou vida humana plenamente realizada do pensamento clássico. Para o liberal, os direitos existem porque nenhum ideal de felicidade ou vida boa é objetivo, todos são arbitrários. Os direitos humanos protegeriam essa arbitrariedade. Ao contrário, pode-se pensar que os direitos humanos expressam os “aspectos básicos da plena realização humana”<sup>8</sup> de cada um dos membros da espécie humana. Por exemplo, vida, liberdade e saúde são elementos constitutivos da vida boa, da vida plenamente realizada para todo ser humano. Toda declaração de direitos humanos afirma um conjunto de bens que são considerados como elementos essenciais da vida plenamente realizada ou vida boa, como a chamavam os clássicos. Quanto maior for a lista de direitos, mais densa e mais estrita será a concepção de vida boa, afirmando-se, contra os liberais, a validade universal de uma concepção de vida boa, aquela explicitada nos direitos humanos. Toda concepção de vida boa que não incorporar os bens listados como direitos humanos é excluída como sendo indigna de qualquer ser humano, e portanto, a vida boa deixa de estar ao arbítrio do indivíduo, impondo-se politicamente a todos. Os liberais privatizaram a vida boa; os direitos humanos a tornam pública, objetiva, universal e obrigatória.

Ao mesmo tempo, e também contra os liberais, a afirmação de que os bens necessários à realização humana são direitos, isto é, algo que cada ser humano espera obter dos demais, explicita o fato ineludível da sociabilidade, de que a felicidade de cada um está na dependência da presença e da ação de outrem.

## **c) Os direitos humanos como garantia do caráter distributivo do bem comum.**

Os liberais opõem a noção de direitos humanos ao conceito de bem comum. Os direitos humanos representariam um limite ao bem comum. Porém, se o bem comum é o bem de todos, como afirma a ética tomista, o conceito de direitos humanos apenas expressa “os contornos do bem comum, os distintos aspectos do

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 234.

<sup>8</sup> FINNIS, *op. cit.*, p. 234.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 242-243.

bem-estar individual na comunidade.”<sup>9</sup>A finalidade da vida em comunidade é a auto-realização, a vida boa. O bem da comunidade, o bem comum é alcançado quando os membros da comunidade possuem as condições comunitárias de realização da vida boa. Os direitos humanos como aspectos da vida boa são a articulação do conteúdo do bem comum, eles revelam a “natureza distributiva”<sup>10</sup> do bem comum como bem de todos: o bem comum só existe na medida em que é partilhado por todos. Os direitos humanos são a parte que cabe a cada um no bem comum. Sem o conceito de direitos humanos, perde-se um instrumento conceitual valioso para determinar o conteúdo concreto da participação de cada membro da comunidade no bem comum, ou seja, daquilo que é devido a cada um na partilha do bem comum. Cada membro, ao afirmar seu direito, alcança especificar qual é a sua parte no bem comum. Sem o conceito de direitos humanos, corre-se o risco de que o bem comum seja identificado na prática com o bem de uma classe, do Estado, do partido ou de um grupo. Os direitos humanos trazem o bem comum do céu das abstrações coletivistas para o chão da vida concreta dos seres humanos.

#### **d) Os direitos humanos como expressão das exigências da dignidade da pessoa humana.**

Pensar a ordem jurídica a partir da consideração das pessoas humanas como fins em si mesmas, significa identificar como juridicamente válido somente aquilo que favorece a sua realização como pessoas. A ordem jurídica preocupa-se em determinar assim, o que é devido à pessoa humana como tal, sendo pensada como um conjunto de direitos, e não um sistema de normas. Cada membro da sociedade passa a referir-se a si mesmo e a um outro que é igual a si em dignidade, como titular de direitos idênticos, os direitos humanos. Na sociedade fundada na igual dignidade de todos, não há um “superior” acima dos membros do corpo social. O Estado, a nação, o povo, não podem impor deveres às pessoas. Se o século XX foi pródigo em colocar o direito positivo a serviço de ficções coletivistas como “interesse de classe”, “segurança nacional”, “soberania”, os direitos humanos explicitam que só a dignidade da pessoa humana é fonte de deveres para a pessoa humana: todos os deveres são (direta ou indiretamente) correlatos dos direitos humanos, dos direitos derivados da dignidade da pessoa humana.

### **1.3 O método: a análise estrutural dos direitos humanos**

Trata-se, portanto, após constatar a inadequação do direito subjetivo da dogmática jurídica para pensar o conceito de direitos humanos, demonstrar a adequação da ética tomista para propor um conceito de direito subjetivo capaz de apreender os direitos humanos.

O procedimento será o da análise estrutural, isto, é, a análise dos elementos

---

<sup>10</sup> MARITAIN, Jacques. *A lei natural e os direitos do homem*. Rio de Janeiro: Agir, 1967. p. 21.

que compõem a estrutura do direito subjetivo. “Direito subjetivo” é uma expressão utilizada, tanto no discurso da dogmática jurídica, como na linguagem corrente e na gramática dos direitos humanos, para descrever uma situação que pode ser formulada nos seguintes termos: “X tem direito a z face a Y”. Podemos distinguir aqui quatro elementos:

- a) o sujeito ou o titular do direito: X.
- b) o sujeito ou o titular do dever: Y.
- c) o objeto: z.
- d) o fundamento da relação entre X, Y e z.

## 2 O TITULAR DO DIREITO DOS DIREITOS HUMANOS: A PESSOA HUMANA

Para ser titular de um direito subjetivo é necessário que se cumpram certos requisitos estabelecidos em um ordenamento jurídico particular. Mas para possuir direitos humanos basta pertencer à espécie humana, ter o *status* de “humano”, ou seja, o titular dos direitos humanos é, pura e simplesmente, o ser humano. Aqui vê-se o limite da ciência do direito, que não lida com o ser humano como tal, mas com um papel jurídico: o credor, o proprietário, o cidadão, o segurado, etc. Não é Pedro como pessoa humana que é titular de direitos, mas Pedro no seu papel de proprietário, credor, etc.

A determinação, portanto, do sujeito dos direitos humanos exige uma antropologia, uma resposta articulada à questão: “Quem é o ser humano?” A própria antropologia, como a ética, repousa, contudo, em uma certa metafísica. Entretanto, pelo fato do termo “metafísica” ter se tornado pouco mais do que uma injúria na filosofia contemporânea, alguns esclarecimentos são necessários.

A metafísica consiste na teoria do ser. Ela pretende determinar o fundamento último ou absoluto de tudo o que se apresenta à consideração do sujeito cognoscente. Como todos possuem uma certa concepção da estruturação do real, todos supõem uma metafísica, que permanece na maior parte das vezes inarticulada, e em alguns casos, é ingenuamente negada.

Esquemáticamente, podemos dividir as grandes concepções metafísicas em três: idealismo, realismo e empirismo. A cada uma delas corresponde uma antropologia que procura determinar quem é o “humano” titular dos direitos humanos.<sup>11</sup>

### 2.1 O idealismo e os direitos humanos

Para o idealismo, a realidade é composta de idéias e essências. O que caracteriza o ser humano é a posse de uma natureza humana abstrata, geralmente identificada com a racionalidade. A identidade humana é assim reduzida a um mínimo,

<sup>11</sup> Os tipos propostos (idealismo, realismo, empirismo) encontram seu limite na argumentação aqui exposta, não pretendendo fornecer uma classificação exaustiva das várias escolas filosóficas do Ocidente.

pois as determinações concretas (nacionalidade, renda, religião, ideologia, gênero) são abstraídas na tentativa de se obter a essência humana. Assim, a pergunta “Quem é X?” só poderá ser respondida após termos destacado de X todas as suas qualidades concretas: ser membro de um partido, de uma igreja ou de uma classe social; ter uma determinada nacionalidade e estar vinculado a uma família ou grupo social. O ser humano reduzido a este mínimo é o indivíduo racional, tão caro ao jusnaturalismo moderno. A obtenção desse indivíduo, uma vez que ele não é observável na história, é resultado de um procedimento hipotético chamado “estado de natureza”. O estado de natureza funciona como um experimento, um laboratório no qual as impurezas históricas (renda, ideologia, religião, etc) são extraídas do ser humano, o qual aparece apenas como um indivíduo racional.

A esse sujeito abstrato do idealismo moderno, cujo precursor é Descartes, atribuem-se direitos atinentes a uma única dimensão: vida (Hobbes), propriedade (Locke) ou liberdade (Kant). Como indivíduo, cada ser humano é idêntico a outro, e os direitos humanos passam a ter uma universalidade absoluta. A propriedade privada é um direito tão sagrado em Locke para um capitalista inglês como para um membro de uma aldeia indiana ou de um clã árabe.

O idealismo alimenta assim uma noção unívoca<sup>12</sup> de direitos humanos, baseado em uma noção unívoca de ser humano, reduzida a uma natureza despida de atributos históricos. Isso gera um universalismo abstrato presente hoje em alguns discursos sobre direitos humanos. Assim, por exemplo, no discurso feminista dos países desenvolvidos denuncia-se a obrigatoriedade de mulheres muçulmanas usarem o véu, mas não denuncia-se a proibição de mulheres muçulmanas usarem o véu (França e Turquia). Como, considerada em abstrato, de um ponto de vista idealista e despida de concretude histórica, as mulheres não possuem religião, toda adesão a uma religião (que necessariamente implica restrições ao comportamento) passa a ser vista como um atentado à liberdade, e não como um modo de viver a liberdade. A liberdade para seres abstratos só pode ser abstrata, não se ligando a nenhum objeto ou valor concreto como a religião.

## 2.2 O empirismo e os direitos humanos

Uma outra metafísica pode ser chamada de empirista. O empirismo considera como real somente o fático, o dado. Sua teoria social prioriza as relações de força e busca de interesses, considerados como os únicos dados relevantes da vida social, além da ideologia, que é uma racionalização da luta pelo poder e pela riqueza. A ênfase coloca-se, portanto, em relação às dimensões “duras” da vida social: a política (poder) e a economia (riqueza). Outras esferas da vida social, como a ética e o direito são considerados parasitárias da política e da economia. Assim, fenômenos ético-valorativos como religiões e ideologias são pensados como “expressões da visão de

<sup>12</sup>A aplicação das categorias de unívoco, equívoco e analógico aos direitos humanos na direção de uma superação do debate particularismo x universalismo, tem como base a argumentação de Mauricio BEUCHOT, *Derechos Humanos*, p.61-71.

mundo da classe dominante” e o direito vem definido como a vontade do mais forte. O empirismo professa uma antropologia historicista: o ser humano é apenas o produto de uma série de circunstâncias históricas, principalmente econômicas e políticas. Ele é determinado pelo meio em que vive, não se podendo jamais falar-se do “humano” como tal. Assim como para os conservadores do século XIX, também para o empirista não existe “o” ser humano, mas apenas franceses, indianos ou russos.

Essa visão empirista combina-se com uma visão positivista de direitos humanos. Se o ser humano é o produto determinado de circunstâncias históricas, os direitos que lhe correspondem só podem ser aqueles que lhe são atribuídos por essas circunstâncias. Para o empirista, portanto, não existem direitos humanos, direitos que cabem ao ser humano como tal, pois esse sujeito de direitos não existe, mas somente direitos fundamentais, garantidos por ordens jurídicas particulares aos seus cidadãos. Aqui, os direitos humanos assumem um caráter equívoco. Quando russos, árabes, chineses e suecos assinam uma declaração que garante a liberdade, esse termo será utilizado para designar realidades completamente diferentes, sendo portanto, equívoco. Cada povo, por um ato de poder, irá fixar o sentido deste termo que, portanto, somente em experiências históricas e locais pode adquirir algum significado. Os seres humanos não “nascem livres e iguais” como afirma a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Cada povo, na sua particularidade histórica, irá determinar o que significa liberdade e igualdade para aqueles que estão submetidos à sua ordem jurídica. Não há uma essência humana partilhada por todos os seres humanos. Há apenas uma existência humana em situações particulares, e é essa que pode ser titular de direitos particulares.

## 2.3 O realismo e os direitos humanos

Um terceiro tipo de metafísica pode ser chamada de realista. No realismo, essência e existência, valores e fatos, forma e matéria, combinam-se para configurar o real tal como se apresenta ao ser humano. Qualquer explicação unilateral da realidade é descartada como reducionista. O que significa uma idéia fora do contexto fático de sua aplicação? E qual é a inteligibilidade de um fato se não for ligado a uma idéia, um esquema conceitual?

Antropologicamente, isso significa que o ser humano é pessoa humana. Na tradição realista, a pessoa humana é uma natureza humana (essência) concretamente determinada (existência): “substância individual de natureza racional”, na definição de Boécio assumida por Tomás de Aquino<sup>13</sup>. A pessoa humana não é a natureza humana, mas é a substância individual, ou seja, o indivíduo singular de natureza humana. Para a pessoa humana, é constitutivo o ato de existir: “Aquilo que faz com que Sócrates seja homem (natureza) encontra-se nos outros homens, mas aquilo que faz com que esse homem seja Sócrates (personalidade) pertence a um só. A

---

<sup>13</sup>Tomás de AQUINO, *Suma de Teologia*, I, q. 29, a1. Daqui em diante, será usada a sigla ST.

pessoa humana não é, portanto, a natureza humana em Sócrates ou Platão, é Sócrates ou Platão.”<sup>14</sup> Natureza humana, humanidade, homem, indicam abstrações que só existem de um modo universal na mente humana, como conceito. Pessoa humana, por outro lado, indica sempre um ser concreto, existente, efetivo, real.

A natureza humana possui três traços constitutivos: animalidade, racionalidade, sociabilidade. A pessoa é esse animal racional e social concreto, com características físicas e psíquicas específicas, um desenvolvimento peculiar da própria racionalidade e situado em um contexto social particular. Para a plena realização da pessoa, é necessário uma pluralidade de direitos que tutelem as várias dimensões da natureza humana em circunstâncias concretas: animalidade (vida e saúde); racionalidade: (liberdade, educação, direitos políticos); sociabilidade (família, comunicação, associação). Estes direitos não pertencem à natureza humana, mas a pessoas humanas: João, Tiago e Pedro.

Como foi visto, uma determinada concepção do ser humano como titular de direitos implica uma determinada concepção dos direitos que cabem a ele.

Para o ser humano como pessoa, os direitos humanos assumem um caráter analógico. Assim como termos equívocos remetem a objetos diferentes (banco de praça e banco mercantil), conceitos unívocos sempre ao mesmo objeto (o branco da parede e o branco da camisa), conceitos analógicos indicam objetos relacionados entre si, semelhantes. Assim para o idealista, liberdade é um conceito unívoco, que se aplica de modo idêntico a todos os seres humanos, independente das circunstâncias. Para o empirista, liberdade é um termo vazio, que terá significados completamente distintos em circunstâncias distintas. Para o realista, liberdade é um termo analógico. Ele indica algo que é devido ao ser humano como tal, e portanto trata-se essencialmente da mesma realidade para todos os seres humanos. Mas essa essência será aplicada à realidades distintas, e nessa aplicação, ela ganhará determinações. Isso dará origem a fenômenos semelhantes, nem absolutamente distintos (empirista), nem idênticos (idealista). Desse modo, a liberdade em uma aldeia rural será vivida de um modo distinto do que a liberdade em uma grande cidade. Há um mínimo (essência) compartilhado, pelo que podemos falar de uma liberdade presente em um ou outro contexto. Mas ela sofrerá modulações pela sua aplicação em um contexto diferente (existência), o que dá espaço para variações legítimas, uma vez que a racionalidade, animalidade e sociabilidade de todo ser humano se manifestam de modos distintos em pessoas distintas.

Essa concepção analógica dos direitos humanos permite superar o atual debate entre particularismo e universalismo nos direitos humanos.

O particularismo, reflexo de uma visão empirista, enfatiza de tal modo a história que aniquila a humanidade como categoria com sentido, com o que abole a própria noção de direitos humanos. O universalismo atual, de corte iluminista e liberal, abstrai de tal modo as particularidades históricas que destrói toda possibilidade de efetivar os direitos humanos em escala global, uma vez que o ser humano só

---

<sup>14</sup>RASSAM, Joseph. *Tomás de Aquino*. Lisboa: Edições 70, 1988. p. 52.

existe como pessoa, isto é, como ser concreto, e portanto, condicionado pelo contexto histórico. Na prática, fica-se sem saber a quem atribuir os direitos humanos, uma vez que todo aquele que invoca os direitos humanos é sempre uma pessoa humana, e portanto, está sempre contaminado por particularidades políticas, religiosas, econômicas, etc.

O realismo propugna um universalismo analógico. A pertença à espécie humana garante a posse de direitos, os direitos humanos. Mas esses se manifestam de modos distintos, do mesmo modo que a mesma humanidade se manifesta em cada pessoa humana de um modo distinto. Os mesmos direitos, na sua essência, para todos aqueles que possuem a essência humana. Mas direitos que existem com conteúdos concretos diferentes para pessoas que existem de modo diferente. Na sua efetividade, os direitos não serão absolutamente idênticos (idealismo) nem absolutamente distintos (empirismo), mas semelhantes.

O conceito de pessoa não traz consigo somente um suporte antropológico para a titularidade dos direitos humanos, mas fornece uma razão para atribuir direitos ao ser humano: a afirmação de sua dignidade. Segundo Tomás, no teatro o termo *persona* (pessoa) designava aqueles que pela sua dignidade, eram merecedores de representação: líderes, heróis, reis. Agora, que o termo “pessoa” deixou de indicar o personagem do teatro e passou a designar todo ser humano na sua concretude, é correto continuar afirmando a dignidade da pessoa: “subsistir na natureza racional é de máxima dignidade, por isso todo indivíduo de natureza racional é chamado pessoa.”<sup>15</sup> A racionalidade implica o livre arbítrio: “é necessário que o homem possua livre arbítrio, pois é racional” e o livre arbítrio leva o ser humano a ser “causa de seu próprio movimento” ou “causa de si mesmo”.<sup>16</sup> Como afirma John Finnis, o conceito de causa traz consigo, além das causas formal, material e eficiente, a idéia de causa final. Afirmer que a pessoa humana é causa final de si mesmo tem a sua tradução moderna na expressão kantiana “fim em si”: a pessoa humana é fim para si mesmo e para os demais.<sup>17</sup> Como fim em si, a pessoa humana move-se em direção à sua auto-realização. Para essa auto-realização, são necessários certos bens. A pessoa humana é digna, merecedora desses bens. Com efeito, o termo dignidade está vinculado com as idéias de “respeito, de ser merecedor, ou credor de certas prestações”.<sup>18</sup> A dignidade de pessoa determina que lhe é devido algo para que ela possa se realizar como pessoa, que lhe sejam proporcionados os meios necessários para que possa assumir a si mesma como fim. Entre esses meios, os de maior relevância ética, jurídica e política são os direitos humanos.<sup>19</sup>

A *Declaração Universal* pode ser interpretada a partir dessas categorias. Em primeiro lugar, há uma concepção de pessoa humana. Afirma-se uma essência

<sup>15</sup>ST I, q. 29, a.4.

<sup>16</sup>ST I, q. 83, a.2. Tomás no mesmo artigo esclarece que o ser humano, ainda que seja causa de si mesmo, não é a causa primeira (Deus).

<sup>17</sup>FINNIS, John. *Aquinas*. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 170, nota 167. Na visão teocêntrica de Tomás, o homem é fim imediato para si e para os demais. O fim último é Deus.

<sup>18</sup>Carlos-Ignacio MASSINI, *Filosofia del derecho*, p.107.

<sup>19</sup>Para a relação entre dignidade da pessoa humana e direitos, cf. Ingo Wolfgang SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*.

humana: “Todos os homens (...) são dotados de razão e consciência”(art I). Do mesmo modo, a existência humana decorre em comunidades políticas concretas, que por sua autodeterminação, estabelecem “livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural” (art. I *Pacto de Direitos Cívicos e Políticos* de 1966). Comunidades diferentes vão assegurar os *mesmos* direitos de um *modo diferente*, pois todas as pessoas são dotadas de razão e consciência, mas todas livremente, decidiram organizar sua vida política, econômica, social e cultural de um *modo distinto* para efetivar os *mesmos direitos* em *circunstâncias distintas*. É a concepção analógica dos direitos humanos que está aqui presente.

A referência à dignidade também é explícita: “(...) o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana” (Preâmbulo); “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (art. I); “Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana.” (Preâmbulo dos *Pactos Internacionais* de 1966)

### 3 O TITULAR DO DEVER DOS DIREITOS HUMANOS: O CO-HUMANO

Em todo direito subjetivo, alguém é responsabilizado pelo dever correspondente ao direito. A dogmática jurídica não possui maiores problemas no que diz respeito à identificação do titular ou sujeito do dever: o devedor, a seguradora, a previdência social, o contribuinte, etc., são categorias forjadas para a determinação do titular do dever. O que a ciência do direito não tem condições de proporcionar é como determinar quem é o devedor face a qualquer ser humano. Se os direitos humanos cabem a todo ser humano em virtude de sua condição humana, a responsabilidade pelo dever é universalizada. Como o ser humano que se apresenta em qualquer relação social é titular de direitos, ele transforma todo aquele com quem se defronta em titular de deveres. Na tradição do pensamento ocidental, coube à Ética, e não à dogmática jurídica, tematizar o que um ser humano deve a outro ser humano.

Entre as várias concepções éticas, destacaremos a adequação da “ética da fraternidade” (a expressão é de Max Weber<sup>20</sup>) do pensamento tomista, na elaboração de um sujeito de dever vinculado potencialmente a toda a humanidade, que será denominado “co-humano”<sup>21</sup> Na elaboração desse conceito, reconstruiremos a tradição tomista, analisando as experiências sociais e crenças religiosas particulares que receberam em Tomás de Aquino uma articulação racional e uma justificação filosófica, isto é, uma significação universal.

O conceito de co-humano em Tomás de Aquino é uma explicitação filosófica da noção de próximo da ética cristã. Embora o termo “próximo” evoque um contexto

<sup>20</sup>WEBER, Max. Excurso: teoría de los estadios y direcciones del rechazo religioso del mundo. In: \_\_\_\_\_. *Ensayos sobre sociología de la religión*. Madrid: Taurus, 1992. v. 1.

<sup>21</sup>Cf. KONINGS, Johan. Raízes Bíblicas do Humanismo Social Cristão. In: OSOWSKI, Cecília (org). *Teologia e Humanismo Social Cristão*. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

religioso, a noção, como exposta na sociologia de Max Weber, é típica de pequenas associações como aldeias e comunidades rurais. O próximo é, originariamente, o vizinho. Em si, é uma noção ética secular, apropriada e redefinida pelo cristianismo, e que constitui, após a formulação filosófica dada por Tomás de Aquino, um conceito apropriado para interpretar um sujeito de dever universal, o sujeito ou titular do dever dos direitos humanos.

### 3.1 O vizinho como sujeito de dever na ética particularista da fraternidade

Nas sociedades hierárquicas, pré-modernas, é implausível falar-se de deveres recíprocos de um ser humano em relação ao outro. Isso se deve ao fato de que as sociedades pré-modernas têm no conceito de honra o critério pelo qual assinalam a seus membros os direitos e deveres em uma determinada posição no interior de uma estrutura social escalonada: “a honra [ . . . ] está intrinsecamente ligada a desigualdades. Para que alguns tenham honra nesse sentido, é essencial que nem todos a tenham.”<sup>22</sup> Cada grupo tem seu próprio código de honra, gerado a partir das necessidades e aspirações particulares, que determinam os deveres no interior do grupo. Assim, na Idade Média, entre a aristocracia, a atividade militar era honrada, uma vez que esta era a fonte do seu domínio (Tocqueville). Deste modo, a honra se apresenta como não suscetível de universalização, vinculando-se a grupos particulares na sociedade. A consequência mais direta deste tipo de estruturação social é a dificuldade de reconhecer no outro a humanidade comum: “Num povo aristocrático, cada casta tem as opiniões, os seus sentimentos, os seus costumes, a sua existência à parte. Assim, os homens que a compõem nunca se parecem a todos os outros; nunca têm a mesma maneira de pensar ou sentir, e *mal chegam a crer que fazem parte da mesma humanidade* (não há grifo no original)”<sup>23</sup>. Não há idéia de uma moral universal, direitos universais, deveres universais, pois não há o reconhecimento de uma humanidade comum partilhada pelos membros dos vários grupos sociais. As sociedades hierárquicas tendem a pensar que os seres humanos são, por natureza, desiguais. No caso do Ocidente, essa naturalização da desigualdade viu-se como uma negação da humanidade do estrangeiro, tese que na prática justificava a desigualdade extrema, a escravidão: “Os gênios (mais profundos e mais vastos da Grécia e de Roma jamais puderam chegar à idéia (...) da semelhança dos homens e do direito igual que cada um deles tem ao nascer, à liberdade; e esforçaram-se para mostrar que a escravidão era da natureza, e existiria sempre.” A explicação de Tocqueville para essa limitação filosófica dos antigos é sociológica: “todos os grandes escritores da Antiguidade faziam parte da aristocracia dos senhores, ou pelo menos, viam essa aristocracia como estabelecida sem contestação diante dos seus olhos”.<sup>24</sup>

Tome-se o exemplo de um desses grandes escritores, Aristóteles. Para ele,

---

<sup>22</sup> TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: \_\_\_\_\_. *Argumentos Filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000. p. 242.

<sup>23</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. São Paulo: Edusp/Itatiaia, 1987. p. 427.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 329.

há três pares hierárquicos naturais: grego/bárbaro, homem/mulher, livre/escravo: “os gregos olham-se entre si como de nascimento nobre não apenas na sua terra mas em toda parte; aos bárbaros consideram-nos nobres apenas nas suas terras, julgando que há dois tipos de nobreza e liberdade; um absoluto e outro relativo”<sup>25</sup>, “a relação entre homem e mulher consiste no fato de que, por natureza, um é superior e a outra, inferior, um, governante, outra, governada”<sup>26</sup> e “uns são livres e outros escravos, por natureza”<sup>27</sup>. Aristóteles estabelece assim, como critérios hierárquicos naturais os fatores que Norberto Bobbio aponta como “as três fontes principais de desigualdade entre os homens: a raça (ou, de um modo mais geral, a participação num grupo étnico ou nacional), o sexo e a classe social.”<sup>28</sup>

Contudo, mesmo nas sociedades hierárquicas de grande complexidade, vigorava uma ética igualitária que pregava deveres recíprocos entre os membros do mesmo grupo ou estamento: a ética da fraternidade da comunidade de vizinhança.

Max Weber, quando trata dos tipos de comunidade, refere a “comunidade de vizinhos”, aquela que repousa simplesmente “no fato da proximidade de residência.” A comunidade de vizinhos típica é a aldeia. Nela reina “o princípio, próprio da ética popular de todo o mundo: ‘como tu comigo, assim eu contigo’”, ou seja, o princípio básico da ética comunitária é o preceito conhecido como a “regra de ouro”. Na comunidade de vizinhos, “pode contar-se com os demais em caso de necessidade. O vizinho é a típica pessoa que socorre e a vizinhança é o suporte da fraternidade”, na medida em que aponta a igual situação de vulnerabilidade de todo ser humano, “pois todos podemos chegar a uma situação na qual necessitemos a urgente ajuda dos demais.”<sup>29</sup>

As comunidades de vizinhança, sejam elas “a comunidade de companheiros da aldeia, de linhagem, de grêmio, ou de navegação, de caça ou de guerra”, possuíam um duplo padrão moral, conforme a relação intersubjetiva se desse no interior do grupo ou fosse externa a ele. No interior do grupo, valia “a simples reciprocidade: ‘assim como tu para mim, assim eu para ti’”, e portanto “o princípio do socorro fraternal regia limitado à moral interna: prestação gratuita de bens de uso, crédito sem juro, hospitalidade”, tudo “regido pelo princípio (...): hoje por ti, amanhã por mim.” Como a regra de ouro disciplinava somente as relações no interior do grupo, no trato com os estranhos à comunidade, valiam outros padrões: admitia-se por exemplo, “a escravização permanente.”<sup>30</sup> Tem-se uma ética da fraternidade de tipo particularista, válida somente para os membros do grupo.

A ética particularista da fraternidade alcança fundar direitos igualitários no interior de comunidades de vizinhança. Os vizinhos são iguais e têm direitos iguais, segundo a regra de ouro: o direito que X exige de Y, X deve reconhecer a Y. Mas

---

<sup>25</sup> ARISTÓTELES, *Política*, I, 6, 1255a.

<sup>26</sup> *Ibidem*, I, 5, 1254b.

<sup>27</sup> *Ibidem*, I, 5, 1225a.

<sup>28</sup> BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 43.

<sup>29</sup> WEBER, Max. *Economía y sociedad*. México: Fondo de cultura económica, 1992. p. 294.

<sup>30</sup> WEBER, Max. Excurso: teoría de los estadios y direcciones del rechazo religioso del mundo. In: \_\_\_\_\_. *Ensayos sobre sociología de la religión*. Madri: Taurus, 1992. v. 1, p. 533.

essa ética inviabiliza a idéia de direitos universais como os direitos humanos, uma vez que o ser humano só é titular de dever face ao seu vizinho, o que significa dizer que na prática, só o vizinho terá direitos plenos. O estranho ao grupo terá um estatuto próprio e subordinado, uma vez que o que é devido a ele foge da simetria imposta pela regra de ouro aos vizinhos.

### 3.2 O próximo como sujeito de dever na ética universalista da fraternidade do cristianismo

Segundo Weber, o ensino de Jesus de Nazaré “contém também em si a ética de socorro originária da comunidade de vizinhança”. De fato, o princípio fundamental da ética cristã é formulado nos termos de reciprocidade da regra de ouro, já presente na ética particularista da fraternidade: “Como quereis que os outros vos façam, fazei também a eles.”<sup>31</sup> A novidade introduzida por Jesus de Nazaré é a universalização do destinatário dessa reciprocidade: o próximo não é mais o vizinho, mas todo ser humano.

Na parábola do bom samaritano, a pergunta “quem é o meu próximo?” não recebe uma resposta de Jesus no sentido de expor um conjunto de critérios que permitem delimitar previamente quem está e quem não está incluído no conceito, mas indica a necessidade de “se fazer próximo do necessitado”<sup>32</sup>, de “constituir a relação de proximidade pelas próprias ações”.<sup>33</sup> Ao escolher o samaritano, um estrangeiro, como exemplo de quem “se fez próximo”, Jesus universaliza o conceito: todo ser humano é próximo, todo ser humano tem deveres em relação a todo ser humano. E assim, segundo Sto. Agostinho, ele responde de um modo inequívoco a questão “quem o meu próximo?” ou “em relação a quem eu sou sujeito de um dever de reciprocidade?": “A palavra ‘próximo’ indica relação, e ninguém pode ser próximo a se não daquele de quem se aproxima. Ora, quem não vê que ninguém se exclui do preceito e ninguém pode-se negar o dever da misericórdia? (...) Portanto, é evidente que todo homem é próximo.”<sup>34</sup> Se todo homem é próximo, todo homem deve aproximar-se, todo homem está sob o preceito da misericórdia, todo homem é sujeito ou titular de um dever de reciprocidade.

Segundo Weber, no Evangelho “tudo está sistematizado em uma ética da convicção, no sentimento de amor fraternal, referido este preceito universalmente a todo aquele que neste momento, é o próximo.”<sup>35</sup> O cristianismo, como religião de salvação universal, viu-se impulsionado a assumir que “seu imperativo ético ia sempre na direção de uma fraternidade universal, por cima das barreiras das formações

---

<sup>31</sup> Lucas 6, 31.

<sup>32</sup> KONINGS, Johan. Raízes Bíblicas do Humanismo Social Cristão. In: OSOWSKI, Cecília (org). *Teologia e Humanismo Social Cristão*. São Leopoldo: Unisinos, 2000. p. 51.

<sup>33</sup> BANKOWSKI, Zenon. *Living Lawfully: love in law and law in love*. Dordrecht: Kluwer, 2001. p. 99.

<sup>34</sup> AGOSTINHO, Sto. *Da Doutrina Cristã*. São Paulo: Paulus, 2002. p. 70.

<sup>35</sup> WEBER, Max. *Economia y sociedad*. México: Fondo de cultura económica, 1992. p. 491.

<sup>36</sup> Idem. Excurso: teoría de los estadios y direcciones del rechazo religioso del mundo. In: \_\_\_\_\_. *Ensayos sobre sociología de la religión*. Madri: Taurus, 1992. v. 1, p. 534.

sociais”.<sup>36</sup>

O termo co-humano pode auxiliar a explicitação daquilo que a ética cristã da fraternidade propunha no seu conceito de próximo: não mais a proximidade geográfica (próximo), mas a igualdade entre todos (humanidade) é a base dos deveres de reciprocidade. O co-humano “é aquele que é pessoa humana comigo, numa solidariedade mútua, que implica diminuição da minha humanidade se não atendo suas exigências. Já que somos humanos juntos, minha humanidade fica diminuída se não atendo às suas exigências.”<sup>37</sup>

Toda pessoa humana é devedora em termos éticos em relação a toda pessoa humana, sob pena de mutilar a própria humanidade. Sendo social por natureza, o ser humano só pode viver a sua humanidade em comum: o humano é sempre co-humano. As exigências da natureza humana expressam-se conjuntamente em si mesmo e no outro. Há uma mutilação na própria humanidade se a humanidade do outro não for reconhecida em suas exigências, uma vez que a humanidade é partilhada com o outro. A pessoa humana, para preservar a própria humanidade, deve-se assumir como sujeito de dever em relação a todo o humano. A experiência moral básica em termos intersubjetivos é o reconhecimento da humanidade do outro.<sup>38</sup>

### **3.3 O co-humano como sujeito de dever em Tomás de Aquino e os direitos humanos**

A ética da fraternidade produz um sujeito de dever adequado a comunidades igualitárias. Na ética particularista da fraternidade, o vizinho é o sujeito de dever na comunidade dos vizinhos, iguais entre si. O próximo é o sujeito de dever na ética universalista da fraternidade do cristianismo, baseada na igualdade de todos perante Deus. Os direitos humanos também devem basear-se em uma ética universalista da fraternidade, uma vez que fundamentam-se na igualdade absoluta entre todos os membros da espécie humana: cada pessoa humana só pode exigir os direitos que reconhece a toda pessoa humana (regra de ouro). Como os direitos humanos não pretendem derivar sua validade de crenças religiosas específicas, é necessário estabelecer uma ética universalista da fraternidade sobre bases laicas, seculares. Tal ética encontra-se presente na obra de Tomás de Aquino.

O desafio enfrentado por Tomás de Aquino, é o de fornecer uma teoria ética adaptada às necessidades de uma sociedade urbana nascente, com o direito romano, as universidades, o comércio e a centralização do poder político pelo monarca.<sup>39</sup> Nessa sociedade, tudo leva a que se supere qualquer definição do humano a partir de comunidades específicas (tribo, etnia, feudo, religião): há a formação de um mercado europeu e mediterrâneo; há a retomada do direito romano, que suprime as diferenças estamentais do feudalismo; o fortalecimento do poder

---

<sup>37</sup>KONINGS, op. cit.

<sup>38</sup>Para a noção de reconhecimento, cf. Charles TAYLOR, “A política do reconhecimento” e Axel HONNETH, *Luta por reconhecimento*.

<sup>39</sup>MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*. Bauru: Edusc, 2003. p. 289.

real leva o Estado nascente a definir os seres humanos como indivíduos, e não como servos, clérigos ou nobres, para fins de administração; há minorias judaicas, cristãs e muçulmanas, na península ibérica e na Palestina, que vivem sob governantes de outro grupo religioso, o que inviabiliza a tentativa de legitimar o poder político pela fé.

Tomás recusa enfrentar o desafio a partir de um fundamentalismo religioso tal como preconizado pelos agostinianos da sua época, pretendendo que a solução para problemas institucionais específicos estaria nos textos bíblicos. Está emergindo uma esfera laica, que exige uma ética laica. Tomás irá responder a esse desafio apelando para fontes pagãs: Aristóteles e o direito romano.<sup>40</sup> Na sua ética filosófica temos uma secularização da ética universalista da fraternidade do Evangelho.

Em primeiro lugar, a regra de ouro é secularizada, isto é, atribui-se a ela um fundamento racional. A regra de ouro é considerado como estando implícita e fornecendo uma explicação para o mandamento divino “Ama teu próximo como a ti mesmo”<sup>41</sup>. Ora, esse mandamento, além de verdade de fé, é considerado como um preceito “primeiro e universal da lei natural, evidente à razão”.<sup>42</sup> A regra de ouro para o crente, tem a autoridade do Evangelho, mas sua validade não depende da fé cristã, constituindo uma regra que a razão impõe a todo ser humano.

A universalização da regra de ouro depende da afirmação da intrínseca igualdade de todos os seres humanos. Tomás mantém a igualdade universal, tal como pregada pelo apóstolo Paulo, na sua epístola aos Gálatas: “Não há judeu nem grego, não há escravo nem livre, não há homem nem mulher; pois todos vós sois um só em Cristo Jesus.”<sup>43</sup> Com essa afirmação, Paulo desqualifica as “três fontes principais de desigualdade” (Bobbio): as diferenças derivadas de pertença a comunidades distintas (judeu/grego), as diferenças de sexo (homem/mulher) e as diferenças de classe (escravo/livre) não valem mais como critérios de hierarquia. Todos são iguais, de um ponto de vista transcendente, como afirma Tocqueville: “o cristianismo tornou todos os homens iguais perante Deus.”<sup>44</sup>

A contribuição de Tomás consiste em secularizar a igualdade. A igualdade repousa sobre a posse de uma natureza humana comum: “todos os homens por natureza são iguais.”<sup>45</sup> Se todos são iguais, todos devem aproximar-se, devem assumir a atitude próximo em relação a outrem, e portanto, são titulares de um dever de reciprocidade: “devemos ter a todo homem como próximo e irmão nosso”.<sup>46</sup>

Essa noção de próximo universal ou co-humano, na ética filosófica de Tomás de Aquino, está inserida em uma ética universalista da fraternidade laica. A igualdade na dignidade de todos os seres humanos universaliza o alcance da regra de ouro. Toda pessoa humana torna-se um sujeito de dever (próximo/co-humano) face a

<sup>40</sup>VILLEY, Michel. *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique*. Paris: PUF, 1987. p. 107.

<sup>41</sup>Tomás de AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 99, a.1.

<sup>42</sup>ST I-II, q. 100, a. 3.

<sup>43</sup>*Epístola aos Gálatas* 3, 28.

<sup>44</sup>TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. São Paulo: Edusp/Itatiaia, 1987. p. 17.

<sup>45</sup>ST II-II, q. 104, a.5.

<sup>46</sup>ST II-II, q. 78, a.1.

toda pessoa humana. Viver em comunidade é viver em débito com relação aos outros membros, aproximando-se para realizar o que lhes é devido. A reciprocidade abarca todo o humano.

A ética universalista da fraternidade pode fornecer um conteúdo determinado à noção de fraternidade presente na *Declaração*: “Todos os homens [...] devem agir em relação uns aos outros com espírito de *fraternidade*” (art. I). Isso significa juridicamente, reciprocidade (regra de ouro) nos direitos: “No exercício dos seus direitos e liberdades, todo homem” deve assegurar “o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem” (art. XXIX). A partir da explicitação da ética subjacente à *Declaração*, é possível determinar quem é o titular do dever correlatos em relação aos direitos humanos: todo aquele que se defronta com uma pessoa humana. Os direitos humanos são o “objetivo de cada indivíduo e cada órgão da sociedade” (Preâmbulo da *Declaração*). Do mesmo modo, o *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos*, promulgado pela ONU em 1966 como detalhamento da Declaração de 1948 prescreve: “O indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente Pacto”. A *Declaração* e os *Pactos* prescrevem, portanto, a atitude de co-humanidade. “Cada indivíduo”, em um “espírito de fraternidade”, deve aproximar-se dos demais seres humanos, assumindo o papel de sujeito de “deveres para com seus semelhantes”, o que significa concretamente “lutar pela promoção e observância” dos direitos humanos.

Como ensina Tocqueville, o decisivo em uma sociedade é a cultura (costumes), não as instituições (leis). Segundo Mangabeira Unger, “as coisas sociais, existem tanto na mente como na conduta.”<sup>47</sup> É ingênuo e inócuo pensar a questão dos direitos humanos somente como uma questão de instituições (ONU, tribunais internacionais, etc). Sem uma mudança de atitude, as instituições não ganham consistência e efetividade social. Isso significa que sem a adoção generalizada de uma ética universalista da fraternidade, que leve a adoção de uma atitude de co-humanidade, toda tentativa de criar mecanismos institucionais de proteção aos direitos humanos está fadada ao fracasso. Deve-se superar a visão de mundo liberal, cujo individualismo remete à coletividade (Estado) a titularidade do dever no tocante aos direitos humanos, visão essa repetida pela social-democracia, ao encarregar o Estado de cuidar do indivíduo “do berço ao túmulo”. Manter-se nessa visão é vincular os direitos humanos à crise e provável superação do Estado-nação.

De outro lado, países que realizaram o ideal do Estado social vêm-se às voltas com imigrantes que, aceitos como força de trabalho, não são aceitos como iguais. Apesar da sofisticação institucional da proteção aos direitos humanos desses países, a ausência de uma ética universalista da fraternidade provoca uma divisão da sociedade entre cidadãos e estrangeiros residentes. Estes são os *metecos* do século XXI, partilhando com os estrangeiros da *polis* grega, o *status* permanente de

<sup>47</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito na Sociedade Moderna*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. p. 87.

desigualdade e subordinação. Volta-se a uma sociedade estamental sem direitos universais, pela impossibilidade ética de reconhecer o estrangeiro como igual, como próximo, como co-humano.

## 4 O OBJETO DOS DIREITOS HUMANOS: O JUSTO NATURAL

Todo direito subjetivo tem um versa sobre um certo objeto, isto é, possui certo conteúdo. Como foi visto, a situação de direito subjetivo apresenta a seguinte forma: "X tem direito a z face a Y". O que é "z" ou "direito a z"?

A dogmática jurídica tende a conceber "z" como uma faculdade (*facultas*), um termo suave para designar um poder (*potestas*). Essa concepção tem sua origem teórica no século XIV com a filosofia de Guilherme de Ockham (1295-1350). Articulando-se a partir do direito de propriedade e tem seu *locus* natural no direito privado liberal. Para a ciência do direito, o direito subjetivo é um poder subjetivo.

Mas há uma outra forma de se entender o conteúdo do direito subjetivo. Ele tem sua origem no século XIII no pensamento de Tomás de Aquino, e é plenamente explicitado no século XVI, na obra de Francisco de Vitória (1483-1546). É a concepção de que o conteúdo ou objeto do direito subjetivo não é um poder, mas o justo, aquilo que é devido, abordado do ponto de vista do sujeito beneficiado. A noção central não é a de propriedade, mas a de igualdade. Esta última concepção, do direito subjetivo como justo subjetivo, é a única adequada aos direitos humanos.

### 4.1 O direito subjetivo como poder subjetivo

O direito subjetivo como poder tem sua primeira formulação filosófica na obra de Guilherme de Ockham. Para este filósofo inglês, na moral há um primado da vontade sobre a razão. É a vontade, divina ou humana, que determina o que é o bem. O bem não é, portanto, matéria de conhecimento (razão). Ora, este primado da vontade leva na esfera política e jurídica a uma centralidade da noção de poder. Com efeito, se para a moral a vontade é relevante, para a política e o direito só interessam a exteriorização da vontade como um querer eficaz, ou seja, como poder. Rompendo com a tradição racionalista aristotélica, o voluntarismo de Ockham altera a compreensão da política e do direito. O conceito central da política não será mais o conceito de bem comum, mas o de poder político, que determina arbitrariamente o conteúdo da ação coletiva. E a experiência jurídica não está mais centrada no conceito de justiça, mas no conceito de poderes subjetivos derivados de um ato de vontade do poder político (lei) ou do ato de vontade dos particulares (contrato). Em outros termos: o direito (*jus*) de um indivíduo é um poder (*potestas*), derivado de um pacto ou de uma lei, e provido de uma sanção pública.<sup>48</sup>

Essa visão do direito subjetivo repousa sobre uma determinada visão de ser humano. Para a metafísica de Ockham, não há relações no mundo, somente

<sup>48</sup>VILLEY, Michel. *La pensée juridique moderne*. Paris, 1975. p. 250

indivíduos. A consequência antropológica é a definição do ser humano como indivíduo, isto é, alguém cuja identidade deve ser dada à margem da relação com os demais seres humanos. É notório o sucesso dessa antropologia individualista na história do Ocidente. Ela culmina com a antropologia burguesa-liberal, para quem, nos termos de Marx, “o homem é uma mônada auto-suficiente.”<sup>49</sup> Isso significa que o próprio bem é independente do bem dos demais, uma vez que a relação com os demais é meramente acidental, mas não constitutiva da identidade humana. Nessa perspectiva, é claro que o outro aparece cada vez mais como um obstáculo na busca pelo bem próprio: “Cada homem vê nos outros homens, não a realização de sua liberdade, mas o seu limite.”<sup>50</sup> A conhecida frase de Sartre, “o inferno são os outros”, traduz bem o estado de espírito dessa antropologia.

Quando esse individualismo, presente na obra de Ockham, torna-se, por vários fatores (ciência moderna, Reforma, capitalismo), hegemônico no Ocidente, a própria sociedade passa a se configurar de um modo distinto. Para o individualismo, a sociedade funciona como um grupo de naufragos encalhados em uma ilha deserta, todos estranhos entre si. “É preciso elaborar normas que salvaguardem cada um de nós o máximo possível em tal situação.”<sup>51</sup> O que essas normas fazem, de fato, é conferir poderes aos indivíduos para que eles possam realizar seus próprios fins sem a interferência dos demais, poderes sobre pessoas ou coisas: o direito subjetivo “é o poder de disponibilidade sobre uma pessoa ou coisa, garantido juridicamente.”<sup>52</sup> Esse tipo de estruturação do direito subjetivo torna-se hegemônico em função, entre outros fatores, de sua importância para o capitalismo. Já dizia Kelsen que atribuir direitos subjetivos aos indivíduos é algo típico “da ordem jurídica capitalista, na medida em que esta [...] toma particularmente em consideração o interesse individual.”<sup>53</sup>

Nessa perspectiva, o direito subjetivo adquire um caráter belicoso, de arma que se usa contra os outros, ao ponto de Hart referir-se a ele como uma “soberania em pequena escala”<sup>54</sup>. A representação clássica desse poder subjetivo usado contra os demais permanece sendo a obra de Hobbes: “E dado que a condição do homem é uma condição de guerra de todos contra todos [...], segue-se daqui que numa tal condição todo homem tem direito a todas as coisas, incluindo os corpos dos outros.”<sup>55</sup>

Sabe-se que “o mundo moderno subvertera o primado tradicional da relação entre os homens, substituindo-o pelas relações entre coisas.”<sup>56</sup> Daí a centralidade do direito de propriedade, concebido como o poder de um sujeito sobre uma coisa, na sociedade moderna. O direito de propriedade passa a ser o o modelo para todo

---

<sup>49</sup>MARX, Karl. A questão judaica. In: \_\_\_\_\_. *Manuscritos Econômico-filosóficos*. Lisboa: Edições 70, 1993. p. 57

<sup>50</sup> MARX, op. cit., p. 57.

<sup>51</sup> MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*. Bauru: Edusc, 2003. p. 419-420.

<sup>52</sup> WEBER, Max. *Economia y sociedad*. México: Fondo de cultura económica, 1992. p. 532

<sup>53</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

p. 149.

<sup>54</sup> HART, Herbert *apud* FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000. p. 256.

<sup>55</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril, 1983. XIV, p 78.

<sup>56</sup> DUMONT, Louis. *O Individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 1985. p. 50.

direito subjetivo, o que significa que ele é exercido sempre sobre uma coisa, seja um objeto ou um ser humano. De fato, o poder coisifica o outro, torna-o um instrumento, um meio para os fins do sujeito do poder. Neste contexto, uma invocação a um direito subjetivo em uma determinada situação tem como efeito transformar a relação entre sujeitos em uma relação entre um sujeito - o titular do direito - e uma coisa, o titular do dever, que deverá sofrer o ato de poder.

Os direitos do homem foram pensados a partir do conceito de direito subjetivo como poder subjetivo nas primeiras fases da sociedade moderna. Tratava-se de fato, de construir uma sociedade em que indivíduos auto-interessados interagem de um modo competitivo. Os direitos do homem impunham-se como necessários para limitar o risco representado pelos outros na luta pela consecução dos próprios interesses: "Os direitos se reclamam frente a alguma outra pessoa ou outras pessoas; se invocam na medida em que as outras pessoas aparecem como ameaças".<sup>57</sup>

Os direitos do homem entendidos desse modo apresentam-se fortemente ideologizados, a serviço de uma determinada visão de mundo: "os direitos do homem são de fato, os direitos do burguês bem-sucedido. Sua reivindicação, sua defesa, sua praça-forte." O homem moderno concebe a si mesmo "como a um Robinson exilado na sua ilha e que trata de se proteger na agitação de um meio que lhe é, segundo a famosa tese de Hobbes, originalmente hostil: o meio social."<sup>58</sup> De fato, os direitos do homem do jusnaturalismo moderno são sempre direitos do ser humano isolado no estado de natureza. Servem antes para reprimir a sociabilidade humana do que para fomentá-la: "Nenhum dos supostos direitos do homem vai além do homem egoísta", do ser humano "enquanto indivíduo separado da comunidade, confinado a si próprio, ao seu interesse privado e ao seu capricho pessoal."<sup>59</sup> A liberdade, como direito do homem nas declarações do século XVIII, "não se funda nas relações entre homem e homem, mas antes na separação do homem a respeito do homem. É o direito a tal separação, o direito do indivíduo circunscrito, fechado em si mesmo."<sup>60</sup>

A difusão desta concepção de direito subjetivo como poder subjetivo entre os juristas ocorreu pelo fato de a dogmática jurídica ver "todas as questões jurídicas apenas sob a perspectiva de um caso de conflito", atuando como "mera preparadora da decisão judicial do mesmo."<sup>61</sup> Para a dogmática, a realidade é o conflito, e a comunidade, uma ficção. Nesse contexto, diz-se que há direito subjetivo quando, em um conflito entre sujeitos auto-interessados, um "indivíduo circunscrito, fechado em si mesmo" alcança convencer um juiz que os demais devem curvar-se ao seu "interesse privado e seu capricho pessoal". Pensar o direito subjetivo na perspectiva conflitiva do indivíduo auto-interessado significa pensá-lo como a possibilidade de sujeitar os outros ao próprio arbítrio, significa pensá-lo como poder subjetivo.

---

<sup>57</sup> MACINTYRE, Alasdair. *Tres versiones rivales de la ética*. Madri: Rialp, 1992. p. 232.

<sup>58</sup> VAZ, Henrique Cláudio. Pessoa e Sociedade no Ensino de João XXIII. In: \_\_\_\_\_. *Escritos de Filosofia II*. São Paulo: Loyola, 2002. p.108.

<sup>59</sup> MARX, Karl. A questão judaica. In: \_\_\_\_\_. *Manuscritos Econômico-filosóficos*. Lisboa: Edições 70, 1993. p. 58.

<sup>60</sup> MARX, op. cit., p. 57.

<sup>61</sup> SCHMITT, Carl. Os três tipos de pensamento jurídico. In: MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 183.

## 4.2 O direito subjetivo como justo subjetivo

A noção do direito subjetivo como justo subjetivo liga-se à teoria aristotélico-tomista da justiça.

Segundo Aristóteles, “em toda comunidade parece haver algum tipo de justiça e também de amizade.”<sup>62</sup> A comunidade é o tipo de associação constituída em torno de um bem considerado comum a seus membros.<sup>63</sup> No reconhecimento de que o outro partilha a mesma concepção do bem, e é indispensável seu auxílio para alcançá-lo, repousa a noção aristotélica de *philia* (amizade). Contudo, a busca do bem comum exige-se que sejam especificados os deveres dos membros da comunidade. Esse é o papel que corresponde à justiça.

A noção clássica de justiça, da qual derivará a concepção do direito subjetivo como justo supõe uma antropologia e uma sociologia específicas. A pessoa humana, por ter a sociabilidade como elemento constitutivo da sua natureza, é um ser relacional, isto é, ela só alcança sua plena realização em uma sociedade onde todos tenham todos os bens necessários à sua plena realização: o bem do outro é também o meu bem. Na expressão de MacIntyre, “o meu bem como ser humano é o mesmo que o bem daqueles que constituem comigo a comunidade humana. (...) O egoísta é alguém que cometeu um erro fundamental acerca de onde reside seu próprio bem e por isso se auto-exclui das relações humanas.”<sup>64</sup>

Assim como a sociedade moderna tem seu paradigma de organização na noção de mercado, os clássicos tinham uma concepção comunitária de sociedade. A vida social só pode ser entendida como a busca de um bem comum, sendo este nada mais do que o conjunto de condições (liberdade, educação, saúde, segurança, etc.) necessários à plena realização de todos os membros da comunidade.

A *Declaração Universal* incorpora essa concepção personalista de ser humano e comunitarista de sociedade. De fato, o art. XXIX dispõe, no n. 1: “Todo homem tem deveres para com a comunidade na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.” Cai por terra a crítica marxista aos direitos humanos. Os direitos do homem dos séculos XVIII e XIX eram de cunho individualista. O indivíduo saía do estado de natureza e entrava no estado civil munido de poderes, que o protegiam e isolavam dos outros membros da sociedade. Ao contrário, a antropologia da *Declaração Universal* tem um caráter nitidamente relacional: somente na relação com os demais é possível “o livre e pleno desenvolvimento da personalidade.” O outro não é mais visto como obstáculo, entreve à auto-realização; ao contrário, ele é condição da auto-realização. No n. 2 do mesmo artigo, prescreve-se que no exercício do seus direitos e liberdades, todo homem deve “satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.” Há, portanto, um bem comum da sociedade, que não é mais definida

<sup>62</sup>ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Madri: Centro de estudios constitucionales, 1999. VIII, 9, 1159b.

<sup>63</sup> Idem. *Política*. Madri: Centro de estudios constitucionales, 1997. I, 1, 1252a)

<sup>64</sup> MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*. Bauru: Edusc, 2003. p. 384.

como arena na qual os indivíduos auto-interessados se digladiam, mas como espaço comum de realização simultânea dos direitos próprios e alheios.

Essas preliminares foram necessárias pois o conceito de justiça disciplina as relações entre pessoa (antropologia) e sociedade (sociologia). Na terminologia clássica, a justiça encontra-se na intersecção entre Ética (bem da pessoa humana) e Política (bem comum). De fato, se “a justiça consiste em dar a cada um o que lhe é devido”<sup>65</sup>, o devido a cada um determina-se pelo bem que lhe é próprio: deve-se dar à pessoa o que é necessário para que ela alcance o seu bem, a auto-realização, e deve-se dar à sociedade o que é necessário para que ela alcance o seu bem, o bem comum. Por isso, a teoria da justiça pressupõe uma antropologia e uma sociologia, na medida em que disciplina as relações entre pessoa e sociedade, ou em outros termos, pressupõe uma Ética e uma Política, uma vez que a justiça é apenas formal (o dever) sendo necessária que lhe seja fornecida uma matéria (o bem), que só pode ser determinado pela Ética, no caso do bem da pessoa e da Política, quando se trata do bem da sociedade.

Nessa tradição, o direito é o objeto da justiça, ou o seu conteúdo. Retomando a definição romana, Tomás define a atividade própria da justiça como “dar a cada um o seu direito.”<sup>66</sup> O direito de cada um é o seu (*suum*): “o ato próprio da justiça (...) é dar a cada um o que é seu.” (II-II, q. 58, a. 11). Como objeto da justiça, o direito (*ius*) se identifica com o justo (*justum*)<sup>67</sup>, e o exemplo de Tomás é claro: “a remuneração devida por um serviço prestado” é o *ius*, o direito do trabalhador, aquilo que lhe é devido, o seu “justo subjetivo”.

Note-se que “seu” de cada um é sempre referido a outrem. O que é devido, o direito (*ius*) de alguém é sempre determinado em função de sua relação com os demais. A justiça implica alteridade e igualdade: o próprio da justiça “é ordenar o homem nas coisas que estão em relação com outrem. Implica, com efeito, certa igualdade (...) e a igualdade se estabelece em relação a outrem.”<sup>68</sup> A igualdade, e não a propriedade, tem papel paradigmático nessa tradição.

Para determinar um classificação dos direitos, ou seja do conteúdo da justiça, é necessário estabelecer antes a tipologia desta. Há três espécies da justiça: a legal, distributiva e comutativa.<sup>69</sup>

“A justiça legal [...] visa o bem comum como objeto próprio”<sup>70</sup>. Pela justiça legal, estabelece-se aquilo que é devido à comunidade para que essa alcance o seu bem. Mas a comunidade não existe acima e para além dos seus membros: a comunidade é a totalidade dos seus membros. Assim, a justiça legal estabelece o que é devido à pessoas na sua condição de membros da comunidade. Como isso vem disciplinado em geral pela lei, o nome “legal” foi considerado apropriado por Tomás

---

<sup>65</sup> ST II-II, q. 67, a.3

<sup>66</sup>ST II-II q. 57, a. 4.

<sup>67</sup>ST II-II q. 57, a.1

<sup>68</sup>ST II-II, q. 57, a.1.

<sup>69</sup>Para o conceito de justiça, cf. BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, n. 28, 2003.

<sup>70</sup>ST II-II, q. 58, a.6.

de Aquino. Atualmente, um desenvolvimento dessa tradição preferiu o termo “social”. Assim, a justiça social estabelece o que é devido a todos os membros da sociedade. Pode-se expressar suas exigências do seguinte modo: “A todos a mesma coisa” ou, empregando uma fórmula de Nietzsche, “dar a cada um o que me é devido.”<sup>71</sup> Na justiça social, tem-se uma igualdade absoluta entre os sujeitos porque é uma igualdade na dignidade, que não admite gradações.

A justiça distributiva é aquela que “reparte proporcionalmente o que é comum”<sup>72</sup>, sejam estes bens ou encargos. Impõe-se determinar o que cabe a cada um dos bens e encargos comuns. Isso é feito por um critério de distribuição que leva em consideração uma qualidade pessoal do destinatário da distribuição: “na justiça distributiva se consideram as condições pessoais que constituem a causa [...] do débito”<sup>73</sup>. Na distribuição de uma cátedra universitária, o critério de distribuição será a qualidade pessoal de “suficiência do saber”. Para distribuir bens pessoais em uma herança, exige-se a qualidade pessoal de parente. A fórmula geral da justiça distributiva é “a cada um segundo x”, sendo x a qualidade pessoal relevante para a distribuição do bem/encargo em questão. Na justiça distributiva, há uma igualdade proporcional entre sujeitos e coisas (bens/encargos). Cada pessoa receberá proporcionalmente o bem ou encargo na medida em que possui a qualidade x. No imposto sobre a renda, a igualdade será proporcional entre pessoas de rendas diferentes.

O terceiro tipo de justiça é a justiça comutativa, aquela que regula “as trocas que se realizam entre duas pessoas”.<sup>74</sup> O caso mais típico de uma situação de justiça comutativa é a compra e venda: “Nas trocas (comutações) se dá algo a uma pessoa particular em razão de outra coisa dela recebida, como principalmente se manifesta na compra e venda, na qual se encontra primordialmente a noção de troca. Então é necessário adequar coisa a coisa.”<sup>75</sup> Sua fórmula é: a cada um a mesma coisa. Na justiça comutativa há uma igualdade absoluta entre coisas.

Definir o direito subjetivo como justo subjetivo acarreta duas conseqüências: há uma superação da oposição pessoa/sociedade e ao mesmo tempo, a igualdade torna-se um elemento constitutivo do direito subjetivo.

Pensar o direito a partir da teoria clássica da justiça, ou seja, pensá-lo como o justo na situação concreta, leva à superação da oposição irreduzível entre indivíduo e sociedade, típica da teoria liberal-burguesa dos direitos do homem: “O homem está longe de ser considerado, nos direitos do homem, como um ser genérico; pelo contrário, a própria vida genérica - a sociedade - surge como sistema que é externo ao indivíduo, como limitação de sua independência original. O único laço que une os indivíduos é a necessidade natural, a carência e o interesse privado, a preservação da sua propriedade e das suas pessoas egoístas.”<sup>76</sup> Ao contrário, a teoria clássica da justiça estabelece a interdependência entre pessoa e sociedade, entre auto-realização

<sup>71</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falava Zaratustra*. Lisboa: Guimaraes Editora, 2000. p. 87.

<sup>72</sup> ST II-II q. 61, a.1.

<sup>73</sup> ST II-II q. 63, a.1.

<sup>74</sup> ST II-II q. 61, a.1.

<sup>75</sup> ST II-II q. 61, a.2.

<sup>76</sup> MARX, Karl. A questão judaica. In: \_\_\_\_\_. *Manuscritos Econômico-filosóficos*. Lisboa: Edições 70, 1993. p. 58.

e bem comum. A sociedade não é mais do que a totalidade dos seus membros. Por isso, o bem comum consiste no bem de todas as pessoas que compõem a sociedade. De outro lado, sem o bem de todos, não há como o ser humano, um ser social, alcançar a sua auto-realização, uma vez que o bem do outro é constitutivo do seu bem.

Ensina Tomás que a justiça social não esgota o âmbito da justiça: “a justiça legal ordena suficientemente ao homem com suas relações a outrem: enquanto ao bem comum, imediatamente, e quanto ao bem de uma única pessoa singular, mediamente. Por isso convém que exista uma justiça particular que ordene imediatamente o homem a respeito do bem de outra pessoa singular.”<sup>77</sup> Pensemos no caso do direito ambiental. O dever de não poluir beneficia imediatamente a sociedade como um todo, é um dever que visa imediatamente o bem comum, porém, mediamente, visa a cada um dos membros da sociedade. Mas é necessário uma justiça que determine o que é devido diretamente aos membros da sociedade considerados na sua singularidade, porém sempre em função do bem comum: “a justiça particular dá a cada um o que é seu em consideração ao bem comum.”<sup>78</sup> Na justiça social, considera-se o outro na sua condição de membro da comunidade. Na justiça particular, ao contrário, visa-se diretamente o bem do particular, e indiretamente o bem comum. Quando Pedro paga seu credor João, é este último que é diretamente beneficiado, mas indiretamente, toda a sociedade se beneficia, na medida em que o pagamento das dívidas possui uma “função social” na esfera econômica.

### 4.3 O justo natural e os direitos humanos

Na tradição tomista, “o direito ou o justo” é definido como aquilo que é “adequado (*adaequatum*) a outrem.”<sup>79</sup> Mas algo é adequado a outrem de dois modos: ou por convenção ou por natureza.

Por uma convenção privada, como o contrato, ou por uma convenção pública, como a lei, o particular “ou todo o povo consente que algo se considere como adequado ou ajustado a outrem [...]. Isto é direito positivo (*jus positivum*).”<sup>80</sup> O direito ou o justo positivo é fruto de uma convenção orientada para a obtenção do bem comum dos particulares/contratantes (bem comum privado) ou de todo o povo (bem comum político). Note-se que a convenção para Tomás, é antes um ato de razão do que de vontade.

Ao lado do direito positivo, tem-se “o direito ou o justo natural, aquele que por sua natureza é adequado ou ajustado a outrem.”<sup>81</sup> Segundo Tomás, esta adequação se dá considerando a coisa em si mesma, ou em suas conseqüências. O conhecimento é algo naturalmente, adequado ao ser humano, ser racional. A apropriação desse conhecimento pelas pessoas humanas na forma de um “direito a

---

<sup>77</sup> ST II-II, q. 58, a.7.

<sup>78</sup> ST II-II, q. 58, a.12.

<sup>79</sup> ST II-II, q. 57, a.2.

<sup>80</sup> ST II-II, q. 57, a.2.

<sup>81</sup> ST II-II, q. 57, a.3.

educação”, deve ter como parâmetro não a coisa em si mesma (o conhecimento nada informa sobre sua transmissão), mas considerando a coisa com “relação às suas conseqüências”.<sup>82</sup> É melhor ter uma instrução familiar, uma escola pública ou uma educação privada? Isso cada comunidade deve estabelecer para atender às exigências de conhecimento da pessoa humana. O conteúdo do direito é absoluto (conhecimento), mas a forma de sua realização (educação) é relativa. O justo natural em sentido primário/absoluto (no exemplo de Tomás, a adequação do macho à fêmea) diferencia-se do justo natural em sentido secundário/relativo, cujo conteúdo natural deve ser adaptado tendo em vista as conseqüências de sua implementação para a pessoa humana e para o bem comum de comunidades concretas. O exemplo de Tomás é o da propriedade privada. A coisa, considerada em si mesma, não é pública ou privada. Mas a razão, verificando a conveniência da apropriação privada (ao menos dos bens de uso), a institui universalmente.

Os direitos humanos, são assim, direitos naturais em um sentido mitigado. Eles são a expressão histórica de algo natural. Nos termos de Tomás de Aquino, eles são justo natural de uma forma secundária, na medida em que o bem que forma seu conteúdo (vida, conhecimento, liberdade) não é criado por instituição humana, mas é apenas reconhecido. Não está em questão estabelecer ou não um sistema de educação. Que as pessoas tenham acesso ao conhecimento para poderem realizar-se como seres racionais, não é disponível, é algo absoluto, incondicional. Mas *como* será efetivado esse acesso por meio de um direito à educação, isso só pode ser estabelecido tendo em vista as “conseqüências”, isto é, aquilo que a razão ditou como o mais apropriado diante das circunstâncias. Os direitos, tendo seu núcleo essencial, absoluto, preservado, assumem uma feição mutável segundo as circunstâncias concretas de uma comunidade.

Em termos de Tomás de Aquino, os direitos humanos são *jus gentium*, direito natural no conteúdo e direito positivo universal na sua forma. Note-se, são direito positivo sem necessidade de positivação: “pois desde o momento em que a razão natural dita aquelas coisas que são direito das gentes, segue-se que não requerem uma especial instituição, pois a própria razão natural as institui.”<sup>83</sup> É um direito positivo universal, não tematizável por uma dogmática restrita a ordenamentos jurídicos positivos particulares. O conceito de *jus gentium* permite obviar dois problemas: ao mesmo tempo que seu fundamento é incondicional e absoluto, por ser natural, a sua concretização é relativa, histórica: a razão (prática) deve estabelecer os modos históricos (positivos) em contextos comunitários concretos de realização de bens (naturais) que tem um fundamento trans-histórico (a natureza humana).

Tratemos de um exemplo de um direito humano social, como o direito à saúde, para demonstrarmos como funciona a lógica do direito subjetivo entendido como justo. O direito humano social à saúde (art XXV da *Declaração Universal*) é um direito subjetivo que cabe a todos os seres humanos. Isso pode ser interpretado de dois modos, segundo o pensamento jurídico ocidental: como um poder subjetivo

<sup>82</sup> ST II-II, q. 57, a.3.

<sup>83</sup> ST II-II, q. 57, a.3.

ou como o justo subjetivo.

A interpretação do direito à saúde como poder subjetivo é extremamente popular em alguns países como o Brasil. Dizer que alguém tem direito à saúde é dizer que ele dispõe de uma ação para coagir o Estado a lhe fornecer tratamento ou remédio, ou seja, é garantir ao indivíduo um poder de disponibilidade sobre uma parcela do orçamento à saúde. O impacto que isso terá sobre a coletividade ou sobre o direito à saúde de outros membros da comunidade é indiferente desse ponto de vista. O direito subjetivo é um poder dado a um indivíduo auto-interessado para realizar o seu bem. Ele é um átomo social cuja realização é independente do bem dos outros membros da sociedade e usará seu direito para tomar à força o que os outros indivíduos auto-interessados recusam a fornecer-lhe de bom grado. O direito à saúde é um direito de propriedade ou um poder subjetivo sobre uma parcela do orçamento da saúde.

Ao contrário, conceber o direito subjetivo à saúde como justo subjetivo é concebê-lo como algo ajustado a um ser social, que deve manter uma relação de *igualdade* com os demais membros da comunidade e cujo bem está ligado ao *bem comum*, não podendo alcançá-lo se destruir este último. Assim, não se trata de saber se algo é adequado ao indivíduo X receber 10 milhões porque sua doença exige essa quantia para um tratamento eficaz. A *saúde* de X é uma *qualidade individual* sua, a ser determinada por um médico. O *direito à saúde* não é uma qualidade individual, mas uma *relação de justiça* que X mantém com os outros membros da comunidade. A *saúde*, considerada em si mesma, é algo naturalmente adequado ao ser humano, uma qualidade necessária à sua auto-realização. Mas na sua manifestação histórica, como um direito, ela deve ser considerada nas suas consequências, isto é, como algo devido no interior de uma comunidade, o que relativiza um bem que em si mesmo, é absoluto.

Se a comunidade não possui 10 milhões para fornecer a X, sem que seu orçamento entre em colapso (bem comum) e/ou inviabilize o tratamento médico devido a outros membros da comunidade (igualdade), a *saúde* de X será afetada, mas não o seu *direito à saúde*, pois 10 milhões não é algo adequado a ele como membro da comunidade, o que significa dizer que os outros membros da comunidade não lhe devem isso. Pensar que o direito à saúde deve ser determinado do ponto de vista do indivíduo isolado é pensá-lo como uma mônada, é retornar ao modelo liberal de estado de natureza, onde os direitos do indivíduo são determinados à margem da vida social.

A aparição plenamente delineada do conceito de justo subjetivo em matéria de direitos humanos se dá em uma discussão sobre qual é o comportamento juridicamente correto em relação aos índios na colonização espanhola, na reflexão do filósofo e teólogo espanhol Francisco de Vitória (1492-1546). Pela primeira vez na história, trata-se de discutir em um caso concreto, o que é juridicamente devido a seres humanos pela sua simples condição de seres humanos, isto é, trata-se de discutir se os seres humanos tem direitos para além de sua pertença a uma comunidade política particular. Em outros termos: a colonização espanhola coloca como problema

concreto se existem ou não *direitos humanos*.

Para Vitória, todos os seres humanos, para além de suas comunidades particulares, pertencem a uma única comunidade universal: “o orbe inteiro, que de certo modo é uma república”.<sup>84</sup> Como república, o orbe possui uma ordem. O mundo é uma comunidade ordenada. E, como ensina Aristóteles, em toda comunidade as relações entre seus membros deve pautar-se pela justiça. Para Vitória os Estados e todos os seres humanos devem pautar-se por essa ordem de justiça universal, que ele caracteriza em termos de *jus gentium*.

Vitória retoma o conceito de direito de Tomás de Aquino: “O direito se toma em sentido próprio pelo justo, isto é, pelo que é justo.”<sup>85</sup> O justo/direito se manifesta onde pode haver injustiça: “Aqueles que podem sofrer injustiças, têm direitos.”<sup>86</sup> As criaturas irracionais não têm direitos: “As criaturas irracionais não podem ter direito [...], porque não podem sofrer injustiça; logo, não têm direito.”<sup>87</sup> Em sentido contrário, todos os seres racionais podem sofrer injustiças. Logo, têm direitos. Os índios são racionais. Logo, têm direitos: “Os índios [...] têm a seu modo o uso da razão. Está claro porque tem certa ordem em suas coisas, uma vez que possuem cidades estabelecidas ordenadamente, e têm matrimônios claramente constituídos, magistrados, senhores, leis, artesãos, mercadores, coisas que requerem o uso da razão; do mesmo modo, têm uma espécie de religião, não erram em coisas que são evidentes para os demais, o que é sinal do uso da razão.”<sup>88</sup> O conceito de direitos humanos é, pela primeira vez na história do Ocidente, explicitado: pessoas humanas têm direitos pelo simples fato de serem pessoas humanas.

Assim, ao defrontar-se com os índios, os espanhóis devem ter presente alguns direitos que lhes como pessoas humanas. Em primeiro lugar, os índios têm direito à vida, pois todos têm “[...] o direito de defender a própria vida.”<sup>89</sup> Em segundo lugar, eles têm o direito de propriedade: os índios são “tão proprietários como os cristãos, e não podem ser despojados de suas propriedades como se não fossem verdadeiros donos.”<sup>90</sup> Por fim, os índios possuem liberdade religiosa: “os infiéis [...] não podem ser obrigados a aderir à fé pela força [...], porque crer é um ato de vontade.”<sup>91</sup>

## 5 O FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS: A LEI NATURAL

Toda invocação de um direito subjetivo exige a demonstração de seu fundamento objetivo. Não basta afirmar um direito. É preciso apontar seu fundamento. Para a dogmática jurídica, o direito subjetivo (*facultas agendi*) tem seu fundamento em uma norma positiva do ordenamento (*norma agendi*).

---

<sup>84</sup> VITÓRIA, Francisco de. *Sobre el poder civil*. Madri: Tecnos, 1998. p. 51.

<sup>85</sup> Idem. *La justicia*. Madri: Tecnos, 2001. p. 10.

<sup>86</sup> Idem. *Sobre los indios*. Madri: Tecnos, 1998. p. 82.

<sup>87</sup> VITÓRIA, op. cit., p. 79.

<sup>88</sup> VITÓRIA, op. cit., p. 82.

<sup>89</sup> VITÓRIA, op. cit., p. 71.

<sup>90</sup> VITÓRIA, op. cit., p. 83.

<sup>91</sup> VITÓRIA, op. cit., p. 117.

Um modelo de abordagem do fundamento dos direitos humanos a partir dos procedimentos tradicionais da ciência do direito é a seguinte passagem de Norberto Bobbio. Inicialmente ele distingue dois tipos de direitos: “um *direito que se tem* ou de um *direito que se gostaria de ter* (grifo no original).” O direito que se tem é real, efetivo e o que se gostaria ter só existe no plano do desejo. Para fundamentar o primeiro, “investigo no ordenamento jurídico positivo, do qual faço parte como titular de direitos e deveres, se há uma norma válida que o reconheça e qual é essa norma.” Direitos que se tem são aqueles que repousam sobre normas de um ordenamento jurídico particular. De um modo mais direito: direitos existentes são direitos positivados. Já no caso dos direitos “que se gostaria de ter”, o processo de fundamentação “consiste em buscar boas razões para defender a legitimidade do direito em questão e para convencer o maior número de pessoas (sobretudo as que detêm o poder direto ou indireto de produzir normas válidas naquele ordenamento) a reconhecê-lo.”<sup>92</sup> O direito que se gostaria de ter é, obviamente, um direito que não se tem. Somente depois de se produzirem normas válidas é que os direitos passam a existir e as pessoas podem afirmar que tem direitos. Os direitos humanos são do segundo tipo: as pessoas gostariam de tê-los, mas enquanto não convencerem aqueles que tem o poder de positivar o direito, os direitos humanos permanecem apenas como “coisas desejáveis”<sup>93</sup>

Como defende-se neste artigo que direitos humanos são coisas reais, e fazer depender sua existência daqueles “que detêm o poder direto ou indireto de produzir normas válidas em um ordenamento” é o modo mais simples de frustrar um dos seus principais fins, a limitação do poder, aceita-se o desafio de apontar um fundamento que resulte de um argumento filosófico, e não político, para demonstrar que os direitos humanos são algo mais do que desejos piedosos ou politicamente corretos.

O primeiro erro a ser evitado na tentativa de indicar um fundamento aos direitos humanos é o de apontar as suas causas históricas.

Confunde-se a categoria de “fundamento” com a categoria de “causa”. Ora, a história aponta a causa, a gênese ou a origem de um fenômeno, e nunca seu fundamento. Aquele que pergunta pela causa expressa sua questão na forma de um “como?": “Como os europeus chegaram à América?” “Como se deu a passagem do feudalismo ao capitalismo?” O fundamento indica a necessidade de uma justificação, de uma resposta à questão: “por que?”. A determinação da causa histórica dos direitos humanos é extremamente importante. Deve-se investigar a influência da ética cristã, das revoluções liberais, do movimento operário, do movimento feminista, dos tratados internacionais, etc., mas isso não responde à questão “Por que?”. A existência de direitos humanos é uma crença, e como tal, devem ser fundamentada, sob pena de ser considerada uma ficção. A pergunta “por que deve-se acreditar na igualdade entre o homem e a mulher?” não admite a resposta “porque a ONU declarou essa igualdade solenemente.” As declarações da ONU, ou a educação, ou

<sup>92</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 15.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 16.

a cultura do próprio país, tudo isso pode servir como causa histórica da crença na igualdade entre os sexos, mas não como seu fundamento. Afirmar o contrário seria o mesmo que vincular a pergunta “por que a lei da gravidade deve ser aceita?” com a resposta “porque Isaac Newton a formulou”. A formulação por parte de Isaac Newton é a causa histórica da crença, mas o seu fundamento só pode ser a própria realidade, o que nos remete à famigerada metafísica. Assim, aquele que pergunta “por que?” está em última instância, pedindo uma certa descrição do mundo. O fundamento das crenças está no próprio ser, na realidade, e não no fato da aceitação histórica de uma determinada opinião sobre a realidade.

Deste modo, os direitos humanos só podem subsistir em determinadas circunstâncias históricas, e o próprio discurso sobre os direitos humanos dependem de um certo contexto histórico. Mas é delirante pretender que o fundamento esteja neste contexto histórico. A história fornece as condições, não o fundamento. Em termos jurídicos: a história fornece a eficácia, mas não a validade.

O segundo erro na questão do fundamento é dizer: “não há um fundamento absoluto” para os direitos humanos. Retoricamente, todo aquele que nas condições modernas pronunciar-se contra o “absoluto”, já ganhou para si o auditório, aculturado em um clima relativista. Na questão dos direitos humanos, o relativismo, que está presente no discurso contemporâneo sobre os direitos humanos, não é conseqüente, pois nesse discurso observam-se duas teses contraditórias: a) não há um fundamento absoluto para os direitos humanos e b) os direitos humanos são absolutos.

A formulação da tese b) seria negada pelos relativistas defensores dos direitos humanos. Mas de fato, qual dos defensores dos direitos humanos, por mais vinculado que esteja ao positivismo ou relativismo, poderia aceitar as seguintes afirmações: “‘todo homem tem direito a não ser torturado se e somente se isso tiver sido declarado pela ONU’, ou ‘todo homem tem direito de não ser morto injustamente se e somente se resulta de utilidade para o maior número’ ou ‘todo homem tem direito a ser retribuído por seu trabalho se e somente se existe consenso a este respeito’”?<sup>94</sup>

Ou seja, pretende-se que os direitos sejam incondicionais, que sua *validade* não dependam de maiorias, consensos ou do beneplácito dos poderosos, ainda que sua efetivação, como foi visto, dependa de adaptações às circunstâncias, como qualquer realidade ética. Ora, se a validade dos direitos é incondicional, absoluta, seu fundamento não pode ser relativo, pois em um raciocínio, a conclusão não pode ser mais forte que as premissas.<sup>95</sup>

Necessita-se pois, de um fundamento objetivo ou incondicional ou absoluto, se os direitos humanos devem ser algo mais do que “coisas desejáveis” sujeito aos humores dos detentores do poder de positivar o direito, a tendências culturais ou aprovação de maiorias ocasionais.

Neste artigo será utilizada a teoria da lei natural presente no “Tratado da

---

<sup>94</sup> MASSINI, Carlos-Ignacio. *Los derechos humanos en el pensamiento actual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p.189.

<sup>95</sup> Idem. *Filosofia del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p.110.

Lei" da *Suma Teológica* como fundamento dos direitos humanos.

A teoria da lei natural é uma teoria da razão prática. Ela define os termos e o funcionamento da racionalidade humana no que diz respeito à ação. O primeiro princípio da razão prática é: "O bem é para ser praticado e procurado; o mal é para ser evitado." Esse princípio subjaz a toda ação. Resta saber como identificar o bem: "Tudo aquilo para que tem o homem uma inclinação natural, a razão naturalmente apreende como bom, e por conseguinte, como ação a ser praticada, e o seu contrário, como mal a ser evitado. Assim, segundo a ordem das inclinações naturais, segue-se a ordem dos preceitos da lei da natureza." <sup>96</sup>

As inclinações de um animal social e racional são três, conforme as dimensões da natureza humana, sendo três os bens que as realizam.

Como animal, o ser humano tende a autoconservação e a perpetuação da espécie. Pode-se falar aqui no bem *vida*, na sua manutenção e transmissão.

Na sua sociabilidade, o ser humano está destinado a compartilhar sua vida com os demais, sua existência é sempre coexistência. Ele tende a viver em comunidades, desde a comunidade familiar, a comunidade de amigos, até a comunidade política, e no limite, a comunidade universal do gênero humano. A *comunidade* é o bem buscado pela sociabilidade humana.

Pela sua natureza racional, o ser humano tende à verdade. A verdade é intrínseca ao conhecimento. Crenças falsas não constituem conhecimento. Utilizaremos verdade no sentido aristotélico: "Falso é dizer que o ser não é ou que o não-ser é; verdadeiro é dizer que o ser é e que o não-ser não é."<sup>97</sup> A verdade é de tal modo natural a um ser racional como a pessoa humana que Hannah Arendt usa a seguinte metáfora para descrevê-la: "Ela é o solo sobre o qual nos colocamos de pé e o céu que se estende acima de nós."<sup>98</sup> É oportuno lembrar que a verdade, na tradição aristotélico-tomista, não diz respeito somente à razão especulativa, mas à razão prática. A verdade é um bem para o ser racional quando ele conhece e quando ele age, pois agir na ignorância ou no erro é um mal para todo agente racional. Verdade constitui um bem como verdade teórica para o ser cognoscente e como verdade prática para o ser cognoscente-agente: "do entendimento teórico [...] e prático [...], o bem é a verdade"<sup>99</sup>. Em síntese: "a verdade é o bem da parte intelectual"<sup>100</sup> do ser humano.

Vida, comunidade e verdade formam os primeiros princípios da lei natural. Esses primeiros princípios não são regras, mas bens. São evidentes para todo ser racional, e como tal, não são suscetíveis de demonstração, pois não se demonstra o que é evidente. Esses preceitos são analíticos. Basta conhecer os seus termos para verificar sua verdade. Ao dizer que a vida, a comunidade e a verdade são bens para o animal social e racional apenas se explicita o que se entende por animal (ser vivo),

<sup>96</sup> ST I-II, 94, 2.

<sup>97</sup> ARISTÓTELES, *Metafísica* IV, 7, 1011b.

<sup>98</sup> ARENDT, Hannah. Verdade e política. In: \_\_\_\_\_. *Entre o Passado e o Futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1992. p. 325.

<sup>99</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Madri: Centro de estudios constitucionales, 1999. VI, 2, 1139a.

<sup>100</sup> AQUINO, Tomás de. *Comentários à Ética a Nicômaco*, Pamplona: Euns, 2000. n. 817.

social (ser que vive em comunidade) e racional (ser tendente a conhecer a verdade). “Para um animal é um bem estar vivo” é uma asserção evidente a todos os que conhecem o significado do termo animal e do termo vida.

A justificação desses bens não podem se dar por via de demonstração para quem negue a natureza humana. Pode-se, porém, usar um “argumento de auto-refutação”<sup>101</sup> para mostrar ao cético a existência de bens naturais, indisponíveis e não suscetíveis de negação racional.

Pede-se que o cético afirme verbalmente a alguém sua crença, isto é, que a vida, a comunidade e a verdade não são bens para o ser humano.

Ora, se o cético nega que a vida é um bem, ele está negando uma condição elementar da sua atividade discursiva, que é o fato de estar vivo. Dizer “a vida não é um bem” só é possível para quem está vivo. Se não estivesse vivo, não poderia negar que a vida fosse um bem. A vida é um bem ao menos como condição para sua negação no plano do discurso. Se o cético for coerente com sua crença e suicidar-se, desaparece com ele a afirmação de que a vida não é um bem, e não há mais uma asserção presente a ser refutada.

Negar que a comunidade é um bem é negar a própria situação de fala. Proferir uma asserção é entrar em uma comunidade de diálogo com alguém. Dizer “a comunidade não é um bem” é dizer “quero que alguém entre em comunidade comigo para saber que a comunidade não é um bem”, uma asserção auto-refutável.

O terceiro bem a que convidamos o cético a negar é a verdade. “A verdade não é um bem para o ser humano”. Assumindo que juízos descritivos, para terem algum sentido, são verdadeiros ou falsos, a frase enunciada pelo cético é verdadeira ou falsa? Se ele pretende que sua frase seja verdadeira, a verdade é o bem que ele está buscando ao proferi-la, e assim ele se refuta. Se ele não pretende que a frase seja verdadeira, não precisamos ouvir o que ele diz, porque ele não está dizendo nada com sentido. Popularmente, esse ceticismo expressa-se no enunciado “a verdade não existe”. O argumento é o mesmo: se a frase é verdadeira, existe uma tese verdadeira, a de que “a verdade não existe”, e portanto a verdade existe. Se “a verdade não existe” é um frase falsa, então a verdade existe. Mais uma vez, o ceticismo é auto-refutável.

Descartado o ceticismo, pode-se afirmar a existência de um conjunto de “princípios primeiros e universais”, que dizem respeito à razão prática, isto é, de princípios que estruturam o uso da razão no domínio da ação. São “princípios” pois estão no início de cadeias de justificação de um determinado curso de ação. Entre esse princípios, alguns são bens (comunidade, verdade, vida), outros são preceitos (regra de ouro, dignidade da pessoa humana).<sup>102</sup> Esses princípios manifestam sua objetividade e universalidade no fato de serem “evidentes”.

A evidência dos princípios expressa em primeiro lugar que sua negação é

---

<sup>101</sup> FINNIS, John. *Aquinas*. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 59, nota 10. O paradigma do argumento da auto-refutação é o argumento apresentado por Aristóteles ao justificar o princípio da não-contradição na sua *Metafísica*.

<sup>102</sup>A lista dos bens e preceitos é exemplificativa, não exaustiva.

auto-refutável. De outro lado, essa evidência não significa que sejam inatos, mas que todo aquele que tem determinado nível de experiência e conhecimento, pode apreender de um modo imediato, não-derivado, a sua validade. Assim, aquele que teve experiências morais adequadas, de reciprocidade, e não é um egocêntrico patológico, apreende imediatamente a validade da regra de ouro. Isso não significa que a validade do princípio derive da experiência, ou da história, mas que é necessário que certas condições históricas se façam presentes para que essa validade seja aceita. “O todo é maior que a parte” é uma proposição universal e necessária, mas será aceita como tal somente por aquele que na sua história pessoal, chegou a aprender o sentido dos termos “todo”, “maior” e “parte”.<sup>103</sup>

O discurso multiculturalista contemporâneo nega a existência de qualquer princípio ético universal, apontando o pluralismo valorativo do mundo contemporâneo. Contudo, esse pluralismo nem sempre tem apoio nos fatos. Veja-se o caso da regra de ouro.

No presente artigo escolheu-se reconstruir na tradição ocidental a regra de ouro universalizada que está na base dos direitos humanos. Descreveu-se a passagem da regra de ouro da ética de vizinhança à ética cristã, e desta para a ética filosófica de Tomás de Aquino. Essa reconstrução teria sido possível a partir de qualquer outra tradição ética ou religiosa que afirmasse a seu modo, o conceito de co-humano. Pois o fato desta regra, para nós, ter sido universalizada a partir de uma determinada experiência histórica não significa que sua validade dependa de condições históricas específicas, assim como o fato de um astrônomo ter *descoberto* um novo planeta em condições históricas específicas não torna a *existência* do planeta condicionado pela história humana. Do mesmo modo, a regra de ouro *apresenta-se* nas grandes tradições ético-religiosas, como uma verdade cuja validade universal transcende suas manifestações particulares.

De fato, nos *Analectos* de Confúcio pode-se ler a seguinte formulação da regra de ouro: “O que tu mesmo não desejas, não o faças também a outro”. Essa regra encontra-se também no judaísmo: “Não faças aos outros o que não queres que te façam” (Rabi Hillel, 60 a.C - 10 d.C.). Nos textos sagrados do budismo encontra-se a seguinte asserção: “Uma situação que não é agradável ou satisfatória para mim não o há de ser para ele; e uma situação que não é agradável ou satisfatória para mim, como hei de impô-la a um outro?” Também o jainismo estabelece a regra de ouro: “O homem deveria comportar-se indiferentemente em relação às coisas mundanas e tratar todas as criaturas do mundo assim como ele próprio gostaria de ser tratado”. Do mesmo modo, podemos observar na tradição islâmica a presença da mesma regra: “Nenhum de vós é um crente se não deseja para o seu irmão o que deseja para si mesmo”. Também o hinduísmo proclama a validade da regra de ouro:

---

<sup>103</sup>Para a questão da autoevidência dos primeiros princípios da razão prática defendida aqui, seguiu-se o argumento de FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000. cap. III.

“Não devemos nos comportar em relação a outros de uma maneira que para nós é desagradável; esta é a essência da moral”.<sup>104</sup>

Do *fato* de que as grandes tradições ético-religiosas reconheçam a regra de ouro, não deriva a sua validade. Mas esse fato levanta ao menos duas questões:

a) o pluralismo ético não tem a extensão fática pretendida pelos relativistas, o que invalidaria as suas principais teses;

b) talvez o fato da *aceitação universal* da regra de ouro só possa ser explicada por uma teoria da lei natural.

A teoria da lei natural não torna a história irrelevante na compreensão dos direitos humanos. Os direitos humanos se revelam na história. Para se falar de “liberdade de imprensa”, é necessário que haja imprensa. Isso não significa porém, que o *fundamento* dos direitos humanos seja histórico. Ele repousa sobre princípios objetivos e universais da razão prática. A liberdade de imprensa é uma exigência da liberdade devida a todo ser humano em virtude de sua racionalidade, em uma determinada circunstância.

Os direitos humanos têm seu fundamento na lei natural, ou seja, derivam da aplicação dos primeiros princípios da razão prática às circunstâncias históricas mutáveis. Eles determinam o que é devido ao ser humano como tal, para que ele alcance sua auto-realização nas condições concretas em que se encontra. Tome-se o exemplo da liberdade. Pela sua natureza racional, o ser humano é livre, não determinado. Sua natureza o inclina a ver na liberdade um bem. O primeiro princípio da razão prática “O bem é para ser procurado e realizado, o mal evitado”, faz com que a pessoa humana, na vida comunitária, reivindique a liberdade como algo que lhe é devido, como direito. A regra de ouro estabelece que ele reconheça a mesma liberdade para todo aquele que partilha a mesma condição de pessoa humana. Nesse contexto, a liberdade será proclamada um direito humano, um direito de todos os seres humanos. O conteúdo concreto dessa liberdade, o que ela implica em circunstâncias específicas, só pode ser determinado em um debate no qual sejam confrontados os argumentos e os pontos de vista em comunidades particulares. A teoria da lei natural exige uma teoria da democracia.<sup>105</sup>

## 6 CONCLUSÃO

Para a dogmática jurídica, o direito subjetivo é um poder subjetivo (objeto do direito) correspondente a X, na medida em que atende a certos requisitos do ordenamento jurídico (titular do direito), imposto por uma norma (fundamento) como

<sup>104</sup> Apud KÜNG, Hans. *Uma ética para a política e a economia mundiais*. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 178-179. Em agosto/setembro de 1993, 6.500 representantes das mais variadas religiões reunidos em Chicago manifestaram sua concordância em relação a dois princípios éticos universais: “Todo ser humano deve ser tratado humanamente” (dignidade da pessoa humana) e “O que queres que te façam, faze tu também aos outros” (regra de ouro). KÜNG, op. cit., p. 198. A regra de ouro e o princípio da dignidade da pessoa humana podem ser sintetizados em um único princípio fundante dos direitos humanos: “Todo homem deve salvaguardar o caráter de pessoa de todo homem”. MASSINI, Carlos-Ignacio. *Filosofia del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 119.

<sup>105</sup> Cf. BARZOTTO, Luis Fernando. *A democracia na constituição*. São Leopoldo: Sinus, 2003.

dever a Y (titular do dever).

Essa concepção de direito subjetivo não atende às necessidades do conceito de direitos humanos presente na *Declaração Universal*, porque:

a) Os direitos humanos não podem ser concebidos como poderes subjetivos usados contra os demais; essa era a concepção liberal, anti-social dos “direitos do homem”. Os direitos humanos dizem respeito a um tipo de relação que se tem com os outros (justiça), e não um poder a ser exercido sobre eles. Ao passo que a efetivação dos “direitos do homem” burgueses leva ao isolamento do indivíduo em relação aos seus semelhantes, a efetivação dos direitos humanos leva à construção de uma comunidade na qual o bem de todos é condição do bem de cada um. Os direitos da pessoa humana não se opõem à comunidade e ao bem comum, como na visão liberal, mas são o núcleo do bem comum.<sup>106</sup>

b) Os direitos humanos são devidos a todo ser humano (justo natural), não sendo um privilégio dos afortunados que vivem em países (ocidentais e ricos) que positivaram esses direitos. A positivação por um legislador tem caráter meramente declaratório, não constitutivo, pois a pessoa humana, titular dos direitos humanos não é uma categoria jurídica criada pelo ordenamento jurídico particular como outros titulares de direito (proprietário, credor, locador) e o que é devido a ela, para realizar a sua natureza, não depende do arbítrio do legislador.

c) Para a dogmática jurídica e a teoria do direito que se faz a partir dela, o conceito de “seguir uma regra” é central. Importa determinar o sentido e o alcance de uma regra referida à conduta de um sujeito determinado. Daí a ampla difusão nesse paradigma da teoria da norma (regras e princípios), a hermenêutica e a teoria da argumentação. Trata-se sempre de saber identificar, interpretar e aplicar uma norma. A experiência jurídica é vista de um modo vertical: norma/sujeito do dever. Os direitos humanos subvertem essa lógica, retornando à ética aristotélico-tomista: o centro da experiência jurídica não é a subsunção de um caso a uma norma, mas a *relação entre sujeitos*. Os direitos humanos configuram-se de modo horizontal: pessoa humana/pessoa humana. O que constitui o fenômeno jurídico é a *relação* com o outro, o reconhecimento de sua humanidade e do que lhe é *devido* em virtude de sua humanidade. A norma recebe seu sentido da capacidade dos sujeitos de se reconhecerem mutuamente como pessoas humanas. A pergunta central do pensamento jurídico não é “O que a regra/princípio exige nesse caso?”, mas “O que uma pessoa humana deve ao seu co-humano nesse caso?” Por isso, nos direitos humanos, o titular do dever não se reporta a uma norma para estabelecer o que deve a outro ser humano, mas à sua capacidade de *reconhecimento* do outro como pessoa humana, como co-partícipe da mesma humanidade. Quando os soldados americanos, na Guerra do Iraque, praticaram a tortura em prisioneiros iraquianos, um dos argumentos utilizados para justificar seu comportamento foi o de que eles não teriam tido acesso às convenções internacionais sobre o tratamento de prisioneiros de guerra. Esta é a abordagem clássica da dogmática jurídica. Só há

<sup>106</sup> FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000. p. 242-243.

sujeito de dever se há, ao menos, a possibilidade do conhecimento de normas constitutivas do dever. Essa abordagem é completamente inapropriada para os direitos humanos. O dever de não torturar não deriva de uma norma positiva, mas do reconhecimento da humanidade do outro. Aquele que não tem essa capacidade deve ser responsabilizado, não por ter violado um papel imposto pelo ordenamento jurídico positivado (nacional ou internacional), mas por não alcançar aproximar-se humanamente de outra pessoa humana. O reconhecimento do outro como co-humano e do que é devido a ele face à sua dignidade de pessoa, e não o conhecimento/interpretação de normas, constitui o cerne da experiência jurídica e dos direitos humanos.

d) Os direitos humanos prescindem de um fundamento em uma norma jurídica positivada, estando ancorados em princípios universais e necessários da razão prática. Quando MacIntyre admite a existência de direitos “derivados do direito positivo”, concedidos “a classes específicas de indivíduos” mas nega a existência dos direitos humanos, direitos “que pertençam aos seres humanos como tais”<sup>107</sup>, ele assume a postura da dogmática jurídica, que só admite a existência de direitos fundados em normas positivadas. Isso significa que do ponto de vista da dogmática, direitos humanos são ficções. Daí a necessidade, para apreender os direitos humanos, do ponto de vista da Ética. Para Tomás de Aquino, a lei é “ordenada para a salvaguarda comum dos homens, e quanto mais o faz, alcança o vigor e a razão de lei: na medida, porém, em que falte para com isso, não é dotada da força de obrigar.”<sup>108</sup> Uma vez que os direitos humanos expressam as exigências da “salvaguarda comum dos homens”, a relação de fundamentação se inverte: não é o direito positivo que serve de fundamento para os direitos humanos, mas os direitos humanos é que fundamentam o direito positivo. A questão não é a de indicar a norma que sustenta a existência dos direitos humanos, mas de determinar em que medida a norma se justifica ou não face aos direitos humanos.

A crítica à dogmática jurídica, no tema dos direitos humanos, deve avançar para além do que foi estabelecido por autores como Roberto Mangabeira Unger. Este convida o jurista a ampliar o horizonte de sua análise, afirmando que “o cidadão, e não o juiz, deve ser o interlocutor primeiro da análise jurídica”.<sup>109</sup> A perspectiva do juiz (como o juiz deve decidir esse caso?) é de fato dominante na dogmática jurídica. Para Unger, a análise jurídica deve assumir-se como política, escolhendo a perspectiva do cidadão, aquele que livremente, determinará seu modo de vida.

O argumento aqui apresentado escolheu um outro ponto de vista para compreender os direitos humanos: a análise jurídica deve ter como interlocutor a pessoa humana como agente moral, capaz de reconhecer a humanidade compartilhada com outrem. Essa perspectiva não tem natureza técnica (dogmática) nem política (cidadão), mas ética (humano). Para entender os direitos humanos, essa perspectiva é central e os cidadãos e juízes, ao enfrentarem temas de direitos humanos,

<sup>107</sup> MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude*. Bauru: Edusc, 2003. p.126.

<sup>108</sup> ST, I-II, q. 96, a.6.

<sup>109</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 141

devem orientar seus pontos de vista técnicos e políticos a partir dela.

A partir da argumentação exposta pode-se esboçar uma definição do direito subjetivo: é o justo (objeto do direito) adequado a X (titular do direito), assumido como dever de justiça por Y (titular do dever), tendo como fundamento a lei (natural ou humana). Por sua vez, o direito humano como direito subjetivo seria assim definido: o direito humano é o justo natural (objeto do direito) correspondente a toda pessoa humana (titular do direito), assumido como dever por todo aquele capaz de fazer-se co-humano de outrem (titular do dever) e fundado na lei natural (fundamento).

Essas definições são o resultado de uma argumentação orientada pelo método dialético em sentido aristotélico. Por esse método, os resultados são sempre provisórios, sujeitos à refutação. A utilização desse método, não é porém, neutra em relação ao que foi discutido neste artigo. O engajamento no debate com outrem pressupõe o reconhecimento da humanidade do interlocutor, ou seja, pressupõe a validade *absoluta* do mesmo princípio utilizado por Francisco de Vitória no estabelecimento do fundamento dos direitos humanos: "Como diz o *Digesto*, a natureza estabeleceu certo parentesco entre os homens [...]. Por isso, o homem não é o lobo do homem (*homo homini lupus*) [...], mas o homem é homem para o homem (*homo homini homo*)."<sup>110</sup>

## BIBLIOGRAFIA

AGOSTINHO, Sto. *Da Doutrina Cristã*. São Paulo: Paulus, 2002.

ARENDT, Hannah. Verdade e política. In: \_\_\_\_\_. *Entre o Passado e o Futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1992.

ARISTÓTELES. *Metafísica*. São Paulo: Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. *Ética a Nicômaco*. Madri: Centro de estudios constitucionales, 1999.

\_\_\_\_\_. *Política*. Madri: Centro de estudios constitucionales, 1997.

AQUINO, Tomás de. *Suma de Teologia*. Madri: BAC, 1997. 5 v.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Ética a Nicômaco*. Pamplona: Eunsa, 2000.

BANKOWSKI, Zenon. *Living Lawfully: love in law and law in love*. Dordrecht: Kluwer, 2001.

BARZOTTO, Luis Fernando. *A Democracia na Constituição*. São Leopoldo:

---

<sup>110</sup> VITÓRIA, Francisco de. *Sobre los indios*. Madri: Tecnos, 1998. p. 133. Para a estruturação da fórmula de Vitória, antitética à do poeta latino Plauto, tornada célebre por Hobbes, ver SCHMITT, Carl. *Il nomos della terra*. Milão: Adelphi, 1998. p. 109.

Unisinos, 2003.

\_\_\_\_\_. *Justiça Social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Direito e Justiça*, Porto Alegre, n. 28, 2003.

BEUCHOT, Maurício. *Derechos Humanos*. México: Fontanamara, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

\_\_\_\_\_. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

DUMONT, Louis. *O Individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1994.

FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

\_\_\_\_\_. *Aquinas*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*. Madri: Taurus, 1998. v. 1.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril, 1983.

HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento*. São Paulo: Editora 34, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KÜNG, Hans. *Uma ética global para a política e a economia mundiais*. Petrópolis: Vozes, 1999.

KONINGS, Johan. Raízes Bíblicas do Humanismo Social Cristão. In: OSOWSKI, Cecília (org). *Teologia e Humanismo Social Cristão*. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*. Bauru: Edusc, 2003.

\_\_\_\_\_. *Tres versiones rivales de la ética*. Madri: Rialp, 1992.

MARITAIN, Jacques. *A lei natural e os direitos do homem*. Rio de Janeiro: Agir, 1967.

MARX, Karl. A questão judaica. In: \_\_\_\_\_. *Manuscritos Econômico-filosóficos*. Lisboa: Edições 70, 1993.

MASSINI, Carlos-Ignacio. *Filosofia del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

\_\_\_\_\_. *Los derechos humanos en el pensamiento actual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falava Zaratustra*. Lisboa: Guimarães Editora, 2000.

RASSAM, Joseph. *Tomás de Aquino*. Lisboa: Edições 70, 1988.

SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHMITT, Carl. *Il nomos della terra*. Milão: Adelphi, 1998.

\_\_\_\_\_. Os três tipos de pensamento jurídico. In: MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: \_\_\_\_\_. *Argumentos Filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. São Paulo: Edusp/Itatiaia, 1987.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito na Sociedade Moderna*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

\_\_\_\_\_. *O Direito e o Futuro da Democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004.

VAZ, Henrique Cláudio. Pessoa e Sociedade no Ensino de João XXIII. In: \_\_\_\_\_. *Escritos de Filosofia II*. São Paulo: Loyola, 2002.

VILLEY, Michel. *La pensée juridique moderne*. Paris, 1975.

\_\_\_\_\_. *Philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 2001.

\_\_\_\_\_. *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique*. Paris: PUF, 1987.

VITÓRIA, Francisco. *La justicia*. Madri: Tecnos, 2001.

\_\_\_\_\_. *Sobre los indios*. Madri: Tecnos, 1998.

\_\_\_\_\_. *Sobre el poder civil*. Madri: Tecnos, 1998.

WEBER, Max. Excurso: teoria de los estadios y direcciones del rechazo religioso del mundo. In: \_\_\_\_\_. *Ensayos sobre sociología de la religión*. Madri: Taurus, 1992. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Economía y sociedad*. México: Fondo de cultura económica, 1992.



# A TUTELA DO PATRIMÔNIO ARQUEOLÓGICO E O DIREITO ECONÔMICO

Ricardo Antônio Lucas Camargo<sup>1</sup>

Em 1993, realizou-se evento em Brasília, no qual o Professor Washington Peluso Albino de Souza versou a ligação entre a realização dos direitos culturais e a regulamentação jurídica da política econômica – Direito Econômico, portanto -. Disse o Mestre das Alterosas que “a partir da definição de uma política cultural em seu entrosamento indispensável com a política econômica, veremos situado em seu ponto correto de importância o tratamento do patrimônio cultural e o moderno e dinâmico sentido da propriedade sobre os bens culturais. Sendo a propriedade um DIREITO que tem por suporte um BEM, como vimos, considera-se este como tudo aquilo capaz de satisfazer necessidades, sejam individuais, sejam coletivas, e fica composto o quadro de tratamento do tema. O direito de propriedade sobre BENS CULTURAIS é impregnado do sentido social desta propriedade. Mas as necessidades que satisfazem não se esgotam no espaço restrito da consideração do que seja CULTURAL como apenas ligado à aquisição de conhecimento. Prendem-se, por certo, à objetividade dos meios que a possibilitem, e fazem do BEM CULTURAL um BEM ECONÔMICO. Seja material ou imaterial, uma peça de arte plástica, um edifício ou uma dança folclórica, uma expressão da linguagem ou de alimento, uma paisagem, uma jazida de recurso mineral, uma gruta, uma escrita rupestre, uma floresta na sua integridade de flora e fauna, seja um documento ou uma reminiscência popular, sempre haverá a possibilidade de serem tratados concomitantemente sob o prisma de uma política cultural e de uma política econômica. Justamente neste ponto, os conceitos se modernizam e a ‘revisita’ o revela. A fruição destes bens, com resultados econômicos ao mesmo tempo que com a garantia de sua finalidade educativa e da sua preservação e defesa trouxe a tese do ‘desenvolvimento sustentado’, como base fundamental de política econômica. Por esta perspectiva, os bens culturais e o patrimônio cultural, de modo amplo, integram-se nas atividades e na vida econômica dos povos permitindo-lhes o gozo e a fruição defendidos das atitudes predatórias na busca incessante do lucro, ou dos abandonos sob o argumento anterior de não justificarem investimentos por não serem economicamente rentáveis. Pelo contrário, justamente ante o seu sentido das necessidades que satisfaz, culturais, educativas ou de lazer, ‘revisitando-se’ conceitos como o de turismo e o de resultado econômico em geral. A política econômica do patrimônio cultural constitui, hoje, nos países que a praticam com habilidade e competência, oportunidades de rendimentos

<sup>1</sup>Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais – Membro da Fundação Brasileira de Direito Econômico – representante do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública no Estado do Rio Grande do Sul.

econômicos ligados a emprego, lucros ou divisas, bem como de integração de economias entre nações diversas ou de regiões diferentes dentro de uma mesma nação”<sup>1</sup>. A passagem conduz-nos, primeiro, a uma reflexão, no seio da teoria da necessidade, acerca de uma das necessidades que, a despeito de não se configurar como um produto da natureza, nem por isto pode ser conceituada como algo supérfluo. Aqui, com efeito, terminamos por transcender a noção utilitarística de “poupança” para chegarmos à dimensão da afirmação da identidade de um povo, do qual a atividade econômica é uma das manifestações, permitindo-se entender, inclusive, até que ponto seria possível falar na violência consistente na introdução de determinados hábitos de consumo, como ocorreu, por exemplo, na Guerra do Ópio e como vem ocorrendo, presentemente, com o *Halloween*, que tem o seu mercado assegurado mesmo às pessoas que olham com desprezo para o Carnaval e as festas populares brasileiras e que nem desconfiam a sua ligação com um fato tipicamente localizado na história dos EUA, a saber, a caça às bruxas verificada na Colônia de Massachusetts, na cidade de Salem, no final do século XVII. Imediatamente, vêm-nos as palavras de Paulo Bonavides, a apontar para a relevância do tema no tocante à ubicação do Brasil no seio das relações econômicas internacionais: “assim como as culturas se protegem e se defendem por via da conservação de seus costumes e valores históricos, também as nações, para conjurarem o genocídio político, econômico, cultural e moral de suas identidades, precisam tornar atualíssimos determinados instrumentos ou meios de autopreservação, a saber, o nacionalismo sem xenofobia, objetivo e intangível, a cultura, a lealdade à nação, a memória dos valores históricos, o culto da liberdade, o primado da vontade popular, tudo que possa constituir o Estado em guarda de um poder legítimo e democrático, isto é, de uma ordem livre e soberana”<sup>2</sup>. Nada de nazismo ou fascismo – arredando aqui um estratagema perverso que foi descrito com precisão cirúrgica por Schopenhauer<sup>3</sup> -, mas tão-somente a necessidade de o povo manter o auto-respeito, sob pena de cada um dos indivíduos que o compõem vir a negar-se como pessoa, como sujeito de direitos e deveres, dado que “os bens culturais são indispensáveis para o desenvolvimento da sociedade e a formação da sua identidade”<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Direitos culturais. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção de Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. Brasília, DF/San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos/Comitê Internacional da Cruz Vermelha/Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados/Comissão da União Européia, 1996, p. 598-599. Note-se que Werter Faria aponta, também, para a relação entre a política cultural e a política econômica, quando refere como uma das principais causas das dificuldades no processo de integração transfronteiriça entre os países da América Latina, levando seu foco mais diretamente ao MERCOSUL, a “falta de informação e de análise em nível setorial e territorial das potencialidades e possibilidades de ações conjuntas” (Exceções à cláusula de nação mais favorecida no sistema comercial internacional e na integração fronteiriça dos países do MERCOSUL. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (org). *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional*: estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995, p. 198).

<sup>2</sup> *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 93.

<sup>3</sup> *A Arte de Ter Razão Exposta em 38 Estratagemas*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 67.

<sup>4</sup> DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da “função social”. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 65, jul./set. 2002; GARCIA, José Carlos Cal. *Linhas Mestras da Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 207-208.

Por bem houvesmos destacar, na problemática da proteção do patrimônio cultural, os sítios arqueológicos, quer pela escassez de produção doutrinária acerca da matéria, quer por causar espécie a alguns o fato de que a Constituição de um país em desenvolvimento ainda se preocupe com criar peias ao livre movimentar das forças econômicas que movem a nação. Era considerada tal preocupação um exagero contrário ao interesse nacional no início dos anos 70, como noticia Francisco Eugênio M. Arcanjo<sup>5</sup>. Valorizar o “primitivismo” parecia ir contra a aspiração de “progresso”, de “desenvolvimento”, preconceito facilmente desmontável, tomando-se em consideração países como a Itália, notável pela sua preocupação com a tutela do seu patrimônio cultural como um todo, especialmente os vestígios da Era Romana, e a Grã-Bretanha, com o sítio de Stonehenge, ambos havidos como modelos de desenvolvimento econômico a ser observado pelo regime então instalado. De acordo com Flávio Augusto de Oliveira Santos, “consta que a idéia de se preservar o patrimônio cultural surgiu, no mundo, com o ideário da Revolução Francesa, de 1789, tendo-se, então, exclusiva preocupação com os bens culturais de valor excepcional, às vezes até destruindo-se bens igualmente relevantes, mas de menor importância artística, para destaque dos mais notáveis. Essa orientação viveu por décadas, inclusive na legislação brasileira. Expressão desse pensamento é a Carta de Atenas, documento conclusivo do Congresso Internacional de Arquitetura Moderna de 1933, que, ao mesmo tempo em que prescreve a proteção de conjuntos arquitetônicos valiosos, prevê como inevitável a destruição de imóveis insalubres ao redor de um monumento histórico. Já a Carta de Veneza, extraída do II Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos dos Monumentos Históricos, de 1964, representou decisiva modificação desse conceito. Passa então a vigorar a noção de valor referente aos bens materiais que significavam como meios de documentação histórica. Atualmente, a noção de patrimônio cultural, além de vê-lo como bem jurídico autônomo, passou a envolver em seu âmbito bens imateriais, diferentemente da visão materialista que vigorava anteriormente. Neste sentido se expressou a Declaração do México, resultado da Conferência Mundial sobre as Políticas Culturais, realizada pelo Conselho Internacional de Monumentos e Sítios, em 1985”<sup>6</sup>. É de se observar que os próprios conceitos de “riqueza” e “pobreza” assumem uma dimensão transeconômica, de acordo com o relato de Antônio Augusto Cançado Trindade: “a UNESCO, em estudo de 1988, atentou para a dificuldade de se medir com cifras as dimensões da pobreza crítica, porquanto esta última ‘também possui uma dimensão

<sup>5</sup> Convenção sobre Diversidade Biológica e projeto de lei do Senado 306/95: soberania, propriedade e acesso aos recursos genéticos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 34, n. 133, p. 289, jan./mar. 1997. Representando a tese referida pelo eminente Consultor do Senado Federal: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Democracia Possível*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 58; LIMA, Domingos Sávio Brandão. O Brasil na escalada do desenvolvimento. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 11, n. 42, p. 188, abr./jun. 1974; PESSOA, Mário. *Da aplicação da Lei da Segurança Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 122; SIMONSEN, Mário Henrique. *Brasil 2001*. Rio de Janeiro: APEC, 1969. p. 222; VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Teoria Geral do Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 157.

<sup>6</sup> Breves considerações acerca da tutela penal do patrimônio cultural brasileiro. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, n. 18, p. 2.476-2.477, mar./abr. 2003; PIETRO, Maria Sílvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 131-132; OLIVEIRA, Helli Alves de. Responsabilidade pelos danos ao patrimônio ambiental. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 88, n. 319, p. 50, jul./set. 1992.

cultural que não se pode medir’: há fatores recorrentes imensuráveis, como ‘a perda do sentimento de dignidade, a diluição do sistema de valores, a quebra da confiança em si mesmo, o desaparecimento da consciência de pertencer a uma sociedade global’, tudo isto gerando a resignação e a violência, além da conformação dos sistemas educacionais – nos países mais atingidos pela pobreza – com as relações prevalecentes de poder, a justificar ‘a desconfiância que desperta nas populações pobres’<sup>7</sup>. Esta é também a posição assumida por Luiz Vicente de Vargas Pinto, no sentido de que as normas constitucionais concernentes à cultura seriam “expressões de uma dimensão não econômica do princípio da democracia econômica e social, correspondente às prestações estatais necessárias para **assegurar uma existência humana digna**, indissociável da superação das **barreiras culturais** como meio de realização material da **democracia cultural**”<sup>8</sup>.

Quando falamos em tutela do patrimônio arqueológico, estamos tomando como referência, evidentemente, o produto da cultura – tratado na Lei 3.924, de 1961 -, diferenciando-o do patrimônio paleontológico, produto da natureza – tratado no Decreto-lei 4.146, de 1942<sup>9</sup> -, todos dois, entretanto, de igual relevância no que tange à compreensão dos dados de hoje, sempre tendo-se em vista que nada existe sem uma razão de ser, de acordo com o assente princípio da razão suficiente<sup>10</sup>. Recordando Spinoza, somente Deus pode ser considerado causa e conseqüência de Si próprio<sup>11</sup>...Interessa verificar que poucos se aventuram a conceituar “patrimônio arqueológico”. Carlos Ernani Constantino, comentando o artigo 63 da Lei 9.605, de 1998, traz uma conceituação lacônica: “arqueológico é algo referente à arqueologia; esta é a ciência que estuda as antigas civilizações, buscando seus vestígios por meio de escavações”<sup>12</sup>. Se por civilização entendermos os povos sedentários, a partir do próprio radical “civis”, teríamos, por esta conceituação, de excluir do patrimônio arqueológico os vestígios de nômades. Recordemos, por outro lado, que a própria arqueologia pode esclarecer se os responsáveis pelos vestígios – não nos parece que seja de bom gosto falar em “autor dos vestígios” como se fala em “autor da herança” no direito das sucessões, uma vez que não se deixa, aqui, de trair um

---

<sup>7</sup> Do Direito Econômico aos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (org.). *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional*: estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995. p. 32.

<sup>8</sup> *Constituição Federal Anotada e Comentada*. Porto Alegre: L.V.V.P./ Escola Superior de Geopolítica D. João VI, 2001. p. 49 – assim estão postos os destaques no original.

<sup>9</sup> ABAIDE, Jalusa Prestes. Preservação estética dos meios ambientes natural e artificial como critério para estabelecer o zoneamento turístico. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. , n. 18, p. 63, 2003; SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. Sítios paleontológicos no Brasil: novos rumos? *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 80-81, abr./jun. 2003; BRASIL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. Remessa ex-officio 8904192285/RS. Relator: Juiz Manoel Lauro Volkmer de Castilho. *Diário de Justiça da União* – seção II – Brasília, DF, 9 maio 1990; BRASIL. Tribunal Regional Federal. 5ª Região. Apelação criminal 261/CE. Relator: Juiz Lázaro Guimarães. *Diário de Justiça da União* – seção II – Brasília, DF, 17 abr 1990.

<sup>10</sup> SILVA, Justino Adriano Farias da. *Tratado de Direito Funerário*. São Paulo: Método, 2000. v. 1, p. 70.

<sup>11</sup> *Ethics*. Transl. W. H. White. London: Encyclopædia Britannica, 1955. p. 355.

<sup>12</sup> *Delitos Ecológicos*: a lei ambiental comentada artigo por artigo. São Paulo: Atlas, 2002. p. 210.

certo vezo privatista que não permite a adequada solução do problema<sup>13</sup> – seriam nômades ou sedentários. De outra parte, “bens arqueológicos e bens pré-históricos não são sinônimos. Estes últimos dizem respeito ao período em que o homem viveu antes da descoberta da escrita, enquanto os bens arqueológicos podem ser posteriores, como no caso de vestígios de aldeamentos indígenas pós-cabralinos”<sup>14</sup>. Vladimir Passos de Freitas & Gilberto Passos de Freitas consideram que “bens de valor arqueológico são os elencados no art. 2º e alíneas da Lei 3.924, de 26.07.1961. Entre outros, sambaquis, jazidas, vestígios de ocupação pelos paleoameríndios (grutas, lapas, abrigos), cemitérios, sepulturas e inscrições rupestres”<sup>15</sup>. Esta conceituação toma em consideração a enumeração feita pela lei, mas não chega, efetivamente, a resolver o problema. Tomando por base a enumeração legal, servir-nos-emos da contribuição de um arqueólogo para conceituar sítio arqueológico: será o local em que se encontrem os vestígios, isto é, os indícios da presença ou atividade humana, com características que não se encontram mais nos tempos hodiernos, relacionados entre si<sup>16</sup>. Esta conceituação parece-nos que abrange as características comuns aos substantivos individualizados na lei federal de regência e, por outro lado, pode servir como um ponto de partida na hora de solucionar o problema de um eventual conflito com o proprietário do imóvel onde se localize o sítio. Note-se que José Eduardo Ramos Rodrigues não apresenta conceituação divergente da que esposamos: “os sítios arqueológicos, pelo seu próprio nome, são aqueles de interesse para a arqueologia, ciência que busca descobrir, pesquisar e reconstituir, pelos seus restos, culturas e civilizações hoje não mais existentes ou bastante alteradas”<sup>17</sup>. O jurista bandeirante por último transcrito, a bem de ver, centrou sua preocupação no interesse do local para a arqueologia, ao passo que nós centramos nossa preocupação no porquê de o local ser interessante para a arqueologia. Há que se insistir, por outra banda, com Luíza Helena Moll: “a determinação de uma ordem econômica na carta constitucional, ora por via do processo de revisão ou de emenda, ante tal complexidade, deverá estruturar-se sobre um regime de apropriação que não se decodifica simplesmente pela legislação que protege o direito de propriedade pública ou privada individual, nem mesmo a que se regula pelas políticas sociais de redistribuição”<sup>18</sup>. É claro. Estamos, efetivamente, tratando de bens que, a despeito

<sup>13</sup> SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Direitos Fundamentais e Direito Comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 102; CAZETTA, Ubiratan. A competência federal e os crimes contra o meio ambiente. Uma crítica à jurisprudência dos Tribunais Superiores. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3379>>. Acesso em: 22 ago. 2004.

<sup>14</sup> MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Tutela penal do patrimônio arqueológico brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2738>>. Acesso em: 22 ago. 2004.

<sup>15</sup> *Crimes Contra a Natureza*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 155.

<sup>16</sup> PROUS, André. *Arqueologia Brasileira*. Brasília, DF: Ed. UnB, 1992. p. 25-26.

<sup>17</sup> Meio ambiente cultural: tombamento – ação civil pública e aspectos criminais. In: MILARÉ, Edis (org.). *Ação Civil Pública*: Lei 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 378.

<sup>18</sup> Externalidades e apropriação: projeções sobre o Direito Econômico na nova ordem mundial. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (org.) *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional*: estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995, p. 148.

de poderem ser objeto de exploração econômica<sup>19</sup>, não têm o seu valor decorrente da possibilidade de exploração, mas sim da necessidade que visam a satisfazer, como posto anteriormente. A questão que se vai colocar, pois, não é nem tanto a de quem será o titular do direito de propriedade sobre o sítio arqueológico, mas principalmente a da sua afetação a um fim cultural específico<sup>20</sup>. O que não quer dizer que não é relevante a titularidade, até porque daí decorrem conseqüências como a competência para julgar os crimes que se cometam contra estes bens, a possibilidade ou impossibilidade de aquisição por usucapião, entre outras questões de suma importância. O que estamos pretendendo, neste texto, é apenas uma preparação para o debate acerca do papel da proteção dos bens de interesse arqueológico no seio da política econômica.

A titularidade dos sítios arqueológicos, de acordo com a Constituição brasileira de 1988, é da União Federal, como se lê no seu artigo 20, X<sup>21</sup>. Contudo, a sua tutela compete às três esferas federadas – artigo 23, III, da Constituição Federal brasileira -. O patrimônio arqueológico está contido no conjunto do patrimônio cultural que o artigo 216 da Constituição de 1988 define, mencionado expressamente no inciso V. A impossibilidade de demissão, por parte do legislador infraconstitucional de qualquer das entidades federadas, desta competência foi afirmada pelo intérprete autêntico da Constituição Federal<sup>22</sup>. Estamos, em realidade, num campo que bem ilustra a assertiva de Eros Roberto Grau: “o direito, por um lado, organiza os processos que fluem segundo as regras da economia de mercado, colocando à sua disposição normas e instituições (em especial o contrato, a propriedade privada, o direito de propriedade industrial etc.), e, por outro, converte-se em instrumento de que lança mão o Estado para influir em tais processos e, a um tempo só, obter a consecução de determinados objetivos de política social – instrumento destinado à consecução de políticas públicas, como se vê”<sup>23</sup>. Nada estranhável que o Direito se volte à instrumentalização de políticas públicas: a atuação positiva do Estado também precisa ser dotada de previsibilidade, para não degenerar no arbítrio e no pessoalismo. No caso, política pública de preservação de dados aptos a reconstituírem a memória nacional e, por isto mesmo, aptos a propiciarem um determinado referencial, ou

<sup>19</sup> Importa salientar que, quando se fala em serem suscetíveis de exploração econômica, não se está a olvidar a proibição da comercialização dos bens arqueológicos. A visitação pública, por exemplo, é uma das formas de exploração econômica permitidas e, em certos casos, até aconselháveis.

<sup>20</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 301; SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 237-238.

<sup>21</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. v. 3, p. 1.258.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 2.544/RS. Relator: Min. José Paulo Sepúlveda Pertence. *Diário de Justiça da União*. Brasília, DF, 8 nov 2002; BRASIL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. Apelação Cível 9504061982/SC. Relatora: Des. Fed. Marga Inge Barth Tessler. *Diário de Justiça da União*. – seção II. Brasília, DF, 25 nov 1998; MUKAI, Toshio. A degradação do patrimônio histórico e cultural. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 57, n. 234, p. 40, out./dez. 2003; ALVES, Alair Caffé. Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 6, n. 21, p. 78, jan./mar. 2001.

<sup>23</sup> *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 90; ANDRADE, Rogério Emilio de. A capacidade normativa da Administração Pública. In: ANDRADE, Rogério Emilio de (org.). *Regulação Pública da Economia no Brasil*. Campinas: Edicamp, 2003. p. 95.

seja, um ponto a partir do qual se confere um determinado sentido aos fatos que ocorrem e aos atos que se praticam<sup>24</sup>. Por outras palavras: a própria idéia de valorar os fatos que determinam as condutas e as condutas em si mesmas justifica a atuação do Estado no sentido de preservar tal patrimônio.

No âmbito institucional, compete ao Instituto Nacional do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional catalogar o patrimônio arqueológico nacional, bem como autorizar as escavações e outras diligências para a sua localização. Tal cautela se justifica, tendo em vista a experiência de destruições efetivadas em razão de escavações, sobretudo em outros países, como se pode exemplificar com a escadaria de Copan, em Honduras, que foi danificada por ocasião das tentativas para se remover a cobertura vegetal que se formara sobre elas. Em tal escadaria, pelo que se sabe de outras fontes já decifradas, estavam grafados os feitos do rei maia Coelho XVIII, e, com o término da operação, ocorreu um fato semelhante à submissão de uma obra inteira de Shakespeare que fosse reduzida a pequenos polígonos contendo letras isoladas. Com efeito, os sinais grafados nas pedras passaram a constar isolados de fragmentos e foram colocados como se pôde na escadaria danificada. O desejo de perenizar ao máximo os seus feitos foi, ironicamente, frustrado justamente durante uma operação destinada a reconstituir a memória da cidade sobre a qual reinara. Como diz André Prous, “o arqueólogo é o maior destruidor de sítios que se conhece, e sabemos que o que deixamos escapar hoje, por falta de tecnologia adequada, estará perdido amanhã. Quantos sítios fundamentais, escavados cedo demais, não podem ser datados porque, até 1950, ninguém imaginava que seria importante conservarem-se os carvões das fogueiras! Por isso, arqueólogos costumam deixar ‘testemunhos’, ou seja, partes do sedimento não escavado, para serem estudados por seus sucessores”<sup>25</sup>. Por outro lado, a caracterização de um bem originariamente apropriado pelo particular como sítio arqueológico, eventualmente, poderia criar, no caso de a exploração tornar inviável o exercício dos direitos inerentes à propriedade imobiliária, indenização para o proprietário, até porque os direitos inerentes à propriedade privada não são nulificados pelo simples fato de haver a tutela do patrimônio cultural, que constitui propriedade distinta daquela dos domínios em que porventura se localize<sup>26</sup>. Mas a indenização, contudo, não é a regra, porque, como salienta Edimur Ferreira de Faria, “a lei, em qualquer país, não define de maneira objetiva o que seja patrimônio cultural. Trata-se, pois, de conceito jurídico indeterminado (sic), cabendo à Administração, por seus agentes, identificar no caso concreto se o bem é dotado de uma das manifestações culturais previstas na lei. Por tais razões, e considerando principalmente a função social que a propriedade deve desempenhar, é que se deve entender que o bem, antes mesmo de ser tombado, já

<sup>24</sup> TORELLY, Paulo Peretti. Democracia e legitimidade. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 25, n. 56, p. 7, dez. 2002.

<sup>25</sup> PROUS, op. cit., p. 34.

<sup>26</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 767; GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 115-116; LIMA, Ruy Cirne. *Pareceres*. Porto Alegre: Sulina, 1963. p. 43-44.

está naturalmente (sic) gravado com os ônus impostos pelo interesse social”<sup>27</sup>. Por outro lado, é de se recordar que no caso se está a tratar de “coisas vinculadas a fatos memoráveis da História do Brasil ou que representem excepcional valor arqueológico ou artístico. [...] Atualmente, no Brasil, há uma excessiva preocupação em se transformarem cidades mortas ou escombros mais ou menos inexpressivos em monumentos nacionais. Difundiu-se um verdadeiro culto à ruína<sup>28</sup>. Claro que se torna muito difícil distinguir entre o mero escombros e o sítio de valor arqueológico, muitas vezes. Mas, ao contrário do que ocorria ao tempo em que o saudoso Ministro do Supremo Tribunal Federal escrevia estas palavras, hoje há um verdadeiro culto ao descartável e uma busca frenética pelo imediato, de tal sorte que nos engolfamos em uma amnésia que contribui imensamente para a gradativa perda da identidade nacional.

No âmbito regulamentar, chama-se a atenção para a Lei Federal 3.924, de 26 de julho de 1961, conhecida como “Lei dos Sambaquis”<sup>29</sup>. Antes desta lei, o sítio arqueológico estava sujeito ao regime geral dos bens tombados, na forma do Decreto-lei nº 25, de 1937, com o que, em regra, era considerado como bem privado sujeito a restrições dominiais<sup>30</sup>, que poderiam chegar, inclusive, à desapropriação<sup>31</sup>. De acordo com José Afonso da Silva, “a Lei 3.924, de 1961, distinguiu as jazidas arqueológicas ou pré-históricas em dois grupos: a) *manifestadas* – as que, à data da publicação da lei já estivessem sendo objeto de exploração e as conhecidas como ‘sambaquis’, manifestadas ao Governo Federal por intermédio do IPHAN (arts. 4º e 6º); b) *não manifestadas*. As primeiras deveriam ser registradas no IPHAN, para exame, fiscalização e salvaguarda do interesse da Ciência; as segundas foram consideradas, para todos os efeitos, bens patrimoniais da União – regra, agora, recebida pela Constituição, como se viu acima”<sup>32</sup>. Quer dizer: a afetação, que já existia no plano infraconstitucional, veio a ser reforçada, de tal sorte que somente se houvesse emenda constitucional se poderia falar em proceder à

<sup>27</sup> *Curso de Direito Administrativo Positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 471. O “sic” está posto por fazermos ressalvas tanto à idéia de conceitos indeterminados – porque entendemos correta a crítica feita por Eros Roberto Grau, no sentido de que “a reiteradamente referida ‘indeterminação dos conceitos’ não é deles, mas sim dos termos que os expressam” (*op. cit.*, p. 148) – quanto à idéia de gravames “naturais”, quanto estes decorrem de uma qualificação jurídica preexistente. O dado fáctico “relevância cultural” – que também nada tem de natural, porque referido a valor – recebe a consideração do direito para constituir pressuposto de um gravame.

<sup>28</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1967. v. 7, p. 116-117.

<sup>29</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Espaços Ambientais Protegidos e Unidades de Conservação*. Curitiba: Editora Universitária Champagnat, 1993. p. 55; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 488.

<sup>30</sup> WALD, Arnoldo. *Direito das Coisas*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1970. p. 142; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1, p. 288; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. t. 6, p. 368; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4, p. 220; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 507; MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A proteção constitucional ao patrimônio cultural. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 119, out./dez. 2000.

<sup>31</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Desapropriação*. São Paulo: Saraiva, 1973. p. 224-225; FAGUNDES, Miguel Seabra. *Da Desapropriação no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. p. 101-102.

<sup>32</sup> *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 169; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 1, p. 171.

privatização de tais sítios. Paulo Affonso Leme Machado considera que “diante da ausência de expressa ressalva da Constituição, não se poderá mais registrar ou manifestar tais jazidas e sítios, ficando todos esses bens exclusivamente da União”<sup>33</sup>. É claro que o eminente Professor paulista daí não inferiu – e nem poderia – a desnecessidade de se proceder à identificação e catalogação destes bens. Ao contrário, quando se fala em proteger o patrimônio arqueológico, não se pode esquecer que se trata de um patrimônio que recebe uma qualificação jurídica, e que – obviedade que precisa ser dita, tendo em vista a prática lastimável que se tem verificado, de proceder à fundamentação de conclusões jurídicas em adjetivos – como não existe qualificação que não incida sobre um objeto, é necessário que se tenha a possibilidade de o individualizar, a fim de que se possa concluir que, efetivamente, está sujeito a tal feixe de normas jurídicas. A qualificação não tem vida autônoma em relação ao que é qualificado. “se alguém tiver suspeita de que um bem tem reminiscência na pré-história, tem um sítio arqueológico, antes de partir para o tombamento, há que solicitar desapropriação. Se faz mister verificar se realmente a área é pré-histórica, a fim de evitar futuros dissabores, pois, a pessoa pode pedir a desapropriação, em seguida o tombamento, gastar uma fortuna para facilitar a pesquisa arqueológica da Universidade X, então chega lá a equipe técnica e revela: ‘Olha, aqui nada tem de sítio arqueológico! Tais pinturas não são rupestres e não se trata de área arqueológica.’ Enfim, para se evitar tais desencontros, antes será necessários requisitar uma equipe de arqueólogos para pesquisarem detalhadamente a área, até que se chegue a uma conclusão que confirme ser um sítio arqueológico ou área pré-histórica.”<sup>34</sup>.

A proteção aos sítios arqueológicos assume uma primeira relevância para o Direito Econômico no que se refere ao condicionamento das diversas atividades econômicas. Pode-se referir as limitações ao desenvolvimento da construção civil<sup>35</sup>, da exploração da agropecuária, da pesquisa e lavra de minérios<sup>36</sup>, dos loteamentos<sup>37</sup>, atividades que, por vezes, recebem incentivos governamentais<sup>38</sup>, e que têm, efetivamente, o potencial de danificarem os sítios arqueológicos<sup>39</sup>. Também se chama a atenção para a própria atuação de grupos de excluídos que, tangidos muitas vezes pela fome – conforme o relato da arqueóloga pesquisadora de São Raimundo Nonato/

<sup>33</sup> *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 51.

<sup>34</sup> MADEIRA, José Maria Pinheiro. Limitações administrativas. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=481>>. Acesso em: 22 ago. 2004.

<sup>35</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. Apelação Cível 200304010297407/SC. Relator: Juiz Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. *Diário de Justiça da União*. – seção II. Brasília, DF, 9 out 2003; PINTO, José Emilio Nunes. O contrato de EPC para construção de grandes obras de engenharia e o novo Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2806>>. Acesso em: 22 ago. 2004.

<sup>36</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. Apelação Criminal 9504176224/RS. Relatora: Juíza Tânia Escobar. *Diário da Justiça da União*. – seção II. Brasília, DF, 5 jun 1996.

<sup>37</sup> DA ROS, Patrick. Apontamentos acerca das normas de tutela dos bens culturais no Direito interno, Internacional e comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 57, n. 234, p. 197-198, out./dez. 2003.

<sup>38</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. Ação Penal 9204119624/SC. Relatora. Juíza Ellen Gracie Northfleet. *Diário de Justiça da União*. – seção II Brasília, DF, 14 abr 1993.

<sup>39</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. Apelação Criminal 9804032260/SC. Relatora: Desa. Federal Eloy Bernst Justo. *Diário de Justiça da União*. – seção II. Brasília, DF, 19 jul 2000; JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986, v. 2, p. 422-423.

PI, Niede Guidon, em entrevista concedida à TVE no Programa “Roda Viva” do dia 17 de novembro de 2003, às 22h30 – encaram a tutela de tais sítios como uma tentativa de excluir espaços, confundindo-a com a especulação imobiliária. Consoante dito alhures, “a uma parcela significativa da população o mundo dos bens simbólicos é apresentado como algo inacessível, esotérico, compreensível somente por um clube de esnobes nefelibatas e inúteis, beneficiários do sistema que a exclui e, *ipso facto*, seus inimigos”<sup>40</sup>. Adriano Benayon do Amaral mostra a relação direta entre o descaso com o patrimônio cultural – e, mais especificamente, o arqueológico, por dizer respeito diretamente às raízes – e as causas da perpetuação do pacto colonial: “em relação ao Brasil, as conhecidas estatísticas sobre a perversa distribuição de renda oferecem uma idéia muito incompleta e distorcida da realidade. Esta é muito pior do que a visão dada por aquelas, que comparam as rendas de indivíduos classificados em classes de renda muito heterogêneas (especialmente quanto aos 10% e 5% mais ricos, já que os ricos são muito menos de 1%). Além disso, trata-se aí só de rendas declaradas e que ficam no País, o que é modesta fração da renda total aqui obtida, mesmo sem levar em conta os US\$ 40 a 60 bilhões estimados na fuga de capital. Não se percebe tampouco o desequilíbrio abissal na estrutura de mercados, em que algumas empresas são senhoras feudais absolutas. Delas os chamados consumidores são, em geral, *indentured serfs*, e são vassalãs as pequenas e médias empresas (sujeitas a grande mortandade). Essa situação, já de si insustentável, ainda que houvesse capitalismo no Brasil, responde pela estagnação e declínio da economia e pelas inimagináveis condições sociais. Digo, pois, que não há economia de mercado no Brasil, como de resto, praticamente, não há em parte alguma do mundo, mas também que, ao contrário de alguns países do G-7, não há tampouco capitalismo, aquele estrato dominante e diretor da economia, na conceituação de Fernand Braudel. Os que passam por capitalistas são, quase sempre, satélites materiais e com mentes subordinadas, dos centros capitalistas e de alguns de seus grupos. As imensas fortunas de alguns locais os fazem brasileiros apenas no passaporte, mesmo porque o grosso de seus haveres, sem falar em sua mente, ídolos etc., encontra-se no exterior”<sup>41</sup>. Claro que fazemos uma pequena ressalva ao pensamento retrotranscrito do Professor da Universidade de Brasília, qual seja, a de que, se nunca se estabeleceu, fora do plano puramente especulativo ou da atividade criminosa, a economia de mercado em sua pureza, capitalismo, entretanto, até nos países sedizentes comunistas e socialistas foi, efetivamente, posto em prática, dado que a procura da acumulação do máximo de recursos aptos a possibilitarem o acesso aos

---

<sup>40</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *O Capital na Ordem Jurídico-Econômica*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998. p. 236; FORRESTER, Vivianne. *O Horror Econômico*. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 1997. p. 68-69; BOURDIEU, Pierre. *A Economia das Trocas Simbólicas*. Trad. Sérgio Miceli. São Paulo: Perspectiva, 1992. p. 133; BOBBIO, Norberto. *Os Intelectuais e o Poder*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 1997. p. 137; SARAIVA, Paulo Lopo. Constituição e economia. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (org.). *Regulação Pública da Economia no Brasil*. Campinas: Edicamp, 2003. p. 41.

<sup>41</sup> Ordem econômica e direitos humanos. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção de Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. Brasília, DF; San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos; Comitê Internacional da Cruz Vermelha/Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados/Comissão da União Européia, 1996. p. 543-544.

bens propiciadores da satisfação de necessidades de toda natureza traduziu uma nota comum. Entretanto, isto não invalida o núcleo do pensamento anteriormente transcrito. Nem se diga que a destruição seria conseqüência inexorável do progresso, sempre e sempre. No Egito ficou particularmente famoso o caso da Represa de Assuã, durante o governo Nasser, que implicou a transferência de Estátuas de Faraós para serem montadas em outro local, justamente porque a principal preocupação há de ser com a realização da finalidade a que afetos tais bens, mais do que ao desejo de dar o respectivo dono a eles o destino que bem entender<sup>42</sup>. É de se observar, em relação ao meio ambiente cultural, o mesmo que informa Ana Cláudia Bento Graf acerca da preocupação com o meio ambiente natural: “a auditoria ambiental privada tem sido utilizada como uma estratégia de concorrência das empresas, pois atesta a conformidade ambiental de seus produtos, tecnologias e sistemas de gestão”<sup>43</sup>. Quer dizer: com a ampla disseminação do preservacionismo, a aquisição de produtos e serviços provenientes de empresa comprometida com tal valor – seja do meio ambiente natural ou cultural – absolve psicologicamente o consumidor de eventual culpabilidade com a degradação. Quanto ao preservacionismo em geral como estratégia empresarial, pode-se ler com proveito a dissertação de Clarissa Ferreira Macedo D’Isep<sup>44</sup>. E, no que tange ao engajamento do poder econômico privado na tutela do patrimônio cultural<sup>45</sup>, caberia refletir acerca de uma instituição que floresceu durante a Idade Moderna, o mecenato. Note-se, com José Renato Nalini, que a tutela dos sítios arqueológicos, como a de todo o patrimônio cultural, não se há de fazer apenas no aspecto negativo, da guarda, conservação, como também no aspecto positivo, da disseminação do conhecimento a seu respeito, favorecendo e disciplinando o respectivo acesso<sup>46</sup>.

Pode-se referir, também, o desenvolvimento da indústria do turismo arqueológico, cujas necessidades foram amplamente debatidas em oficina desenvolvida na cidade de Serranópolis, no Estado de Goiás, no período de 17 a 20 de setembro de 1997<sup>47</sup>. A vizinha República do Peru, por exemplo, projeta-se internacionalmente pelo grande número de pessoas de todas as partes do mundo que acorrem buscando visitar os sítios que tem em profusão, sobretudo no Vale Sagrado e na famosa Macchu Picchu. O Brasil abriga também sítios amplamente visitados. No Estado do Pará, o sítio denominado “Cidade dos Deuses”, dotado de inscrições rupestres, situado em terreno privado, constitui o principal motivo de atração turística ao Município de

<sup>42</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Responsabilidade civil por dano ecológico e ação civil pública. *Justitia*, São Paulo, v. 46, n. 126, p. 174, jul./set. 1984; MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 375.

<sup>43</sup> Aspectos relevantes da auditoria ambiental. In: ENCONTRO NACIONAL DE ADVOGADOS DOS ÓRGÃOS ESTADUAIS DE MEIO AMBIENTE, 1., Curitiba. *Anais*. Curitiba: 2004. p. 123.

<sup>44</sup> *Direito Ambiental Econômico e ISO 14.000*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. passim.

<sup>45</sup> Esta, aliás, a modalidade da preferência de João Bosco Leopoldino da Fonseca (*Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 249), por sua crença na eficiência presumida da iniciativa privada.

<sup>46</sup> *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo: FTD, 1997, p. 263; CUSTÓDIO, Helita Barreira. Direito Ambiental: da conceituação jurídica aos desafios da conscientização pública. *Revista de Direitos Difusos*. São Paulo, n. 6, p. 733, abr. 2001

<sup>47</sup> IPHAN. Oficina de interpretação e sinalização de sítio arqueológico. Disponível em: <[http://www.iphan.gov.br/bens/Arqueologico/serranopolis\\_para\\_internet.htm](http://www.iphan.gov.br/bens/Arqueologico/serranopolis_para_internet.htm)> Acesso em: 24 ago. 2004.

Alenquer<sup>48</sup>. No Estado do Piauí, além do já mencionado sítio de São Raimundo Nonato, chama a atenção o Parque Nacional de Sete Cidades, com sua flora e fauna peculiares a uma transição entre o cerrado e a caatinga e as suas formações, bem como as inscrições rupestres, visíveis sobretudo na Gruta do Catirina, na 4ª “Cidade”<sup>49</sup>. Nos Estados do Rio Grande do Sul e do Paraná, chamam a atenção as ruínas das Missões<sup>50</sup>. Os ramos da atividade econômica ligados diretamente à indústria do turismo – hotéis, restaurantes, empresas de transporte, casas de entretenimento -, e os empregos a eles correspondentes, por óbvio, vêm a se beneficiar da política de proteção ao patrimônio em questão. Também assim os fornecedores dos insumos a que se ligam tais empresas, pois “cidades cuja preservação do patrimônio imobiliário cultural é efetiva, tornam-se mais atraentes a investimentos e ao turismo, o que evidentemente é de interesse de todos e confere auto-sustentabilidade aos bens que o integram”<sup>51</sup>.

Além do turismo arqueológico, pode-se observar, ainda, uma série de atividades ligadas diretamente aos sítios arqueológicos, como é o caso da museologia, da arqueologia propriamente dita, da antropologia, com o que se tem assegurado o mercado de trabalho para os profissionais com formação nestas áreas. A análise da composição de certos produtos encontrados em vestígios permite, por outro lado, identificar quais os produtos empregados e, destarte, abre-se um amplo campo para os profissionais, por exemplo, da área química e da área farmacêutica. Em suma: o exame do “passado” também pode se relacionar com o investimento em tecnologia a que se reporta o artigo 218 da Constituição brasileira de 1988. Só para se ficar no utilitarismo, mostra-se de profundo interesse para a área da construção civil o conhecimento das razões por que as construções feitas pelas populações incaicas, por exemplo, mesmo não havendo qualquer argamassa aparente a unir os blocos de pedra que as compunham, resistiram durante séculos aos violentos tremores de terra que caracterizam a região, sendo emblemático o caso do Convento de São Domingos, em Cuzco, que foi erigido sobre o velho Templo peruano conhecido como Coricancha. Um terremoto abalou a edificação espanhola e fez aflorar a edificação nativa.

É de ser salientado, ainda, o problema dos eventuais conflitos de valores que se podem colocar quando se trate da situação jurídica concernente aos sítios arqueológicos. Afora o já previsível conflito entre a proteção de tais sítios e a apropriação privada dos territórios em que se localizem – Diogo de Figueiredo Moreira

---

<sup>48</sup> MUSEU Paraense Emílio Goeldi/Depart. de C. H/Área Arqueologia”Projeto: Levantamento Arqueológico dos Sítios com Registros Rupestres no Baixo Amazonas”. Relatório de Viagem (1ª Etapa de campo – nov./dez. 1990) . Edithe da Silva Pereira (Coordenadora) – 1991. Disponível em: <<http://www.iphan.gov.br/bancodados/arqueologico/mostrasitiosarqueologicos.asp?CodSito=56195>>. Acesso em: 24 ago. 2004.

<sup>49</sup> ROCHA, Lauro Lacerda; LACERDA, Carlos Alberto de Melo. *Comentários ao Código de Mineração*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 164-165.

<sup>50</sup> PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 81090-2. Relator: Des. Cyro Crema. J. em 9 maio 2000.

<sup>51</sup> GUIMARÃES, Nathália Arruda. A proteção do patrimônio cultural: uma obrigação de todos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 354, 26 jun. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5372>>. Acesso em: 22 ago. 2004.

Neto<sup>52</sup> chega a falar em confisco perpetrado pelo constituinte de 1988, enquanto Ives Gandra da Silva Martins<sup>53</sup> procura restringir ao máximo o conceito de sítios arqueológicos em nome do direito de propriedade imobiliária, justamente –, também vem a questão posta acerca do eventual conflito entre a salubridade de uma determinada região e a preservação do sítio. Também se pode falar na questão da expansão e ordenação urbana, ou na ocupação do espaço rural em face da tutela destes sítios<sup>54</sup>. Podem, ainda, os sítios encontrar-se em terras pretendidas por nações indígenas diversas daquelas que deixaram tais vestígios. Por outro lado, a recuperação de um sítio arqueológico, por vezes, pode implicar a degradação da flora e fauna locais, como no caso em que árvores onde habitam inúmeros espécimes recobrem ruínas. Talvez seja este conflito aparente de interesses juridicamente protegidos que tenha conduzido o legislador criminal a fixar penas pequenas para os crimes envolvendo tal patrimônio, possibilitando, com isto, mesmo a adoção da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099, de 1995<sup>55</sup>. A ponderação destes interesses compõe também a medida da “sustentabilidade” do desenvolvimento de determinadas atividades ou regiões, com o que se tem o campo aberto à aplicação da regra do equilíbrio. Por outro lado, é importante, sempre, ter presente que a degradação de bens desta natureza, por vezes, assume caráter irreversível. Disse Washington Peluso Albino de Souza: “o Estado de Minas Gerais, pelas próprias condições de sua tradição cultural, tem padecido intensamente destas falhas. Só para exemplificar, lembraremos o ocorrido com a ‘Serra do Rola Moça’, que mereceu violento protesto de Rodrigo de Melo Franco, quando do destombamento para efeito de extração e exportação de minério, modificando o sistema climático e paisagístico de Belo Horizonte; o Pico do Itacolomi, entregue à própria sorte pelos mesmos motivos, com a mineração em suas proximidades; as escritas rupestres e as grutas da região calcária destruídas com as obras do Aeroporto de Confins e com a intensa extração para a industrialização de cimento e de cal”<sup>56</sup>. Em alguns casos, pôde-se impedir a destruição, como ocorreu, por exemplo, com o tombamento das inscrições da pedra às margens do rio Ingá, na Paraíba, conhecida como Itacoatiara – aliás, um dos cinco sítios tombados pelo IPHAN -. Embora seja verdadeiro o que assere Ingo Wolfgang Sarlet acerca do artigo 215 da Constituição Federal – “em momento algum definiu os meios e critérios pelos quais os poderes públicos deverão realizar as finalidades ali estabelecidas (por exemplo, apoiar e incentivar as manifestações culturais), podendo apenas ter-se como certo que não poderá, em hipótese alguma, atuar no sentido contrário”<sup>57</sup> -, também é de se destacar que, além da regra do equilíbrio, hão de nortear a atuação do responsável pela formulação e execução da política econômica pública as regras

<sup>52</sup> *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 258. Expressão similar empregou Sílvio Rodrigues acerca do regime jurídico do subsolo (*Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5, p. 88).

<sup>53</sup> *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3, t. 1, p. 89-90.

<sup>54</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal. 2ª Região. Agravo interno no agravo de instrumento 200302010010606/RJ. Relator: Des. Federal Paulo Espírito Santo. *Diário de Justiça da União* – seção II. Brasília, DF, 25 ago. 2003.

<sup>55</sup> SIRVINSKAS, Luiz Paulo. *Tutela Penal do Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 212-213.

<sup>56</sup> op. cit., p. 595-596.

<sup>57</sup> *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 273.

da irreversibilidade e da precaução. Guilherme José Purvin de Figueiredo foi de extrema felicidade ao observar que “a insistência com que a Carta de 1988 conclama para a utilização socialmente responsável da propriedade, sobretudo no que diz respeito ao meio ambiente, em muitos momentos nos faz recordar que a nossa história é a da busca pelo lucro rápido e de sua pronta remessa à Metrópole”<sup>58</sup>. Aliás, uma pequena ressalva: a pronta remessa à Metrópole, aos tempos do Brasil Colônia, era até expressão do “espírito público”, pois muitas vezes os que residiam aqui se apropriavam dos recursos, após procederem à degradação do meio. Atualmente, muitos ansiam por enviar os proveitos a paraísos fiscais ou a países cujo sigilo bancário se mostre particularmente atrativo...

De qualquer sorte, fica o alerta: a preservação do patrimônio arqueológico, mesmo sob o ponto de vista exclusivamente utilitário, deve ser tomada em consideração como objeto de política econômica, para muito além da visão puramente privatista que, em pleno início do século XXI, o pensamento jurídico insiste em manter, prolongando, assim, o século XIX para além do ano 1900. Há de ser considerada, outrossim, sob o enfoque da política econômica, enquanto dado apto a reconstituir a memória da nação brasileira, inserindo-se não só no seio da política econômica referente ao turismo, com toda a possibilidade de geração de divisas e do desenvolvimento das atividades a ele relacionadas, como também no estabelecimento da medida de sustentabilidade da política de desenvolvimento econômico, que somente poderá ser considerado como tal a partir do momento em que, efetivamente, haja a criação de valores próprios, sem o mero espírito copista que assola os nossos centros de formação. Por outro lado, mesmo a preservação dos sítios arqueológicos não se coloca, efetivamente, como um fim em si mesmo, com o que a ponderação dos valores em conflito há de ser feita a partir do critério da maior vantagem, de acordo com o sistema de valores albergado constitucionalmente – ideologia constitucionalmente adotada -.

## REFERÊNCIAS

ABAIDE, Jalusa Prestes. Preservação estética dos meios ambientes natural e artificial como critério para estabelecer o zoneamento turístico. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 18, p. 60-66, 2003.

ALVES, Alaor Caffé. Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 57-82, jan./mar. 2001.

AMARAL, Adriano Benayon do. Ordem econômica e direitos humanos. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção de Direitos Humanos no Direito*

<sup>58</sup> Aspectos ambientais da função social da propriedade. In: ENCONTRO NACIONAL DE ADVOGADOS DOS ÓRGÃOS ESTADUAIS DE MEIO AMBIENTE, 1., Curitiba. *Anais*. Curitiba: 2004. p. 55.

**Brasileiro.** Brasília, DF; San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos/Comitê Internacional da Cruz Vermelha/Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados/Comissão da União Européia, 1996. p. 541-551.

ARCANJO, Francisco Eugênio M. Convenção sobre Diversidade Biológica e projeto de lei do Senado 306/95: soberania, propriedade e acesso aos recursos genéticos. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, v. 34, n. 133, p. 287-303, jan./mar. 1997.

ANDRADE, Rogério Emílio de. A capacidade normativa da Administração Pública. In: \_\_\_\_\_ (org.). **Regulação Pública da Economia no Brasil.** Campinas: Edicamp, 2003. p. 91-114.

BOBBIO, Norberto. **Os Intelectuais e o Poder.** Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa.** São Paulo: Malheiros, 2003.

BOURDIEU, Pierre. **A Economia das Trocas Simbólicas.** Trad. Sérgio Miceli. São Paulo: Perspectiva, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 2.544/RS. Relator: Min. José Paulo Sepúlveda Pertence. **Diário de Justiça da União,** Brasília, DF, 8 nov. 2002.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 2ª Região. Agravo interno no agravo de instrumento 200302010010606/RJ. Relator: Des. Federal Paulo Espírito Santo. **Diário de Justiça da União** – seção II, Brasília, DF, 25 ago. 2003.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. Apelação Cível 200304010297407/SC. Relator: Juiz Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. **Diário de Justiça da União.** – seção II, Brasília, DF, 9 out. 2003.

\_\_\_\_\_. Apelação Cível 9504061982/SC. Relatora: Des. Federal Marga Inge Barth Tessler. **Diário de Justiça da União.** – seção II. Brasília, DF, 25 nov. 1998.

\_\_\_\_\_. Apelação Criminal 9804032260/SC. Relatora: Des. Federal Eloy Bernst Justo. **Diário de Justiça da União.** – seção II. Brasília, DF, 19 jul. 2000.

\_\_\_\_\_. Remessa ex-officio 8904192285/RS. Relator: Juiz Manoel Lauro Volkmer de Castilho. *Diário de Justiça da União* – seção II. Brasília, DF, 9 maio 1990.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. 5ª Região. Apelação criminal 261/CE. Relator: Juiz Lázaro Guimarães. *Diário de Justiça da União* – seção II. Brasília, DF, 17 abr. 1990.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *O Capital na Ordem Jurídico-econômica*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

CAZETTA, Ubiratan. A competência federal e os crimes contra o meio ambiente: uma crítica à jurisprudência dos Tribunais Superiores. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3379>>. Acesso em: 22 ago. 2004.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. v. 3.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Direito Ambiental: da conceituação jurídica aos desafios da conscientização pública. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, n. 6, 711-737, abr. 2001.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Direito Ambiental Econômico e ISO 14.000*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DA ROS, Patrick. Apontamentos acerca das normas de tutela dos bens culturais no Direito interno, Internacional e comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 57, n. 234, p. 195-229, out./dez. 2003.

DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da "função social". *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 7, n. 27, p. 58-69, jul./set. 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *Da Desapropriação no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FARIA, Werter Rotumno. Exceções à cláusula de nação mais favorecida no sistema comercial internacional e na integração fronteiriça dos países do MERCOSUL. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (org). **Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995. p. 191-201.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Democracia Possível**. São Paulo: Saraiva, 1978.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Aspectos ambientais da função social da propriedade. In: ENCONTRO NACIONAL DE ADVOGADOS DOS ÓRGÃOS ESTADUAIS DE MEIO AMBIENTE, 1., Curitiba. **Anais**. Curitiba: 2004. p. 46-55.

FORRESTER, Vivianne. **O Horror Econômico**. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 1997.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Desapropriação**. São Paulo: Saraiva, 1973.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes Contra a Natureza**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GARCIA, José Carlos Cal. **Linhas Mestras da Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRAF, Ana Cláudia Bento. Aspectos relevantes da auditoria ambiental. In: ENCONTRO NACIONAL DE ADVOGADOS DOS ÓRGÃOS ESTADUAIS DE MEIO AMBIENTE, 1., Curitiba. **Anais**. Curitiba: 2004. p. 120-132.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUIDON, Niede. **A luta de Niede Guidon**. Entrevista concedida à TVE no Programa "Roda Viva" do dia 17 de novembro de 2003, às 22h30.

GUIMARÃES, Nathália Arruda. A proteção do patrimônio cultural: uma obrigação de todos. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 354, 26 jun. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5372>>. Acesso em: 22 ago. 2004.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1967. v.7.

IPHAN. Oficina de interpretação e sinalização de sítio arqueológico. Disponível em: <[http://www.iphan.gov.br/bens/Arqueologico/serranopolis\\_para\\_internet.htm](http://www.iphan.gov.br/bens/Arqueologico/serranopolis_para_internet.htm)>. Acesso em: 24 ago. 2004.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 2.

LIMA, Domingos Sávio Brandão. O Brasil na escalada do desenvolvimento. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 11, n. 42, p. 188, abr./jun. 1974.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. Limitações administrativas. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=481>>. Acesso em: 22 ago. 2004.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A proteção constitucional ao patrimônio cultural. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 111-120, out./dez. 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3, t. 1.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. t. 6.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Tutela penal do patrimônio arqueológico brasileiro . *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2738>>. Acesso em: 22 ago. 2004.

MOLL, Luíza Helena Malta. Externalidades e apropriação: projeções sobre o Direito Econômico na nova ordem mundial. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (org.) *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional*: estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995. p. 139-160.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 1.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MUKAI, Toshio. A degradação do patrimônio histórico e cultural. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 57, n. 234, p. 33-41, out./dez. 2003.

MUSEU PARAENSE EMÍLIO GOELDI. Depart. de C. H/Área Arqueologia"Projeto: Levantamento Arqueológico dos Sítios com Registros Rupestres no Baixo Amazonas". Relatório de Viagem (1ª Etapa de campo – nov./dez. 1990) . Edithe da Silva Pereira (Coordenadora) – 1991. Disponível em: <<http://www.iphan.gov.br/bancodados/arqueologico/mostrastitiosarqueologicos.asp?CodSítio=56195>>. Acesso em: 24 ago. 2004.

NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo: FTD, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. Responsabilidade civil por dano ecológico e ação civil pública. *Justitia*, São Paulo, v. 46, n. 126, p. 168-189, jul./set. 1984.

OLIVEIRA, Helli Alves de. Responsabilidade pelos danos ao patrimônio cultural. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 88, n. 319, p. 49-56, jul./set. 1992.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 81090-2. Relator: Des. Cyro Crema. J. em 9 maio 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1.

PESSOA, Mário. *Da Aplicação da Lei da Segurança Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1978.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

PINTO, José Emilio Nunes. O contrato de EPC para construção de grandes obras de engenharia e o novo Código Civil . *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2806>>. Acesso em: 22 ago. 2004.

PINTO, Luiz Vicente de Vargas. *Constituição Federal Anotada e Comentada*. Porto Alegre: L.V.V.P./ Escola Superior de Geopolítica D. João VI, 2001.

PROUS, André. *Arqueologia Brasileira*. Brasília: UnB, 1992.

ROCHA, Lauro Lacerda; LACERDA, Carlos Alberto de Melo. *Comentários ao Código de Mineração*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Meio ambiente cultural: tombamento – ação civil pública e aspectos criminais. In: MILARÉ, Edis (org.). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 350-399.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

SANTOS, Flávio Augusto de Oliveira. Breves considerações acerca da tutela penal do patrimônio cultural brasileiro. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, n. 18, 2.475-2.485, mar./abr. 2003.

SARAIVA, Paulo Lopo. Constituição e economia. In: ANDRADE, Rogério Emílio de (org.). *Regulação Pública da Economia no Brasil*. Campinas: Edicamp, 2003. p.39-48.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHOPENHAUER, Arthur. *A Arte de Ter Razão Exposta em 38 Estratagemas*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Justino Adriano Farias da. *Tratado de Direito Funerário*. São Paulo: Método, 2000. v. 1.

SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. Sítios paleontológicos no Brasil: novos rumos? *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo v. 8, n. 30, p. 80-84, abr./jun. 2003.

SIMONSEN, Mário Henrique. *Brasil 2001*. Rio de Janeiro: APEC, 1969.

SIRVINSKAS, Luiz Paulo. *Tutela Penal do Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Direitos Fundamentais e Direito Comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Espaços Ambientais Protegidos e Unidades de Conservação*. Curitiba: Editora Universitária Champagnat, 1993.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direitos culturais. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção de Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. Brasília/San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos/Comitê Internacional da Cruz Vermelha/Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados/Comissão da União Européia, 1996. p. 587-601.

\_\_\_\_\_. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SPINOZA, Baruch. *Ethics*. Transl. W. H. White. London: Encyclopædia Britannica, 1955.

TORELLY, Paulo Peretti. Democracia e legitimidade. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 25, n. 56, p. 7-8, dez. 2002

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Do Direito Econômico aos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (org.). ***Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional***: estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995. p. 9-38.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. ***Teoria Geral do Direito Econômico***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

WALD, Arnoldo. ***Direito das Coisas***. São Paulo: Sugestões Literárias, 1970.

# A PROTEÇÃO AMBIENTAL E UMA NOVA CONCEPÇÃO DE PARTICIPAÇÃO CIDADÃ

Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros\*

## 1 Introdução

Lutamos, incessantemente, para gerar e comercializar riquezas. Na luta por esses objetivos, emerge um ambiente em constante desintegração dos recursos naturais e do próprio humano, correndo o risco de gerar um mundo artificial<sup>1</sup>. As ações e omissões referentes ao meio ambiente estão destruindo o planeta, colocando em risco a existência da própria civilização<sup>2</sup>. Diante da presente realidade há de se demonstrar a necessidade de repensar a teoria jurídica tradicional, enfatizando a urgência de uma reflexão inter e transdisciplinar e relacionando as ciências sócio-humanas e jurídicas em busca do bem comum. Para tanto, partimos da premissa de que o meio ambiente é um bem juridicamente tutelável e fundamental, sendo, como tal, protegido pela Constituição Federal brasileira.

## 2 Direito à proteção ambiental como um verdadeiro direito fundamental

A defesa da posição de que o meio ambiente é um direito fundamental, mesmo que fora do catálogo do artigo 5º da Constituição Federal, decorre da existência de um sistema materialmente aberto dos direitos fundamentais em nosso ordenamento. A norma constitucional prevista no parágrafo 2º do artigo 5º revela a possibilidade da existência de direitos fundamentais, tanto em sentido formal quanto material, mesmo para além dos previstos no Título II de nossa Lei Fundamental. Quando o dispositivo constitucional dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros, permite a aceitação da existência de direitos fundamentais fora do catálogo e até mesmo fora do corpo da Constituição formal.

---

\*Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, professora da Faculdade de Direito da PUCRS, Coordenadora e Professora do Curso de Especialização em Direito Ambiental da PUCRS, membro do NEPAD.

<sup>1</sup> Quando nos referimos à geração de um mundo artificial fazemos alusão a um mundo com uma natureza não-natural, com o ar poluído, as florestas desaparecidas, a miséria social e econômica se ampliando e dominando as propostas contra-hegemônicas a este mundo.

<sup>2</sup> Ulrich Beck nas obras *Risk Society* e *Ecological Politics in an Age of Risk* utiliza a idéia de riscos e perigos para se referir a muitas áreas da vida social, contudo as circunstâncias de risco e perigo são minuciosamente analisadas no concernente à degradação ambiental. David Goldblatt, na obra intitulada *Teoria Social e Ambiente*, ressalta que as formas contemporâneas de degradação do ambiente, evidenciadas por Beck, “[...] não estão limitadas em termos de espaço ao âmbito do seu impacto, nem estão confinadas em termos sociais a determinadas comunidades. São potencialmente globais no âmbito de seu alcance”, p. 232.

A relevância da questão ambiental insurge a necessidade de integrar a preservação do ambiente no âmbito da proteção subjetiva e, conforme Pereira da Silva<sup>3</sup>, esse fato só se dará mediante o recurso dos direitos fundamentais. A realidade que se impõe diante de nós converge para a situação que somente a consagração de um direito fundamental ao ambiente (expressa ou implicitamente) pode garantir a adequada defesa contra agressões ilegais, provenientes quer de entidades públicas, quer de privadas, na esfera individual protegida pelas normas constitucionais, conforme já sustentamos em outra oportunidade<sup>4</sup>.

A Carta Federal de 1988, em seu artigo 225, por meio de mandamento expreso pela soberania popular, impôs ao legislador e, principalmente, ao aplicador do Direito, uma vez que o intérprete é o último sujeito a positivizar a norma<sup>5</sup>, a dar concretude ao disciplinado pelo dispositivo. Desta feita, ao incluir o meio ambiente como um bem jurídico passível de tutela, o constituinte delimitou a existência de uma nova dimensão do direito fundamental à vida e do próprio princípio da dignidade da vida humana.

### 3 Meio ambiente como dever fundamental

Contudo, estabelecermos o direito à proteção ambiental como um direito fundamental, com todas as conseqüências que emanam disso, não é suficientemente eficaz. Torna-se necessário o reconhecimento de uma outra forma de vinculação jurídica da sociedade, em seu aspecto coletivo e individual, e do próprio Poder Público, para que possamos crer possível a efetivação das normas constitucionais e infraconstitucionais de proteção ambiental.

Partindo da análise interpretativa do disposto no artigo 225 de nossa Lei Fundamental, nos permitimos afirmar que a proteção do meio ambiente, para além de um direito fundamental do homem, é um dever fundamental<sup>6</sup>. Sustentamos a existência de um dever fundamental de proteção ao meio ambiente alicerçados na teoria de Vieira de Andrade<sup>7</sup> que trabalha com a pressuposição de que os deveres fundamentais, no caso específico, os voltados ao meio ambiente, remetem à condição de nele incluir princípios sócio-humanos de convivência que, por sua vez, instruem e são instruídos pelas questões presentes no direito fundamental ao contemplar o direito à igualdade, à liberdade e à solidariedade.

A fórmula empregada para balizar e justificar os deveres fundamentais em nossa Constituição e, essencialmente, endossar aqueles relacionados à proteção do

<sup>3</sup> SILVA, Vasco Pereira da. *Verdes são também os direitos do homem*. Cascais: Principia, 2000. p.17.

<sup>4</sup> MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio Ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 167-168.

<sup>5</sup> J. Freitas, A Interpretação Sistemática do Direito, p. 151, no que diz “[...] o sistema, em sua abertura [...] não prospera senão no intérprete em sua idêntica abertura e locação para ser o positivador derradeiro do Direito”.

<sup>6</sup> Ressaltamos que a titularidade ativa do dever fundamental e, obviamente, do direito fundamental da proteção ao meio ambiente extrapola o conceito de cidadão e busca alcançar todo aquele subjugado ao nosso ordenamento jurídico, mesmo que, em alguns casos, a luta pela proteção se efetive pelo exercício direto da cidadania.

<sup>7</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 150.

meio ambiente, tem como linha mestra a proposta de uma vida digna e justa, do ponto de vista individual e coletivo, e assumindo o pressuposto de que o meio ambiente necessita ser tutelado por diversos ramos do Direito, emerge a necessidade de construção de uma esfera de deveres associada ou não aos direitos fundamentais.

Esses deveres fundamentais norteiam o *ethos* de obtenção de uma vida digna, solidária, com liberdade e igualdade. Nesses termos, podemos enquadrar o dever fundamental à proteção do meio ambiente como um dever associado ao direito fundamental de usufruir o meio ambiente saudável<sup>8</sup>. Ao tratar dos direitos fundamentais, Vieira de Andrade<sup>9</sup> acrescenta que ninguém duvida existir, no mínimo, um interesse pedagógico e uma importância individual e ética que reveste a idéia dos deveres fundamentais dos cidadãos, significando que o homem não existe isoladamente, nem a sua própria liberdade é absoluta, e que todos os indivíduos são responsáveis pelo progresso da comunidade.

A existência e a aceitação de um dever à proteção ambiental é prevista, inclusive, am âmbito de Direito Internacional como ressalta Cançado Trindade<sup>10</sup> quando disserta acerca da Declaração de Haia sobre a atmosfera de 1989, afirma que *“o direito de viver é o direito do qual emanam todos os demais direitos”* e, acrescenta que *“o direito de viver com dignidade em um meio-ambiente global viável”* acarreta o dever das *“comunidade das nações de preservar o ambiente saudável e equilibrado para as gerações presentes e futuras”*, enfatizando a dependência humana da qualidade ambiental e clamando pela consciência de um dever de todos pela saúde do bem comum.

Ao se estabelecer um dever fundamental de proteção ambiental de terceira dimensão<sup>11</sup>, em que se busca uma base de solidariedade para a sua execução, estamos refletindo acerca de um dever fundamental que se funda na solidariedade em razão de exigir a participação de todos para que este mesmo todo mantenha a vida<sup>12</sup>. Os deveres fundamentais de cunho ambiental se filiam à classificação dos deveres fundamentais de cunho sócio-econômico-cultural, estando associados e exprimindo, sobretudo, a responsabilização dos indivíduos na conservação e na promoção de

<sup>8</sup> Conforme Vieira de Andrade, op. cit., p. 157, “os direitos ao ambiente e à fruição do patrimônio cultural não se limitam ao direito de intervenção prestadora do Estado, nem sequer à exigência do respeito por um bem próprio (individual). Implicando directamente com o tipo de comportamento de todos os indivíduos e sendo exercido num quadro de reciprocidade e de solidariedade [...], são direitos circulares, cujo conteúdo comum é definido necessariamente em função do interesse comum, pelo menos em tudo aquilo que ultrapassa a lesão directa de bens individuais”.

<sup>9</sup> ANDRADE, op. cit., p.151.

<sup>10</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos Humanos e Meio Ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 77.

<sup>11</sup> A terceira dimensão dos direitos fundamentais está alicerçada nos princípios de fraternidade e solidariedade, solidificando direitos difusos e coletivos em nome de uma comunidade.

<sup>12</sup> Nesse sentido, Borges, p.20, “este direito-dever, da categoria direito difuso, difere ainda dos direitos de gerações anteriores na medida em que não nascem de uma relação contratual nem de um status como o de ser cidadão de determinado Estado. Nasce da valorização da pessoa humana neste final de século XX, através da evolução dos direitos de ampliação da proteção dos âmbitos de vivência da pessoa humana, anteriormente não protegidos ou não privilegiados pelo direito. Não existe relação contratual prévia que estabeleça tais direitos-deveres. São direitos agora tidos como universais, fundamentais que, no dizer de Ferrajoli, tratam-se de direitos invioláveis ou inderrogáveis, indisponíveis e inalienáveis”, característica essa que somente pode ser aplicada ao direito de proteção ao meio ambiente, se aceitarmos a sua qualificação como direito/dever fundamental.

uma dada sociedade. Dessa forma, podemos assegurar que o dever fundamental de defesa do meio ambiente pode ser classificado como um dever fundamental de cunho positivo e negativo, uma vez que impõe ao indivíduo um comportamento de defesa, ora através de uma ação, ora através de uma abstenção, caracterizando uma dupla função desse dever fundamental de defesa ambiental diretamente aplicável.

#### 4 Da construção de um espaço participativo: possibilidade ou necessidade?

A participação popular, com o intuito de conservação do meio ambiente, está inserida em um quadro mais amplo da participação diante dos interesses difusos e coletivos da sociedade. A determinação da proteção ao meio ambiente sadio e equilibrado por meio da teoria dos direitos fundamentais e estabelecendo que esses direitos provocam a existência de um dever fundamental, faz com que a comunidade participe da proteção seja em razão da existência de um nível de consciência moral elevado, seja pela imposição jurídica da norma, quando da efetivação dos deveres fundamentais.

O papel da sociedade civil e da esfera pública no cenário político se atualiza por intermédio de um efetivo exercício da democracia no que concerne à defesa dos interesses difusos do cidadão. Em especial, a defesa do meio ambiente constitui-se em parte deste processo, para a produção de um corpo legislativo que corresponda aos anseios da comunidade que, de alguma maneira – direta ou indiretamente, imediata ou remotamente – se relaciona com este meio ambiente<sup>13</sup>.

Sarlet<sup>14</sup> dispõe que é indissociável e muito íntima a relação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e de Estado de Direito<sup>15</sup>. Streck e Bolzan de Moraes acrescentam que quando imergimos nos chamados direitos humanos de terceira geração, como é o caso do direito fundamental de proteção do meio ambiente,

---

<sup>13</sup> Desta feita, cumpre que façamos um apontamento, mesmo que singelo, acerca da importância dos direitos fundamentais para um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Streck e Bolzan de Moraes disciplinam que este Estado Democrático de Direito *“carrega em si um caráter transgressor que implica agregar o feito incerto da Democracia ao Direito, impondo um caráter reestruturador à sociedade e, revelando uma contradição fundamental com a juridicidade liberal a partir da reconstrução de seus primados básicos de certeza e segurança jurídicas, para adaptá-los a uma ordenação jurídica voltada para a garantia/implementação do futuro, e não para a conservação do passado”*. Streck e Bolzan de Moraes salientam, ainda, que *“O Estado de Direito, dada a sua substancialidade, para além de seu formalismo, incorporando o feito indomesticado da democracia, apresenta-se como uma contínua (re)criação, assumindo um caráter dinâmico mais forte do que sua porção estática – formal. Ao aspecto paralisante de seu caráter hierárquico agrega-se o perfil mutante do conteúdo das normas, que estão, a todo instante, submetidas às variações sociopolíticas”*.

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.59.

<sup>15</sup> K. Stern, *Staatsrecht III/1*, apud I. W. Sarlet, op. cit., p.59. Com o intuito de ressaltar as assertivas acerca da relevância dos direitos fundamentais para o Estado de Direito, Sarlet traz à colação uma citação de K. Stern que dispõe: *“[...] as idéias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal. Somente a síntese de ambas outorgou à Constituição a sua definitiva e autêntica dignidade fundamental”*.

*[...] somos tomados pela percepção de que estamos diante, efetivamente, de uma nova realidade para os direitos fundamentais que, neste momento, se apresentam como detentores de uma 'universalidade comunitária' no sentido de que o seu objeto diz respeito a pretensões que atingem inevitavelmente a comunidade humana como um todo<sup>16</sup>. Não se trata mais de fazer frente ao arbítrio do Estado relativamente a determinados indivíduos, nem mesmo de demandar solução/garantia de certas pretensões/benefícios a grupos determinados de pessoas. Trata-se, isto sim, de fomentar o caráter solidário do homem, fazendo-o compreender uma espécie de destino comum que o prende aos demais<sup>17</sup>.*

Os direitos fundamentais são o resultado da positivação constitucional de determinados valores básicos que, ao lado de nossos princípios fundamentais, formam o núcleo basilar de nossa estrutura constitucional democrática. E é a partir deste ponto de vista que iremos abordar a vinculação dos direitos fundamentais à idéia específica de exercício da democracia, de uma democracia constitucional<sup>18</sup>.

Os direitos fundamentais podem ser considerados ao mesmo tempo um pressuposto, uma garantia e um instrumento do princípio democrático da autodeterminação dos povos, por intermédio de cada indivíduo. Estas concepções tornar-se-ão concretas a partir do reconhecimento de direitos como o direito de igualdade e de um espaço de liberdade real, por meio do direito de participação<sup>19</sup>.

Assim, a liberdade de participação política do cidadão, atuando como sujeito ativo e intervencionista nos processos decisórios em virtude da incorporação das efetivas atribuições inerentes à soberania, constitui ingrediente indispensável às demais liberdades protegidas pelos direitos fundamentais<sup>20</sup>.

Nesse contexto, salientamos que os direitos fundamentais exercem função decisiva em um e, principalmente, no nosso regime democrático, haja vista agir como um garantidor dos direitos das minorias ante os eventuais desvios de poder praticados pela maioria detentora do poder; salienta-se, portanto, a efetiva liberdade de participação.

A concepção de deveres fundamentais, por sua vez, insere-se na procura por espaços de moderação, de correção ou de superação de direitos não contemplados nos espaços sociais, prevendo ações e a participação dos indivíduos, se o que se busca, realmente, é o desenvolvimento sustentável alicerçado pela promoção da

<sup>16</sup> Como já foi por diversas vezes referido neste estudo.

<sup>17</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.130.

<sup>18</sup> Nesta perspectiva, Canotilho<sup>19</sup> sustenta que: “[...] como resulta da própria sistematização dos direitos, liberdades e garantias, em direitos liberdades e garantias pessoais de participação política e direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, a base antropológica dos direitos fundamentais não é apenas o <homem individual>, mas também o homem inserido em relações sóciopolíticas e sócioeconômicas e em grupos de várias natureza, com funções sociais diferenciadas”.

<sup>20</sup> I. W. Sarlet, loc. cit. “[...] além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores de igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente”(grifo nosso).

democracia.

Esse processo de democratização, que inclui as dimensões de participação, de solidariedade, de liberdade, de igualdade, radica nas condições defendidas por Habermas<sup>21</sup> que pressupõem (I) o envolvimento e o interesse de todos e de cada um; (II) a não-coação; (III) a factibilidade da expressão e das condições de fazer-se entender; (IV) a possibilidade de que todos possam se expressar e ser ouvidos; (V) a alternativa de colocar em dúvida de condição de legitimidade qualquer fato, experiência ou norma que não se mostre socialmente legítima, embora possa ser legal.

Os atributos dessa participação qualificam-na e remetem à condição de um empenho solidário de todos na transformação da sociedade e das condições de relacionamento e de gestão/operação com/(no) o meio ambiente, na medida em que contemple a todos e a cada um.

A Carta Magna brasileira, de 1988, em seu artigo 225, *caput*, determinou que para a defesa do meio ambiente é imprescindível a atuação presente do Estado e da Sociedade Civil. A Constituição Federal impôs à coletividade e ao Poder Público os deveres de preservação e proteção, resultando daí a necessidade de uma atuação conjunta entre organizações ambientalistas, sindicatos, indústrias, comércio, agricultura e tantos outros organismos sociais comprometidos nessa defesa e preservação.

Questionamos o papel do indivíduo e da sociedade na preservação do meio ambiente. Qual é o papel das esferas públicas<sup>22</sup> de discussão, quais são os objetivos que esperamos ver alcançados? Quais os processos a serem continuamente estimulados para manter o processo dessa democracia radical em sua concretude? Como entender a verdade em sua factibilidade, legitimidade e historicidade? Como analisar o direito do Direito nas condições, não de uma verdade, mas de verdades que necessitam ser legitimadas em função de uma legalidade que seja socialmente justa e individual e veraz?<sup>23</sup>

Sem que aqui venhamos a adentrar o complexo universo suscitado por estas e outras indagações, o meio ambiente pode ser traduzido por um interesse difuso e por um direito-dever fundamental de todo e qualquer cidadão. É nossa obrigação como indivíduo e como sociedade civil organizada, mantê-lo saudável. O entendimento de saudável, no entanto, sofre das questões de significado e de processos de sentido.

---

<sup>21</sup> Estamos aqui, diante do 'status activus processualis' de Hüberle, trata-se do direito do cidadão à participação na organização e no procedimento e estas com condições para a efetividade.

<sup>22</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

<sup>23</sup> Habermas salienta que: "*esfera ou espaço público é um fenômeno social elementar, do mesmo modo que a ação, o ator, o grupo ou a coletividade; porém, ele não é arrolado entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social*". Desta forma, a esfera pública constitui-se, principalmente, em uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo, não com as funções, nem com os conteúdos da comunicação cotidiana. Assim, Habermas descreve esfera pública, como sendo: "*uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfiadas em temas específicos*". As estruturas comunicacionais, conforme o autor, comprimem-se em conteúdos ou tomadas de posição desacopladas dos contextos densos das interações simples de determinadas pessoas e de obrigações relevantes para a decisão, sendo certo que os processos de formação de opinião, uma vez que se trata de questões práticas, sempre acompanham a mudança de preferências e de enfoques dos participantes.

Habermas, entende esta questão pela relação entre interesses e usos do conhecimento<sup>24</sup>. Assim, essa própria sociedade que deveria protegê-lo, viola-o, desrespeitando regras, aproveitando-se de lacunas ou de falta de fiscalização, ou mesmo da necessidade de reconstrução do direito individual e social<sup>25</sup>.

O uso de espaços de esfera pública<sup>26</sup> serve para conscientizar e, muito mais que conscientizar, fazer com que a população se assuma em uma posição ativa, atuante, veja-se como parte do problema e da solução. Os espaços de esfera pública têm como objetivo alcançar a verdade, a veracidade e a justiça, por intermédio da legitimidade<sup>27</sup>. Normas e direitos oriundos dos questionamentos propiciados pelo uso dos espaços de esfera pública ao lado da interpretação sistemática destas normas, podemos criar o melhor direito de proteção ao meio ambiente ou uma forma de pô-lo em prática mediante uma correta aplicação.

Nesse contexto, percebe-se que o desenvolvimento das culturas no que concerne à proteção ao meio ambiente está diretamente relacionada ao desenvolvimento da sua consciência moral<sup>28</sup>, ao seu entendimento de justiça e ao papel do cidadão politicamente organizado nos espaços de esfera pública.

A preocupação com o meio ambiente é decorrente de alteração dos processos de formação de opinião, alterações que alcançam uma maior preocupação com o público, com o universal em sua processualidade e busca permanente, com o que é de todos. O Direito Ambiental encontrou reflexo nos espaços de esfera pública, por se fazer necessária uma discussão coerente e atual, preocupada e eficaz quanto à posição da sociedade civil organizada perante as evidentes degradações ambientais.

Por estar apoiada em Direitos Fundamentais<sup>29</sup>, a esfera fornece as primeiras referências acerca de sua estrutura social. A liberdade de opinião e de reunião, bem como o direito de fundar sociedades e associações, definem o espaço para constituição de grupos, instituindo o espaço para organizações livres que interferem na formação da opinião pública. O sistema político passa assim a obrigar-se ou a isto é instado, a ser sensível a influências da opinião pública, conectar-se com a esfera pública e com a sociedade civil, por meio da atividade eleitoral e da manifestação ordenada dos

---

<sup>24</sup> HABERMAS, Jürgen. Soberania Popular como Procedimento: um conceito normativo de espaço público. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 26, p. 107-113, mar. 1990.

<sup>25</sup> J. Habermas. Teoria de la acción comunicativa, tomo I, 1988.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> Habermas dispõe, ainda, que o núcleo institucional da "sociedade civil" é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. Desta feita, a sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e transmitem-nos, a seguir, para a esfera política.

<sup>28</sup> HABERMAS, Jürgen. Como es posible la legitimidad por via de legalidad? *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*. Barcelona: Paidós, 1991. p.149 et seq.

<sup>29</sup> M. Medeiros, L. Oliveira, F.L. Medeiros e F.L. Pillon. O desenvolvimento moral e a ação de especialistas na defesa do meio ambiente: um estudo em Educação Ambiental. 1998 (parte de relatório de pesquisa).

cidadãos.<sup>30</sup>

No concernente às barreiras e estruturas de poder que surgem no interior da esfera pública, salienta que os conceitos da esfera pública política e da sociedade civil introduzidos não representam apenas postulados normativos, pois têm referências empíricas. Em sociedades complexas, a esfera pública forma uma estrutura intermediária que faz a mediação entre o sistema político, de um lado, e os setores privados do mundo da vida e sistemas de ação especializados em termos de funções, de outro lado. A esfera pública representa uma rede supercomplexa que se ramifica especialmente num sem número de arenas internacionais, nacionais, regionais, culturais, dentre outras. Em suma, no interior da esfera pública geral, definida por intermédio de sua relação com o sistema político, as fronteiras não são rígidas em princípio.

As discussões na esfera pública formalizam o alicerce intersubjetivo da comunicação, caracterizando-se em um processo dialógico, no qual não se faz uso da coação. Assim, quando uma norma não atende a cada um e a todos e essa comunidade decide que ela é ilegítima, mesmo que esteja instituída no ordenamento jurídico, pode-se propor a sua transformação. Isso se faz nos espaços de esfera pública<sup>31</sup>.

Cabe salientar, ainda, a importância dos espaços de esfera pública para o uso da comunidade de comunicação no concernente a um desenvolvimento moral e de engajamento social do cidadão nas questões ligadas à proteção e ao desenvolvimento de um meio ambiente saudável e seguro.

A participação da sociedade nas questões vinculadas à proteção do meio ambiente está vinculada ao direito fundamental de participação na organização e no procedimento. A questão dos direitos de participação na organização e procedimento centra-se, conforme Sarlet,

*[...] na possibilidade de exigir-se do Estado [...] a emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e no procedimento*<sup>32</sup>.

A omissão participativa da coletividade e dos órgãos do Poder Público poderá resultar em um prejuízo incalculável que será suportado por toda a humanidade, haja vista a natureza difusa do direito fundamental à proteção ambiental. Fiorillo<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Nesta perspectiva, podemos trazer à colação o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região ao manifestar-se acerca da responsabilidade da sociedade para com o meio ambiente, ressaltando o papel de organizações destinadas a proteção do meio ambiente: “[...] O meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (Constituição Federal, art. 225). Assim, tudo tem que ser feito para preservá-lo. Dever de preservação, imposto de resto a todos pela própria Lei Maior. Uma das manifestações do Poder Público, na defesa e preservação em destaque, opera-se, principalmente, por intermédio do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA [...]”<sup>31</sup>.

<sup>32</sup> HABERMAS, op. cit. Habermas salienta que o fato de o público ser composto de leigos e de a comunicação pública se dar numa linguagem compreensível a todos não significa necessariamente um obscurcimento das questões essenciais ou das razões que levam a uma decisão.

<sup>33</sup> HABERMAS, Jürgen. *Para a Reconstrução do Materialismo Histórico*. São Paulo: Brasiliense, 1990.

alerta que o fato de a administração desse bem ficar sob a custódia do Poder Público não elide o dever do povo de atuar na conservação e preservação do direito do qual é titular.

O controle do cidadão sobre o aparato estatal torna-se cada vez mais atuante e capaz de imprimir uma nova dinâmica à própria democracia representativa. Desta forma, o controle popular caracteriza-se como instrumento que possibilita a participação direta dos administrados no Poder Público.

A nossa Carta Constitucional dispõe sobre várias hipóteses de gestão democrática, tanto na seguridade social como na educação, e principalmente na proteção do ambiente e do patrimônio cultural. Rocha<sup>34</sup> salienta que a construção de uma cidade ecologicamente equilibrada depende, em muito, da construção de uma gestão democrática e participativa<sup>35</sup>, afastando de uma vez por todas a concepção autoritária da administração, tendo em vista que a cidade é de todos, o ambiente é de todos, constituindo, por consequência um bem essencialmente difuso.

Somente será possível um desenvolvimento sustentável do planeta quando houver o interesse de todos ou pelo menos de grande parte dos cidadãos do mundo, pois é o homem, como instituição social, que desperta para o interesse de preservar o meio em que vive. Torna-se imperioso, portanto, a tomada de consciência da população em torno de uma ética de preservação universal em que todos, sem exceção, possuam sua quota de responsabilidade.

Esta posição político-ideológica de ação e função da população face à proteção ambiental encontra arrimo na nossa própria Lei Fundamental. O *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 impôs à coletividade e ao Poder Público o dever conjunto de preservação<sup>36</sup>.

Nesta perspectiva, cabe expor o conceito de Justiça Dinâmica de Heller<sup>37</sup>, que compreende a Justiça como a possibilidade de todos e de cada um de questionar, de tematizar as normas que nos regem. A responsabilidade por adequar, criticar e até mesmo aprimorar estas normas, recai, de certa forma, sobre a própria população a elas submetida, uma vez que só o realmente envolvido poderá julgar determinada norma ou regra como válida, legítima, certa ou errada na análise historicizada e circunstanciada a um tempo e a um espaço. Tal merece ainda maior relevo no que diz com a proteção ambiental, já que em jogo está a vida de todos e a responsabilidade solidária de todos.

---

<sup>34</sup> HABERMAS, J. *Direito e Democracia*... p.332 et seq. "Teoricamente, alguém pode rejeitar qualquer conjunto de normas e regras. Entretanto, conforme mencionado, não se pode rejeitar todas elas como injustas. Rejeitamos normas e regras como injustas se podemos provar (ou substanciar) que as normas rejeitadas são erradas". E ainda "*Se rejeitarmos normas e regras como injustas, normalmente não as chamamos de injustas porque elas não são (ou não podem ser) seguidas ou observadas (ainda que às vezes parecemos argumentar dessa forma): preferimos garantir primeiro que, por elas serem injustas, a sua observância é injusta; em segundo lugar, que por serem injustas, não podem ser (ou não são) observadas e seguidas; em terceiro, que, por elas serem injustas, não devem ser observadas e seguidas até serem substituídas por um conjunto de normas e regras alternativas consideradas justas. Em todos estes casos, a distinção é feita se as próprias normas e regras são certas ou erradas e/ou se sua observância é certa ou errada*"

<sup>35</sup> SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.196.

<sup>36</sup> FIORILLO, op. cit., p.38.

Assim, observa-se a necessidade de surgimento dos espaços de esfera pública para que se propicie o costume e o desenvolvimento do pensar, do questionar, do criticar, e, ao mesmo tempo, que se instaure a necessidade da produção de alternativas, de substituições, de novas propostas. O papel do terceiro setor no mundo em que vivemos ganhou grau de notoriedade pelo poder que tem à sua disposição, no sentido de poder aglutinar um grande número de cidadãos em todo o mundo, para discutir, pensar e proteger o ecossistema maior no qual vivemos, resgatando-se também o elemento democrático-participativo indispensável à efetividade e legitimação das políticas e das normas protetoras do ambiente.

## 5 À guisa de conclusão

Diante do exposto, podemos determinar à guisa de conclusão, como forma de proposta de um olhar diferenciado acerca do direito à proteção do meio ambiente, cumpre ressaltar que a proteção ao meio ambiente é um princípio básico de nosso sistema jurídico, posicionando o direito a proteção ambiental como integrante indubitável do grupo de direitos fundamentais, vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao próprio conceito de cidadania, em uma ordem genuinamente democrática.

O direito à proteção ambiental é um direito fundamental tanto em seu aspecto formal quanto em seu aspecto material e, vinculado ao direito de proteção ambiental existe um dever fundamental. Esse dever fundamental caracteriza-se pela obrigação incumbida ao Estado e a cada um dos indivíduos partícipes de nossa sociedade em manter um ambiente saudável, sadio e equilibrado, seja por intermédio de cuidados básicos para com o meio seja através de grandes participações populares na luta pela não destruição do habitat natural.

Em razão da existência do referido direito/dever de proteção ao meio ambiente, se faz necessária uma maior e mais efetiva participação da população, utilizando os espaços públicos constituídos para a concretização da discussão, através de um eficaz Estado Democrático, uma vez que o direito ao ambiente de cada um é também um dever de cidadania na defesa do ambiente<sup>38</sup>.

Podemos afirmar, assim, que a participação popular constitui ainda um dos elementos do Estado democrático e social de Direito ao apresentar que todos os direitos sociais integram a estrutura essencial para uma saudável qualidade de vida, que é um dos pontos nucleares da tutela ambiental. E, para que se concretizem as ações participativas e conscientes, no sentido de consubstanciar uma nova postura coletiva para proteger o ambiente, é imperativo desenvolvam-se, de forma paralela e intercomunicativa, a informação e a educação ambiental.

---

<sup>37</sup> ROCHA, J. C. de Sá da. *Função Ambiental da Cidade*: Direito ao meio ambiente urbano ecologicamente equilibrado, p.45.

<sup>38</sup> A construção desse espaço democrático e participativo representa o exercício do direito à participação direta da população na gestão das políticas ambientais. A necessária criação e incentivo de organizações atuantes na proteção do ambiente a partir do estabelecimento de procedimentos adequados.

Por fim, restamos em manifestar a necessidade de estabelecer metas eficazes de transformação de nosso Estado em um Estado Constitucional Ecológico, com fulcro em um direito/dever fundamental de proteção ao meio ambiente com a efetiva participação da comunidade em razão da prática de uma democracia participativa.

## BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coord.). *Introdução ao Direito do Ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. Procedimento Administrativo e Defesa do Ambiente. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, n. 123, 1990-1991.

\_\_\_\_\_. *Protecção do Ambiente e Direito de Propriedade*. Coimbra: Coimbra, 1995.

FIORILLO, Celso A. P.; RODRIGUES, Marcelo A. *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

FIORILLO, Celso A. P. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Ambiental Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

\_\_\_\_\_. *O Direito de Antônio em Face do Direito Ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

GOLDBLATT, David. *Teoria Social e Ambiente*. Lisboa: Piaget, 1996.

GUATTARI, Félix. *As Três Ecologias*. Campinas: Papyrus, 1990.

HABERMAS, Jürgen. A soberania popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público. *Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, n. 26, p.107-113, março, 1990.

\_\_\_\_\_. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid: Trotta, 2000.

\_\_\_\_\_. Como es posible la legitimidad por via de legalidad? *Escritos sobre Moralidad y Eticidad*. Barcelona: Paidós, 1991.

\_\_\_\_\_. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Lisboa: Dom Quixote, 1990.

\_\_\_\_\_. *Para a Reconstrução do Materialismo Histórico*. São Paulo: Brasiliense, 1990.

HELLER, Agnes. *Além da Justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

KISS, Alexandre. *Direito Internacional do Ambiente. Direito do Ambiente*. Lisboa: INA, 1994.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MATURANA, Humberto Romesin; VARELA Garcia, Francisco. *De máquinas e seres vivos. Autopoiese – a organização do vivo*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio Ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MIRANDA, Jorge. *A Constituição e o Direito do Ambiente. Direito do Ambiente*. Lisboa: INA, 1994.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SÉGUIN, Elida. *O Direito Ambiental: nossa casa planetária*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999a.

\_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999b.

SILVA, Vasco Pereira da. *Verdes São Também os Direitos do Homem*. Cascais: Principia, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos Humanos e Meio Ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso B.. *O Novo em Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.



# A QUALIDADE AMBIENTAL COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DO CONCEITO JURÍDICO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (DAS PRESENTES E FUTURAS GERAÇÕES)<sup>1</sup>

Tiago Fensterseifer<sup>\*</sup>

[...] tanto o pensamento de Kant quanto todas as concepções que sustentam ser a dignidade atributo exclusivo da pessoa humana – encontram-se, ao menos em tese, sujeitas à crítica de um excessivo antropocentrismo, notadamente naquilo em que sustentam, que a pessoa humana, em função de sua racionalidade, ocupa lugar privilegiado em relação aos demais seres vivos. Para além disso, sempre haverá como sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do meio ambiente como valor fundamental indicia que não mais está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar que tal proteção da vida em geral constitua, em última análise, exigência da vida humana e vida humana com dignidade.<sup>2</sup>

## 1 INTRODUÇÃO – A CONDIÇÃO HUMANA EM RISCO

Os avanços científicos e tecnológicos<sup>3</sup> operados pela ciência moderna, a partir da revolução científica dos séculos XVI e XVII<sup>4</sup> - pelas mãos de COPÉRNICO, DESCARTES, BACON, GALILEU e NEWTON – serviram, e ainda servem, de

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela PUCRS – Bolsista CNPq, Membro do Grupo de Pesquisa Constituição e Direitos Fundamentais da PUCRS (Coordenado pelo Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet), Membro do NEPAD - Núcleo de Estudos e Pesquisa Ambiente e Direito da PUCRS.

<sup>2</sup> Colaborou na revisão do presente artigo MARCELO FENSTERSEIFER, graduando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Amapá.

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 2.Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 34-35.

<sup>4</sup> O geógrafo brasileiro MILTON SANTOS leciona que “o desenvolvimento da história vai de par com o desenvolvimento das técnicas. Kant dizia que a história é um progresso sem fim das técnicas. A cada evolução técnica, uma nova etapa histórica se torna possível”. SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 6.ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 24.

<sup>5</sup> “Nos séculos XVI e XVII, a visão de mundo medieval, baseada na filosofia aristotélica e na teologia cristã, mudou radicalmente. A noção de um universo orgânico, vivo e espiritual foi substituída pela noção do mundo como uma máquina, e a máquina do mundo tornou-se a metáfora dominante da era moderna. Essa mudança radical foi realizada pelas novas descobertas em física, astronomia e matemática, conhecidas como Revolução Científica e associadas aos nomes de Copérnico, Galileu, Descartes, Bacon e Newton”. CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix, 1996. p. 34.

instrumento de dominação e degradação dos recursos naturais. O conhecimento tecnológico e científico, que deveria ter o desenvolvimento, o bem-estar social e a qualidade e a dignidade da vida humana como suas finalidades maiores, passa a ser, com todo o seu poder de criação e destruição, a principal ameaça à manutenção e à sobrevivência da espécie humana, assim como de todo ecossistema planetário.<sup>5</sup> O atual contexto de desenvolvimento tecnológico e industrial das sociedades contemporâneas levou-nos ao que ULRICH BECK<sup>6</sup> consagrou como “sociedade de risco”. Os aparatos tecnológicos - em especial, os biotecnológicos e armamentistas - de que se serve a sociedade e os Estados para empregar um ritmo cada vez mais acelerado de desenvolvimento produz externalidades ao longo desse processo extremamente comprometedoras ao meio ambiente e à qualidade de vida das pessoas<sup>7</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana apresenta na sua construção conceitual o elemento qualidade ambiental, sem o qual a vida humana não se concretiza de forma plena ou mesmo se desenvolve. Dessa forma, a contaminação química (com especial destaque para a nuclear e os poluentes orgânicos persistentes<sup>8</sup>) da água, do ar, do solo, assim como as ameaças imprevisíveis de alterações genéticas com o uso da biotecnologia na produção de alimentos capazes de comprometer ecossistemas inteiros<sup>9</sup>, entre outras tantas formas de degradação ambiental, afrontam

<sup>5</sup> “O senso comum e a ciência são expressões da mesma necessidade básica, a necessidade de compreender o mundo, a fim de viver melhor e sobreviver. Para aqueles que teriam a tendência de achar que o senso comum é inferior à ciência, eu só gostaria de lembrar que, por dezenas de milhares de anos, os homens sobreviveram sem coisa alguma que se assemelhasse à nossa ciência. Depois de cerca de quatro séculos, desde que surgiu com seus fundadores, curiosamente a ciência está apresentando sérias ameaças à nossa sobrevivência.” ALVES, Rubem. **Filosofia da Ciência**: introdução ao jogo e suas regras. 3 ed. São Paulo: Loyola, 2001. p. 21.

<sup>6</sup> “Os sociólogos descrevem a sociedade atual, já obviamente pós-industrial, como uma ‘sociedade de risco’ (BECK) ou uma ‘sociedade do desaparecimento’ (BREUER), na medida em que corre ‘perigos ecológicos’ (e perigos genéticos) ou, segundo alguns, caminha mesmo, por força do seu próprio movimento, para a destruição das condições de vida naturais e sociais (e da própria pessoa) – é dizer, na medida em que ocorre o perigo de passar, ou transita efectivamente, da autoreferência (*autopoiesis*) para a autodestruição”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 61.

<sup>7</sup> “Solamente con la supremacia del pensamiento y con el poder de la civilización técnica posibilitada por él, una forma de vida, ‘el hombre’, se ha colocado en situación de poner en peligro a todas las demás formas de vida y, con ellas, a sí mismo. No pudo ‘la naturaleza’ incurrir en mayor riesgo que el de hacer surgir al hombre.” JONAS, Hans. **El Principio de Responsabilidad**: ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Herder, 1995. p. 229.

<sup>8</sup> Acerca da Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes (POPs), ver a dissertação de mestrado da professora LETÍCIA ALBUQUERQUE junto ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal da Santa Catarina, em vias de publicação pela Editora Juruá.

<sup>9</sup> O princípio da precaução, expresso no princípio 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, declara o compromisso que todos temos para com as futuras gerações, num âmbito de justiça e equidade intergeracional, ademais de firmar as responsabilidades éticas que temos na utilização de tecnologias que alterem o estado natural dos ecossistemas e da vida em geral. Entre outras coisas, o referido princípio condiciona uma ação responsável e cautelosa do homem/mulher na aplicação de tecnologias que possam – mesmo que remotamente – comprometer a vida e a qualidade ambiental. A expressão latina “*in dubio pro*” utilizada comumente no Direito Penal para determinar quem deve ser favorecido com o juízo de dúvida, no Direito Ambiental é aplicada invariavelmente como *in dubio pro “ambiente”*. É oportuna a lição do professor MORATO LEITE, ao referir que “o princípio da precaução, como estrutura indispensável ao Estado de justiça ambiental, busca verificar a necessidade de uma atividade de desenvolvimento e os potenciais de risco ou perigo desta. Parte-se dos pressupostos que os recursos ambientais são finitos e os desejos e a criatividade do homem infinitos, exigindo uma reflexão através da precaução, se a atividade pretendida, ou em execução, tem como escopo a manutenção dos processos ecológicos e de qualidade de vida.” LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 50-51.

diretamente a qualidade de vida e a dignidade da pessoa humana.

Diante desse quadro, entende-se como necessário repensar o conceito jurídico de dignidade da pessoa humana, no intuito de aproximá-lo das novas demandas e evolução sociais, com especial destaque para a questão ambiental. O professor INGO WOLFGANG SARLET, conforme se pode apreender do texto acima referido, provoca o questionamento sobre o reformulação do conceito kantiano-antropocêntrico de dignidade humana à luz dos novos desafios enfrentados pela sociedade contemporânea. Não será necessário (ou mesmo imperativo) a reconstrução do referido conceito jurídico com base em uma concepção biocêntrica de dignidade humana ante a ameaça de sobrevivência da espécie humana que enfrentamos hoje?

## 2 POR UMA COMPREENSÃO SISTEMÁTICA DO DIREITO

### 2.1 Método científico, unidade do sistema jurídico e normatividade dos princípios constitucionais – um diálogo com Descartes, Canaris, Alexy, Morin, Capra e outros

O núcleo axiológico da Carta Magna brasileira, mais precisamente no seu art. 1º, inciso III, consagra a dignidade da pessoa humana<sup>10</sup> como seu princípio fundamental superior, de onde parte e tem origem todo o sistema jurídico. “Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos”.<sup>11</sup>

A dignidade da pessoa humana (ombreado em importância talvez apenas com a vida - e mesmo esta há de ser vivida com dignidade) tem sido reiteradamente considerada como princípio (e valor) de maior hierarquia da nossa constituição e de todas as ordens jurídicas que a reconheceram.<sup>12</sup>

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, na condição de lei superior do ordenamento jurídico brasileiro, ao consagrar o Estado Democrático de Direito como sua base política estruturante,

---

<sup>10</sup> “Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha -, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 66.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: poderes e limites da Constituição Brasileira**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 285.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 85.

projeta os princípios<sup>13</sup> e os direitos fundamentais que orientam todo o sistema jurídico, objetivando a efetiva concretização do seu conteúdo valorativo.

A tese da irradiação (tesis de la irradiación<sup>14</sup>) dos princípios fundamentais para todo o ordenamento jurídico, reconhecendo o caráter normativo<sup>15</sup> destes, condiciona e dirige a atuação estatal nas suas três esferas de poder - executivo, legislativo e judiciário. ALEXY<sup>16</sup>, ao citar o entendimento do Tribunal Constitucional Alemão acerca da normatividade dos princípios fundamentais no sistema jurídico, leciona que

el Tribunal Constitucional Federal trata de dar cuenta del “efecto de irradiación” de las normas iusfundamentales en la totalidad del sistema jurídico con la ayuda del concepto de orden valorativo objetivo. Para citar al Tribunal: “De acuerdo con la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, las normas iusfundamentales contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices impulsos para la legislación, la administración y la justicia”.

A Constituição, na sua configuração material, deve recepcionar a realidade fática e social que dá origem e razão à sua ordem jurídica. É a partir do contexto histórico vivenciado pela sociedade “constituente” que os princípios e os valores constitucionais tomam forma e legitimam a sua própria incidência na ordem jurídica. Nesses termos, destaca-se a força normativa da constituição e, conseqüentemente, dos princípios constitucionais.

A constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*).<sup>17</sup>

<sup>13</sup> “A constituição da República criou princípios fundamentais, em sua parte introdutória, os quais não teriam razão de existir não fossem para instrumentalizar todo o tecido constitucional a regras consideradas pelo constituinte como fundamentais, a formar uma espécie de parâmetro interpretativo para os demais preceitos, e pressupostos para a inteligência de todos os institutos previstos pelo Texto e dispostos no mesmo grau hierárquico”. TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade – o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição. **Revista Forense**, São Paulo, v. 306, p. 75, 1991.

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 507. Tradução de: *Theorie der Grundrechte*.

<sup>15</sup> “É necessário sabermos, não obstante, que os princípios [...] também são normas. As normas compreendem um gênero do qual são espécies, as regras e os princípios. Além disso, como não há, concretamente, ‘o direito’, senão ‘os direitos’, devo reiterar: esses princípios gerais do direito realizam-se, concretamente, no bojo de cada direito, como princípios gerais do (deste) direito”. GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 19.

<sup>16</sup> ALEXY, op. cit., p. 507.

<sup>17</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991. p. 24.

A compreensão dessa nova ordem jurídica instituída pelo constitucionalismo do século XX é condicionada a uma concepção sistemática do direito. Através do pensamento sistemático de CANARIS<sup>18</sup>, a ciência jurídica é tida como um sistema aberto, capaz de, ao ponderar e harmonizar os valores que nela operam, encontrar um ponto de equilíbrio. Nesse aspecto, deve-se destacar que a visão científica sistemática contrapõe-se ao método científico moderno, que parte de uma compreensão reducionista do objeto estudado, compartimentando-o e afastando-o da realidade<sup>19</sup>. Enquanto o método de DESCARTES<sup>20</sup> procura proteger o conhecimento científico, a visão sistemática quer retirá-lo do tubo de ensaio laboratorial e expô-lo à dinâmica da vida, colocando-o constantemente à prova.<sup>21</sup>

O método científico cartesiano, que orientou nos últimos séculos a pesquisa em praticamente todas as áreas do conhecimento, mostra-se indiferente à vida, porquanto compartimenta e diseca a realidade do objeto estudado a tal ponto que não é mais permitido ao cientista visualizá-lo em relação ao contexto onde está inserido, não acompanhando a sua dinâmica. Estruturada na máxima da verdade universal e em uma metodologia rígida, a ciência moderna acreditava na neutralidade do cientista. Será possível tal neutralidade? Com certeza, a resposta é negativa. O que se conhece é o olhar do cientista sobre o seu objeto de pesquisa e não a coisa em si. A complexidade do mundo contemporâneo não contempla mais o pensamento científico que, ao retirar o objeto do seu contexto social e ambiental para estudá-lo, não considere tais dimensões no momento de instrumentalizá-lo.

A compreensão de um pensamento complexo e crítico constitui-se de pressuposto indispensável ao estudo da realidade contemporânea. Longe dos maniqueísmos e todos os demais “ismos” que circulam no universo científico, os

<sup>18</sup> “A abertura do sistema jurídico não contradita a aplicabilidade do pensamento sistemático na Ciência do Direito. Ela partilha a abertura do ‘sistema científico’ com todas as outras Ciências, pois enquanto no domínio respectivo ainda for possível um progresso no conhecimento, e, portanto, o trabalho científico fizer sentido, nenhum desses sistemas pode ser mais do que um projeto transitório. A abertura do ‘sistema objetivo’ é, pelo contrário, possivelmente, uma especialidade da Ciência do Direito, pois ela resulta logo do seu objeto, designadamente, da essência do Direito como um fenômeno situado no processo da História e, por isso, mutável”. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 281.

<sup>19</sup> “René Descartes criou o método científico do pensamento analítico, que consiste em quebrar fenômenos complexos em pedaços a fim de compreender o comportamento do todo a partir das propriedades das suas partes”. CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix, 1996. p. 34.

<sup>20</sup> HESPANHA destaca como a doutrina cartesiana influenciou as ciências jurídicas na direção do Positivismo Jurídico. “Para Descartes (como para os Estóicos), a chave da compreensão estava num interrogar de si mesmo, num excogitar ativo e isolado, pouco atento às realidades exteriores. Embora Descartes não se tenha ocupado do direito, o seu método influenciou, sem dúvida, os juristas que buscavam a segurança. Também estes fizeram nas ideias claras e distintas, na evidência racional dos princípios do direito, na possibilidade da sua extensão através da dedução; enfim, no poder da ‘razão individual’ para descobrir as regras do justo que fugisse à contingência, por se radicar numa ordem racional (quase matemática) da natureza (*mathesis universalis*), de que a razão participava. E é com este direito natural racionalista que se vai avançar no sentido de tornar mais certo o direito positivo”. HESPANHA, António Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia**. 2.ed. Portugal: Publicações – Europa-América, 1998. p. 149-150

<sup>21</sup> Para uma compreensão crítica do método científico cartesiano, ver CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida**. São Paulo: Cultrix, 1996; CREMA, Roberto. **Introdução à Visão Holística**. São Paulo: Summus, 1989; ALVES, Rubem. **Filosofia da Ciência: introdução ao jogo e a suas regras**. São Paulo: Loyola, 2001; SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2001.

problemas enfrentados pela humanidade não comportam olhares simplistas e superficiais. Cada vez mais os elementos que compõem a realidade do mundo são mais diversificados e complexos, demandando por um estudioso atento a tal contexto científico e real. Talvez no topo dos desafios mais complexos a que se defronta a Humanidade desponte a questão ambiental. A ciência jurídica não escapa da mesma crítica!

Devemos pensar em termos planetários a política, a economia, a demografia, a ecologia, a salvaguarda dos tesouros biológicos, ecológicos e culturais regionais – por exemplo, na Amazônia, ao mesmo tempo as culturas indígenas e a floresta -, das diversidades animais e vegetais, das diversidades culturais – frutos de experiências multimilenares que são inseparáveis das diversidades ecológicas, etc. Mas não basta inscrever todas as coisas e os acontecimentos num ‘quadro’ ou ‘horizonte’ planetário. Trata-se de buscar sempre a relação de inseparabilidade e de inter-retro-ação entre todo fenômeno e seu contexto, e de todo contexto com o contexto planetário.<sup>22</sup>

Na ciência jurídica, o conceito de sistema também deve compreender toda a complexidade das relações sociais, evitando um olhar desfocado da realidade. Para FRANCISCO AMARAL, sistema

configura-se como um conjunto ordenado de elementos, marcado pela unidade, coerência e hierarquia. Unidade, no sentido de aglutinação desses elementos, normas, princípios e valores em torno de um princípio básico, geral e comum; coerência, como ligação entre si e ausência de contradição; hierarquia, no sentido de dependência e dedutibilidade lógica.<sup>23</sup>

A ordem jurídica tece as suas relações desde as suas esferas mais remotas e limitrofes com outras áreas do conhecimento até o seu centro. Dada a sistematicidade normativa que opera na sua estrutura, os valores jurídicos transitam livremente no sistema a fim de oxigená-lo e não permitir a gangrena de algum de seus órgãos vitais (leia-se: direitos fundamentais). A analogia que ora se faz entre um organismo vivo e o sistema jurídico tem a intenção de consagrar e destacar a importância essencial que o direito tem na manutenção, gestão e concretização da vida humana em sociedade.

O sistema jurídico, conforme a doutrina publicista do professor JUAREZ FREITAS, confere unidade sistemática à ordem jurídica, vislumbrando-se

como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios do Estado

<sup>22</sup> MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-Pátria**. 3.ed. Porto Alegre: Sulina, 2002. p. 158.

<sup>23</sup> AMARAL, Francisco. Racionalidade e Sistema no Direito Civil Brasileiro. Separata de: **O Direito**, ano 126, v. I e II, p. 63-81, 1994.

Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.<sup>24</sup>

Os valores jurídicos a que se refere JUAREZ FREITAS vão estabelecer a rede hierárquica-axiológica que deve guiar o intérprete jurídico no seu exercício hermenêutico, a fim de possibilitar a superação das limitações textuais para alcançar o sentido sistemático da norma. Todavia, a par da ordem sistemática do direito, ele não pode afastar-se e abstrair-se da realidade e das particularidades do caso concreto.

A interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos.<sup>25</sup>

Não se pode olvidar, todavia, a compreensão do sistema jurídico como um sistema aberto de valores<sup>26</sup>, em constante interação com outras áreas do conhecimento e, principalmente, com a realidade, que é determinante para a abertura do sistema. Isso porque os valores e princípios que transitam dentro do sistema são mutáveis e condicionados pela realidade social que os permeia e legitima.

(O Sistema Jurídico) não é fechado, mas antes aberto. Isto vale tanto para o sistema de proposições doutrinárias ou 'sistema científico', como para o próprio sistema da ordem jurídica, o 'sistema objetivo'. A propósito do primeiro, a abertura significa a incompletude do conhecimento científico, e a propósito do segundo, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais.<sup>27</sup>

O fenômeno jurídico não pode ser analisado de forma isolada e compartimentada, porquanto exige, para a sua compreensão, ser sistematizado. A unidade sistemática deve guiar todo o ordenamento jurídico, destacando a hierarquia dos valores nele consagrada. O ponto centralizador dessa unidade é a Constituição Federal, ao passo que, na condição de Lei Máxima da ordem jurídica brasileira, estabelece os direitos e princípios orientadores de todo o sistema, tendo na dignidade da pessoa humana o seu princípio-matriz.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 40.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>26</sup> "O novo século se inicia fundado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores. A Constituição, por sua vez, é um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los, a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão suprapositiva. A ideia de abertura se comunica com a Constituição e traduz a sua permeabilidade a elementos externos e a renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real". BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro – Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 46, p. 56-57, 2002.

<sup>27</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 281.

<sup>28</sup> Para uma melhor compreensão de sistema no campo científico, ver CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida: uma nova compreensão dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix, 1996.

A partir da compreensão sistemática da ciência jurídica desenvolvida por CANARIS<sup>29</sup>, pode-se afirmar que os princípios e direitos fundamentais elencados na Carta Magna irradiam-se do centro do ordenamento jurídico para todas as suas esferas, como pressuposto de validade e de ingresso de toda e qualquer norma<sup>30</sup> no sistema. Para norma jurídica, adota-se a conceituação e divisão - entre regra e princípio - sugerida por CANOTILHO<sup>31</sup>, a partir da doutrina de ROBERT ALEXY.<sup>32</sup>

## 2.2 A interpretação sistemática do direito

A atividade interpretativa exerce papel fundamental na harmonização e concretização de todo o sistema jurídico. A construção hermenêutica - sistemática e axiológica - deve pautar a recepção do fato social no plano jurídico<sup>33</sup>.

Toda questão jurídica apresenta-se sempre como o momento de conexão entre ordenamento, que é um dado, e a atividade interpretativa, a qual, em função dos fatos concretos, tende a conhecê-lo e a aplicá-lo; isso pressupõe que 'o problema' não possa ser considerado fora do 'sistema' e o sistema, renovando-se sempre, não possa ser construído tão-somente em função resolutive do problema.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> "O conceito de sistema jurídico deve-se desenvolver a partir da função do pensamento sistemático. Por isso, todos os conceitos de sistema que não sejam capazes de exprimir a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica são inutilizáveis ou, pelo menos, de utilização limitada." CANARIS, op. cit., p. 280.

<sup>30</sup> ALEXY utiliza-se da doutrina de FRIEDRICH MÜLLER para destacar a concepção de norma jurídica a partir da junção entre o texto normativo e a realidade social a que está vinculada sua aplicação, contrariamente à concepção positivista. "*Müller caracteriza su teoría como una 'teoría de las normas que supera el positivismo jurídico'. El enunciado central de la, según él, 'teoría estructural post-positivista de la norma jurídica' es la tesis de la 'no identidad entre norma y texto normativo'. Con esta tesis, Müller quiere decir que 'una norma jurídica es algo más que su texto literal'. La concepción de la norma como 'como constituida sólo lingüísticamente' sería la 'mentira vital de una comprensión meramente formalista del Estado de derecho'. Por el contrario, una teoría post-positivista - y esto significa, según Müller, una teoría adecuada - de la norma jurídica tendría que partir del hecho que 'la norma jurídica (está) también determinada por la realidad social, por el ámbito normativo'". ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000, 74/75.*

<sup>31</sup> "A distinção feita entre regras e princípios é particularmente importante em sede de direitos fundamentais. REGRAS - insista-se neste ponto - são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (direito definitivo). PRINCÍPIOS são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de "tudo ou nada"; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a "reserva do possível", fáctica ou jurídica". CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2.ed. Lisboa: Almedina, 1999. p. 1123.

<sup>32</sup> "*La distinción entre reglas y principios constituye, además, el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder acerca de la posibilidad y los límites de racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales. Por todo esto, la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales*". ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000. p. 81-82.

<sup>33</sup> Para o constitucionalista alemão KONRAD HESSE, conforme abordado em sua aula inaugural na Universidade de Freiburg já em 1959, dez anos após a promulgação da Lei Fundamental alemã, "a norma constitucional não tem existência autónoma em face da realidade". HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991. p. 14.

<sup>34</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 25/26.

A velha e infrutífera busca pela vontade do legislador<sup>35</sup>, por apresentar incompatibilidade temporal-histórica com a dinamicidade social, perde a sua importância principal herdada pela doutrina clássica. Os valores e princípios fundamentais do ordenamento jurídico tomam o lugar da vontade do legislador, que é reconstituída a partir do processo hermenêutico tópico-sistemático.

A nova hermenêutica jurídica impulsionada pela visão sistemática busca extrair do direito a sua essência. Ao penetrar nas estruturas mais arcaicas e abissais do direito, a interpretação tópico-sistemática quer desvendar e desvelar aos olhos de todos as suas verdades mais profundas à luz da realidade e dos problemas contemporâneos. A partir dessa nova leitura do direito, o conteúdo deve resgatar o seu espaço diante da hipertrofia da forma, ao passo que a ação política, democrática e constitucional, deve romper com as amarras da burocracia estatal.<sup>36</sup> Nesse sentido, PASQUALINI, a partir da leitura que faz da interpretação sistemática de JUAREZ FREITAS em sua obra, aponta para a importância dos princípios e valores fundamentais na sua ordenação dialética dentro do sistema jurídico.

Assim, na gramática do Direito, as normas sempre desempenham o papel de orações subordinadas – e subordinadas ao sistema de princípios e valores constitucionais. Conseqüentemente, o lido processo hermenêutico exige a mediação dos preceitos singulares através da unidade substancial e teleológica do sistema. Cada trama da rede jurídica se tece, hermenêutica e sistematicamente, a partir das demais tramas constitutivas do sistema. Até a força dos princípios só se deixa conhecer através da sua capacidade de ler outros princípios, liberando, pelo contraste, a energia axiológica de seus opostos. Também por esse motivo, nenhum princípio ou norma é um princípio ou uma norma sem a recíproca influência dos demais princípios e normas.<sup>37</sup>

Dessa forma, para qualquer leitura que se faça do direito, o seu ponto de partida encontra-se no princípio da dignidade da pessoa humana<sup>38</sup>, enquanto matriz axiológica de todo o sistema. É a partir da dignidade humana, enquanto sua raiz comum, que se projetam todos os demais princípios do ordenamento jurídico,

<sup>35</sup> Deve-se destacar, nesse sentido, a influência que a Escola da Exegese empregou, e ainda emprega, em grande parte da doutrina pátria, consagrando a onipotência do legislador e a atrofia e a submissão do judiciário a esta ordem verticalizada. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 64.

<sup>36</sup> LUTZEMBERGER analisa a essência da burocracia estatal. “O que toda burocracia persegue é sua própria sobrevivência e ampliação. A liberdade só aumenta à medida que aumentam a auto-suficiência, a autonomia local, a autogestão, e se descentralizam todas as formas de poder de decisão.” LUTZEMBERGER, José. **Do Jardim ao Poder**. Porto Alegre: L&PM, 1992. p. 179.

<sup>37</sup> PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e Sistema Jurídico**: uma introdução à interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 91.

<sup>38</sup> O conceito de dignidade da pessoa humana para o professor INGO WOLFGANG SARLET é descrito como “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comum com os demais seres humanos”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

impondo uma racionalidade jurídica humanista<sup>39</sup> ao seu intérprete.

### 3 O SURGIMENTO DE UM NOVO DIREITO FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA DE TERCEIRA DIMENSÃO<sup>40</sup>

#### 3.1 O processo de reconhecimento histórico-civilizatório das dimensões de direitos fundamentais e a consagração do verde

Os direitos fundamentais<sup>41</sup> da pessoa humana são a expressão máxima que um direito pode adquirir dentro da ordem constitucional e, conseqüentemente, de todo o sistema jurídico. O processo histórico-civilizatório determina e legitima os direitos que devem integrar o rol destacado dos direitos fundamentais.

Além de referir-se a princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, [...] reservada para designar no direito positivo, àquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo 'fundamentais' achase a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.<sup>42</sup>

É importante destacar o caráter de historicidade contido na evolução dos direitos fundamentais, aqui compreendidos os direitos humanos positivados no plano interno dos Estados nacionais. A sociedade altera os seus valores na medida em que as demandas históricas lhe impulsionam para caminhos e necessidades novas, objetivando sempre a plena realização da vida e da dignidade humana. Nesse contexto, VASCO PEREIRA DA SILVA<sup>43</sup>, professor da Universidade de Lisboa, leciona que "as gerações representariam assim a dimensão histórica dos direitos humanos, mostrando como a matriz comum dessas posições subjetivas se vai concretizando ao

<sup>39</sup> No diálogo travado entre os personagens Hans Castorp e Settembrini, THOMAS MANN descreve a essência do humanismo vinculada ao respeito à dignidade humana. "Mas, que era afinal o humanismo? Era o amor aos homens, nada mais, nada menos, e por isso implicava também a política, a insurreição contra tudo quanto mancha e desonra a dignidade humana. [...] Desde os seus inícios, defendera a causa do homem, os interesses terrenos, a liberdade do pensamento e o prazer de viver, opinando que o céu, por motivos de equidade, pertencia aos pardais". MANN, Thomas. **A Montanha Mágica**. Tradução de Herbert Caro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000. p. 217.

<sup>40</sup> Sobre o tema, ver a dissertação de mestrado do professor ORCI PAULINO BRETANHA TEIXEIRA junto ao Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em vias de publicação pela Editora Livraria do Advogado.

<sup>41</sup> Para FERRAJOLI, "*son 'derechos fundamentales' todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a 'todos' los seres humanos en cuanto dotados del 'status' de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por 'derecho subjetivo' cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por 'status' la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas*". FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001. p. 19.

<sup>42</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 182.

<sup>43</sup> SILVA, Vasco Pereira da. Verdes são também os direitos do homem. **Revista Portugal-Brasil - Ano 2000**, p. 131.

longo do tempo, conduzindo ao progressivo aprofundamento e desenvolvimento das formas de realização da dignidade da pessoa humana”.

A partir do caráter histórico e afirmativo dos direitos humanos fundamentais, com a constatação evidente da degradação e da poluição ambiental em níveis comprometedores à qualidade e à dignidade da vida na casa planetária<sup>44</sup> e a mobilização social em sua defesa, o direito ao meio ambiente passa a ser reconhecido como um destes valores que compõem o rol dos direitos humanos fundamentais.

A consideração do direito ao meio ambiente como direito do Homem resulta da necessidade de repensar a posição do indivíduo na comunidade perante os novos desafios colocados com as modernas sociedades. E se a ‘dignidade da pessoa humana’ constitui o fundamento dos direitos humanos, a sua realização, em cada momento, exige um esforço de adaptação e de aprofundamento, que é determinado pelas concretas circunstâncias históricas.<sup>45</sup>

No âmbito das quatro<sup>46</sup> dimensões<sup>47</sup> de direitos fundamentais, BONAVIDES leciona que o direito ao meio ambiente aparece como integrante da terceira<sup>48</sup>, juntamente com os direitos ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, à qualidade de vida, à paz, à comunicação e ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.<sup>49</sup> Aos direitos de terceira e quarta dimensões é atribuída uma tendência universalista, sendo estes últimos relativos ao direito à democracia, à informação e ao pluralismo.<sup>50</sup>

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de solidariedade e de direitos de fraternidade<sup>51</sup>, são de titularidade difusa ou

<sup>44</sup> “Sob o pretexto de ‘progresso industrial’, sucederam-se, nos últimos anos, catástrofes ecológicas em todo o planeta, tais como as de Three Miles Island (200.000 pessoas evacuadas), Seveso (37.000 pessoas contaminadas), Bophal (2.800 mortos, 20.000 feridos), Tchernobil (300 mortos, 50.000 expostos à radioatividade), Guadalajara (200 mortos, 20.000 sem-teto), a do sangue contaminado, do hormônio do crescimento, do amianto, da ‘vacca louca’, do tabaco, do diesel...” RAMONET, Ignácio. **Geopolítica do caos**. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 81.

<sup>45</sup> SILVA, op. cit., p. 130.

<sup>46</sup> BONAVIDES, diferentemente de outros constitucionalistas que reconhecem apenas até a terceira dimensão de direitos fundamentais, defende a existência de uma quarta categoria. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 525.

<sup>47</sup> Destaca-se a preferência do autor deste artigo pela expressão “dimensões” de direitos fundamentais em detrimento de “gerações” de direitos fundamentais, que sugerem a superação de um pelo outro, quando, na verdade, eles se somam e se acumulam no processo histórico da sociedade, seguindo a orientação doutrinária do professor INGO SARLET.

<sup>48</sup> No mesmo sentido, BOBBIO aponta para o direito ao meio ambiente como o mais importante direito fundamental ou humano de terceira geração. “Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.

<sup>49</sup> BONAVIDES, op. cit., p. 514-531.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 524-525.

<sup>51</sup> “Compreende-se, portanto, porque os direitos de terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para a sua efetivação.” SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 51.

coletiva, apresentando um conteúdo altamente humanista e universal. Nesse aspecto, eles se distinguem substancialmente dos direitos fundamentais de primeira e de segunda dimensões que prescrevem, respectivamente, os direitos civis e políticos e os direitos sociais, culturais e econômicos.

Ao estabelecer a vinculação direta dos direitos fundamentais à concretização da dignidade humana, BONAVIDES relaciona a terceira dimensão destes com a própria manutenção e afirmação da existência humana.

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificadamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade moderna concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.<sup>52</sup>

O Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana de terceira dimensão, consagrou a relevância deste para todo o conjunto da sociedade.

A questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – direito de terceira geração – princípio da solidariedade. O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (Direito Civil e Políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> BONAVIDES, op. cit., p. 523.

<sup>53</sup> STF, T. Pleno, MS 22.164/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v. Unân., publicado no DJ 17.11.95, p. 39206.

A doutrina e jurisprudência são praticamente unânimes em confirmar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como integrante do rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, constante na Carta Magna de 1988. Nesse contexto, tendo em vista a sua natureza difusa, a proteção ambiental passa a ser uma das bases-éticas fundamentais da sociedade pós-moderna na sua caminhada civilizatória, exigindo-se, para o convívio harmonioso entre todos os integrantes da sociedade brasileira e mundial, a firmação de um pacto ambiental com a Terra, onde todos os atores sociais e estatais assumam as suas responsabilidades e papéis na construção de uma sociedade mundial ambientalmente sustentável.

### 3.2 A abertura material do catálogo dos direitos fundamentais (Art. 5º, § 2º da Constituição Federal)

O Parágrafo 2º do artigo 5º constitucional determina que os direitos e garantias expressos como tal na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, dando suporte à reordenação do direito ao meio ambiente no quadro dos direitos e garantias fundamentais.<sup>54</sup>

[...] inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, § 2º, da CF) que a noção da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal [...].<sup>55</sup>

Na condição de direito fundamental da pessoa humana, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – e a decorrente proteção ambiental – passa a integrar a esfera dos valores permanentes e indisponíveis da sociedade brasileira, não admitindo a sua desconsideração ou mesmo flexibilização. Assim, a tutela do bem jurídico ambiental, expresso em capítulo especial<sup>56</sup> da Constituição Federal de 1988, deve carregar consigo a essência e a proteção jurídica de um direito e dever

<sup>54</sup> ALEXY, sob o enfoque da Constituição alemã, trabalha o conceito "*normas adscriptas de derecho fundamental*", as quais possibilitam a abertura do catálogo dos direitos fundamentais a outros direitos não expressos no rol fundamental. Estas normas estariam diretamente vinculadas à concretização de um direito fundamental catalogado, ou mesmo constituído a partir da materialidade constitucional. "*Se trata, pues, de una relación de fundamentación entre la norma que hay que precisar y la norma precisante. Estas relaciones justifican concebir como normas de derecho fundamental no solo das normas que son expresadas directamente a través de enunciados de la Constitución, sino también las normas del tipo precisado. [...] Esto justifica llamarlas 'normas adscriptas'. Las normas derecho fundamental pueden, por ello, dividirse en dos grupos: en las normas de derecho fundamental directamente estatuidas por la Constitución y las normas de derecho fundamental a ellas adscriptas*". ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001, p. 70. Tradução de: *Theorie der Grundrechte*.

<sup>55</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 78-79.

<sup>56</sup> Art. 225 da Constituição Federal de 1988.

fundamental da pessoa humana com força vinculante plena e inafastável, não sujeito à discricionariedade estatal ou à livre disposição individual<sup>57</sup>.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado apresenta-se como condição sine qua non para o desenvolvimento da vida humana, sendo, portanto, fundamental à concretização do princípio maior do ordenamento jurídico, que é a dignidade da pessoa humana. Assim, embora não elencado no rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Carta Constitucional de 1988, o direito ao meio ambiente passa a integrar necessariamente tal campo constitucional.

Apesar de o direito ao meio ambiente equilibrado não se incluir no catálogo dos direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal de 1988, trata-se de um direito fundamental, definido como típico direito difuso, inobstante também tenha por objetivo o resguardo de uma existência digna do ser humano, na sua dimensão individual e social<sup>58</sup>.

### 3.3 A eficácia das normas constitucionais e as dimensões subjetiva e objetiva do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

No que tange à eficácia<sup>59</sup> das normas constitucionais<sup>60</sup>, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto direito fundamental da pessoa humana, deve ser tomado como norma de eficácia plena, conforme dispõe o §1º<sup>61</sup> do art. 5º constitucional. Nesses termos, a sua aplicação se dá de forma direta e imediata, independentemente de regulamentação para irradiar por toda a ordem jurídica.<sup>62</sup>

<sup>57</sup> BROOKS, Richard O. *A constitutional right to a healthful environment*. *Vermont Law Review*, 1992, vol. 16, p. 1110.

<sup>58</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 123.

<sup>59</sup> Para uma melhor compreensão do conceito de eficácia jurídica, é oportuna a sua diferenciação em relação à efetividade. “Por eficácia jurídica entende-se a capacidade (potencial) de uma norma constitucional para produzir efeitos jurídicos. A efetividade, por sua vez, significa o desempenho concreto da função social do Direito, representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação entre dever-ser normativo e o ser da realidade social.” BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 82.

<sup>60</sup> Adota-se no presente estudo a classificação lecionada por JOSÉ AFONSO DA SILVA, catalogando as normas constitucionais quanto à eficácia em plena, limitada e contida. SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>61</sup> § 1º. As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>62</sup> Convém destacar a observação feita por TEPEDINO em relação à incidência dos princípios constitucionais na ordem civil. “Do ponto de vista interpretativo, conforme se observou, em doutrina, a progressiva atribuição de eficácia normativa aos princípios vem associada ao processo, delimitável historicamente, de abertura do sistema jurídico. Num sistema aberto, os princípios funcionam como conexões axiológicas e teleológicas entre, de um lado, o ordenamento jurídico e o dado cultural, e de outro, a Constituição e a legislação infraconstitucional. A análise serve de base para ulterior conclusão: ‘a articulação entre a eficácia normativa dos princípios e a abertura do sistema jurídico através da aplicação dos princípios constitucionais é o que serve a fundamentar metodologicamente a reconstrução do direito civil em chave constitucional’”. TEPEDINO, Gustavo. Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: \_\_\_\_\_ (Coord.) **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 14.

<sup>63</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 524. Tradução de: *Theorie der Grundrechte*.

ALEXY<sup>63</sup>, ademais de reconhecer a vinculação direta dos poderes estatais aos princípios fundamentais, conforme referido no início do capítulo, destaca a eficácia horizontal destes. *“La irradiación de las normas iusfundamentales en todos los ámbitos del derecho – uno de cuyos aspectos más problemáticos se acaba de tratar al considerar el efecto en terceros u horizontal – tiene efectos de gran alcance para el carácter del sistema jurídico”*. A eficácia horizontal<sup>64</sup>, diferentemente da eficácia vertical que se estabelece na relação jurídica-constitucional entre o cidadão e o Estado, dá-se na relação entre cidadãos. Dessa forma, o cumprimento ao direito fundamental é imposto não apenas ao Estado, mas também ao particular, quando sua ação violar direito fundamental de terceiro.<sup>65</sup>

A eficácia constitucional está diretamente relacionada à correspondência material entre a constituição e a realidade social. No momento em que não se vislumbra tal correspondência valorativa, a constituição perde a sua legitimidade e razão. Não se pode conceber uma autonomia entre ambas, constituição e realidade social, porquanto intrinsecamente vinculadas na sua essência.

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ele regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que as consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.<sup>66</sup>

O caput do art. 225<sup>67</sup>, em uma perspectiva teleológica, aponta o direito ao

---

<sup>64</sup> Sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a vinculação dos particulares a estes, assim como a distinção entre a função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção e como imperativos de tutela, ver CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>65</sup> A professora FERNANDA MEDEIROS destaca as dimensões defensiva e prestacional do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, caracterizando a sua função mista de direito e dever. “O direito e o dever fundamental do meio ambiente consubstanciam-se em um caráter de função mista em relação à teoria dos direitos fundamentais, em virtude da diversidade de normas existentes no artigo 225 da Constituição Federal. O direito fundamental de proteção ambiental, assim como o dever, possui um caráter sem sentido prestacional, quando cumpre ao Estado, por exemplo, prestar a proteção aos recursos naturais – representados pelo ecossistema ecologicamente equilibrado – ou a promoção de alguma atividade para a efetiva proteção do meio ambiente, contra intervenções de terceiros e do próprio Poder Público. Assume, ainda seu caráter em sentido de defesa quando proíbe seus destinatários de destruir, de afetar negativamente o objeto tutelado”. MEDEIROS, Fernanda Luiza Fountoura de. **Meio Ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 32-33.

<sup>66</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991. p. 14-15. Tradução de: *Die normative Kraft der Verfassung*.

<sup>67</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

meio ambiente ecologicamente equilibrado como essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e a toda a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, o que evidencia a importância da qualidade ambiental para todo o conjunto da sociedade. Ao se proteger o meio ambiente, estar-se-á, de forma direta, protegendo o bem jurídico máximo do nosso ordenamento jurídico, que é a vida, na forma mais ampla que esta possa ser concebida. Não apenas a vida humana dispõe de proteção constitucional, mas todas as demais formas de vida, das quais a primeira, para a sua manutenção, desenvolvimento e permanência como espécie, é dependente.

Nesse sentido, destacam-se as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. CANOTILHO determina a dimensão subjetiva “quando se refere ao significado ou relevância da norma consagrada de um direito fundamental para o indivíduo, para os seus interesses, para a sua situação de vida, para a sua liberdade”.<sup>68</sup> Já, em relação à dimensão objetiva da norma definidora de direito fundamental, CANOTILHO leciona que tal sentido se dá “quando se tem em vista o seu significado para toda a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária”.<sup>69</sup> Dessa forma, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado representa um valor de toda a sociedade, consagrado através de um processo de afirmação histórica e conquista civilizatória. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais projeta o princípio em questão para o plano de valor jurídico do Estado Democrático de Direito.

### 3.4 Qualidade ambiental como elemento constitutivo do conceito jurídico de dignidade da pessoa humana

O conteúdo conceitual do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana<sup>70</sup> está intrinsecamente relacionado à qualidade do meio ambiente<sup>71</sup> (onde se vive,

---

<sup>68</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1242.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> BARROSO estabelece o conceito de dignidade da pessoa humana, considerando o mínimo existencial e os elementos que o constituem como padrão mínimo para uma existência digna. “Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos de direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõe o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos”. BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro – Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 46, p. 59, 2002.

<sup>71</sup> Nesse ponto, é oportuna a referência ao conceito de meio ambiente adotado pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (6.938/81), em seu artigo 3º, I, o qual evidencia a sua essencialidade à vida: “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

mora, trabalha, estuda, come, veste, pratica lazer).<sup>72</sup> A vida e a saúde humanas - ou como refere o artigo 225 da Constituição Federal, conjugando tais valores, a "sadia qualidade de vida" – só são possíveis dentro de padrões mínimos exigidos para a existência humana na medida em que haja qualidade ambiental da água que se bebe, dos alimentos que se comem, do solo onde se planta, do ar que se respira, da paisagem que se vê, do som que se escuta, entre outras formas da dimensão ambiental. Como se percebe, a qualidade ambiental está presente nas questões mais vitais e elementares da condição humana, ou seja, na sua sobrevivência enquanto espécie animal<sup>73</sup>.

O dever de proteção à vida (e à saúde) também é hoje especialmente importante, em danos de natureza ambiental que ameaçam a vida (e a saúde). Os deveres de proteção jusfundamentais (contra ameaças à vida por meio de danos ambientais) só são enriquecidos, todavia, pela normatização como objetivo estatal no art. 20a da Lei Fundamental. Este normatiza o dever legalmente estabelecido de reduzir fundamentalmente as ameaças à vida e à saúde decorrentes de danos ambientais, tanto para as gerações presentes como para as gerações futuras, da forma mais abrangente possível. Em relação aos deveres de proteção jusfundamentais, todavia, tal permanece ao lado do direito subjetivo do art. 2, inc. 2, primeira parte, da Lei Fundamental de proteção da vida e da intangibilidade corporal contra influências lesivas ao meio ambiente, que não é relativizado por meio das cautelas limitadoras do objetivo estatal. É bem verdade que, como base dos deveres ambientais objetivos, o objetivo estatal do art. 20a da Lei Fundamental, com a proteção das bases naturais da vida, ultrapassa sensivelmente a dimensão protetiva da vida e da saúde, de forma que, nessa seara, não há que se considerar uma invocação complementar do art. 2, inc. 2, da Lei Fundamental.<sup>74</sup>

As condições ambientais compõem e concretizam a qualidade da vida e a dignidade humana. É do direito à vida que se projetam e tomam forma todos os demais direitos e garantias fundamentais que compõem e orientam a ordem constitucional brasileira. A razão que levou o constituinte de 1988 a consagrar o direito ao meio ambiente como direito fundamental da pessoa humana espelha-se na concretização da própria vida.

---

<sup>72</sup> "...nada obstante a já revelada dimensão coletiva e difusa de parte dos novos direitos de terceira (e da quarta?) dimensão, resta, de regra, preservado seu cunho individual. Objeto último, em todos os casos referidos, é sempre a proteção da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, o que pode ser bem exemplificado pelo direito ao meio ambiente. Este, em que pese a habitual (embora não-cogente) presença do interesse coletivo ou difuso, não deixa de objetivar a proteção da vida e da qualidade de vida do homem na sua individualidade". SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 59.

<sup>73</sup> "Os perigos ecológicos colocados por acidentes nucleares em grande escala, pela liberação de químicos em grande escala, e pela alteração e manipulação da composição genética da flora e da fauna do planeta colocam a possibilidade de autodestruição". GOLDBLAT, David. **Teoria Social e Ambiente**. Tradução de Ana Maria André. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 232.

<sup>74</sup> O professor KLOEPFER destaca a relação intrínseca entre qualidade ambiental e a vida (e a saúde) humana à luz da Lei Fundamental alemã. A citação foi extraída da tradução (em vias de publicação) feita pela colega RITA DOSTAL ZANINI do ensaio "Vida e Dignidade da Pessoa Humana" (*LEBEN UND WÜRDE DES MENSCHEN*) do professor alemão MICHAEL KLOEPFER, gentilmente cedido para consulta ao autor do presente texto.

[...] o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Cumpre compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as de iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente. É que a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: a qualidade da vida.<sup>75</sup>

Nesse sentido, não se pode conceber a vida - com dignidade e saúde<sup>76</sup> - sem qualidade ambiental. O elemento “qualidade ambiental” passa a ser constitutivo do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto dependente daquele para a sua plena realização. Na mesma linha, ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN<sup>77</sup> defende a posição de que “a Constituição Federal de 1988 elevou o direito ao meio ambiente à categoria de direito fundamental do homem, ao caracterizar o equilíbrio ecológico como bem essencial à sadia qualidade de vida”.

A concepção antropocêntrica<sup>78</sup> da dignidade da pessoa humana voltada única e exclusivamente para os elementos individuais inerentes a cada ser humano passa a sofrer críticas pertinentes ante a nova realidade ambiental e social a que está exposto o indivíduo contemporâneo. A compreensão de vida digna é composta por novos elementos, dentre eles a qualidade ambiental. Mais adiante ainda, apenas a

<sup>75</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 67.

<sup>76</sup> TRINDADE aponta para como a degradação ambiental afeta diretamente a saúde humana. “Pelos efeitos do aquecimento global sobre a saúde humana: câncer de pele, lesão na retina ocular, catarata e eventual cegueira, lesão neurológica, menor resistência a infecções, alteração do sistema imunológico; em suma, a destruição da camada de ozônio pode resultar em danos substanciais à saúde humana assim como ao meio ambiente (danos a plantas terrestres, destruição do plâncton, um elemento chave na cadeia alimentar), revelando assim a necessária convergência da proteção da saúde humana e da proteção ambiental.” TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 64.

<sup>77</sup> BENJAMIN, Antonio Herman. Responsabilidade Civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano 3, v. 9, p. 12, jan./mar. 1998.

<sup>78</sup> Nesse aspecto, é importante destacar o rompimento com paradigma antropocêntrico empregado pelo direito ambiental, em favor de um princípio biocêntrico ou ecocêntrico na regulamentação jurídica do ambiente. “As principais novidades trazidas pela abordagem jurídica do ambiente relacionam-se com a nova filosofia, sentido e espírito inerentes ao direito do ambiente. Esses aspectos têm, antes de tudo, a ver com o trânsito de uma concepção exclusivamente antropocêntrica do Direito para a afirmação, cada vez mais extensa, de um princípio biocêntrico ou ecocêntrico: se bem que não se possa afirmar com segurança, no momento presente, que a finalidade subjacente ao direito do ambiente é exclusiva, ou sequer maioritariamente, de raiz ecocêntrica ou biocêntrica, a verdade é que esta pré-compreensão tem ganho cada vez mais importância na regulação jurídica do ambiente”. DIAS, José Eduardo Figueiredo. Direito constitucional e administrativo do ambiente. **Cadernos do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 13. Nesse contexto, MORATO LEITE trabalha o conceito de antropocentrismo alargado, objetivando a tutela do meio ambiente independentemente da sua utilidade direta ao homem, ao considerar a preservação da capacidade funcional do patrimônio natural com ideais éticos de colaboração e interação. LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 79. PAULO VINICIUS SPORLEDER DE SOUZA, rompendo paradigmaticamente com a visão liberal-individualista (também antropocêntrica) do direito penal, ante a natureza difusa dos crimes ambientais, provoca a doutrina clássica e consagra o meio ambiente natural como sujeito passivo da criminalidade. SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, n. 50, set./out. 2004.

título provocativo, pode-se colocar a indagação quanto ao reconhecimento de dignidade apenas à espécie humana. Não seria possível e necessária uma ampliação a outras espécies naturais, tendo em vista o preocupante quadro ambiental que se vislumbra hodiernamente?

Agora, mesmo diante do avanço conceitual do princípio da dignidade da pessoa humana e da consagração doutrinária dos direitos fundamentais, o que também é importante para a concretização desses valores, a grande problemática de ambos os sistemas nacionais e internacionais de proteção do meio ambiente e dos direitos fundamentais de um modo geral é a sua implementação. Apesar de belas constituições, legislações, declarações e documentos internacionais que exaltam a importância máxima dos direitos fundamentais em questão, no momento da efetivação destes, parece que os seus conteúdos se esvaziam e não saem do plano formal (literalmente, do papel).

[...] a maior parte dos direitos sociais, os chamados direitos de segunda geração, que são exibidos brilhantemente em todas as declarações nacionais e internacionais, permaneceu no papel. O que dizer dos direitos de terceira e de quarta geração? A única coisa que até agora se pode dizer é que são expressão de aspirações ideais, às quais o nome de 'direitos' serve unicamente para atribuir um título de nobreza. Proclamar o direito dos indivíduos, não importa em que parte do mundo se encontrem (os direitos do homem são por si mesmos universais), de viver num mundo não poluído não significa mais do que expressar a aspiração a obter uma futura legislação que imponha limites ao uso de substâncias poluentes. Mas uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente. A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido. Não se poderia explicar a contradição entre a literatura que faz a apologia da era dos direitos e aquela que denuncia a massa dos 'sem-direitos'. Mas os direitos de que fala a primeira são somente os proclamados nas instituições internacionais e nos congressos, enquanto os direitos de que fala a segunda são aqueles que a esmagadora maioria da humanidade não possui de fato (ainda que sejam solene e repetidamente proclamados).<sup>79</sup>

A crítica empregada por BOBBIO à implementação, ou melhor, à não-implementação dos direitos humanos é totalmente pertinente. Na medida em que não há instrumentos para a sua efetivação, os direitos humanos fundamentais não passam de meras 'aspirações ideais', não alcançando um patamar de direitos propriamente ditos. O mesmo autor aponta para a dificuldade que a maioria dos países tem na implementação dos direitos sociais de segunda dimensão, quando se exige uma conduta ativa do Estado, diferentemente dos direitos liberais e políticos de primeira geração. O que se esperar dos de terceira, com especial preocupação

<sup>79</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 67.

voltada para a proteção ambiental? Esta é a grande aporia da civilização contemporânea que, por ora, não encontra solução.

## 4 CONCLUSÕES ARTICULADAS

**4.1.** A complexidade do mundo contemporâneo exige um pensamento científico complexo e crítico, em contraposição ao pensamento científico moderno que, ao retirar o objeto do seu contexto social e ambiental para estudá-lo, não considera tais dimensões no momento de instrumentalizar o conhecimento. Os problemas enfrentados hoje pela humanidade não comportam olhares simplistas e mecânicos da ciência moderna.

**4.2.** O fenômeno jurídico não pode ser analisado de forma isolada e compartimentada, porquanto exige, para a sua compreensão, ser sistematizado. A unidade sistemática deve guiar todo o ordenamento jurídico, destacando a hierarquia dos valores nele consagrada. O ponto centralizador dessa unidade é a Constituição Federal, ao passo que, na condição de Lei Máxima da ordem jurídica brasileira, estabelece os direitos e princípios orientadores de todo o sistema, tendo na dignidade da pessoa humana o seu princípio-matriz.

**4.3.** O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado configura-se como direito fundamental da pessoa humana de terceira dimensão, nos termos da Constituição Federal de 1988, integrando a esfera dos valores permanentes e indisponíveis da sociedade brasileira. A sua inserção na ordem dos direitos fundamentais é possível através da abertura material do catálogo, prevista no art. 5º, § 2º, da Carta da República.

**4.4.** No que tange à eficácia das normas constitucionais, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto direito fundamental da pessoa humana, deve ser tomado como norma de eficácia plena, conforme dispõe o §1º do art. 5º constitucional. Nesses termos, a sua aplicação se dá de forma direta e imediata, independentemente de regulamentação para irradiar por toda a ordem jurídica.

**4.5.** Ao proteger-se o meio ambiente, estar-se-á de forma direta protegendo o bem jurídico maior do nosso ordenamento: a vida. Não apenas a vida humana dispõe de proteção constitucional, mas todas as demais formas de vida, das quais a primeira para a sua manutenção, desenvolvimento e permanência como espécie, é dependente.

**4.6.** A crítica à concepção antropocêntrica da dignidade da pessoa humana, voltada única e exclusivamente para os elementos individuais inerentes a cada ser humano, faz-se necessária ante a nova realidade ambiental e social a que está exposto o indivíduo contemporâneo.

**4.7.** O conteúdo conceitual do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana está intrinsecamente relacionado à qualidade do meio ambiente. A vida e a saúde humanas - ou como refere o artigo 225 da Constituição Federal, conjugando

---

<sup>79</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 9-10.

tais valores, a “sadia qualidade de vida” – só são possíveis dentro de padrões mínimos exigidos para a existência humana na medida em que haja qualidade ambiental. Esta se encontra presente nas questões mais vitais e elementares da condição humana, sendo determinante para a sua sobrevivência enquanto espécie. O elemento “qualidade ambiental” é constitutivo do conceito jurídico de dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Letícia. A Convenção de Estocolmo sobre poluentes orgânicos persistentes corresponde a uma política pública do Estado Brasileiro? **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 9, n. 33, jan./mar. 2004.

ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Tradução de: Theorie der Grundrechte.

ALVES, Rubem. **Filosofia da Ciência**: introdução ao jogo e a suas regras. São Paulo: Loyola, 2001.

AMARAL, Francisco. Racionalidade e Sistema no Direito Civil Brasileiro. Separata de: **O Direito**, ano 126, v. I e II, p. 63-81, 1994.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 46, p. 29-66, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman. Objetivos do Direito Ambiental. In: **Anais do 5º Congresso Internacional de Direito Ambiental**. BENJAMIN, Antônio Herman; SÍCOLI, José Carlos Meloni. São Paulo: Imesp, 2001. p. 57-78.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade Civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 9, jan./mar. 1998.

\_\_\_\_\_. Meio Ambiente e Constituição: uma primeira abordagem. **Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental**. Organizado por Antônio Herman Benjamin. São Paulo: IMESP, 2002. p. 89-101.

BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). **Dano Ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BROOKS, Richard O. A constitutional right to a healthful environment. **Vermont Law Review**, vol. 16, 1992.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. **Proteção do Meio Ambiente e Direito de Propriedade**. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coord.). **Introdução ao Direito do Ambiente**. Lisboa: Universidade Aberta, 1998.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 1996.

\_\_\_\_\_. **As Conexões Ocultas**: ciência para uma vida sustentável. São Paulo: Cultrix, 2002.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (RIO DE JANEIRO: 1992). Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

CREMA, Roberto. **Introdução à Visão Holística**: breve relato de viagem do velho ao novo paradigma. São Paulo: Summus, 1989.

DIAS, José Eduardo Figueiredo. Direito constitucional e administrativo do ambiente. **Cadernos do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente**. Coimbra: Almedina, 2002.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GOLDBLAT, David. **Teoria Social e Ambiente**. Tradução de Ana Maria André. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia**. 2.ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1998.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991. Tradução de: Die normative Kraft der Verfassung.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LUTZEMBERGER, José. **Do Jardim ao Poder**. Porto Alegre: L&PM, 1992.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MANN, Thomas. **A Montanha Mágica**. Tradução de Herbert Caro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura. **Meio Ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo X Ecocentrismo na Ciência Jurídica. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 9, n. 36, out./dez. 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan de. O surgimento dos interesses transindividuais. **Ciência e Ambiente**, Santa Maria, n. 17, p. 7-24, jul./dez. 1988.

NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. O conteúdo jurídico do princípio da precaução no direito ambiental brasileiro. **Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental**. Organizado por Antônio Herman Benjamin. São Paulo: IMESP, 2002. p. 285-310.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e Sistema Jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito Ambiental Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Vasco Pereira da. **Verde Cor de Direito**: lições de direito do ambiente. Coimbra: Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_. Verdes são também os direitos do homem. **Revista Portugal-Brasil - Ano 2000**, p. 127-140.

TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. **O Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado como Direito Fundamental da Pessoa Humana**. Porto Alegre, 2004. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: \_\_\_\_\_ (coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 01-16.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.



# A COMPREENSÃO DO PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE NOS PARECERES DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL\*

Ricardo Antônio Lucas Camargo

## Proêmio

Aquiescendo a convite para colaborar com este número da Revista da Procuradoria-Geral do Estado acerca dos princípios de Direito Administrativo, resolvemos interpretá-lo como referente aos princípios da Administração Pública. E por que tal interpretação? Simplesmente porque nem todos eles encontram equacionamento adequado mediante o instrumental daquele ramo do Direito, sendo que um deles, o da economicidade, por interessar diretamente ao ramo do Direito que tem por objeto a regulamentação jurídica da política econômica – o Direito Econômico –, mereceria um exame mais detalhado, dada a constante invocação a tal princípio, a partir da entrada em vigor da Constituição de 1988, tanto pelo Poder Público quanto pelos particulares. Ao extremar os enfoques do Direito Administrativo e do Direito Econômico, Washington Peluso Albino de Souza<sup>1</sup> reconhece que a possibilidade de confusão somente se explica por alguns traços de aproximação, e que “essa proximidade justifica-se apenas pelo fato de se tratar de idêntico ‘conteúdo econômico’, na hipótese, comum às normas dos dois ramos do Direito e, especialmente, porque o Estado figura como ‘sujeito’ do ato em ambos”.

## O aparecimento da economicidade na doutrina

Poucas palavras podem ter seu nascimento datado. Uma delas, sem sombra de dúvidas, é “economicidade”. Com efeito, ela vem a ser introduzida no Brasil pelo artigo publicado em 1954 pelo Professor Washington Peluso Albino de Souza na revista do Centro Acadêmico Pedro Lessa<sup>2</sup>, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Este artigo consta hoje de coletânea publicada em 2002.

---

<sup>1</sup> Republicado por haver saído com incorreções na RPGE n. 58.

<sup>2</sup> Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais

<sup>1</sup> *Primeiras linhas de Direito Econômico*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 76.

<sup>2</sup> Convém aclarar que, à época, as dissensões políticas entre PSD e UDN renderam ensejo à criação de um Centro Acadêmico paralelo ao Centro Acadêmico Afonso Pena, e que se chamou Centro Acadêmico Pedro Lessa, que lançara, inclusive, uma revista nominada “O Ceapelistas”. Hoje, o Centro Acadêmico Pedro Lessa não mais existe, remanescendo o Centro Acadêmico Afonso Pena.

Em tal texto, buscando purificar o conceito de eventuais vínculos ideológicos com determinada concepção econômica, o Professor Emérito da Casa de Afonso Pena, identificou como traço comum a todas as concepções econômicas a busca de uma linha de maior vantagem. Por outro lado, vem a suscitar a própria extrapolação do sentido puramente econômico, para se adentrar, mesmo, terrenos como o hierocrático, o político, o estético, admitindo, inclusive, a aparentemente paradoxal “economicidade anti-econômica”<sup>3</sup>. Outras concepções vêm a comparecer, como a que identifica o vocábulo ao menor dispêndio e maior lucro<sup>4</sup> – seguindo, assim, o critério próprio da concepção econômica adotada pelo liberalismo clássico<sup>5</sup> – e a que, voltada especificamente a conceitos hauridos da Administração de empresas, ao critério custo/benefício<sup>6</sup>. O traço diferencial entre a aceção de economicidade enquanto linha de maior vantagem e a de custo/benefício é salientado por Luíza Helena Moll<sup>7</sup>, quando se coloca o problema do desenvolvimento sustentável, em que se considera que as atividades econômicas não que estabelecer um ponto de equilíbrio entre a necessidade de se expandirem para atenderem aos consumidores de seus produtos e serviços e a de se preservarem estoques recursos naturais para as gerações futuras. Ao primeiro, atende o critério “custo/benefício”, ao passo que o segundo diz respeito à garantia da sustentabilidade da atividade, para além do imediato: “na medida em que a limitação da função social busca aumentar a utilidade e a

<sup>3</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 298-299; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Malheiros, 1991. p. 168; CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. Elisão tributária: liberdade de iniciativa e abuso do poder econômico. In: <http://www.fbde.org.br/elisao.html>, acessado em 18 maio 2003; CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 327; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 579; FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 35.

<sup>4</sup> SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade do Estado intervencionista*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 92; BRITTO, Carlos Ayres. *O perfil constitucional da licitação*. Curitiba: Znt, 1997, p. 140; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 109-110; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 66-67, 372 e 375; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1991, v. 6, t. 2, p. 179.

<sup>5</sup> Importa salientar, aqui, que estamos a falar na concepção a que se filia o conceito e não a concepção da pessoa que o emprega.

<sup>6</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle de legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, DF, v. 31, n. 121, p. 267, jan/mar 1994; SOUZA, Luciano Brandão Alves de. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas da União. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, DF, v. 26, n. 102, p. 176, abr/jun 1989; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 344-345; MATA, Márcia Filomena de Oliveira. Fiscalização da administração pública em face da economicidade. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 21, n. 61, p. 275, jul 1994; MARTINS, Ana Sabrina Silveira. Moralidade administrativa no Estado Democrático de Direito. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 19, n. 34, p. 189, 1º sem 2001; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 446; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 2, p. 126; CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, v. 5, p. 2.788; FERREIRA, Luis Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 3, p. 389 (com remissão a texto de Caio Tácito).

<sup>7</sup> Externalidades e apropriação: projeções do Direito Econômico na nova ordem mundial. In: CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas (org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995, p. 153. Neste sentido, aliás, coloca-se a observação posta por Celso Antônio Bandeira de Mello concernente às privatizações (op. cit., p. 605).

produtividade, a apropriação visa uma equação de maior grau de economicidade para efetividade dos objetivos do desenvolvimento sustentável, dada a relevância da preservação ambiental". Note-se que os critérios não se interexcluem, apenas o que se coloca é a maior ou menor amplitude: a linha de maior vantagem abrange o custo/benefício, mas nele não se exaure. Por outro lado, o custo/benefício inclui o critério de maior lucratividade, mas nele também não se exaure. Particularmente, no campo doutrinário, continuamos a nos alinhar com os que a tomam como linha de maior vantagem, e isto em razão do que foi posto pelo Professor Washington Peluso Albino de Souza<sup>8</sup> em memorável conferência:

Esse princípio da economicidade, na verdade, foi tratado há 40 anos por nós, e ele nada mais é do que um princípio valorativo, uma referência a valor. [...] E essa interpretação chamada 'axiomática' hoje, e unitária da Constituição, é interessante porque ela é valor, valor em si; então naquele estudo da economicidade nós dizemos o seguinte: - não há várias espécies de valor, há uma infinidade de espécies de valor, mas esses valores podem ser conjugados de tal maneira que eles encontrem um denominador comum. Aí nos afastamos de tudo que era Marx. Ficamos no Max Weber mesmo, naquela linha de maior vantagem. Mas essa vantagem varia: vantagem religiosa, vantagem estética, vantagem econômica, então as limitações. Porém, não pode ficar na cabeça do juiz, o juiz tem de ter um referencial, e o referencial é constitucional [...]. O princípio da economicidade permite que se admitam os valores e se comparem os valores.

Mas é importante deixar destacado que a posição que se adota no plano doutrinário, entretanto, não prescinde da verificação do tratamento do tema no âmbito da aplicação prática. Com efeito, não é raro que se estabeleçam divergências entre as posturas predominantes na doutrina e as predominantes no seio dos órgãos encarregados de proceder à aplicação do Direito. Deliberamos neste trabalho limitarmos à resposta da seguinte pergunta: qual dentre os sentidos possíveis de economicidade predomina na orientação administrativa do Estado do Rio Grande do Sul?

Tendo em vista os pontos em que toca o presente artigo, temos o dever de alertar que não será emitido qualquer juízo de valor acerca de eventuais concordâncias ou discordâncias em relação a posições adotadas nos Pareceres na solução dos problemas a eles propostos. O objetivo, aqui, é tão-só identificar o pensamento da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul acerca do princípio da economicidade, nada além disto.

Para fins didáticos, procurar-se-á distinguir o emprego do vocábulo nos períodos de 1991-1994, 1995-1998, 1999-2002 e 2003-2004. A razão disto é que a Procuradoria-Geral do Estado, encarregada do mister de defesa judicial e consultoria da Administração Pública Estadual, nos termos do artigo 132 da

<sup>8</sup> Direito Econômico: evolução teórica, aplicação, eficácia e perspectivas no contexto da globalização. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 24, n. 54, p. 17-18, nov. 2001.

Constituição Federal e 115 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1989, detalhadas suas atribuições, hoje, no âmbito deste Estado, pela Lei Complementar Estadual 11.742, de 17 de janeiro de 2002, embora não se confunda com uma Procuradoria do Poder Executivo, ubica-se, contudo, na estrutura deste, com o que se compreende que os conceitos expendidos no exercício da atividade de consultoria não que ser os que orientarão a atuação de quem tem o mister de exercer a direção superior da Administração Pública e definir as grandes linhas da política pública, investido neste mister de acordo com o rito constitucionalmente previsto.

Dados os limites espaciais e temporais, não realizaremos transcrições dos trechos dos Pareceres, os quais, contudo, podem ser acessados pela Internet, pelo endereço <http://www.pge.rs.gov.br/index1.htm>. De outra parte, limitada a pesquisa apenas à Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, já se tem um fértil manancial para investigações, e um ponto de partida para que os mais abalizados verifiquem em outras unidades da Federação a contribuição das respectivas Procuradorias-Gerais ou Consultorias-Gerais na identificação dos traços do princípio da economicidade. É a estes, e não ao subscritor do presente texto, que se há de aplicar a frase que o saudoso Paulo Menotti del Picchia põe na boca de uma de suas personagens: “é preciso arranjar uma saída para o círculo estrangulante de perfeições atingidas”<sup>9</sup>. Não é o comandante da expedição que abre a mata a facão, mas sim alguém sob seu comando. A quem abre o caminho incumbe apenas a remoção do obstáculo, a definição do objetivo da caminhada, esta, não lhe cabe fazer.

## O princípio da economicidade na Constituição Federal e na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul

Na Constituição de 1988, o vocábulo “economicidade” vem a aparecer no artigo 70, quando se fala nos critérios de avaliação da gestão pública, especialmente dos dinheiros públicos. Já a Constituição Riograndense de 1989, por força de Emenda Constitucional apresentada em 1995, passou a albergar, dentre os princípios vetores da Administração Pública, a economicidade.

O Supremo Tribunal Federal, no primeiro pronunciamento acerca do tema, na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 2.472/RS, relatada pelo Min. Maurício Corrêa, cujo acórdão foi veiculado no *Diário de Justiça da União* de 3 de maio de 2002, considerou o aludido princípio como implícito no artigo 37, *caput*, da Constituição de 1988.

Como se pode ver, a precisão da economicidade se torna de profunda relevância prática, enquanto referencial de validade dos atos jurídicos que se pretenda tomar em consideração. Ainda mais considerando que, de 6.226 Pareceres exarados desde que entrou em vigor a Constituição Federal de 1988, tomando esta como referencial, em 61 a Procuradoria-Geral do Estado utiliza o vocábulo “economicidade”.

---

<sup>9</sup> *Kalum*. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, [s.d.]. p. 67.

## A utilização do vocábulo nos Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul

A primeira vez em que o vocábulo “economicidade” aparece nos Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul ocorre no período 1991-1994. Vem no Parecer 9.107, da lavra do Dr. Mário Bernardo Sesta. Mais quatro vezes, neste período, vem a economicidade à balha, nos Pareceres 9.130, da lavra da Dra. Sandra Lazzari, 9.489, da Dra. Clarita Galbinski, 9.579, da lavra da Dra. Sílvia La Porta e 9.736, da Dra. Lisete Maria Skrebski. E nestes Pareceres precursores já vem estampada a diversidade de acepções que o vocábulo toma: ora de menor gasto, ora de critério custo/benefício, ora de linha de maior vantagem. Nos períodos de 1995-1998, 1999-2002 e 2003-2004, os Pareceres ora vêm adotando uma destas acepções, ora mais de uma delas, ora não se voltam a utilizar o princípio em si mesmo como razão de decidir.

A acepção de menor dispêndio de recursos vem tratada em onze pareceres, sendo que um é datado do período 1991-1994<sup>10</sup>, quatro são do período 1995-1998<sup>11</sup>, quatro do período 1999-2002<sup>12</sup> e dois do período 2003-2004<sup>13</sup>. Em 18% (dezoito por cento) dos Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul em que aparece o vocábulo, portanto, esta é a acepção adotada.

Na acepção de critério de comparação entre custo e benefício aparece em dois Pareceres no período 1991-1994<sup>14</sup>, dois no período 1995-1998<sup>15</sup>, cinco no período 1999-2002<sup>16</sup>. Esta acepção, portanto, no universo dos Pareceres em que aparece o vocábulo, é empregada em 15% (quinze por cento).

Na acepção de linha de maior vantagem aparecem dois Pareceres no período 1991-1994<sup>17</sup>, três no período 1995-1998<sup>18</sup>, quinze no período 1999-2002<sup>19</sup> e três no período 2003-2004<sup>20</sup>. Quer dizer: em 37% (trinta e sete por cento) da totalidade dos Pareceres em que a palavra comparece, é ela empregada na acepção de linha de maior vantagem.

Nos demais Pareceres não há, efetivamente, nenhuma tomada de posição acerca da acepção de economicidade, embora a palavra venha referida, seja no que

<sup>10</sup> Parecer 9.736 – Lisete Skrebski.

<sup>11</sup> Pareceres 10.609 – Gustavo Barcellos; 11.818 – Leonora Jacoby Viero; 12.020 – Roque Pasternak; 12.388 – Sérgio Gualdi.

<sup>12</sup> Pareceres 12.574 – Marília Marsillac; 12.868 – Marília Marsillac; 12.886 – Eliana Graeff; 12.977 – Marília Marsillac. Note-se que, embora o Parecer 12.977 tenha revisado o Parecer 12.388, com ele converge, entretanto, na acepção de economicidade como critério do menor dispêndio.

<sup>13</sup> Parecer 13.592 – Andréa Trachttemberg Campos; 13.852 – Eliana Graeff.

<sup>14</sup> Pareceres 9.107 – Mário Bernardo Sesta; 9.130 – Sandra Lazzari.

<sup>15</sup> Pareceres 11.410 – Rosa Aranovich; 11.411 – Lisete Skrebski.

<sup>16</sup> Pareceres 12.594 – Maria Teresa Velasques; 12.980 – Euzébio Ruschel; 13.006 – Ricardo Camargo; 13.069 – Euzébio Ruschel; 13.095 – Euzébio Ruschel.

<sup>17</sup> Pareceres 9.489 – Clarita Galbinski; 9.579 – Sílvia La Porta.

<sup>18</sup> Pareceres 11.065 – Rodinei Candeia; 11.626 – Lisete Skrebski; 11.793 – Sérgio Severo.

<sup>19</sup> Pareceres 12.487 – Sérgio Severo; 12.540 – Márcia Cadore Weber; 12.567 – Ricardo Camargo; 12.568 – Maria Teresa Velasques; 12.709 – Bruno Winkler; 12.734 – Bruno Winkler; 12.848 – Ricardo Camargo; 12.996 – Marília Marsillac; 12.998 – Bruno Winkler; 13.006 – Ricardo Camargo; 13.070 – Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho; 13.140 – Leandro Sampaio; 13.228 – Eliana Graeff; 13.293 – Bruno Winkler; 13.345 – Bruno Winkler.

<sup>20</sup> Pareceres 13.553 – Bruno Winkler; 13.731 – Luís Carlos Hagemann; 13.807 – Luís Carlos Hagemann.

tange à indicação das competências dos órgãos de controle externo e interno dos dispêndios públicos<sup>21</sup>, seja como enunciação dos princípios da Administração Pública albergados no artigo 19 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1989<sup>22</sup>. Quer dizer: somente em trinta por cento dos Pareceres em que o vocábulo comparece não se procurou apontar a acepção em que ele é efetivamente empregado. Predominantemente, os Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul voltam a estampar uma compreensão do que seria este princípio.

No período de 1991-1994, a acepção de menor dispêndio mostra-se minoritária, havendo equilíbrio entre as voltadas ao critério de aferição custo/benefício e à perquirição da linha de maior vantagem. No período de 1995-1998, a economicidade passa a ser predominantemente entendida na acepção de menor dispêndio – 45% (quarenta e cinco por cento) dos Pareceres -, seguida pela compreensão como linha de maior vantagem – 33% (trinta e três por cento) – e pelo critério de aferição custo/benefício – 22% (vinte e dois por cento) -. Já no período de 1999-2002, passa a predominar a compreensão da economicidade como linha de maior vantagem – 62% (sessenta e dois por cento) -, seguida do critério de verificação do custo/benefício – 21% (vinte e um por cento) e pela acepção do menor dispêndio – 17% (dezessete por cento) -. Já no período seguinte, de 2003-2004, continua a predominância da compreensão como linha de maior vantagem, seguida pela acepção do menor dispêndio.

Cada uma das acepções é tomada com determinadas nuances, podendo-se notar, por exemplo, dentre os que consideram a economicidade pelo prisma da maior vantagem, aqueles que a trabalham como critério de razoabilidade<sup>23</sup>, os que a tomam como critério de eficiência e assim por diante. Cada uma destas nuances, por si só, renderia ensejo a estudos notáveis, no sentido de permitir o conhecimento do que se toma como maior vantagem para os efeitos de se caracterizar a economicidade da atuação. De outra parte, surgem algumas outras questões, acerca da maior ou menor frequência da sua invocação em determinadas matérias, como as referentes a pessoal na Administração indireta, a políticas de fomento à iniciativa privada etc.

## Conclusão

Pode-se, a partir daí, concluir que, em termos gerais, predomina nos Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul o entendimento de que a economicidade traduziria a adoção de uma linha de maior vantagem, mas, tendo como referência a evolução do tratamento do princípio da economicidade oscila entre esta acepção e a que o toma como expressão da maior lucratividade ou menor prejuízo, sendo menos prestigiada a que se volta à aferição do custo/benefício. De qualquer sorte, está aberto o caminho para quantos se preocupem com a adoção de

<sup>21</sup> Por exemplo, Pareceres 12.851 – Andréa Trachtenberg; 12.689 – Ricardo Camargo.

<sup>22</sup> Por exemplo, Pareceres 12.575 – Marília Marsillac; 12.978 – Leandro Sampaio.

<sup>23</sup> Por exemplo, Parecer 11.065 – Rodinei Candeia.

soluções que permitam a segurança tanto do atuar do Poder Público quanto da movimentação dos particulares, dentro da moldura traçada pela norma jurídica.

## BIBLIOGRAFIA

BRITTO, Carlos Ayres. *O Perfil Constitucional da Licitação*. Curitiba: Znt, 1997

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Elisão Tributária**: liberdade de iniciativa e abuso do poder econômico. Disponível em: <<http://www.fbde.org.br/elisao.html>>. Acesso em 18 maio 2003.

CARVALHOSA, Modesto de Souza Barros. *Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973

CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 5

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2

FERREIRA, Luís Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*: interpretação e crítica. São Paulo: Malheiros, 1991.

MARTINS, Ana Sabrina Silveira. Moralidade administrativa no Estado Democrático de Direito. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 19, n. 34, p. 165-199, 1. sem 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 6, t. 2.

MATA, Márcia Filomena de Oliveira. Fiscalização da administração pública em face da economicidade. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 21, n. 61, p. 272-278, jul. 1994.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENOTTI DEL PICCHIA, Paulo. *Kalum*. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, [s.d.].

MOLL, Luíza Helena Malta. Externalidades e apropriação: projeções do Direito Econômico na nova ordem mundial. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas [org.]. *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional*: estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995. p. 139-160.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade do Estado Intervencionista*. São Paulo: Saraiva, 1990.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SOUZA, Luciano Brandão Alves de. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas da União. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 26, n. 102, p. 173-184, abr./jun. 1989.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito Econômico: evolução teórica, aplicação, eficácia e perspectivas no contexto da globalização. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 24, n. 54, p. 11-20, nov. 2001.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle de legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 121, p. 265-271, jan./mar. 1994.

# O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Antônio Ricardo Vasconcellos Schmitt

## Introdução

Tem-se como objetivo empreender uma breve análise do princípio da eficiência, delimitando seu conteúdo e funções no sistema jurídico brasileiro, e com isso estremá-lo de outras figuras afins, como os princípios da eficácia, da economicidade e da efetividade, bem como examinar algumas decisões judiciais que o referem, identificando as possibilidades de controle judicial.

As noções comuns dos princípios supramencionados levam em conta os seguintes aspectos:

**Economicidade:** qualidade do que é econômico; sendo econômico aquilo que, de modo parcimonioso, controla seus recursos<sup>1</sup>. Em uma acepção mais jurídica (ou econômica?) seria a relação entre custo e benefício a ser observada na atividade pública<sup>2</sup>.

**Efetividade:** qualidade do que é efetivo; sendo que é efetivo aquilo que se manifesta por um efeito real, positivo<sup>3</sup>.

**Eficácia:** qualidade ou propriedade de eficaz; eficiência; sendo que é eficaz aquilo que produz o efeito desejado ou que age com eficiência<sup>4</sup>.

**Eficiência:** ação, força, virtude de produzir um efeito; eficácia<sup>5</sup>.

Os pontos de contato entre um e outro conceito já demonstram o inter-relacionamento entre os efeitos e os recursos necessários para alcançá-los. Mais do que isso, é nítido o enfoque de alocação de recursos para a consecução dos fins pretendidos, o que é um tema de interesse das ciências econômicas. No mesmo sentido, parte da discussão na literatura estrangeira sobre a questão da eficiência se dá sob o influxo de uma análise econômica do direito.

No campo das ciências econômicas, esses conceitos têm a seguinte concepção:

**Economicidade:** qualidade do que é econômico, do que diz respeito à economia; consistindo no estudo da maneira como as pessoas adquirem as necessidades e comodidades materiais, dos problemas que encontram ao fazê-lo e das maneiras como estes problemas podem ser contornados; e, em uma acepção mais estreita, o estudo de alocação de recursos escassos à satisfação das necessidades

---

<sup>1</sup> Republicado por haver saído com incorreções na RPGE n. 58.

<sup>2</sup> Fiscal de tributos estaduais, mestrando em direito pela UFRGS.

<sup>3</sup> Segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, em Novo Dicionário da Língua Portuguesa, 2. ed., 30. Impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975. p. 617.

<sup>4</sup> Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1097.

<sup>5</sup> Novo Dicionário, ... p. 620.

<sup>6</sup> Novo Dicionário, ... p. 620.

<sup>7</sup> Novo Dicionário, ... p. 620.

humanas<sup>6</sup>.

Eficiência: tem duas acepções: alocativa, consistente na produção da melhor combinação de bens a partir da melhor combinação possível de insumos; e técnica, em que se traduz por prover o máximo produto com os recursos e tecnologia disponíveis, anulação de moção de desperdício e gerência mal feita<sup>7</sup>. Alguns autores valem-se apenas dessa última concepção<sup>8 9</sup>.

No debate que se estabeleceu a partir de uma perspectiva econômica do direito, discute-se se a eficiência é um princípio de conteúdo jurídico. Para alguns autores, é o princípio determinante do direito<sup>10</sup> e da atividade judicial<sup>11</sup>. Para outros, maximizar a riqueza social não faz nenhum sentido como objetivo social<sup>12</sup>.

Sob o enfoque estritamente jurídico, há quem entenda o princípio da eficiência como subprincípio da proporcionalidade<sup>13</sup>. Na literatura, vamos encontrar que o dever de proporcionalidade estrutura-se em três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Uma medida é adequada se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado pretendido; necessária se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos<sup>14</sup>; e estritamente proporcional se, relativamente ao fim

---

<sup>6</sup> Economia, Paul Wonacott & Ronald Wonacott, Yeda Rorato Crusius & Carlos Augusto Crusius, São Paulo: McGraw Hill do Brasil, 1982, p. 679.

<sup>7</sup> Economia, p. 680.

<sup>8</sup> E.g. N. Gregory Mankiw, Introdução à Economia, Rio de Janeiro: Campus, p. 151: "propriedade da alocação de um recurso em maximizar o excedente total recebido por todos os membros de uma sociedade. Não se pode esquecer que ele afirma ainda que "A questão da eficiência se refere ao fato de saber se o bolo é o maior possível. A questão da equidade é sobre se o bolo está dividido de maneira imparcial. Avaliar a equidade de um resultado de mercado é mais difícil do que avaliar sua eficiência. Enquanto a eficiência é um resultado objetivo que pode ser julgado de acordo com critérios exclusivamente positivos, a equidade envolve julgamentos normativos que vão além da economia e entram no domínio da filosofia política." (p. 152).

<sup>9</sup> Na mesma linha, Richard A. Posner, El análisis económico del derecho, Madri: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 18.

<sup>10</sup> Posner, ob. cit. p. 251, em que afirma que o compromisso do direito comum com a eficiência é forte, complementando com a noção de justiça como vinculada à eficiência, ao menos em uma acepção - p. 32.

<sup>11</sup> Richard A. Posner, The problems of jurisprudence, Harvard University Press, 1990, p. 360-361.

<sup>12</sup> Ronald Dworkin, Uma questão de princípio, São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 393 - A riqueza é um valor?

<sup>13</sup> Observe-se a decisão assim emendada:

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. VALOR ÍNFIMO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DO IBAMA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 1º DA LEI Nº 9.469/97. INAPLICABILIDADE.

1. A tramitação de processo executivo de valor tão ínfimo não se justifica, pois fere o **Princípio da Eficiência, subprincípio do Princípio da Proporcionalidade**.

2. Posição jurisprudencial está contrária à deste e. Tribunal, à qual, ressaltando meu entendimento sobre a matéria, curvo-me em homenagem à uniformização da postura pretoriana da Corte.

3. O art. 1º da Lei nº 9.469/97 autoriza apenas o Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais a requerer a extinção de execução de valor igual ou inferior a mil reais.

4. Trata-se de mera faculdade e não obrigação, não sendo lícito ao juiz substituir o credor na valorização de seu interesse de agir, extinguindo o processo, sem julgamento do mérito.

5. Apelação provida. Sentença anulada.

(AC 1999.01.00.080705-4/PA, TRF 1ª Região, 3ª Turma Suplementar, Rel. Juiz convocado Carlos Alberto Simões de Tomaz, j. 22/8/2002, v.u., D.J. de 3/10/2002, p. 210), grifos apostos.

<sup>14</sup> Cfe. Humberto Ávila, em "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade", Revista Diálogo Jurídico, Ano I, v. I, nº 4, em <http://www.DireitoPulico.com.br>. Acesso em 15/4/2002. Publicado originalmente em Revista de Direito Administrativo, (215): 151-179, Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1999.

perseguido não restringir excessivamente os direitos envolvidos. Assim, por dizer respeito à alocação de recursos para atingir determinado fim, haveria alguma coincidência entre eficiência e adequação e/ou necessidade?

Em um desdobramento da teoria das normas, aponta-se um outro gênero seu, o de condição formal ou estrutural de aplicação de outras normas, no qual se enquadraria o princípio da proporcionalidade<sup>15</sup>. Se tomarmos a eficiência como um subprincípio do princípio da proporcionalidade ou como coincidente com algum(ns) de seus elementos, seria aplicável a mesma classificação?

Essas são as questões e incertezas que se apresentam de plano no exame do tema e em relação às quais se pretende encaminhar a definição de alguns pontos e qualificar a discussão no que não for possível responder aos questionamentos.

A necessidade de uma melhor fixação do conteúdo do princípio da eficiência já se faz sentir, pois é invocado como razão de decidir em diversas instâncias e relativamente a diferentes matérias<sup>16</sup>, independentemente da imprecisão de seu conceito.

## I) O TEMA NA DOCTRINA.

O princípio da eficiência enseja posicionamentos diversos da doutrina já desde antes da sua inclusão, modo expresso, em nossa Constituição, o que se deu por meio da EC 19/98. De lá para cá, alguns doutrinadores detiveram-se com maior ou menor atenção sobre o tema. Entretanto, longe se está de algum consenso sobre seu conteúdo.

Na doutrina estrangeira, a discussão se desenvolve em dois eixos: ou a eficiência é admitida como um princípio da administração pública, ou discute-se se ela encerra algum conteúdo jurídico e, em caso afirmativo, qual é ele.

---

<sup>15</sup> Ainda segundo H. Ávila, ob. cit.

<sup>16</sup> Como nas decisões assim ementadas.

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO OMISSIVO. AUTORIZAÇÃO. EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE RÁDIODIFUSÃO COMUNITÁRIA.

1. O exercício da atividade administrativa está submetido ao princípio da eficiência, nos termos do art. 37, caput, CF/88.

2. Configura-se ofensiva ao princípio da eficiência a conduta omissiva da autoridade competente, que deixa transcorrer longo lapso temporal sem processar pedido de autorização de funcionamento de rádio comunitária.

3. Ordem parcialmente concedida.

(MS 7765/DF, STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Paulo Medina, v. u., j. 26/6/2002, D.J. 14/10/2002, p. 183)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. INAMPS. AUTORIZAÇÃO DE INTERNAÇÃO HOSPITALAR. CADASTRAMENTO DE NOVOS LEITOS. NEGATIVA DE VERBAS. DEVER DE EFICIÊNCIA.

Demonstrado que havia 18 (dezoito) leitos disponíveis, os quais estavam aguardando tão-somente a liberação do órgão competente para regulares internamentos.

Restou comprovado que os auditores do INAMPS permitiam que a cobrança dos serviços de UTI fosse elaborada nas AIH'S.

A demora no cadastramento dos leitos, aproximadamente um ano e sete meses, ou seja, o quádruplo do tempo máximo estabelecido, ocorreu única e exclusivamente por culpa do INAMPS.

O dever de eficiência é o que se impõe à administração pública de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento, ou seja, não basta apenas a legalidade, exige-se resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade. (AC 2001.04.01.012451-6/PR, TRF 4ª Região, 4ª Turma, Rel. J. Valdemar Capeletti, v.u./v.m., j. 5/6/2001, DJ2 de 15/8/2001, p. 2207).

## A) No Brasil.

O dever de eficiência já era referido por Hely Lopes Meireles como sendo ...

... o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. Esse dever de eficiência, ..., corresponde ao “dever de boa administração” da doutrina italiana, o que já se acha consagrado, entre nós, pela Reforma Administrativa Federal do Dec.-lei 200/67, ... (MEIRELLES, **Direito...**, p. 68).

Deve-se lembrar que a opinião do ilustre administrativista é anterior à edição da EC 19/98.

Nesta mesma linha de entendimento encontramos a posição de Luís Henrique Martins dos Anjos e Walter Jone dos Anjos, para quem ...

Eficiência é uma diretriz consagrada antes da própria Constituição de 1988 e pela mesma foi recepcionada e ampliada também antes da Emenda Constitucional nº 19 no sentido de que a máquina administrativa seja dinâmica e ágil como contraponto à inerente burocracia existente em toda estrutura administrativa fruto de outros Princípios como Legalidade, Motivação, Hierarquia, Tutela, bem como indicando a utilização de recursos nem maiores nem menores do que o necessário para o Poder Público realizar suas funções, através de uma atividade planejada e coordenada em que se busque sempre a qualificação do serviço público. (ANJOS, **Manual de Direito ...**, p. 60).

Partindo da colocação de Hely Lopes Meireles, Maria Sylvia Zanella di Pietro acresce que ...

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. (DI PIETRO, **Direito ...**, p. 73).

Celso Ribeiro Bastos assevera que o princípio já poderia ser extraído do sistema de princípios que regem a Administração Pública, antes mesmo da EC 19/98, e que, ao analisar as modificações por ela introduzidas...

... pode-se concluir que a grande preocupação concentra-se na Administração Pública, ou seja, buscam-se melhores resultados em suas atividade, com a substituição dos obsoletos mecanismos de fiscalização dos processos pelo controle dos resultados, sempre tendo em vista a realização do interesse público. (BASTOS, **Curso ...**, p. 80).

Em sentido oposto, restringindo o alcance do princípio, tem-se a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello, concebendo-o “... na intimidade do princípio da legalidade”, também mencionando o princípio da boa administração do Direito Italiano (MELLO, **Curso** ..., p. 104).

Entre um e outro extremos encontramos ainda Odete Medauar, para quem

...

... o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções. (MEDAUAR, **Direito Administrativo** ..., p. 152).

Referindo também a existência do tema fora do Brasil, Diógenes Gasparini descreve que ...

Conhecido entre os italianos como “dever de boa administração”, o princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade. (GASPARINI, **Direito** ..., p. 19).

Lúcia Valle Figueiredo entende que o legislador da EC 19 teria pretendido dizer que a Administração deveria agir com eficácia, mas isto é inerente à função administrativa. Entretanto, somando-se o princípio ao disposto no art. 70, que trata do controle exercido pelos Tribunais de Contas, afirma que ...

Deveras, tal controle deverá ser exercido sobre a legitimidade e economicidade; portanto, praticamente chegando-se ao cerne, ao núcleo, dos atos praticados pela Administração Pública, para verificação se foram úteis o suficiente ao fim a que se preordenavam, se foram eficientes. (FIGUEIREDO, **Curso** ..., p. 60).

Visões mais recentes do princípio da eficiência aprofundam sua conceituação. Paulo Modesto, por exemplo, assevera que ...

Eficiência, para fins jurídicos, não é apenas o razoável ou correto aproveitamento dos recursos e meios disponíveis em função dos fins prezados, como é corrente entre os economistas e os administradores. A eficiência, para os administradores, é um simples problema de otimização de meios; para o jurista, diz respeito tanto à otimização dos meios quanto à qualidade do agir final. (MODESTO, **Notas** ..., p. 54).

Conclui conceituando o princípio como sendo ...

a exigência jurídica, imposta à Administração Pública e àqueles que lhe fazem as vezes ou simplesmente recebem recursos públicos vinculados

de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização das finalidades públicas que lhes forem confiadas por lei ou por ato ou contrato de direito público. (Ob. cit., p. 55).

Alexandre Moraes, em recente obra, define o princípio como sendo ...

... aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia, e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir maior rentabilidade social. (MORAES, **Direito** ..., p. 108).

Como se vê, várias são as posições dos administrativistas brasileiros. Essa diversidade retrata a dificuldade de delimitação do princípio. No entanto, sintetizando as colocações doutrinárias, observa-se a presença constante das seguintes idéias:

1) Imanência do princípio como consequência do poder-dever de agir, o que seria atestado também pelo reconhecimento de sua existência em outros ordenamentos;

2) A procura dos melhores resultados, o que é associado por muitos à eficácia.

3) O dever de agilidade, dinamicidade, rapidez do agir, enfatizando uma dimensão temporal do princípio.

4) A noção de melhor utilização de recursos, ou o ponto ótimo de seu aproveitamento ou rendimento, o que se enquadra no enfoque dado ao princípio pelos adeptos de uma concepção situada no campo das ciências econômicas.

5) A noção de economicidade, na esteira da coincidência de conceitos que se repete também aqui.

6) A eficiência seria o repositório de outros princípios ou deveres, como legalidade, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação, eficácia, desburocratização e busca da qualidade. Para um dos autores, essa qualidade seria voltada ao agir final.

Acerca dessa síntese cabe ponderar, ainda, que mesmo os autores que vislumbram uma certa imanência da eficiência não a relacionam com outras concepções também imanentes como justiça e igualdade, mas radicam-na no poder-dever de agir.

O administrador a quem foi conferida competência para agir, tem o dever de fazê-lo, é certo. Mas como estabelecer a vinculação deste dever a uma ou outra conduta, mesmo se pautadas por diferentes níveis de eficiência? Bastaria atingir o resultado pretendido, então? Bastaria que o administrador agisse, em direção à finalidade, para que fosse eficiente? Essas são questões que até o momento permanecem como um desafio àqueles que se debruçam sobre o assunto.

De outro lado, a idéia de economicidade traz no seu bojo a questão da otimização dos recursos. E dentre os recursos administrados há uma menção repetida à noção de rapidez, que conduz por sua vez à agilidade e dinamicidade. Talvez por

se constituir em um critério de aferição de eficiência do serviço muitas vezes relegado a segundo plano, ou porque o tempo não é comumente determinado para a execução das tarefas mais cotidianas da administração, há uma certa ênfase nesse aspecto por parte dos doutrinadores citados.

Assim, mesmo as condutas que traduziriam mais objetivamente o conteúdo do princípio, segundo um posicionamento mais homogêneo na doutrina, suscitam também dificuldades para estremá-lo de outros conceitos.

## B) No exterior.

Alexandre Moraes<sup>17</sup> faz um bom apanhado do tema nas constituições de outros países, citando as Constituições da Espanha (art. 103), em que há referência ao princípio da eficácia, assim como a de Portugal (art. 267, 2); de Filipinas (art. IX, B, seção 3), com menção expressa à eficiência; e do Suriname (art. 122), em que há a incumbência ao conselho de ministros de preparar e executar uma política eficiente.

Na Itália, o art. 97<sup>18</sup> da Constituição prevê o dever de bom andamento da Administração Pública, traduzido por Massimo Giannini como princípio da regularidade. Este autor, entretanto, tem uma visão um tanto restritiva do mesmo. Segundo ele<sup>19</sup>, seria uma norma que se dirige ao legislador em primeiro lugar. Seria dirigida à Administração, mas não enquanto desenvolva uma atividade institucional, apenas quando da atividade de organização de si mesma mediante atos gerais ou particulares. Assim, o princípio de regularidade teria um alcance bastante limitado. Refere, ainda, que tal princípio é uma originalidade da Constituição Italiana, mas que não foi aplicado pelos juízes<sup>20</sup>.

A discussão mais acirrada se dá no âmbito da *common law*. Claramente, há um embate entre partidários da análise econômica do direito (Posner), e seus opositores (e.g. Dworkin, Rawls e Finnis).

Para Richard Posner, a produção normativa é compulsada pela idéia de riqueza, considerada esta em um sentido bastante amplo, não apenas monetário<sup>21</sup>. A maximização da riqueza, tendo em vista o sentido comum atribuído à eficiência (melhor nível de resultados atingido com os recursos disponíveis), é a ela associada. Para ele, o legislativo se guia por redistribuição de riqueza e o judiciário por sua maximização<sup>22</sup>, ainda que não a tome por objetivo explícito, pois mesmo quando não observada, a busca da eficiência moverá aqueles não favorecidos pela decisão judicial. Assim, a atividade judiciária, realimentada pelos precedentes gerados, tenderia a se alinhar com a busca da eficiência.

De outro lado, o autor afirma que várias concepções de justiça e equidade

<sup>17</sup> MORAES, *Direito ...*, p. 106-107.

<sup>18</sup> 97. - I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.

<sup>19</sup> *Derecho Administrativo*, v.1, Madri: Ministerio para las Administraciones Publicas, 1991, p. 114.

<sup>20</sup> *Ob. cit.*, p. 115.

<sup>21</sup> Richard A. Posner, *The problems ...*, p. 356.

<sup>22</sup> Richard A. Posner, *The problems ...*, p. 360.

são rótulos para maximização da riqueza<sup>23</sup>. Assim, se poderia pensar que mesmo a atividade legislativa, quando pautada por esses “ideais”, também estaria alinhada com a eficiência.

A crítica mais contundente parte de Dworkin. Valendo-se de alguns dos mesmos exemplos usados por Posner, demonstra que a maximização da riqueza pode ser até mesmo maior em um ambiente injusto<sup>24</sup>. Vai mais além, demonstrando que a riqueza não é um valor a ser considerado na *common law*. Afirma ainda que a eficiência não serve de parâmetro para a prestação jurisdicional<sup>25</sup>.

Uma crítica mais branda é empreendida por John Rawls, para quem “... o princípio da eficiência não pode, por si só, servir como concepção de justiça.” (RAWLS, **Uma Teoria ...**, p. 75). Para o autor, a eficiência não é indesejável, mas somente se justifica enquanto estiver vinculada ao princípio da diferença, ou seja, mudanças no rendimento da sociedade são admitidas apenas enquanto se prestarem a melhorar a situação dos menos favorecidos.

John Finnis coloca a eficiência como uma exigência da razão prática. Cada um deve causar o bem no mundo (promover o bem comum) mediante ações que sejam eficientes para alcançar seus propósitos razoáveis<sup>26</sup>. Nesse sentido, sua visão está mais para a efetividade somada à eficácia.

Esses autores demonstram que a eficiência não é, juridicamente, um fim em si mesma e que só ganha conteúdo jurídico quando associada a uma concepção de justiça. Isso pode conduzir a duas interpretações: a eficiência não pode estar desvinculada da eficácia, servindo esta como indicadora dos fins pretendidos pela sociedade e que traduziriam sua concepção de justiça; ou a eficiência deveria corresponder a uma noção de justiça balizada pelo atendimento aos interesses a que se voltam os recursos manejados.

Pode-se afirmar, portanto, que partindo da relação entre eficiência e justiça e sua submissão à promoção do bem comum, fim maior do Estado, e considerando que sua busca é empreendida mediante restrições mútuas ao direito de liberdade de cada um, que contribuem para a soma de recursos que serão manejados com este fim, decorre que o aproveitamento desses recursos deve ser realizado de modo a trazer o máximo retorno. Não por uma simples questão de justiça, mas em reciprocidade à consentida restrição das liberdades individuais. Ou seja, é uma noção estritamente vinculada à idéia de administração de recursos alheios. O gestor, nessa situação, deve buscar a atitude mais produtiva possível, respeitados os fins desejados e acordados por todos, que representam a concepção de justiça e bem comum.

## II) CONFIGURAÇÃO NORMATIVA.

### A) Na Constituição Federal.

Na Constituição Federal encontramos a referência à eficiência, de forma

<sup>23</sup> Idem.

<sup>24</sup> Dworkin, **Uma questão ...**, p. 359-360 e 375-379.

<sup>25</sup> Ob. cit. p. 399-434.

<sup>26</sup> Ley natural y derechos naturales, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000, p. 141.

expressa, em quatro dispositivos; quais sejam: arts. 37; 74, II; 126, § único; e 144, § 7º. Também merece menção o art. 70, por estar relacionado ao art. 74.<sup>27</sup>

Importante seja procedido um exame em conjunto dos dispositivos citados, para que daí possam ser extraídas algumas conclusões.

Em primeiro lugar, os comandos citados são voltados para os três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Em segundo lugar, dizem respeito a pelo menos uma atividade-fim de cada poder. Exige-se do juiz que compareça ao local de litígio, para eficientemente promover a prestação jurisdicional; exige-se que a lei preveja a organização e funcionamento dos órgãos de segurança de modo a garantir sua eficiência; exige-se do poder legislativo, assim como dos demais, é verdade, que, em relação ao controle interno da gestão orçamentária, opere com eficiência, mas não se pode desconhecer que a fiscalização orçamentária dos demais poderes é tarefa precípua desse poder. Mais especificamente, o art. 70 da Constituição menciona que esse controle será exercido quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, que, como já se viu, pode se constituir em um dos sinônimos da eficiência.

Em terceiro lugar, verifica-se pela análise do texto constitucional, que a eficiência não pode ser tomada como sinônimo de eficácia, ou mesmo como contendo em seu bojo a legitimidade e a legalidade. O art. 74, II, é específico em atribuir a cada um dos poderes a obrigação de comprovar e avaliar a gestão orçamentária quanto à eficácia e eficiência, devendo comprovar a legalidade e avaliar os resultados. Do mesmo modo, o art. 70 aparta a eficiência da legalidade e da legitimidade.

Em quarto lugar, constata-se que o art. 74 está a sugerir que a eficácia está vinculada à avaliação do atingimento dos resultados legalmente previstos (sim ou não), enquanto a eficiência dirige-se à avaliação qualitativa dos mesmos (grau). Não haveria sentido em colocá-lo aqui ao lado do controle orçamentário, já que o orçamento constitui-se na lei que determina os recursos a serem aplicados às finalidades nele previstas o que já dimensiona a eficiência como um controle do

---

<sup>27</sup> **Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

**Art. 70.** A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

**Art. 74.** Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - *omissis*

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

**Art. 126.** Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça designará juízes de entrância especial, com competência exclusiva para questões agrárias.

*Parágrafo único.* Sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio.

**Art. 144.** A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

emprego desses recursos, ou seja, como um mecanismo de avaliação da maneira de maximizá-los em atenção aos fins desejados.

Assim, pode-se dizer, tomando por base as palavras de Paulo Modesto<sup>28</sup>, que a eficiência está voltada ao agir final da Administração Pública de modo satisfatório. Não basta ter atingido o fim, é preciso que isso se dê em um nível compatível com as demandas públicas.

Por último, o art. 37 sugere que os princípios da legalidade e impessoalidade não se confundem com o princípio da eficiência. A legalidade diz respeito aos fins e meios, mas se esgota nas disposições do legislador enquanto a eficiência invade a discricionariedade do administrador nas lacunas da lei, compulsando seu agir. Já a impessoalidade seria referente aos destinatários administrados e aos agentes administradores, enquanto a eficiência diria respeito aos meios de que se valem esses para realizar os fins públicos destinados àqueles, qualificando seu agir final.

Assim, esse é o conteúdo constitucional do princípio que, somado às considerações ontológicas já esboçadas, nos permitirão definir seus contornos com mais precisão.

## **B) Na legislação infraconstitucional.**

Sem a pretensão de arrolar exaustivamente as normas infraconstitucionais em que detectada a presença do princípio, cumpre referir que a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, desde a EC 7/95, abriga menção ao princípio da economicidade, ao lado da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da legitimidade, da participação, da razoabilidade, e da motivação.

A Constituição do Estado do Tocantins cita expressamente o princípio da eficiência e a Constituição do Estado de Rondônia menciona incumbir ao Poder Público assegurar a efetividade do requisito de eficiência na prestação direta e indireta dos serviços públicos<sup>29</sup>.

Já a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, alinha a eficiência como princípio a ser seguido, ao lado da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público.

No inciso VI de seu art. 2º indica como critério a adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Essa idéia de adequação é um pouco diversa daquela adotada para um dos elementos do princípio da proporcionalidade. De certa forma englobaria aqueles elementos de adequação e necessidade, com uma distinção. Enquanto aqui se toma como limite o interesse público, lá o parâmetro é dado por todos os direitos envolvidos, públicos e particulares.

---

<sup>28</sup> Modesto, Notas ...

<sup>29</sup> Moraes, Direito ... , p. 107.

A lei 9.784/99 trouxe ainda disposição interessante no tocante a um dos aspectos que a doutrina enfatiza no conteúdo do princípio: a celeridade, ou agilidade. Em seu art. 49 estabelece o prazo de 30 dias para a Administração decidir, após terminada a instrução do processo administrativo.

Assim, identifica-se uma conduta objetiva que traduz o alcance do princípio, ao lado de uma distinção importante para com um dos elementos do princípio da proporcionalidade.

## **CONCLUSÕES.**

### **A) Conteúdo.**

1) A eficiência deita suas raízes na própria noção de Estado, se entendido esse como constituído para a busca do bem comum. Nos Estados modernos os indivíduos limitam sua esfera de liberdade visando ao bem da coletividade. Assim, o administrador, de modo a melhor justificar as privações individuais de liberdade, deve maximizar o uso dos recursos comuns na consecução dos fins acordados pela sociedade.

2) A eficiência não tem conteúdo jurídico se desvinculada das concepções de justiça, bem comum e de eficácia, se entendermos essa como os fins pretendidos pela atuação da Administração Pública.

3) O princípio em estudo embute a noção de maximização do uso de recursos em atenção aos fins e, nesse aspecto, coincide com a noção de economicidade.

4) A eficiência traz em si, ainda, o aspecto de satisfação do administrado na consecução dos fins pretendidos.

5) A eficiência não deve ser confundida com eficácia, legalidade, legitimidade, imparcialidade e neutralidade, como prevêem vários dos dispositivos analisados e as distinções precedentes.

6) A doutrina nacional considera como elemento objetivo da eficiência a celeridade, a agilidade.

7) Com referência a seu posicionamento relativamente ao princípio da proporcionalidade, a eficiência é mais do que a adequação, pois ultrapassa a eficácia (na medida em que se deve produzir o efeito pretendido de modo satisfatório), e não coincide plenamente com a necessidade, pois enquanto essa diz respeito à menor oneração dos interesses envolvidos, a eficiência se refere à maximização dos recursos disponíveis. Poder-se-ia até pensar numa zona de superposição, na medida em que os interesses públicos envolvidos são no sentido de maximizar os recursos e os interesses particulares consistiriam em que o seu uso fosse o melhor possível de modo a não demandar maiores restrições às liberdades de cada um dos já onerados na obtenção dos meios utilizados.

8.1) Em seu primeiro aspecto (item 1 retro), que leva em conta até mesmo a concepção de Estado e coisa pública, a eficiência seria um postulado da Administração Pública, uma condição para seu agir.

8.2) Em seu segundo aspecto (item 3 retro), corresponderia a um princípio, pois deveria considerar a ponderação da satisfação dos administrados e as possibilidades materiais de atendê-las.

8.3) Portanto, a eficiência traz essas duas dimensões normativas: é um postulado e um princípio.

## **B) Funções.**

9) A eficiência é um comando para todas as esferas de poder.

10) A busca da eficiência não pode ser restringida às atividades-meio da Administração Pública, mas deve atingir seus fins últimos e de modo satisfatório. Não basta a maximização dos meios, os resultados devem ser compatíveis com o que se espera das políticas públicas. Nesse ponto, distingue-se da mera efetividade (produzir um efeito, qualquer que seja) e da eficácia, pois o efeito deve ser produzido de acordo com parâmetros aceitáveis. Serve, portanto, como medida da realização dos interesses públicos.

## **C) Controle: mecanismos e o princípio como fundamento.**

11) Quanto aos meios, entendemos que o controle da eficiência deve se dar principalmente através da motivação e finalidade dos atos administrativos. É por seu intermédio que se poderá aferir a maximização dos recursos disponíveis e o atendimento aos fins pretendidos. Corroborando esse entendimento, deve-se enfatizar que há um aspecto muitas vezes não explicitado nos fins no que diz respeito à satisfatoriedade dos mesmos em relação às demandas sociais. O administrador não pode ficar indiferente a isso, pois, como deflui da etiologia do princípio, sua ação deve respeitar os esforços de todos para alcançar o bem comum. Novamente, entendemos que esse agir poderá ser valorado em face de sua motivação.

Calha ainda um breve comentário acerca do controle judicial exercido com fundamento no princípio da eficiência.

Dado ser recente a sua expressa inclusão na Constituição Federal, são escassas as decisões invocando-o. Os precedentes jurisprudenciais (e. g. MS 7765 e AC 2001.04.01.012451-6, já citados) permitem observar uma certa tendência observada na jurisprudência: fixam-se em elementos objetivos da legislação, como o tempo de resposta ou de ação, limitando o exame do mérito dos atos administrativos a esses dados. Fora desse âmbito, não se encontram decisões acerca da necessidade de maximização dos recursos públicos, estritamente, embora se reconheça o dever de eficiência. Não se formula um juízo crítico acerca das possibilidades de uso dos recursos. Apenas quando são apresentadas alternativas concretas ao magistrado, a decisão pode se embasar na adoção de uma ou outra, considerando a economicidade dos recursos<sup>30</sup>. Nesse sentido, a jurisprudência se inclina pela impossibilidade de

<sup>30</sup> Ver, por exemplo, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, os agravos de instrumento de números 70001051960, 70001056050 e 70003552726

apreciação do ato quanto a esse aspecto. Não se questiona se o uso dos recursos foi sequer razoável<sup>31</sup>.

É interessante notar que a jurisprudência do STF não toma, expressamente, o princípio como razão de decidir, até mesmo em decorrência de sua recente introdução. Menções à eficiência são encontradas em julgados referentes à qualidade da defesa técnica do réu no processo penal, ações de desapropriação<sup>32</sup>, e, mais recentemente, na apreciação da ADIn 1851<sup>33</sup>. Nesse julgado, a decisão, de certa forma, levou em conta o princípio da eficiência como manifestação da economicidade.

O enfoque da eficiência em relação ao uso da propriedade privada, tão comum nas ações de desapropriação, enseja até mesmo uma análise quanto ao dever de eficiência em correlação ao bem comum, tendo em vista a sua estreita vinculação, como já referido. Entretanto, essa abordagem ultrapassa o escopo desse trabalho, restrito ao âmbito da administração pública.

## BIBLIOGRAFIA

ANJOS, Luís Henrique Martins dos; ANJOS, Walter Jone dos. **Manual de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Ano I, v. I, n. 4, em <<http://www.DireitoPulico.com.br>>. Acesso em 15/4/2002.

<sup>31</sup> Ver, por exemplo, do STJ, ROMS 3339 / RO (DJ 28/2/2000, p. 92), RESP 169876 / SP (DJ 21/9/98, p. 70), MS 7409 / DF (DJ 4/2/2002, p. 274).

<sup>32</sup> Ver, por exemplo, HC 74674/SP (DJ 22/10/99, p. 58), HC 76898/SP (DJ 7/12/2000, p. 5); MS 23391/PR (DJ 24/11/2000, p. 88) e MS 22193/SP (DJ 21/3/96, p. 47160).

<sup>33</sup> TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CLÁUSULA SEGUNDA DO CONVÊNIO 13/97 E §§ 6.º E 7.º DO ART. 498 DO DEC. N.º 35.245/91 (REDAÇÃO DO ART. 1.º DO DEC. N.º 37.406/98), DO ESTADO DE ALAGOAS. ALEGADA OFENSA AO § 7.º DO ART. 150 DA CF (REDAÇÃO DA EC 3/93) E AO DIREITO DE PETIÇÃO E DE ACESSO AO JUDICIÁRIO.

Convênio que objetivou prevenir guerra fiscal resultante de eventual concessão do benefício tributário representado pela restituição do ICMS cobrado a maior quando a operação final for de valor superior ao do fato gerador presumido. Irrelevante que não tenha sido subscrito por todos os Estados, se não se cuida de concessão de benefício (LC 24/75, art. 2.º, INC. 2.º). Impossibilidade de exame, nesta ação, do decreto, que tem natureza regulamentar. A EC n.º 03/93, ao introduzir no art. 150 da CF/88 o § 7.º, aperfeiçoou o instituto, já previsto em nosso sistema jurídico-tributário, ao delinear a figura do fato gerador presumido e ao estabelecer a garantia de reembolso preferencial e imediato do tributo pago quando não verificado o mesmo fato a final. A circunstância de ser presumido o fato gerador não constitui óbice à exigência antecipada do tributo, dado tratar-se de sistema instituído pela própria Constituição, encontrando-se regulamentado por lei complementar que, para definir-lhe a base de cálculo, se valeu de critério de estimativa que a aproxima o mais possível da realidade. A lei complementar, por igual, definiu o aspecto temporal do fato gerador presumido como sendo a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte substituído, não deixando margem para cogitar-se de momento diverso, no futuro, na conformidade, aliás, do previsto no art. 114 do CTN, que tem o fato gerador da obrigação principal como a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. O fato gerador presumido, por isso mesmo, não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final. Admitir o contrário valeria por despojar-se o instituto das vantagens que determinaram a sua concepção e adoção, como a redução, a um só tempo, da máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, **eficiência** e celeridade às atividades de tributação e arrecadação. Ação conhecida apenas em parte e, nessa parte, julgada improcedente.

(Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, v.m., j. 8/5/2002, DJ 22/11/2002, republicado em 13/12/2002, p. 60 ) grifos apostos.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002..

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle de. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FINNIS, John Mitchell. **Ley natural y derechos naturales**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GIANNINI, Massimo Severo. **Derecho Administrativo**. Madri: Ministerio para las Administraciones Publicas, 1991. v. 1.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 31, 2001.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Madri: Fondo de Cultura Económica, 2000.

POSNER, Richard A. **The problems of jurisprudence**. Cambridge,

Massachussets: Harvard University Press, 1990.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Lisboa: Editorial Presença, 1993.

WONACOTT, Paul et al. **Economia**. São Paulo: McGraw Hill do Brasil, 1982.



**TRABALHOS FORENSES**



## EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE CAXIAS DO SUL /RS

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pessoa jurídica de direito público interno, através de seu procurador signatário, vem, perante Vossa Excelência, ajuizar

### AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

contra a **FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CGC/MF sob o N.º 88.648.761/0001-03, situada na Rua Francisco Getúlio Vargas, n.º 1130, Bairro Petrópolis, Caxias do Sul, onde recebe citações na pessoa de seu presidente, pelos fatos e fundamentos que passa a aduzir:

#### I - DOS FATOS

A Lei Estadual n.º 6.764, de 22 de novembro de 1974 (doc. 1), autorizou o Estado do Rio Grande do Sul, sob determinadas condições, a doar uma gleba de terras onde estava localizada a Estação Experimental de Vitivinicultura e Enologia do Estado do Rio Grande do Sul.

Com base no referido diploma legislativo, o Estado doou dois imóveis à Fundação Universidade de Caxias do Sul - UCS: (i) um de 348.845,69 metros quadrados e (ii) outro de 4.183,84 metros quadrados, versando o caso dos autos acerca desta última área: terreno urbano constituído pelo lote número trinta e quatro do quarteirão número mil, novecentos e vinte e sete, sem benfeitorias, com frente ao norte, à rua Irma Zago, e ao oeste, à rua Conselheiro Dantas, com a qual forma esquina (matrícula n.º 13199, melhor descrito no doc. 2).

O Estado do Rio Grande do Sul, sob condições expressas, doou o terreno para que nele fosse viabilizada a ampliação do Campus Universitário n.º 2, da Fundação Universidade de Caxias do Sul. A **destinação** do terreno vem expressa na cláusula Quarta da Escritura Pública de Doação n.º 2.239, com registro no Terceiro Tabelionato da Comarca de Caxias do Sul (doc. 3).

Contudo, além da cláusula não ter sido cumprida, a UCS locou o imóvel doado à empresa Serrana Materiais para Construção Ltda., a qual construiu um prédio sobre o terreno, desenvolvendo ali, atualmente, sua atividade comercial (doc. 4).

Assim, além de não cumprir os encargos impostos no contrato de doação, a Fundação auferiu lucro com a locação do bem que outrora fora público.

## II - DA UTILIZAÇÃO DO MEIO ADEQUADO PARA A RESCISÃO DA DOAÇÃO

Preliminarmente, impera fazer-se uma análise da adequação da via eleita para rescindir a doação.

O objeto do processo, como se verá, é a rescisão de contrato de doação, bem como a indenização pela exploração econômica indevida do imóvel (enriquecimento sem causa).

Tratam os autos de situação peculiar: contrato de doação com encargo de bem imóvel, devidamente averbado no registro de imóveis, celebrado há longa data com importante instituição de ensino da região.

Embora se saiba que, em tese, a Administração Pública pode valer-se da via administrativa para rescisão de contrato não cumprido, no caso dos autos, a melhor alternativa, privilegiando-se as garantias constitucionais do administrado e a razoabilidade, é a opção pela via judicial.

Tratando da via adequada à rescisão dos contratos administrativos por inadimplemento, DIOGENES GASPARINI (*in Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 5ª ed, 2000, p. 574) assim disserta:

*“O motivo do pedido de rescisão judicial é, essencialmente, o inadimplemento. Uma parte descumpra suas obrigações e dá direito à outra de pleitear judicialmente rescisão e o ressarcimento correspondente. Mas nada impede que o contratado finque seu pedido na ilegalidade do contrato ou que a administração embase sua pretensão na ilegalidade do ajuste ou no interesse público. A ação é de rito ordinário e podem ser cumulados, por exemplo, pedidos de indenização, de retenção e de compensação.”*

Incide aqui o permissivo insculpido no inciso III do art. 79 da Lei n.º866/93, que disciplina os contratos administrativos, também aplicável às doações<sup>1</sup>, *in verbis*:

*“Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:  
III - judicial, nos termos da legislação”*

No mesmo sentido, a possibilidade de buscar-se a via judicial para rescindir-se doação pelo descumprimento de encargo encontra-se expressamente prevista no art. 474 do CC, sendo desnecessária a interpelação judicial quando existente cláusula resolutiva expressa no contrato, como no caso em tela<sup>2</sup>, *in verbis*:

*“Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.”*

<sup>1</sup> “Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.”

<sup>2</sup> Estabelece a escritura de doação na alínea “f” da cláusula Quarta (fl. 27v.) que “o não atendimento da destinação e da exigência previstas sob letras “a” e “d”, implicará no retorno dos imóveis doados ao domínio e posse do Estado, sem que assista à donatária, direito a qualquer indenização”.

Ademais, houve enriquecimento injustificado da donatária com a locação do terreno doado à empresa privada, desatendendo-se não somente ao encargo da doação como também ao fim último que a ensejou: o interesse público. Tal enriquecimento implica no poder-dever da Administração de promover ação indenizatória, pleito que só pode ser veiculado através da via judicial.

De concluir-se, pois, que a via processual eleita é, além de possível, a mais adequada, podendo-se, ainda, cumular pretensão indenizatória.

### III - DO MÉRITO

#### 1. Da Doação com Encargo:

A matéria versada nos autos traz à tona questão relativa às doações, em especial à doação conhecida na doutrina como modal ou com encargo, expressamente prevista art. 553 do novo Código Civil (art. 1180, Código Civil Brasileiro revogado), assim redigido:

*“Art. 553. O donatário é obrigado a cumprir os encargos da doação, caso forem a benefício do doador, de terceiro, ou do interesse geral.”*

Aliás, a utilização pela Administração Pública de cláusulas condicionais nos contratos administrativos firmados com particulares vem sendo empregada em larga escala não apenas nas doações, como nas mais diversas espécies de contratos e atos administrativos. Tal não ocorre somente no Brasil, como também em outros países de forte cultura jurídica publicística.

Segundo o aclamado jurista alemão HARTMUT MAURER (*in Allgemeines Verwaltungsrecht, Beck, CH, 14., überarbeitet und ergänzte Auflage, 2002, p 123*) pode a Administração perseguir determinados objetivos por celebração de contrato administrativo com determinação acessória. Exatamente este o caso dos autos, onde buscou-se através da doação alcançar fim público: a melhor qualificação dos estudantes da região, através de uma medida: doação de terreno utilizado na ampliação das instalações da universidade.

A doação efetuada pelo Estado do Rio Grande do Sul à Fundação Universidade de Caxias do Sul foi executada em face de condições e visando ao interesse público. A finalidade pública, aliás, faz-se presente em todos os atos e contratos administrativos, devendo orientar a ação do administrador, mesmo quando os pratique revestidos de formas do Direito Privado.

Aliás, sobre a utilização dos institutos de direito privado, cabe trazer à baila a lição de AGUSTÍN GORDILLO (*in Tratado de Derecho Administrativo, vol. 3, Buenos Aires, Machi, 1974, p. 39*), o qual assevera a inexistência de possibilidade jurídica de se submeter a Administração apenas às normas de direito privado, qualquer que seja o contrato celebrado. Para o autor, os contratos celebrados pela Administração Pública têm um regime primordial de direito público, existindo, todavia,

gradações quanto à sua intensidade.

Nessa esteira a doutrina de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (*in Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo, Atlas, f. 242), que a respeito do tema assim preleciona:

*“Esta característica está presente em todos os atos e contratos da Administração Pública, ainda que regidos pelo direito privado; às vezes pode ocorrer que a utilidade direta seja usufruída apenas pelo particular, como ocorre na concessão de uso de sepultura, mas, indiretamente, é sempre o interesse público que a administração tem que ter em vista, sob pena de desvio de poder. No exemplo citado, o sepultamento adequado, nos termos da lei, é do interesse de todos e, por isso mesmo, colocado sob tutela do poder público.”*

Passo além de a administrativista da escola de São Paulo, LÚCIA VALLE DE FIGUEIREDO (*In Extinção dos Contratos Administrativos*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 21), ao mencionar que (*in verbis*):

*“À Administração Pública descabe, em qualquer circunstância, o absoluto nivelamento com o particular, por haurir exatamente do direito administrativo sua competência para contratar, como um dos meios, um instrumental posto a seu serviço, a fim de que possa perseguir seus desideratos. Consequentemente, encontra-se ela manietada aos fins que lhe cumpre implementar.”*

Quanto ao atendimento do interesse público, de importância ímpar a lição de RENATO ALESSI (*in La revoca degli atti amministrativi*, 2ª ed., Milão, Giuffrè, 1956, p. 226 e ss), para o qual a administração tem por função a realização do interesse coletivo primário, que não se confunde com interesses secundários, quer seja o interesse público secundário, do aparelho estatal, quer o interesse do particular. Para o administrativista italiano, a peculiaridade da posição jurídica da Administração Pública reside precisamente nisto: em que sua função consiste na realização do interesse coletivo primário. A realização de um interesse secundário, público ou privado, dá-se coincidentemente com o interesse coletivo primário, ou porque o ordenamento jurídico erigiu o interesse secundário em interesse coletivo primário.

## **2. Do Descumprimento do Encargo da Doação – Consequências Jurídicas:**

O Estado do Rio Grande do Sul, sob condições expressas, visando atingir fim público, doou o terreno para que nele fosse viabilizada a ampliação do Campus Universitário n.º 2, da Fundação Universidade de Caxias do Sul. A **destinação** do terreno vem expressa na cláusula Quarta da Escritura Pública de Doação n.º 2.239, com registro no Terceiro Tabelionato da Comarca de Caxias do Sul (doc. 3).

Assim dispõe a cláusula supracitada:

*Quarta: Que, as condições referidas na cláusula anterior, constantes da Lei citada, são as seguintes: a) (...); b) que, os imóveis objeto desta doação, deverão ser utilizados na ampliação do "Campus Universitário n.º 2, da Fundação Universidade de Caxias do Sul; c) (...)"*. Sublinhei.

Como se vê, por simples leitura e com esforço teleológico mínimo, o imóvel sucintamente descrito deveria ter sido utilizado na ampliação do Campus. A regra é cogente, é a do "dever ser". Tal comando estabelece para a Fundação donatária a obrigação de dar ao imóvel o destino com o qual foi indelevelmente marcado.

Relevante mencionar-se que a doação não foi realizada com a condição de que os recursos advindos de eventual locação viessem a ser utilizados na ampliação do Campus Universitário ou que tais recursos fossem revertidos para a consecução dos objetivos fundamentais da Fundação (utilização indireta), como argumenta o Sr. Reitor (doc. 5).

Conforme salientou em seu brilhante parecer o colega Procurador do Estado, Milton Tieppo, "se assim fosse, seria possível, inclusive, locar toda a área doada, o Campus Universitário em si, para alguma empresa de prestação de serviços, ou quiçá a uma indústria para que fosse construída na área doada uma fábrica onde se industrializassem objetos metálicos ou plásticos ou mesmo para que uma empresa hoteleira se utilizasse da gleba para fins de hospedagem." (doc. 6)

Segundo a argumentação do ilustre colega, com os recursos advindos da locação da área, que, em tese, poderia ser por tempo indeterminado, a Fundação, então, daria consecução aos seus objetivos fundamentais que vêm expressos no art. 2º de seu Estatuto:

*"Art. 2º - A fundação Universidade de Caxias do Sul tem por finalidade realizar e desenvolver a educação, a pesquisa e extensão, em todos os níveis e campos do saber, bem como a divulgação científica, técnica e cultural, por todos os meios, inclusive de tele e radiodifusão com fins exclusivamente educativos, podendo realizar os serviços e atividades-meio para a consecução desses fins, dentro dos valores cristãos, filantrópicos e democráticos da civilização, não permitindo a discriminação por motivo de convicção filosófica, política e religiosa, de classe ou etnia."*

Vê-se, claramente, que os imóveis foram doados, impossibilitando outra interpretação da alínea "b" da cláusula Quarta da Escritura de doação senão a literal. Entendimento diverso levaria ao desvirtuamento da lei autorizativa e do contrato originário, que determinavam a utilização direta do imóvel na ampliação do Campus Universitário. Trata-se de utilização direta portanto, e não indireta, sob pena de revogação.

CAIO MÁRIO (*in Instituições de Direito Civil*, volume II, 5ª edição revista e atualizada, Editora Forense, 1978, pág. 281) ensina: "Cumprir em parte pode ser o mesmo que não cumprir, porque o credor tem direito a todo o devido, e pode se não considerar satisfeito se algo falta na prestação do devedor, da mesma forma que um cumprimento por modo diferente do devido ou uma execução retardada não

libera o sujeito passivo do poder que sobre ele criou o vínculo obrigacional.”

Resta, pois, saber se as referidas condições são resolutivas ou suspensivas.

Claramente, a condição estipulada, que revestiu a doação, é da modalidade resolutiva expressa<sup>3</sup>, ou seja, o domínio do imóvel foi repassado à Fundação desde o momento em que o Estado do Rio Grande do Sul manifestou unilateralmente sua vontade de doar (vontade que se substanciou no R.1/13199, de 17 de setembro de 1980 – doc. ); todavia, com a condição de retorno caso verificado o desvirtuamento da destinação.

A condição é expressa e legal, dispondo sobre tal matéria a Lei n.º 6.764/74 e a escritura pública antes citada.

Contudo, demonstra o contrato de locação (doc. 4), somente agora conhecido, que a Fundação locou o imóvel para a empresa Serrana Materiais para Construção Ltda., que sobre o terreno construiu um prédio, desenvolvendo ali, atualmente, sua atividade comercial (doc. 4).

Assim, além de descumprir encargo expressamente previsto no contrato, a donatária utilizou o imóvel por longa data com objetivos completamente diversos da finalidade pública que ensejou sua doação. Presentes, portanto, dois ilícitos: (a) o descumprimento encargo e (b) o desvio de finalidade.

Urge, pois, dar-se efetividade ao comando condicional inserto na Escritura de Doação n.º 2.239, que prevê a reversão do imóvel sem que assista à donatária qualquer direito de indenização.

Tal comando, aliás, encontra assento no art. 562 do Código Civil, assim redigido:

*Art. 562. A doação onerosa pode ser revogada por inexecução do encargo, se o donatário incorrer em mora. Não havendo prazo para o cumprimento, o doador poderá notificar judicialmente o donatário, assinando-lhe prazo razoável para que cumpra a obrigação assumida.*

Além de haver disposição expressa de reversão do bem doado na própria escritura, com assento no art. 562 do Código Civil, incide aqui o expressamente previsto na Lei n.º 8666/93, também aplicável às doações<sup>4</sup>, que disciplina os contratos administrativos, *in verbis*:

*Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:  
I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;  
III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;*

<sup>3</sup> Estabelece a escritura de doação na alínea “f” da cláusula Quarta (fl. 27v.) que “o não atendimento da destinação e da exigência previstas sob letras “a” e “d”, implicará no retorno dos imóveis doados ao domínio e posse do Estado, sem que assista à donatária, direito a qualquer indenização”. Por óbvio que as alíneas “a” e “d” referem-se às exigências, quais sejam, que a imissão da Fundação na posse dos imóveis deveria se dar de forma gradual (alínea “a”) e que a Fundação deveria preservar as áreas verdes da área doada (alínea “d”). A condição determinante, que é a destinação, por outro lado, vem expressa na alínea “b” do artigo quarto, já analisada.

<sup>4</sup> “Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.” (Lei 8.666/93)

#### *IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento:*

Já bem antes dos referidos dispositivos legais, dissertando acerca das conseqüências do descumprimento do encargo na doação, PONTES DE MIRANDA (in *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, Tomo XLVI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 212) refere que o *modus* pode ter qualquer determinação por termo ou condição, podendo ser rescindido quando o donatário não adimple o *modus*, momento em que o doador pode exigir a resolução do contrato, com a conseqüente restituição do bem doado.<sup>5</sup>

Nesse sentido vem se posicionado de forma pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de que é exemplo o voto do Min. Humberto Gomes de Barros, em caso análogo (doação de terreno para indústria), proferido no julgamento do REsp. 56.612-6-RS, Primeira Turma, DJ de 6.3.1995, *in verbis*:

*“...Na hipótese, a inalienabilidade resultou da lei, cujo escopo era estimular a atividade industrial no Município.*

*Ao tempo que se tornou o imóvel suscetível de alienação, ou diploma legal deixou clara a circunstâncias: a transferência da propriedade, resultante de doação, teria caráter resolúvel.*

*Vale dizer: o objeto reverte, automaticamente, ao patrimônio municipal, caso sua utilização para o fim que justificou a alienação deixe de ocorrer, no prazo estabelecido no contrato (Art. 5º).*

*Em outras palavras, a inércia do donatário opera condição resolutiva da doação.*

*O contrato administrativo que consumou a doação do imóvel à ora recorrente explicitou o condicionamento e fixou prazo de cumprimento dos encargos. Não honrado o compromisso, o negócio é desconstituído automaticamente.”*

### **3. Do dever de indenizar o Estado pelos lucros auferidos com a locação do imóvel**

#### ***“nemo locumpletari potest cum aliena jactura”***

O brocardo latino acima referido expressa o que a doutrina há longa data convencionou chamar de proibição de enriquecimento sem causa, correspondendo ao incremento do patrimônio de alguém em detrimento do patrimônio de outrem, sem que exista uma causa juridicamente idônea.

A proibição de enriquecimento injustificado vem se perpetuando nos ordenamentos jurídicos dos Estados civilizados desde tempos imemoráveis, encontrando-se hoje expressamente previsto no art. 884 do novo Código Civil, assim redigido:

---

<sup>5</sup> O saudoso jurista salienta ainda, que “a equidade exige que não se exerça a pretensão à devolução do bem doado a) se o demandante criou a situação ou b) se o donatário alega e prova, em exceção, que a satisfação da pretensão contra ele exercida implicaria ficar sem outros meios para se manter, ou para prover de alimentos as pessoas perante as quais tem dever de prestá-los”. tal situação, contudo, por óbvio não ocorre no caso dos autos.

*“Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”*

Está hoje assente que o enriquecimento sem causa independe da natureza do ato de onde procede, definindo-se como “todas as situações por virtude das quais uma pessoa obtém certa vantagem de natureza patrimonial a expensas de outra” (v.g., J. M. Antunes Varela, *in Direito das Obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, n.º 65, p. 194).

No caso dos autos, preencheu-se o suporte fático da norma invocada em decorrência da percepção irregular de alugueres do imóvel doado, pois além de descumprida a cláusula existente no contrato de doação, deu-se ao bem público destinação completamente diversa daquela que norteou a doação.

Conforme se depreende do documento em anexo (doc. 4), foi firmado, já no ano de 1988, com a empresa Serrana Materiais para Construção Ltda., contrato de locação do imóvel doado. Desde aquela data, vem a Universidade auferido lucros provenientes do desvio de finalidade na utilização do bem público doado.

Claro se apresenta, pois, o dever da demandada em indenizar o Estado pelos acréscimos patrimoniais decorrentes da exploração indevida do bem doado, restando perquirir-se sobre quais parâmetros deve ser fixada a indenização, tarefa de fácil realização, tendo em vista a clareza do disposto no art. 884 do Código Civil, *in verbis*:

*“Art. 884 - aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”*

O parâmetro indenizatório é, obviamente, todo o montante auferido pela UCS com a locação do bem doado, corrigido monetariamente.

Com efeito, para Hely Lopes Meirelles (in *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 22ª ed., p. 530), “a justa indenização inclui, portanto, o valor do bem, **suas rendas**, danos emergentes e lucros cessantes, além dos juros compensatórios e moratórios, despesas judiciais, honorários de advogado e correção monetária”.

Ademais, é preciso salientar que acrescem ao valor da indenização juros nos termos do art. 406 do novo Código Civil, assim redigido:

*“Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.”*

Contudo, os juros moratórios, que são devidos desde que haja atraso no pagamento da condenação, não se confundem juros compensatórios (12% ao ano), que correm desde a data em que se passou a auferir renda pela exploração indevida

do bem doado.

Aqui cabe trazeremos à baila a lição de Juarez Freitas (*in Estudos de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, p. 95 e 97), o qual observa com acerto, em lição perfeitamente aplicável em linhas gerais ao novo Código Civil, que *“de seu turno, os juros moratórios são aqueles sobejamente conhecidos, que se destinam a cobrir a renda da verba indenizatória não paga tempestivamente. Fixados em seis por cento ao ano, correm a partir do momento em que se cristaliza o tardar no pagamento, vale dizer, desde o trânsito em julgado. A matéria resultou pacificada, além de noutros, em enunciados do STJ (Súmulas 113 e 114). Aspecto útil que merece ser posto em destaque é o de que a incidência dos juros moratórios não se caracteriza como anatocismo, não se impondo, neste quadro, a aplicação da Súmula 121 do STF. É que os juros compensatórios, nada obstante a superposição e servirem de base de cálculo, convém reiterar, integram a própria indenização, cuja mora se pune pelos respectivos juros moratórios”*.

Logo, os juros são cumuláveis, pois se destinam a indenizações diferentes: os compensatórios cobrem lucros cessantes pela ocupação do bem; os moratórios destinam-se a cobrir a renda do dinheiro não pago do devido tempo.

## **VI- DOS PEDIDOS:**

Ante o exposto, requer se digne Vossa Excelência determinar:

- a) a citação da demandada, na pessoa de seu presidente, para contestar a presente ação, sob pena de recai-lhe os efeitos da revelia;
- b) a procedência total do pedido, com a revogação da doação e a devida averbação na matrícula do imóvel.
- c) a condenação da demandada no pagamento de indenização dos valores recebidos a título da locação indevida do bem doado, desde o momento em que celebrado o contrato de locação, acrescida dos juros (moratórios e compensatórios) e correção monetária.
- d) a condenação da ré no pagamento de custas processuais e honorários na ordem de 20% sobre o valor da condenação e demais consectários previstos em lei;
- e) a produção de todas as provas admitidas em direito, especialmente, as provas pericial, documental.

Atribui-se à causa o valor da alçada.

Nesses termos, pede deferimento.

Caxias do Sul, 25 de novembro de 2003.

**ERNESTO JOSÉ TONIOLO,**  
**PROCURADOR DO ESTADO**  
OAB/RS – 54.701



**PARECERES**



## PARECER Nº 14092

INDENIZAÇÃO DE COLONOS INSTALADOS EM TERRAS INDÍGENAS E QUE FORAM POSTERIORMENTE DESAPOSSADOS. PARECER Nº 12733 - VERENA NYGAARD: MANUTENÇÃO.

1. Prefacial: não se confundindo as áreas objeto das Ações Cíveis Originárias nºs 449 e 462 com as áreas objeto da consulta, e, ainda, não havendo risco de influência do resultado jurídico de tais ações nas áreas da presente consulta, pode haver exame de mérito.

2. Mérito. Não havendo modificação na situação jurídica que ensejou Parecer anterior desta PGE, não há razão para alteração no entendimento já apresentado. Esclarecimentos acerca da interpretação do referido Parecer. Distinção fática que não modifica a conclusão jurídica pelo ressarcimento de herdeiros e/ou adquirentes de Rufino de Almeida Mello, indevidamente alojado em terras que, na verdade, eram pertencentes ao toldo indígena de Serrinha.

### 1. Relatório

Abrem os expedientes solicitações do Secretário Executivo do FUNTERRA para abertura de processo administrativo para indenização de agricultores residentes na área do toldo indígena de Serrinha. Desde a edição do Parecer PGE nº 12733 - Verena Nygaard, esta tem sido a praxe administrativa.

Juntados documentos, inclusive avaliação dos imóveis, procedida pela Seção de Vistoria e Avaliação da Divisão Agrária do Gabinete de Reforma Agrária e Cooperativismo (GRAC).

Sobrevém manifestação da assessoria jurídica do GRAC apontando elementos que não teriam sido considerados no Parecer nº 12733 e solicitando, por parte desta PGE, reexame do problema, com as seguintes perguntas:

“a) O Estado do Rio Grande do Sul deve continuar a indenizar os Agricultores que tinham suas terras na área pertencente a Rufino de Almeida Mello;

b) Em caso positivo, qual o fundamento legal para este pagamento.”

Em face dos questionamentos apontados, remete o Sr. Secretário Extraordinário da Reforma Agrária e do Cooperativismo o expediente a esta PGE. É o relatório.

### 2. Fundamentação

Cinge-se a questão a apreciar, em face dos fundamentos trazidos pela assessoria jurídica do GRAC, se é ou não o caso de se revisar o Parecer PGE nº 12733, da lavra da Procuradora do Estado, ora aposentada, Verena Nygaard.

#### 2.1. Prefaciais

De início, cumpre ressaltar que todos os pedidos de indenização apreciados nos expedientes aqui em questão se referem a áreas de terras localizadas no chamado

toldo indígena de Serrinha. Segundo o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa (Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1986), “toldo”, além da acepção mais usual, também é “aldeamento de índios já semicivilizados”. Bem de se dizer, também, que há diversos toldos indígenas no Estado, e a questão jurídica que os envolve pode variar segundo este dado.

Ainda, necessário, a título prefacial, o exame de outra situação: a existência de duas Ações Cíveis Originárias, tramitando no STF, ajuizadas pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) contra o Estado e outros. A pertinência do exame destas ações é que, caso o pedido ou o objeto de alguma delas tenha influência nos pleitos indenizatórios aqui formulados, ou, ainda, caso a decisão a ser dada também possa vir a produzir quaisquer efeitos na questão que aqui se estuda, a presente consulta deverá ficar sustada até o julgamento do(s) processo(s).

Examino, pois, cada uma destas ações.

### **2.1.1. A Ação Cível Originária nº 442**

A ACO nº 442 foi ajuizada em abril de 1991. A contestação do Estado, da lavra da Procuradora do Estado Eliana Donatelli Del Mese, foi apresentada em fevereiro e 1992. Da leitura da petição inicial, verifica-se que o objeto do pedido da referida ação é a declaração de inconstitucionalidade do Decreto Estadual nº 658, de 10 de março de 1949, alterado parcialmente pelo Decreto Estadual nº 13.795, de 10 de julho de 1962, que criou a Reserva Florestal de Nonoai em solo indígena; ainda, como pedido adicional, pretende a FUNAI que os índios sejam recolocados na posse da área desmembrada, e uma indenização aos legítimos usufrutuários. Consta, a propósito, da petição inicial:

“Pretende, assim, provar que a RESERVA FLORESTAL está ilegalmente encravada na Reserva Indígena de Nonoai, e, desde sua criação restringiu o direito à posse dos índios, causando-lhes enormes prejuízos e locupletamento ao Estado do RS.”

Esta ação atualmente acha-se com os autos no Juízo Federal de Passo Fundo, a quem conferida delegação pelo Ministro-Relator do STF para produção de provas. Foi realizada uma perícia antropológica, aguardando-se manifestação das partes. Futuramente, deverão os autos ser devolvidos ao STF para julgamento.

Como se observa, há uma delimitação geográfica na referida ação, ou seja, o toldo de Nonoai. O toldo de Nonoai situa-se no extremo norte do Estado (quase divisa com Santa Catarina), em áreas dos municípios de Nonoai e Planalto.

Importa, portanto, verificar se, do ponto de vista geográfico, existe contigüidade, continência ou proximidade do toldo objeto dos presentes expedientes (Serrinha) e o toldo de Nonoai. O toldo de Serrinha se situa nos municípios de Ronda Alta, Constantina, Engenho Velho e Três Palmeiras; é uma área, portanto, bem distante do toldo de Nonoai, e, por suposto, da reserva florestal criada pelo

decreto atacado na ação acima tratada.

Assim, como o objeto da ação é puramente a declaração de inconstitucionalidade de decreto que especifica determinada área, que em nada se confunde com a área de que tratam os presentes expedientes, tenho que o resultado da Ação Cível Originária não terá qualquer influência no pleito indenizatório aqui formulado. Ademais, o objeto jurídico do pedido tampouco poderá ter influência sobre o presente caso.

### **2.1.2. A Ação Cível Originária nº 469**

De outra banda, há a Ação Cível Originária nº 469, também ajuizada pela FUNAI em maio de 1994. A contestação do Estado foi elaborada pelo Procurador do Estado Justino Adriano Farias da Silva, e apresentada em outubro de 1994. Da petição inicial, observa-se que o pedido é distinto daquele formulado na ACO 442: pretende a FUNAI a declaração de inconstitucionalidade “de atos administrativos que extinguíram terras indígenas e nulidade de títulos outorgados a particulares, em favor da Comunidade Indígena Kaingang do extinto ‘Toldo Indígena Ventarra’, localizado no atual Município de Erebangó, RS, (...)”.

A parte da inespecificidade (ou mesmo imprecisão) do pedido quanto a apenas mencionar “atos administrativos” sem delimitar quais seriam estes atos, o que de todo o modo já foi objeto da contestação, observa-se que do ponto de vista geográfico o objeto da ação destina-se exclusivamente ao toldo de Ventarra (convém ressaltar, no entanto, que, dos pedidos, aparece menção a Serrinha, não obstante nenhum fundamento no corpo da petição a ela se refira, o que permite a conclusão de que se tratou de erro material de digitação), que, na mesma linha do caso anterior, não se confunde com o toldo de Serrinha. Erebangó (Ventarra) sequer é limítrofe com de Ronda Alta, Constantina, Engenho Velho e Três Palmeiras (Serrinha).

Por conseguinte, concluo no mesmo sentido que o item anterior, ou seja, o resultado da Ação Cível Originária não terá qualquer influência no pleito indenizatório aqui formulado.

### **2.2. Mérito**

Aptos estão os expedientes, portanto, a que seja apreciado o mérito da consulta.

Início transcrevendo importantes passagens do referido Parecer nº 12733 - Verena Nygaard:

“Terras indígenas. Indenização. Legalidade.

(...)

3. Foi com a Constituição de 1988 - e, diga-se de passagem, graças às pressões internacionais - que a situação do índio começou realmente a mudar em todo o Brasil.

Por sua vez, a Constituição estadual contém regra expressa quanto às

terras indígenas, ao mandar, no art. 32 do ADCT, que o Estado realize o reassentamento dos pequenos agricultores assentados em áreas colonizadas ilegalmente pelo próprio Estado em terras indígenas.

4. A apertada síntese que até aqui fizemos dos antecedentes históricos da problemática indígena com o objetivo, tão somente, de situar a questão suscitada na presente consulta, tem por base o extenso e minucioso - para não dizer exaustivo - Relatório do Grupo de Trabalho instituído pelo Decreto nº 37.118, de 30 de dezembro de 1996, cujas conclusões se encontram anexadas ao expediente.

Tendo a incumbência de oferecer alternativas ao Governo 'para o ressarcimento dos colonos que forem retirados das áreas indígenas' e que hoje, com sua exploração da atividade rural, tornaram-se a mais importante fonte de arrecadação para diversos municípios, o Grupo de Trabalho concluiu por enunciar três opções: a) reassentamento; b) indenização da terra e c) reassentamento com financiamento para complementar a aquisição de área correspondente ao módulo regional. Em face da intensidade das pressões, tanto dos agricultores e Prefeitos municipais, como também dos índios, no sentido da urgência de uma solução do impasse, já que, não só os conflitos se agravavam dia a dia, como também o Banco do Brasil suspendera os financiamentos agrícolas nas áreas indígenas, o Governo optou pela alternativa da indenização, uma vez que o reassentamento demandaria mais tempo para se efetivar. Foi assim que, no final do ano de 1997, elaborou-se um cronograma para esses pagamentos, os quais se iniciaram com a área indígena de Votouro e Guabirola, nas quais foram indenizadas 116 famílias no curso de 1998. A próxima área, então prevista para ser indenizada, era a de Ventarra.

A indenização de que se trata é da terra nua, uma vez que, nos termos do art. 231, parágrafo 6º, in fine, da Constituição Federal, à União cabe indenizar as benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé, o que é feito através da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, após a demarcação da respectiva área.

As 116 famílias de Votouro e Guabirola já haviam abandonado suas terras há alguns anos, uma vez que as benfeitorias já tinham sido indenizadas pela FUNAI.

5. Não temos dúvidas em afirmar que o pagamento dessas indenizações aos agricultores obrigados a abandonar suas terras situadas em áreas indígenas é um ato legal.

Com efeito, está fartamente comprovado que foi por iniciativa do próprio Estado que tais terras vieram a ser alienadas aos colonos, que delas seriam legítimos proprietários, não fora a expressa cominação constitucional, desde a Emenda nº 1, de 1969, de nulidade de quaisquer negócios jurídicos que as tivessem por objeto. Não se questiona, assim, que os adquirentes o foram de boa fé, qualidade que se estende aos seus sucessores.

Além disso, tampouco se questiona que as terras em foco estejam situadas em áreas indígenas, já que, aqui também, fora do próprio Estado a iniciativa de demarcá-las no começo do século.

(...)

A suposição de que as áreas ocupadas pelos índios em 1934 coincide com as que foram demarcadas de 1911 a 1918, parece legítima, até prova em contrário, porque, ao que se sabe, é a partir de 1941, quando o Estado começou a vendê-las, que delas foram sendo gradativamente

desapossados pelos agricultores.

7.A nulidade dos títulos de propriedade em áreas indígenas, determinada por norma constitucional expressa, impõe que se recomponha a situação anterior, segundo princípio geral de direito enunciado no art. 158 do Código Civil, nestes termos:

‘Art. 158 - Anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado, em que antes dele se achavam, e não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente’.

No caso de compra e venda nula, a restituição ao estado anterior dá-se mediante a devolução do preço pago, de um lado e a entrega da coisa vendida, de outro.

Assim, tecnicamente, o pagamento de indenização aos agricultores corresponde, em realidade, à devolução do preço, que seria devida, inclusive, independentemente de considerações relativas à boa fé.

Entretanto, as circunstâncias em que se deram as aquisições, à época, quais sejam, o Estado vendendo bens relativamente aos quais não detinha o poder de disposição e os colonos estando de boa fé, fazem com que, além da devolução do preço, caiba, também, o pagamento de indenização, em sentido técnico, como decorrência de outro princípio geral de direito contemplado no art. 159 de Código Civil, verbis:

‘Art. 159 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano’.

8.É por essas razões que o pagamento de indenização aos agricultores instalados em áreas indígenas se afigura perfeitamente legal. (...)”

Este Parecer foi exarado em 07.10.1999, e aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 11.05.2000.

Já o questionamento da assessoria jurídica do GRAC vem assim formulado:

“(...) 9. A questão que se encontra posta no presente expediente é a possibilidade de se indenizar aos agricultores ocupantes da área que anteriormente pertencia a Rufino de Almeida Mello, pois os mesmos não juntaram aos autos nenhum documento que informe que a sua posse decorre de ato do Estado.

10. Em primeiro lugar deve ser destacado que o Estado do Rio Grande do Sul indeniza os colonos pois alienou terras que não eram suas, ou como expresso no parecer nº 12733:

‘Não temos dúvidas em afirmar que o pagamento dessas indenizações aos agricultores obrigados a abandonar suas terras situadas em áreas indígenas é um ato legal.

Com efeito, está fartamente comprovado que foi por iniciativa do próprio Estado que tais terras vieram a ser alienadas aos colonos, que delas seriam legítimos proprietários, não fora a expressa cominação constitucional, desde a Emenda nº 1, de 1969, de nulidade de quaisquer negócios jurídicos que as tivessem por objeto.’

11. Entretanto, o Estado não alienou nenhuma fração de terra para os colonos, pelo simples fato que já em 1941, considerava que a área em questão era de Rufino, como pode ser visto nos Subsídios ao Governo do Estado relativamente à QUESTÃO INDÍGENA no Rio Grande do Sul (doc. 04):

‘(...) Em 1941, por decisão administrativa que fixava em 75 ha, por

família indígena e 25 ha por índio solteiro maior de 18 anos ficaram os índios com 1.725 ha. Parcela maior de 6.24 ha foi destinada pelo então Interventor Federal, Cordeiro de Farias para reserva florestal e uma parcela de 602 há foi separada para legalização da posse da (sic) Rufino de Almeida Mello sob alegação de que se tratava de terras particulares, indevidamente incorporadas ao Toldo Indígena quando da sua demarcação.’.

Assim sendo, torna-se necessário que seja encaminhada a Procuradoria-Geral do Estado consulta para definir se existe a possibilidade de continuar pagando as indenizações, em terra ou em dinheiro, e qual o fundamento para tanto.”

Para melhor responder a consulta, é necessário sua devida compreensão. Para tanto, vejamos de que premissa se vale o consulente para chegar à conclusão de que a indenização, no caso das terras de Rufino de Almeida Mello, seria questionável: o fato de que o Estado não alienou as terras aos colonos (cujos herdeiros e/ou adquirentes, ora, aqui postulam ser indenizados) porque desde muito antes considerava que as terras seriam de Rufino.

Pelo que observo, a dúvida da consulta é se realmente as terras invadidas por Rufino pertenceriam ao toldo indígena de Serrinha. De outra parte, parte a assessoria jurídica consulente da equivocada premissa de que, para se dar a indenização, a terra indígena deveria ter pertencido ao Estado (ou, digamos, por ele ter sido desapropriada).

Como se verá a seguir, o ente público conivente (ou, talvez, até incentivador) com a invasão do Sr. Rufino de Almeida Mello.

Vejamos o que diz Ligia T. L. Simonian, no trabalho juntado aos expedientes, denominado “Serrinha: o processo expropriatório e a esperança dos Kaingang no exílio”, do qual extraio passagens bastante pertinentes para entendimento desta questão:

“O fazendeiro Rufino Almeida Mello destacou-se entre os usurpadores de vastas áreas de campo pertencentes aos Kaingang de Serrinha (MARTINS, 1883 apud SIMONIAN, 1981: 53), em que pese a existência de evidências contraditórias quanto à sua presença na área e sua relação com os indígenas. Rufino de Almeida Mello não só aparece como um criminoso destacado e odiado, mas também como um amigo dos índios. Segundo Athanagildo Pinto Martins, que foi diretor-geral de índios nos anos 1880, este invasor não só esteve se utilizando de uma área imensa de terra dos índios, mas também criando problemas para além da esfera dos interesses indígenas.

(...)

Amigo ou inimigo dos índios, Rufino de Mello acabou se apropriando de mais de 600 ha de terras de Serrinha (ver MAPA TOLDO DA SERRINHA, s.d.). Teriam os índios aceito a sua presença, como vinham aceitando uniões com brancos, pretos e caboclos pobres que adentravam-se em suas terras, ou Serafim Terra - o engenheiro que demarcou as terras do Toldo em 1912 - deixou de se referir à sua presença na área porque os índios se mantinham nas terras reivindicadas por este invasor

e por seus sucessores desde 1882 (SANTOS, 1942 apud SIMONIAN, 1980a: 7)? Interessa notar que as terras da chamada posse Rufino de Almeida Mello estariam localizada no interior do perímetro demarcado em 1912, pelo governo do estado para os índios de Serrinha, o qual contava na época com 11.950 ha (GONÇALVES, 1912: 151; MAPA TOLDO DA SERRINHA, s.d.; RIO GRANDE DO SUL, Secretaria de Agricultura do Estado, 1911). Talvez Serafim Terra não tenha se reportado ao referido invasor porque se deteve no relato da ação criminoso e sanguinária de Manoel Bento de Souza, um arrendatário das terras indígenas de Serrinha, que até pouco tempo tinha sido subdelegado de polícia.

(...)

Considerando-se como procedentes as informações de Serafim Terra, em 1911 os Kaingang de Serrinha mantinham uma ocupação bastante ampla, vivendo em agregados familiares tanto nos campos como na mata, não tendo, no entanto, o que ele denominou de 'toldo organizado' (TERRA apud GONÇALVES, 1911: 155). Mas por estes tempos os campos já se encontravam arrendados a Manoel Bento de Souza, ou ocupados por Rufino de Almeida Mello, quem este autor não se referiu. A população indígena estava bastante reduzida, com um total de apenas 150 pessoas. Segundo Serafim Terra, a causa primeira da baixa densidade populacional na área se devia às perseguições impostas aos indígenas, movidas especialmente pelo arrendatário acima referido (idem, ibidem).

Ao demarcar uma área de apenas 11.950 ha em 1912 para formar o Toldo Serrinha (GONÇALVES, 1912: 151; RIO GRANDE DO SUL, Secretaria de Agricultura do Estado, 1911), o governo estadual reconheceu os direitos dos expropriadores latifundiários. Os posseiros não-índios, que então detinham pequenas posses nas terras indígenas, onde viviam basicamente da agricultura de subsistência, foram deslocados, mais precisamente, foram 'suasoriamente afastados' e reassentados, segundo noticiou Torres Gonçalves (GONÇALVES, 1912: 119). No entanto, tal assentamento ocorreu em terras indígenas, até então integrantes do patrimônio dos Kaingang de Nonoai e de Serrinha, e que com a recente demarcação estavam sendo expropriados.

(...)

Em 1941, os indígenas de Serrinha tiveram suas terras reduzidas novamente, agora por ação direta do próprio estado. Com o pretexto de que o SPI estaria ampliando sua ação no estado e de que seus agentes estavam explorando as matas dos toldos indígenas, o interventor federal Cordeiro de Farias, em nome do governo de Vargas, pôs em prática uma revisão dos critérios para o estabelecimento de terras indígenas e assim também expropriou os Kaingang de Serrinha (MACHADO, 1963: 17). Falou na época em 'fixação definitiva' das áreas para Guarita, Nonoai e Serrinha. Um total de 75ha seria então destinado a cada família indígena, sendo que 25ha caberiam a cada índio solteiro e maior de 18 anos; o restante deveria ser revertido à formação de reserva florestal 'dando-se nelas aos índios o direito de caça e pesca (idem, ibidem).

(...)

Os Kaingang ali radicados ainda perderam mais 622 ha de terra para os herdeiros de Rufino de Almeida Mello, os quais tinham uma posse datada de 1882 reconhecida pelo mesmo processo administrativo

(...)"

Pois bem.

De um lado, não é o fato de o Estado alienar terra de sua propriedade o pressuposto para que seja reconhecido o direito à indenização. Do ponto de vista da terra, o pressuposto é o reconhecimento de que a área pertence a determinado toldo indígena (é o caso: Serrinha) e que neste lugar foram os índios em determinado momento histórico retirados, para alocação de colonos, com posterior reversão desta situação, gerando, aos referidos colonos, direito de indenização.

E, de outro lado, embora tenha sido realmente dito no relatório do Grupo de Trabalho criado pelo Decreto Estadual nº 37.118/96, denominado “Subsídios ao Governo do Estado relativamente à questão indígena no Rio Grande do Sul” que a área não pertenceria ao toldo (tal como transcrito pela assessoria jurídica do consulente), de fato ela, sim, pertencia à área indígena, como se infere dos estudos antropológicos acima transcritos.

Não se pode deixar de observar que houve a criação de um critério arbitrário pelo administrador da época ao fixar 25ha por índio e 75ha por família de índios para fixação da área de terras onde se reconheceria a área indígena. Este critério, pelo que se conclui da transcrição acima, não guardava consonância com a realidade antropológica fática. Na verdade, Rufino invadiu, sim terras indígenas e foi-lhe concedido um título de terras sobre áreas que pertenciam ao toldo indígena de Serrinha.

Por tal razão, da mesma forma que cabe indenização às situações retratadas no Parecer nº 12733, também cabe, pelo mesmo fundamento jurídico, e por diverso fundamento fático, indenização para o caso presente.

Assim, a meu juízo, permanece hígido para o caso presente o Parecer nº 12733, portanto. Nada justifica, por conseguinte, alteração ou revisão do referido Parecer. Desnecessário também, por conseguinte, que se reaprecie o mérito do ali contido, especialmente no tocante aos fundamentos jurídicos para a indenização, valendo os argumentos ali postos como suficientes para ensejar o ressarcimento dos ora requerentes.

3. Isso posto, concluo no sentido de não ser o caso de revisão do Parecer nº 12733. Nessa linha, respondo objetivamente os questionamentos formulados pelo GRAC: (a) sim, o Estado deve continuar a indenizar os agricultores que tinham suas terras na área pertencente a Rufino de Almeida; (b) o fundamento legal é o mesmo já trazido no Parecer nº 12733.

É o parecer.

Porto Alegre, 01 de setembro de 2004.

Luís Carlos Kothe Hagemann,  
Procurador do Estado

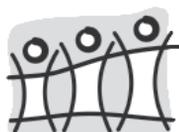
Processos nº 000660-0805/02-5  
000663-0805/02-3  
000747-0805/02-9  
001111-0805/02-5  
002241-0805/02-6

Acolho as conclusões do PARECER nº 14.092, da Procuradoria do Domínio Público Estadual, de autoria do Procurador do Estado Doutor LUÍS CARLOS KOTHE HAGEMANN.

Restituam-se os expedientes ao Excelentíssimo Senhor Secretário Extraordinário da Reforma Agrária e Cooperativismo.

Em 22 de outubro de 2004.

Helena Maria Silva Coelho,  
Procuradora-Geral do Estado



**CALABRIA**

Centro de Educação Profissional  
São João Calábria

Fone: (51) 3245-7222 - [www.calabria.com.br](http://www.calabria.com.br)



