

Revista do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha

ano 2, n. 3, jan./jun. 2008



Rua Os 18 do Forte, 2366
CEP: 95020-472 Bairro São Pelegrino
Caxias do Sul – RS – Brasil
Fone/fax: (0xx54) 2101.6000
fsg@fsg.br
www.fsg.br

Diretor:

Prof. Msc. João Dal Bello

Revista do Curso de Direito da FSG
Escola Superior de Ciências Jurídicas e Sociais

Coordenador:

Prof. Msc. Francisco Otaviano Cichero Kury

Conselho Editorial da Revista

Prof.^a Adriana Dreyzin de Klor
Universidade Nacional de Córdoba – Argentina –
Doutora em Direito

Prof. André Copetti
URI – Santo Ângelo – Doutor em Direito

Prof. Germano Schwartz
FSG – Pós-Doutor em Direito

Prof. Jorge Renato dos Reis
UNISC – Pós-Doutor em Direito

Prof. Leonel Severo Rocha
UNISINOS – Pós-Doutor em Direito

Prof.^a Marilise Pedroso Cesa
FSG – Mestre em Direito

Prof. Agostinho Oli Koppe Pereira
UCS – Doutor em Direito

Prof. Eduardo Dall’Alba
FSG – Doutor em Literatura Brasileira

Prof. Ingo Sarlet
PUCRS – Pós-Doutor em Direito

Prof. Júlio César da Costa Silveira
ESMP – Doutor em Direito

Prof. Luis Alberto Warat
Pós-Doutor em Direito

Prof. Francisco Otaviano C. Kury
FSG – Mestre em Direito

Editores da Revista

Prof. Germano Schwartz
Coordenador da Revista

Prof.^a Marilise Pedroso Cesa
Assistente de Coordenação

E-mail para remessa de artigos: revista.direito@fsg.br

R454 Revista do curso de direito da Faculdade da Serra Gaúcha.
-Ano 2, n. 3 (jan./jun.2008) –Caxias do Sul:FSG, 2008.
Semestral
ISSN 1982-1042
1Direito-periódicos I. Schwartz,Germano (Coord.)

CDU 34

Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Nara Rúbia Paranhos Pinto CRB-10/1585

*Todos os direitos reservados à Faculdade da Serra Gaúcha – FSG
Vedada a reprodução parcial ou total sem citação da fonte.
Os pareceres emitidos nos trabalhos assinados são de responsabilidade dos autores.*

Arte de capa: CenaDesign / Marco Cena
Distribuição e divulgação: Biblioteca da FSG
Produção e revisão gráfica e editorial: Suliani Editografia
Supervisão editorial: Conselho Editorial

Impresso no Brasil

Pede-se permuta / Pídesse canje / On demande échange / Wir bitten um austausch / Si richiede lo scambio

Sumário

Editorial.....	5
1. DOCTRINA NACIONAL	
Poder, Direito, Direitos Sociais.....	7
Bruno Heringer Júnior	
Função sócioambiental da propriedade: da propriedade privada clássica à propriedade ambiental	17
Fabiana Fachinetta Padoin e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger	
Desapropriações de terras rurais para reforma agrária por não cumprimento da função ambiental	29
Fabio Roberto Krzyszczak e Renato de Oliveira	
A função social do Direito e a questão da propriedade: expectativas normativas	47
Germano Schwartz e Rafael Machado Soares	
Aspectos jurídicos da antecipação terapêutica do parto nos casos de anomalias fetais incompatíveis com a vida	59
Graziela de Oliveira Köhler	
Legislação patrimonial e a construção de novos paradigmas para a identidade nacional	71
João Heitor Silva Macedo	
<i>A Guerra das Papeleras e a necessidade de harmonização da legislação dos Estados-Parte do Mercosul, particularmente, no que tange aos recursos hídricos como direito transindividual internacional.....</i>	81
Karen Müller Flores	

Tribunal do Júri – alterações pela Lei 11.689/08 e necessidade de aperfeiçoamento.....	95
Mari Oni Santos da Silva	
Breves considerações sobre o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório no processo administrativo	119
Patrícia Schoerpf	
A construção dos direitos a partir de um novo paradigma: um diálogo entre o sujeito e a sociedade.....	135
Tobias Damião Corrêa	
2. DISCENTES PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – FSG	
A dissonância entre a concepção legal e doutrinária do instituto jurídico do estabelecimento, com a prática jurídica, em busca de um conceito.....	149
Daniel Atti Perozzo	
A aplicação do princípio de autonomia da vontade no âmbito dos contratos internacionais em relação à escolha da lei aplicável e do foro de eleição	161
Marcelo Marchioro Stumpf Fernando Pedro Meineiro	
3. DISCENTES DA GRADUAÇÃO EM DIREITO – FSG	
Hipoteca: um instituto em decadência?.....	177
Franceska Damo Venzon, Márcia Ribeiro Jordão, Milena Guarani, Rocheli Balen e Laura Swiderek	
Lei Maria da Penha, uma abordagem histórica, crítica e consciente sobre a Lei	191
Francisco Fiedler de Vargas Lunardi e Joel Bercário Passos	
O desconhecimento do brasileiro em relação à sua Carta Constitucional	203
Jônatas Prates da Silva	
Curso de Direito da FSG – aliando teoria e prática.....	213
Fernando Meinero	

Editorial

A terceira edição da *Revista do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha* realiza a continuidade de um projeto acadêmico que, desde sua gênese busca reunir, semestralmente, as reflexões de mentes inquietas. Mais do que isso, pesquisadores multidisciplinares e em rede que, sob o enfoque de ciências próprias e dos recantos mais longínquos, analisam a dinâmica social das nações globalizadas; as antigas fórmulas que hoje despertam críticas que, hipotética e temporariamente, poderão gerar novas fórmulas, num permanente reconstruir das relações do homem com seu entorno.

E é assim que esta Revista, objetivando dar publicidade e promover o intercâmbio de conhecimentos, apresenta uma diversidade de temas relativos aos direitos materiais e ao processo, à saúde e ao meio ambiente, à preservação do patrimônio público e privado e sua função social, à participação política do cidadão e ao poder do Estado, à proteção dos direitos humanos.

De forma eclética, esta publicação recolhe textos produzidos por professores de diversas disciplinas e ciências, especialistas, mestres e doutores, da Faculdade da Serra Gaúcha – FSG e de outras Instituições de Ensino Superior, bem como de acadêmicos da graduação e pós-graduação do Curso de Direito da FSG que, igualmente, iniciam suas reflexões em temas que, positivamente, estremecem a, até então, estática do Direito, do Estado, das instituições, da sociedade e da cidadania.

^{*} Pós-Doutor em Direito (University of Reading). Coordenador do Curso de Direito da ESADE. Membro do Núcleo Estruturante e Professor em Direito Constitucional e História do Direito do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha. Professor do Mestrado em Direitos Fundamentais da ULBRA/CANOAS.

^{**} Mestre em Direito (Universidade de Caxias do Sul). Membro do Núcleo Estruturante e Professora em Direito Constitucional do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha.

Espera-se, com esta obra, dar continuidade a um trabalho que está ainda em construção, tendo em vista a fase de adaptação da Revista do Direito da FSG, de sua fase embrionária, às novas *Regras Qualis*. Por ora, anuncia-se, desde esta publicação, a alteração do Conselho Editorial. Para as próximas publicações, inaugurar-se-á a seleção de textos pelo sistema *Blind Peer Review*, tudo com o objetivo de manter e aprimorar a excelência da pesquisa científica produzida na Faculdade da Serra Gaúcha e promover o intercâmbio cultural no cenário acadêmico-científico do país.

Poder, Direito, Direitos Sociais

Resumo: Para a compreensão do fenômeno jurídico em sua integralidade, é importante contar com uma abordagem teórica que considere o papel do poder como modelador da evolução jurídica. O Direito Estatal, para dissimular as relações de poder que o conformam, acolhe demandas de segmentos sociais fragilizados, implementando-as à medida que a pressão social é exercida, como ocorre com os direitos sociais. Entretanto, naquelas situações em que inexistem grupos sociais mobilizados à sua concretização, é exigido dos agentes jurídicos compromisso ativo com sua implementação, sob pena de a instituição legal servir como mera cobertura ideológica de uma igualdade material apenas anunciada, mas sempre retardada. Mesmo que o atual sistema socioeconômico não comporte o atendimento de todas as promessas políticas, a participação implica exploração prudente da ordem jurídica, em busca da efetivação dos ideais de justiça que a integram.

Palavras-chave: Poder. Direito. Direitos Sociais. Poder Judiciário.

Abstract: To understand the legal phenomenon in its integrity, it is important to count upon a theoretical approach that considers the role of power as a shaper of the legal evolution. The law of the state, in order to dissimulate the relations of power that conform the very law, encompasses claims from weakened social groups, implementing them as the social pressure goes, as it happens with the social rights. In the situations, however, in which there are no social groups engaged in making social rights concrete, it is necessary to have lawyers committed to the implementation of these rights, in order to avoid that the law may serve as a mere ideological coverage of an equality that is only announced, but always postponed. Even if the current economic system does not fulfill all political promises, the participation implicates a prudent exploration of the legal order, in search of making effective the ideals of justice that form the very legal order.

Key words: Power. Law. Social rights. Lawyers.

1 Introdução

“As convicções são cárceres”,¹ afirmou Nietzsche, alertando acerca das armadilhas dogmáticas. Tal advertência deveria merecer maior atenção daqueles que manejam com o Direito, área de certa forma arreada a revisões e a críticas, principalmente quando se busca, fora das discussões acadêmicas, novos rumos para o enfrentamento jurídico de situações práticas.

* Mestre e doutorando pela UNISINOS. Promotor de Justiça. Professor da FSG e da FMP.

¹ NIETZSCHE, Friedrich. *O anticristo*. Lisboa: Guimarães, 1988. p. 108.

Contudo, a tarefa de desmitificação neste campo é árdua, porquanto pressupõe o enfrentamento de um saber que praticamente se limita à análise de textos normativos, sem preocupação com sua dimensão sociopolítica. E mesmo aqueles que se aventuram a uma visão mais ampla, valendo-se das contribuições teóricas das mais diversas disciplinas relacionadas ao Direito, dificilmente conseguem produzir um conhecimento que, como arte ou técnica, seja capaz de competir com as vias jurídicas tradicionais de solução de conflitos.

Parece ser fundamental, para enfrentar o fenômeno jurídico, tentar compreendê-lo em sua totalidade. O presente trabalho, assim, objetiva apresentar um entendimento do Direito frente ao poder, já que “é inegável que as relações de direito podem ser modificadas com a modificação das relações de força”,² avaliando os reflexos desta visão na implementação dos chamados direitos sociais.

2 Poder e direito

O direito é “secreção espontânea da sociedade”³ ensina determinada Sociologia do Direito, tentando fixar que “o verdadeiro autor da norma jurídica é menos o seu redator que o grupo social cujas aspirações este último traduz, formulando-as”.⁴

Considerando, porém, que as sociedades modernas apresentam elevado nível de complexidade, em que diversos grupos, classes e segmentos disputam preeminência para seus interesses e valores, a afirmação é de pouca utilidade para se precisar o mundo jurídico, pois privilegia a unidade e o consenso, olvidando que até mesmo o ordenamento jurídico-estatal contempla inúmeras contradições,⁵ solucionáveis das maneiras mais diversas, refletindo a sua conflituosidade interna – decorrência da social.

Dessa forma, um importante enfoque, capaz de revelar o Direito em sua realidade social básica, é o que parte da análise do poder, ou seja, o que busca precisar por que alguns valores e interesses são acolhidos e implementados pela ordem legal em prejuízo de outros – o que não significa

² BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 82.

³ ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 8.

⁴ LÉVY-BRUHL, Henry. *Sociologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1988. p. 112.

⁵ MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Lisboa: Estampa, 1989. p. 317-323.

negligenciar que também existem pautas de conduta observadas espontaneamente pela generalidade das pessoas.

Localizar o poder não é missão pequena, já que ele se caracteriza como uma “força proteica na sociedade. Raras vezes assume contornos nítidos e raras vezes deixa de encontrar oposição, mas é, de ordinário, parte de uma estrutura complexa de forças concorrentes e de manobras às vezes visíveis, às vezes ocultas, dentro de um sistema institucional que define e canaliza a luta pelo controle”.⁶

A dificuldade em fixar precisamente o poder, contudo, não impede que se suspeite de sua apropriação por segmentos, classes ou grupos sociais bem definidos. Como afirma Foucault, o poder “sempre se exerce em determinada direção, com uns de um lado e outros do outro; não se sabe ao certo quem o detém; mas se sabe quem não o possui”.⁷ Essa dificuldade não impede que se indiquem, aproximativamente, os segmentos sociais que definem os rumos de um Estado, como revela a descrição das “altas rodas”, feita por Wright Mills.⁸

É claro que não se pode simplificar as coisas, atribuindo o comando da sociedade a uma certa “classe dominante”, mas seria equivocado desconsiderar como preponderante a vetorização imposta pelos agentes econômico-financeiros, os quais, por isso, precisam ser adequadamente compreendidos.

Historicamente, a estruturação da sociedade ocidental, com suas instituições e visões de mundo, é fruto das conquistas técnico-científicas da revolução industrial, a qual propiciou um progresso vertiginoso, permitindo ao homem a realização de façanhas inconcebíveis no período imediatamente anterior. Concomitantemente, porém, operou-se concentração aguda da riqueza, sem que o modo de produção capitalista apresentasse um mecanismo eficiente para a sua superação.

Desde o princípio, os tipos de relações socioeconômicas daí decorrentes mostraram-se inclinados a generalizar-se. Atualmente, porém, a globalização atingiu o paroxismo, levando à uniformização de comportamentos nas mais diversas áreas e à livre circulação da riqueza, bem como pelo poder acumulado por empresas e organizações privadas, ao enfraquecimento da soberania da forma Estado-Nação.⁹

⁶ CHINOY, Ely. *Sociedade: uma introdução à sociologia*. São Paulo: Cultrix, 1993. p. 455.

⁷ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1989. p. 75.

⁸ WRIGHT MILLS, C. *A elite do poder*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

⁹ IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996. p. 68.

Esse processo avassalador e misterioso produziu o descrédito do “grande discurso”¹⁰ e um desencanto com a política, com todos os esquemas explicativos da realidade social, mostrando-se falhos. Perplexas, as pessoas passaram a valorizar seu cotidiano,¹¹ dando mais atenção à vida minúscula, residindo aí, talvez, a explicação para o desprestígio dos sindicatos e dos partidos políticos, entre outras entidades de mobilização coletiva.

Fragilizada, mas ainda politicamente insubstituível, a tutela jurídica, através do Estado, de certos interesses ou valores, não é garantida apenas pela força. Os grupos socialmente dominantes não conseguiriam fazer prevalecer sua vontade tão-somente pela *vis coactiva*: é preciso justificar essa situação. Para tanto, é elaborado um saber que faz com que os segmentos sociais preteridos passem a entender os valores e os interesses dos dominantes como representativos dos seus: missão dos intelectuais, no sentido gramsciano.¹² Também são aceitas demandas de excluídos, inserindo-as como direitos amparados pela ordem legal, desde que absorvíveis pela estrutura vigente; bem como é buscada a colaboração de grupos intermediários, entre os quais se sobressai a burocracia,¹³ oferecendo-lhes, em contrapartida, algumas vantagens políticas ou econômico-financeiras.

Nesse ponto, pode-se lançar mão do conceito de hegemonia,¹⁴ o qual explica o Estado como sociedade civil mais sociedade política, ou seja, consenso mais força. Em situações normais, o poder é exercido sem oposição eficiente, pois os demais membros da comunidade compartilham da visão de mundo do grupo dominante, mas, excepcionalmente, em épocas de crise, o manejo da força não é negligenciado como forma de manter o domínio. Essa ação coordenada dos segmentos sociais dominantes, porém, não significa que exista uma prática conspiratória articulada por eles, mas tão-somente uma convergência de estratégias particulares na busca de espaço e projeção de que resulta eventual unidade de atuação.

Nas sociedades contemporâneas, o Direito é um dos mais importantes mecanismos de simulação do poder,¹⁵ pois mistifica a lei ao entendê-la como expressão de uma vontade geral, escamoteando, assim, as verdadeiras

¹⁰ LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1990. p. 69.

¹¹ MAFFESOLI, Michel. *O tempo das tribos: o declínio do individualismo na sociedade de massa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 105.

¹² PORTELLI, Hugues. *Gramsci e o bloco histórico*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990. p. 83-102.

¹³ WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982. p. 229-282.

¹⁴ STACCONE, Giuseppe. *Gramsci – 100 anos: revolução e política*. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 89-94.

¹⁵ DUVERGER, Maurice. *Introducción a la política*. Barcelona: Ariel, 1987. p. 236.

razões de sua gênese ou ulterior concreção. Não é incomum, por exemplo, a previsão legal de direitos metaindividuais protetivos de interesses dos mais diversos segmentos da sociedade, sem que sua efetivação seja alcançada. Promete-se a partilha do produto social, mas, de concreto, nada – ou quase nada – é feito, o que escancara o modo de funcionamento do sistema jurídico: não basta a previsão legal para a eficiente mudança das condições de vida da população na direção da igualdade material, já que fatores reais de poder¹⁶ determinam quais normas irão vigorar de fato.

Se o pensamento até aqui desenvolvido estiver correto, dos aplicadores do Direito exige-se a perda da inocência. Toda manifestação da prática jurídica é reflexo de uma posição política, pois a todo conhecimento subjaz um interesse.¹⁷

Isso não significa propugnar por um voluntarismo na aplicação do Direito, mas tão-somente por uma exploração consciente da ordem jurídica, a qual – reflexo de uma sociedade pluralista e conflitiva – necessariamente acolhe valores e interesses diversos e até mesmo contraditórios. Como se indicou, demandas de grupos fragilizados são admitidas, juridicamente, pelo Estado, que tem de apresentar-se como representativo de toda a sociedade. O problema surge, na maioria das vezes, quando da efetivação dessas normas, momento em que as relações de força mais claramente se manifestam.

Contra a lógica do poder – que não é inelutável –, duas formas de oposição, segundo Robert Wolff, são possíveis: a constitucional e a violenta.¹⁸ Esta não apresenta interesse no atual momento histórico; aquela tem no sistema de justiça talvez um de seus campos de atuação mais importantes.

3 Direitos sociais

O modo como nascem e se tornam eficazes as normas legais não é facilmente percebido. Contudo, algumas delas revelam mais claramente as relações de poder que as geram e as realizam.

É o caso dos direitos sociais. Norberto Bobbio afirma que “o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta

¹⁶ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995. p. 59-60.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Lisboa: Edições 70, 1994. p. 136-137.

¹⁸ WOLFF, Robert. *A miséria do liberalismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990. p. 100-101.

de fundamento, mas a sua inexequibilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições”¹⁹.

A dificuldade de esses direitos tornarem-se realidade decorre não só da limitação material para atendê-los, como também – e principalmente – do reduzido poder de pressão de seus beneficiários, geralmente grupos fragilizados politicamente. Como já se mencionou, não são poucas as leis de alcance social carentes de eficiência prática existentes. Em contrapartida, alguns segmentos sociais titulares de interesses marginais, quando organizados como grupo de pressão, conseguem ter suas reivindicações encaminhadas.

Assim, dado o grau de difusão de certos direitos metaindividuais (saúde, educação, infância e juventude), não encampados por grupos determinados, somente a postura radical dos aplicadores do Direito (principalmente juízes e promotores de Justiça) propiciará sua implementação. Sem essa ação positiva, a efetividade desses direitos poderá ser indefinidamente retardada no tempo, obstaculizando a sua fruição pelos destinatários.

O problema que surge é que os direitos sociais exigem uma prestação positiva (um fazer) por parte do Estado, que terá que, com recursos próprios ou em articulação com a comunidade, tornar as promessas legais realidade. O saber jurídico autorizado, porém, sustenta que as normas definidoras de direitos sociais são meramente programáticas, deixando à discricionariedade do Poder Executivo a decisão acerca da conveniência e da oportunidade de sua efetivação, sem que o Poder Judiciário possa determinar a ação governamental.

Tal entendimento, sem dúvida, é superável, pois, em caso de inércia da Administração Pública, cumpre ao Poder Judiciário, se acionado, ocupar o espaço aberto, até fixar seus próprios limites.²⁰ E a prudência, nos contornos expostos por Recaséns Siches,²¹ é a garantia de aceitabilidade da decisão.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.

²⁰ RUSCHEL, Ruy Ruben. Da eficácia dos direitos sociais previstos em normas constitucionais. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 33, 1994. p. 35-42.

²¹ RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1980. p. 281-289.

Canotilho, por exemplo, defende a idéia de um dizer promocional do Direito pelo Poder Judiciário, dando conteúdo concreto aos direitos sociais.²² Isso seria justificado por:

a) “Direitos originários a prestações”, conferindo eficácia aos direitos sociais previstos na Constituição. Apesar de estarem dependentes de uma reserva de medida legislativa, as normas constitucionais consagradoras de direitos sociais, no mínimo, implicam uma interpretação das normas legais de modo conforme com elas, bem como podem dar lugar, em caso de inércia do Estado, à inconstitucionalidade por omissão.

b) “Direitos derivados a prestações”, garantindo o grau de concretização já obtido. Em outras palavras, trata-se de cláusulas de proibição de evolução reacionária ou de retrocesso social: cumprindo a um Estado social-democrático a progressiva distribuição do produto social, inclusive através de serviços e programas públicos, também aos socialmente excluídos, qualquer redução das prestações conquistadas (já existentes) seria inadmissível.

c) “Administração por objetivos”: se a lei fixa a obrigatoriedade de dada prestação, não deixa margem de discricção ao Poder Executivo quanto à sua execução, apesar de permitir-lhe definir a forma de cumprimento.

Esse respaldo doutrinário é apenas exemplificativo dos esforços realizados na busca de um Direito socialmente comprometido. Apesar disso, na prática forense, nem sempre é fácil definir os limites da tutela possível.

4 Considerações finais

Nada de revolucionário se produzirá pela via judicial, a qual apenas tolera mudanças graduais. Portanto, o grau de transformação social alcançável é limitado.

Entretanto, os sistemas sociais caracterizam-se pela constante admissão de novas demandas (novos objetos de decisão), às quais deve ser dada uma resposta. E o aumento de complexidade (incremento da oferta de programas e serviços de interesse público, por exemplo), apesar dos riscos, pode significar evolução.²³

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 541, 542, 543, 544, 545, 546, 668, 796, 797.

²³ MORIN, Edgar. *O paradigma perdido: a natureza humana*. Lisboa: Europa-América, [s.d.]. p. 181-189.

Sem embargo disso, a capacidade de dado sistema para atender à necessidade de constantes reajustamentos é limitada. Pode antever-se, destarte, que a estrutura socioeconômica atual não comporta o cumprimento de todas as promessas políticas juridicamente feitas.²⁴ Frente a eventual esgotamento, a orientação que a sociedade tomará é totalmente dependente das forças sociais que se irão estruturando. Jamais haverá uma Idade de Ouro, livre de conflitos. Mas, caso se acredite em possibilidade de evolução social,²⁵ a participação no processo exige compromisso, já que “a virtude não está no meio. Ela está no extremo. A justiça não significa equilíbrio, mas desequilíbrio. A neutralidade não existe nem no direito nem na ciência”.²⁶

Referências

- AGUIAR, Roberto A. R. de. *Direito, poder e opressão*. São Paulo: Alfa-Omega, 1984.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- _____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.
- CHINOY, Ely. *Sociedade: uma introdução à sociologia*. São Paulo: Cultrix, 1993.
- DUVERGER, Maurice. *Introducción a la política*. Barcelona: Ariel, 1987.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. São Paulo: Brasiliense, 1990.
- _____. *Técnica e ciência como ideologia*. Lisboa: Edições 70, 1994.
- IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.
- KURZ, Robert. *O colapso da modernização: da derrocada do socialismo de caserna à crise da economia mundial*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.
- LÉVY-BRUHL, Henry. *Sociologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1988.
- LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1990.
- MAFFESOLI, Michel. *O tempo das tribos: o declínio do individualismo na sociedade de massa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.
- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Lisboa: Estampa, 1989.
- MORIN, Edgar. *O paradigma perdido: a natureza humana*. Lisboa: Publicações Europa-América, [s.d.].

²⁴ KURZ, Robert. *O colapso da modernização: da derrocada do socialismo de caserna à crise da economia mundial*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993. p. 165-222.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. São Paulo: Brasiliense, 1990. p. 111-158.

²⁶ AGUIAR, Roberto A. R. de. *Direito, poder e opressão*. São Paulo: Alfa-Omega, 1984. p. 172.

- NIETZSCHE, Friedrich. *O anticristo*. Lisboa: Guimarães, 1988.
- ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- PORTELLI, Hugues. *Gramsci e o bloco histórico*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1980.
- RUSCHEL, Ruy Ruben. Da eficácia dos direitos sociais previstos em normas constitucionais. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 33, 1994, p. 35-42.
- STACCONE, Giuseppe. *Gramsci – 100 anos: revolução e política*. Petrópolis: Vozes, 1991.
- WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1982.
- WOLFF, Robert. *A miséria do liberalismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.
- WRIGHT MILLS, C. *A elite do poder*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

Fabiana Fachinetto Padoin*
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger**

Função socioambiental da propriedade: da propriedade privada clássica à propriedade ambiental

Resumo: A noção clássica de propriedade privada sofreu profundas transformações a partir da segunda metade século XX, em decorrência da progressiva conscientização em matéria ambiental adquirida pela humanidade, passando-se a atribuir uma função socioambiental à mesma. No Brasil, tal processo chega ao seu ápice com a Constituição Federal de 1988, que trouxe avançadas normas diretrizes em matéria ambiental, passando esta a também ser fonte normativa. Como consequência, tem-se a necessidade do desenvolvimento de uma nova hermenêutica – a hermenêutica constitucional – pela qual a interpretação e a aplicação das normas pelo jurista sejam baseadas na ponderação dos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, expostos na principiologia constitucional-ambiental.

Palavras-chave: Propriedade. Evolução. Socioambiental. Hermenêutica.

Abstract: The classical notion of private property has undergone profound changes since the second half century, due to the gradual awareness on environmental issues gained for humanity, going to assign a socio-environmental function the same. In Brazil, this process has reached its apex with the Federal Constitution of 1988, which brought advanced standards, guidelines on environmental issues, but also give rise to this legislation. As a result, there is the need for a new hermeneutics, the constitutional hermeneutics, in which the interpretation and application of standards by lawyers is based on consideration of the fundamental values of democratic rule of law, set out in principiologia-constitutional environment.

Key words: Property. Evolution. Socio-environmental. Hermeneutics.

* Mestre pelo Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Desenvolvimento da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí). Linha de pesquisa: Direito, Cidadania e Desenvolvimento. Professora vinculada ao Departamento de Estudos Jurídicos da Unijuí. Endereço eletrônico: fpadoin@unijui.edu.br.

** Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná e pós-doutora em Direito Ambiental e Antropologia Jurídica pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora vinculada ao Departamento de Estudos Jurídicos e do Programa de Mestrado em Desenvolvimento da Unijuí e do Centro de Ciências Jurídicas e do Programa de Mestrado em Direito Ambiental na Universidade de Caxias do Sul (UCS). E-mail: rsberguer@unijui.edu.br.

Introdução

Dedica-se o presente trabalho ao estudo da evolução histórica do instituto da propriedade, que sofreu profundas transformações a partir da segunda metade século XX, em decorrência da progressiva conscientização em matéria ambiental adquirida pela humanidade e das conseqüências nefastas de inúmeras catástrofes ambientais. A noção clássica de propriedade privada passa a ser revisada, por meio da atribuição de uma função socioambiental à mesma. Desde então, inúmeros textos normativos foram elaborados em prol da preservação do meio ambiente, tanto ao nível internacional quanto nacional. No Brasil, tal processo chega ao seu ápice com a Constituição Federal de 1988, que trouxe avançadas normas-diretrizes em matéria ambiental, passando esta a também ser fonte normativa. Como conseqüência, tem-se a necessidade do desenvolvimento de uma nova hermenêutica – uma hermenêutica constitucional – na qual a interpretação e a aplicação das normas pelo jurista sejam adequadas a esta nova fonte normativa, exigindo a utilização da ponderação dos valores fundantes do Estado Democrático de Direito, expostos na principiologia constitucional-ambiental.

Para tanto, enfoca-se primeiramente a noção clássica de propriedade, analisando-se quais suas características e seus fundamentos teóricos. Depois disso, aborda-se como se deu a evolução histórica que levou à superação da dicotomia público-privada, e que culminou com transformação da noção de propriedade privada para propriedade ambiental. Analisam-se, em seguida, os conceitos de dignidade da pessoa humana e de equilíbrio ambiental, como valores fundamentais da propriedade ambiental, e, por derradeiro, fazem-se algumas reflexões acerca da apontada necessidade de desenvolvimento de uma hermenêutica constitucional, em prol da preservação ambiental.

1 **Propriedade privada clássica: o patrimônio como valor fundamental**

O estudo e a interpretação do Direito Civil nos países de tradição romano-germânica, no século XIX, têm suas premissas focadas no Código de Napoleão, no qual o Estado mantinha-se alheio às negociações privadas. O modelo do Código Civil Francês de 1804, que inspirou o Código Civil Italiano de 1865, assim como o Código Civil Brasileiro de 1916, caracteri-

za-se por colocar no centro do ordenamento jurídico a propriedade. Comentando a respeito do referido Código de 1865, diz Perlingieri:²⁷

Modelado no Código Civil Francês de 1804, o Código de 1865 caracteriza-se especialmente por colocar no centro do ordenamento a propriedade privada, sobretudo a propriedade imobiliária da terra: na manutenção e no incremento desta, é predominantemente inspirada a disciplina da família e das sucessões *mortis causa*; e os contratos são disciplinados como modo de aquisição da propriedade privada. A categoria do ser é subordinada àquela do ter: quem possui “e”.

Veja-se que o Código Francês, que deveria refletir os princípios basilares da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), dá ênfase a dois outros valores fundamentais: a propriedade e o contrato. A propriedade é considerada como bem ao alcance de todos, ao menos formalmente; e a liberdade contratual como direito de todos.²⁸ Nas palavras de Tepedino,²⁹

Vitoriosa a burguesia na Revolução Francesa, compreende-se que a propriedade, direito real por excelência e símbolo máximo da capacidade de assenhoreamento dos bens, seja considerada como expressão da personalidade do homem. Este entendimento ainda hoje é professado, com a fé de uma verdadeira religião, tendo a dogmática dominante sido elaborada com base no individualismo e no patrimonialismo que retratam as codificações do século XIX.

Locke, um dos mais importantes teóricos do Estado Liberal, defendia que dos direitos naturais do homem o mais importante era o direito de propriedade. Para ele, este direito está acima de qualquer outro, não tolerando qualquer lesão, sendo inviolável e sagrado, como constou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1791.³⁰

O Código Civil pátrio de 1916, embora não apresentasse definição do direito de propriedade, indicava quais eram os poderes do proprietário. O artigo 524, *caput*, do referido diploma legal, previa: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”. Como se vê, ao fixar tais atributos ao direito de propriedade, em nenhum momento faz referência a

²⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 4.

²⁸ LOTUFO, Renan. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

²⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo 2, p. 136.

³⁰ Apud BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros, 2004.

algum aspecto funcional do instituto. Aliás, a única função perceptível é a de privilegiar o indivíduo proprietário; dito de outra forma, a garantia da propriedade era uma garantia da liberdade.³¹ Importante lembrar que o Código de 1916 nasce num contexto de uma sociedade quase que totalmente agrária, na qual os imóveis rurais constituíam a maior parte do patrimônio privado.

Observe-se que nesta época reinava ainda uma visão totalmente antropocêntrica no mundo. Segundo Ost,³² a modernidade ocidental teria perdido o sentido do vínculo e do limite das relações do homem com a natureza, transformando a natureza em simples objeto e colocando o homem no centro do mundo. Tal transformação foi acompanhada pelo direito, que, com o Código Civil de Napoleão, consagrou a propriedade como direito absoluto, permitindo a plena apropriação pelo homem dos recursos ambientais. Este dualismo – homem de um lado e natureza de outro – determinou a perda do vínculo do homem com a natureza, ao mesmo tempo em que projetou as idéias de ilimitabilidade e irresponsabilidade do homem. Nessa fase o Direito Civil tem absoluta independência do Direito Constitucional, sendo o Código Civil considerado o documento jurídico da sociedade e a Constituição o documento político, restrito a regular as relações do cidadão com o Estado.

2 Início da virada: a valorização do meio ambiente

Após a Segunda Guerra Mundial, altera-se esse cenário face à crise e às exigências do pós-guerra, quando o Estado passa a intervir nas relações jurídicas privadas, de modo a editar normas de ordem pública que são então aplicáveis às relações entre particulares. Em termos ambientais, após a II Guerra Mundial, surgem vários movimentos relacionados ao tema em nível internacional. Esses movimentos começaram a trazer à tona graves problemas relativos ao ambiente que estavam acontecendo como resultado da conduta humana. Em 1961, foi criada a *World Wildlife Funde* (WWF); em 1971, surgiu o *Greenpeace*; em 1968, foi realizada em Paris, sob a coordenação da Unesco, a Conferência Intergovernamental de Especialistas

³¹ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Para além das coisas (breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo). In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (Org.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

³² OST, François. *A natureza à margem da lei*. A ecologia à prova do direito. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

para o Uso e Conservação Racional dos Recursos da Biosfera.³³ O marco desta transformação é a Conferência sobre Meio Ambiente, realizada em 1972, em Estocolmo, a qual inaugurou as discussões internacionais das questões ambientais. Com isso, inúmeros tratados, declarações e convenções internacionais sobre a proteção ambiental passam a ser elaborados.

Internamente, foi a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, que fixou a Política Nacional sobre Meio Ambiente, a qual definiu pela primeira vez o que seria “meio ambiente”, realçando a interação e interdependência entre o homem e a natureza, bem como apresentou políticas a serem desenvolvidas em busca da preservação da natureza. Mas foi com a Constituição Federal de 1988 que, efetivamente, fixaram-se as maiores inovações em relação à noção de propriedade privada, uma vez que, a partir de então, a propriedade passou a ter seu uso condicionado ao bem-estar social e a ter, assim, uma função social e ambiental. Nesse sentido, está previsto no texto constitucional, entre os direitos e garantias fundamentais, o direito de propriedade (artigo 5º, XXII) e que a propriedade atenderá sua função social (artigo 5º, XXIII).

No que tange à ordem econômica, tanto a propriedade privada quanto a sua função social são consideradas princípios gerais que regem a atividade econômica, constituindo base do sistema. O artigo 170 do texto constitucional, ao tratar dos princípios que regem a ordem econômica, elenca a propriedade privada (II), a função social da propriedade (III) e a defesa do meio ambiente (VI).

Especificamente, em relação à função social da propriedade urbana e da propriedade rural, determina a norma constitucional, em seu artigo 182, parágrafo 2º, que aquela cumprirá sua função social na medida em que atender as exigências ordenadas no plano diretor, ao passo que o artigo 186 diz que somente a propriedade rural estará cumprindo sua função social se, simultaneamente, tiver aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; sejam observadas as normas que regulam as relações de trabalho, e, ainda, a exploração favorecer o bem-estar dos proprietários e trabalhadores.

Por fim, na Constituição Federal, é dedicado, especificamente, um capítulo ao meio ambiente, sendo que, no *caput* do artigo 225, está previsto o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado,

³³ CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. Tradução de Klaus Brandini Gerhard. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

“impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Com tal realidade, com o Estado passando a inserir no texto constitucional disposições de ordem pública relativas ao exercício do direito de propriedade, dá-se o fenômeno da *constitucionalização* do Direito Civil, que importa num salto interpretativo, tendo em vista que há o deslocamento da Constituição para o centro do sistema jurídico, importando na transformação axiológica deste último.³⁴

Sob o enfoque do meio ambiente, o constitucionalismo contemporâneo tem algo substancialmente diverso daquele que o antecedeu, uma vez que, entre outras características, apontou para a superioridade da Constituição sobre o restante do ordenamento jurídico, assim como fixou a centralidade da Constituição no sistema jurídico, passando os outros ramos do Direito a serem interpretados a partir dos valores constitucionais.³⁵ Em termos do direito de propriedade, limitou o seu uso privado, prevendo diretrizes que levam à preservação e equilíbrio ambiental, a fim de evitar que o exercício desregrado deste direito traga prejuízos ao meio ambiente, e, por consequência, à coletividade.

O papel da função social da propriedade privada é fazer submeter o interesse individual ao interesse coletivo. Pode-se afirmar neste sentido que o verdadeiro significado da função social da propriedade não é a diminuição do direito de propriedade, mas estabelecer o poder-dever do proprietário de dar à propriedade destino determinado. Como sustenta Sachs,³⁶ este princípio exige que o homem compreenda “que os sistemas econômicos dependem dos sistemas ecológicos de apoio à vida e incorporar ao nosso pensamento e às nossas ações a noção de complementaridade entre capital ‘natural’ e capital ‘construído pelo homem’.”

Veja-se que, considerando esse novo perfil da sociedade formada nas últimas décadas, o Código Civil de 2002 adequou-se a esta realidade. Ao artigo 1.228, do novo diploma, que veio a substituir o referido artigo 524 de Código Civil anterior, foi acrescentado o parágrafo 1º, prevendo que o direito de propriedade deve ser exercido de modo a que seja preservada “a

³⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

³⁵ BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

³⁶ SACHS, Ignacy. *Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Studio Nobel, 1993. p. 23.

flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

Tais apontamentos demonstram a evolução da consciência do homem em matéria do direito de propriedade. Por meio da função social, como imposição feita aos proprietários no exercício de seu direito, demonstra-se (ainda que de maneira tímida!) a importância que ganha no final do século XX a questão ecológica e a preocupação com o desenvolvimento de forma sustentada. Embora embrionariamente, desenvolve-se assim a idéia de responsabilidade compartilhada ou solidária, desenvolvidas por Ost³⁷ e Bachellet,³⁸ que alcança, além da presente geração, as gerações futuras.

Quanto à idéia de responsabilidade, que está inserida no princípio da função social da propriedade, sustenta Ost³⁹ que esta surge como elemento necessário a ser inserido entre o comportamento humano e seus efeitos. Passando o homem a ser a parte da natureza, a ecologia deverá cumprir o seu papel, devendo aquele transformar a essência de seu agir. O homem deve empenhar-se na busca de uma responsabilidade solidária, cuja obrigação transcende às conseqüências previsíveis de nossos atos, alcançando também seus desenvolvimentos prováveis ou possíveis.

Em suma, pode-se dizer que, a partir de 1988, o direito de propriedade passa a ter variadas funções, que vão além do interesse privado, individualista. A dignidade da pessoa humana e o equilíbrio ambiental, como serão a seguir abordados, passam a ser os valores fundamentais da nova ordem social, valores que a sociedade contemporânea tem como meta concretizá-los.

3 **A propriedade ambiental: a dignidade da pessoa humana e o equilíbrio ambiental como novos valores**

Do que foi exposto, verifica-se que o princípio da função socioambiental da propriedade somente ganhou relevo pelo fato de o texto constitucional ter instituído como base o valor da pessoa humana. A partir de então, a dignidade da pessoa humana ganha valor central e princípio fundamental no ordenamento, inserido no artigo 1º da Constituição, o que

³⁷ OST, François. *A natureza à margem da lei*. A ecologia à prova do direito. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

³⁸ BACHELET, Michel. *A ingerência ecológica. Direito ambiental em questão*. Tradução de Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

³⁹ OST, François. *A natureza à margem da lei*. A ecologia à prova do direito. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

possibilitou ao intérprete de funcionalizar as estruturas dogmáticas do direito privado e do direito público na proteção da pessoa humana, devendo ser utilizado como fundamento para transformação das estruturas sociais no caso concreto.

Nesse viés, a realização plena da dignidade da pessoa humana somente pode ser alcançada quando engloba, além da satisfação patrimonial, também os direitos sociais e os direitos relativos ao meio ambiente. É com base nesta perspectiva que o proprietário deve exercer seu direito de propriedade, porque somente assim estará respeitando e realizando, em sua plenitude, o respeito à pessoa humana, podendo então falar em *patrimônio ambiental*. Isso porque a concretização da dignidade da pessoa humana, transcende o bem-estar próprio do proprietário para alcançar terceiros, que, embora não ligados diretamente ao bem objeto do direito real, também possuem direitos a serem preservados, que dizem respeito ao equilíbrio ambiental. É nesse sentido a lição de Silva:⁴⁰

Com isto é claro que a dignidade humana como preceito constitucional não se restringe aos aspectos patrimoniais, passando por um conjunto de direitos humanos de cores liberais que englobam a liberdade, igualdade etc., mas também por direitos de segunda geração (direitos sociais) e de terceira geração (meio ambiente equilibrado).

[...]

Neste quadrante é que se encaixa a utilização do meio ambiente pelos proprietários de imóveis. O sujeito proprietário, para além dos seus interesses econômicos individuais, quando da movimentação do seu direito, deverá considerar o equilíbrio socioambiental.

É nessa perspectiva que a noção de patrimônio ambiental como uma universalidade se desgarrar da noção clássica. O terceiro não está ligado à coisa pela angulação da relação jurídica proprietária, tem direitos a serem preservados, direitos estes que alcançam o *status* de direitos subjetivos.

[...]

No direito patrimonial clássico, os interesses e direitos de terceiros que não sejam vizinhos no sentido clássico, pouca ou nenhuma importância têm. No Direito Patrimonial Ecológico, que considera o meio ambiente como um bem de uso comum do povo, os direitos de terceiros ganham relevância e, em alguns momentos, se sobrepõem aos direitos do proprietário. Pode-se afirmar que as questões ambientais, os seus efeitos, os tipos de poluição e a natureza de seus impactos forcem os limites da vizinhança, e ser vizinho ganha um sentido e uma extensão muito maior do que aquela contida no direito clássico.

[...]

⁴⁰ SILVA, José Robson da. *Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 125-127.

Com o conceito de patrimônio ambiental, todos passam a ser vizinhos, o morador do Estado do Amazonas é afetado quando o ambiente do Estado do Rio Grande do Sul é desequilibrado.

Com relação ao direito fundamental de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o artigo 225 da Constituição Federal não deixa dúvida: *todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Logo, este é um direito que pertence à coletividade, não dependendo para sua proteção da vontade de indivíduos particulares. Na prática, para se exercerem os direitos oriundos do direito de propriedade, como, por exemplo, a construção de uma obra, deve-se analisar, primeiramente, se determinada obra também vai ser útil à comunidade, no sentido de que não vai gerar danos excessivos aos ecossistemas e às condições de vida humana. Além disso, deve-se realizar “um balanço entre as diferentes repercussões do projeto a ser implantado, isto é, devem ser analisadas as conseqüências ambientais, as conseqüências econômicas, as sociais etc.”⁴¹

Como se vê, o direito de propriedade deixou de ser o centro em torno do qual gravitam todos os demais valores, porque é incompatível essa postura face aos novos valores constitucionais, que têm na pessoa humana e no equilíbrio ambiental seus valores fundamentais.

O Direito Civil que se quer desenvolver é com base numa concepção antropológica social do homem, a qual tenha como norma-objetivo a dignidade da pessoa humana e revele a capacidade emancipatória do Direito.⁴² Assim, não há como não concluir sobre a imposição de se repensar do Direito, principalmente o Direito Civil Tradicional, na sua interpretação e aplicação, à vista dos princípios constitucionais, já que refletem os valores socialmente relevantes.

4 **A imposição de um novo paradigma interpretativo: adequação hermenêutica à principiologia constitucional**

Como já esboçado acima, a constitucionalização do direito privado, que levou para o interior da Constituição, entre outros, o princípio da função socioambiental da propriedade, exige para sua aplicação o rompimento com o método tradicional da subsunção. Isso feito para que se estabeleça

⁴¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004. p. 37.

⁴² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

um novo paradigma interpretativo, a fim de que os conflitos privados sejam interpretados de maneira hermeneuticamente adequada aos valores sociais inseridos no texto constitucional.

Streck,⁴³ de maneira muito clara, coloca sobre o assunto o seguinte:

A noção de constitucionalismo compromissório e dirigente teve a função de trazer para o âmbito da Constituição temáticas que antes eram reservadas à esfera privada. [...] Com efeito, se a própria Constituição altera (substancialmente) a teoria das fontes que sustentava o positivismo e os princípios vêm a propiciar uma nova teoria da norma [...], é porque também o modelo de conhecimento subsuntivo, próprio do esquema sujeito-objeto, tinha que dar lugar a um novo paradigma interpretativo. É nesse contexto que ocorre a invasão da Filosofia pela linguagem, em uma pós-metafísica de (re)inclusão da faticidade que, de forma inapelável, [...], atravessará o esquema sujeito-objeto (objetivista-subjetivista), estabelecendo uma circularidade virtuosa na compreensão.

A emergência de um novo modo de interpretar a Lei e a Constituição, que considere unitariamente o ordenamento jurídico, é imperioso, para resolver os problemas que o positivismo não consegue absorver das especificidades desse novo modelo constitucional, que imponha como valores supremos a pessoa humana e o equilíbrio ambiental. Nesse sentido, Perlingieri⁴⁴ diz que

o juiz, ao julgar um caso, deve levar em conta todas as possíveis circunstâncias de fato que o caracterizam – a situação, mesmo econômica, dos sujeitos, a sua formação cultural, o ambiente no qual atuam –, dando-lhe a resposta conforme o ordenamento visto em uma perspectiva unitária.

Sobre a importância da atuação do Judiciário nesse sentido, Leite e Ayala⁴⁵ sustentam ser imprescindível que se busque uma transformação nas áreas do Direito Civil e Processual-Civil, até então de cunho individualista, que leve em consideração os interesses da coletividade. Segundo esses autores, é necessário construir um *Estado de justiça ambiental*, que se guie por princípios baseados nas exigências de justiça ou de direito.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade do positivismo jurídico. In: LUCAS, Douglas César; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana L. (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o Direito: em busca de sentido para os caminhos do jurista*. Ijuí: Editora Unijuí, 2006. p. 329-330.

⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 43.

⁴⁵ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

Aprofundando essa discussão, Streck (2006) sustenta então que é por meio dos princípios que se alcançará uma resposta hermenêuticamente adequada para o caso concreto, evitando-se o império da discricionariedade judicial. Defende ele que, a partir da interpretação do texto constitucional, é possível apurar previamente o sentido da norma, com base na situação concreta, de modo que a fundamentação seja válida para todos.

Pode-se afirmar, então, que a construção de uma nova hermenêutica, voltada para uma interpretação guiada pelas exigências ambientais, como a função socioambiental da propriedade, impõe a presença de um jurista não-limitado, mas que, ao contrário, visualize o mundo de modo crítico, que busque a preservação ambiental para a presente e às futuras gerações. Tal postura, no entanto, somente será concretizada quando os operadores jurídicos abandonarem a sua forma tradicional de interpretar. Com efeito, este novo paradigma hermenêutico impõe que o intérprete se inspire na dignidade da pessoa humana e no equilíbrio ambiental porque estes são os valores constitucionalmente eleitos em busca do patrimônio ambiental.

Considerações finais

Apesar de toda essa evolução teórica em matéria de direito de propriedade, englobando-se aqui a questão ambiental, observa-se que a realidade social contemporânea está em descompasso com os ideais imaginados pelo desenvolvimento de forma sustentada. Na verdade persiste a crescente degradação do meio ambiente, continuando o crescimento econômico como bem maior a ser alcançado, ou seja, os interesses patrimoniais individualistas prevalecem sobre os interesses ambientais, que são da coletividade.

Sem dúvida, o desafio das próximas décadas é a adoção de medidas que venham a amenizar estas diferenças globais em termos de desenvolvimento, para então se levar em conta a necessidade de se promover um desenvolvimento sensível à questão ambiental. Para tanto, em termos de direito de propriedade, o respeito à função socioambiental faz-se imprescindível, o que importa, como visto, que se compreenda o direito de propriedade a partir de novos parâmetros, onde a preservação da natureza deve estar presente no exercício daquele direito.

É aqui que ganha relevo o papel do jurista, como afirmado acima: a sua interpretação deve ser guiada pelas exigências ambientais, que valorize, antes do “ter”, o “ser”, e que seja capaz de visualizar a repercussão de seu ato (de julgar) para o futuro, em vista das futuras gerações.

Referências

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- BACHELET, Michel. *A ingerência ecológica. Direito ambiental em questão*. Tradução de Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. *Código Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. Tradução de Klaus Brandini Gerhard. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Para além das coisas (breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo). In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (Org.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil e a Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- OST, François. *A natureza à margem da lei*. A ecologia à prova do direito. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SACHS, Ignacy. *Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Studio Nobel, 1993.
- SILVA, José Robson da. *Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade do positivismo jurídico. In: LUCAS, Douglas César; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana L. (Org.). *Olhares hermenêuticos sobre o Direito: em busca de sentido para os caminhos do jurista*. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo 2.

Fabio Roberto Krzysczak*
Renato de Oliveira**

Desapropriações de terras rurais para reforma agrária por não- cumprimento da função ambiental

Resumo: As imprecisões do texto constitucional impedem a reforma agrária, determinando que se interprete como coisas distintas a função social da propriedade e a produtividade. Por força do texto constitucional, somente serviriam para a reforma agrária as áreas improdutivas do ponto de vista econômico, ao mesmo tempo em que afirma ser passível de desapropriação a terra rural que não cumprir com a sua função ambiental. Por isso, este artigo propõe tratar dos desafios do Direito Agrário e do Ambiental na tentativa de construir determinados limites, fundamentados no princípio da responsabilidade e da prudência, defendendo o uso correto da propriedade rural, o meio ambiente e os direitos das gerações presentes e futuras.

Palavras-chave: Propriedade rural. Função ambiental. Desapropriação e meio ambiente.

Abstract: The imprecise of the constitutional text would be to hinder the agrarian reform, and to determine that if it interprets as distinct things to the social function of the property and the productivity. For force of the constitutional text it would only serve for the agrarian reform the unproductive areas of the economic point of view, at the same time where it affirms to be possible of dispossession the agricultural land that not to fulfill with its ambient function. Therefore, this article considers to deal with the challenges of the Agrarian law and Ambient in the attempt to construct definitive limits, beddings in the principle of the responsibility and the prudence, defending the correct use of the country property, the environment and the rights of the future generations gifts and.

Key words: Country property. Ambient function. Dispossession and environment.

* Advogado especialista em Direito Ambiental. Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Ambiente e Desenvolvimento do Centro Universitário Univates. E-mail: fabio-ambiental@hotmail.com.

** Sociólogo, Professor do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Ambiente e Desenvolvimento do Centro Universitário Univates. E-mail: renato.oliveira@ufrgs.br.

1 **Introdução**

A Constituição Federal de 1988 consagra o direito de propriedade e a função social da propriedade como garantias fundamentais. Elege a função social como princípio da ordem econômica e financeira e da atividade econômica no Brasil. Traça os elementos atuais para a definição da função social da propriedade, finalizando com a previsão de desapropriação por interesse social e outras sanções para as propriedades que não atendam à função social. Contudo, essa mesma Constituição afirma que a propriedade produtiva, bem como a pequena e média propriedades não podem ser desapropriadas. Isso quer dizer que transfere o conceito de função social da propriedade para o de produtividade. Assim, o texto constitucional não poderia ignorar as disposições da função social, expressas em seu próprio texto no art. 186, e autorizar a proteção de uma propriedade territorial rural que, sendo produtiva, desconsidere a legislação ambiental.

Ao se tratar de direito à reforma agrária e direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, deve-se partir do princípio de que a base desses direitos é a vida. É impossível defender o direito à reforma agrária, sem pleitear-se, conjuntamente, o respeito ao meio ambiente. E não se pode pleitear a defesa e proteção do meio ambiente, sem considerar os aspectos agrários e sociais relativos ao uso da terra. A terra que não for saudável, protegida, bem cuidada, não propiciará a sustentabilidade aos homens, e, portanto, não garantirá a sustentação da vida em todas as suas formas. Esses direitos fundamentais são interdependentes e não podem ser considerados isoladamente.

Os movimentos ambientalistas e dos sem-terra no Brasil (reconhecidos como movimentos sociais, portadores de um projeto de transformação da sociedade, que buscam, alegadamente, a mudança do atual paradigma de desenvolvimento econômico, a promoção da justiça social e do equilíbrio ambiental) devem aproximar-se e procurar identificar o que existe de comum entre seus objetivos e fundamentos, visando subsidiar uma caminhada conjunta e a defesa jurídica de seus interesses.

2 **A propriedade rural e sua função ambiental**

A relação homem-propriedade não foi fácil de ser estabelecida ao longo do tempo, e muitas sociedades nunca chegaram a ter bem definida a noção de propriedade privada. “Entre os antigos germanos, de acordo com alguns autores, a terra não pertence a ninguém; todo ano, a tribo atribuía a

cada um de seus membros um lote para cultivo, e mudava-se de lote no ano seguinte [...]”, afirma Coulanges (2002, p. 58).

Do exemplo citado, significa que o germano não era proprietário da terra, mas sim da colheita. Contudo, no que diz respeito à Grécia e à Itália, desde a antiguidade, estes povos já vinham praticando a propriedade privada, inclusive sendo mais proprietário da terra que daquilo que produzisse, pois devia colocar em comum o fruto de sua produção.

Atualmente, a propriedade aparece como um direito assegurado ao indivíduo, nas mais importantes legislações do mundo, todavia, sempre ligado ao desempenho, ao atendimento da função social que lhe é essencial. E diz-se isso em relação a todas as formas de propriedade, quer imobiliária ou mobiliária, quer urbana ou agrária.

No campo do Direito Agrário, a propriedade imobiliária aparece, com mais ênfase, ligada à função ambiental, tendo em vista o caráter de bem de produção que a caracteriza, e, por isso, é amparada por extensa e rígida legislação de proteção. As legislações direcionam os institutos jurídicos, a fim de promover a produção agrária.

A Constituição Federal de 1988 consagra o direito de propriedade em dois momentos distintos. A propriedade é vista como uma garantia individual, como determinado no art. 5º, inciso XXII. Segue assim a orientação da maioria das Constituições mundiais, inspiradas, outrora, na Declaração de Direitos de 1789, art. 17. Consagra também nossa atual Constituição o direito de propriedade como princípio da ordem econômica (art. 170, item II).

A propriedade imobiliária ligada a uma função social constitui princípio que deve informar todo o sistema jurídico, mesmo quando alguma matéria é tratada por legislação anterior à Constituição. Assim, Godoy (1999, p. 62) registrou:

O direito de propriedade somente pode ser concebido, e assim garantido pela ordem constitucional, se utilizado com vistas ao cumprimento da função social que lhe é inerente. A interpretação desta deve ser realizada à luz dos princípios constitucionais até o possível, já que, se a contrariar, a norma constitucional estaria revogada pela Constituição.

Por último, menciona-se o art. 1.228 do Código Civil de 2002, que, praticamente, nos moldes do art. 524 do Código Civil de 1916, dispõe que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua, ou detenha. Porém, a este artigo, no Código Civil de 2002, foi acrescentado o parágrafo 1º, dizendo que o direito de propriedade deve ser exercido em conso-

nância com as suas finalidades econômicas e sociais, de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Por esse preceito, no Código Civil de 2002, a desapropriação por interesse social aparece pela primeira vez num Código Civil Brasileiro, colocando o interesse da sociedade acima dos interesses dos proprietários, mostrando-se efetivamente adequado às determinações constitucionais relativas à propriedade, com, inclusive, um aceno para a função social e econômica dos bens.

Já na teoria clássica, o conteúdo do direito de propriedade privada conferia ao titular o direito de usar, gozar e dispor plenamente da coisa para atender apenas o seu interesse. Nesse passo, o titular detinha o direito subjetivo de se opor a todos. Aqui o equilíbrio socioambiental não poderia ser alcançado com essa concepção, pois, além de afastar outras pessoas dos benefícios que o bem pode propiciar, o titular da propriedade privada clássica também tinha a autonomia para degradá-la.

Essa concepção destrutiva por certo não poderia continuar. Constrói-se então a teoria da função social da propriedade. O titular do domínio deverá agora utilizar o seu bem para uma finalidade produtiva. Nesse âmbito, a função social da propriedade, e em especial a propriedade imobiliária rural, deverá ser posta para produzir. Fachin (1998, p. 17) comenta que “A função social da propriedade indica uma alteração conceitual do regime tradicional; não é, todavia, questão de essência, mas sim pertinente a uma parcela da propriedade que é a sua utilização”.

O texto constitucional, ao consagrar o princípio da função social, garantindo o direito exclusivo do proprietário sobre o bem, condiciona, contudo, o seu uso a determinadas circunstâncias, ou seja, os atos do proprietário estão subordinados a certos pressupostos relativos ao modo pelo qual concretamente é exercido o conteúdo desse direito. Essas circunstâncias concretizam as restrições ou limitações que agravam o exercício do direito de propriedade.

A função produtiva da propriedade privada é importantíssima num país de mais de oito milhões de quilômetros quadrados, com quase 190 milhões de habitantes, mas que gera milhões de pessoas famintas. Se o elemento produtividade é fundamental na definição da função social da propriedade, é preciso não dispensar outros fatores, especificamente o equilíbrio ambiental. O direito ao meio ambiente equilibrado, consignado no

art. 225 da Constituição Federal de 1988, funciona como contraponto ao dever de produtividade, na medida em que um determinado bem de produção gerar um dano ambiental intolerável. Em determinadas circunstâncias, o não uso é a conduta que melhor se adapta ao preceito constitucional.

Neste sentido, Silva (2003, p. 7) diz:

O não uso do bem em decorrência de motivos ambientais, não o transforma em propriedade improdutiva e por conseqüente insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária. É relevante considerar que o fato do não uso em dadas circunstâncias liga-se à preservação da vida e funciona como uma garantia para gerações presentes e futuras.

Contudo, é de se destacar que o não uso do bem objeto de apropriação é a determinante constitucional apenas nos casos em que se põe em risco o equilíbrio ambiental.

A função ambiental da propriedade, constitucionalmente considerada, encontra-se no inciso II do artigo 186 do Capítulo III – *Da Política Agrícola e Fundiária da Reforma Agrária* – que está inserido no Título VIII – *Da Ordem Econômica e Financeira*.

A Constituição Federal de 1988 regulou a propriedade privada como direito fundamental, vinculando-o à sua função social, ou seja, a propriedade privada tem uma função social.

A função ambiental da propriedade é um dos quatro elementos que compõem o conceito constitucional de função social da propriedade rural, que é compreendido através do artigo 186 da Constituição Federal. Esse artigo estabelece que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Assim, a função ambiental da propriedade, em sentido amplo, consiste nos deveres, atribuídos ao proprietário, de utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.

Neste particular, Borges (1998, p. 293) registrou que:

A função ambiental da propriedade atua sobre um determinado objeto que, em última instância, é o meio ambiente amplamente considerado. Incide, de perto,

sobre seus elementos isoladamente considerados, como a água, as florestas, o solo, a diversidade de espécies.

A função social da propriedade é definida pelos deveres jurídicos inerentes ao direito de propriedade e variam conforme a natureza do objeto sobre o qual recai este direito. Pode-se dizer que a função social da propriedade não é a mesma sempre, não havendo uma única função social da propriedade, mas várias funções, de acordo com a natureza das coisas objeto desse direito. Assim, o cumprimento da função ambiental da propriedade é condição para o cumprimento da função social da propriedade.

Quanto ao conteúdo da função ambiental da propriedade, os deveres que a compõem variam de acordo com os elementos ambientais presentes em cada propriedade. Assim, os deveres jurídicos estabelecidos para o proprietário de um imóvel rural que abrigue espécies endêmicas serão diferentes dos deveres do proprietário em cujo imóvel se encontrem nascentes de rios. Dessa forma, também não há apenas uma função ambiental da propriedade, mas várias funções ambientais, a depender da propriedade.

Os deveres que compõem a função ambiental são compreendidos a partir do inciso II do art. 186, consistindo nos deveres de utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente. Os critérios pelos quais se avalia a observância desses requisitos do art. 186 encontram-se em legislação esparsa.

O inciso II, do art. 9º, da Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, que é a lei complementar que traz a regulamentação dos dispositivos relativos à reforma agrária previstos na Constituição, apresenta os conceitos da utilização adequada dos recursos naturais e preservação do meio ambiente. Assim, sobre a primeira parte do inciso II do art. 186 da Constituição Federal, a Lei nº 8.629/93 dispõe, no art. 9º, §2º: “Considera-se adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade”.

E sobre a segunda parte do inciso II do art. 186 da CF, o artigo 9º, § 3º da Lei 8.629/93 relata que:

Considera-se preservação do meio ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas.

Além disso, não se deve esquecer que nos termos do art. 225 da Constituição Federal, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo, portanto, reconhecido o direito a se ter um meio ambiente sadio, que não pode ser prejudicado por atos poluentes ou abusivos de proprietários irresponsáveis, quer urbanos, quer rurais.

3 **Desapropriação de terras rurais e reforma agrária**

A propriedade, passando a não atender apenas aos interesses de seu proprietário, para atender às necessidades coletivas, e a produção agrária como resultado do trabalho do agricultor aplicado à gleba produtiva, veio a revestir-se de irrecusável interesse social e de notório interesse público. E, em vista da necessidade de intervenção do Estado nas propriedades, é que surgiu a desapropriação, que se caracteriza como uma forma de intervenção do Estado na propriedade particular, fundamentada na necessidade pública, utilidade pública ou interesse social.

Duguit (2001, p. 179) disse:

[...] a propriedade não é um direito, é uma função social. O proprietário é o possuidor de uma riqueza, e por fato possui esta riqueza, uma função social a cumprir, seus atos de proprietário estão protegidos enquanto cumprir a função social. Se não cumpre ou cumpre mal a função social, se, por exemplo, não cultiva a sua terra ou deixa arruinar a sua casa, a intervenção governamental é legítima para obrigá-lo a cumprir sua função social de proprietário, que é assegurar o emprego das riquezas conforme seu destino.

Assim, a desapropriação é o ato através do qual a autoridade pública competente, nos casos pré-figurados em lei e mediante indenização, determina a transferência da propriedade particular a quem dela vá se utilizar em função da necessidade pública, da utilidade pública, do interesse social e do interesse social para fins de Reforma Agrária.

A desapropriação por interesse social se destina a solucionar os chamados problemas sociais, isto é, aqueles diretamente atinentes às classes pobres, aos trabalhadores e à massa do povo em geral, pela melhoria nas condições de vida, pela mais equitativa distribuição da riqueza, enfim, pela atenuação das desigualdades sociais.

Para Meirelles (2004, p. 584),

O interesse social ocorre quando as circunstâncias impõem a distribuição ou o condicionamento da propriedade para seu melhor aproveitamento, utilização

ou produtividade em benefício da coletividade, ou de categorias sociais merecedoras de amparo específico pelo Poder Público.

Neste sentido, surge a reforma agrária que, segundo o § 1º, do artigo 1º, do Estatuto da Terra, “é o conjunto de medidas que visam a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e aumento da produtividade”.

No que se refere à sua finalidade, a reforma agrária, conforme enuncia o Estatuto da Terra em seu artigo 16, visa estabelecer um sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra, capaz de promover a justiça social, o progresso e o bem-estar do trabalhador rural e o desenvolvimento econômico do país, com a gradual extinção do minifúndio e do latifúndio.

Um dos instrumentos de maior relevo para a realização da reforma agrária é a desapropriação dos imóveis rurais que contrariarem a função social da propriedade, isto é, que sejam utilizados de forma a não atender o interesse da coletividade.

O instituto jurídico da desapropriação é referido na Lei Agrária em seu artigo 17, alínea a, como uma das medidas responsáveis pela distribuição ou redistribuição de terras que irão permitir o acesso à propriedade das mesmas, àquelas que não as têm.

E, esse posicionamento parece ser o mais justificável se considerarmos que foi só com o surgimento da Lei Agrária que essa modalidade de desapropriação foi disciplinada. Desse modo a vinculamos indissolavelmente ao processo de reforma agrária como meio hábil à efetivação do princípio da justiça social, promovendo a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos e condicionando o seu uso ao bem-estar social.

Já o art. 185 da Constituição Federal estabelece os imóveis insuscetíveis de desapropriação, a saber: pequena e média propriedade rural, nos termos estabelecidos no art. 4º; da Lei 8.629/93, desde que o seu proprietário não possua outra; e a propriedade seja produtiva, nos termos estabelecidos na supracitada lei.

Sobre os imóveis insuscetíveis de desapropriação, Barros (2002, p. 52) tem o seguinte entendimento:

Com a Constituição de 1988, o critério para áreas passíveis de reforma agrária foi novamente modificado. Agora, como regra geral, toda área que não cumpra sua função social, sofre desapropriação, conforme o enunciado no art. 184. Todavia, em quase negação a esse princípio, está o art. 185 da mesma Constituição

Federal, que tornou insuscetíveis de desapropriação a *pequena* e a *média* propriedade, desde que seu proprietário não possua outra, e a *propriedade produtiva*. Portanto, restam como áreas passíveis de reforma agrária apenas as *grandes propriedades improdutivas*.

Ademais, ao considerar a pequena e média propriedade como insuscetíveis de desapropriação, o legislador sequer mencionou acerca do cumprimento da função social pelas mesmas. Ora, seguindo o entendimento antes expresso por Barros, há de se afirmar que legalmente, mesmo sem cumprir a sua função social, essas pequenas e médias propriedades seriam insuscetíveis de desapropriação.

Logo, ao se observar que a preocupação maior da política agrícola e do plano de reforma agrária é evitar que haja imóveis improdutivos e sem o cumprimento da função social, o legislador deixou às claras uma falha que contraria com os princípios ambientais e sociais, tendo em vista que poderia haver pequena e média propriedade sem cumprimento de sua função social.

Apesar das contradições referentes às propriedades passíveis de desapropriação, vê-se da definição que o objetivo da reforma agrária é a melhor distribuição da terra. Não se diz, pura e simplesmente, distribuição, diz-se melhor distribuição, envolvendo a idéia de corrigir, quando o que existir estiver mal feito, atentando contra os princípios de justiça social e contra a produtividade adequada. Ora, a partir do momento em que a infraestrutura não é oferecida pelo Poder Público para os novos proprietários de terra, a fim de que possam efetivamente cumprir a função social da sua gleba, não há de se falar em reforma agrária, muito menos em melhor distribuição de terra, mas em distribuição precária de terra.

4 **Desapropriação de terras rurais por interesse social para fins de reforma agrária por não-cumprimento da função ambiental**

Com o surgimento do Direito Agrário, a sua primeira luta foi contra o não uso da propriedade. Esta exigência corresponde a uma necessidade humana, na qual, não se pode admitir que a grande provedora de alimentos fique inerte enquanto alguém, por não lhe ter acesso, morra de fome. Poderia parecer que o ideal para a justiça agrária seria um combate a toda terra não utilizada diretamente pelo homem. Nessa lógica, a intervenção do homem haveria de transformar cada metro quadrado da terra, fazendo

com que a produção de alimentos e de matérias-primas não tivesse limite senão na impossibilidade tecnológica. A mata robusta e densa, hábitat de biodiversidade vegetal e animal, haveria de se transformar em área de plantação. A produtividade agrária, assim, confundida com a produtividade econômica, tanto mais produtiva haveria de ser a terra, quanto mais recursos econômicos pudesse produzir.

Nesse momento, percebeu-se que os bens da natureza são finitos, que a produtividade econômica nem sempre tem a finalidade de satisfazer a necessidade de consumo de alimentos, de matar a fome, de resolver as injustiças sociais, de produzir para o povo. A produtividade agrícola, num sistema de mercado, segue a lógica do lucro, não a da vida e da coletividade.

Marés (2003, p. 42) entende que

Esta idéia de produtividade econômica sem qualificativos se introduziu no conceito de função social da terra, para traduzir esta função em renda econômica. As classes dominantes e seus pensadores confundiam intencionalmente a função social da propriedade [...] e introduziam, no sistema jurídico, pistas para que se a interpretasse como a quantidade de bens resultantes da atividade agrária. Quer dizer, à alta função social que deveria ter a terra se equiparia a vileza do dinheiro que pudesse gerar.

Assim, a finitude dos recursos naturais, punha em alerta todo o Direito Ambiental, pois a renovação destes recursos só é possível com a manutenção de ecossistemas. E a tecnologia, que sempre apurou a dissociação ambiental, buscando seu futuro no aproveitamento de plantas produtivas e extermínios de ervas daninhas, descobre que este critério humano para a escolha do que deve sobreviver comete um erro fatal, já que a morte de algumas plantas e animais pode levar ao extermínio das produtivas por simples desequilíbrio.

Assim, a celeuma do Direito Agrário continua sendo a propriedade privada e sua função social. Hoje, não se pode mais negar que a propriedade tem uma função social, mas alguns defensores da propriedade absoluta dizem que seu cumprimento se dá com a tão-somente alta produtividade da terra, reduzindo tudo a uma questão de lucro.

Para os grandes latifundiários, a reforma agrária atenderia à necessidade de modernizar a economia e a agricultura, voltando-se para a produção. Isso significaria a mecanização do campo, a redução de áreas improdutivas como mangues, banhados e capoeiras. Esta corrente vê as áreas de proteção ambiental como inimigas da produção e subordinam a função

social da propriedade à produção, não importa de que produto, desde que gere lucro, vantagem econômica imediata. Não importa, tampouco, nem o futuro, nem a felicidade humana.

Felizmente, há muitas pessoas que vêem na proteção ambiental uma necessidade vital para a utilização da terra, propugnando que seu uso se dê de forma adequada com a vida de todos os seres em sua diversidade. É claro que muitos produtores rurais alegam que a maior produção de bens gera melhora econômica para todos e que a não utilização de parte da terra é geradora de miséria. A lógica da economia de mercado é a acumulação do capital e não sua distribuição, porém essa produção intensa não gera benefícios a todos. E ainda, pode desgastar a terra, inibir futuras produções e aumentar a miséria e a fome atual.

A questão socioambiental passou assim a ser de suma importância no Direito Agrário, que tem que se preocupar com o uso continuado da terra, com a produção de alimentos e com o bem estar desta e das futuras gerações, que dependerão sempre da mesma terra.

Dessa forma, combinada com os compromissos de eliminar desigualdades sociais e regionais, a Constituição criou uma propriedade privada que tem uma razão humana de existência e o fez tão profundamente e com tanta consistência que a vinculou à sua função social. Assim, a gleba rural que não atenda à função social terá que fazê-lo. Supõe-se que uma propriedade que não preserva o meio ambiente, ou cuja exploração não favoreça os trabalhadores, ou ainda, não tenha um aproveitamento racional ou adequado, ou não cumpra suas obrigações trabalhistas, é nociva e como tal duramente castigada. O proprietário tem a obrigação de cumprir o determinado. É um dever do direito: quem não cumpre seu dever deve ser punido. Desta forma, o proprietário que não zela pelo cumprimento da função social de sua propriedade perde-a, ou não tem direito a ela. Porém, o artigo 185 da Constituição Federal afirma que a propriedade produtiva não pode ser desapropriada, isto é, transfere o conceito de função social da propriedade para o de produtividade. O sistema atual de mercado, não está preocupado com o meio ambiente, com a fome ou a distribuição de riqueza, mas com sua acumulação cada vez mais concentrada. Ideologicamente, então, é fácil uma leitura literal do artigo 185, para concluir que uma propriedade rural que produza riqueza, dê lucro, seja insuscetível de desapropriação, independentemente da função social que não exerce.

Analisando-se por este ângulo, as imprecisões do texto constitucional estariam a impedir a reforma agrária, e a determinar que se interprete co-

mo coisas distintas a função social da propriedade e a produtividade. Por força do texto constitucional, somente serviriam para a reforma agrária as áreas improdutivas do ponto de vista econômico.

Para demonstrar isso com clareza, nada melhor do que se analisar, conjuntamente, os artigos 185 e 186 da Constituição Federal de 1988, já citados. A divergência existente entre estes artigos é comentada por Marés (2003, p. 47):

A interpretação que dão, hoje, os órgãos do Governo e setores dos conservadores do Poder Judiciário, envolvidos pela campanha dos latifundiários, ao artigo 185 é no sentido de que a Constituição veda a desapropriação para fins de reforma agrária dos imóveis que estejam produzindo, isto é, que tenham lucratividade; assim, basta um imóvel produzir em quantidade suficiente para render lucros, para que não possa ser desapropriado. Esta interpretação não se sustenta logicamente, ainda que seja do ponto de vista da ideologia vencedora.

Caso fosse assim, não teria nenhum sentido o artigo 186 que define os critérios da função social, e também não teriam nenhum sentido o artigo 5º, incisos XXII e XXIII e título VII, e artigo 170, incisos II e III, que indicam uma clara vinculação entre a propriedade privada e sua função social.

Se fosse insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária a propriedade produtiva, a Constituição Federal estaria elevando o conceito de produtividade à idéia de soberania. Não pode ser considerada produtiva uma propriedade que, ainda que dê lucros imediatos e imensos, não aproveita racional e adequadamente o solo e os recursos naturais, não protege o meio ambiente, não observa as disposições que regulam as relações de trabalho, nem favorecem o bem-estar dos trabalhadores e proprietários.

A Constituição deixa entrevisto isto no parágrafo único do artigo 185: “[...] a lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará as normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social”. É notório neste dispositivo que a propriedade terá tratamento especial porque cumpre uma função social, não porque produz lucro.

A terra está destinada a dar frutos para todas as gerações e o seu esgotamento pode liquidar sua produtividade e rentabilidade, gerando prejuízos não apenas financeiros, mas traduzidos em desertificação, que quer dizer fome, miséria e desabastecimento. É egoísmo imaginar que a produtividade como conceito constitucional queira dizer o lucro individual e imediato. Ao contrário, produtividade quer dizer capacidade de produção reiterada, o que significa pelo menos, a conservação do solo e a proteção da

natureza, isto é, o respeito ao que a Constituição chamou de meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ainda, analisando o artigo 185, II, da Constituição Federal, cita-se o entendimento de Borges (1998, p. 305-306):

O confronto entre esta norma e a que estabelece os requisitos para o cumprimento da função social da propriedade rural consistem numa antinomia real, que não pode ser solucionada através dos critérios de hierarquia, cronologia e especificidade, usualmente utilizados para resolver antinomias aparentes.

Quando duas normas do mesmo ordenamento jurídico parecem entrar em contradição, pode-se verificar a que prevalece para aplicação ao caso, observando-se qual é hierarquicamente superior. A lei superior revoga a lei inferior hierarquicamente. Outro critério possível de ser utilizado para dirimir uma contradição é o critério cronológico: lei posterior revoga lei anterior. Assim, se duas normas têm a mesma hierarquia, pode-se lançar mão deste critério. Ou ainda, pode-se utilizar o critério da especificidade, através do qual a lei mais específica em relação ao caso revoga a lei mais genérica.

Contudo, nenhum desses critérios parece ser suficiente para resolver tal situação, pois as normas são da mesma hierarquia, mesma data e especificidade. Faz-se necessário recorrer à interpretação jurídica, precavendo-se que a interpretação de uma norma pode modificar seu verdadeiro significado, inclusive dando-lhe um sentido que possa ir contra os fins da ordem jurídica.

O imóvel que se submete à desapropriação para reforma agrária é aquele que não tem aproveitamento racional e adequado, não apresenta utilização adequada dos recursos naturais disponíveis nem preserva o meio ambiente, não observa as regulamentações trabalhistas, ou aquele cuja exploração não favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Dessa forma, o art. 185 não pode ignorar essas disposições e autorizar a proteção de uma propriedade territorial rural que, sendo produtiva, desconsidere a legislação ambiental.

A Lei 8.629/93 define assim o que é propriedade produtiva:

Art. 6º. Considera-se propriedade produtiva aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, grau de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo os índices fixados pelo órgão federal competente.

Então, a propriedade produtiva, se assim for considerada, atende a apenas um dos requisitos do art. 186 da Constituição Federal, assim como apenas a um dos requisitos do art. 9º da Lei 8.629/93. A função social só é cumprida quando atendidos os quatro requisitos, simultaneamente. Assim,

é possível que uma propriedade considerada produtiva não atenda a sua função social, desautorizando a desapropriação da propriedade produtiva para fins de reforma agrária. Não seria importante, pois, a análise dos outros quesitos, pois se a propriedade for improdutiva, poderia ser desapropriada; se produtiva, não. E, na prática, esta seria a única regra a ser observada.

Considerando-se como princípio a suficiência apenas do primeiro requisito para o cumprimento da função social como excludente dos demais, constata-se que os outros incisos (art. 186, II, III e IV), infelizmente, não teriam qualquer utilidade, e, embora presentes no texto constitucional, não poderiam servir de critério para averiguação do cumprimento da função social da propriedade, e, por conseqüência, da realização de desapropriações com fins de reforma agrária.

Assim, se for optado pela prevalência do art. 185, II, são anulados todo o art. 186, a cabeça do art. 184 e o inciso XXIII do art. 5º, todos da Constituição. Varella (apud BORGES, 1998, p. 308) vai mais longe na crítica à interpretação que faz em relação à prevalência do art. 185, II:

[...] seria necessário afirmar que o art. 185, II, tem preferência sobre o art. 7º, com todos os seus 34 incisos, que tratam dos direitos dos trabalhadores rurais, pois o proprietário que não cumpre com suas obrigações trabalhistas e, portanto, não efetiva a função social da propriedade (art. 186, III) não poderia ser punido com a desapropriação. Ainda sob a mesma ótica, teria o inciso II do artigo 185 preferência sobre o Capítulo VI, que trata do meio ambiente (art. 186, II). Um absurdo!

Para resolver tal contradição, também poderia ser feita a eliminação das normas do art. 185, II, e do art. 186. Operando com as normas restantes na Constituição, verifica-se que prevalece a proteção ao meio ambiente, às relações de trabalho e ao bem-estar social, em vários momentos e não apenas no art. 186, devido à importância que o constituinte atribuiu a esses direitos. Não prevalece, pela interpretação através deste critério, a norma segundo a qual a propriedade produtiva estaria livre de cumprir sua função social. Aplicando-se o último critério, ambas as normas são mantidas, mas resolve-se a incompatibilidade entre elas, admitindo-se que a propriedade produtiva de que fala o art. 185, II, obedece aos outros requisitos do art. 186, não apenas ao primeiro.

Dessa forma, a propriedade cuja exploração não respeita a vocação natural da terra, degradando o seu potencial produtivo, que não mantém as características próprias do meio natural, que agride a qualidade dos recur-

tos ambientais, não contribuindo para a manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade, nem é adequada à saúde e à qualidade de vida das comunidades vizinhas, está sujeita a sofrer desapropriação.

Esse posicionamento também é compartilhado por Peters (2003, p. 141):

Na perspectiva ambiental, a propriedade rural desprotegida de matas ciliares ou das matas de preservação permanente, ou ainda que não conserve o solo combatendo a erosão, exemplificativamente, fica sujeita igualmente à desapropriação por interesse social, não obstante seja produtiva, pois não estará exercendo a função socioambiental.

A produtividade vincula-se à manutenção do equilíbrio ecológico, pois ela não pode ser compreendida e absorvida sem a atenção que merece a proteção ao meio ambiente. A propriedade produtiva não deve degradar o meio ambiente em nome da produção, estando desautorizada a degradação dos componentes naturais.

O fato de a propriedade ser produtiva não garante sua proteção contra a desapropriação por interesse público para fins de reforma agrária. Se tal propriedade se mantém produtiva em discordância com as normas ambientais que sobre ela incidem, não se verifica, aí, o cumprimento de sua função social, conforme preceitua o art. 186 da Constituição. A exploração econômica não é intocável quando proporciona degradação ambiental. Ocorrendo a degradação ambiental, estas terras são passíveis de desapropriação para assentamentos de integrantes dos movimentos dos sem-terra, para que eles promovam atividades sustentáveis e ecológicas. Com o apoio do poder público, criem (os sem-terra) bases para um trabalho articulado entre eles, construam princípios, medidas e critérios para que os assentamentos sejam efetivamente ecológicos; considerem ainda as limitações daquele ambiente para que se implante o assentamento, de forma mais produtiva possível, e protegendo o meio ambiente.

Saliente-se, contudo, que, se não for oferecida infra-estrutura pelo poder público ou, mesmo sendo oferecida, os novos proprietários das terras não efetivarem o cumprimento da função ambiental das suas glebas, não há como se falar em reforma agrária, muito menos em melhor distribuição de terra, mas em distribuição precária de terra, sem atingir um dos objetivos principais: preservação do meio ambiente!

5 Considerações finais

O meio ambiente é um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Os seres humanos, por sua vez, constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável, tendo direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com o meio ambiente todas as gerações, tanto as presentes como as futuras. Por isso, a propriedade produtiva deve atender aos ditames da preservação ambiental, pois o não cumprimento da função ambiental da propriedade, que é requisito para o cumprimento da função social da propriedade, autoriza a desapropriação da propriedade rural por interesse social para fins de reforma agrária.

Necessário salientar que não se está recomendando que a propriedade produtiva seja desapropriada, sem que se verifiquem critérios para a escolha das terras mais adequadas aos fins da desapropriação. Acontece que, quando uma propriedade, mesmo produtiva, de pequeno ou médio porte, desrespeita profundamente as normas de Direito Ambiental e mesmo do Direito Agrário, de forma a ameaçar gravemente o meio ambiente, impõe-se, assim, que se faça a desapropriação dessa terra, para que se assegure a preservação dos recursos naturais, o equilíbrio ecológico e a possibilidade de manutenção da vida humana, que se apóia sobre o meio ambiente que está sendo destruído. Dessa forma, o interesse difuso de assegurar a qualidade do meio ambiente e a qualidade de vida de todos justifica a desapropriação da terra produtiva.

Do ponto de vista ambiental, não basta apenas combater o latifúndio chamado improdutivo para transformá-lo em pequenas propriedades, repetindo nelas as mesmas práticas agrícolas de monoculturas, adotadas nos latifúndios ditos produtivos. Ainda mais, quando, na maioria das vezes, não estão disponíveis aos pequenos agricultores as mesmas condições financeiras, técnicas e de equipamentos.

Em contrapartida, também, é preocupante e lamentável que existam integrantes dos movimentos dos sem-terra, pregando a ocupação de áreas florestais, com o argumento de que são terras improdutivas. Isso demonstra falta de conhecimento da importância das florestas e mostra que o discurso, muitas vezes, segue a conveniência e não a coerência, pois esse sempre foi o argumento de setores contrários à reforma agrária e ao meio ambiente.

Deve-se assimilar que florestas podem produzir e podem até ajudar a produção agrícola. Os serviços ambientais são derivados da produção da

floresta, como a água, a preservação do solo, entre outras questões. O cumprimento da legislação ambiental é fundamental, inclusive para os assentamentos de reforma agrária.

Está no senso dos agraristas e ambientalistas a possibilidade de construir novos padrões de um direito independente que funcione como instrumento nas mãos do povo e realize o sonho humano de viver em paz em sua terra e dos frutos que ela oferece à coletividade.

Referências

- BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de direito agrário*. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Função ambiental da propriedade e reforma agrária. In: SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da; XAVIER, Flávio Sant'Anna (Orgs.). *O direito agrário em debate*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. Trad. Nélia Maria Pinheiro Padilha von Tempski-Silka. Curitiba: Juruá, 2002.
- DUGUIT, León. *Las transformaciones del Derecho (Público y Privado)*. Buenos Aires: Heliasta, 2001.
- FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- GODOY, Luciano de Souza. *Direito agrário constitucional: o regime da propriedade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MARÉS, Carlos Frederico. Direito Agrário e meio ambiente. In: ESTERCI, Neide; VALLE, Raul Silva Telles (Orgs.). *Reforma agrária e meio ambiente*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- PETERS, Edson Luiz. *Meio ambiente & propriedade rural*. Curitiba: Juruá, 2003.
- SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. rev. atual. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SILVA, Robson José. *O meio ambiente: função social e ambiental*. 2003. Resenha (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais). Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa/PR, 2003.

Germano Schwartz^{*}
Rafael Machado Soares^{**}

A função social do Direito e a questão da propriedade: expectativas normativas

Resumo: O presente trabalho busca analisar a função social da propriedade a partir da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. Pretende-se demonstrar que referida função é um caráter complexo de uma sociedade cuja contingência é derivada da dinâmica evolutiva do sistema social. Tem-se como objetivo observar as expectativas normativas sobre o tema, levando-se em consideração a necessária recursividade interna de tal elemento, facilitador de mudanças no próprio subsistema jurídico. Entende-se que, com o aumento da complexidade social, as expectativas comportamentais relativas à questão da propriedade sofrem um acréscimo. Nesse contexto, a noção contemporânea do Direito de Propriedade liga-se à idéia de que a mesma deve cumprir sua função social (expectativa normativa). Desse modo, objetiva-se, com este ensaio, não perscrutar a dogmática estabelecida a respeito do direito à propriedade, mas sim verificar sua correlação com o sistema social no qual se insere.

Palavras-chave: Teoria dos Sistemas. Expectativas. Complexidade. Função social da propriedade.

Abstract: This paper seeks to analyze the Social Function of the Property from the Theory of Social Systems, Niklas Luhmann. The aim is to demonstrate that that function is a complex character of a company whose contingency is derived from the dynamic evolution of the social system. Objectively observe the normative expectations on the subject, taking into consideration the necessary internal recursive element of this, facilitator of changes in the actual subsystem legal. It is understood that with the increased complexity of social, behavioral expectations on the issue of property suffering an increase. In this context, the contemporary notion of the law of property connects to the idea that it should fulfill its social function (normative expectation). Thus objective of this test is not established to investigate the dogmatic respect for the right to property, but check its correlation with the social system in which it forms.

Key words: Systems Theory. Expectations. Complexity. Social function of property.

^{*} Pós-Doutor em Direito (University of Reading). Professor da Faculdade da Serra Gaúcha. Coordenador do Curso de Direito da ESADE. Professor do Mestrado em Direitos Fundamentais da Ulbra/Canoas. E-mail: germano.schwartz@esade.edu.br.

^{**} Mestre em Direito (Unisinos), Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil (UniRitter). Professor de Direito Agrário na Universidade de Passo Fundo. E-mail: ramaso@upf.br.

1 Proposta de abordagem

A abordagem a ser trabalhada no presente texto diz respeito à análise da comumente denominada função social da propriedade a partir da teoria dos sistemas sociais de Luhmann. Com isso, pretende-se demonstrar que referida função é um caráter complexo de uma sociedade cuja contingência é derivada da dinâmica evolutiva do sistema social. Nessa linha de raciocínio, tem-se como objetivo perscrutar as expectativas normativas sobre o tema, levando-se em consideração a necessária recursividade interna de tal elemento, facilitador de mudanças no próprio subsistema jurídico.

2 A função em Luhmann: o funcional estruturalismo

Quando se perscruta a problemática da função social do Direito na questão da propriedade, comumente, se faz uma análise conjunta desses elementos. Aqui, ao contrário, far-se-á uma observação do todo a partir de suas partes (função, sistema social e expectativas normativas). Essa (co)ligação todo/parte torna possível uma nova mirada sobre o tema.

Nesse sentido, importante asseverar que, para Luhmann, todo sistema está orientado a partir de sua função, seu elemento essencial e fundamental, como refere Amado:⁴⁶ “Le facteur fondamental dans la constitution d’un système social se trouve dans sa fonction”.

Esse é o denominado método funcional estruturalista de Luhmann, que privilegia a contínua modificação da estrutura, devendo ser visto como a “pré-seleção de possíveis relações entre os elementos admitidos em dado momento”.⁴⁷ Dessa maneira, ao término, a função será satisfeita. A estrutura não é mais o eixo de condição da compreensibilidade do sistema. Essa posição é ocupada pela função, que pode ser compreendida como “un esquema de confrontación entre varias soluciones a problemas, soluciones que aparecen como intercambiables en cuanto que son equivalentes con respecto a la función misma”.⁴⁸

⁴⁶ AMADO, Juan Antonio García. La société et le droit chez Luhmann. In: ARNAUD, A.-J.; GUIBENTIF, P. (Org.). *Niklas Luhmann observateur du droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993. p. 109. (Collection Droit et Société, 5)

⁴⁷ ROCHA, Leonel Severo. *Paradoxos da Auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 31.

⁴⁸ CORSI, G.; ESPOSITO, E.; BARALDI, C. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Prefacio de Niklas Luhmann. Traducción de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Bajo la coordinación de Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Anthropos; México DF: Universidad Iberoamericana; Guadalajara: Iteso, 1996. p. 86.

A função não é entendida somente como um efeito a se produzir, mas como um esquema de sentido regulativo que torna mais amplo o universo de observação/comparação entre prestações equivalentes.⁴⁹ Nessa linha de raciocínio, o equifuncionalismo de Luhmann leva a uma especial sensibilidade do sistema que, perante soluções distintas, consegue soluções equivalentes. É assim que a análise funcional estruturalista pressupõe o reconhecimento das diferenças mediante informação/comunicação. Com ela, pode-se perceber o existente como contingente e o diverso, como comparável.⁵⁰ A respeito disso, lembra Habermas:

El análisis funcionalista debe situarse, por tanto, en niveles situados por debajo del problema abstracto de la conservación y elegir unidades de referencia más especiales. Los problemas que de esas unidades más especiales de referencia se obtienen pueden a su vez reformularse como problemas funcionales de referencia y elegirse como punto de partida de un ulterior análisis.⁵¹

A partir desse encadeamento entre as unidades de referência, pode-se dizer que a resposta para um problema não está na relação questionamento/solução. Esse interrogante serve apenas para demonstrar possibilidades outras. Os problemas são apreendidos a partir de fatos funcionalmente equivalentes. Nessa linha, não há que perquirir sobre condutas desviadas, mas sim confrontar os âmbitos sistêmicos de flexibilidade e capacidade de adaptação das várias resoluções de um problema, em uma orientação visando às equivalências funcionais.

Essa reorientação se deve, basicamente, ao fato de Luhmann entender que uma mesma função pode ser realizada a partir de causas ou estruturas diversas, ou ainda, que a mesma função é capaz de ser desenvolvida de maneira equivalente por estruturas diferentes,⁵² ao que se pode denominar de equifuncionalismo. Assim, Luhmann “non considera più le strutture sociali come dati ultimativiti, ma si chiede, da un ponto di vista funzionale, quale sia il loro senso in determinate situazioni”.⁵³

⁴⁹ Com a mesma posição: ALCOVER, Pilar Giménez. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: J.M. Bosch, 1993. p. 53.

⁵⁰ Cf. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. México: Anthropos: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 71.

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *La lógica de las ciencias sociales*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1996. p. 327-328.

⁵² Maiores detalhes a respeito, ver: ALCÓVER. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Op. cit., p. 53-54.

⁵³ FEBBRAJO, Alberto. *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1975. p. 30.

Com isso, a análise do sistema social toma outro ponto de partida: Luhmann propõe um conceito em que “a dependência ‘funcional’ ultrapassa toda sorte de dependências ‘causais’”.⁵⁴ Obtêm-se, daí, a expansão (em geral) e a limitação concreta do equifuncionalismo. Em outras palavras: expande-se o campo de observação do possível.

Vem desse fato uma das grandes características do arcabouço teórico luhmanniano. Em verdade, abandona-se o ideal do necessário desvelamento das verdadeiras causas de um problema e procura-se sua resolução em suas funções e estruturas. Isso porque, na sociedade atual, existem sistemas sociais extremamente desenvolvidos, o que impossibilita o mapeamento causal de sua gênese, muito menos, as leis de seu desenvolvimento.⁵⁵ Logo, em uma análise sistêmica – “e al giurista interessa il diritto della società”⁵⁶ – torna-se bastante improvável que um jurista consiga uma descrição suficiente de uma lide, por exemplo, face à complexidade atual, tomando como base o método causal. Já, com o método funcionalista, o operador do Direito terá um campo maior de abrangência para decidir entre o que poderia ou não ter sido decidido.

Nessa linha de raciocínio, a comparação com outras possibilidades funcionalmente equivalentes pode registrar a relação problema/solução, tornando-a menos insegura sob a forma, por exemplo, de alternativas impossíveis. Essa dialética torna legítima a ação praticada com esse intento. Desse modo, a análise funcional “traslada lo conocido y lo familiarizado, es decir, las funciones manifiestas (fines) y las estructuras al contexto de otras posibilidades”.⁵⁷

A orientação por funções – ou análise funcional estruturalista – é, em última instância, um método comparativo, que visa a demonstrar o que está encoberto. Dessa forma,

su introducción en la realidad sirve para abrir lo existente a una mirada de reojo a otras posibilidades. En el fondo, comprueba relaciones entre relaciones: remite

⁵⁴ ARNAUD, A.-J.; DULCE, M. J. F. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 165.

⁵⁵ Sobre o tópico, assinala Cristiano Paixão Araújo Pinto: “Num contexto social de sistemas desenvolvidos funcionalmente, todas as causas da conservação dos sistemas são necessárias para explicar a duração dos próprios sistemas. Assim, as teorias ligadas estritamente a leis causais (como as teorias dos fatores) restringiram drasticamente o horizonte da investigação sociológica. A constatação dessa insuficiência, segundo *Luhmann*, é o fato de que as teorias dos fatores sequer conseguiam alcançar o grau da complexidade observada nas situações sociais verificadas e vividas no cotidiano” (*Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 175-176).

⁵⁶ LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. Milano: Mulino, 1990. p. 218.

⁵⁷ LUHMANN, *Sistemas sociales*. Op. cit., p. 74.

el objeto a un punto de vista del problema para poder remitirlo a otras soluciones del mismo.⁵⁸

A eleição da problemática que transparece e sustenta a unidade de diferença entre o conhecimento (Direito) e o objeto (caso posto), resulta na impossibilidade de garantias absolutas, pelo que a análise funcional, muito mais do que método, passa a ser teoria de cognição.

3 O Direito como subsistema funcionalmente diferenciado

A aludida teoria da cognição proposta por Luhmann é, de fato, um arcabouço teórico bastante sofisticado, “capaz de estar a la altura de los planteamientos problemáticos que hoy se enuncian bajo la noción de posmodernismo”.⁵⁹ Como sustenta o autor,⁶⁰ a relação entre a análise funcional e a teoria do sistema está no fato de que o verdadeiro postulado teórico que permite a aplicação do método funcional reside na construção do problema.

Luhmann parte do pressuposto da real existência dos sistemas,⁶¹ retirando qualquer dúvida gnosiológica a respeito. Nesse sentido, toda e qualquer análise/conceito de sociedade deve partir da faticidade dos sistemas.

Falar de sociedade é referir-se a sistemas. É mediante a estruturação sistêmica que se torna possível identificar a equação da problemática da (im)possibilidade da ordem social e jurídica. A já referida inexistência axiológica da existência dos sistemas leva à possibilidade de se alargar o campo do possível. Ao contrário do que alguns filósofos e operadores do Direito propugnam, o sistema jurídico não pode ser visto como um sistema heteropoiético (Ferrajoli) e incomunicavelmente fechado (positivismo kelseniano). Isso nega mobilidade a um problema extremamente dinâmico, além de dar menos visibilidade ao que necessita ser visualizado. O Direito deve ser analisado sob a ótica sistêmica, que amplia o seu campo de atuação e o faz ser pensado como algo muito maior, mais contextual⁶² e mais complexo do que sua hierarquização e forma de análise verticalizada/organizacional.

⁵⁸ Idem, *ibidem*, p. 72.

⁵⁹ LUHMANN, *Introducción a la teoría de sistemas*. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Anthropos; México DF: Universidad Iberoamericana; Guadalajara: ITESO, 1996. p. 59.

⁶⁰ LUHMANN, *Sistemas sociales*. Op. cit., p. 73.

⁶¹ Para maiores detalhes, ver: LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Paidós, 1990. p. 41 et seq.

⁶² A respeito da contextualidade da ótica contextual da sistêmica, Fritjof Capra diz que “o pensamento sistêmico é ‘contextual’, o que é o oposto do pensamento analítico. A análise significa isolar alguma coisa a fim de entendê-la; o pensamento sistêmico significa colocá-la no contexto de

Os dados centrais da análise das equivalências funcionais não são fornecidos pelo método funcionalista, mas sim, pela teoria dos sistemas.⁶³ Amplia-se, desse modo, o que se pode observar, uma vez que a tomada de análise das funções equivalentes aos problemas do sistema deve ser estabelecida mediante uma diferenciação (confrontação) entre sistema e ambiente, a ser feita pela figura do observador. Ainda, a teoria dos sistemas sociais de Luhmann permite compreender a totalidade da sociedade, porém não indica como tais elementos devem ser (dever-ser jurídico kelseniano). Apenas procura compreender e descrevê-los a partir de um instrumental teórico poderoso, mas que não esgota o social e não pretende dar a observação última.

Nesse diapasão, a importância de se estabelecer o Direito como subsistema autônomo se dá pelo fato de que tal subsistema criou uma rede recursiva interna e universal que o diferencia do entorno. Isso ocorre de tal forma que o sistema jurídico se enclausurou operativamente e será o único subsistema responsável por problemas relativos à sua unidade, conseguindo, dessa forma, uma diferenciação funcional.

Com isso,

La teoría de sistemas le permite contar con un conjunto integrado de conceptos, cuya pretensión de ser aplicable a todo lo social, lo hace particularmente adecuado para enfrentar el desafío de participar en una teoría capaz de dar cuenta de la sociedad globalizada, pero también de los fenómenos propios de los diferentes subsistemas sociales que tienen lugar en ella.⁶⁴

Portanto, a questão do Direito, sob o perscrutamento funcionalista estrutural, repousa na observação da unidade da diferença das funções equivalentes que compõem esse subsistema. Trata-se, pois, de comparar a função do sistema jurídico (Direito/Não-Direito), para que se possam

um todo mais amplo” (*A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 1996. p. 41).

⁶³ Sobre a relação teoria dos sistemas x análise funcional (equivalência de funções), referem Arnaud e Dulce: “Aqui se acha, justamente, a determinação, o ‘nó górdio’ do método proposto por Luhmann, que é a determinação das equivalências funcionais. Luhmann resolve essa questão não pelo método funcional, mas apelando para a teoria sistêmica” (*Introdução à análise sociológica*. Op. cit., 2000, p. 165). Refere também Arianna Maceratini, que “il *funcionalismo strutturale*, come analisi e metodo funzionale (*funktionale Analyse; funktionale Methode*) è il criterio di ricerca applicato da Luhmann alla teoria dei sistemi” (*Procedura come norma: riflessioni filosofico-giuridiche su Niklas Luhmann*. Torino: G. Giappichelli, 2001. p. 31).

⁶⁴ MANSILLA, Darío Rodríguez. La teoría de la sociedad: invitación a la sociología de Niklas Luhmann. *Metapolítica*, Mexico DF, v. 5, n. 20, p. 42-43.

(re)descobrir possibilidades outras que tornem possível a (re)construção de sentido de seu objeto.

Assim é o sistema que possibilita a diferenciação do Direito. Os subsistemas parciais (Direito, Saúde, Educação, Política...) adquirem uma tal forma de especificidade universal, que a reunião de suas características, funcionalmente diferenciadas com os demais subsistemas do sistema global da sociedade, complexificam suas (im)possibilidades, ainda que não se pretenda a complexidade como algo impeditivo.

4 **Reduzir complexidade: função do Direito na questão da propriedade**

Para que haja uma postura que ultrapasse os pré-conceitos estabelecidos a respeito do tema, a complexidade deve ser entendida como “a totalidade das possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido”.⁶⁵

Dita ativação consiste no fato de se pressupor que a opção por uma alternativa tem como decorrência necessária a não-tomada da alternativa contrária. Isso significa que, no Direito, ao existir uma norma, deve-se analisar também não somente o permitido, mas sim, o proibido. Essa noção faz existirem mais possibilidades inimagináveis e uma necessária

complexidade paradóxica da possibilidade/não-possibilidade como fechamento do sistema jurídico. Com isso a estrutura pode aumentar a complexidade de um sistema social no sentido de que, apesar da limitação recíproca das possibilidades, no total dispõe-se de mais possibilidades para uma escolha sensata.⁶⁶

Todavia, e o mais interessante, é essa exclusão necessária ser condição *sine qua non* para que um ordenamento mais elevado seja construído e, ao mesmo tempo, é o que torna heterogêneo o sistema. Nessa linha de raciocínio, a complexidade vai determinar a diferença, o sistema e seu entorno.

Lembra Amado⁶⁷ que a idéia da complexidade traz consigo o ensejo de que o campo ilimitado do mundo do possível (paradoxo) não é um mundo real. Com isso, serão as equivalências funcionais as responsáveis pela possibilidade fática do desvelamento dado pela observação.

⁶⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 12.

⁶⁶ Idem, *ibidem*, p. 13.

⁶⁷ AMADO, La société et le droit. Op. cit., p. 103.

A complexidade é, então, reconstruída a partir de outro prisma: a de sua redução. É sua redução que, paradoxalmente, permite a evolução social, e mais, é o que permite toda a origem da interação social.⁶⁸ No entanto, o problema da interação social não pode ser embasado na hipótese de que a complexidade se dá quando dois indivíduos se comunicam.⁶⁹ Deve-se entender o problema da contingência não somente como um problema a ser enfrentado, mas como uma questão que gera maiores possibilidades para sua própria resolução.⁷⁰

Em linhas gerais, pode-se dizer que a função do Direito, enquanto subsistema que visa a reduzir a complexidade social, é a de institucionalizar expectativas, diminuindo a indeterminação e o risco. É nesse sentido que Luhmann entende o Direito como um “alívio para expectativas”. O Direito, dessa forma, tem um papel seletivo das expectativas comportamentais, transformando-as em expectativas normativas.⁷¹

Dessa forma, não obstante ao fato de que o Direito de Propriedade acompanha – e evolui com – a humanidade, percebe-se que a compreensão do alcance do

⁶⁸ Idem, ibidem, p. 104: “Mais complexité ne signifie pas seulement évolution. Elle est également présent au commencement de tout ordre, à l’origine de tout interaction sociale”.

⁶⁹ Na teoria sistêmica, a comunicação é dada entre sistemas sociais, enquanto os indivíduos atuam nos sistemas psíquicos. Ao contrário das críticas a essa posição, especialmente as habermasianas, pode-se dizer que esse é um neo-iluminismo. O homem é observado por sua capacidade em reduzir complexidade e, assim, reconstruir um novo sentido. O homem passa a ser ambiente/entorno do sistema. Ele irrita e estimula o sistema. Muito maior do que o próprio sistema, portanto. Se os sistemas se diferenciam a partir da diferença entre o âmbito social (entrono), e se o homem é o ambiente em que se inserem os sistemas, e se essas comunicações se orientam para o sistema, no fim, circularmente, o homem resta interconexo com tudo. No entanto, o social não surge do homem. É uma aquisição evolutiva que o precede. Entre o ser humano e a sociedade, existe um acoplamento estrutural, de tal sorte que a evolução encontrou na comunicação da sociedade seu meio de socialização. De outra banda, o homem opera mediante consciência, um âmbito altamente improvável. Para fazer uma seleção, o homem procede de forma binária: sim/não; consenso/dissenso; paz/guerra. Essa subjetividade torna impossível a construção do social. O mundo individual é contingente: “Lo que era para uno (ego) es así, para el otro (Alter) puede ser de diversa manera” (NAFARRETE, Javier Torres. La arquitetura de la teoría de Niklas Luhmann. *Metapolítica*, México, DF, v. 2, n. 8, p. 662). Ato contínuo, o social rumaria ao infinito de possibilidades, quase impossíveis de coincidir. Ademais, a sociedade como consenso comunicativo de sujeitos pressupõe total simetria de subjetividade política. Uma utopia.

⁷⁰ Observa a respeito Niklas Luhmann: “La formula di contingenza adatta alla situazione odierna non sideve soffermare sul semplice criticare, ma sul poter apprendere” (*Il sistema educativo: problemi de riflessività*. Roma: Armando Editore, 1988. p. 93-94).

⁷¹ Como assevera Luhmann, “as normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. [...] O símbolo do ‘dever ser’ expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade – aí estão o sentido e a função do “dever ser” (*Sociologia do direito I*. Op. cit., p. 57).

instituto na sociedade contemporânea perpassa pela compreensão da idéia de complexidade e da reciprocidade inerente ao instituto.

Nesse sentido, a função social do Direito na questão da propriedade tem sua razão de ser ligada à necessidade de se normatizar as expectativas comportamentais recíprocas que, em sua origem, estavam ligadas à idéia de uma propriedade absoluta. Era necessário, por intermédio do instituto, estabelecer que expectativas deveriam ser amealhadas por cada subsistema social. Ao Direito coube atuar como um redutor da complexidade das expectativas normativas lançadas sobre o tema.

5 **Considerações finais: expectativas normativas e função social da propriedade**

Em função do convívio social típico do ser humano, ocorrem as chamadas expectativas comportamentais recíprocas. O “outro” é compreendido pelo homem como seu “alter ego”. As expectativas do “outro” passam a ser as suas próprias expectativas. A contingência, dessa forma, incorpora um elemento complicador, uma vez que o comportamento do “outro” não é algo determinado, visto que ele possui liberdade em seu comportamento. Nas palavras de Luhmann, isso leva à “potencialização do risco” e caracteriza a chamada “dupla contingência”, que possuem ocorrência na questão da propriedade:

[...] outros homens que se inserem no campo de minha visão como um “alter ego” como fontes eu-idênticas da experimentação e da ação originais [...] As possibilidades atualizadas por outros homens também se apresentam a mim, também são as minhas possibilidades. *A propriedade, por exemplo, só tem sentido como defesa nesse contexto.* As possibilidades me são apresentadas na medida em que os outros as experimentam, sem podê-las atualizar totalmente como experimentações propriamente suas. Com isso adquiro a chance de absorver as expectativas dos outros, ou de utilizá-las no lugar das minhas, de ver através dos olhos dos outros, de deixar que me relatem algo, e dessa forma ampliar meu próprio horizonte de expectativas sem um maior gasto de tempo. Com isso alcanço um imenso aumento da seletividade imediata da percepção.⁷²

Com o aumento da complexidade social, as expectativas comportamentais relativas à questão da propriedade sofrem um acréscimo. Nesse contexto, a noção contemporânea do Direito de Propriedade liga-se, indis-

⁷² LUHMANN. *Sociologia do direito I*. Op. cit., p. 46-47 (Grifo nosso).

sociavelmente, à idéia de que a mesma deve cumprir sua função social (expectativa normativa). Em face da modificação das expectativas comportamentais que fazem parte do instituto, o ordenamento jurídico absorveu a influência, reprocessando-a. Positivou a noção de função social como elemento da propriedade. Com isso, retirou-se a concepção absoluta do poder do proprietário sobre a coisa.

De fato, a mudança paradigmática sobre o tema decorre, no Brasil, da leitura do Texto Constitucional de 1988. O Estado Democrático de Direito,⁷³ referido pela Carta Magna, estabeleceu, em seu artigo 5º, inciso XIII, que “a propriedade atenderá a sua função social”.

Importante salientar, dentro dos propósitos estabelecidos, que dita normatividade advém do aumento da complexidade social. A propriedade, vista sob o prisma do sistema jurídico, amechou tal característica porque se tornou necessário, perante a sociedade moderna, o melhor aproveitamento de tal bem. As expectativas lançadas pelo sistema social fizeram com que o Direito desse tal resposta sob forma de positivação (expectativa normativa) de uma expectativa comportamental recíproca.

A partir disso, correta é a lição de Fabio Alves,⁷⁴ quando refere que “o proprietário não tem o direito subjetivo de usar a coisa segundo o arbítrio exclusivo de sua vontade, mas deve empregá-lo de acordo com a finalidade assinalada pela norma de direito objetivo. O direito subjetivo é substituído pelo dever social”.

Da própria Lei Maior (art. 186), depreende-se que a função social da propriedade tem sua unidade na medida em que ela consegue alcançar, de forma simultânea, o aproveitamento racional e adequado (obediência ao limite de plantio e uso das técnicas agrícolas), o aproveitamento racional dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente, bem como a observância da legislação pertinente no que se refere ao trabalho humano.

Dessa maneira, a expectativa normativa relativa à função social ganha outra orientação, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro via Constituição Federal. Trata-se de um avanço social, que leva à superação do pensamento liberal individualista de outrora: aquele que considerava a

⁷³ Para José Luiz Bolzan de Moraes, “o Estado Democrático de Direito emerge como um aprofundamento da fórmula, de um lado, do Estado de Direito, e de outro do welfare state” (As funções do estado contemporâneo. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. São Leopoldo: Unisinos, 1998/99. p. 59).

⁷⁴ ALVES, Fabio. *Direito agrário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 36.

propriedade um bem absoluto, sem possibilidade de intervenções/limitações.

O sistema jurídico simplesmente institucionalizou uma expectativa, esperando, com isso, diminuir a indeterminação e a incerteza sobre a questão. Nesse sentido, ter-se-ia menos complexidade e uma nova descrição a respeito de certos fenômenos sociais (função social da propriedade). Não se trata, aqui, de perscrutar a dogmática estabelecida a respeito do direito à propriedade. Muito mais importante é verificar sua correlação com o sistema social no qual se insere.

Em outras palavras: é necessário pensar o tema a partir de sua circunância, das expectativas lançadas pela sociedade e positivadas na Carta Magna de 1988. Fazer com que o sistema jurídico decida, com base em outros paradigmas (liberal-individualista), é acrescentar complexidade quando sua função é, seletivamente, diminuí-la. Tal fato, além de impedir o equilíbrio sistêmico, bloqueia a harmonia e a homeostase social.

Referências

- ALCOVER, Pilar Giménez. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona : J. M. Bosch, 1993.
- ALVES, Fabio. *Direito agrário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- AMADO, Juan Antonio García. La société et le droit chez Luhmann. In: ARNAUD, A.-J.; GUIBENTIF, P. (Org.). *Niklas Luhmann observateur du droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993 (Collection Droit et Société, 5).
- ARNAUD, A.-J.; DULCE, M. J. F. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 1996.
- CORSI, G.; ESPOSITO, E.; BARALDI, C. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Prefácio de Niklas Luhmann. Traducción de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Bajo la coordinación de Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Anthropos; México, DF: Universidad Iberoamericana; Guadalajara: Iteso, 1996.
- FEBBRAJO, Alberto. *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*. Milano: Dott A. Giuffrè, 1975.
- HABERMAS, Jürgen. *La lógica de las ciencias sociales*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1996.
- LUHMANN, Niklas. *Il sistema educativo: problemi de riflessività*. Roma: Armando, 1988.
- . *Introducción a la teoría de sistemas*. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Anthropos; México, DF: Universidad Iberoamericana; Guadalajara: Iteso, 1996.
- . *La differenziazione del diritto*. Milano: Mulino, 1990.
- . *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Paidós, 1990.

———. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

———. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. México: Anthropos; Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

MACERATINI, Arianna. *Procedura come norma: riflessioni filosofico-giuridiche su Niklas Luhmann*. Torino: G. Giappichelli, 2001.

MANSILLA, Darío Rodríguez. La teoría de la sociedad: invitación a la sociología de Niklas Luhmann. *Metapolítica*, México, DF, v. 5, n. 20.

MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. As funções do estado contemporâneo. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo: Unisinos, 1998/99.

NAFARRETE, Javier Torres. La arquitetura de la teoría de Niklas Luhmann. *Metapolítica*, México, DF, v. 2, n. 8.

PINTO, Cristiano Paixão Araujo. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ROCHA, Leonel Severo. *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997.

Aspectos jurídicos da antecipação terapêutica do parto nos casos de anomalias fetais incompatíveis com a vida

Resumo: A ciência indica a antecipação terapêutica do parto nos casos de anomalia fetal incompatível com a vida. Entretanto, a lacuna temporal da legislação penal brasileira obsta a realização deste procedimento médico, gerando repercussões polêmicas no judiciário. Desta forma, o presente estudo visa demonstrar que os preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito protegem a liberdade de escolha da gestante em interromper ou não a gravidez de feto sem potencial de vida.

Palavras-chave: Biodireito. Anomalias fetais. Antecipação terapêutica do parto. Princípios Constitucionais. Aborto.

Abstract: The science indicates the medical induced abortions for cases of fetal anomalies which are incompatible with life. However, the time gap of Brazilian criminal law hinders the achievement of this medical procedure, creating controversial repercussions in the legal system. Thus, this study aims at demonstrating that the fundamental precepts of the Democratic rule of law protect the freedom of choice of the pregnant woman to interrupt the pregnancy of a fetus without potential for life.

Key words: Biolaw. Fetal anomalies. Medical induced abortions. Constitutional principles. Abortion.

Introdução

As anomalias fetais são diagnosticadas nos exames de acompanhamento do pré-natal, momento em que a literatura médica permite distinguir anomalias compatíveis ou incompatíveis com a vida extra-uterina, ou seja, distingue antecipadamente as possibilidades de vida ou de morte após o parto.

* Professora da Faculdade da Serra Gaúcha. Mestranda em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Linha de pesquisa: Direito Ambiental e Biodireito. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas/RJ. Advogada. E-mail: grazielak@superig.com.br.

O diagnóstico científico de anomalia fetal incompatível com a vida possibilita a indicação do procedimento denominado antecipação terapêutica do parto, o qual visa ao bem-estar físico e psíquico da gestante. Entretanto, este procedimento esbarra na legislação penal vigente, tendo em vista a tipificação do crime de aborto.

Certamente que a questão é polêmica, tendo em vista que o debate envolve questões éticas, religiosas, sociais e jurídicas. O presente artigo, diante desse contexto, pretende demonstrar os preceitos constitucionais que autorizam a liberdade de escolha da gestante em antecipar ou contemporizar o parto de um feto desprovido do potencial de vida.

Dessa forma, o artigo aborda os aspectos jurídicos da antecipação terapêutica do parto nos casos de anomalias fetais incompatíveis com a vida. Inicialmente, demonstra o óbice da legislação penal para a interrupção da gravidez. Na segunda parte, aborda a arguição de descumprimento de preceito fundamental número 54-8 e a posição do Supremo Tribunal Federal. Na terceira parte, demonstra os princípios constitucionais aplicáveis à defesa da gestante em optar pela cessação da gravidez. Por último, apresenta o alvará judicial como medida atual para realizar o procedimento sob comento.

1 **Antecipação terapêutica do parto e aborto**

Atualmente, os exames de ultra-som e ecografia permitem constatar, ainda no ventre materno, a existência de anomalias nos fetos, momento em que o diagnóstico permite identificar a existência de má-formação ou de inviabilidade fetal, as quais, segundo Ivan Augusto Baraldi e Nilza Maria Diniz se diferenciam pelos seguintes fatores:

No que se refere ao feto malformado, sendo a deficiência por ele apresentada de menor gravidade, dificilmente provocará a sua morte ao nascer. Desta forma, sobrevivendo o feto, ele irá possuir certas limitações que influenciarão na sua qualidade de vida. Não obstante a este fato, a malformação fetal, neste caso, é compatível com a vida, pois independe do grau de limitação sofrido pelo ser em desenvolvimento, ele terá condições de se adaptar e viver com estas limitações. [...] Contudo, existem malformações que se apresentam tão graves e severas que tornam o feto inviável. Estas anomalias são absolutamente incompatíveis com a vida. Não há qualquer possibilidade de o feto conviver com uma malformação

desta natureza, pois logo após o parto a morte é consequência óbvia e irreversível.⁷⁵

Essa diferenciação é relevante no plano do Biodireito, primeiro porque a inviabilidade do feto torna a vida extra-uterina irrealizável, fator este que acarreta a discussão acerca do prognóstico da antecipação terapêutica do parto; segundo porque é vedada a interrupção da gravidez nos casos de fetos malformados e inviáveis, sob pena da conduta corresponder ao crime de aborto previsto nos artigos 124 a 127 do Código Penal Brasileiro.⁷⁶

A prática do abortamento em razão da má-formação por si só acarretaria a discussão acerca da eugenia, a qual engloba a seleção e aperfeiçoamento de raças, descartando aqueles seres deficientes ou doentes. Segundo José Roberto Goldin,

Ao longo da história da humanidade, vários povos, tais como os gregos, celtas, fueginos (indígenas sul-americanos), eliminavam as pessoas deficientes, as malformadas ou as muito doentes. O termo *eugenia* foi criado por Francis Galton (1822-1911), que o definiu como: “O estudo dos agentes sob o controle social que podem melhorar ou empobrecer as qualidades raciais das futuras gerações seja física ou mentalmente”.⁷⁷

Com efeito, a discussão da interrupção da gravidez toma forma somente quanto aos fetos inviáveis, ou seja, aqueles incompatíveis com a vida extra-uterina, em que a criança não viverá nem bem ou mal, pois o falecimento será consequência natural após o parto.⁷⁸ Nesses casos, indica-se a antecipação terapêutica do parto,⁷⁹ ou seja, uma intervenção médica que

⁷⁵ BARALDI, Ivan Augusto; DINIZ, Nilza Maria. Reflexões sobre a interrupção da gestação de feto anencefálico. *Revista Brasileira de Bioética*, v. 3, n. 2, 2007, p. 177.

⁷⁶ Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento: Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro: Art. 125 – Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de três a dez anos. Art. 126 – Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada: Art. 127 – As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

⁷⁷ GOLDIN, José Robert. *Eugenia*. Disponível em: <www.ufrgs.br/bioetica/eugenia.htm>. Acesso em: 25 ago. 2008.

⁷⁸ TESSARO, Anelise. *Aborto seletivo: descriminalização e avanços tecnológicos da medicina contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 25 e 28.

⁷⁹ A antecipação terapêutica do parto se insere na literatura médica.

visa antecipar a natividade, quando comprovada cientificamente a inviabilidade do feto.

Referida intervenção tem por finalidade possibilitar “que a mãe, sabedora que seu filho está sendo gerado com má-formação genética grave, irreversível, inevitável e incompatível com a vida, pratique o ato de paralisar uma gravidez sem lógica, onde o futuro se resume a uma gestação desprovida de sua finalidade: gerar uma vida”.⁸⁰

A partir do diagnóstico, os genitores passarão a ter consciência de que o estado anômalo inviabilizará a sobrevivência do recém-nascido, sendo a morte a consequência natural e irreversível, a exemplo dos fetos anencefálicos, que, por inexistirem os hemisférios cerebrais, vivem apenas algumas horas após o parto.

Trata-se de uma realidade dolorosa para os partícipes destas situações, acarretando consequências negativas ao psicológico do núcleo familiar, especificamente acerca do julgamento: interromper ou não interromper a gravidez! Sendo a decisão pela antecipação terapêutica do parto, esbarra-se novamente na legislação penal brasileira, que, apesar de tipificar o aborto como crime, admite-o no artigo 128 do Código Penal apenas nos casos de perigo à vida da mãe e nos casos de estupro.⁸¹ Referidas hipóteses são denominadas de aborto legal, em que o legislador afastou a antijuridicidade da conduta.

No texto legal, não há a previsão da interrupção da gravidez nos casos de anomalias fetais incompatíveis com a vida extra-uterina. Entretanto, nosso Código Penal foi publicado no ano de 1940, época que em que as anomalias eram identificadas somente após o nascimento. Assim, pode-se dizer que a sociedade, a medicina e a tecnologia evoluíram, mas a legislação criminal mantém a lógica jurídico-social de um passado que remonta a quase setenta anos.

Com efeito, é inquietante concluir que a legislação autoriza a interrupção da gravidez nos casos de estupro, mesmo se tratando de feto saudável, sob o prisma da ética e da moral. Não obstante, a lacuna quanto ao caso dos fetos inviáveis percorre a trajetória da incriminação legislativa, sob

⁸⁰ BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

⁸¹ Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; aborto no caso de gravidez resultante de estupro: II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

o manto da dogmática, sem percorrer os caminhos éticos e morais dos genitores.

Referida inquietação foi questionada por Thais Carvalho e Carolina Ferraz nos seguintes termos:

[...] por que a legislação pátria aceita o aborto em caso de estupro, mesmo se não há risco de vida para a mãe nem para a criança, sabendo ainda que esta não está acometida de nenhuma deformidade e não o aceita quando há certeza de que o feto possui alguma anormalidade tamanha que será impossível a sua sobrevivência, ou, se possível for, demandará a utilização de drogas fortíssimas e aparelhagem especial, enquanto se puder mantê-lo vivo:⁸²

Evidentemente que os casos de anomalias graves começaram a repercutir no judiciário e travar ferrenhos debates acerca da questão em tela. Considera-se uma das mais polêmicas a decisão liminar proferida pelo Ministro Marco Aurélio Mello na argüição de descumprimento de preceito fundamental nº 54-8, em que reconheceu o direito constitucional das gestantes para interromper o parto nos casos de fetos anencefálicos, conforme demonstrado a seguir.

2 **A argüição de descumprimento de preceito fundamental nº 54-8**

No ano de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), através do advogado Luis Roberto Barroso, ingressou com a argüição de descumprimento de preceito fundamental, articulando princípios que ensejam direitos da gestante em optar pela interrupção da gravidez. Entre os princípios estão: o da dignidade da pessoa humana, o da legalidade, o da liberdade e da autonomia de vontade e o do direito à saúde.

Referida ação tem por objetivo garantir o direito constitucional da gestante de se submeter à interrupção da gravidez, bem como assegurar o direito do profissional da saúde em realizar o procedimento mencionado. A ADPC número 54/8/DF intenta a “declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos

⁸² CARVALHO, Thais Daí Ananias de; FERRAZ, Carolina Ananias Junqueira. Aborto eugênico: uma questão biojurídica. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 450.

124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal – como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico”⁸³.

Em sede de liminar, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio Mello, reconheceu “o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto”⁸⁴. Ainda, determinou “o sobrestamento dos processos e decisões não-transitadas em julgado”⁸⁵ nos casos de processo penal pela prática do aborto.

Dessa forma, todas as gestantes poderiam se submeter à interrupção terapêutica do parto sem que a conduta fosse tipificada como crime de aborto. Entretanto, em outubro do mesmo ano, o Pleno do STF revogou parcialmente a liminar concedida no que tange ao direito de interromper a gravidez, mantendo apenas a suspensão dos processos criminais em curso.

A mencionada decisão do Pleno do STJ restou ementada da seguinte forma:

ADPF – ADEQUAÇÃO – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – FETO ANENCÉFALO – POLÍTICA JUDICIÁRIA – MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada seqüência a processo objetivo, chegando-se de imediato a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental – como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade –, considerados a interrupção da gravidez de feto anencefalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

ADPF – LIMINAR – ANENCEFALIA – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – GLOSA PENAL – PROCESSOS EM CURSO – SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a argüição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal.

ADPF – LIMINAR – ANENCEFALIA – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – GLOSA PENAL – AFASTAMENTO – MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em argüição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia (Sessão Plenária, 20 de outubro de 2004).

⁸³ Decisão liminar da argüição de descumprimento de preceito fundamental 54/8. Relator: Ministro Marco Aurélio.

⁸⁴ Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54-8/DF.

⁸⁵ Id., *ibid.*

Assim, o reconhecimento ao direito da gestante interromper a gravidez de um feto que não terá vida foi obstado através da revogação da liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio Mello. Com efeito, a gestante, ao optar pela interrupção da gravidez, terá que ingressar em juízo, requerendo autorização judicial para realizar o procedimento médico de antecipação terapêutica do parto até o STJ julgar em definitivo a ADPF sob comento.

Não obstante, não pode ser desconsiderada a situação dos abortos inseguros, que muitas mulheres, no desespero de interromper a gravidez de um feto natimorto, submetem-se a clínicas clandestinas, o que passa a ser problema de saúde pública, tendo em vista as conseqüências danosas que podem ocorrer na saúde da gestante, inclusive a possibilidade de óbito.

Sendo assim, é necessário repensar os valores conceituais da legislação infraconstitucional e desvelar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, aplicáveis à interrupção da gravidez.

3 **Princípios constitucionais aplicáveis à interrupção da gravidez**

A Constituição Federal de 1988 assegura direitos e garantias fundamentais à pessoa humana, os quais podem ser suscitados para proteger direitos inerentes à gestante, tal como o direito à vida, à saúde, à integridade física e psíquica, bem como sua liberdade e autonomia de vontades, bens jurídicos relacionados à própria dignidade.

A Carta Magna brasileira traz a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito,⁸⁶ que nada mais é do que a essência de todos os valores personalíssimos da pessoa. Tal fundamento deriva de questões ético-jurídicas da própria camada democrática.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes,

A dignidade humana, então, não é uma criação da ordem constitucional, embora seja por ela respeitada e protegida. A Constituição consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática. Com

⁸⁶ Constituição Federal de 1988. Dos Princípios Fundamentais: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana [...]”.

efeito, da mesma forma que Kant estabeleceu para a ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apóia e constitui-se.⁸⁷

A dignidade é um direito de todos, tendo a gestante o direito e o livre arbítrio em decidir se a manutenção da gravidez de um feto natimorto é digno para si e para sua família. Não obstante, seria desumano obrigá-la, por força da lei, a gerir em seu ventre por nove meses um feto que não terá vida. Desta forma, questiona-se: Está sendo assegurada a dignidade da pessoa humana ou se estará impondo uma tortura ao núcleo familiar?

Como contra-argumentação, há o entendimento de que o feto também possui a proteção da dignidade estabelecida em nossa Carta Magna, bem como o direito à vida. Entretanto, defensores da dignidade da gestante entendem que o feto inviável não é e não será pessoa. De acordo com Débora Diniz, “somente alguém vivo ou potencialmente vivo é pessoa e tem direito à vida [...], o feto inviável não é pessoa e não tem direito à vida”.⁸⁸ Ora, se o feto não for considerado pessoa, então não seria titular de bens jurídicos tuteláveis.

De acordo com Maria Cláudia Crespo Brauner,

A Constituição Federal de 1988 garante, no artigo 5º, o direito à vida, cabendo observar que não acrescentou a expressão “direito à vida desde o momento da concepção”, como se propôs na Constituinte, e ainda prevê o artigo 4º do Código Civil brasileiro, de 1916. Desse modo, podemos compreender que a questão do aborto permanece aberta, o que implica a eventual possibilidade de proporem-se reformulações legais às proibições do Código Penal em vigor.⁸⁹

No debate acerca do direito ou não-direito do feto à vida, o Ministro Eros Grau, em seu voto na sessão plenária da ADPF nº 54-8, asseverou:

No caso da gravidez do anencéfalo, volto a usar daquela metáfora, não quero falar de coisa para não coisificar um tema tão importante, tão repassado de espiritualidade como este. O que se tem no ventre materno é algo, mas algo que jamais será alguém. Usei, lembro-me bem, da metáfora do casulo da crisálida e da borboleta. O útero materno é um casulo. O feto anencefalo é uma crisálida, mas que jamais chegará ao estágio de borboleta, jamais alcançará vôo. Eu me

⁸⁷ MORAIS, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 117.

⁸⁸ DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2003. p. 77.

⁸⁹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 23 e 24.

pergunto: estamos aqui discutindo sobre o direito de viver, o direito de nascer ou o direito de nascer para morrer?

De toda a razão, discute-se um direito à vida de um feto que após nascer terá algumas horas ou poucos dias de vida, sendo a morte uma consequência irreversível nos casos de incompatibilidade com a vida fora do útero materno. Assim, emerge outra indagação: Qual a lógica de assegurar o direito à vida inviável e descartar o direito à vida viável nos casos de estupro? A resposta não parece ter base em preceitos legais, tendo em vista que todos possuem direito à vida, mas sim em concepções éticas, morais e religiosas.

De outro lado, há a questão do direito à saúde da gestante, incluída a sua integridade física e psicológica. O advogado Luis Roberto Barroso, na petição inicial da ADPF nº 54-8, sustenta que:

[...] A permanência do feto anômalo no útero da mãe é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da gestante e até perigo de vida, em razão do alto índice de óbitos intra-uterinos desses fetos. De fato, a má-formação fetal em exame empresta à gravidez um caráter de risco, notadamente maior do que o inerente a uma gravidez normal. Assim, a antecipação do parto nessa hipótese constitui indicação terapêutica médica: a única possível e eficaz para o tratamento da paciente (a gestante), já que para reverter a inviabilidade do feto não há solução.

Tal afirmação está pautada em parecer emitido pela Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia. Dessa forma, verifica-se que a mãe pode sofrer danos à saúde física, tornando-se uma gravidez de risco, evidenciando-se assim, a contrariedade ao direito à saúde, assegurado no artigo 6º e 196 da Constituição Federal de 1988.⁹⁰

Da mesma forma, a própria Carta Magna estabelece que a saúde é um dever do Estado, o qual tem a função de proporcionar condições adequadas à tutela deste bem da vida. Sendo assim, o Estado, ao negar a possibilidade da interrupção terapêutica do parto, está descumprindo um dever jurídico inerente à sua atividade protetora. Com efeito, o próprio Estado Democrático de Direito estaria violando seus princípios fundamentais.

⁹⁰ Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Importante mencionar, ainda, que o direito à saúde envolve o equilíbrio psicológico da pessoa, tendo em vista que a Organização Mundial da Saúde (OMS) engloba no conceito de saúde o bem-estar físico, mental e social. Destarte, a angústia, a dor, o sofrimento experimentado pela gestante acarreta um abalo ao estado psicológico, indo de encontro ao bem-estar emocional, ou seja, a saúde mental passa a ser enferma. Frise-se que a enfermidade mental é agravada pelo fato de a gestante ficar impedida, por força da lei, da liberdade de escolha acerca da interrupção da gravidez de feto inviável.

No que tange ao direito de liberdade e autonomia da vontade, há de ser respeitada a vontade e a opção do casal em interromper ou não a gravidez. Trata-se de uma decisão moralmente difícil e íntima, mas que deve ser respeitada no contexto social. Nesse sentido, Baraldi e Diniz explicam que

Garantir a autonomia da gestante de feto portador de anencefalia para decidir acerca da antecipação terapêutica do parto não resulta na obrigatoriedade incondicional desta conduta. Posicionar-se dessa maneira significa permitir que se submetam ao procedimento apenas mulheres que, informadas a respeito da incompatibilidade desta anomalia fetal com a vida extra-uterina, autonomamente decidirem nesse sentido. Aquelas gestantes que, no uso de sua autonomia, optarem por levar a gravidez a termo também deverão ter todo o amparo necessário para que seu direito seja protegido.⁹¹

Tal opção está subsumida no princípio da legalidade estabelecido no inciso II do art. 5º da Constituição Federal, que assim dispõe: “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Neste contexto, não há proibição legal da indicação da antecipação terapêutica do parto nos casos de fetos inviáveis, tendo em vista a lacuna na legislação penal no tocante à questão do aborto. Desta forma, o fato de a lei penal não proibir expressamente o procedimento médico mencionado, seria prerrogativa da gestante a escolha em antecipar o parto ou levá-lo a termo.

Contudo, como inexistente permissivo legal para a antecipação terapêutica do parto, e para evitar o indiciamento em processo penal por crime de aborto, a solução atual para aquelas grávidas de fetos inviáveis, que desejam interromper a gravidez por indicação terapêutica, é requerer em juízo uma autorização para a realização do procedimento médico, a qual se dá mediante alvará judicial.

⁹¹ BARALDI, Ivan Augusto; DINIZ, Nilza Maria. Op. cit., p. 189.

4 Alvarás judiciais

O alvará judicial é o mecanismo jurídico para a autorização da interrupção da gravidez, no qual devem ser demonstradas as motivações legais e a argumentação médica com a comprovação científica da impossibilidade da vida extra-uterina. Para tanto, faz-se necessário juntar ao pedido laudos e exames médicos.

Nesse sentido, Maria Claudia Crespo Brauner assevera que:

alguns juízes, de diversos estados da Federação, estão emitindo alvarás que fornecem autorização para a realização do aborto terapêutico, em caso de grave malformação fetal ou doença congênita, desde que comprovada por exames clínicos e por médicos especializados.⁹²

Na maioria dos casos, a interrupção da gravidez é autorizada. Entretanto, a gestante corre o risco de ter seu pedido negado, o que gera insegurança social e desabono aos direitos e garantias constitucionais inerentes à mulher que traz em seu ventre um feto incompatível com a vida extra-uterina.

Considerações finais

A Constituição Federal de 1988 assegura direitos e garantias fundamentais à pessoa humana, tal como o direito à vida, à saúde, à integridade física e psíquica, bem como liberdade e autonomia de vontade, bens jurídicos relacionados à dignidade. Tais preceitos fundamentam o Estado Democrático de Direito e devem ser respeitados por todos, inclusive pelo Estado.

Com efeito, as disposições constitucionais protegem o direito de escolha da gestante que leva em seu ventre um feto incompatível com a vida extra-uterina; tutelam a liberdade e a autonomia em optar ou não pelo procedimento da antecipação terapêutica do parto.

Evidentemente que há a necessidade da reflexão e decisão pelo núcleo familiar. O que se busca, no entanto, é proporcionar à família a livre escolha, sem que a norma penal ultrapassada permaneça como barreira para as gestantes que agonizam com o sofrimento de conceber uma criança que não terá vida.

⁹² BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Op. cit., p. 25.

Com efeito, o judiciário se manifestará acerca da questão através do Supremo Tribunal Federal na oportunidade do julgamento final da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF. Mesmo assim, a revisão legislativa torna-se imperiosa, tendo em vista que a sociedade está sob o manto de um código que não acompanhou a evolução social e científica.

Sendo assim, é necessário repensar os valores conceituais da legislação penal de 1940 e desvelar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, aplicáveis à interrupção da gravidez.

Referências

BARALDI, Ivan Augusto; DINIZ, Nilza Maria. Reflexões sobre a interrupção da gestação de feto anencefálico. *Revista Brasileira de Bioética*, v. 3, n. 2, 2007.

BRAUNER, Maria Cláudia C. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental número 54-8/DF*.

BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CARVALHO, Thais Daí Ananias de; FERRAZ, Carolina Ananias Junqueira. Aborto eugênico: uma questão biojurídica. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2003.

MORAIS, Maria Celina Bodin. O Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direito Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TESSARO, Anelise. *Aborto seletivo: descriminalização e avanços tecnológicos da medicina contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2002.

Legislação Patrimonial e a construção de novos paradigmas para a Identidade Nacional

Resumo: Este artigo faz uma análise do processo histórico de construção de nossa Legislação Patrimonial vigente, apontando como tal legislação contribuiu para a formação de uma identidade nacional, resgatando aspectos conceituais, históricos e, principalmente, a normatização das discussões em âmbito nacional que levaram à criação de uma política patrimonial. Apontamos, também, para a questão da construção de uma identidade cultural, pautada pelo reconhecimento e valorização da imensa diversidade cultural brasileira, que só passou a ser contemplada em sua plenitude na atual legislação. Hoje, reverte-se em uma série de políticas públicas de valorização e incentivo à diversidade cultural, como uma tentativa de recuperação de um passado histórico de atraso cultural.

Palavras-chave: Legislação. Patrimônio. Identidade. Constituição. Estado-Nação.

Abstract: The above-mentioned article does an analysis of the historical process of construction of our Patrimonial Legislation in force beginning to appear like such a legislation it contributed to the formation of a national identity, rescuing conceptual, historical aspects and principally the normatization of the discussions in national extent that took the creation of a patrimonial politics. To the same time we point to the question of the construction of a cultural identity ruled by the recognition and increase in value of the immense Brazilian cultural diversity, which only started to be contemplated in his plenitude in the current legislation and it is reverted nowadays in series of public policies of increase in value and I stimulate the cultural diversity, like an attempt of recuperation of a historical past of cultural delay.

Key words: Legislation. Inheritance. Identity. Constitution. Been-nation.

Introdução

O presente artigo pretende apontar como foi construída a atual Legislação Patrimonial Brasileira e como, ao longo do tempo, a mesma foi-se tornando um importante referencial na construção de uma identidade nacional.

* Mestre em História, pela PUCRS, Área de concentração: Arqueologia. Professor dos Cursos de Direito e Administração da Faculdade da Serra Gaúcha – FSG. Coordenador do Núcleo de Acervo e Exposições do Museu Treze de Maio – Santa Maria (RS). Email: joao.macedo@fsg.br.

A própria noção de patrimônio é uma construção histórica que marca a formação e consolidação de um Estado Nacional Brasileiro. Na segunda década do século XX, tal conceito aparecia como uma reivindicação do movimento modernista e, em seguida, esta se formatou e deu início à criação de órgãos e instituições que assumem para o Estado a defesa e a valorização do Patrimônio Cultural.

Percebe-se, ao longo desta revisão de nossa história, como esta legislação patrimonial teve um importante papel na formação de uma identidade cultural do país. Hoje, isso se reverte em uma política cultural de valorização da diversidade cultural brasileira e aponta para a criação de um Estado Nacional Brasileiro com uma identidade fundamentada nesta diversidade.

1 A noção de patrimônio

A idéia de valorização do passado surge na Europa. Já no Renascimento, entre os séculos XV e XVI, a valorização das culturas clássicas greco-romanas apontava para a importância da herança cultural, pois estas serviam de inspiração para uma revitalização da cultura. Nesse primeiro momento, essa postura era difundida pela Igreja e pelos setores da burguesia que defendiam o patrimônio privado.

É na França do século XVIII, no entanto, que se percebe a tomada de iniciativas realmente em defesa do patrimônio cultural, onde a monarquia assumia para si, influenciada pelas idéias iluministas. No entanto, os atos de vandalismo, decorrentes da Revolução de 1789,⁹³ pareciam um contrassenso em um contexto de idéias que valorizavam a acumulação e difusão do saber (CHOAY, 2001, p. 95).

Dessa forma, o governo francês passa a tentar regular a proteção dos bens culturais, justificando este interesse como forma de garantir a instrução pública. Esses bens passaram a ter valor documental, contribuindo para a criação de uma noção de identidade nacional. Assim, a defesa do patrimônio passou a ser entendida como um forte instrumento político de construção da Identidade Nacional; portanto, a construção do Estado Nacional.

⁹³ “[...] o próprio Estado revolucionário havia ordenado, por decreto, ações destrutivas destinadas a subvencionar despesas e equipamentos militares, as quais, em outra escala, inscreviam-se numa tradição familiar do Antigo Regime. Quantas guerras não obrigaram os reis da França a mandar fundir suas baixelas de ouro e de prata e seus artigos de ourivesaria?” (CHOAY, 2001, p. 106).

Os bens culturais passaram a ser entendidos como bens de propriedade coletiva, e, desta forma, conotam-se como um símbolo de cidadania e que passa a designar o conjunto de bens de valor cultural imensurável de propriedade da nação, ou seja, do conjunto de todos os cidadãos.

Os Estados Modernos passam a utilizar o patrimônio cultural como um instrumento de construção de uma identidade nacional. Assim, a preservação da cultura como atividade sistemática só se tornou possível porque, ao interesse cultural se acrescentou um interesse político e uma justificativa ideológica.

No início do século XIX, a questão do patrimônio cultural recebe uma importância mais científica e a valorização da mesma passa a ser mais sistematizada para cumprir seu papel fundamental e ideológico dentro deste “novo” estado moderno que surgia.

As referências culturais do passado, materializadas principalmente nas suas representações, são a prova imputável do passado e da importância da construção histórica que leva à formação de um Estado-Nação. Assim, a iniciativa de criar uma legislação que proteja e valorize tais bens é um processo que nasce no berço da França pós-revolucionária e assume dimensões universalistas no século XIX.

2 **A construção da noção de patrimônio no Brasil**

É a efervescência sociocultural da década de vinte do século passado que traz à tona uma reflexão sobre a história e a construção de uma cultura legitimamente brasileira. Assim cabe aos modernistas o importante papel de iniciarem essa discussão, através de manifestos e artigos, denunciando a perda da memória histórica através da destruição e depredação dos patrimônios arquitetônicos. Eram inúmeras as propostas que chegavam junto ao congresso para que se criassem dentro do Brasil mecanismos legais de proteção do patrimônio histórico.

Mas é na década de 1930 que veremos a formalização de uma legislação patrimonial e a criação de uma estrutura legal que daria início a essa nova ordem nacional.

O projeto nacionalista idealizado e posto em prática por Getúlio Vargas (a partir de 1930) trazia consigo as reivindicações dos modernistas e uma nova mentalidade sobre o perfil sociocultural do Brasil. O projeto nacionalista de Vargas não se limitava apenas a propostas de cunho eco-

nômico ou trabalhista; ele ia além. A idéia era unificar culturalmente o Brasil.⁹⁴

Vargas aproximou-se de vários setores da sociedade civil para viabilizar tal projeto. A pedido do então Ministro da Educação, Gustavo Capanema (Simão, 2001), Mário de Andrade elaborou um anteprojeto em que propunha a criação de um órgão de preservação do patrimônio histórico e propunha as diretrizes de uma política patrimonial para o Brasil.

Em 30 de novembro de 1937, é promulgado o Decreto-Lei nº 25:

Art. 1. Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

O referido decreto conceituava o patrimônio histórico e artístico nacional, e criava o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN), como era inicialmente conhecido, que começa a funcionar experimentalmente em 1936, sob a direção de Rodrigo Melo de Andrade. Em 1937, o órgão passa a integrar oficialmente a estrutura do Ministério da Educação e Saúde.

Neste início de caminhada, o órgão voltou seus olhos para o patrimônio representativo dos séculos XVI, XVII e XVIII, além de esculturas e pinturas do mesmo período, em um esforço salvacionista de um patrimônio que estava em processo contínuo de destruição e estava passível de virar lenha nos grandes centros urbanos.

Além disso, dava-se início à discussão que permeava os círculos intelectuais da época com a definição e a efetivação de uma legislação patrimonial. Assim a cultura brasileira poderia assumir definitivamente contornos de uma cultura nacional.

Na década de 1960, as demandas patrimoniais aumentam e é promulgada a Lei 3.924/61, que define a proteção e valorização do patrimônio arqueológico, bem como regula a permissão para a realização de escavações arqueológicas.

Os anos de 1970 trouxeram transformações importantes, destacando-se, entre elas, a criação da Fundação Nacional Pró-Memória em 1979, com a absorção do antigo Centro Nacional de Referência Cultural (CNCR),

⁹⁴ “O Estado Novo teria realizado os objetivos revolucionários, promovendo através da busca de novas raízes, da integração nacional, de uma ordem não-dilacerada pelas disputas partidárias, a entrada do Brasil nos tempos modernos” (FAUSTO, 2000, p. 376).

criado em 1975 e do Programa Integrado de Reconstrução das Cidades Históricas (PCH), criado em 1973. Ao mesmo tempo, criou-se a Secretaria do Patrimônio Histórico-Artístico Nacional, um órgão normativo e de fiscalização.

A grande transformação, sob a ótica da cultura, é referente ao enfoque que passa a ser dado, a partir de então, à valorização dos prédios oficiais. Começa-se a dar destaque à história dos grandes centros urbanos, dos conjuntos arquitetônicos, do patrimônio imaterial, representando desta forma a grande diversidade cultural responsável efetivamente pela formação social do Brasil.

Tal mudança de ótica dentro da legislação nacional era reflexo de alguns documentos internacionais da época que ganhavam espaço na discussão nacional, como a conferência de Paris (da UNESCO de 1968) e as normas de Quito (da OEA de 1967), que entre outras coisas diziam que

Valorizar um bem histórico ou artístico equivale a habilitá-lo com as condições objetivas e ambientais que, sem desvirtuar sua natureza, ressaltem suas características e permitam seu ótimo aproveitamento. Deve-se entender que a valorização se realize em função de um fim transcendente, que, no caso da América Ibérica seria de contribuir para o desenvolvimento econômico da região.

Em síntese, portanto, apontava para uma prática de valorização das culturas nacionais e de sustentabilidade cultural através da própria identidade cultural de sua comunidade.

3 O patrimônio dentro das cartas constitucionais brasileiras

As constituições de 1824 e 1891 eram omissas quanto à proteção dos bens materiais. Como referido anteriormente, é só na década de trinta do século XX que a discussão em torno da defesa e valorização do Patrimônio Histórico Nacional vai assumir contornos de legalidade.

Em 1937, com o Decreto-Lei nº 25, conceitua-se o que viria a ser o Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, dando um arcabouço legal à discussão vigente:

Art. 1º. Constitui o Patrimônio Histórico e Artístico Nacional o conjunto de bens móveis e imóveis existentes no País e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico (SOUZA, 2006, p. 144).

Já na Carta Constitucional de 1934, ao dispor que “competem con-
correntemente à união e aos estados proteger as belezas naturais e os mo-
numentos de valor histórico ou artístico, podendo impedir a evasão de
obras de arte”, encontramos uma primeira referência e defesa do patrimô-
nio histórico e artístico nacional.

Dentro da mesma abordagem histórica de construção de uma iden-
tidade nacional única, a Constituição de 1937 conferia aos municípios a
responsabilidade de proteção dos bens culturais através do seguinte argu-
mento:

Art. 134. Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisa-
gens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam de proteção e
dos cuidados especiais da Nação, dos estados e dos municípios. Os atentados
contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio na-
cional.

Compete, assim, ao Estado a função de valorizar e difundir uma cul-
tura nacional, em contraponto com a imposição dos valores culturais ex-
ternos que persistiam ainda dentro do território nacional.

Seguindo na mesma linha, a Constituição de 1946 continuava confe-
rindo aos Estados e aos municípios a competência de defender e valorizar o
patrimônio, definindo-o como responsabilidade do “poder público”.

A Constituição de 1967 inovou em relação as anteriores ao incluir
sob a tutela constitucional as jazidas arqueológicas:

Art. 172. O amparo à cultura é dever do Estado.
Parágrafo único – Ficam sob a proteção especial do poder público os documen-
tos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as pai-
sagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas (RODRIGUES,
2006, p. 235).

Já a Constituição vigente (Constituição Cidadã de 1988) trouxe vá-
rias inovações em seu artigo 216:

Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza mate-
rial e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de
referência e identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formado-
res da sociedade brasileira.

Dá conteúdo à noção de patrimônio e reconhece os bens imateriais e
as manifestações culturais como patrimônio nacional, contemplando assim
as culturas populares, os povos indígenas e os afro-descendentes como re-
presentantes da diversidade cultural brasileira.

Outra inovação importante encontra-se no inciso V do artigo 216. Enquanto as outras constituições apenas faziam referência aos monumentos ou obras históricas ou artísticas, a atual constituição amplia o universo dos bens culturais imóveis, conferindo-lhes maiores especificações, ao reconhecer os conjuntos urbanos e sítios também de valor paisagístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Tais definições ampliam o leque cultural de bens tombados, inventariados, sob vigilância, e em processo de desapropriação, o que confere às Portarias uma importância fundamental ao normatizar ações referentes ao patrimônio histórico nacional.

Mais do que isso, a própria disposição da lei prevê “outras formas de acautelamento” (SOARES, 2007, p. 26), abrindo assim a outras formas de proteção efetiva dos bens culturais, além dos já previstos: inventários, vigilância, tombamento, desapropriação e registro.

A legislação vigente abre responsabilidade à competência em matéria do patrimônio cultural e possibilita à comunidade a participação no processo de identificação e vigilância deste patrimônio, o que dá à mesma um sentido maior de integração e, conseqüentemente, de identidade com sua memória coletiva.

A Constituição Federal também define a competência de legislar sobre o patrimônio cultural à União, aos Estados e ao Distrito Federal. Mesmo não estando os municípios mencionados na competência de legislar sobre o patrimônio, os mesmos podem fazê-lo de modo suplementar (SOARES, 2007, p. 42).

Ainda na forma da lei, a atual Constituição Federal prevê a punição para os danos ao patrimônio cultural, responsabilizando os Estados e a União pela sua fiscalização efetiva em território nacional.

4 **A natureza jurídica dos bens culturais no Brasil**

Definida a noção de patrimônio e a construção desta temática dentro dos códigos constitucionais brasileiros, cabe a nós entendermos qual a natureza destes bens culturais, qual a sua funcionalidade dentro do Estado Nacional.

A própria legislação confere ao bem cultural uma grande importância sob o aspecto de referencial histórico e de vínculo da comunidade com a sua própria história ao fortalecer os laços de identidade com uma memória coletiva que lhes é comum.

Cabe ao estado a visibilidade e divulgação de tais bens culturais de domínio coletivo e que contribuem para a identidade nacional, possibilitando assim que a comunidade tenha acesso a tais bens culturais. Mas, em contrapartida, essa mesma comunidade passa a ter obrigações também com esses bens culturais que estão ligados diretamente a sua proteção, constituindo crime qualquer agressão ao bem cultural (SOARES, 2007, p. 25).

5 O patrimônio como identidade

A política cultural brasileira, desde a Constituição Federal de 1937, criou dispositivos legais para que a cultura nacional passe a receber da união a devida importância. Sendo assim, ela mesma assumiu para si a importante tarefa de unificar a cultura brasileira e de dar um perfil cultural ao Brasil.

Dessa forma a normatização e a positivação de códigos de defesa do patrimônio histórico brasileiro vem para recuperar um atraso secular do Brasil, em relação às outras nações, no que tange à política patrimonial.

É importante considerar que a discussão do tema em pauta, no Brasil, começa um século depois de ter começado na França. Outrossim, a própria construção de um Estado Nacional, uno e universalista, no Brasil, só acontece, também, um século depois em relação à França, pois, partindo-se do pressuposto de que a existência do mesmo se baseia na homogeneidade de valores culturais e de uma legislação única, o Brasil até então não dispunha deste pré-requisito.

Mais do que isso, a questão traz outras discussões que acarretaram atraso cultural do Brasil. Os referidos patrimônios históricos até a década de 1920 não representavam de forma alguma o perfil sociocultural do Brasil. Dava-se valor a prédios ligados a uma elite (européia) e tinha importância histórica, sob o ponto de vista de uma história tradicional, que valorizava mitos e heróis de um passado colonial escravista e exploratório.

A construção destes novos paradigmas passou por uma nova leitura da história brasileira, trazendo à tona personagens de nossa história que antes não eram contemplados nos livros didáticos. Era necessário, pois, que se contasse sua história, que se valorizasse seu patrimônio.

A diversidade da formação cultural brasileira recebe seu devido valor a partir da década de 1960, quando organismos internacionais como a UNESCO e a OEA definem como prioridade a valorização e a difusão da

diversidade cultural dos povos. Assim a história dos excluídos passou a ser contada e seus patrimônios identificados como patrimônios da Nação.

A construção de uma identidade nacional passa por um exercício de memória⁹⁵ coletiva: o povo precisa identificar-se com seu passado pela construção de valores simbólicos que lhe digam respeito. O patrimônio, desse modo, reverte-se no elo entre o povo e seu passado, um passado comum e que, através de seus vínculos simbólicos, o identifica.

A legislação patrimonial concebe ao bem cultural a intangibilidade necessária ao patrimônio e à sua eficácia, considerando-o como fator determinante para a construção de uma identidade nacional.

Considerações finais

A discussão sobre o tema Patrimônio chegou ao Brasil com quase um século de atraso em relação à Europa, o que justifica também o atraso na construção de nossa Legislação Patrimonial, e principalmente na construção de nossa identidade cultural.

Ao mesmo tempo, porém, não podemos deixar de reconhecer que a chegada do tema ao Brasil não podia vir em um momento mais instigante para nossa história: a Revolução de 1930 e o início da Era Vargas. Vem, portanto, num momento marcante em nossa história, mais do que isso, num momento de afirmação de uma nova proposta de identificação da cultura nacional.

O Nacionalismo pregado por Vargas fundamentava seu discurso em pressupostos que passavam justamente por uma valorização da cultura brasileira, que desde a Semana de Arte Moderna (1922), vinha pedindo passagem dentro do Estado nacional brasileiro.

Para que isso se afirmasse, no entanto, eram necessárias medidas legais que dessem início a tal processo. E isso veio com o Decreto-Lei nº 25/37, institucionalizando a defesa do patrimônio cultural brasileiro e abrindo caminho para uma série de ações em prol do resgate de uma história realmente brasileira, que contemplasse todo o povo brasileiro em sua diversidade cultural.

A criação de órgãos como o IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional) e, principalmente, a criação do PRONAC (Pro-

⁹⁵ “A memória, como propriedade de conservar certas informações, remete-nos em primeiro lugar a um conjunto de funções psíquicas, graças às quais o homem pode atualizar impressões ou informações passadas, ou que ele representa como passadas” (LE GOFF, 2000, p. 419).

grama Nacional de Apoio à Cultura), na década de 1990, materializam uma série de ações do Estado em busca de uma nova visibilidade para a cultura nacional. Cada vez mais o Programa vem tentando romper com os paradigmas tradicionais, elitistas e euro-cêntricos, mostrando a história dos menos privilegiados no contexto nacional, dando assim a possibilidade de o Brasil evoluir para um Estado de Direito, de pluralidade e de respeito às diversidades.

Referências

- CHOAY, Françoise. *A alegoria do patrimônio*. São Paulo: Editora Unesp, 2001.
- FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 8. ed. São Paulo: Edusp, 2000.
- LE GOFF, Jacques. *História e memória*. 7. ed. Campinas: Editora Unicamp, 2003.
- RHODEN, Luiz Fernando. Legislação e inventário de patrimônio. In: *Ciências e Letras – Revista da Faculdade Porto-Alegrense de Educação, Ciências e Letras*, Porto Alegre, n. 27, p. 189-204, 1999.
- SIMÃO, Maria Cristina Rocha. *Preservação do patrimônio cultural em cidades*. Belo Horizonte: Autêntica, 2001.
- SOARES, Inês Virgínia Prado. *Proteção jurídica do patrimônio arqueológico no Brasil*. Erechin: Habilis, 2007.
- RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Da proteção jurídica ao patrimônio cultural arqueológico. *Revista do IPHAN – Patrimônio: Atualizando o Debate*, Brasília, IPHAN, 2006.
- www.iphan.gov.br. Acesso em: 21 set. 2008.
- www.planalto.gov.br/ccivil/constituicao. Acesso em: 21 set. 2008.

A Guerra das Papeleras e a necessidade de harmonização da legislação dos Estados-Parte do Mercosul, particularmente, no que tange aos recursos hídricos como direito transindividual internacional.

Resumo: Atualmente, entre os recursos naturais que causam maior preocupação mundial, está a água, pois, sem ela, inexistirá vida no planeta Terra. A água, portanto, é bem natural universal, e mais, direito transindividual internacional. Assim, a *Guerra das Papeleras* (ou guerra dos papéis) é expressão máxima, atualmente, em termos de Mercosul, da necessidade da harmonização e/ou unificação das legislações dos Estados-Parte, uma vez que a contaminação da Bacia do Prata, com a instalação de fábricas de celulose às margens do Rio Uruguai, atinge a todos indistintamente.

Palavras-chave: *Guerra das Papeleras*. Recursos hídricos como direito transindividual internacional. Mercosul.

Abstract: Currently among the natural resources that cause greater world concern water is because there will be no life on Earth without it, regardless of who causes the environmental damage. Therefore, water is a universal environmental good, and even more, international transindividual right. In this context, “paper war” or paper war in Mercosul is the maximum expression of the necessity for harmonization and/or unification of States Parties legislation since the contamination of Bacia do Prata waters by installation of cellulose factories on the Uruguay River’s edges will reach all people without distinction.

Key words: Paper war, water resources as international transindividual right. Mercosul.

* Advogada, Bacharel em Direito, Pós-Graduada em Direito Ambiental e Mestranda em Direito Ambiental e Sociedade. Linha de pesquisa: Direito Ambiental e Novos Direitos – ambos pela Universidade de Caxias do Sul (UCS), Rio Grande do Sul. Bolsista e pesquisadora da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Contato: kmflores@terra.com.br.

Introdução

O presente artigo tem como escopo a análise da *Guerra das Papeleras*, como ficou conhecida, popularmente, a disputa entre a República Argentina e a República Oriental do Uruguai, quando da instalação de duas fábricas de celulose: a finlandesa Botnia e a espanhola Ence, às margens do Rio Uruguai. As manifestações da Argentina alicerçam-se na falta de informações acerca do impacto ambiental na Bacia do Prata, uma das maiores do mundo, e por certo, de relevância, além de ambiental, também econômica.

Utilizar-se-ão, como parâmetro ao desenvolvimento desse estudo, os recursos hídricos como direito transindividual internacional, o que servirá de alicerce à fundamentação, que ora se está propondo. Neste estudo, entendem-se esses recursos como direito coletivo internacional, ou seja, bem comum da humanidade, pautado pelos princípios da solidariedade e da cooperação entre os povos.

Nessa linha, serão estabelecidas bases sólidas à pesquisa técnico-científica, no que tange à necessidade de harmonização e/ou unificação das legislações dos Estados-Parte do Mercosul. Desse modo, serão trazidos à baila elementos normativos, científicos e ecológicos, que demonstrem a necessidade e coerência lógica em alçar os recursos hídricos a direito transindividual internacional.

1 **A Guerra das Papeleras e os riscos à Bacia do Prata**

A *Guerra das Papeleras* (Guerra dos Papéis ou Guerra da Celulose) foi uma disputa entre Argentina e Uruguai, quando da construção de duas fábricas de celulose – a finlandesa Botnia⁹⁶ e a espanhola Ence⁹⁷ – às margens do Rio Uruguai. Enquanto o Uruguai comemorava o investimento em torno de U\$ 2 bilhões de dólares, o maior da história do país, a Argentina protestava de forma veemente contra as instalações, sob a alegação de que o empreendimento provocaria impactos ambientais desastrosos na Bacia do Prata.

O descontentamento com a instalação das fábricas de celulose agregou tanto a população argentina quanto a uruguaia. Nem mesmo a impor-

⁹⁶ *BOTNIA*. Disponível em: <<http://www.metsabotnia.com/>>. Acesso em: 16 jul. 2008.

⁹⁷ *ENCE*. Disponível em: <<http://www.ence.es/>>. Acesso em: 16 jul. 2008.

tância econômica do investimento, o que seria um dos maiores conjuntos celulósicos do mundo, conseguiu se sobrepor às questões ambientais.⁹⁸

A Argentina tomou conhecimento da construção da empresa de celulose Ence, de modo informal, no final de 2002, quando solicitou por meio da Comissão Administrativa do Rio do Prata (CARU)⁹⁹ permissão de acesso aos projetos, o que lhe foi negado. Entendiam os uruguaios que esta era uma questão econômica interna, portanto, regulada unicamente pela legislação pátria,¹⁰⁰ e mais, não havia razão de ser a preocupação argentina, porque estava longe de ser uma questão transnacional.

No início de 2003, as tratativas comerciais entre o Uruguai e a Ence consolidam-se. Nesse momento, a Argentina convoca uma reunião extraordinária da CARU, requerendo, por parte do Uruguai, o cumprimento do Tratado do Rio Uruguai, em especial, no que concerne aos mecanismos de consulta e informações, acerca de temas ambientais. Em seguida, apresentados os relatórios, a Argentina concluiu que as informações prestadas eram insuficientes para análise dos impactos ambientais, e tampouco o país vizinho havia cumprido o Tratado do Rio Uruguai ou a Declaração Argentina-Uruguai sobre os recursos hídricos.¹⁰¹

Em 2004, através do CADU, elaborou-se o Plano de Monitoramento da Qualidade Ambiental do Rio Uruguai, porém, descumprido pelo Uruguai. Entrementes, o mesmo país anunciou a instalação de outra fábrica de celulose: a finlandesa Botnia.

No ano seguinte, em 5 de maio, os chefes de governo – Nestor Kirchner e Tabaré Vasquez – e os Ministros de Relações Exteriores de ambos os países, com o intuito de solucionar o impasse, acordaram sobre a criação do Grupo Técnico de Alto Nível (GTAN),¹⁰² com a supervisão dos referi-

⁹⁸ CARRERE, Ricardo (Ed.). Uruguai: *Ombudsman do Banco Mundial confirma riscos das fábricas de celulose*. Disponível em: <<http://www.defesabiogaucha.org/textos/texto03.htm>>. Acesso em: 16 jul. 2008.

⁹⁹ COMISIÓN Administradora del Río Uruguay. Disponível em: <<http://www.caru.org.uy/>>. Acesso em: 05 ago. 2008.

¹⁰⁰ O impacto ambiental, no Uruguai, é regido pela Lei nº 16.466/1994, Decreto nº 435/94 e Decreto nº 349/05. (HUMMER, Waldemar; CLÉMENT, Zlata Drnas de. *Problemas Ambientales em el Río Uruguay el caso de las pasteras (Argentina V. Uruguay)* p. 110. Disponível em: <<http://www.eumed.net/libros/2008b/394/indice.htm>>. Acesso em: 16 jul. 2008).

¹⁰¹ HUMMER, op. cit., p. 110-111.

¹⁰² O GTAN previa reuniões, num total de doze, entre Argentina e Uruguai, alternadas em Buenos Aires e Montevideú, com início em 05 de julho de 2005, e informe final em 31 de janeiro de 2006. (HUMMER, Waldemar; CLÉMENT, Zlata Drnas de. *Problemas ambientales em el Río Uruguay el caso de las pasteras (Argentina V. Uruguay)* p. 111. Disponível em: <http://www.eumed.net/libros/2008b/394/in_dice.htm>. Acesso em: 16 jul. 2008).

dos ministros.¹⁰³ No entanto, antes mesmo do GTAN iniciar os trabalhos, em 26 de junho de 2005, a Argentina recorreu ao Banco Mundial, ao Banco Bilbao Vizcaya e ao grupo holandês ING, solicitando que os mesmos não financiassem as obras, pois os impactos ambientais não haviam sido claramente definidos. Por conseguinte, em resposta, o Uruguai suspendeu a reunião do GTAN prevista para 5 de julho, comparecendo somente mais tarde na reunião de 3 de agosto de 2005.

Em 14 de dezembro de 2005, a Argentina comunicou oficialmente às autoridades uruguaias que considerava a existência de um conflito entre os dois países, pois entendia que o Uruguai havia descumprido o Tratado do Rio Uruguai e, portanto, ambos estavam habilitados a socorrerem-se da Corte Internacional de Justiça,¹⁰⁴ com sede em Haia, na Holanda.¹⁰⁵

A rixa entre Argentina e Uruguai seguiu por rumos inesperados. Pela primeira vez na história, em 4 de março de 2006, a Argentina recorreu à Corte Internacional de Justiça, com pedido cautelar à suspensão da construção das fábricas de celulose em Fray Bentos. Na ocasião, alegou-se a violação do Tratado do Rio Uruguai pela concessão de autorização unilateral à construção da fábrica de celulose Ence, e, posteriormente, à finlandesa Botnia. Outrossim, a Argentina considerava que os resíduos de ambos os empreendimentos causariam impactos ambientais ao Rio Uruguai e às águas subterrâneas.¹⁰⁶

Em seguida, a Argentina tomou ciência da possível instalação de uma terceira fábrica de celulose no Uruguai (a sueca Stora Enso) entre os municípios de Paso de los Toros e San Gregorio de Polanco, às margens do Rio Negro, que desemboca no rio Uruguai.¹⁰⁷

A Corte de Haia, em 13 de julho de 2006, manifestou-se, por quatorze votos a um,¹⁰⁸ contra a suspensão da implantação dos empreendimentos

¹⁰³ Ibidem, p. 110-111.

¹⁰⁴ *COUR Internationale de Justice*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/>>. Acesso em: 16 jul. 2008.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 112.

¹⁰⁶ HUMMER, op. cit., p. 115.

¹⁰⁷ *CELULOSE* on-line. Disponível em: <http://www.celuloseonline.com.br/página/página.asp?IDItem=114_05&IDNotícia=9054>. Acesso em: 29 jul. 2008. Atualmente a companhia portuguesa Portucel anunciou seu interesse em instalar-se no país. (*RÁDIO* Mundo Real. Portucel chega ao Uruguai para negociar instalação de planta de celulose. Disponível em: <<http://www.radiomundoreal.fm/rmr/?q=pt/node/25037>>. Acesso em: 29 jul. 2008.

¹⁰⁸ “En su ‘opinión disidente’, el juez *Vinuesa*, precisamente, ha llamado la atención sobre el hecho de que ‘Uruguay ha(ya) reconocido unilateralmente sus obligaciones bajo el Estatuto de 1975 y ha(ya) asegurado a la Corte que se ajustará a él’. Más aún, agregó: ‘Considero que este compromiso debe ser completado con la indicación de medidas conservatorias por parte de la ma-

celulósicos, declarando que “las circunstancias – como se presentan em la oportunidad ante la Corte – no son de naturaleza tal para requerir ele ejercicio de su facultad de indicar medidas provisioales bajo el Art. 41 del Estatuto” e, mais, “La CIJ agrego a ello que el dano no podia ser considerado ‘inminente’ en tanto las pasteras no estarían operativas antes de agosto de 2007 o bien junio de 2008”.¹⁰⁹

Em relação ao cumprimento do Tratado do Rio Uruguai, a Corte assim se manifestou:

En lo hace a la segunda parte de lo petticionado por Argentina, la Corte ha requerido a las dos Partes que “cumplan sus obligaciones bajo el derecho internacional” y que “implementen de buena fe los procedimientos de consultas y cooperación establecidos en el Estatuto de 1975, constituyendo la CARU el foro adecuado a tal fin”. Dado que el Delegado uruguayo durante las audiencias de las Partes há asegurado que Uruguay cumplirá plenamente el Estatuto de 1975 y ha ofrecido a la Argentina un “continuo monitoreo conjunto”, la CIJ no ha encontrado motivo para indicar medidas conservatórias provisionales.¹¹⁰

Em 29 de novembro, o Uruguai informou à Corte Internacional de Justiça que, desde o dia 20, manifestantes argentinos haviam fechado a ponte que liga os dois países, obstando a circulação de bens e pessoas entre os dois países. Na mesma oportunidade, o Uruguai requereu

– que Argentina adopte todas las medidas razonables y apropiadas que tiene a su disposición para prevenir o hacer césar la interrupción de la circulación entre Uruguay y Argentina, especialmente el bloqueo de puentes y rutas entre los dos Estados;

oría de la Corte com miras a preservar los derechos procedimentales y sustanciales de ambas Partes para ele cumplimiento del mecanismo conjunto previsto por el Capítulo II dele estatuto de 1975’. Vinuesa, además, remarcó que ele proyeto finlandês Orión entrará em funcionamiento a mediados de 2007, momento en el que la sentencia de la CIJ sobre el fondo de la cuestión no estará, seguramente, aún disponible” (ICJ, Case concerning pulp mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Request for the provisional measures, Order of 13 July 2006, General List No. 135., V., asimismo, ICJ, Press Realease 2006/28 de 13 de Julio de 2006 in HUMMER, Waldemar; CLÉMENT,Zlata Drnas de. *Problemas Ambientales em el Río Uruguay el caso de las pasteras (Argentina V. Uruguay)* p. 117-118). Disponível em: <<http://www.eumed.net/libros/2008b/394/indice.htm>>. Acesso em: 16 jul. 2008).

¹⁰⁹ ICJ, Case concerning pulp mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Request for the provisional measures, Order of 13 July 2006, General List No. 135., V., asimismo, ICJ, Press Realease 2006/28 de 13 de Julio de 2006 in HUMMER, Waldemar; CLÉMENT,Zlata Drnas de. *Problemas ambientales em el Río Uruguay el caso de las pasteras (Argentina V. Uruguay)* p. 116. Disponível em: <<http://www.eumed.net/libros/2008b/394/indice.htm>>. Acesso em: 16 jul. 2008.

¹¹⁰ ICJ, op. cit., 116.

- que Argentina se abstenga de toda medida susceptible de agravar o extender el diferendo que se halla a consideración de la Corte o de volver más difícil la solución del conflicto;
- que Argentina se abstenga de toda otra medida susceptible de afectar los derechos uruguayos que están bajo consideración de la Corte.¹¹¹

A Corte Internacional de Haia, em 27 de janeiro de 2007, julgou o mérito da causa e, também, por quatorze votos a um, reiterou o posicionamento exarado em 13 de julho de 2006. Nessa órbita:

La decisión de la Corte ha rechazado los argumentos argentinos de inadmisibilidad de la solicitud e incompetencia de la Corte y ha considerado que los derechos invocados por Uruguay tienen un lazo suficiente con el fondo del asunto (parágrafo 30). Sin embargo, ha entendido que la construcción de la pastera Botnia ha progresado, hallándose bien avanzada. Además, señalo que no está convencida que los bloqueos argentinos puedan causar un perjuicio irreparable a los derechos uruguayos, como tampoco que haya un peligro inminente para esos derechos a consecuencia de los bloqueos en Argentina (parágrafos 40, 41 y 42 de la Ordenanza).¹¹²

Nesse meio tempo, mais precisamente em 3 de maio de 2006, o Uruguai ingressou contra a Argentina no Tribunal Arbitral Ad Hoc do Mercosul, por ter a mesma obstado a circulação entre os dois países, quando do fechamento da ponte internacional Gral. San Martín y Gral. Antigas, que une o Uruguai e Argentina. E, também, por não ter tomado medidas para impedir tal situação. No julgamento, o tribunal reconheceu o descumprimento do Tratado de Assunção, por parte da Argentina, quando obstou a livre circulação entre os países; contudo, entendeu a Corte que as manifestações não tiveram o intuito de prejudicar o país vizinho.¹¹³ Logo, ao menos, nesse ponto ambos os países declararam-se vencedores, aceitando sem restrições a decisão do tribunal arbitral.

Não obstante, apesar de inúmeras tratativas de acordo entre os vizinhos Argentina e Uruguai, os ânimos não se acalmaram. Enquanto isso, a empresa espanhola Ence continua as obras de instalação e a finlandesa Botnia já está em funcionamento, desde o segundo semestre de 2007, o que deve gerar ainda muita controvérsia, visto que já podem ser sentidos os impactos ambientais.

¹¹¹ HUMMER, op. cit., p. 116.

¹¹² HUMMER, op. cit., p. 120.

¹¹³ HUMMER, op. cit., p. 124-128.

2 Das velhas e poluidoras usinas de celulose ao econegócio: uma mudança paradigmática

Em tempos remotos, mas nem tanto assim, as empresas num geral, não somente as usinas de celulose, preocupavam-se única e exclusivamente com o lucro, sem qualquer preocupação primária ou secundária com a degradaao ambiental. Com o passar dos anos, a situaao começou a se alterar, de forma lenta e gradual, é verdade, mas, aos poucos, a sociedade passou a ter consciência de que o ser humano é apenas uma parte do sistema, e como parte deve contribuir para a harmonia do mesmo.

Sabe-se que “A Terra não é simples litosfera coberta, em parte, pela hidrosfera e envolta pela atmosfera. Ela é um gigantesco organismo vivo, de uma vida *sui generis*, em que a biosfera é somente parcela representativa”.¹¹⁴ E mais, ela é nosso lar.¹¹⁵ Isso deve fazer emergir no ser humano o pensamento da ecologia profunda, pautado pela visão sistêmica.

Com efeito, o ser humano percebeu que a sobrevivência dos seres bióuticos (conseqüentemente, a sua também) depende da preservaao e conservaao da natureza. Neste momento, a natureza deixa de ser considerada mero instrumento passível de dominaao, visto que se passou a reconhecer “o valor intrínseco de todos os seres vivos e a conceber os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida”.¹¹⁶

Por tal ordem de motivos, tem-se que é importante compreender o mundo como um grande organismo vivo e, conseqüentemente, entendido como um grande sistema, logo, composto de redes.¹¹⁷

A interpretaao, nesta seara, assume valor fundamental. A transiao da visão egocêntrica para a visão ecocêntrica é uma mudança paradigmática

¹¹⁴ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 122.

¹¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. rev. e a atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 64.

¹¹⁶ CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. 16. ed. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 1996. p. 25-26.

¹¹⁷ Nessa linha de raciocínio, interessante o exemplo citado por Fritjof Capra: “Uma visão holística, digamos, de uma bicicleta significa ver a bicicleta como um todo funcional e compreender, em conformidade com isso, as interdependências das suas partes. Uma visão ecológica da bicicleta inclui isso, mas acrescenta-lhe a percepao de como a bicicleta está encaixada no seu ambiente natural e social – de onde vêm as matérias-primas que entram nela, como foi fabricada, como seu uso afeta o meio ambiente natural e a comunidade, pela qual ela é usada, e assim por diante”. (CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. 16. ed. São Paulo: Pensamento/Cultrix, 1996. p. 25.)

ca, e importantíssima para o equilíbrio do planeta Terra. Poder-se-ia dizer fundamental para a sobrevivência do seres bióticos.

Diante de tal mudança de paradigmas, o homem é peça vital, porque racional e consciente da importância de suas atitudes em prol do meio ambiente. Nesse contexto, Merleau-Ponty¹¹⁸ explica que a percepção do homem só pode ser obtida, verdadeiramente, enquanto parte do mundo.

Dentro dessa linha de raciocínio, tanto a espanhola Ence como a finlandesa Botnia afirmam, de forma veemente, sua preocupação ambiental. Exatamente, o objeto de discussão da contenda instaurada entre Argentina e Uruguai.

Para confirmar, vejam-se as metas que a espanhola Ence,¹¹⁹ por meio de sua página eletrônica, apresenta:

A partir de una gestión sostenible del bosque y procesos productivos respetuosos con el medio ambiente, que tienen su origen en la intensa labor desarrollada por el Centro de Investigación y Tecnología (CIT), el Grupo ENCE, como industria basada en el bosque, es:

Productor de oxígeno, conservador/generador de masas forestales.

Generador de técnicas de genética y silvicultura para el desarrollo forestal.

Reciclador sistemático y fabricante de productos degradables.

Transformador comprometido con el mínimo impacto ambiental de sus procesos.

Por sua vez, seguindo na mesma linha, veja-se o que diz a finlandesa Botnia:¹²⁰

Asumimos nuestra responsabilidad por el medio ambiente. La constante supervisión de los asuntos medioambientales es una parte integral del estilo Botnia y de la calidad de nuestros productos. En este rubro Botnia está en muy buena posición en comparación con otros productores finlandeses y suecos de pasta blanqueada, aun considerando que las fábricas de los países nórdicos están entre las primeras del mundo por su gestión y medidas medioambientales, así como por la transparencia de sus comunicaciones sobre estos temas. Y nuestra intención es permanecer a la cabeza. En Botnia subrayamos la responsabilidad medioambiental de cada miembro de nuestra familia. Esto significa que todos nosotros somos responsables del impacto medioambiental de nuestras operaciones. Una base firme para nuestra gestión medioambiental es que todas

¹¹⁸ MERLEAU-PONTY. *Fenomenologia da percepção*. Trad. Carlos A. R. Moura. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 662.

¹¹⁹ Ence. Disponível em: <<http://www.ence.es/main.html>>. Acesso em: 16 jul. 2008.

¹²⁰ Botnia. Disponível em: <<http://www.botnia.com/es/default.asp?path=284,416>>. Acesso em: 16 jul. 2008.

nuestras fábricas, gracias a inversiones minuciosamente programadas, están en excelentes condiciones y emplean las mejores técnicas disponibles. Y nos comprometemos a continuar en esta línea en el futuro.

Una buena gestión medioambiental es la base de la aceptación social y también de la sostenibilidad económica de la industria de procesamiento forestal.

Ocorre que, apesar das bases sustentáveis em que ambas as empresas europeias se dizem alicerçadas, viu-se que a instalação da Botnia já causa grande impacto no meio ambiente, e os desertos verdes são um exemplo disso. Em certa ocasião, a Botnia chegou a pedir desculpas pelo mau cheiro que exalava de sua empresa instalada em Fray Bentos, alegando que o mesmo teria sido ocasionado pela liberação errônea de compostos reduzidos de enxofre, por falhas operacionais; contudo, salientou que a substância não causa malefícios à saúde, apesar de queixas da população, nesse sentido.¹²¹

Diante desse contexto, há necessidade de atitudes pró-ativas, tanto do Estado, quando da sociedade. São requeridos projetos e atitudes em conjunto entre famílias, escolas, governos, e, coletividade, na busca de um único objetivo: a conscientização da sociedade da importância da preservação e conservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.¹²² Aliás, está é a razão fundamental que justifica o estudo dos recursos hídricos como direito transindividual internacional, com especial ênfase aos limites do Mercado Comum do Sul.

3 Os recursos hídricos como direito transindividual internacional tendo como elemento norteador a Bacia do Prata

A Bacia Hidrográfica do Rio da Prata¹²³ é a segunda maior bacia da América do Sul e, uma das maiores do mundo, com 3,2 milhões de km²,

¹²¹ *GI.GLOBO*. Fábrica de celulose pede desculpas no Uruguai por causa de mau cheiro. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,MUL189401-5602,00.html>>. Acesso em: 29 jul. 2008.

¹²² Com efeito, recomendar-se-á a leitura de: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; ROLIM, Rosinês. Educação ambiental: a educação formal e não-formal para a cidadania com sustentabilidade. *Revista Trabalho e Ambiente*, Caxias do Sul, EDUCS, v. 3, n. 5, p. 41-64, 2005.

¹²³ ORIGEM DO NOME “RIO DA PRATA”: Por volta de 1524, tripulantes da expedição de Juan Díaz de Solís encontraram na região indígenas que lhe deram de presente objetos de prata, de onde originou-se a lenda da existência de uma montanha de prata a qual denominaram “Sierra del Plata”. A partir dessa data os portugueses chamaram ao Rio de Solís, Rio de La Plata. Des-

aproximadamente. É formada pelos rios Paraná, Uruguai e Paraguai, ambos com afluentes no Brasil.¹²⁴ De grande importância ambiental, em razão da diversidade biológica que comporta, e também econômica e populacional, em razão dos territórios que banha.¹²⁵

Em termos hidrelétricos, a Bacia do Prata é responsável pela maior parcela de geração de energia hidrelétrica do continente sul-americano. Na agricultura, por sua vez, abarca uma densa concentração de produtos de alto rendimento.¹²⁶ Desse modo, apresenta-se como importante instrumento de desenvolvimento para os países do Mercosul.

Nessa órbita, Argentina, Brasil, Bolívia, Paraguai e Uruguai – países que formam a Bacia – assinaram o Tratado da Bacia do Prata, em 1969, estabelecendo cooperação e solidariedade entre si em relação à gestão hídrica. Inicialmente, numa visão antropocêntrica do *homo sapiens*, as questões discutidas eram basicamente voltadas aos usos tradicionais (navegação e geração de energia elétrica); posteriormente, as preocupações se alteraram. Hoje, a preocupação é, também, ambiental. Para exemplificar, temos o Programa Marco para a Gestão Sustentável dos Recursos Hídricos da Bacia do Prata¹²⁷ e o Projeto de Proteção Ambiental e Desenvolvimento Sustentável do Sistema Aquífero Guarani.

A Argentina e o Uruguai trataram a *Guerra das Papeleras* com enfoque unicamente bilateral; porém, há fatores que, por mais que interesse a um determinado país, são transnacionais. Nesse caso, estão, por exemplo, os recursos hídricos. Assim, a *Guerra das Papeleras* não é um problema só do Mercosul, ou da América Latina, mas uma questão mundial. Em suma, a aplicabilidade do direito na sociedade “[...] começa a ficar defasado em

de 1860, o nome de república Argentina (do latim – “argentum” – que significa “prata”) é a denominação oficial do país”. Disponível em:

<http://www.fluvialmercosul.com.br/bacia_prata/saiba_mais_1.htm> . Acesso em: 05 ago. 2008.

¹²⁴ A Bacia do Prata: “Das cabeceiras até a foz, atravessa quatro países: Brasil, Paraguai, Argentina e Uruguai. No Brasil, abrange os Estados de Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul” (Disponível em: <http://www.fluvialmercosul.com.br/bacia_prata/bacia.htm>. Acesso em: 05 jul. 2008).

¹²⁵ COMITÉ Intergubernamental Coordinador de los Países de la Cuenca del Plata – CIC. Vídeo sobre a Bacia do Prata. Disponível em: <<http://www.cicplata.org/>>. Acesso em: 15 jul. 2008.

¹²⁶ COMITÉ Intergubernamental Coordinador de los Países de la Cuenca del Plata – CIC. Vídeo sobre a Bacia do Prata. Disponível em: <<http://www.cicplata.org/>>. Acesso em: 15 jul. 2008.

¹²⁷ Para tanto foi obtido um financiamento de US\$ 14.300.000 (quatorze milhões e trezentos mil dólares americanos) do Global Environmental Facility (GEF), para execução junto ao “COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL COORDINADOR DE LOS PAISES DE LA CUENCA DEL PLATA”, também denominado CIC, a OEA e o PNUMA junta aos países daquela bacia (Disponível em: <<http://www.ana.gov.br/Destaque/destaque109.asp>>. Acesso em: 15 jul. 2008.

relação a problemas políticos decisivos e, principalmente, defasado quanto àquilo que chamamos de novos Direitos”¹²⁸.

Não há mais tempo e espaço para visões e atitudes antropocêntricas, muito menos a mercantilização do meio ambiente. O ponto fulcral é a mudança de paradigma: de uma visão antropocêntrica para uma visão ecocêntrica, alicerçada na cooperação e solidariedade entre os povos. Na mesma linha de idéias, assevera Koffy Anan, no Fórum Internacional das Águas: “É provável que a água se transforme numa fonte cada vez maior de tensão e competição entre as nações, a continuarem as tendências atuais, mas também poderá ser um catalisador para viabilizar a cooperação entre os países”¹²⁹.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, do Estado Democrático e do Estado Social, passou-se à visão de Estado Ecológico, alicerçado nos princípios do ecodesenvolvimento. Outrossim, o meio ambiente desconhece barreiras geográficas, de modo que há correlação direta e indireta entre as peças do sistema, e os impactos ambientais são sentidos por todos, independentemente de quem foi o causador do dano.

É nesse ponto de vista que se entendem os recursos hídricos como direito transindividual internacional.

No que tange ao meio ambiente e, particularmente, aos recursos hídricos, uma visão ecológica é questão de sobrevivência.¹³⁰ Por conseguinte, os países do Mercosul são, antes de tudo, integrantes de um todo, o que demanda, acima de tudo, atitudes e visão sistêmica.

Nesse contexto, a *Guerra das Papeleras*, frente às dimensões da Bacia do Prata, é a expressão máxima da real e efetiva necessidade de uma visão sistêmica sobre o meio ambiente, especialmente, quando o tema em voga são os recursos hídricos.

¹²⁸ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria dos sistemas autopoieticos do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 15.

¹²⁹ ANAN, Koffy. *A Carta de Porto Alegre*, 2003, p. 23.

¹³⁰ Nesse contexto é a frase de Édís Milaré: “[...] preservar e restabelecer o equilíbrio ecológico é questão de vida ou morte” (MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glosário*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 116.)

Considerações finais

As questões analisadas neste artigo relacionam-se direta e indiretamente com o tratamento normativo, científico e ecológico dispensado aos recursos hídricos, no âmbito dos Estados-Parte do Mercosul. Com efeito, procurou-se apresentar um estudo pertinente com o intuito de harmonizar e unificar a legislação dos países integrantes do Mercosul, focado na eficácia teórica e prática de cada ordenamento jurídico.

À guisa de conclusão, impõem-se relevante à discussão científica dos recursos hídricos como direito transindividual internacional no âmbito do Mercosul, respeitados os direitos e concepções regionais, nacionais e extranacionais, alicerçados nos princípios e regras que conduzem as relações entre os Estados-Parte integrantes do Mercado Comum do Sul e sem, contudo, conflituarem com a concepção interna dos Estados, numa clara adequação aos Princípios da Cooperação e Solidariedade entre os povos.¹³¹ Inclusive com o fomento à criação da Constituição Ambiental do Mercosul.

Referências

ANAN, Koffy. *A Carta de Porto Alegre*, 2003.

ARAÚJO, Aloísio Barboza de. *O meio ambiente no Brasil: aspectos econômicos*. Rio de Janeiro: IPEA/INPES, 1979.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 9ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. *Coletânea de Legislação de Direito Ambiental – Constituição Federal*. Organizadora Odete Medauar. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAIRNCROSS, Frances. *Meio ambiente: custos e benefícios*. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Nobel, 1992.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. 16. ed. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 1996.

CERVO, Amado Luiz. *Relações internacionais da América Latina: velhos e novos paradigmas*. 2.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007.

COMITÉ Intergubernamental Coordinador de los Países de la Cuenca del Plata – CIC. Disponível em: <<http://www.cicplata.org/>>. Acesso em: 15 jul. 2008.

COMISIÓN Administradora del Río Uruguay. *Informe de la Corte Internacional de Justicia*. 1º de agosto de 2006 a 31 de julio de 2007. Asamblea General Documentos Oficiales. Sexagésimo segundo período de sesiones. Suplemento No. 4 (A/62/4). Naciones Unidas. Nueva York, 2007. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/reports/report_2006-2007.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2008.

¹³¹ MENEZES, Wagner. *Direito Internacional na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 189.

ENCE. Disponível em: <<http://www.ence.es/main.html>>. Acesso em: 16 jul. 2008.

ELY, Aloísio. *Economia do meio ambiente: uma apreciação introdutória interdisciplinar da poluição, ecologia e qualidade ambiental*. 3. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser, 1988.

FONDO Financiero para el Desarrollo de la Cuenca del Plata – FONPLATA. Disponível em: <<http://www.fonplata.org/www/index1.html>> Acesso em: 15 jul. 2008.

INFOBAI.COM. Botnia advierte que emanará "olor a coliflor" de su papelera en Uruguay. Disponível em: <<http://www.infobae.com/contenidos/348510-100799-0-Botnia-advierde-que-emanar%C3%A1-olor-coliflor-su-papelera-Uruguay>>. Acesso em: 29 jul. 2008.

MENEZES, Wagner. *Direito Internacional na América latina*. Curitiba: Juruá, 2007.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005,

ROCHA, Leonel Severo; SCHAWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria dos sistemas autopoieticos do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. *Relações internacionais*. Barueri, São Paulo: Manole, 2004.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito ambiental*. Curitiba: Juruá, 2006.

VIEGAS, Eduardo Coral. *Visão jurídica da água*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Gestão da água e princípios ambientais*. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.

Tribunal do Júri – Alterações pela Lei 11.689/08 e necessidade de aperfeiçoamento

Resumo: Tribunal do Júri. Súmula 11 do STF (uso de algemas). Partindo da análise do Tribunal do Júri em seus aspectos históricos e abordando como ele é tratado pela doutrina processual penal no Brasil, a pesquisa aponta a deficiência atual e a perda da identidade da instituição. Revela ainda que a nova Lei 11.689/08, de reforma procedimental, pouco contribuiu para o objetivo primordial: evitar o erro judiciário. Por meio de pesquisa de campo, com aplicação de questionário, os membros do Conselho de Sentença questionados, sob os mais variados pontos relevantes ao Tribunal do Júri e sua função, demonstraram ter dificuldade em compreender o significado do julgamento, os princípios constitucionais e até do seu papel como garantia constitucional de cidadão. Com o objetivo de melhor julgar, é preciso que reformulações se concretizem visando a evitar que as razões da existência do Júri percam o sentido e acabem por desvirtuá-lo, em desprestígio dos princípios constitucionais. Desse modo, conclui-se que o Tribunal do Júri somente alcançará sua meta de julgar o semelhante com justiça, se o jurado estiver alicerçado de todas as garantias constitucionais, psíquicas, e amparado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade de ser escolhido e de escolher o destino de quem estará sob seu senso de justiça.

Palavras-chave: Tribunal do Júri. Algemas. Jurado. Aperfeiçoamento. Lei 11.689/08.

Abstract: Court of the Jury. Court Decisions 11 (handcuffs). Based on the analysis of the Court of the Jury in its historical and approaching as it is dealt by the criminal procedural doctrine in Brazil, the research shows the current deficiency and the loss of the identity of the institution. Furthermore, It points the that Law new 11.698/08 procedural reforms contributed to the main objective: to prevent the judiciary error: Through survey with questionnaire application, the members of the Petit jury were questioned about the most varied important points related to the Court of the Jury and its function and they demonstrated to have difficulty in understanding the meaning of the judgment, the constitutional principles and even their role as constitutional guarantee of citizen, being able, to represent an injustice with its verdict. With the objective of better judging, it is necessary to perform some reformation aiming at preventing that the reasons of the existence of the Jury lose the objective and the Court of the Jury ends up being misused, not respecting the constitutional principles. Therefore, one concludes that the Court of the Jury will only reach its goal to judge the fellow creature with justice, if the jury is reinforced by all the constitutional guarantees, and supported in the principles of the human dignity and the freedom of being chosen and to choose the destination of who one will be under its sense of justice.

Key words: Court of the Jury. Handcuffs. Jury. Perfectioning. Law 11.689/08.

* Mestre em Ciências Criminais, Promotora de Justiça no RS, Docente na Faculdade Serra Gaúcha.

Considerações iniciais

A Lei nº 11.689/08, que entrou em vigor em 8 de agosto do corrente ano, tenta resgatar a credibilidade na Instituição do Júri e procura assegurar com as inovações que a instituição do Tribunal do Júri representa um ideal democrático. Assim, os aspectos históricos, o ritual e também a presença da sociedade no julgamento de seus semelhantes justificam a manutenção da instituição do Júri até nossos dias, pois o seu *status* constitucional é reflexo de que, há longos anos, os representantes do povo ratificaram os anseios dos cidadãos.

No entanto, pesquisa realizada em 2006 com 76 jurados das Comarcas de Campo Bom, Nova Petrópolis, Caxias do Sul e Guaíba¹³² mostrou que mudanças estruturais e técnico-jurídicas são primordiais para seu aperfeiçoamento, pois não basta levantar a bandeira de que se depreende de garantia constitucional e consagrarmos jurados insatisfeitos e despreparados sem a compreensão devida dos questionamentos jurídicos, fato este que aniquila, por si só, garantias constitucionais como a dignidade da pessoa humana e da liberdade de ser ou não um jurado.

A escolha das Comarcas se deu pelo fato de que se poderia ter relevância nos julgamentos, dada a experiência de jurados em Comarcas de entrância inicial e em Comarcas de entrância intermediária, já que a realidade de julgamentos é distinta. Enquanto a média anual de julgamentos nas primeiras (Nova Petrópolis e Campo Bom)¹³³ é de 2 ou 3 por ano, nas demais (Guaíba e Caxias do Sul)¹³⁴ chega-se a 3 ou 4 sessões por semana, isso nos meses em que se designam sessões, ou seja, em torno de 100 por ano. Além do que, o número de habitantes também difere consideravelmente, sendo que Nova Petrópolis é um município de porte médio-pequeno, com uma população estimada em 2006 de 19.513 habitantes;¹³⁵ Campo Bom é um município de porte médio, com uma população estimada de 58.558 habitantes;¹³⁶ Guaíba, um município também de porte

¹³² Dissertação de mestrado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do RS, 2007.

¹³³ Dados obtidos do Cartório Judicial das Comarcas de Campo Bom e Nova Petrópolis.

¹³⁴ Idem das Varas Criminais das Comarcas de Caxias e de Guaíba.

¹³⁵ Com 6.064 homens e 5.811 mulheres em idade de ser jurado, ou seja, entre 21 e 60 anos. Disponível em: <www.fee.tche.br/sitefee/pt/content/estatisticas/pg_populacao.php>. Acesso em: 20 jan. 2007.

¹³⁶ Com 18.000 homens e 17.461 mulheres em idade de serem jurados, ou seja, entre 21 e 60 anos. Disponível em: <www.fee.tche.br/sitefee/pt/content/estatisticas/pg_populacao.php>. Acesso em: 20 jan. 2007.

médio, com estimativa de 105.808 habitantes;¹³⁷ e Caxias do Sul, um município de grande porte, possuindo atualmente uma estimativa de 412.053 habitantes.¹³⁸ Os dados acima são todos do IBGE.¹³⁹

A obtenção dos dados da pesquisa de campo foi essencial, pois, não obstante acirradas discussões da doutrina com argumentos a favor e contra a Instituição do Júri, demonstrou-se, através da pesquisa, que hoje parecem salutares não só discussões, mas também um enfrentamento para aperfeiçoar, com objetivo de mantê-la com credibilidade.

1 Principais mudanças trazidas pela Lei 11.689/08

Inovação importante foi a alteração na ordem das inquirições. No caso do homicídio (90% casos de Júri), primeiro será(ão) ouvida(s) a(s) vítima(s) do(s) homicídio(s) tentado(s), depois as testemunhas e, por último, o réu. Antes da alteração, primeiro se interrogava o réu; depois, ouvia-se a vítima, em seguida as testemunhas da acusação e, por último, as da defesa.

Também, concentrou-se a produção da prova, devendo ser em audiência única e, encerrada a instrução, depois da oitiva do ofendido, passar-se-á de imediato aos debates, ou seja, com alegações orais, concedendo-se a palavra à acusação e à defesa, respectivamente, pelo prazo de 20 minutos, prorrogáveis por mais 10. Antes era feito em alegações escritas, com prazos sucessivos de 5 dias, ganhando-se tempo. Prevê, no entanto que, em havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a acusação e a defesa de cada um deles será individual.

Há previsão, no art. 469 do CPP, para dificultar a separação dos julgamentos, que, quando houver dois ou mais réus em um processo, eles deverão ser julgados juntos, somente se admitindo a cisão, se em razão das recusas, não for obtido o número mínimo de sete jurados para compor o Conselho de sentença.

Uma das mudanças que mais retira a identidade do Tribunal do Júri é o estabelecido no art. 478 do CPP em que se proíbe que durante os debates as partes, sob pena de nulidades, façam referências à decisão de pronún-

¹³⁷ Com 28.323 homens e 30.627 mulheres em idade de serem jurados, ou seja, entre 21 e 60 anos. Disponível em: <www.fee.tche.br/sitefee/pt/content/estatisticas/pg_populacao.php>. Acesso em: 20 jan. 2007.

¹³⁸ Com 121.062 homens e 126.703 mulheres em idade de serem jurados, ou seja, entre 21 e 60 anos. Disponível em: <www.fee.tche.br/sitefee/pt/content/estatisticas/pg_populacao.php>. Acesso em: 20 jan. 2007.

¹³⁹ Disponível em: <www2.famurs.com.br/informações_municipais>.

cia, às decisões posteriores que julgarem admissível a acusação ou à determinação de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado e ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.

Sobre o uso das algemas e talvez com o objetivo de evitar abusos relacionados com o emprego das mesmas em pessoas presas, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, por unanimidade, em sessão realizada em 13.08.08, editou a súmula vinculante, nº 11.¹⁴⁰

É pertinente a preocupação da Suprema Corte em resguardar a dignidade do preso, já que pode ter havido o desvirtuamento do emprego de algemas, especialmente quando utilizadas em pessoa presa com poderio econômico ou político, ou ainda com repercussão na mídia, constatando-se a indevida exibição da pessoa presa como se fosse uma espécie de troféu a demonstrar a eficiência do aparato de segurança pública. Não se pode negar que isso traz insegurança jurídica.

Analisa-se aqui o julgamento que originou a deliberação na elaboração da súmula vinculante.

Foi no HC 91.952 (Plenário – Rel. Min. Marco Aurélio – j. 07.08.08 – votação unânime), quando se anulou um julgamento efetuado pelo júri popular da cidade de Laranjal Paulista, em 2005, porque o réu, um pedreiro acusado de homicídio, ficou algemado durante a sessão de julgamento. O principal fundamento para a decisão foi a potencial influência da visão do réu algemado sobre os jurados, que, por serem leigos, poderiam fazer um pré-julgamento e entender que o réu era culpado. Afirmou-se ainda, na ocasião, não existirem dados concretos que pudessem indicar que, pelo perfil do acusado, houvesse risco aos presentes, caso ele permanecesse em plenário sem algemas, razão pela qual se considerou aviltada sua dignidade humana.

Ora, é evidente que já havia outros precedentes, mas essa conclusão é subjetiva e jamais podemos afirmar que o fato do uso das algemas é que foi decisivo para o veredicto, e muito menos que isso será decisivo nos demais julgamentos. O fato é que todos os outros cidadãos (que pagam seus impostos, que são livres e que não possuem qualquer acusação sobre si) vão

¹⁴⁰ S. 11: Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

ficar na dependência do critério subjetivo do Juiz de avaliar a necessidade de o réu permanecer ou não algemado. E, como sustentar o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária, insculpido no art. 3º da Constituição Federal, com decisões como esta?

Afora isso, é bom que se esclareça que paira inconstitucionalidade no conteúdo da súmula, pois não tem o Supremo Tribunal Federal competência para criar sanções civis ou penais e o guardião da Constituição deveria estar ciente da extrapolação de suas atribuições, pois somente Lei Federal pode criar sanções penais. Ou será que ao Poder Judiciário foi dado o poder de legislar?

É evidente que o emprego de algemas em plenário do Júri não constituiu constrangimento ilegal porque a regra deve ser e sempre será imprescindível à ordem dos trabalhos e à segurança dos presentes, visto que todos os demais atores (juízes, promotores, jurados e até serventuários) têm suas funções específicas e não a função de conter o réu (que tem o direito de calar, fugir, e até matar e ter defesa). Evidentemente, ainda que haja o carcereiro presente, este, “a unha”, não poderá deter o réu que decidir, por exemplo, fugir, sem falar no réu que tiver a idéia de agredir as autoridades.¹⁴¹

Ou seja, se o jurado deve julgar o fato e decidir sobre a absolvição ou condenação do réu, por que a menção sobre fatos verídicos e até notórios devem ser omitidos, para não dizer escondidos dos juízes do fato? A continuar o STF legislando e criando sanções através de Súmulas, não há de nos espantarmos se, com o objetivo de preservar a intimidade do preso e de não-discriminá-lo, editem uma súmula ordenando que os jurados durmam na noite anterior ao julgamento em hotel, com café da manhã e uniformes (jurados e réus), com transporte em ônibus com ar condicionado (e único) mesmas vestimentas em direção ao local de julgamento, em homenagem ao princípio da igualdade, já que “todos são iguais perante a lei”.

A grande e esperada novidade é a simplificação dos quesitos a serem apreciados pelos jurados. No art. 483 do CPP, na seguinte ordem, indaga-se sobre:

I – materialidade do fato;

¹⁴¹ Como em decisão proferida pelo próprio STF no RHC 71.195 – 2ª Turma – Rel. Min. Francisco Rezek, j. 25.10.94, decidiu-se o uso de algemas não constituiu constrangimento ilegal porque havia informações de que o réu pretendia agredir o juiz-presidente e o promotor de justiça; e no RHC 56.465 (2ª Turma – Rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 05.09.78), entendeu-se que o uso de algemas em audiência para inquirição e testemunhas é justificado para se evitar a fuga do preso e para preservar a segurança das testemunhas.

II – a autoria e participação;
III – se o acusado deve ser absolvido;
IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;
V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgarem admissível a acusação.

Consagra-se aqui, que as atenuantes e agravantes não serão mais apreciadas pelos jurados e sim pelo juiz de Direito. Isso salva em parte a maioria dos julgamentos, pois os jurados muitas vezes, por falta de compreensão, acabavam por reconhecer ou negar atenuantes e agravantes nítidas e, não raras vezes, provocando a nulidade do julgamento, por decisão contrária à prova dos autos. O risco, no entanto, persiste, quando se mantém o exame de qualificadoras, minorantes e majorantes, que continuarão sendo apreciadas pelos jurados, e com questionamentos de ordem jurídica.

Mantém-se a disposição de que a sentença é dada por maioria de votos; assim, como são sete os jurados, se os quatro primeiros votos declarados votarem e decidirem pela absolvição ou pela condenação, os demais não precisam ser retirados da urna, pois estará atendido o disposto na redação nova do art. 489 do Código de Processo Penal.

Outra mudança interessante, e com o fim de evitar a prescrição, é que o julgamento não será mais adiado se o acusado solto tiver sido intimado e não comparecer. O julgamento poderá ser realizado sem a presença do réu; com isso, agiliza-se o julgamento de acusado que estiver foragido, já que o acusado preso será conduzido para a sessão de julgamento.

2 **Forma de convocação, satisfação e qualificação dos jurados**

Não menos polêmica é a forma de convocação dos senhores jurados, com alterações, mas não-satisfatórias. Veja-se que, atualmente, a escolha dos jurados deve recair dentre cidadãos de notória idoneidade,¹⁴² e era não raras vezes aleatória e feita geralmente pelos escrivães cartorários, ou ainda, por *palpites* dos serventuários.¹⁴³ Isso porque o Juiz-Presidente, em geral, não tem o conhecimento pessoal e a informação fidedigna, buscando do escrivão judicial, ou das pessoas que ele conhecia e que notoriamente pos-

¹⁴² Art. 436 do CPP.

¹⁴³ Segundo José de Alencar Aguirre, funcionário de Tribunal de Justiça aposentado, que por muitos anos formulou a lista de jurados nas Comarcas onde trabalhou como serventuário.

suam idoneidade. Além desse requisito subjetivo, ainda é necessário que seja maior de 18 anos.¹⁴⁴

As disposições de que o Juiz requisitará às autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado, talvez seja uma alternativa, no sentido de que apenas indicarão nomes daqueles que realmente queiram e tenham a vocação para o desempenho da função.

Novidade que pode levar a grandes nulidades é o estabelecido no art. 436, parágrafo primeiro, que prevê a proibição de exclusão em razão de cor, raça, credo, sexo, profissão, classe social, origem ou grau de instrução, abrindo a possibilidade de que um analfabeto seja jurado. Ora, se antes já havia dificuldade de os juízes leigos compreenderem os quesitos com conotação jurídica, o que dizer então do analfabeto? E o que vai ele fazer quando receber do Juiz-Presidente as cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgarem admissível a acusação e do relatório do processo?¹⁴⁵

Prevê o Código de Processo Penal¹⁴⁶ que o serviço do júri é obrigatório e que o efetivo exercício da função de jurado constituirá serviço público relevante, estabelecerá presunção de idoneidade moral e assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo, bem como direito de preferência, em igualdade de condições nas licitações públicas. Traz a novidade ao estabelecer a preferência, em igualdade de condições, no provimento de cargo ou função pública, bem como nos casos de promoção funcional ou remoção voluntária. E só.

A recusa à participação é vedada sob pena de multa de um a dez salários mínimos e, se a justificativa estiver vinculada a uma confissão religiosa, filosófica ou política, importará no dever de prestar serviço alternativo, sob pena de suspensão dos direitos políticos, enquanto não prestar o serviço imposto.¹⁴⁷

Tourinho Filho se manifesta no sentido de que se a lei preconiza que o serviço do Júri é obrigatório, significa que, salvo às pessoas isentas por lei,

¹⁴⁴ Art. 436 do CPP; antes era menor de 21 anos.

¹⁴⁵ Parágrafo único do art. 472, do CPP.

¹⁴⁶ Art. 439 e 440 do CPP.

¹⁴⁷ XAVIER DE AQUINO, José Carlos G.; NALINI, José Renato. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 265-266.

não é lícito a ninguém dele se escusar; é obrigação imposta por lei a todos os brasileiros natos ou naturalizados para o desempenho de relevante função pública.¹⁴⁸

É importante esclarecer que não há previsão constitucional de que o serviço do Júri é obrigatório e, nos países que consagram a obrigatoriedade, também a atividade é remunerada, como em Portugal.

O serviço do Jurado, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,¹⁴⁹ é serviço público relevante do particular por colaboração, ao serviço público por convocação.

Portanto, o conceito é infraconstitucional e diferentemente dos deveres de cidadania, como o dever de votar ou de prestar o serviço obrigatório militar, que estão insculpidos na Constituição e decorrem dos fundamentos do Estado Democrático de Direito para preservação da própria cidadania do cidadão.

Paulo Rangel questiona: “Ser Jurado: direito ou dever do cidadão?” E responde: “Percebe-se que o ato é *manu militare*, ou seja, o Estado chama o cidadão e impõe a ele o dever como jurado, infligindo-lhe, inclusive, multa e perda dos direitos políticos (arts. 443 CC art. 535 do CPP)”.¹⁵⁰ Pondera que “tal função deveria ser garantia plena de cidadania, permitindo que o cidadão pudesse se candidatar ao cargo de jurado, desde que preenchesse os requisitos legais para a ocupação dele”. E continua o autor: “A Constituição deveria estabelecer como direito e garantia fundamental o exercício da função de jurado, [...]”.¹⁵¹

Sarlet assevera a importância de se obter uma “eficácia protetiva dos direitos fundamentais, sob pena de esvaziar-se sua particular dignidade na ordem constitucional, razão pela qual o legislador constituinte originário erigiu tais direitos à condição de cláusula pétrea ou garantias de eternidade (art. 60, § 4º, IV)”.¹⁵²

Ao lado disso, Rangel preconiza que

O Tribunal do Júri, como espaço dentro do qual são tratados direitos fundamentais do homem, tais como a vida e a liberdade para não dizer da dignidade

¹⁴⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2, p. 77.

¹⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 67.

¹⁵⁰ RANGEL. Paulo. Op. cit., p. 136.

¹⁵¹ Idem, *ibidem*.

¹⁵² SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 371 e 77.

da pessoa humana e do poder que o povo exerce ao julgar, deve merecer uma releitura à luz dos direitos fundamentais que não pode ser despedido de tais direitos e, conseqüentemente, das garantias necessárias à efetivação dos mesmos.¹⁵³

Lamentavelmente, não é o que se vê no Tribunal do Júri hoje, pois nenhum valor se dá ao jurado. Ele é convocado para um dia sair de seu trabalho ou de seu lar e fazer parte do conselho de sentença. Não faz por amor, convicção ou conhecimento, apenas por dever. E por isso, sequer conhece o poder¹⁵⁴ que detém, mas no anseio de buscar a ordem¹⁵⁵ exerce com perigo a árdua tarefa de julgar seu semelhante.

Rangel ilustra: “Não são poucos os casos em que jurados incomodados com o chamado judicial decidem em contrariedade com as partes só para não serem mais escolhidos, sem se preocuparem com a tensão travada no júri: direito de liberdade *versus* vida”.

J. Cretella Júnior afirma que pensamento *manifestado* ou *transitivado* é o que se projeta na mente do sujeito para o mundo dos homens. Acrescenta que a manifestação do pensamento pela palavra oral ou escrita é uma das liberdades públicas supremas do ser humano.¹⁵⁶

Assim ensina José Celso Mello Filho: “A liberdade de consciência constitui o núcleo básico de onde derivam as demais liberdades do pensamento. É nela que reside o fundamento de toda a atividade político-partidária, cujo exercício regular não pode gerar restrição aos direitos de seu titular”.¹⁵⁷

Embora a doutrina de Alexandre de Moraes sustente que à obrigatoriedade do Júri está inserida na sanção de perda dos Direitos Políticos prescritos no art. 15, IV, da CF/88, caso haja recusa,¹⁵⁸ entendemos que a norma da obrigatoriedade da legislação infraconstitucional – vale dizer CPP – é que não fora recepcionada pela CF/88, pois não há como sustentar que o cidadão tem liberdade de consciência se não é dado a ele sequer o direito de optar de permanecer ou não na lista de jurados, ou pior, não lhe é dado o direito de se abster de votar para condenar ou absolver. Que li-

¹⁵³ RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 135.

¹⁵⁴ Mais sobre o assunto: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*.

¹⁵⁵ Mais sobre o assunto: DOUGLAS, Mary. *Pureza e perigo*. São Paulo: Perspectiva, 1976. p. 56.

¹⁵⁶ CRFETELLA JÚNIOR, J. *Elementos de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT 1998. p. 190.

¹⁵⁷ MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p.440.

¹⁵⁸ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 70.

berdade de consciência é esta? Até porque a consciência não precisa ser revelada.

De sorte que, frente aos princípios constitucionais da livre manifestação do pensamento e da dignidade da pessoa humana, o CPP, mesmo com a alteração recente, por ser norma infraconstitucional, não teve recepcionados os artigos que tratam da obrigatoriedade do serviço de jurado, pelo princípio da hierarquia das leis. Vale dizer, o art. 436 do CPP¹⁵⁹ *in verbis*: “Art. 436. O serviço do Júri será obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de dezoito anos, de notória idoneidade”.

O referido artigo não foi recepcionado frente aos princípios constitucionais art. 1º, inc. III (dignidade da pessoa humana), art. 5º VI (liberdade de consciência).

Segundo a Lição de Ingo Wolfgang Sarlet, o princípio da Dignidade da pessoa humana estaria violado ao não estar a pessoa protegida pela sua liberdade de autodeterminação e também se não estiver simplesmente protegida na sua concepção de pessoa humana, referindo-se o autor sobre tal princípio nestes termos: A dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta enquanto simultaneamente expressão de autonomia da pessoa humana (vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo— e principalmente— quando ausente a capacidade de autodeterminação.¹⁶⁰

3 Sobre as garantias constitucionais da instituição

Na Constituição Federal de 1988, o art. 5º, XXXVIII, consagra: É reconhecida a instituição do Júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

Primeiramente, *a plenitude de defesa*, isto é, a garantia constitucional determinando que o acusado da prática de crime doloso contra a vida tenha efetiva e plena defesa, mesmo já estando consagrado o preceito de amplitude de defesa.¹⁶¹ A obediência devida ao dispositivo impõe ao Juiz-Presidente, v.g. em sessão do Júri, a obrigação de dissolver o Conselho de Sentença, interrompendo o julgamento quando a defesa for deficiente.

¹⁵⁹ O referido artigo não foi recepcionado frente aos princípios constitucionais, da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), da liberdade de consciência (art. 5º, inc. VI) e da livre manifestação do pensamento (art. 5º, inc. IV).

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 29.

¹⁶¹ Art. 5º, inc. LV, da CF/88.

Segundo, *o Sigilo das Votações*: O sigilo das votações é a garantia para preservar, com segurança, os jurados de qualquer tipo de influência ou, depois do julgamento, de eventuais represálias pela sua opção ao responder os quesitos, seja absolvendo ou condenando o réu. Por isso, quaisquer tentativas na eliminação da sala secreta, fundamentada no art. 93, IX, da mesma Constituição, que impõe a publicidade dos atos decisórios, vêm sendo repelidas pelos juízes, firmando-se a necessidade para a garantia do princípio constitucional. Como a decisão unânime possa ser uma ameaça à garantia constitucional, a exemplo do sistema inglês, muitos Juízes-Presidentes já vêm adotando o sistema de, quando alcançada a maioria de uma das opções (sim x não), o magistrado encerra a votação, porque o voto estaria garantido e também o sigilo da votação.

Baseado no princípio da legalidade, com supedâneo no art. 5º, inc. II, da CF/88, que preconiza que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, além de garantidos quais os crimes serão de competência do Tribunal do Júri, há também a definição legal de como se processarão as sessões de julgamento no CPP.¹⁶²

É de nosso parecer que não há que confundir o princípio do sigilo de votações com a incomunicabilidade dos jurados.¹⁶³ Aquele é princípio constitucional, asseverando *in verbis*:

Art. 5º [...]

XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: [...]

B) sigilo das votações;

[...]

Já a incomunicabilidade é matéria infraconstitucional, preconizada no art. 466, § 1º, do CPP,¹⁶⁴ tendo a legislação corrigido a contradição que continha na mesma legislação, pois a redação antiga do art. 476, *caput* do CPP, determinava que o Juiz devia estar presente na sala secreta “*para evitar influência de uns sobre os outros*” (grifei). Agora prevê que a comunica-

¹⁶² Art. 466 e seguintes já modificados pela Lei 11.689/08.

¹⁶³ Paulo Rangel sustenta que a incomunicabilidade que a lei quer assegurar diz respeito ao mérito do julgamento e tem como objetivo impedir que o jurado exteriorize sua forma de decidir e venha a influir, quer favorecendo, quer prejudicando, qualquer um de seus membros (*Tribunal do Júri: visão lingüística, histórica, social e dogmática*. p. 87).

¹⁶⁴ Art. 466 [...] § 1º. O juiz presidente também advertirá os jurados de que, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do conselho de sentença e multa, na forma do parágrafo primeiro do art. 436 deste Código.

bilidade será certificada nos autos pelo Oficial de Justiça, no parágrafo 2º do art. 466. Ora, parece que antes não havia previsão de incomunicabilidade, pois se ao Juiz era dado o poder de evitar influência é porque podiam conversar. Na sala secreta, os jurados não deviam estar incomunicáveis, pois se estivessem (incomunicáveis), de que forma poderiam influenciar uns sobre os outros? Parece patente que, apesar dos entendimentos doutrinários¹⁶⁵ de que o objetivo da incomunicabilidade é evitar a interferência de um jurado na formação da convicção de outro, ela não tem razão de ser mantida, pois o próprio Código já apontava esta solução. Era função do Magistrado. Assim, se a incomunicabilidade não ocorrer na sala secreta, e os jurados obtiverem o veredicto, por maioria de votos, como preconiza o art. 489 do CPP, certamente estarão sendo preservados todos os princípios constitucionais (especialmente o sigilo das votações), pois a comunicação entre os jurados não leva à violação de sigilo das votações. Aliás, tal procedimento – comunicabilidade dos jurados com veredicto por maioria – poderia evitar decisões nulas. As decorrentes de ofensa ao princípio de sigilo nas votações, quando ocorrem decisões unânimes (7x0) e as ilegais, por ofensa ao art. 489 do CPP,¹⁶⁶ visto que, obviamente, tais decisões não respeitam, nem o sigilo, porque se torna violado ao ficar cristalino como votaram todos os jurados e nem respeitam a determinação legal de que as decisões do júri devem ser tomadas por maioria de votos.

Em resumo, a nova lei, ao manter a incomunicabilidade entre os jurados, confunde ser indispensável ao sigilo das votações. O que é um equívoco.

Ao lado disso, preconiza Aramis Nassif: “Parece-me correta a sugestão de que, alcançada a maioria de uma das opções (sim ou não), o Magistrado encerre a verificação das respostas”.¹⁶⁷

Seguido da *Soberania dos veredictos*, tal princípio é abrandado pela norma infraconstitucional, eis que o art. 593, III, “d”, do CPP (não alterado pela nova legislação) admite que a decisão manifestamente contrária à prova dos autos possa ser anulada e determinado novo julgamento pelo Tribunal *ad quem*. No entanto, o entendimento jurisprudencial é pacífico no sentido de que a previsão recursal não ofende ao princípio constitucional, embora merecendo destaque a posição contrária de José Frederico

¹⁶⁵ PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri: procedimentos e aspectos do julgamento e questionários*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 42.

¹⁶⁶ Art. 489. As decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos.

¹⁶⁷ NASSIF, Aramis. *O júri objetivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 27.

Marques, que sustenta a impossibilidade de reforma da decisão do júri para preservação da soberania dos veredictos ante *a impossibilidade de os juizes togados se substituírem aos jurados na decisão da causa*.¹⁶⁸

Segundo Angelo Ansanelli Júnior, a soberania dos veredictos, no sentido da impossibilidade de recursos das decisões dos jurados, no Brasil, foi herdado do diploma legal francês, inserido desde a Carta Magna de 1215 daquele país, advindo da idéia preconizada na Revolução Francesa, qual seja, da infalibilidade da decisão da sociedade.¹⁶⁹ A CF/88 consagrou tal princípio expressamente.

Sobre as dimensões do princípio da dignidade humana, Sarlet constata que ela é, simultaneamente, limite e tarefa dos poderes estatais, além de todos e cada um. E, enquanto limite,

a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças.¹⁷⁰

Sendo assim, dignidade da pessoa humana representa

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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.¹⁷¹

A prevalecer como está, a pesquisa apontou a insatisfação do corpo de jurados, pois é evidente que a convocação sem remuneração e a disposição a qualquer dia e hora geram atritos nas famílias e no trabalho, além de estarem com a auto-estima lá em baixo, pois são obrigados a julgar o semelhante, quer queiram, quer não.

Por último, *a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida* está definida na Constituição como sendo do Tribunal do Júri. A este

¹⁶⁸ MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 67.

¹⁶⁹ ANSANELLI JUNIOR, Ângelo. *O tribunal do júri e a soberania dos veredictos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005. p. 73.

¹⁷⁰ SARLET, 2005, p. 32.

¹⁷¹ Id., *ibid.*, p. 37.

cabe julgar os crimes dolosos contra a vida (homicídio, induzimento ao suicídio, infanticídio e aborto).

Como explica Ferrajoli,¹⁷² o Tribunal do Júri desempenhou um importante papel na superação do sistema inquisitório. Não obstante isso, muitos o rechaçam. Entre estes, está Aury Lopes Júnior¹⁷³ que o entende ultrapassado, sendo fruto do pensamento clássico que assumiu a defesa do modelo do Juiz cidadão em contraste com os horrores da inquisição. Para valorar a figura do juiz profissional, em confronto com os juízes leigos, no entanto, os critérios não são adequados e estão superados na atualidade.

A pesquisa mencionada demonstrou que os defensores do Júri estão na defesa de uma instituição utópica, que infelizmente não foi preservada ao longo da história como na sua origem. Os ideais – aqueles insculpidos desde os primórdios tempos quando se buscava legitimidade da sociedade para fugir dos governos absolutos, para alcançar ao povo sua dignidade, em que o povo seria reconhecido como capaz de participar da jurisdição e lhe seria dado verdadeiro poder de julgar seus pares – não existem mais, e, muitos doutrinadores proclamam sem cessar que o Júri está ultrapassado.

A seu turno, os que são contrários à instituição conseguem comprovar que suas críticas estão se afirmando cada vez mais. O que existe hoje é uma instituição que – ao longo das transformações sociais, do descompasso dos governantes, das disparidades sociais, da sociedade em crise, desesperada com o crescimento da violência – perdeu sua identidade precípua. Basta uma análise do art. 125 da Constituição do Império, quando foi consagrado o Tribunal do Júri no Brasil e veremos que o ideal hoje chega distorcido. Lá se previa que os jurados, leigos, apreciariam *os fatos* e o Juiz de Direito, *o Direito*, além do que se comunicavam entre si para o veredicto. O que temos hoje? Os jurados apreciam os fatos incomunicáveis, e devem buscar no seu senso comum, na sua consciência, o veredicto, mas são questionados sobre o direito propriamente dito.

4 Alguns dados da pesquisa

Ao serem questionados os jurados sobre os princípios do Tribunal do Júri, apenas 4,4% deles conheciam; 38,2% não conheciam e outros 57,4% conheciam apenas alguns dos princípios e, ao serem questionados sobre se

¹⁷² FERRAJOLI. *Derecho y razón*. p. 577.

¹⁷³ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 138.

sabiam quais os delitos eram da competência do Tribunal do Júri, 33,8% erraram indicando delitos não-dolosos contra a vida como assalto e estupro. Isso demonstra o despreparo ou ainda o desinteresse pela função pública exercida.

Questionou-se também dos jurados se entendiam que conhecimento jurídico era importante para função de jurado. Apenas 25% responderam que não, os outros 75% responderam ser necessário o conhecimento jurídico para a compreensão dos quesitos.

Esse resultado vem ao encontro do pensamento da grande maioria da doutrina,¹⁷⁴ especialmente daqueles favoráveis ao aperfeiçoamento do Tribunal do Júri, que, entre outros itens, preocupam-se com a falta de conhecimento e o erro judiciário no sistema atual de nossa legislação, colocando-se, portanto, contra aqueles que defendem¹⁷⁵ que basta ter bom senso, sabedoria e ser integrante da sociedade.

Relevante também foi o resultado sobre a dúvida nos quesitos,¹⁷⁶ sendo que, não obstante o percentual de 14,5% pareça insignificante (os que manifestaram a dúvida), este índice é suficiente para decidir um julgamento, e, pior, o que todos temem, condenar um inocente, ou viabilizar a prática de um erro judiciário.

Um dos questionamentos que revela o que se quer passar neste texto é se o Tribunal do Júri deve ser extinto, mantido como está, ou ser aperfeiçoado:

	Frequência	%
Deve ser extinto	6	8,8
Permanece igual	20	29,4
Deve ser aperfeiçoado	42	61,8
Total	68	100,0

Por meio deste questionamento, busca-se auferir do jurado se, na sua visão, e considerando o atual sistema, eles, jurados, estão satisfeitos com a instituição. E, em caso de não estarem, quais as opções serão viáveis: a extinção, a manutenção nos termos atuais ou o aprimoramento? Obtivemos as seguintes respostas: Dos questionados, a maioria, sendo 61,8% dos jura-

¹⁷⁴ Neste sentido, David Brohn e David Neal e outros, cap. 3.

¹⁷⁵ Neste sentido, Rui Barbosa e outros, *idem*.

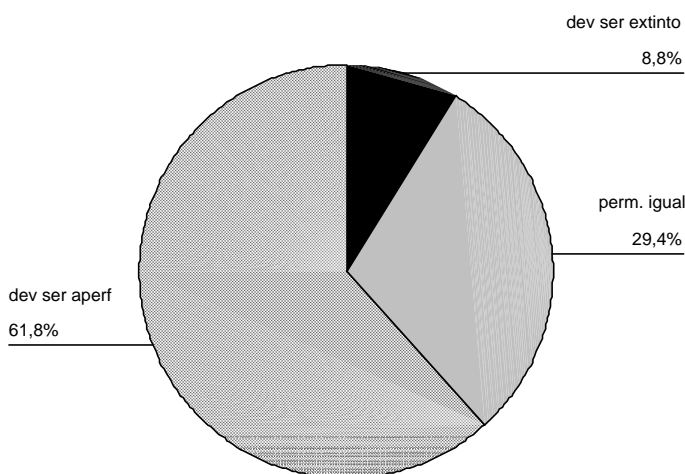
¹⁷⁶ Os jurados foram questionados se haviam ficado em dúvida sobre os termos jurídicos dos quesitos.

dos, responderam que deve ser aperfeiçoado, e 29,4% concordaram que permaneça como está. Já 8,8% manifestaram repúdio ao Tribunal do Júri, atribuindo que a solução seria a extinção, passando ao Juiz de Direito a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida.

Como se pode observar, o júri precisa resgatar junto aos seus membros a credibilidade, pois, se somados os 8,8% com os 61,8%, restam apenas 29,4% de jurados satisfeitos com a atual situação, percentual baixo para a credibilidade da instituição.

Aliás, estes dados dão força às correntes que defendem não só a extinção do Tribunal Popular como também a necessária mudança.

Na representação gráfica pode ser mais bem visualizado:



Considerações finais

A solução neste trabalho foi apresentada sob duas vertentes: na primeira, de resgatar o ideal, que alguns utopicamente acreditam ainda estar preservado, buscando a origem na primeira Constituição Brasileira; na segunda, buscou-se considerar a evolução constitucional legítima e aprimorar o Tribunal do Júri, sempre com o objetivo de reconhecer como afirmação do princípio do Estado Democrático de Direito.

Como previa a Constituição do Império brasileiro, os jurados são juízes do fato, portanto, devem unicamente apreciar o fato, devendo nossos

jurados ser questionados apenas sobre fatos. A nova lei tenta resgatar esta lealdade a sua origem ao estabelecer, no art. 483, que as teses de defesa (exclusão de ilicitude ou de culpabilidade) serão todas englobadas em um único quesito, que se limitará a perguntar: O jurado absolve o acusado? É um passo importante, mas ainda é pouco.

Ou seja, a prevalecer a forma atual de escolha dos jurados, bastariam no caso de homicídio (o crime doloso mais comum julgado pelo júri) dois questionamentos após a reunião e discussão. O primeiro: No dia tal, por volta das 10h, na Rua M, em Sta. Maria, o réu José da Silva, desferindo um disparo de arma de fogo causou a morte de Maria Vespúcio? Segundo: Assim agindo, nas circunstâncias *como os fatos ocorreram*, o réu José da Silva, pelas leis da sociedade, do senso comum, estava autorizado a assim agir? A resposta positiva, representaria que a sociedade (através dos jurados) estaria legitimando a conduta. E a resposta negativa representaria que a sociedade estaria condenando o réu a sofrer as sanções previstas na legislação. A partir da decisão do Conselho de Sentença, a sanção seria aplicada de acordo com o conhecimento jurídico do Juiz-Presidente que, no caso de legitimada, a conduta do acusado passaria a apreciar qual a melhor excludente se aplicaria ao caso concreto. E, no caso de condenação, apreciaria igualmente a pena mais indicada frente ao caso concreto, proferindo a sentença, respeitando a soberania dos veredictos, o devido processo legal e o ordenamento jurídico.

A resposta ao primeiro quesito tem relação com o fato e a do segundo, se o réu agiu de acordo com os ditames da sociedade, ou não. E se não agiu, por não terem os jurados conhecimento jurídico, não podem apreciar, se doloso, culposo, qualificado ou não, com minorante ou não, com agravante ou não, pois são conceitos jurídicos. Estes elementos passariam para a segunda fase, e seriam apreciados pelo Juiz-Presidente, a quem compete dizer o direito.

Assim, estaria sendo preservada tanto a participação popular na jurisdição, como também todos os princípios constitucionais, sob o ponto de vista da instituição, da sociedade e dos acusados.

Com a edição da nova lei, tenta-se resgatar a verdadeira função do jurado: julgar o fato. Exige-se, entretanto, a quesitação sobre a existência do fato, a autoria ou a participação do acusado e, após, se absolve ou não o réu (art. 482 do CPP). Ou seja, ainda se exige do jurado a sua apreciação em questões jurídicas, como o exame dos requisitos de todas as excludentes de ilicitude ou de culpabilidade que, na maioria das vezes, não só exigem co-

nhecimentos jurídicos, como conhecimento de outros dados técnicos (como no caso de médicos no exame da exclusão da culpabilidade por doença mental).

A segunda alternativa que se aponta é reconhecer a evolução constitucional como evolução legítima da sociedade e tentar resgatar a credibilidade, aperfeiçoando a instituição do Júri, o que se sugere nos seguintes termos:

A obrigatoriedade do serviço público de jurado deve ser mitigada, considerando como um direito de cidadania e não apenas como um dever. Convocam-se todos os cidadãos maiores de 25 anos (como juízes de direito), todos os brasileiros alistados como eleitores. Elege-se uma comissão de associações de classe que, em vez de indicar nomes, com atribuições, apresenta razões fundamentadas para a permanência ou não do jurado. O Judiciário deve compor uma comissão, tendo como integrante nato o Juiz de Direito (que hoje é o único que escolhe os jurados), com membros das associações de classe de todas as camadas sociais. Essa comissão deve proceder ao exame das condições, pois, infelizmente, o nosso Juiz de Direito, sozinho, numa Comarca onde não conhece quase ninguém, com tantas atribuições que lhe são impostas, não tem bola de cristal para decidir com absoluta precisão. Cabe, portanto, à comissão organizar um corpo de jurados que conheça a realidade do lugar, tendo essa mesma comissão a missão de acolher ou não as razões dos pedidos de desistência e de filtrar as indicações de outras entidades.

Deve-se dar oportunidade ao jurado para que expresse as razões pelas quais não quer ser jurado (as quais podem ser de relevância social), pois até no exercício da cidadania do direito a voto o cidadão, embora tenha o dever cívico de participar do pleito eleitoral, tem a liberdade de se abster, deixando a cédula em branco ou anulando o voto. O jurado não. Na pesquisa mencionada, a resposta na Tabela 17¹⁷⁷ confirma que muitos gostariam de se abster, mas estão impedidos. Isso é afronta ao direito de liberdade de expressão e da dignidade da pessoa humana.

A exemplo do que ocorre na Espanha, onde as partes escolhem quem deve apreciar as condições de resgate do jurado original, será a própria sociedade que estará representada pelas associações de classe, por um colegiado com não menos que três membros, que apreciarão os requisitos pré-estabelecidos através de edital, respeitando os princípios constitucionais das

¹⁷⁷ À pergunta se seriam jurados espontaneamente, sem serem convocados, os jurados responderam: 52,9% não e 47,1% sim.

pessoas listadas e escolhidas entre membros idôneos da sociedade, recrutados dentre aqueles que apresentam os requisitos legais para serem jurados.

Sugere-se que devam ter os seguintes requisitos: aptidão psicológica para julgar seu semelhante, ter vocação (voluntariado), além evidentemente da idoneidade moral. Vale dizer, com capacidade de respeitar direitos fundamentais básicos como dignidade da pessoa humana, liberdade de expressão. É mister que os acusados sejam apreciados por homens comuns, com sabedoria e dignidade, representantes da sociedade de todas as camadas sociais e não por comprometidos com preconceitos de cor, raça, religião, política, ou ainda com discursos repressivos à flor da pele e distantes da sua realidade. Ou seja, por homens acima de tudo, que tenham a satisfação e a compreensão devida da dimensão de suas responsabilidades.

Testes psicológicos e até psiquiátricos poderão ser úteis para a apreciação. O candidato a jurado não pode sofrer por qualquer ato discriminatório por parte de Juízes, Promotores, Defensores Públicos, etc. Todos devem ser apreciados de forma igual, visando buscar o melhor jurado para a função de julgar.

A prevalecer como está, existem jurados que admitiram, na dúvida, condenar; alguns admitiram, inclusive, na dúvida julgarem sem esclarecimento e, outros ainda admitiram não compreender alguns aspectos dos termos jurídicos apresentados. A pesquisa revelou que os jurados apresentam uma certa insegurança, mas que há a obrigatoriedade em dar uma resposta, ainda que eles não a tenham.

Recrutar para o serviço os verdadeiros jurados, não apenas os de grupos sociais elevados, os de profissão definida, como os participantes da pesquisa, mas de todo o cidadão que detém o direito-dever de cidadania, enfim da sociedade como é na sua dimensão, composta por diversos grupos sociais.

A prevalecer como está, os jurados, em sua maioria, pertencem a grupo diverso dos julgados, geralmente mais elevado, que o grupo social a que pertence o acusado, com visões distorcidas a respeito dos julgados. A instituição do Júri justa é aquela cuja visão dos *julgadores* deve corresponder a dos *julgados*, pois ambos provêm da mesma sociedade. Essa é a afirmação do princípio do Estado Democrático de Direito, que erradica quaisquer desigualdades entre os indivíduos (pares).

É imprescindível uma capacitação técnica com conhecimento dos termos afeitos ao Tribunal do Júri, como a pesquisa apontou. Isso não para formar *falsos Magistrados ou jurados profissionais* como aponta parte da dou-

trina, mas para que os jurados possam expressar no voto seu sentir (pois se não entenderem os quesitos correrão o risco de erro judiciário). É questão de compreensão. Não haverá qualquer prejuízo no aperfeiçoamento, no conhecimento, pois ao Juiz de Direito não lhe é exigido que ao receber conhecimento jurídico, perca bom-senso, consciência, senso comum e outros atributos intrínsecos ao homem que vive em sociedade, visto que a sabedoria humana pode ser complementada com a sabedoria acadêmica. Assim, o jurado continuará homem comum com seus atributos e estará apenas aperfeiçoando seu conhecimento para expressar com dignidade seu *sentir*.

A prevalecer com a forma de quesitação atual, ou nos termos da nova legislação (em quesito englobado), ou seja, questionar os jurados sobre questões jurídicas (se absolve porque agiu com dolo, dolo eventual, culpa, legítima defesa, com violenta emoção, era unimputável, etc.), ao ter de examinar as privilegiadoras causas de diminuição de pena, continuará sendo o quesito o vilão das nulidades e, pior, responsável por julgamentos sem segurança, pois é certo que a falta de compreensão das questões jurídicas leva certamente ao erro judiciário, já que o desconhecimento dos termos leva à incompreensão e à decisão temerária.

Com o objetivo de preservar o sigilo das votações na retirada dos votos, devem ser abertos no máximo até o sexto voto (constando as duas cédulas – a válida e a que sobrar – sem abrir), pois ao revelar o sétimo voto, se houver unanimidade, o sigilo estará violado. E a decisão seria sempre por maioria como preconiza o CPP.

As decisões devem ser fundamentadas, conforme prescreve o art. 93, IX, da Constituição Federal. Na sala secreta, com a supervisão do Juiz de Direito, com a presença do defensor e do promotor, evitando a persuasão de uns jurados sobre os outros, mas de forma a dialogar e a fundamentar, ainda que sucintamente a decisão, devem os jurados chegar a um veredicto sobre o fato. Ao revelarem ao réu, ao público, a decisão tomada, também por maioria (com respeito ao artigo 489 do CPP), preservar-se-á o sigilo da votação, não necessitando para isso da manutenção da incomunicabilidade entre os julgadores.

A prevalecer como está, as decisões do Tribunal do Júri estarão ao ar-repio da Constituição Federal, pois não são fundamentadas e a comunicabilidade entre os jurados não é vedada pela Constituição, portanto, a legislação infraconstitucional, ao estabelecer que será certificada pelo Oficial de Justiça e a sua violação implicar exclusão do conselho de sentença e multa,

não significa que está vedada, pois sequer estabelece nulidade do julgamento. Além disso, evitariam nulidades, pois não raras vezes os julgamentos são anulados pelo Tribunal de Justiça por decisão contrária à prova dos autos e ferem a soberania dos veredictos, como revela boa parte da doutrina.

De outra banda, não se pode expor os jurados a ponto de autorizar que sua decisão venha a ser contrária à prova dos autos, baseada na autorização do julgamento por íntima convicção, e argumentar com a soberania dos veredictos para continuar a sustentar a forma perigosa de escolha e funcionamento, sob pena de se ferir princípios básicos da dignidade da pessoa humana e da ampla defesa, bem como da presunção da inocência, sendo posição de pseudogarantismo. Através da Instituição, a sociedade deve ser chamada para julgar seu semelhante, porém precisa ter as armas para julgar. Não é apenas ter bom-senso que tornará os jurados aptos para julgar o futuro, a liberdade, enfim a vida dos acusados, pois ainda que se sustente que a verdade processual não existe, e que no lugar dela se passe a buscar e investigar a certeza,¹⁷⁸ há que se ter em conta que ao menos procurar o alcance de não fazer injustiças é o mínimo que se quer do Tribunal do Júri.

A edição da Súmula 11 do STF, restringindo o uso das algemas no dia do julgamento do Tribunal do Júri, com o objetivo de preservar a dignidade do réu preso, além de ser inconstitucional, fere a dignidade do cidadão que tem o direito à sua segurança e da própria justiça brasileira.

Conclui-se, por fim, que as alterações trazidas pela Lei 11.689/08 não são suficientes para resgatar o fiel “Tribunal do Júri”, conforme proposto em nosso país, e o aperfeiçoamento do mesmo tribunal nos termos propostos é imprescindível para o resgate de sua credibilidade, numa sociedade que é chamada a se auto-avaliar numa época em que o cidadão vive em crise, a sociedade composta de seus membros vive em crise, num contexto de verdadeira exclusão, onde a alteridade e a visão do outro não ultrapassam os bancos da Filosofia.

Do contrário, não só teremos a incerteza da decisão (justa ou injusta), como também a certeza que pouco nos importa seja ela qual for.

De fato, não temos *o direito* de fechar os olhos e de deixar nossos pares conviverem com essa angústia consciente.

¹⁷⁸ MIRANDA, Jacinto Nelson de. *Glosas ao “verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 176.

Referências

- ADORNO. Sérgio. *Gerenciamento público da violência urbana*. A Justiça em Ação. São Paulo: s.n., s.d. p. 229
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi. In: FERRARI, Eduardo Reali (Org.). *Código de Processo Penal. Comentários aos projetos de reforma legislativa*. São Paulo: Millenium, 2003.
- BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição brasileira*. VI. São Paulo: Saraiva, 1934.
- BARRAL, Welber. *Metodologia da pesquisa jurídica*. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. 2 v.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. *A instituição do júri*. São Paulo: Saraiva, 1939.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Salo de. *As reformas parciais do Processo Penal brasileiro*. ?????????? . *Pena e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- _____. (Org.). *Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2004.
- CASTRO, Kátia Duarte de. *Tribunal do júri e democracia*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- CRETELLA JÚNIOR, J. *Elementos de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT 1998.
- DOUGLAS, Mary. *Pureza e perigo*. São Paulo: Perspectiva, 1976.
- FERRARI, Eduardo Reali. *Código de Processo Penal. Comentários aos projetos de reforma legislativa*. São Paulo: Millenium, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – la ley más débil*. Trad. Perfecto Andrés Albanês e Andréa Greppi. Madrid: Trotta, 1999.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.
- GOMES, Luiz Flavio; BIANCHINI, Alice. *O Direito Penal na era da globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.63
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Júri: projetos de reforma. In: *BCCRIM 58-*, 2006, p. 284.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do Código de Processo Penal. *Revista IIBCCrim*, São Paulo, IBCCrim/RT, n. 31, 2000.
- JÚNIOR, Ângelo Ansanelli. *O Tribunal do Júri e a soberania dos veredictos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- LEAL, Saulo Brum . *Júri popular*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

- LOPES JR., Aury. Juízes inquisidores? E paranóicos. Uma crítica à prevenção a partir da Jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim*, São Paulo, IBCCrim/RT, n. 127, jun. 2003.
- _____. *Introdução crítica ao Processo Penal – Fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- LUZ, Delmar Pacheco da. *Júri: um tribunal democrático*. Porto Alegre. Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS, 2001. (Estudos MP, 10)
- MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. *Elementos de Direito Processual Penal*. São Paulo: Forense, 1970. v. 3.
- MARQUES PORTO, Hermínio Albert. *Júri. Procedimentos e aspectos do julgamento. Questionários*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Administrativo e Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. A reforma do CPP. In: *RBCCrim*, São Paulo, IBCCrim/RT, n. 36, 2001.
- MONTEIRO, Cláudia Sevilha. *Teoria da argumentação jurídica e nova retórica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- NASSIF, Aramis. *Júri, instrumento de soberania popular*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- _____. *O júri objetivo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri – princípios constitucionais*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PIVA, Otávio. *Comentários de Art. 5º da Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 2000.
- PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri – procedimentos e aspectos do julgamento*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.
- RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri. Visão lingüística, histórica, social e dogmática*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade – ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

- SEGALEN, Martine. *Ritos e rituais contemporâneos*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.
- SILVA, César Dario M. *Questões controvertidas sobre o júri*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999.
- STOCO, Rui. Tribunal do júri e o projeto de reforma de 2001. In: *RBCCrim*, São Paulo, IBC-CRim/RT, n. 36, 2001.
- STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do júri – símbolos e rituais*. 4. ed. rev. e modificada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TEMMER, Michel. *Elementos do Direito Constitucional*, 11. ed. São Paulo. Malheiros, 1995.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2.
- TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2.
- TURNER, Victor W. *O processo ritual*. Petrópolis: Vozes, 2002.
- TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri – contradições e soluções*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- VIRILIO, Paul. *A inércia polar*. Lisboa: Dom Quixote. 1993.
- _____. *Economia e sociedade. Fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília: UnB, 1999. v. 2.

Breves considerações sobre o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório no processo administrativo

Resumo: O devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa estão insculpidos no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Carta Magna. Esses são analisados, primeiramente, sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais. Segundo, sob a égide dos princípios constitucionais. E, por fim, conclui-se pela imprescindibilidade de preditos institutos, tanto no processo administrativo, quanto no processo judicial.

Palavras-chave: Processo legal. Contraditório. Ampla defesa. Processo administrativo. Direitos e garantias fundamentais.

Abstract: The Constitution brings the proper legal process, the contradictory and the extense defence engraved in the 5th article, interpolated proposition LIV and LV. In this paper, propositions are analysed firstly, under the view of fundamental rights and guaranties. Secondly, they are examined under the protection of the constitutional principles. At last, it is concluded by the indispensability of the predicted institutes as much in the administrative process as in the judicial process.

Key words: Legal process. Contradictory. Extense defence. Administrative process. Fundamental rights and guaranties.

Introdução

O presente trabalho objetiva tecer breves considerações acerca do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Insculpidos no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Carta Magna, são erigidos ao patamar de direitos e garantias fundamentais, na concepção de Estado Democrático de Direito.

Lênio Streck e José Bolzan de Moraes, por sua vez, definem o Estado Democrático de Direito com a idéia de que “[...] liberalismo e democracia

Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professora na FSG e UCS. Advogada. E-mail: schoerpf@terra.com.br.

se interpenetram, permitindo a aparente redução das antíteses econômicas e sociais à unidade formal do sistema legal, principalmente através de uma Constituição, onde deve prevalecer o interesse da maioria”. E colocam a Constituição “[...] no ápice de uma pirâmide escalonada, fundamentando a legislação que, enquanto tal, é aceita como poder legítimo”.¹⁷⁹

A *Grundnorm* (ou norma fundamental) é abordada por Hans Kelsen, como a norma mais elevada e como o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.¹⁸⁰

Para tanto, faz-se necessária a definição de “direitos e garantias fundamentais”, bem como a conceituação de “princípios”. Finalmente, parte-se para a apreciação do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa pela mais renomada doutrina brasileira, argentina e italiana. E, especificamente, no processo administrativo.

1 Direitos e garantias fundamentais

Em Canotilho, os direitos e garantias fundamentais são: “[...] direitos jurídicos positivamente vigentes numa ordem constitucional”.¹⁸¹

A Constituição positiva somente – mediante a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas – os direitos fundamentais que podem ser definidos como “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo, no art. 5º, da Constituição Federal de 1988.¹⁸²

Formalmente, as normas consagradoras dos direitos fundamentais ocupam o ápice do ordenamento jurídico. Materialmente, o conteúdo de preditos direitos se funda na estrutura de Estado-Sociedade.¹⁸³

Ainda, no entendimento de Leda Mota e Celso Spitzcovsky, o sistema do direito constitucional positivo se classifica em direitos, liberdades e garantias. Consoante a doutrina constitucionalista em comento, os direitos se constituem nos bens da vida: liberdade, segurança, propriedade e igualdade.

¹⁷⁹ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José L. Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 91.

¹⁸⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 217.

¹⁸¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 353.

¹⁸² Id., *ibid.*, p. 354.

¹⁸³ Id., *ibid.*, p. 355.

de. Já, as garantias são voltadas para se assegurarem estes direitos, como pelos meios judiciais, por exemplo.¹⁸⁴

No entanto, Suzana de Toledo Barros concebe a idéia estrutural de Robert Alexy e divide os direitos fundamentais em: direitos, liberdades e competências:

Primeiro, em *direitos* a algo. Aqui, o indivíduo tem, frente ao Estado, uma pretensão – o direito à vida, por exemplo. Então, o Estado não pode matar (ação negativa) e tem que garantir a segurança pública (ação positiva).

Segundo, em *liberdades*, que são normas que garantem uma permissão para exercer ou não as faculdades inerentes a um comportamento (pode fazer ou não). Ex: garantia de liberdade de resposta, em caso de ofensa (art. 5º, V, CF/88).

E, por fim, em *competências* que, apenas, conferem mais poder aos indivíduos, visando à atribuição de mais eficácia aos direitos. Ex: garantia ao direito de propriedade.¹⁸⁵

Gize-se. As normas consagradoras dos direitos, liberdades e garantias se referem a direitos subjetivos ou *pretensões jurídicas individuais*. São, pois, de aplicabilidade imediata, de conteúdo determinado constitucionalmente e não, apenas, legalmente e de exequibilidade autônoma, segundo Canotilho.¹⁸⁶

As funções dos direitos fundamentais, no entanto, são de defesa ou de liberdade (negativa, de omissão de poderes públicos; positiva, de exercer direitos fundamentais); de prestação social, de proteção perante terceiros e de não-discriminação.¹⁸⁷

Há, também, no direito português, o regime geral e o regime especial, no que tange aos direitos fundamentais.

Denomina-se de *regime geral* porque se aplica a todos os direitos fundamentais. Rege-se por três princípios básicos: princípio da universalidade (o titular central dos direitos é o homem); princípio da igualdade (um dos pilares do regime geral. Igualdade na aplicação do direito, quanto à criação

¹⁸⁴ MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 289.

¹⁸⁵ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 136-143.

¹⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 377.

¹⁸⁷ Id. *ibid.*, p. 383-386.

do direito e perante os encargos públicos); e, princípio de acesso ao direito e da garantia de tutela jurisdicional efetiva.¹⁸⁸

O *regime específico* dos direitos fundamentais, por sua vez, soma-se ao geral. Constitui-se em “uma disciplina jurídica da natureza particular, consagrada nas normas constitucionais, e aplicável aos direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza “análoga””.¹⁸⁹

O *regime específico* tem como características: a aplicabilidade direta; a vinculação das entidades públicas (legislativa, administrativa e judiciária) e privadas; a reserva de lei para suas restrições e princípio da autorização constitucional expressa (da proporcionalidade; da generalidade, abstração e não-retroatividade das leis restritivas; da salvaguarda do núcleo essencial; da limitação de suspensão nos estados de sítio e emergência); garantias do direito de resistência; a responsabilidade do Estado e de entidades públicas, perante o exercício da ação penal e adoção de medidas de polícia, contra leis de revisão restritivas de conteúdo.¹⁹⁰

Na proteção dos direitos fundamentais, como meios de defesa jurisdicionais, tem-se: a garantia de acesso aos Tribunais; o direito à tutela jurisdicional; o direito ao processo equitativo; o direito de acesso à Justiça Administrativa.¹⁹¹

Por igual, como meios de defesa não-jurisdicionais, tem-se: o direito de resistência; o direito de petição; o direito a um procedimento justo (de participação no procedimento administrativo e de ser ouvido); o direito à autodeterminação informativa; o direito ao arquivo aberto; as garantias impugnatórias no procedimento administrativo (reclamações e recursos administrativos).¹⁹²

2 Princípios

Há que se tecer, após as devidas ponderações acerca dos direitos e garantias fundamentais, algumas considerações sobre os princípios.

Odete Medauar ressalta a importância que os princípios exercem para o direito administrativo, tendo em vista a inexistência de codificação.¹⁹³

¹⁸⁸ Id., *ibid.*, p. 390-407.

¹⁸⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. cit.*, p. 389.

¹⁹⁰ *Idem*, p. 401-440.

¹⁹¹ *Idem*, p. 459-477.

¹⁹² *Idem*, p. 478-484.

¹⁹³ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno. De acordo com a EC 19/98*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 143.

No entanto, Canotilho pondera que “a dimensão de Estado de Direito encontra expressão jurídico-constitucional num complexo de *princípios e regras* dispersos pelo texto constitucional”.¹⁹⁴

E mais, “[...] os princípios e as regras concretizam a idéia nuclear do Estado de Direito que é justamente a sujeição do poder a princípios e regras jurídicas, garantindo às pessoas liberdade, igualdade perante a lei e segurança”.¹⁹⁵ Isso porque os ditos servem de baliza a reger e a orientar as relações jurídicas entre a administração pública e o cidadão.¹⁹⁶

Sérgio de Andréa Ferreira, por uma lado, preconiza a *principiologia*, normatizada constitucionalmente, advertindo, no entanto, que “Prática nociva, nesta matéria, é a invocação genérica e indiscriminada desses princípios, sem a devida identificação de seu conteúdo e sua aplicabilidade ao caso individualizado”.¹⁹⁷

O princípio é o início, a origem, o vetor. E o princípio constitucional se constitui no vetor dos vetores. Estes devem ser considerados como parte integrante do todo, que é o sistema.¹⁹⁸

Roque Carrazza bem acrescenta que:

[...] um princípio jurídico é inconcebível em estado de isolamento. Ele – até por exigência do direito (que forma um todo pleno, unitário e harmônico) – se apresenta sempre relacionado com outros princípios e normas, que lhe dão equilíbrio e proporção e lhe reafirmam a importância.¹⁹⁹

Os princípios gerais de Direito são, ainda, ínsitos ao Estado de Direito, como insculpido no art. 1º da Magna Carta. Atuam, pois, como vetores interpretativos, sempre que não houver norma expressa, em sentido contrário.²⁰⁰

A tanto, os princípios são relativos e por isso todos devem ser ponderados diante do caso concreto. Inter-relacionados e interdependentes, eles

¹⁹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. reimpr. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 226.

¹⁹⁵ Id., *ibid.*, p. 227.

¹⁹⁶ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, v. 220, abr./jun. 2000, p. 166.

¹⁹⁷ FERREIRA, Sérgio de Andréa. A Moralidade na principiologia da atuação governamental. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, v. 220, abr./jun. 2000, p. 121.

¹⁹⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev., ampl. e atualizada com as Emendas 19 e 20 de 1998. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 407.

¹⁹⁹ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional, tributário*. 9. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 32.

²⁰⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. com as Emendas 19 e 20 de 1998. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 39.

se ligam, se influenciam mutuamente e se combinam entre si e com outras ciências, jurídicas ou não.²⁰¹

Por isso, há que se ter uma visão interdisciplinar, visualizando além da norma, e levando em consideração fatores de ordem social, política, econômica, geográfica e ideológica para uma adequada aplicação dos princípios.²⁰²

Hely Lopes Meirelles elenca como princípios que devem reger a Administração Pública os seguintes: a legalidade, a moralidade, a impessoalidade ou finalidade, a publicidade, a eficiência, a razoabilidade, a proporcionalidade, a ampla defesa, o contraditório, a segurança jurídica, a motivação e a supremacia do interesse público.²⁰³

Por igual, a Lei nº 9.784/99, em seu art. 2º, regulamenta o processo administrativo federal e elenca expressamente os princípios da ampla defesa e do contraditório, já constantes no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988:

Por tudo isso, os incs. VII a XI do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99 determinam a “motivação” da decisão, essencial para o próprio exercício do direito de defesa e do contraditório, a “observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados”, a “adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados”, e a “garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio”.²⁰⁴

Os princípios têm tomado tanta importância no moderno Estado de Direito que muitos deles já não são mais mencionados como parte da garantia de defesa em juízo ou devido processo, havendo assumido personalidade própria. Assim é a razoabilidade, a publicidade dos atos e procedimentos estatais, a fundamentação dos atos administrativos, o controle da produção da prova.²⁰⁵

²⁰¹ PORTANOVA, Rui. Op. cit., p. 285.

²⁰² Id., ibid., p. 285.

²⁰³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 81.

²⁰⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 95.

²⁰⁵ GORDILLO, Agustín. La garantía de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo. *Revista de Derecho Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 10, p. 16-24, 1969.

3 Devido processo legal, ampla defesa e contraditório

A Constituição Federal de 1988 preceitua, em seu art. 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. E, consoante o art. 5º, inciso LV, da Carta Magna, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A respeito do tema em pauta, Carmen Lúcia Antunes Rocha diz: “No Brasil, o direito fundamental ao devido processo legal inteira-se pela garantia do processo administrativo. Tal direito é declarado, assegurado no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República de 1988”.²⁰⁶

Portanto, o artigo 5º, inciso LIV, combinado com o inciso LV, da Constituição Federal de 1988, constituem-se, em regra geral, ínsita e aplicável ao processo administrativo. Além disso, foram erigidos à categoria de direitos e garantias fundamentais.

Os princípios do devido processo legal e da ampla defesa exercem papel de fundamental importância. Ou seja, a Administração Pública só pode atingir a propriedade e a liberdade de um cidadão mediante processo formal regular, em que tenha sido assegurada a oportunidade de contraditório e de defesa ampla.²⁰⁷

O devido processo legal pode ser assim conceituado:

O princípio do devido processo legal compreende um conjunto de elementos jurídicos garantidores dos direitos fundamentais em sua persecução quando ameaçados, lesados ou simplesmente questionados, tais como o do direito à ampla defesa, ao contraditório, ao juízo objetivo, motivado e prévia e naturalmente identificado, dentre outros. Esse princípio é um instrumento de legitimação da ação do Estado na solução das indagações sobre os direitos que lhes são postos e um meio formal e previamente conhecido e reconhecido de viabilizar-se o questionamento feito pelo administrado.²⁰⁸

Atualmente, entende-se que o devido processo legal tem conteúdo material e formal. Ou seja, “Somente respeitará o *due process of law* a lei – e

²⁰⁶ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro*. Texto impresso.

²⁰⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 85-86.

²⁰⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro*. Texto impresso.

assim poderá ser aplicada pelo magistrado – se não agredir, não entrar em testilha com a Constituição, com seus valores fundamentais”²⁰⁹.

Um aspecto relevante no Direito Penal é o amplo contraditório, insculpido no art. 5º, LV, da Carta Magna. “Em consequência, assegura-se amplo contraditório porque a lei pretende seja assegurado o direito amplo de defesa. Estar-se-ia garantindo *formal e materialmente* o amplo contraditório. Anote-se que a defesa, em regra, há de ser prévia, e não *a posteriori*”²¹⁰.

Segundo Odete Medauar, o princípio do contraditório interage com o princípio da ampla defesa. Tem-se como desdobramentos do contraditório:

[...] informação geral (direito de obter adequado conhecimento dos fatos, documentos, provas e dados do processo); ouvida dos sujeitos ou audiência das partes (mescla-se com os desdobramentos da ampla defesa); e, motivação (pela motivação se percebe como e quando determinado fato, documento ou alegação influiu na decisão final).²¹¹

Na mesma linha de entendimento de Odete Medauar, Lúcia Maria Lopes Rodrigues Ribas preceitua que:

A cláusula do devido processo legal é destinada a tutelar direitos, ou seja, é o meio pelo qual devem ser reconhecidos, preservados ou cumpridos os direitos substantivos, que no processo administrativo tributário se confirmam se a participação do interessado se der no mesmo plano de posições jurídicas que a Administração quanto às faculdades, ônus e direitos. Assim, o devido processo legal visa a garantir o direito de ação, a igualdade das partes e o respeito ao direito de defesa e ao contraditório.²¹²

Romeu Bacellar preceitua que o contraditório visa assegurar o equilíbrio entre os sujeitos processuais:

A efetividade do contraditório pode ser traduzida como reação necessária, porque onde o contraditório é efetivo a defesa é sempre obrigatória. O diálogo é

²⁰⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev., ampl. e atualizada com as Emendas 19 e 20 de 1998. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 409.

²¹⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev., ampl. e atualizada com as Emendas 19 e 20 de 1998. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 411.

²¹¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno de acordo com a EC 19/98*. 4. ed. rev., ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 200-201.

²¹² RIBAS, Lúcia Maria Lopes Rodrigues. *Processo Administrativo Tributário*. São Paulo: Malheiros editores, 2000. p. 33.

imposto, mesmo na omissão da parte acusada, em face da indisponibilidade do direito material.²¹³

Ainda, para se assegurar o contraditório, há que se ter a motivação e a comunicação do ato decisório ao acusado,²¹⁴ posto que “Não há dúvida de que o direito de audiência ou o direito de ser ouvido perante o órgão julgador constitui recurso inerente à ampla defesa inserida no julgamento contraditório”.²¹⁵

Consoante Di Pietro:

O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exige: notificação dos atos processuais à parte interessada; possibilidade de exame das provas constantes do processo; direito de assistir à inquirição de testemunhas; direito de apresentar defesa escrita.²¹⁶

Esclareça-se: uma das partes (parcial) representa a *tese*; a outra, a *antítese*, possibilitando ao juiz (imparcial) a construção da *síntese*, em um verdadeiro processo dialético. Bem se sintetiza o contraditório, da seguinte forma: “[...] o contraditório é constituído por dois elementos: a) informação; b) reação (esta, meramente possibilitada nos casos de direitos disponíveis)”.²¹⁷

Por sua vez, o contraditório possui dois fundamentos: um lógico e um político. A esse respeito, Portanova diz:

O contraditório assenta-se em fundamento lógico e político. A bilateralidade da ação (e da pretensão) que gera a bilateralidade do processo (e a contradição recíproca) é o fundamento lógico. O sentido de que ninguém pode ser julgado sem ser ouvido é o fundamento político. Sustentado sobre esses dois pilares, o princípio dinamiza a dialética processual e vai tocar, como momento argumentativo, todos os atos que preparam o espírito do juiz.²¹⁸

²¹³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Op. cit., p. 219.

²¹⁴ Id., *ibid.*, p. 257.

²¹⁵ Id., *ibid.*, p. 261.

²¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 491.

²¹⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros editores, 1993. p. 53-54.

²¹⁸ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3. ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 1999. p. 161.

O princípio da ampla defesa, por sua vez, é garantia fundamental tanto do processo judicial, como do processo administrativo, visto que “Afirmou-se, explicitamente, o status constitucional dessa garantia, como princípio norteador de todo processo administrativo, inclusive o disciplinar”.²¹⁹ De um lado, tem-se o dever do Estado de acionar (art. 5º, XXXV); de outro, o direito do acusado de se defender.²²⁰

A ampla defesa (ou o direito de defesa) deve ser considerada da maneira mais ampla possível, sob pena de se incorrer em nulidade processual. Constitui-se em princípio universal do Estado de Direito que inadmite restrições aos direitos fundamentais do cidadão.²²¹

Rui Portanova coloca o princípio da ampla defesa como desdobramento do princípio do acesso à justiça. É o princípio da defesa plena, em que o cidadão tem plena liberdade de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor provas:

O princípio da ampla defesa é uma consequência do contraditório, mas tem características próprias. Além do direito de tomar conhecimento de todos os termos do processo (princípio do contraditório), a parte também tem o direito de alegar e provar o que alega e – tal como o direito de ação – tem o direito de não se defender. Optando pela defesa, o faz com plena liberdade. Ninguém pode obrigar o cidadão a responder às alegações da outra parte, mas também nada e ninguém pode impedi-lo de se defender.²²²

Para Di Pietro, “O princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas”.²²³

Ora, Medauar coloca como desdobramentos da ampla defesa:

[...] caráter prévio da defesa (anterioridade da defesa em relação ao ato decisório, caráter prévio das atuações pertinentes); direito de interpor recurso administrativo; defesa técnica; informação geral (como direito de ser notificado e cientificado); direito de solicitar a produção de provas, vê-las realizadas e consideradas).²²⁴

Agustín Gordillo coloca que a garantia da defesa compreende vários aspectos:

²¹⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Op. cit., p. 263.

²²⁰ Id., *ibid.*, p. 270-271.

²²¹ RIBAS, Lúcia Maria Lopes Rodrigues. Op. cit., p. 35.

²²² PORTANOVA, Rui. Op. cit., p. 125.

²²³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Op. cit., p. 491.

²²⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno de acordo com a EC 19/98*. 4. ed. rev., ampl. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 202-203.

1^o) Direito de ser ouvido, o que pressupõe:

- a) publicidade do procedimento, manifestado num real conhecimento das autuações administrativas; vista dos autos; o segredo do procedimento só se justifica em casos excepcionais e por decisão expressa da autoridade competente;
- b) oportunidade de expressar suas razões antes da emissão do ato administrativo;
- c) consideração expressa de seus argumentos e das questões propostas, enquanto sejam importantes para a solução do caso;
- d) obrigação de decidir expressamente sobre as petições;
- e) obrigação de fundamentar suas decisões, analisando as questões propostas pelas partes;
- f) direito de fazer-se patrocinar por um técnico (advogado) tendo sua assistência e intervenção a todo momento: é necessário que o advogado também tenha acesso ao processo e possa efetuar todos os atos procedimentais que correspondam à defesa do seu cliente.

2^o) Direito a oferecer e produzir as provas de que pretenda valer-se, o que pressupõe:

- a) direito a que toda prova razoavelmente proposta seja produzida, ainda que deva produzi-la a própria administração;
- b) que a produção da prova seja efetuada antes que se tome a decisão sobre o mérito da questão;
- c) direito de controlar a produção da prova feita pela administração, seja pericial ou testemunhal, como outra manifestação do princípio da publicidade.²²⁵

Nos Estados Unidos, a Emenda 19 prevê, expressamente, a aplicação do princípio da defesa no procedimento administrativo. O mesmo ocorre na Argentina, por força do art. 29 (antes, art. 18) da Constituição Nacional, e é como a jurisprudência tem interpretado.

Inclusive, a necessidade de respeito ao princípio da defesa prévia às decisões tem sido consagrado pela jurisprudência Argentina, como aplicável, também, para os organismos públicos não-estatais, que estejam em condições de aplicar sanções administrativas. Ex: Federação Argentina de Box.²²⁶

O problema do contraditório no juízo de apelação diante do Conselho de Estado, na Itália, consiste, essencialmente, na seguinte questão: Quais sujeitos, que sejam parte no juízo de primeiro grau, devem ser parte

²²⁵ GORDILLO, Agustín. La garantía de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 10, p. 16-24, 1969.

²²⁶ GORDILLO, Agustín. La garantía de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 10, p. 16-24, 1969.

no juízo de apelação? Resta por isso excluída a outra questão, que consiste em individualizar o regime processual relativo ao litisconsórcio necessário, que tenha sido omitido no juízo de primeiro grau.

O exame da doutrina processual-administrativista mostra, unicamente, um desinteresse no problema, ou uma tendência a resolvê-lo num modo muito apressado: a afirmação mais recorrente é que todos os que são parte no juízo de primeiro grau são parte necessária no grau de apelação.

Todavia, pelo contrário (parece surpreender), na expressão usada em alguns autores, um aceno ao fato que poderia existir contraditório necessário no apelo ainda que o sujeito não tenha sido parte do juízo de primeiro grau, mas ainda que no momento se beneficie da sentença apelada. A solução certamente não é correta: talvez se trate apenas de uma extensão mecânica, o problema que interessa, da outra questão, atinente à possibilidade que seja proposta apelação por quem não tenha sido parte do juízo de primeiro grau. Provavelmente não se queira sustentar a necessidade de chamar à apelação aquele que não tenha afirmado a qualidade de parte no juízo de primeiro grau.²²⁷

4 Processo administrativo

Por importante, considera-se o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório como direitos e garantias fundamentais e, por igual, como princípios constitucionais, inafastáveis no Estado Democrático de Direito.

Em uma decisão administrativa, há que se considerar os princípios constitucionais, em especial, os da imparcialidade/impessoalidade, segurança jurídica e igualdade e, da mesma forma, afastar as razões de Estado (agir, com vistas unicamente a manter o Estado forte e operante).²²⁸

A autoridade, ao decidir, terá que considerar o princípio da justiça (vetorial no processo administrativo), além do contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade, da publicidade, da eficiência e da motivação (elemento essencial – Canotilho e Vital Moreira).²²⁹

Deve-se decidir explicitamente (art. 48, Lei nº 9.784/99), dentro do prazo legal (art. 49) e motivadamente (art. 50). Tem aplicação, aqui, o art.

²²⁷ LUISO, Francesco P. Il contraddittorio nel processo amministrativo di appello. *Revista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, n. 4, out./dez. 1994.

²²⁸ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 149.

²²⁹ Id. *ibid.*, p. 150.

458, do CPC. A decisão administrativa deve ser clara e precisa, conter o relatório (resumo de todo o processo); a fundamentação e a parte dispositiva (decisão propriamente dita). Há que se obedecer, ainda, às garantias constitucionais e aos princípios de processo administrativo.²³⁰

Pois bem, no relatório, o agente decisório circunscreverá a pretensão e sua contraposição, descrevendo sucinta e precisamente os elementos de persuasão carreados ao processo (sem sobre eles se pronunciar, o que só ocorrerá na parte dispositiva). Poderá o relatório ser atacado, sofrer impugnações autônomas de parte dos que prejudicados por seus erros.

Já a motivação se constitui em etapa essencial da decisão administrativa (art. 50, da Lei nº 9.784/99). Trata-se de uma operação lógica pela qual, analisando as questões de fato e de direito travadas no processo, o julgador fixa as razões de técnica jurídica que constituirão as premissas da decisão. Há que observar os princípios da congruência e da presunção racional do julgador: a decisão há de harmonizar-se com a fundamentação, num liame de lógica formal do tipo premissa/conseqüência; a fundamentação há não só de refletir a convicção do julgador, quanto a ser a premissa necessária de seu *dictum*, como também deve se revelar apta ao convencimento dos terceiros. A motivação é critério de validade da decisão.

Enquanto que, a parte dispositiva encerra a decisão em sentido estrito. Desdobra-se em dois planos: de *ordem intelectualiva* (com cunho lógico-jurídico, reside na interpretação que faz o julgador, à luz da interpretação da vontade concreta da lei); e outro, de *ordem volitiva* (o julgador emite uma declaração de vontade, expedindo uma ordem, em nome do Estado).²³¹

Como se tudo isso não fosse suficiente, Romeu Felipe Bacellar Filho bem situa a extrema importância da motivação, em sede de processo administrativo disciplinar, sob pena da configuração de cerceamento de defesa, na ofensa direta à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal:

Fixadas as premissas de compreensão da motivação dos atos do processo administrativo disciplinar, tem-se que a) a motivação decorre do princípio da publicidade, do contraditório e da ampla defesa; b) está na base constitucional do Estado Democrático de Direito, comungando dos mesmos fundamentos orientadores da motivação dos atos jurisdicionais a expressar relevante aspecto da efetividade do processo administrativo; c) é corolário da boa administração (na Constituição Italiana) e, entre nós, da legalidade, impessoalidade e moralidade

²³⁰ Id., *ibid.*, p. 160.

²³¹ Id., *ibid.*, p. 160-163.

da Administração no exercício da competência disciplinar. Por tudo isto, a falta ou defeito grave na motivação gera nulidade por vício de elemento essencial do ato.²³²

Considerações finais

O primordial e que deve ser ressaltado, aqui, é a visão do processo dialético: tese, antítese e síntese.

A tese e a antítese objetivam chegar a uma síntese desses extremos. Extremos esses que, embora antitéticos, complementam-se, possibilitando ao juiz-imparcial a **síntese** (sentença), dentro da visão sistêmica e de unidade.

Ressalte-se que tanto à autoridade administrativa, quanto à autoridade judiciária somente é possível decidir se, anteriormente a isso, a parte pôde exercer a mais ampla defesa e o mais pleno contraditório.

A presença do contraditório e da ampla defesa em todas as etapas constantes de um processo administrativo é imperativo da legalidade:

O princípio do contraditório (art. 5º, inc. LV), compreendido como efetiva possibilidade de influir no iter de formação do convencimento do julgador, incide sobre a estrutura lógica e prática do processo administrativo disciplinar, exigindo um contraditório efetivo e equilibrado em face dos interesses em jogo e alcançando todas as fases processuais: de constituição, instrução e decisão.

O princípio de ampla defesa, aplicado ao processo administrativo disciplinar, é compreendido de forma conjugada com o princípio do contraditório, desdobrando-se i) no estabelecimento da oportunidade de defesa, que deve ser prévia a toda decisão capaz de influir no convencimento do julgador; ii) na exigência de defesa técnica; iii) no direito à instrução probatória que, se de um lado, impõe à Administração a obrigatoriedade de provar as suas alegações, de outro, assegura ao servidor a possibilidade de produção probatória compatível; iv) na previsão de recursos administrativos, garantindo o duplo grau de exame do processo.²³³

Carlos Ari Sunfeld ressalta a importância do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, por igual, na seara das sanções administrativas:

Na esfera administrativa, o princípio do devido processo também se realiza, nos termos do citado art. 5º, LIV, da Constituição, através da garantia do contraditório.

²³² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Op. cit., p. 192.

²³³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Op. cit., p. 347.

tório e da ampla defesa aos litigantes e acusados em geral. Em decorrência dela, a aplicação de sanções administrativas deve ser precedida de procedimento onde se assegure a oportunidade para manifestação do interessado e para produção das provas por ele requeridas, bem como o direito ao recurso, etc.²³⁴

Por fim, conclui-se que há a inafastabilidade do controle judicial, sempre que houver no processo administrativo a ofensa aos direitos e garantias fundamentais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Referências

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. A moralidade na principiologia da atuação governamental. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, v. 220, abr./jun. 2000, p. 121-138.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, v. 220, abr./jun. 2000, p. 165-177.
- GORDILLO, Agustín. La garantía de defensa como principio de eficacia em el procedimiento administrativo. *Revista de Derecho Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 10, p. 16-24, 1969.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- LUISO, Francesco P. Il contraddittorio nel processo amministrativo di appello. *Revista di Diritto Procesuale*, Padova, Cedam, n. 4, out./dez. 1994.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

²³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 168.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. *Processo administrativo tributário*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Questões relevantes de Direito Penal Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro*. Texto impresso.
- STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José L. Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1992.

A construção dos direitos a partir de um novo paradigma: um diálogo entre o sujeito e a sociedade

Resumo: O presente texto busca efetuar um estudo jurídico-sociológico acerca dos sujeitos de direitos enquanto expressão de um renovado paradigma analítico. Defende, nessa linha, que o projeto da modernidade, calcado fortemente na consolidação dos direitos humanos e na ação racional, não pode ser identificado com a idéia de sociedade, uma vez que ambas as noções acima referenciadas carregam elementos que em si mesmos não são de natureza social, pois estão indubitavelmente ligados à individualidade, ou seja, a uma noção subjetiva da modernidade. A realidade contemporânea, no entanto, legitima a idéia de sujeito, portador de direitos vinculados ao próprio indivíduo e não mais à lógica do sistema social. São abordados, dentro desse contexto, os distintos processos que levaram à transição paradigmática afirmada no presente texto, sugerindo, por fim, que a lógica de vida levada adiante no atual momento civilizatório necessita de uma profunda análise dialética entre o social e o individual.

Palavras-chave: Transição paradigmática. Direitos individuais. Modernidade. Sujeito.

Abstract: The present text aims to carry out a juridical-sociological study concerning citizen of rights as an expression of a renewed analytical paradigm. It defends in this perspective that the project of modernity, strongly supported on the consolidation of human rights and rational action, cannot be identified with the idea of society, given that both notions mentioned above carry elements that are in themselves not of social nature, but assuredly connected to individuality. In other others, they are connected to a subjective notion of modernity. However, contemporary reality legitimates the idea of subject, bearer of rights linked to the individual itself and not anymore to the logic of the social system. Within this context, the different processes that have lead to the paradigmatic transaction affirmed in the present text will be approached. At last, it is suggested that the logic of life taken forward in the current civilizatory moment needs a deep dialectical analysis between social and individual.

Key words: Paradigmatic transaction. Individual rights. Modernity. Subject.

* Mestre em Desenvolvimento, Gestão e Cidadania (Unijuí-RS). Pesquisador do Centro de Estudos Epistemológicos Mão Verde. E-mail: tobias@maoverde.org.

Introdução

A compreensão da sociedade contemporânea, que parece se destruir e se (re)construir incansavelmente, só pode ser alcançada a partir de uma análise concreta da historicidade desencaixada da trajetória de vivência humana. Em vista disso, analisar as aspirações do projeto da modernidade, enquanto diretriz ética e política do desenvolvimento social, pode ser uma das estratégias que permitem elucidar determinados acontecimentos que têm desdobramentos importantes no lapso presente.

Do ponto de vista das construções sociais, o momento atual revela um cenário preocupante, uma vez que as muitas modificações em curso afetam, de maneira singular, as esferas de vivência tanto coletiva quanto individualizada, ressignificando os sentidos de pertença e a forma com que se afirmam os sujeitos na luta por seus direitos. A constatação dessas modificações afeta sobremaneira a problemática da presente geração, que vivencia os primórdios de um tempo multifacetado, obrigando-a a formular uma indagação fundamental: como se situar no presente estágio da civilização, tanto em termos de valores socioculturais quanto de condições econômicas e políticas necessárias para uma ordenação justa e solidária da sociedade contemporânea?

Um paradigma amparado no sujeito

Não se joga o jogo da verdade e do erro somente na verificação empírica e na coerência lógica das teorias. Joga-se, também, profundamente, na zona invisível dos paradigmas (Edgar Morin).

Para uma melhor compreensão da crise de valores e das principais características do atual estágio globalizado da humanidade, convém estabelecer primeiramente uma breve contextualização do significado da modernidade clássica,²³⁵ contraposta ao modelo feudal, marcadamente estratificado e legitimador de desigualdades institucionalizadas.

Segundo o paradigma da modernidade, caberia ao poder político do Estado territorial a função de implantar as promessas da modernidade, ou

²³⁵ Denomina-se aqui *modernidade clássica* o projeto social e político proposto na Época Moderna em oposição às desigualdades jurídicas e sociais próprias do modelo feudal da Idade Média. Em síntese, esse projeto da modernidade tem como referência central a valorização do indivíduo enquanto portador de direitos universais; o Estado-Nação, incumbido de operacionalizar as promessas da modernidade, fundamentalmente calcadas na liberdade e na igualdade jurídica, bem como a crença no poder da razão para a construção do bem-estar social.

seja, atender às demandas do povo, construindo os espaços das solidariedades coletivas, com base na noção de soberania nacional e no respeito aos direitos individuais. Essa época moderna é, por isso, conhecida como a idade da razão ou idade “institucional”, em oposição ao poder “patrimonial” da época anterior (GUÉHENNO, 1999). Essas instituições modernas – uma idade da razão sem religiões – fundamentam-se em categorias como direitos humanos, cidadania, democracia, política, nação, liberdade, caracterizando-se por uma organização piramidal do poder, centrada no Soberano.

A organização política dessa filosofia da razão funda a liberdade sobre uma ordem política, instituída num território definido por limites precisos, ou seja, o lugar de uma história comum, um destino compartilhado. Centrado no espaço, esse conceito europeu de nação caracteriza um vínculo profundo entre lei e espaço: “[...] a lei não governa os homens, mas sim as atividades dos homens num território demarcado” (GUÉHENNO, 1999, p. 17). É essa a marca originária do Estado-Nação moderno: a nação como espaço natural das solidariedades e do controle político, tendo como princípio-motor o reconhecimento de um interesse comum, sobreposto à defesa dos interesses particulares.

Diferentemente do período medieval, em que o público e o privado se confundiam na forma do Estado patrimonial, apropriado pelo senhor feudal, acentua-se, no projeto da modernidade, a proeminência do político numa clara distinção entre o público (o cidadão – o campo das instituições políticas) e o privado (o homem – o campo das instituições econômicas). É nesse contexto que surge a democracia parlamentar de caráter liberal, com base em sujeitos autônomos (indivíduos isolados, com direitos naturais, entre eles o de propriedade), numa esfera política (o laço jurídico da cidadania e da igualdade perante a lei) e na soberania nacional. Os Estados-Nação caracterizam-se por uma ação deliberada, proposital e racional em favor das solidariedades coletivas dentro de suas fronteiras territoriais. A condução do processo político se dá por meio de um debate civilizatório, em que os princípios se sobrepõem às regras.

Essa idade do Estado-Nação gera um determinado grau de certeza com relação à garantia das solidariedades coletivas, em que o livre-arbítrio dos cidadãos era protegido pelas instituições político-estatais dentro de fronteiras territoriais, tendo como referência os direitos humanos individuais. A figura central da modernidade clássica reside, portanto, no Estado de Direito, racionalmente estabelecido como expressão da soberania de um

corpo político voltado à dignidade de homens livres, cabendo à política revelar a ordem da razão, cuja legitimidade se funda na afirmação dos direitos humanos. Nessa lógica, é a partir da política que se constroem os espaços públicos geradores de sentido para a vida comunitária, num processo reflexivo de negociação de significados, tendo como parâmetro os direitos de cidadania.

Bauman (1999) lembra que esse projeto (promessa) da modernidade está voltado a uma humanidade justa, igualitária, tendo o Estado como agente principal da produção dessa ordem mundial. Nessa tarefa de produzir a ordem, o Estado moderno apoiou-se no tripé das soberanias – militar, econômica e cultural – caracterizando-se a política *global* como política *interestatal*, e a *ordem global* era o total das ordens locais. A solidez da modernidade clássica funda-se na construção das solidariedades e reciprocidades coletivas, sendo que, na era industrial-moderna, o engajamento social se dava pela produção, enquanto que, na sociedade atual e desigual, tal engajamento se dá pela condição de consumidores.²³⁶

Alain Touraine (2006), por sua vez, ao apontar um novo paradigma²³⁷ para compreender o mundo de hoje, centrado nos direitos culturais, define com bastante objetividade seu entendimento de modernidade. Distingue inicialmente as idéias de sociedade e de modernidade, no sentido de que o paradigma “social” da realidade social, surgido com a industrialização e o capitalismo, fundados na razão instrumental, assenta na sociedade seu próprio fundamento de legitimidade, enquanto a modernidade reconhece e defende a existência de fundamentos não-sociais da ordem social. A lógica moderna, portanto, ampara sua legitimidade a partir de uma fundamentação não-social da realidade social, ou seja, submete a sociedade a um conjunto de princípios que em si mesmos não são sociais. De acordo com o

²³⁶ Milton Santos (2002, p. 64) lembra que, a partir do século XVIII, com a sucessiva afirmação de direitos civis, políticos, econômicos e sociais, juntamente com o sistema capitalista, a ética glorificava o indivíduo responsável e a coletividade responsável, voltados à busca da democracia por intermédio do Estado nacional, do Estado de Direito e do Estado Social, tendo em vista a produção da cidadania plena: “Certamente a cidadania nunca chegou a ser plena, mas quase alcançou esse estágio em certos países, durante os chamados trinta anos gloriosos depois do fim da Segunda Guerra Mundial. E essa quase plenitude era paralela à quase plenitude da democracia. A cidadania plena é um dique contra o capital pleno.” A globalização, no entanto, “marca um momento de ruptura nesse processo de evolução social e moral que se vinha fazendo nos séculos precedentes”.

²³⁷ A idéia de um novo paradigma, trabalhada no presente texto, não caminha no sentido de propor uma ruptura imediata do antigo paradigma, mas sim uma guinada teórica no sentido em que o novo está despontando, mas ainda não despojado de todo do velho que persiste em sobreviver.

mesmo autor (2006, p. 86-87) “uma sociedade moderna funda-se sobre dois princípios que não são de natureza social: a ação *racional* e o reconhecimento de *direitos universais* a todos os indivíduos”.

O modelo europeu-ocidental de modernização transforma a sociedade em um fim e não em um meio, tornando-a autoproduzida e autolegitimada. Dessa forma, nenhuma sociedade, por mais avançada que seja no campo tecnológico, pode ser identificada com a modernidade. Se a idéia de sociedade está sempre centrada sobre si própria,

a idéia de modernidade, pelo contrário, traz em si uma tensão insuperável entre, por um lado, a razão e os direitos dos indivíduos e, por outro, o interesse coletivo. A cidadania, os direitos cívicos são também uma expressão política da racionalidade, mas que se opõe à integração e ao reforço da sociedade como os direitos se opõem aos deveres. Além disso, os dois princípios da modernidade não se reduzem à unidade e podem ser postos em concorrência um com o outro. A ação racional nem sempre é conforme aos direitos individuais e estes são exercidos não menos frequentemente contra o pensamento racional (TOURAINÉ, 2006, p. 89).

Em síntese, para Touraine, a modernidade é justamente o contrário da autocriação da sociedade, uma vez que, contra as barreiras sociais, a idéia de modernidade designa a presença do universal no social, ao se apoderar do oposto da sociedade, que é o sujeito,²³⁸ sem apelar a nenhum princípio transcendente. Isso possibilita uma nova visão da vida coletiva, deixando de pensar *socialmente* os fatos sociais, uma vez que os protagonistas passam a ser os próprios sujeitos a lutar por seus direitos. Esse sujeito pessoal se constrói a si mesmo pela luta contra qualquer mecanismo de dominação, seja ele a submissão às regras pesadas do mercado, seja a subserviência a um comunitarismo²³⁹ opressor e fechado sobre si mesmo, além da dominação pela violência e pela guerra.

²³⁸ Ao estabelecer uma noção de sujeito, Alain Touraine (1993, p. 267) afirma que este se caracteriza como “a vontade de um indivíduo de atuar e de ser reconhecido como ator”. Por conseguinte, nas palavras do mesmo autor (2006, p. 119), “o sujeito se forma na vontade de escapar às forças, às regras, aos poderes que nos impedem de sermos nós mesmos, que procuram reduzir-nos ao estado de componente de seu sistema e de seu controle sobre a atividade, as intenções e as interações de todos. Estas lutas contra o que nos rouba o sentido de nossa existência são sempre lutas desiguais contra um poder, contra uma ordem. Não há sujeito senão rebelde, dividido entre raiva e esperança”.

²³⁹ Nas palavras de Douglas Cesar Lucas (2008, p. 174), pode-se afirmar que os comunitaristas “reprovam a tese liberal que sustenta a noção de sociedade como um agrupamento de indivíduos, cada qual com sua concepção de vida boa, que são movidos por interesses e objetivos individuais e que possuem direitos que se sobrepõem e têm prioridade total frente a qualquer tipo de demanda comunitária”.

Sociedade e Sujeito: uma interdependência conflitiva em crise

O projeto inacabado da modernidade,²⁴⁰ em sua análise contemporânea, estabelece uma importante mudança de rumo no que tange à legitimação de valores enraizados pelas diretrizes da modernidade clássica, no sentido de que a valorização do sujeito passa a se afirmar em detrimento da sociedade ou do discurso coletivista, e não mais a partir dela. No lugar de um horizonte de “sociedade boa”, desponta a valorização pura e simples dos direitos humanos.

Na matriz clássica, a sociedade do hoje foi sempre pensada, em termos de futuro, como um arranjo em que a “ordem superior” a comandaria, ou seja, a liberdade individual era sempre tecida como algo restrito, em que a continuidade sadia dos arranjos sociais passaria pelo aumento e pelo controle das atividades individualizadas. O atual cenário social, no entanto, apresenta uma sociedade na qual o indivíduo já atingiu uma ampla liberdade, embora, paradoxalmente, esse alcance não tenha representado uma sociedade melhor. O elevado grau de liberdade tem um preço muito caro: vem inexoravelmente acompanhado pela insegurança e pela incerteza. Esse novo lapso põe fim às certezas do amanhã e instala um mundo de incógnitas que precisa ser vivido sob a égide de um saber inacabado e sob as condições em que se desenvolvem as trajetórias individuais de vivência.

Delineia-se, assim, uma importante característica contemporânea, que vai realocar a concepção de indivíduo/sujeito dentro dos paradigmas de análise. Nas palavras de Bauman (2001, p. 38),

o que costumava ser uma tarefa para a razão humana, vista como dotação e propriedade coletiva da espécie humana, foi fragmentado (“individualizado”), atribuído às vísceras e energia individuais e deixado à administração dos indivíduos e seus recursos. Ainda que a idéia de aperfeiçoamento (ou de toda modernização do *status quo*) pela ação legislativa da sociedade como um todo não tenha sido completamente abandonada, a ênfase (juntamente, o que é importante, com o peso da responsabilidade) se trasladou decisivamente para a auto-

²⁴⁰ Há diversas denominações para designar a relação da modernidade clássica com a sociedade contemporânea. O próprio Bauman, embora tenha como título de uma de suas obras *O mal-estar da pós-modernidade* (1998), refere-se muitas vezes à sociedade atual como moderna, gerando uma certa confusão terminológica. Mas, na maior parte de seus livros, contrapõe à modernidade clássica uma nova modernidade, denominada *modernidade líquida*, ou paradigma líquido-moderno. Boaventura de Sousa Santos, por sua vez, prefere designá-la como *pós-modernidade*, enquanto Anthony Giddens utiliza o termo *modernidade tardia*, e Ulrich Beck opta por chamar essa nova modernidade de *segunda modernidade*.

afirmação do indivíduo. Essa importante alteração se reflete na realocação do discurso ético/político do quadro da “sociedade justa” para o dos “direitos humanos”, isto é, voltando o foco daquele discurso ao direito de os indivíduos permanecerem diferentes e de escolherem à vontade seus próprios modelos de felicidade e de modo de vida adequado.

Essa abordagem conduz à necessidade de se retomar a relação sociedade/sujeito no atual estágio da humanidade. Na realidade, os indivíduos (sujeitos em potencial) adquirem, na condução de seus projetos de vida, certas competências, mais ou menos complexas, quando vivem em grupos sociais. Essa relação de interdependência existente entre sociedade e indivíduo caracteriza uma separação relativa, uma vez que não chega a se consolidar em uma ruptura completa. Nas palavras de Norbert Elias (1994, p. 36),

[...] as idéias, convicções, afetos, necessidades e traços de caráter produzem-se no indivíduo mediante a interação com os outros, como coisas que compõem seu “eu” mais pessoal e nas quais se expressa, justamente por essa razão, a rede de relações de que ele emergiu e na qual penetra. E dessa maneira esse eu, essa “essência” pessoal, forma-se num entrelaçamento contínuo de necessidades, num desejo e realização constantes, numa alternância de dar e receber. É a ordem desse entrelaçamento incessante e sem começo que determina a natureza e a forma do ser humano individual. Até mesmo a natureza e a forma de sua solidão, até o que ele sente como sua “vida íntima” traz marca da história de seus relacionamentos – da estrutura da rede humana em que, como um de seus pontos nodais, ele se desenvolve e vive como indivíduo.

Assim, a pluralidade multifacetada da sociedade atual envolve o sujeito como ator que interage com esta e a modifica por meio da sua automodificação. Edgar Morin (1973, p. 38) argumenta assim nessa linha:

[...] a sociedade dos antropóides avançados controla os indivíduos por meio de suas restrições e hierarquias, mas não uniformiza as individualidades, permitindo-lhes o desdobramento relativo das respectivas diferenças. [...] A sociedade e a individualidade surgem-nos, assim, como duas realidades simultaneamente complementares e antagonistas. A sociedade, ao mesmo tempo que maltrata a individualidade, impondo-lhe seus limites e as suas coações, oferece-lhe estruturas que lhe permitem exprimir-se. Utiliza, para sua variedade, a diversidade individual, que, caso contrário, se dispersaria na natureza; a variedade individual utiliza a variedade social para tentar expandir-se.

Na análise de Morin (1973), o indivíduo e a sociedade não podem ser concebidos como dois aspectos separados, pois ambos se interpenetram a todo instante, desenvolvendo, cotidianamente, novos conjuntos de intera-

ções. O autor (1973, p. 38) afirma que o arranjo coletivo e o individualizado não constituem duas realidades completamente estranhas uma à outra, uma vez que “existe um ambissistema em que, complementar e contraditoriamente, indivíduo e sociedade são constituintes um do outro, ao mesmo tempo em que se parasitam entre si”.

É dentro dessa dialética da interdependência sociedade/indivíduo que acontece uma alteração profunda, que vem caracterizar a nova modernidade: os indivíduos passam a assumir uma posição privilegiada nas categorias de análise, dentro de um processo de declínio profundo das instituições sólidas da sociedade, tornando-se os agentes centrais de mutação da realidade. Nesse sentido, surgem novas formas de produção do social, pautadas em novas mediações de relações sociais que fortalecem as individualidades, concomitantemente com o declínio do papel das instituições. Em última instância, no entendimento de Touraine (2006, p. 81),

o que estamos vivendo não é portanto a ruína de um castelo de areia, é o esgotamento da política social centrada na sociedade, nas suas funções e em sua integração. Já estamos todos empenhados na passagem de uma sociedade fundada sobre ela mesma à produção de si pelos indivíduos, com a ajuda de instituições transformadas. É isto que significa este fim do social [...].

Compreende-se, dessa forma, que o atual significado de “individualização” é diferente daquele que se aplicava nos primeiros tempos da era moderna. Percebe-se que a modernidade clássica fez surgir a crença de que se vive em uma sociedade totalitária e compulsória, homogeneizadora, imposta e onipresente, que era contrária à variedade, à ambigüidade, à instabilidade e à contingência, como explicita Bauman (2001, p. 33):

Essa modernidade era inimiga jurada da contingência, da variedade, da ambigüidade, da instabilidade, da idiosincrasia, tendo declarado guerra santa a todas essas “anomalias”; e esperava-se que a liberdade e a autonomia individuais fossem as primeiras vítimas da cruzada. Entre os principais ícones desta modernidade estavam a *fábrica fordista*,²⁴¹ que reduzia as atividades humanas a movimentos simples, rotineiros e predeterminados, destinados a serem obediente e mecanicamente seguidos, sem envolver as faculdades mentais e excluindo toda espontaneidade e iniciativa individual.

²⁴¹ Segundo David Harvey (1998, p. 121), “o que havia de especial em Ford (e que, em última análise, distingue o fordismo do taylorismo) era a sua visão, seu reconhecimento explícito de que a produção de massa significava consumo de massa, um novo sistema de reprodução da força de trabalho, uma nova política de controle e gerência do trabalho, uma nova estética e uma nova psicologia, em suma, um novo tipo de sociedade democrática, racionalizada, modernista e populista”.

Na verdade, o fim da antiga crença moderna de ordem perfeita, de que tudo é colocado no lugar certo, de que existe o fim do caminho no qual se está andando, de algum tipo de sociedade boa, justa e sem conflitos, também reflete uma ruptura conceitual. O processo de individualização antigo buscava a manutenção da ordem na medida em que excluía os que não encontravam um lugar significativo no interior das hierarquias sociais, no mesmo sentido em que minava e buscava excluir aquilo que não podia ser definido com precisão, por meio da negação das dualidades e ambigüidades.

Essa multifacetada abertura em termos de liberdade individual, propiciando processos de individualização diferenciados, possibilita um grandioso conjunto de novas conexões, as quais são vitais para a compreensão das perspectivas relativas à privatização e à desregulamentação das tarefas e dos deveres modernizantes. Nesse sentido, observa-se que ocorre um deslocamento do discurso ético/político, amparado em valores de uma “sociedade justa”, para uma argumentação que encontra aspectos valorativos na luta pelos direitos humanos, isto é, alterando o viés de análise num sentido de possibilitar que os indivíduos escolham seus próprios modelos de felicidade e de vivência, ou seja, possibilita o surgimento da lógica da diferença. A referência normativa que rege essa nova modernidade é o princípio amparado no reconhecimento dos *direitos dos indivíduos*, “na afirmação de um universalismo que concede a todos os indivíduos os mesmos direitos, sejam quais forem seus atributos econômicos, sociais ou políticos” (TOURAINÉ, 2006, p. 87).

O foco centrado nos direitos universais dos indivíduos e na ação racional – características da modernidade, segundo Touraine – volta-se à construção de um sujeito criador, cuja luta enfrenta qualquer tipo de dominação, venha ela das instituições político-estatais ou do mercado consumista, ou mesmo de movimentos comunitaristas que sufocam a livre ação das subjetividades auto-referenciadas.

Toda a reflexão até aqui exposta conduz necessariamente a uma pergunta crucial: Qual a principal consequência negativa desse processo de individualização, que abandona as categorias clássicas próprias de um Estado cuja função precípua foi posta na concretização das solidariedades coletivas de seus cidadãos? Como resposta a essa problemática, pode-se afirmar que a questão central presente por trás desse novel paradigma reside no fato da diluição ou da não-distinção entre espaço público e espaço privado, uma vez que se fragilizam (se uma vez existiram) as pontes entre a vida

pública e a vida privada, o que dificulta a tradução das preocupações pessoais em questões públicas. A impotência coletiva em favor de uma causa comum manifesta-se apenas por expressões isoladas e passageiras a partir de problemas isolados, em que desaparece o real desejo de se engajar numa ação pública. Segundo Bauman (2000, p. 15),

a liberdade individual só pode ser produto do trabalho coletivo (só pode ser assegurada e garantida coletivamente). Caminhamos, porém, hoje, rumo à privatização dos meios de garantir/assegurar/firmar a liberdade individual – e se isso é uma terapia para os males atuais, é um tratamento fadado a produzir doenças iatrogênicas dos tipos mais sinistros e atrozes (destacando-se a pobreza em massa, a superfluidade social e o medo ambiente).

Com relação à liberdade individual, “a forma de individualidade disponível no estágio final da sociedade moderna e na sociedade que a sucede, aliás, comuníssima nesta última, é a da individualidade *privatizada*, que significa essencialmente uma *antiliberdade*” (2000, p. 70). Significa dizer que a preocupação pelo bem público vem sendo substituída pela liberdade de buscar satisfação pessoal, o que ao mesmo tempo produz um crescente sentimento de insegurança. Trata-se, sem dúvida, de uma transição paradigmática em termos de civilização.

É interessante observar o contraponto que Bauman (2000, p. 24) estabelece em relação a Freud. Segundo sua obra *O mal-estar da civilização*, escrita no final da década de 1920, sacrifica-se a liberdade individual em troca da segurança (perigos da natureza e sociais) na civilização ocidental. Já para Bauman, em *O mal-estar da pós-modernidade* (1998), sacrifica-se hoje a segurança no altar da liberdade individual em expansão. Na obra *Em busca da política*, o autor (2000, p. 28) afirma que a sensação de insegurança sobre a própria vivência, “somada à ausência de um agente confiável capaz de tornar essa situação menos insegura ou que sirva pelo menos de canal para as reivindicações de uma segurança maior, é um duro golpe no coração mesmo da política de vida”.

Essa questão da insegurança no campo da sobrevivência material tem muito a ver com o novo paradigma, uma vez que a lógica de um sistema de mercado voltado ao consumismo corrói a identidade tradicional e os ideais de autenticidade dos indivíduos. Estes, para se manterem integrados, precisam adotar uma personalidade pastiche, já que as virtudes exigidas pelo sistema são a plasticidade e a maleabilidade. Na problemática contemporânea da identidade, o “eu” se torna provisório e indefinido, em constante (re)criação. A identidade vem constantemente perseguida, mas nunca al-

cançada. Nas palavras de Bauman (2000, p. 31), “no coração da política da vida, jaz um desejo profundo e insaciável de segurança, mas agir segundo esse desejo redundaria em insegurança ainda maior e mais profunda”. Diluam-se, a partir das teorias e das práticas neoliberais, as próprias certezas quanto ao sentido da vida.

Nesse “reinado absoluto da flexibilidade”, minam-se referências centrais como o Estado-Nação e a família. Conseqüentemente, a grande vítima é a solidariedade, com a dissolução dos laços de sociabilidade e de reciprocidade. Nesse contexto de individualização e de desestabilização das identidades individuais, em que as incertezas e inseguranças são entregues à estrita responsabilidade de cada um, emerge a indagação fundamental: Qual a razão e o sentido da vida individual?

A autonomia contemporânea, totalmente centrada no indivíduo, não estabelece nenhum objetivo além dos limites do ego, portanto do imediato de sua vida. Em razão disso, a política contemporânea torna-se cada vez mais insignificante, gerando uma apatia política e um conformismo, pregado pelo liberalismo, de que “não há alternativa” viável ao sistema vigente. Na problemática contemporânea, em que os mercados financeiro e mercantil só toleram a cidadania enquanto consumismo, a grande característica é a insegurança e a incerteza, pois os espaços públicos/privados vão diminuindo paulatinamente.

Os ganhos de produtividade de reduzidas elites globais geram um engugamento excludente com profundas mudanças estruturais. Da liberalização sistemática dos movimentos de capital resulta a marginalização dos países mais pobres, deixando de mencionar os possíveis efeitos sobre o nível de vida dos setores mais pobres dos países mais ricos. Deixa-se de prometer a segurança e a certeza, exigindo-se apenas transparência e flexibilidade e a submissão ao sistema. Certeza, só para alguns: os globais por opção. Leveza do ser para alguns e insuportável opressão do destino para outros. Trata-se de uma nova polarização intra-social e intersocial (BAUMAN, 2000, p. 33).

O sistema (as “forças livres de mercado” e o livre comércio) torna-se, portanto, fator central de incerteza existencial: por depender dessa incerteza estrutural, procura de todas as formas minar qualquer esforço de medidas coletivas, considerando tal sistema (legitimado pelas teorias e práticas neoliberais) como “estado natural da humanidade”, gerando uma atomização dos atores sociais, abandonados à violência estrutural do desemprego ou do emprego temporário, além da constante ameaça de demissão. Com

isso a grande e primária vítima dessa lógica neoliberal do império do mercado, que prospera na incerteza, foi a solidariedade.

Por outro lado, como a regra de convivência é a competitividade e não a solidariedade, a derrota é sempre culpa do indivíduo. Subjetividade passa a ser o *eu* abandonado a si mesmo. Vive-se um mundo atomizado, em que a aproximação se dá por procedimentos de barganha, negociação e acordo, dentro da lógica do mercado. O indivíduo se tornou realmente livre, mas “a liberdade humana traduziu-se em liberdade de cada um dos seus indivíduos, deixando com isso de existir a chamada ‘sociedade’” (Idem, 2000, p. 74).

Sob o viés neoliberal, tem-se hoje a liberdade negativa, a consistir na crescente ausência de restrições impostas por uma autoridade política. Mas se a desregulamentação liberou as opções humanas da interferência legislativa, num processo de desconstrução da política, nem por isso aumentou a liberdade negativa. Se as instituições políticas vivem hoje um processo de abandono ou diminuição como criadoras coercitivas de códigos e agendas de ações, este papel foi transferido para outras forças, principalmente os mercados financeiros e de consumo, os quais restringem por uma nova forma de coerção, não-política, a liberdade de opção individual. Isso não implica a ampliação da liberdade negativa ou a liberdade de opção individual: “A agenda é estabelecida como antes, só que um novo agente operacional não-político expulsou seu antecessor político ou pelo menos agora cada vez mais desempenha o papel principal, em vez do secundário” (2000, p. 81). Como aglutinadoras precípuas, as forças mercadológicas estão, paulatinamente, substituindo a legislação política.

Por outro lado, a nova condição não produziu maior liberdade individual, “apenas transformou o indivíduo de cidadão político em consumidor de mercado” (2000, p. 84). Sintomaticamente, a vulnerabilidade social se estende a todos, pois hoje “todo mundo é *potencialmente* supérfluo ou substituível” (Idem, 2000, p. 175), perdendo-se a confiança, que é a condição indispensável de todo planejamento racional. A economia política da incerteza é o conjunto de “regras para pôr fim a todas as regras” imposto pelos poderes financeiro, capitalista e comercial extraterritoriais sobre as autoridades políticas locais, sendo que as instituições republicanas são as primeiras vítimas.

Considerações finais

Na análise das conseqüências negativas dessa nova modernidade, que transforma o laço social em relações líquidas e fluidas de convivência, a maioria dos pregadores morais, ao invés de apontar as causas estruturais que residem num processo de globalização excludente, procuram jogar a culpa nos indivíduos que, embora livres, são abandonados à própria sorte, despojados de suas certezas e de qualquer projeto de futuro. Nessa linha, pode ser concluído que a decomposição da sociedade, nos moldes em que foi apresentada, conduz a um individualismo contrário aos regramentos impostos pela vivência coletiva vinculada a uma organização social específica, aflorando o senso de pertencimento a um arranjo coletivo desvinculado propriamente da sociedade.

A afirmação do sujeito, como ator de modificação do real, legítima, contudo, a busca pela consolidação dos direitos próprios de cada um, ou “dos seus”, sendo que este, para afirmar-se, necessita negar os valores sociais que em si mesmos não são de sua natureza. Significa dizer que os valores de pertença a um Estado, a uma Nação ou a uma sociedade específica são substituídos por uma lógica de pertencimento amparada numa absorção valorativa realizada a partir do próprio eu, desaparecendo a vinculação pura e simples a um sistema social que, em muitos casos, solapa a condição existencial individualizada. Em síntese, com relação ao binômio sociedade/indivíduo, em que a sociedade perde sua consistência e o indivíduo, supostamente mais livre, perde as referências políticas de sua construção coletiva, o diagnóstico parece apontar claramente para a consolidação dos direitos humanos individuais como mecanismo de afirmação e de luta contra as opressões homogeneizantes impostas a partir do viés da realidade social.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. *O mal estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. *Em busca da política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

_____. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

GUÉHENNO, Jean-Marie. *O fim da democracia*: um ensaio profundo e visionário sobre o próximo milênio. Tradução de Howard Maurice Johnson e Amaury Temporal. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 7. ed. São Paulo: Loyola, 1998.

LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade*: um diálogo entre a igualdade e a diferença. Canoas, RS: [s.n.]. Tese (Doutorado em Direito), 2008.

MORIN, Edgar. *O paradigma perdido*: a natureza humana. Tradução de Hermano Neves. Portugal: Europa-América, 1973.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*: do pensamento único à consciência universal. 9. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

TOURAINÉ, Alain. *Um novo paradigma*: para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Titton. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

_____. *A crítica de la modernidad*. Traducción de Mauro Armiño. Madrid: Temas de Hoy, 1993.

A dissonância entre a concepção legal e doutrinária do instituto jurídico do estabelecimento, com a prática jurídica, em busca de um conceito

Resumo: Embora haja praticamente um consenso sobre a teoria explicativa da natureza jurídica do Estabelecimento, aquela não explica o fenômeno jurídico, existentes um conceito legal e uma concepção doutrinária majoritariamente adotada, porém imprecisos. Este artigo é destinado a analisar aquela natureza, explorando o Ordenamento Jurídico Brasileiro e a aplicação prática do instituto, de modo a demonstrar a imprecisão da concepção. Posteriormente, indica a teoria para melhor explicar o fenômeno, de modo a se buscar um conceito verificável na prática.

Palavras-chave: Direito. Direito de Empresa. Estabelecimento Empresarial.

Abstract: Even with a practice consensus about de theory that explains the juridical nature of the Establishment, that doesn't explains the juridical fenomen, existent a legal and doctrinaire conception adopted, but imprecise. This article is destined to analyze that nature, exploiting the Brazilian law and practice application of the institute, to show the imprecision of the conception. After, presents the theory to better explain the fenomen, looking for a concept in practice verifiable.

Key words: Right. Enterprise Right. Establishment.

Introdução

O legislador pátrio houve por bem unificar o direito privado, editando o novel Estatuto Civil em 2002, o qual passou a vigor em 11 de janeiro de 2003. Assim, temos hoje, em único código, a disciplina básica do Direito Civil e do Direito Comercial, este último, hodiernamente chamado também de Direito Empresarial. O Código Civil/2002, em seu artigo 1.142, veio a conceituar o Estabelecimento Empresarial, correntemente chamado Fundo de Comércio ou Fundo de Empresa.

* Advogado, especializando em Direito de Empresa pela Faculdade da Serra Gaúcha (FSG). Orientador: Professor Ms. João Dal Bello.

A disciplina da empresa no direito privado brasileiro, de um modo geral, seguiu a orientação do *Codice Civile* Italiano de 1942, sendo que esse já foi resultado da anterior inflexão dos juristas sobre a matéria. Rachel Stajn afirma que “a revisão, ou releitura da discussão, que tem na empresa o cerne, precisa ser empreendida, o que já começa a ocorrer na Itália”.²⁴² Realmente, pela dinâmica que anima a vida e que o direito deve acompanhar, falando-se das atividades econômicas, cabível o dito pela autora, sendo de suma importância o bom entendimento e aplicação do direito nessa área, dada a íntima relação com a produção, distribuição e consumo da riqueza.

Embora em nível nacional haja quase um consenso científico sobre a teoria explicativa da natureza jurídica do estabelecimento, indicada a Teoria da Universalidade de Fato, ela não explica o fenômeno jurídico, existentes um conceito legal e uma concepção doutrinária majoritariamente adotada, porém imprecisos, posto que, na prática, não se verifica a comprovação da aplicação daquela teoria sobre a natureza jurídica do estabelecimento e conceito resultante, existente grande dissonância entre aquelas concepções e a práxis.

O presente estudo visa pesquisar doutrina, investigar o Ordenamento Jurídico Brasileiro e explorar os reiterados e constantes pronunciamentos do Poder Judiciário (Jurisprudência), de modo a demonstrar a apontada dissonância entre o conceito legal e a concepção doutrinária de Estabelecimento Empresarial, com o ordenamento e a prática jurídica, indicando a Teoria da Universalidade Jurídica como um norte para explicar a natureza jurídica do estabelecimento, de modo a se buscar, e, quiçá até mesmo encontrar um conceito mais preciso de Estabelecimento Empresarial, resultando na melhor compreensão do instituto jurídico, conceito esse verificável empiricamente.

Desse modo, o presente estudo representa contribuição para a vida profissional dos professores e operadores do Direito, de modo que se aproxime teoria e prática, uma vez que a concepção ora apresentada é mais afinada com a realidade, permitindo maior simetria entre o ensino e a prática, bem como entre a teoria e aplicação do instituto jurídico do estabelecimento.

²⁴² STAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa – atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 8.

1 **Conceito legal e concepção doutrinária de estabelecimento empresarial: o Código Civil Brasileiro e a doutrina pátria**

Versa o Código Civil/2002, em seu artigo 1.142, que: “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”. Apresentado pelo legislador esse conceito legal, o qual consigna a expressão “bens” e alija o termo “obrigações”, leva o intérprete a concluir que a disciplina do Estabelecimento no Direito Brasileiro se afeiçoa ao conceito de universalidade de fato, uma vez que, conforme o art. 90 do CC/2002, “Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária”.

A doutrina majoritária trata de conceituar o Estabelecimento Empresarial de acordo com o conceito legal, fundada na Teoria da Universalidade de Fato, seguindo isolados os partidários da universalidade jurídica.

Na opinião de Sérgio Campinho,

É um complexo de bens, cada qual com individualidade própria, com existência autônoma, mas que, em razão da simples vontade de seu titular, encontram-se organizados para a exploração da empresa, formando, assim, uma unidade, adquirindo um valor patrimonial pelo seu todo. O Código Civil, em seu artigo 90, ao definir universalidade de fato, bem demonstra o enquadramento do estabelecimento nessa categoria. Segundo a dicção legal, constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária, podendo, entretanto, ser objeto de relações jurídicas próprias.²⁴³

No mesmo norte (adotando a universalidade de fato), Rubens Requião, refutando que seja o Estabelecimento universalidade de direito, diz:

Uma corrente de opinião procura explicar o fundo de comércio como uma *universitas juris*. É claro que essa conceituação não é válida no direito brasileiro, tendo-se em vista que a universalidade de direito só se constitui por força de lei. Assim a herança, patrimônio que foi do falecido, antes de efetuada a partilha aos herdeiros, compõe uma universalidade, sendo sujeito de direito. O mesmo ocorre com a massa falida, que forma uma universalidade de direito, destacada do patrimônio do falido, que perde a disposição dos seus bens, sendo colocado sob a administração do síndico, submetido à autoridade judicial. Falta ao fundo

²⁴³ CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 301.

de comércio, pelo menos no direito brasileiro, idêntica estrutura legal, para enquadrar-se na categoria de *universitas juris*.²⁴⁴

A maioria da doutrina assim entende, conforme sintetizam Sérgio José Dulac Müller e Thomas Müller, ao discorrerem sobre a natureza jurídica do Estabelecimento e afirmarem se tratar de uma universalidade de fato: Não se flagram dissídios relevantes à sua natureza jurídica, inconsistentes as concepções que viam nele subjetividade. Não é sujeito de Direito. É objeto. E como objeto é uma Universalidade de Fato (e não, pois, uma Universalidade de Direito).²⁴⁵

2 **Natureza jurídica do estabelecimento, seu tratamento no ordenamento jurídico e aplicação prática: resultados**

O Professor Cássio Cavalli, em artigo de referência, citando Evaristo Moraes Filho e outros, diz que a importância da definição da natureza jurídica do estabelecimento é decorrente das consequências em caso de sua alienação, dos fundamentos da proteção da concorrência, da tutela do consumidor e da função social dos bens de produção.²⁴⁶

Embora o conceito legal de Estabelecimento seja calcado na universalidade de fato, e a doutrina aponte que seja essa a sua natureza jurídica, ousou divergir, crendo que seja o Estabelecimento Empresarial uma universalidade jurídica, segundo versa o art. 91 do CC/2002: “Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”.

Tendo em vista a Teoria da Empresa, com a mudança de foco dos atos de comércio para a atividade (conjunto de atos individuais e coordenados a um fim) e considerando que essa atividade pressupõe, além de bens, direitos e obrigações, ou deveres contraídos no exercício da atividade empresarial, os quais acompanham o estabelecimento quando esse é transferido, com base na pesquisa e análise do tratamento pelo Ordenamento Jurídico e reiterados e constantes pronunciamentos dos Tribunais, há que se ver no estabelecimento uma universalidade jurídica, sem que isso impor-

²⁴⁴ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 25. ed. atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 271.

²⁴⁵ MÜLLER, Sergio José Dulac; MÜLLER, Thomas. Empresa e estabelecimento – a avaliação do goodwill. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul-RS, Ed. Notadez Informação, n. 30, 318, p. 24; dez. 2006.

²⁴⁶ CAVALLI, Cássio. O direito da empresa no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, ano 93, n. 28, out. 2004, p. 69.

te considerá-lo como um sujeito de direito, o que digo respaldado, inclusive, no Enunciado Aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: “Enunciado CJF nº 288: A pertinência subjetiva não constitui requisito imprescindível para a configuração das universalidades de fato e de direito”.

Assim, corretamente se manifestou o referido Conselho. Relações jurídicas (direitos e obrigações entre pessoas ou direitos sobre coisas) se transferem diuturnamente de titular a outro, seja na compra e venda de um imóvel (acompanham os tributos), seja no Trespasse (compra e venda de um estabelecimento ou fundo de comércio, acompanham as obrigações trabalhistas), sem que seja o Estabelecimento um sujeito, mas um complexo de relações jurídicas da esfera de um empresário ou sociedade empresarial.

Ora, quando uma sociedade empresária transfere seu estabelecimento, a escol vão os direitos ao trabalho dos colaboradores e as obrigações de remunerá-los, relação jurídica que passa a ser pertinente a outro empresário ou sociedade empresária, sem que isso deixe de configurar universalidade jurídica (de direito, na linguagem do Código Civil/2002).

O empresário ou a sociedade empresária se valem de vínculos, de laços jurídicos, ao organizar os bens de produção (fala-se em “feixes de contratos”), ou, em outras palavras, organiza as relações, assim dando a noção de integrem o estabelecimento também os objetos das relações, os direitos e deveres.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho:

Ao organizar o estabelecimento, o empresário agrega aos bens reunidos um sobrevalor. Isto é, enquanto esses bens permanecem articulados em função da empresa, o conjunto alcança, no mercado, um valor superior à simples soma de cada um deles em separado.²⁴⁷

Tal valor econômico, alcançado pelo fundo de comércio, identificado pelo eminente professor acima referido, da disciplina de Direito Comercial, aproxima claramente o instituto em estudo à noção de universalidade de direito, uma vez que o próprio suporte fático legal das universalidades de direito, conforme o art. 91 do CC/2002, acima transcrito, é composto pelos termos “relações jurídicas” e “dotadas de valor econômico”.

²⁴⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 6. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 96.

Na obra de Pontes de Miranda, atualizada por Vilson Rodrigues Alves, lê-se a respeito da sucessão (no título “Negócios jurídicos e fundo de empresa”): “A sucessão é nas relações jurídicas oriundas dos contratos, desde que foram concluídos para o exercício da atividade fundial, a partir da data em que o outro contratante é notificado da sucessão”²⁴⁸.

Cássio Cavalli (2004), ainda que isolado em nível doutrinário, conceitua o estabelecimento como “o complexo de relações que recaem sobre determinados bens, os quais, por isso, são organizados pelo empresário no exercício da empresa”.

Explorando-se o Ordenamento Jurídico Brasileiro, já no próprio Código Civil, vê-se que o art. 1.146 do CC traz tal noção de universalidade jurídica:

O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.

Como se vislumbra, se o adquirente responde pelos débitos contabilizados, outra coisa não há que deveres atrelados ao substabelecimento. Também o art. 1.144 do CC dispõe que

O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.

E, no seu art. 1.145, o supra-referido diploma legal traz que

Se ao alienante não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em trinta dias a partir de sua notificação.

Assim dispondo, vê-se que o próprio legislador, embora adote conceito calcado na universalidade de fato, reconhece existir o passivo a se considerar quando se fala de Estabelecimento Empresarial.

Perseverando na análise do Ordenamento Jurídico, o art. 448 da Consolidação das Leis do Trabalho versa que “A mudança na propriedade

²⁴⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2001. tomo 15, p. 434.

ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados”. Novamente, e, na órbita trabalhista, independentemente de qualquer ato perante a Junta Comercial ou publicação, vê-se que as obrigações são transferidas junto com o estabelecimento, dando conta de que, além dos bens, essa funcionalidade da empresa, quando transferida, ou seja, o próprio Estabelecimento quando do Trespasse, traz a escol não somente os bens (na espécie o bem consistente no direito ao trabalho dos funcionários), mas também os deveres, as obrigações.

O Código Tributário Nacional, em seu art. 133, incisos I e II, versa que

A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato:

I – integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II – subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de 6 (seis) meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

Nesse norte, fica claro que, uma vez preenchido o suporte fático de incidência, o Estabelecimento traz a escol as dívidas, as obrigações tributárias, e não condiciona a eficácia jurídica consistente em a pessoa física ou jurídica responder pelos tributos do fundo de comércio ou estabelecimento adquirido, a qualquer publicidade ou ato perante a Junta Comercial.

Explorando os reiterados e constantes pronunciamentos do Poder Judiciário, observando que todas as decisões aqui mencionadas representam a jurisprudência atual e pacificada, servindo a seguir, a título de exemplificação, o Tribunal de Justiça do RJ, por sua Segunda Câmara Cível, na Apelação Cível nº 2005.001.26708, em que apelante HSBC Bank Brasil S/A e apelados João Américo de Miranda e outra, Rel. Des. Elisabete Filizzola Assunção, vot. unânime, j. em 28/09/2005, tratando de crédito decorrente de título judicial onde condenado o Banco Bamerindus do Brasil S/A, e da compra e venda dos ativos daquele pelo HSBC Bank Brasil S/A, adotou a noção de universalidade de direito. Esse último alegou a sua ilegitimidade de parte, sendo que restou vencido, posto que, embora o contrato de compra e venda tenha consignado a aquisição de determinados bens e obrigações, tal regra de exclusão de responsabilidade “configura verdadeiro ins-

trumento de lesão aos credores [...]”. Pelo visto, de fundo animou o julgado a noção de universalidade jurídica.

O TJRS, por sua Décima Quarta Câmara Cível, na Apelação nº 70014330971, apelante o HSBC Bank Brasil S/A e apelados Rudiberto Gilmar Daut e outros, Rel. a Des. Judith dos Santos Mottecy, v. unânime, j. em 13/04/06, pub. no DJ de 25/04/2006, negou provimento à apelação, suplantando a tese de ilegitimidade de parte do apelante, considerando-o sucessor de Banco Bamerindus S/A nos deveres. Da análise, vê-se que a decisão se fundou em que aos bônus da sucessão correspondem os ônus. Aí, também se vê, no fundo, a consideração da noção de universalidade jurídica, de modo a se resguardarem os interesses dos consumidores, inadmissível que a instituição financeira incorporasse somente os ativos do Bamerindus em liquidação, de modo a possibilitar-se lesar credores.

A jurisprudência trabalhista, no mesmo norte, afastando-se da ilegitimidade de parte do sucessor, como se transcreve, chegou a afirmar essa orientação, vendo-se claro que as obrigações integram o estabelecimento quando da sucessão:

Orientação Jurisprudencial nº 261 da SBDI-1 do TST – Bancos – Sucessão Trabalhista – As obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para o banco sucedido, são de responsabilidade do sucessor, uma vez que a este foram transferidos os ativos, as agências, os direitos e deveres contratuais, caracterizando típica sucessão trabalhista (Inserido em 27.09.2002).

O Tribunal Superior do Trabalho se manifestou no aresto ora colacionado, que cabe à empresa sucessora responder pelos débitos trabalhistas cobrados da empresa sucedida:

RR 9.517/90.9 – 3ª T – TST – Rel. Manoel de Freitas – Se a empresa sucedida não mais existe, absorvida que foi pela sucessora, a esta cabe responder pelos débitos trabalhistas imputados àquela, já que, em virtude da sucessão, os bens do patrimônio da sucedida foram transferidos para o patrimônio da sucessora.

É válido também transcrever:

RR 13.936/90.4 – 3ª T – TST – Rel. Francisco Fausto – Uma vez reconhecida a sucessão trabalhista na forma dos arts. 10 e 448 da CLT, a responsabilidade integral é do sucessor. Ao recorrente resta o direito regressivo conforme previsto na lei civil.

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, conforme Acórdão no Processo 1159-2005-333-04-00-8, em 25 de outubro de 2007, sendo

Berenice Messias Corrêa a Juíza Relatora, decidiu que os créditos trabalhistas devem ser suportados pelo sucessor, negando provimento ao agravo de petição interposto pelo executado, assim ementada a decisão:

EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO INTERPOSTO PELO EXECUTADO. SUCESSÃO TRABALHISTA. RESPONSABILIDADE DO SUCESSOR. O agravante é responsável pelos créditos do exeqüente. Preenchidos os requisitos para caracterização da sucessão trabalhista. Recurso desprovido.

Na órbita do Direito Tributário, no Agravo de Instrumento nº 2007.04.00.023770-5, oriundo do Paraná, a Primeira Turma do Tribunal Regional da 4ª Região, em decisão datada de 20/07/2007 (Fonte DE – Data: 27/07/2007), tratou de recurso interposto contra decisão que reconheceu a sucessão de empresas e determinou a inclusão da agravante no pólo passivo da execução fiscal, com a citação e demais atos executórios. Em decisão monocrática, fundada no artigo 133 do Código Tributário Nacional, pelo qual o sucessor responde integralmente pelos tributos devidos pela sucedida, considerando a existência de jurisprudência dominante daquela Corte, no sentido da viabilidade do redirecionamento da execução em hipóteses tais, negou seguimento ao agravo de instrumento, com base no CPC, art. 557, ou seja, uniformizadas ao nível desse tribunal as decisões.

Transcreve-se ainda as seguintes ementas, de modo a demonstrar que há anos vem-se entendendo que, quando do Trespasse ou sucessão na funcionalidade (ou seja no Estabelecimento), acompanham o Estabelecimento Empresarial as obrigações:

TRIBUTÁRIO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – AQUISIÇÃO DO FUNDO DE COMÉRCIO – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – 1. Em tendo a executada adquirido o fundo de comércio ou estabelecimento comercial, explorando a mesma atividade, no mesmo local que a executada, restou caracterizada a sucessão tributária. 2. Caracterizada a sucessão na utilização do fundo de comércio, aplicável o disposto no art. 133 do Código Tributário Nacional, que indica a responsabilidade do sucessor no pagamento do débito fiscal. (TRF 4ª R. – AC 2001.04.01.057560-5/RS – 1ª T. – Rel. Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon – DJU 18.12.2002).

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SUCESSÃO DE EMPRESAS – RECONHECIMENTO – COMPROVAÇÃO – PROVA INDICIÁRIA – ADMISSIBILIDADE – REMOÇÃO DE BENS – APLICAÇÃO DO ART. 620 DO CPC – A sucessão empresarial não precisa sempre ser formalizada. Admite-se a sua presunção a partir de prova indiciária convincente. Encontrando-se a agravante no mesmo ramo da empresa executada, no mesmo local, em prédio alugado tanto por uma quanto pela ou-

tra empresa, tendo como sócio-gerente-administrador o filho do sócio coobrigado na execução fiscal, deve-se admitir a sucessão empresarial e conseqüente transferência da responsabilidade tributária. O art. 620 do CPC determina a realização do processo de execução pelo modo menos gravoso para o devedor, o que ocorrerá não se procedendo à remoção, deixando os bens a serem penhorados em depósito com um dos sócios-gerentes-administradores da empresa agravante (TJMG – Ag. 276.664-0/00 7ª C. Cív. – Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel – DJMG 13.03.2003).

Desse modo, como resultado da pesquisa doutrinária empreendida, mediante a análise racional e não-acomodada do tema, pode-se afirmar que a natureza jurídica do estabelecimento é mais afim à noção de universalidade jurídica, uma vez que perfeito o suporte fático do art. 91 do CC/2002, presente um complexo de relações jurídicas de um empresário ou sociedade empresária dotadas de valor econômico (mais valia).

Não se pode conceber que alguém adquira só direitos em vista do que acontece no mundo dos fatos. Como a funcionalidade da empresa é transferida quando do Trepasse, a sucessão é nas relações jurídicas, nos ônus e nos bônus, nos direitos pessoais e reais sobre coisas e respectivas obrigações contidas no fundo de empresa ou de comércio, que, pelo seu todo agrupado, têm um valor diferenciado em relação aos elementos que o compõe.

Ademais, dizer que se trata de uma universalidade jurídica não implica dizer que o estabelecimento seja um sujeito de direito e não-objeto. Basta ver o suporte fático da universalidade de direito: complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico. Não há na configuração do suporte fático qualquer referência de que seja a universalidade de direito um sujeito.

A análise do Ordenamento Jurídico nos traz como resultado que o Estabelecimento é tratado prevalentemente como uma universalidade jurídica (não que não haja influência da Teoria da Universalidade de Fato de modo ao legislador atender situações jurídicas específicas), ou seja, complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico, uma vez que a legislação cível, trabalhista e tributária traz por conseqüência do Trepasse, que, além dos direitos, as obrigações inerentes à atividade da empresa realizadas por meio do Estabelecimento Empresarial passem de titular a titular.

Exploradas as decisões judiciais prolatadas nas órbitas civil, trabalhista e tributária, sendo que as transcritas servem como exemplificação da jurisprudência pacífica, vê-se também o Estabelecimento compreendido através da noção de universalidade de direito, acompanhando o Estabelecimento,

além dos direitos, as obrigações quando da sucessão na exploração da atividade empresarial.

Considerações finais

Diante do exposto, a pesquisa teórica, a exploração da legislação, pronunciamentos judiciais e a reflexão a respeito da matéria em estudo permitem afirmar que aqueles que viam o Estabelecimento Empresarial como uma universalidade de fato estão dissociados da realidade expressa no Ordenamento Jurídico e na jurisprudência, uma vez que outra coisa não é que universalidade de direito, cujas relações jurídicas de direito pessoal ou real, agrupadas gerando um sobrevalor (*good will of trade*), podem ser objeto unitário de direitos ou negócios jurídicos (v.g., quando se transfere um fundo de comércio na total funcionalidade), ou podem uma a uma ser negociadas (v.g., quando se transfere uma marca tão somente, e passa a se utilizar uma nova).

Nesse passo, constatado que a natureza jurídica do estabelecimento é de uma universalidade jurídica (universalidade de direito na linguagem do CC/2002), pertinente tentar amainar o espírito, propondo-se um conceito apto a explicar o fenômeno jurídico, consoante a realidade empírica.

Integrando ao estabelecimento também as obrigações inerentes à natureza do mesmo, convém acrescentar ao conceito aquele termo, o qual é capaz de trazer a noção de relações jurídicas e, assim, de universalidade de direito.

Ninguém nega que o empresário, ao organizar o seu estabelecimento empresarial ou fundo de comércio, agrega aos bens reunidos um sobrevalor. Tal fato não se pode olvidar na busca de um conceito.

Visando-se a um conceito legal, a ser inteligível pelo destinatário da norma jurídica, proponho que “Estabelecimento Empresarial é o conjunto de bens, direitos e obrigações, organizados por empresário ou por sociedade empresária para o exercício da empresa, de modo a resultar um valor econômico pelo todo”.

Num conceito doutrinário, sem a pretensão de esgotar a busca por um conceito mais preciso, poder-se-ia dizer que Estabelecimento Empresarial é o complexo de relações jurídicas de direito pessoal e real contraídas por empresário, ou por sociedade empresária, para exercício da empresa, as quais, no seu conjunto, adquirem valor econômico diferenciado, podendo ser objeto unitário de direitos ou negócios jurídicos.

Referências

- CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CAVALLI, Cássio. O direito da empresa no Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, ano 93, n. 828, out. 2004.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 6. ed. Ver. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- DUARTE, Ronnie Preuss. *Teoria da empresa: à luz do novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Método, 2004.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2001. tomo 15.
- MÜLLER, Sérgio José Dulac; MÜLLER, Thomas. Empresa E Estabelecimento – A avaliação do goodwill. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul-RS, Ed. Notadez Informação, n. 30, p. 24, 2006.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 25. ed. atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- STAJN, Rachel. Teoria Jurídica da Empresa – Atividade Empresária e Mercados. São Paulo: Atlas, 2004. p. 08.

A aplicação do princípio de autonomia da vontade no âmbito dos contratos internacionais em relação à escolha da lei aplicável e do foro de eleição

Resumo: A globalização tem contribuído para elevar significativamente o volume das relações internacionais, em especial no aspecto comercial, acarretando a necessidade dos contratantes analisarem a questão da escolha da lei aplicável e do foro de eleição como uma realidade. Tendo em vista a diversidade de nações e ordenamentos jurídicos envolvidos, aplicáveis, a princípio, nos limites de seus respectivos territórios, os contratantes necessitam de segurança jurídica para efetuar suas escolhas, livrando-se das incertezas do direito aplicável, de forma a assegurar a fiel execução dos seus contratos, bem como a composição de eventuais litígios. O ordenamento jurídico dos países que compõem o Mercosul não recepciona o princípio da autonomia da vontade, configurando um obstáculo não só para o desenvolvimento do bloco, mas também nas relações com nações que permitem tal escolha, sendo imperiosa a necessidade de harmonizar a legislação interna. No Brasil, a Lei de Arbitragem, promulgada no ano de 1996, surge como uma alternativa, visto que acolhe o princípio da autonomia da vontade. Outra possibilidade seria a ratificação da Convenção sobre Direito Aplicável, resultado da 5ª Conferência Interamericana sobre Direito Internacional Privado (CIDIP V), realizada em 1994, no México. Este artigo visa analisar a questão do ponto de vista legal, doutrinário e jurisprudencial nos países-membros do Mercosul, em especial a situação no Brasil.

Palavras-chave: Contratos internacionais. Autonomia da vontade. Lei aplicável. Foro de eleição.

Abstract: Globalization has contributed to raise significantly the volume of international relations, especially in the commercial aspect, causing the need for contractors to examine the issue of choice of the applicable law and jurisdiction. Considering the diversity of nations and legislations involved and applicable, at first within the limits of their respective territories, contractors need legal certainty to make their choices, being clear of the uncertainties of the law, to ensure the faithful implementation of their contracts and the composition of any litigation. The law of Mercosur members don't accept that the parties choose the law applicable to their contracts, setting an obstacle not only to the development of the block, but also in relations with nations that allow such choice, therefore urging the need to harmonize internal legislation. In Brazil, the Arbitration Law, enacted in 1996, emerges as an alternative, since it welcomes the principle of freedom of choice of the applicable law. Another possibility would be the ratification of the Convention on Law Applicable, result of the 5th Inter-American Conference on Private International Law (CIDIP V),

^{*} Aluno do Curso de Pós-Graduação em Direito Empresarial da Faculdade da Serra Gaúcha.

^{**} Professor orientador.

held in 1994 in Mexico. This article seeks to analyze the issue from a legal, doctrinal and jurisprudential point of view in the countries members of Mercosur, particularly the situation in Brazil.

Key words: International contracts. Freedom of choice. Applicable law. Jurisdiction of election.

Considerações iniciais

Com a crescente integração dos mercados nacionais através da formação de blocos econômicos e zonas de livre comércio, decorrência direta da globalização e do sucesso do modelo capitalista e, com o incentivo constante à circulação de capitais, bens, produtos e serviços, tem-se um crescimento das relações internacionais, em especial no aspecto comercial.

Assim, considerando a diversidade de domicílio dos contratantes, estamos diante de situações envolvendo dois ou mais sistemas jurídicos distintos, aplicáveis, a princípio, dentro dos limites de seus respectivos territórios, gerando, com isso, incertezas sobre qual o direito a ser aplicado ao caso concreto.

Essa nova realidade tem exigido esforço constante por parte dos legisladores no sentido de estabelecer, no âmbito do direito interno, normas capazes de solucionar essas controvérsias, indicando o direito a ser aplicado e oferecendo às partes a segurança jurídica necessária, de forma a garantir a fiel execução dos contratos e a composição de eventuais litígios.

Nesse sentido, algumas questões merecem análise, dentre as quais a possibilidade da aplicação do princípio da autonomia da vontade, em especial no que diz respeito à liberdade das partes para determinar o foro de eleição e a legislação aplicável aos seus contratos. A questão se reveste da maior importância, já que muitas vezes a norma interna de um país não permite a escolha de uma lei estrangeira ou que as partes contratantes estabeleçam o foro competente.

Atualmente, uma alternativa ganha adeptos no cenário internacional: a arbitragem. No entanto, deve-se analisar a questão da homologação do laudo arbitral estrangeiro, ou sua validade em país que não a recebe.

Este estudo objetiva abordar a questão do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais de natureza privada, em especial no que diz respeito à possibilidade de escolha da lei aplicável, do foro de eleição ou da opção pela arbitragem, do ponto de vista da legislação dos países membros do Mercosul.

1 Do conceito de contrato e seus princípios

Todo contrato estabelece um vínculo entre as partes, sendo, a princípio, irretroatável e inalterável. Basso (1992, p. 17) define contrato como o

[...] acordo de duas ou mais vontades, com vistas, seja a criar uma relação de direito, isto é, dar nascimento a uma obrigação, ou a um direito real, seja a modificar ou extinguir uma relação preexistente. O contrato é, precisamente, o acordo da pluralidade de vontades à qual a lei aplicável confere efeitos de direito.

Dessa forma, a autora identifica alguns princípios inerentes aos instrumentos contratuais. O primeiro consiste na *obrigatoriedade dos contratos*, e visa dar garantia às partes. Herança do Direito Romano, o *pacta sunt servanda* representa o compromisso dos contratantes de observar e cumprir o que foi pactuado.

O segundo consiste na *supremacia da ordem pública*, ou seja, na subordinação do contrato à lei, uma vez que as partes não podem contratar algo por ela proibido ou que atente à ordem pública, à moral e aos bons costumes. De acordo com o princípio da *boa-fé*, a manifestação de vontade das partes deve prevalecer sobre o sentido literal da linguagem, devendo nortear todas as relações jurídicas.

Por fim, é necessário destacar o princípio da *autonomia da vontade*, que faculta aos contratantes, mediante a livre manifestação de vontade, o exercício da liberdade contratual, ou seja, estipular o contrato e determinar seu conteúdo, dentro dos limites fixados em lei, com a produção de efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. Este princípio ganha ainda mais importância nos contratos de âmbito internacional, uma vez que, como se verá mais adiante, de sua recepção ou não pelo ordenamento jurídico dos Estados, eventualmente conectados com a relação jurídica, depende a liberdade das partes em determinar a lei aplicável a seus compromissos e o órgão que resolverá uma eventual disputa.

2 Os contratos internacionais e o direito internacional privado

Em síntese, contrato internacional é todo aquele vinculado ao sistema jurídico de dois ou mais Estados, seja porque as partes contratantes residam em domicílios distintos, seja porque é celebrado em um país para ser executado em outro, dentre outros elementos próprios que o caracterizem.

É justamente este elemento de extraterritorialidade que o diferencia de um contrato interno. Para Strenger (1992, p. 81),

São contratos internacionais do comércio todas as manifestações bi ou plurilaterais das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar de execução, ou qualquer circunstância que exprime um liame indicativo do Direito aplicável.

Nesse sentido, é necessário que as partes adotem medidas acautelatórias, em especial no que tange ao conteúdo e às cláusulas estabelecidas, aos direitos e às obrigações tuteladas, ao foro competente e à lei a ser aplicada.

Definir qual a lei aplicável a um contrato internacional é questão de extrema relevância, uma vez que estamos diante de uma situação conectada a dois ou mais sistemas jurídicos divergentes, porém soberanos e com vigência dentro dos limites de seus respectivos territórios. A função do Direito Internacional Privado²⁴⁹ é justamente apontar qual a lei aplicável à relação jurídica conflituosa. Para Strenger (1991, p. 44),

DIPr é um complexo de normas e princípios de regulação que, atuando nos diversos ordenamentos legais ou convencionais, estabelece qual o direito aplicável para resolver conflito de leis ou sistemas, envolvendo relações jurídicas de natureza privada ou pública, com referências internacionais ou locais.

Desta forma, não cabe à norma de Direito Internacional Privado fornecer a norma material aplicável ao caso, mas sim estabelecer elementos indicativos a serem aplicados, no sentido de apontar a qual ordenamento jurídico o conflito deverá ser submetido, sendo que Dolinger (1993, p. 47) a classifica como um sobredireito de caráter indireto e conflitual.

3 Normas de conflito

Normas de conflito são regras indiretas, fixadas por cada Estado, e indicam, em casos com a presença de elemento estrangeiro, qual a lei aplicável a um contrato internacional. Este sistema é denominado conflitual e é adotado pela maioria dos países latino-americanos, dentre eles o Brasil. Nas palavras de Dolinger (1993, p. 48):

²⁴⁹ Para Dolinger (1993, p. 7), a denominação Direito Internacional Privado é incorreta, uma vez que “a ciência que tem como seu principal objeto o conflito de leis, visando estabelecer regras para a opção dentre as mesmas, é um direito eminentemente nacional, daí ser incorreta sua denominação ‘internacional’”. No entanto, apesar de todas as críticas, a denominação é mantida.

Estas normas do DIP apenas indicam qual dentre os sistemas jurídicos de alguma forma ligados à hipótese deve ser aplicado. O aplicador da lei seguirá a norma de direito internacional privado como se fora uma seta indicativa do direito aplicável, e, neste, procurará as normas jurídicas que regulam o caso sob júdice.

Entre os elementos de conexão costumeiramente encontrados na Legislação, destacam-se: a lei do lugar onde o contrato deve ser executado (*lex loci executionis* ou *lex loci solutionis*); a lei do lugar onde o contrato foi celebrado (*lex loci contractus*); a lei pessoal de uma das partes (*lex patriae* ou *lex domicilli*); a lei do local onde a coisa está situada (*lex rei sitae* ou *lex situs*); a lei do foro onde a causa está sendo discutida (*lex fori*); e a lei escolhida pelas partes (*lex voluntatis*).

No Brasil, a regra de conexão encontra-se estabelecida na Lei de Introdução ao Código Civil. A primeira LICC, promulgada no ano de 1916, perdurou até o ano de 1942, quando foi revogada. A segunda continua em vigor até os dias de hoje e não sofreu alterações pelo Novo Código Civil.

Para contratos celebrados entre presentes, o caput do artigo 9º consagra a lei do local de constituição das obrigações (*lex loci celebrationis*). Já para contratos entre ausentes, a lei aplicável é a da residência do proponente (art. 9º, § 2º).

Como se percebe, o Direito Brasileiro não recepciona o princípio da autonomia da vontade como elemento de conexão, conforme será aprofundado posteriormente, configurando o seu atraso e urgente necessidade de modificação.

4 O direito internacional privado internacional brasileiro e o princípio da autonomia da vontade

A discussão acerca da aplicação do princípio da autonomia da vontade no campo obrigacional é de grande valia. Se no âmbito dos contratos internos ele representa a possibilidade das partes em estipular livremente o conteúdo dos seus contratos, na esfera internacional, tal princípio atua como elemento de conexão, oferecendo aos contratantes a possibilidade de fixar a lei aplicável aos mesmos.

Na visão de Pereira (1989, p. 14), o princípio da autonomia da vontade significa que

As partes, realizando seus contratos no lugar onde normalmente costumam realizá-los, se o fato for anormal, ou no nosso caso, se tratar de fato comercial in-

ternacional, ou ainda, de contrato internacional do comércio, poderão indicar, para apreciá-lo, qualquer direito com que esteja em referência, nacional ou estrangeiro.

E prossegue:

Conduz, por sua vez, a inevitável possibilidade de se deslocar o contrato, tornando-o estranho às normas internas e submetendo-o unicamente ao direito internacional, aos usos e costumes internacionais ou aos princípios gerais do direito.

A questão se revela de extrema dificuldade, pois alguns sistemas jurídicos restringem a possibilidade de escolha enquanto outros proíbem expressamente qualquer manifestação em matéria de lei aplicável. Dessa forma, conforme a aceitação ou não do princípio da autonomia da vontade pela norma de direito internacional privado de cada país, os contratantes podem optar pelo ordenamento jurídico de um dos países envolvidos, pela aplicação de regras constantes em convenções internacionais, princípios, costumes ou, ainda, pelas regras de um terceiro país, ainda que não participante, livrando-se das incertezas e minimizando possíveis conflitos.

Nada impede, inclusive, face à complexidade inerente aos contratos internacionais, que ocorra um fracionamento contratual, ou seja, a aplicação de dois ou mais sistemas jurídicos a um mesmo contrato. Assim, poderíamos ter, por exemplo, a capacidade das partes regida por uma lei, enquanto os efeitos do contrato por outra. A esta teoria é dado o nome de *dépeçage* ou *morcellement*.

No Brasil, a Lei de Introdução ao Código Civil estabelece as normas de Direito Internacional Privado. Inicialmente promulgada no ano de 1917, veio a ser revogada no ano de 1942, quando entrou em vigor a nova lei, permanecendo inalterada até os dias de hoje.

Traçando um comparativo entre ambas, percebe-se que a lei revogada, ao menos no que diz respeito aos contratos internacionais, era mais benéfica aos contratantes, uma vez que recepcionava, em seu artigo 13, o princípio da autonomia da vontade. No entanto, o parágrafo único do referido artigo tratava de impor algumas restrições, conforme se observa:

Art. 13. Regulará, salvo disposição em contrário, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde foram contraídas.

Parágrafo único: Mas sempre se regerão pela lei brasileira:

I – Os contratos exequíveis no Brasil;

II – As obrigações contraídas entre brasileiros em país estrangeiro;

III – Os atos relativos a imóveis situados no Brasil;

Todavia, a questão nunca foi uniforme na doutrina, havendo posicionamentos contrários (corrente representada por Pimenta Bueno, Eduardo Espindola e Pontes de Miranda) e favoráveis (destacando-se Clovis Bevilacqua e Teixeira de Freitas).

Posteriormente, com o advento da nova lei, passa a ser vedada aos contratantes a possibilidade de escolher a lei aplicável aos seus contratos, pois estabelece como regra de conexão o local da constituição da obrigação, o que significa um retrocesso, suprimindo a expressão “salvo disposição em contrário” do texto legal.

Como se observa, o texto da atual Lei de Introdução ao Código Civil é taxativo, sendo norma de caráter cogente, ou seja, que não pode ser alterada pelas partes:

Art. 9º – Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

Dessa forma, contrariando tendência universal, se a obrigação restar constituída no Brasil, as partes podem tão somente escolher o foro onde serão dirimidas as controvérsias, mas não a lei aplicável aos contratos, desconsiderando a vontade e as necessidades dos contratantes. Restaria tão somente a possibilidade de exercer a liberdade contratual no campo das regras supletivas, de forma limitada. No entanto, se a lei do local da celebração do contrato permitir, nada impede que as partes escolham a lei que desejam ver aplicada aos seus contratos, ou a opção por um foro que recepione o princípio da autonomia da vontade.

Diniz (2002, p. 277), ao discorrer sobre o princípio da autonomia da vontade no direito brasileiro, estabelece:

Não há acolhida da autonomia da vontade como elemento de conexão em matéria alusiva a contratos. Os contratantes apenas poderão exercer sua liberdade contratual na seara das normas supletivas da lei aplicável imperativamente determinada pela *lex loci contractus*. Vigora o princípio da autonomia da vontade em matéria de obrigações contratuais, mesmo na seara internacional, pois poder-se-á considerar como contrato internacional o acordo de vontades em que a conclusão da avença, a capacidade das partes e o objeto contratual estão relacio-

nados a mais de um ordenamento jurídico. Mas será preciso ressaltar que a autonomia da vontade só poderá prevalecer quando não estiver conflitante com norma imperativa ou de ordem pública.

Na mesma linha, temos Amílcar de Castro. No entanto, alguns autores, dentre os quais o maior expoente é Haroldo Valadão, entendem inconcebível suprimir um princípio até então recepcionado, defendendo sua subsistência no ordenamento jurídico, uma vez que não proibido pela lei.

Neste sentido, Araújo (2004, p. 117) diz:

Visualizamos, assim, que há na doutrina três correntes distintas de pensamento: a primeira, daqueles enfaticamente contrários à autonomia da vontade; a segunda, daqueles a favor, desde que limitadas a regras supletivas, excluindo-se, portanto, a possibilidade de sua aplicação ao contrato como um todo; e, finalmente, a terceira, daqueles favoráveis à teoria de forma mais ampla.

Ademais, mesmo em ordenamentos jurídicos onde o princípio da autonomia da vontade é recepcionado, não se pode afirmar que o mesmo é absoluto, já que disposições que ofendam a soberania nacional e os bons costumes não serão aceitas.

Tendo em vista a divergência doutrinária existente e a escassez de jurisprudência, é necessária extrema cautela, devendo a questão da lei aplicável ser analisada em conjunto com a legislação de cada um dos países envolvidos, já que uma escolha pode acabar não sendo reconhecida pelo tribunal que estiver julgando a matéria, acarretando assim grande prejuízo às partes.

5 A arbitragem como caminho à autonomia

Se a Lei de Introdução ao Código Civil não recepciona o princípio da autonomia da vontade, a Lei 9.307/96, que institui e regula a arbitragem, oferece às partes a possibilidade de escolha do direito e o foro contratual que melhor se adapte às suas necessidades. Permite, inclusive, que seja realizada com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio, bem como que os contratantes definam o procedimento e as regras processuais a serem utilizadas.²⁵⁰

Assim, a arbitragem se mostra como alternativa à possibilidade de aplicação do princípio da autonomia da vontade, podendo ser celebrada

²⁵⁰ REsp 712566 / RJ, Ministra Nancy Andrighi, DJ 05.09.2005.

por pessoas capazes e ter por objeto direito patrimonial disponível, e sua utilização vem crescendo gradativamente.

Para tanto, basta que os contratantes estabeleçam, no bojo do contrato, cláusula²⁵¹ indicando que eventual conflito, advindo da execução do mesmo, será solucionado pela via arbitral, o que implica o afastamento do Judiciário da questão. Assim, o réu, se demandado, pode alegar exceção de incompetência por convenção de arbitragem, o que acarreta na extinção da ação sem resolução do mérito, conforme o artigo 267, inciso VII, do CPC.²⁵² Ademais, uma vez convencionada, se uma das partes se recusa a participar, a outra pode provocar o Judiciário a fim de instituir o procedimento.

A arbitragem, se realizada no Brasil, dará origem a uma sentença arbitral, à qual a lei atribui força executiva e demais efeitos de uma sentença emanada pelo Poder Judiciário. Se proferida fora do território nacional, será considerada sentença estrangeira, necessitando da homologação do STJ²⁵³ para então adquirir eficácia e executividade, mediante a análise de alguns requisitos.²⁵⁴

6 O foro de eleição

Enquanto a definição pela lei a ser aplicada aos contratos internacionais tem caráter eminentemente material, a opção por determinado foro tem implicação exclusivamente processual, possibilitando a alteração da jurisdição.

A jurisdição é uma das funções do Estado, decorrente de sua soberania, exercida dentro de seus limites. Sua incumbência é solucionar os litígios à medida que lhe são apresentados.

No Brasil, há liberdade para as partes elegerem o foro onde desejam ver analisados eventuais litígios; sujeita, entretanto, aos princípios de ordem pública. No entanto, a opção por um foro estrangeiro deve ser feita

²⁵¹ A lei confere à cláusula os mesmos efeitos do compromisso arbitral, denominando ambos, genericamente, de convenção de arbitragem, considerando-a, inclusive, autônoma em relação ao contrato.

²⁵² Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução do mérito:
VII – pela convenção de arbitragem; [...].

²⁵³ Antes a competência para homologação era do STF. No entanto, a EC 45/04 veio alterar a competência, atribuindo-a ao STJ.

²⁵⁴ Os requisitos para homologação de um laudo arbitral estrangeiro estão dispostos nos artigos 37, 38 e 39 da Lei 9.307/96.

com cautela, levando em consideração o que os artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil determinam.

Tendo em vista a necessidade de convivência da atividade jurisdicional de um Estado frente ao outro, limita-se a mesma com base no princípio da efetividade, estabelecendo o legislador alguns critérios de competência, definindo o âmbito e os limites da atividade jurisdicional de cada Estado. Conforme Theodoro Junior (2000, p.137), essa delimitação decorre do entendimento de que só deve haver jurisdição até onde o Estado consiga executar soberanamente suas sentenças.

O artigo 88 enumera casos onde a competência para julgamento é concorrente ou cumulativa, ou seja, a ação tanto pode ser ajuizada perante a justiça brasileira como em foro estrangeiro:

Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

I – o réu, qualquer que seja sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II – se no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III – a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil; [...].

Dessa forma, o ajuizamento da mesma ação no Brasil e no exterior não induz litispendência, conforme o artigo 90 do CPC:

Art. 90. A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas.

Em havendo sentença prolatada por tribunal estrangeiro, uma vez transitada em julgado, deverá a parte requerer sua homologação pela justiça brasileira, desde que não haja sentença prolatada por um tribunal brasileiro.

É necessário destacar que, por se tratar de manifestação da soberania, uma sentença produz efeitos, a princípio, nos limites da fronteira do Estado onde foi prolatada. Assim, enquanto a legislação de alguns países reconhece de imediato uma sentença estrangeira, o ordenamento jurídico brasileiro exige que a mesma, para produzir efeitos jurídicos, seja homologada pelo STJ,²⁵⁵ que fará criterioso exame quanto a seus aspectos formais, em especial aos requisitos estabelecidos pelo artigo 15 da Lei de Introdução ao Código Civil, quais sejam: (a) haver sido proferida por juiz competente; (b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificada a revelia; (c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias

²⁵⁵ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originariamente:

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de “*exequatur*” às cartas rogatórias;

para a execução no lugar em que foi proferida; (d) estar traduzida por intérprete autorizado.

O artigo 89, por sua vez, enumera situações em que a competência para julgamento é exclusiva da justiça brasileira, sendo que eventual decisão em ação proposta em foro estrangeiro não terá qualquer eficácia no Brasil, uma vez que não será homologada por tribunal pátrio. Vejamos:

Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I – conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II – proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.

É importante ressaltar que a opção de determinado foro não implica a aplicação da lei local, uma vez que nada impede a utilização de uma legislação estrangeira por um tribunal brasileiro, bem como a aplicação da lei brasileira por um tribunal estrangeiro.

Assim, de forma a minimizar riscos e eventuais conflitos de competência, a cláusula de eleição de foro deve ser analisada em conjunto com as normas referentes à competência internacional dos países envolvidos, tendo em vista as situações elencadas.

7 **A legislação e a situação nos demais países-membros do Mercosul**

No que diz respeito ao princípio da autonomia da vontade, o ordenamento jurídico dos países que compõem o Mercosul, em dissonância com a tendência mundial, não permite a livre escolha da lei aplicável aos contratos internacionais. Ademais, o fato de utilizarem diferentes critérios para determinar a regra de conexão pode constituir obstáculo ao desenvolvimento econômico e afirmação do Mercosul como bloco econômico.

O Código Civil Argentino, em seus artigos 1.205 a 1.216, estabelece que, em havendo algum elemento que vincule o contrato à Argentina, aplica-se, como regra de conexão, a lei do local de sua execução. Em não havendo vínculo, aplica-se a lei do local de sua celebração. Em relação à autonomia da vontade, em que pese não haver disposição expressa, há uma aceitação por parte da doutrina e jurisprudência, podendo ser considerado o mais avançado dos países-membros do Mercosul neste aspecto.

Por sua vez, o Código Civil Uruguaio, em seu artigo 2.399, adota como norma de conflito a lei do local onde as obrigações devam ser cum-

pridas. Ademais, em seu artigo 2.403, estabelece proibição expressa ao princípio da autonomia da vontade.

Por fim, o Código Civil Paraguai, fortemente influenciado pelo argentino, utilizado até o ano de 1986, adota como regra de conexão a lei do local de execução do contrato, sem contemplar o princípio da autonomia da vontade, conforme se depreende da leitura dos artigos 297, 669 e 670.

No que diz respeito a tratados e convenções, a primeira tentativa de harmonizar a legislação dos países latino-americanos, em matéria dos contratos internacionais, deu-se com o Congresso de Lima, em 1878, consagrando a lei do local da celebração como elemento de conexão, prevendo, inclusive, a utilização do *depeçage*. Posteriormente, temos os Tratados de Montevideu, de 1889/1890 e de 1939/1940, os quais adotaram como elemento de conexão o local de execução dos contratos, excluindo-se a possibilidade de aplicação do *depeçage*. Ambos, no entanto, não permitiam a aplicação do princípio da autonomia da vontade.

Os países-membros do Mercosul, com exceção do Brasil, recepcionaram as disposições constantes no Tratado de Montevideu.

O maior avanço se deu em 1994, com a realização da 5ª Conferência Interamericana sobre Direito Internacional Privado, no México. Do encontro resultou uma moderna Convenção sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, nos moldes da Convenção de Roma, instrumento que representa significativa mudança no direito conflitual dos países signatários, consagrando a vontade dos contratantes como elemento para determinar a lei aplicável.

O documento recepcionou o princípio da autonomia da vontade em seu artigo 7º, permitindo aos contratantes a escolha, expressa ou tácita, da lei aplicável ao seu contrato, permitindo, inclusive, sua modificação, conforme dispõe o artigo 8º. Ademais, recepcionou a possibilidade do *depeçage*, bem como a aplicação de um conjunto de princípios para reger um contrato, prevendo, ainda, que caso as partes não tenham exercido a faculdade de escolha, a lei aplicável será aquela que possua vínculos mais estreitos com o contrato, nos termos do artigo 9º.

A Convenção está em vigor apenas para México e Venezuela. O Brasil, embora tenha participado e assinado a convenção, não ratificou seu conteúdo.

Assim, faz-se mais do que necessária a harmonização das legislações internas, de forma a evitar que eventuais conflitos de leis impeçam o cres-

cimento das relações comerciais entre os países-membros, como bem adverte Araújo (2006, p. 373):

A situação é insatisfatória, consistindo em barreira jurídica impeditiva da uniformização do DIPr dos contratos no Mercosul. Para o bom funcionamento dos negócios, é preciso unificar essas normas. A inércia dos países-membros pode ter conseqüências desastrosas, a longo prazo, nas relações comerciais do mercado comum, contribuindo para a instabilidade das relações jurídicas.

8 Da jurisprudência

A jurisprudência brasileira, no tocante à recepção do princípio da autonomia da vontade pelo ordenamento jurídico pátrio, é extremamente escassa.

Sob a égide da LICC de 1916, em que pese haver permissão legal para tanto, bem como posicionamentos doutrinários favoráveis, as decisões demonstravam aversão ao princípio e à liberdade de escolha da lei aplicável, refutando qualquer manifestação de vontade, considerando, inclusive, como não escrita qualquer cláusula neste sentido. Assim a lei brasileira era aplicada, em face das exceções contidas no parágrafo único do artigo 13.

Com a entrada em vigor da nova lei, os tribunais têm decidido pela aplicação taxativa do caput do artigo 9º da LICC, por ser a regra de conexão estabelecida pela lei brasileira.²⁵⁶ Assim, a lei aplicável seria a do local da constituição da obrigação, desconsiderando manifestações em contrário. Sendo incerto o lugar de sua celebração, torna-se necessário identificar qual dos contratantes é o proponente, para então aplicar a lei de sua residência, mediante aplicação do parágrafo 2º do artigo 9º.

Em relação à possibilidade de escolha do foro de eleição, a jurisprudência tem admitido a liberdade de escolha, com as ressalvas estabelecidas pelos artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil Brasileiro, como analisado anteriormente.

Considerações finais

Analisados os tópicos propostos, é possível estabelecer que, em relação ao princípio da autonomia da vontade, o ordenamento jurídico dos países que compõem o Mercosul não permite a livre escolha da lei aplicável aos

²⁵⁶ Nesse sentido: RESP 97099, Relator ministro Eduardo Ribeiro, DJ 15/06/1998; RESP 606.171, Ministro Carlos Alberto Direito, DJ 15/02/2005.

contratos internacionais, utilizando-se ainda dos critérios da lei do local de celebração ou da lei do local de execução para determinar a lei de regência contratual, em dissonância com a tendência mundial, na qual a liberdade das partes em escolher a lei aplicável aos seus contratos é uma realidade, tendo em vista a diversidade de tratados e convenções internacionais que recebem o princípio.

No tocante à legislação brasileira, percebe-se que a primeira Lei de Introdução ao Código Civil recepcionava em seu texto o princípio da autonomia da vontade, possibilitando a escolha da lei aplicável pelas partes contratantes. No entanto, o legislador, ao alterá-la no ano de 1942, suprimiu de forma taxativa o princípio, proibindo aos contratantes qualquer manifestação neste sentido, restando tão somente a possibilidade de optar pelo foro de eleição desejado, mesmo assim ressalvados os princípios de ordem pública e as normas de competência definidas pelo Código de Processo Civil brasileiro.

No entanto, alguns avanços devem ser registrados. Vale ressaltar que a Lei de Arbitragem, promulgada no ano de 1996, surge como uma alternativa extremamente válida à livre manifestação de vontade das partes, uma vez que recepciona o princípio da autonomia da vontade, representando um avanço legislativo importante.

Ademais, uma saída para instituir o princípio da autonomia da vontade no ordenamento jurídico brasileiro seria ratificar a Convenção sobre Leis Aplicáveis aos Contratos, realizada no México, no ano de 1994, sendo a quinta Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado, a CIDIP V.

A jurisprudência analisada é escassa, e invariavelmente acaba por aplicar de forma taxativa o disposto no caput do artigo 9º da LICC, ou seja, por não reconhecer a livre manifestação de vontade no tocante à lei aplicável aos contratos internacionais. Ante o exposto, resta a certeza da necessidade de harmonização das normas internas, no sentido de diminuir ou até mesmo eliminar as diferenças existentes, como forma de contribuir para o pleno desenvolvimento das relações internacionais, conferindo aos contratantes maior grau de segurança.

Referências

- AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004.
- ARAÚJO, Nádya de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade*, Mercosul e Convenções Internacionais. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BASSO, Maristela. *Contratos internacionais: negociação, conclusão, prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.
- BASTOS, Celso Ribeiro; KISS, Eduardo Amaral Gurgel. *Contratos internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- MONSERRAT FILHO, José. *O que é Direito Internacional*. São Paulo: Brasiliense, 1981.
- NEPOMUCENO, Wagner Prado; RODRIGUES, Joelso de Farias. A segurança jurídica e o princípio da autonomia da vontade nas cláusulas da lei aplicável, do foro e da arbitragem dos contratos internacionais privados. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Caxias do Sul*, n. 16, p. 69-85. 2006.
- PEREIRA, José Edgard Amorin. Contrato internacional do comércio. *Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo. n. 74, p. 11-22, abr./jun. 1989.
- RODAS, João Grandino. *Contratos internacionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- STRENGER, Irineu. *Autonomia da vontade em direito internacional privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- _____. *Contratos internacionais de comércio*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- _____. *Direito internacional privado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 1.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1.

Franceska Damo Venzon*
Márcia Ribeiro Jordão*
Milena Guarani*
Rocheli Balen*
Laura Swiderek**

Hipoteca – Um instituto em decadência?

Resumo: O presente artigo visa analisar os aspectos relativos ao instituto da hipoteca, no que tange a sua evolução histórica, seus princípios, sua conceituação, seus requisitos principais, conjuntamente com suas espécies. Analisa, também, seus efeitos e formas de extinção. Observa-se que a hipoteca, atualmente, vem perdendo espaço para a alienação fiduciária, visto que o princípio da preferência não é absoluto, pois esse instituto é preterido pelos créditos tributários e trabalhistas, o que na prática enfraquece a sua garantia.

Palavras-chave: Hipoteca. Alienação fiduciária. Garantia real. Registro público.

Abstract: The present paper will altogether analyze the aspects about the mortgage institute, specifically about its historical development, its principles, its meaning, and its main requirements in addition to its species. It will also analyze its effects and extinction ways. Nowadays, this institute has been loosing room to the chattel mortgage, as the preference principle seems to be relative, because this institute is not as important as the taxing and working credits, what weakens its security.

Key words: Mortgage. Chattel mortgage. Collateral security. Public register.

Introdução

A palavra hipoteca deriva do latim *hypotheca*, que, por sua vez, vem do grego *hypothéke*, que significa, basicamente, “dar em penhor”. Os primeiros registros desse instituto podem ser encontrados no Direito Ro-

* Acadêmicas do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha – FSG – Caxias do Sul, RS. Keka.san@gmail.com; jordao@terra.com.br; milenaguaragni@terra.com.br; balen-cosm@uol.com.br.

** Docente da Faculdade da Serra Gaúcha – FSG – Caxias do Sul, RS. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. lauraswk@gmail.com.

mano, quando, ainda na posse do imóvel rural, o arrendatário comprometia-se a pagar o aluguel dando como garantia os utensílios usados no trabalho, ou o gado, ou até mesmo os escravos.

Entretanto, no caso de inadimplemento, o credor poderia apenas reclamar a posse e guardar a coisa até que a dívida fosse paga. Porém, viu-se que isso não satisfazia as partes e começou-se a agregar pactos acessórios à hipoteca, dando surgimento ao pacto comissório. Contudo, no ano de 326, Constantino proibiu a existência desse pacto, sob a alegação de que o devedor poderia dar em garantia algo de valor muito mais alto do que a dívida contraída.

Nesse período, a hipoteca tem seus traços principais delineados, como por exemplo, ser um direito indivisível, aplicado a bens corpóreos e incorpóreos, inclusive poderia ser dado em hipoteca um bem futuro e universalidades (conjunto de bens). Além disso, ela poderia ser convencional, legal ou testamentária.

No Brasil, a hipoteca ingressou no Direito das Ordenações de forma assistemática, sendo similar ao Direito Romano, com todas suas deficiências. Porém, em 1843 surge a primeira lei (Lei nº 317), a qual não continha os princípios da especialização e publicidade. A Lei nº 1.237/1864 trouxe importantes modificações em nosso ordenamento jurídico, sendo criado o Registro Geral Hipotecário, que estabeleceu os princípios da inscrição, especialização e prioridade. Com o Código Civil de 1916, a hipoteca já aparece como direito real, dando segurança e utilidade ao instituto, tendo como fundamento os princípios da publicidade e especialidade.

Conforme esclarece Gonçalves (2008), a hipoteca é “concebida e regulada como direito real de garantia que consiste em sujeitar um imóvel ao pagamento de uma dívida de outrem, sem retirá-lo da posse do dono”.²⁵⁷

Ela é de natureza civil, por ser um direito real de garantia. Pode recair sobre bens móveis e imóveis, conforme veremos a seguir. Além disso, é importante ressaltar que o devedor continua na posse do bem dado em hipoteca. Como já mencionado anteriormente, ela é indivisível, já que grava o bem em sua totalidade. E, ademais, possui caráter acessório já que vem assegurar um direito pessoal. Embasa-se em dois princípios principais: publicidade e especialização, além de assegurar os direitos de preferência e seqüela ao seu titular, sendo assim oponível *erga omnes*.

²⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 567.

A hipoteca somente pode ser considerada um direito real após o efetivo registro imobiliário, pois, não o tendo, constitui-se uma mera obrigação *inter partes*. Quando registrada, a hipoteca terá um número de ordem, que determinará a prioridade, no caso de um imóvel com diversas hipotecas (art. 1.493, parágrafo único, CCB). Já a especialização refere-se ao fato de não haver possibilidade de existência de hipoteca ilimitada e geral (art. 1.424, CCB).

1 Requisitos e espécies

Para a hipoteca ser válida e eficaz, é preciso que preencha determinados requisitos de caráter objetivo, subjetivo e formal.

1.1 Objetivo

Poder-se-ia dizer que, via de regra, somente os bens imóveis são passíveis de hipoteca, porém o artigo 1.473 do Código Civil, em seus incisos VI e VII, prevê a hipoteca de navios e aeronaves, que são bens móveis. Característica que deve existir em ambos é a alienabilidade. Ou seja, os bens devem ser passíveis de alienação, estando assim *in commercio*.²⁵⁸ Além disso, meros direitos hereditários não podem ser hipotecados, pois não há maneira de registrá-los. Da mesma forma, não se permite a hipoteca de bens futuros, por contrariar o princípio da especialização. Finalmente, o bem de família também não pode ser hipotecado. Dito isso, passa-se ao exame dos bens que podem ser hipotecados:

a) Imóveis e acessórios de imóveis conjuntamente com eles (art. 1.473, I)

Considera-se como bem imóvel: aquele que é por natureza (ex.: solo e superfície, subsolo e espaço aéreo); aquele que é por acessão natural (ex.: árvores, pedras, cursos de água); e aquele que é por acessão industrial ou artificial (ex.: casas e construções).

Os edifícios coletivos (apartamentos, salas comerciais) podem ser hipotecados pelos proprietários sem a necessidade de anuência dos outros condôminos. Já os bens que tem caráter indivisível (ou seja, o condomínio tradicional), precisam da anuência dos demais condôminos, no caso de

²⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 372.

hipoteca. Se for o bem divisível, cada condômino pode hipotecar sua parte, respeitando seu devido quinhão.

O código atual traz uma exceção ao princípio da indivisibilidade, em seu artigo 1.488, §§ 1º a 3º, Maria Helena Diniz explica que

Se o imóvel hipotecado vier a ser loteado, ou se nele for constituído um condomínio edilício, o ônus poderá ser dividido, gravando cada lote ou unidade autônoma, se o credor, devedor ou os donos o requererem ao juiz, obedecendo à proporção entre o valor de cada um deles e o crédito. O credor apenas poderá opor-se ao pedido de desmembramento do ônus, demonstrando que o mesmo diminuiria sua garantia.²⁵⁹

Quanto aos acessórios, desde que ligados diretamente ao principal, são alvo de hipoteca. Se forem separados do principal, viram móveis e não são passíveis de hipoteca. Alguns exemplos de acessórios seriam os frutos naturais, as safras, e tudo que for mantido pelo homem para o emprego na exploração industrial do imóvel, para sua comodidade e aformoseamento.

b) Domínio direto e útil (art. 1.473, II e III)

Como na enfiteuse os domínios direto e útil restam separados, aqui o direito direto do senhorio pode ser hipotecado, não dependendo de anuência do enfiteuta. Assim como o direto, o útil também pode ser hipotecado, visto que é passível de alienação. Em relação ao *laudêmio*, há divergência entre doutrinadores. Caio Mário²⁶⁰ (p.374) afirma que, em caso de excusão hipotecária, o adquirente se sujeita ao pagamento do mesmo. Já Maria Helena²⁶¹ (p. 477) diz que o adquirente não mais se sujeitará ao pagamento do *laudêmio*.

c) Estradas de ferro (art. 1.473, IV)

Estas podem ser hipotecadas como conjunto de material fixo (trilhos) e de material rodante (vagões), formando uma universalidade de fato. Além disso, em se tratando de sua extensão, poderá abranger tanto uma estrada toda como uma determinada linha ou ramal.

A característica predominante neste tipo hipotecário reside na continuidade do seu funcionamento. Por isso, o credor deve respeitar a administração e suas deliberações, segundo descritas no artigo 1.503 do CC.

²⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 476.

²⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 374.

²⁶¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 477.

Quando da execução dessa hipoteca, só se dará carta ao maior licitante ou ao credor adjudicatório após a intimação do representante da União ou Estado a que tocar a preferência, para que em quinze dias, faça a remissão da estrada hipotecada, pagando o preço da arrematação ou adjudicação.

d) Recursos naturais (art. 1.473, V)

Conforme artigo 176 da Constituição Federal de 1988, as jazidas não pertencem ao solo, mas sim à União. O concessionário tem a garantia de propriedade sob o produto da lavra. As minas precisam de concessão para que sejam hipotecadas, o que não acontece com as pedreiras.

e) Navios e aeronaves (art. 1.473, VI e VII)

São regidos por leis especiais, fora do Código Civil. Os navios são bens móveis, mas, devido ao seu alto valor econômico e sua vinculação a um porto (Capitania dos Portos ou Tribunal Marítimo), o que lhes auferem um registro (tornando-os assim, públicos), um nome e um número (o que os torna específicos), podem ser hipotecados.

Quanto às aeronaves, essas não violam o princípio da individualidade por terem marca, prefixo e matrícula registradas no Registro Aeronáutico Brasileiro. Podem ser hipotecados no todo ou em partes distintas.

1.2 Subjetivo

Ao dar-se um bem em hipoteca, está-se garantindo que a dívida será paga. Porém, se ela não o for, o bem será levado à hasta pública. É exatamente por isso que, para ser hipotecado, o bem deve ser passível de alienação. Além disso, só o proprietário é que pode hipotecar sob pena de a hipoteca se tornar nula, salvo os casos de devedor de boa-fé e do procurador especial. Logo:

- a) Nenhum dos cônjuges pode hipotecar sem a anuência do outro, salvo no caso de separação absoluta. Quando a um dos cônjuges for impossível ou quando um se negar imotivadamente, cabe ao juiz outorgar.
- b) Quando de coisa indivisa comum, os condôminos só podem hipotecar com a concordância de todos, mas se for divisível, cada um pode hipotecar sua parte. Porém se for condomínio coletivo,

cada proprietário pode hipotecar sua unidade sem a anuência dos demais.

- c) Menor sob poder familiar só hipoteca com representação dos pais, através de autorização judicial e de demonstração de verdadeira urgência. Quanto aos menores tutelados ou curatelados há controvérsias. Carlos Roberto Gonçalves²⁶² e Maria Helena Diniz²⁶³ acreditam que, mediante representação e autorização do juiz, podem hipotecar. Caio Mário da Silva Pereira,²⁶⁴ ao contrário, diz que esses não podem hipotecar, nem diretamente, nem via representação. Os falidos, por não disporem de seus bens e não os administrarem, não hipotecam. Os concordatários, até a concordata, podem hipotecar mediante autorização judicial.
- d) Os ascendentes podem hipotecar aos descendentes sem o consentimento dos outros.

1.3 Formal

Existem três tipos de hipoteca: a convencional (firmada por contrato), a legal (firmada pela lei), e a judicial (firmada através de sentença). Em qualquer uma das três, existe um título que cristaliza a garantia sobre o bem.

Na hipoteca convencional há um acordo de vontade entre o credor hipotecário e o devedor principal ou terceiro hipotecante. Exige testemunhas e, se for um imóvel, uma escritura pública. Na legal haverá uma sentença de especialização e na judicial carta de sentença ou mandado judicial.

Assim, com o registro nasce um direito real *erga omnes*, e ele é indispensável para a validade perante terceiros da hipoteca. Conforme opinião unânime dos doutrinadores pesquisados, o registro é o momento culminante da hipoteca; o título e a especialização, os elementos preparatórios. Ademais, hipoteca sem registro inexistente.

Não há prazo para a efetivação do registro. Para a hipoteca convencional, ele vale por trinta anos, podendo ser renovada através de novo título e novo registro. Já a legal e a judicial, o registro vale enquanto perdurar a obrigação. A especialização, no entanto, deve ser renovada após 20 anos.

²⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 568.

²⁶³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 482.

²⁶⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 378.

1.4 Espécies de hipoteca

Hipoteca convencional é a realizada por contrato bilateral; são aptas de ônus real todas as obrigações de dar, de fazer ou de não-fazer. Para a sua composição, é necessário que o hipotecário seja proprietário do bem garantidor da obrigação basal, que possua capacidade de alienar, que o contrato seja por escritura pública ou particular, que este esteja registrado no Cartório de Registro de Imóveis competente. Diz-se que a hipoteca é o princípio de uma alienação, pois, se o hipotecário não cumprir, o credor tem o direito de executá-lo judicialmente e, posteriormente, com o fruto do leilão, ver suprimida a dívida, portanto somente é alienável o que é hipotecável. Vale lembrar que somente o proprietário pode alienar; ao promitente comprador não se faculta o direito de alienar imóvel prometido em hipoteca. Também, não se aliena sem a cedência do outro cônjuge, bem como de incapazes que não estejam assistidos por seus pais, tutores e curadores com prévia autorização judicial. Para a hipoteca valer contra terceiros, é indispensável o registro no Cartório de Registros de Imóveis. Sem esse não há como terceiros tomarem conhecimento da existência de ônus.

Hipoteca legal é a originária de lei, é aplicada em casos especiais em que se albergam pessoas em detrimento de uma situação, conforme preceitua o artigo 1.489 do Código Civil. Nesses casos, seus bens estão confiados à administração de terceiros e somente nesses casos é oferecido imóvel de outrem, quer seja do pai ou da mãe, de administrador público, autor do ato ilícito, do credor ou de herdeiro. Como não existe um título certo a ser registrado, há a necessidade de um processo judicial. A especialização da hipoteca legal está compreendida entre os artigos 1.205 e 1.210 do Código de Processo Civil. São incumbidos aqueles que estão obrigados por solicitação do Ministério Público e por omissão. A quem couber o registro está sujeito a perdas e danos pelo ato omissivo.

A *hipoteca judicial* originou-se na França. Entre a condenação efetiva e a sua execução, é muito comum que aquele que sofre condenação desperdice seus bens, deixando o credor impossibilitado de ver compensado o seu direito originário de uma sentença judicial. No nosso novo Código Civil, não há citação sobre este tipo de hipoteca, porém os legisladores instituíram, no artigo 466 do Código de Processo Civil, a hipoteca judicial. Esta tem por finalidade a tomada do patrimônio do devedor para garantir o do credor. No que tange a este artigo, a sentença condenatória deve possuir quantia suficiente em dinheiro ou a entrega de bens. A sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença judicial; ambas possuem o efeito

executivo. Se a sentença for estrangeira esta deverá ser homologada pelo STF para que tenha valor como título executivo de uma hipoteca judicial, conforme artigo 483 do Código de Processo Civil e artigos 34 e 35 da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96). Na hipoteca judiciária, não há a necessidade de referência na sentença, nem qualquer prévia solicitação da parte na peça inicial ou na reconvenção. Esta surge do fato existente da própria sentença condenatória sendo ela mesma o meio de formalização. No artigo 466 do Código de Processo Civil, percebe-se que a hipoteca judicial é permitida independente do trânsito em julgado da sentença condenatória, porém esta deverá ser sempre condenatória, não importando a existência de recurso de apelação ou qualquer outro efeito suspensivo. O interessado pode ir a juízo discutir o valor da hipoteca para que, se em caso de excesso, garantir somente o valor necessário para o cumprimento da sentença. Nesse caso a utilização do agravo de instrumento é o instituto necessário para dirimir o feito.

Hipoteca cedular: no artigo 1.486 do Código Civil está autorizada a emissão de cédula hipotecária no ato da constituição da hipoteca na forma e previstos em lei especial (Decreto-Lei nº 70/66 e 1.494/76), sendo somente admitida em operações referentes ao SFH – Sistema Financeiro da Habitação – e em hipotecas que usam instituições financeiras ou companhias de seguros. Esta poderá ser liquidada com o seu devido pagamento. Também poderá este pagamento ser consignado se o credor se negar a receber sem motivo lícito. Esta hipoteca sempre é nominal, porém pode-se transferir por endosso e emitida pelo próprio credor.

2 Efeitos

A hipoteca produz efeitos a partir do registro do título constitutivo, embora sua plenitude ocorra quando o titular promove a execução judicial. Produz efeitos em relação ao devedor, ao credor, a terceiros, à relação jurídica em si mesma e aos bens gravados.

2.1 Efeitos em relação ao devedor

O devedor passa a sofrer limitações nos seus direitos sobre o bem onerado, uma vez constituído o ônus real. Uma delas é que não poderá praticar atos que desvalorizem, deteriorem ou destruam; nem alterar a substância da coisa hipotecada, modificando-lhe a destinação ou praticando ato

que acarrete a diminuição do seu valor. O devedor não está impedido de alienar o imóvel hipotecado, porque não perde o seu *jus disponendi*, no entanto, transfere-se ao adquirente o ônus que o grava – *transit cum onere suo*; porém, se efetuar antes da inscrição hipotecária, incorre nas penas de estelionato, por ter ocultado o fato (CP, art. 171, § 2º). Embora não possa constituir outro direito real, como, por exemplo, o caso da anticrese por prazo mais longo que a hipoteca, é lícito ao devedor constituir uma segunda hipoteca, em favor de si mesmo ou de outro credor, sobre o mesmo bem, desde que o bem tenha valor suficiente para cobrir o valor da primeira.

2.2 Efeitos em relação ao credor

Vencida e não-paga a dívida, o credor pode promover a excussão da garantia, por meio de execução hipotecária, na qual o bem dado em garantia será penhorado e levado à hasta pública; caso não seja suficiente para pagar o exequente, este poderá penhorar outros bens do devedor. O bem sendo arrematado, o credor hipotecário se paga pelo valor obtido ou pela adjudicação deste bem; com preferência sobre qualquer outro credor, salvo aqueles por custas judiciais, por tributos e pelas dívidas oriundas do salário, do trabalhador agrícola, pelo produto da colheita que participou com seu trabalho (CC, arts. 1.422 e parágrafo único e 964, VIII). O Decreto-Lei nº 70/66 permitiu a execução de créditos hipotecários por via extrajudicial, e que, também, atribui a um agente fiduciário a venda extrajudicial e sumária do bem gravado, quando o credor for instituição financeira; já a Lei nº 5.741/71 estabeleceu o rito sumário para a ação de cobrança de dívidas hipotecárias vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação.

2.3 Efeitos com relação a terceiros

A hipoteca, por ser um direito real, produz efeitos em relação a terceiros, após o seu registro, sendo oponível contra tudo e contra todos (*erga omnes*), conferindo ao credor hipotecário o direito de seqüela. Dessa forma, o adquirente do imóvel hipotecado não pode alegar o desconhecimento do ônus, pois este consta, obrigatoriamente, no Registro de Imóveis. Além disso, nenhum outro credor poderá efetuar a venda judicial do imóvel sem a citação do credor hipotecário, nem disputar o rateio do produto, a não ser que haja sobras, depois de pago o credor garantido.

2.4 Efeitos quanto à relação jurídica em si mesmo

A hipoteca convencional pode ser estipulada por qualquer prazo; já a hipoteca legal perdura indefinidamente, enquanto se prolongar a situação jurídica que garante. Portanto, a estipulação do prazo ficará a critério das partes, devendo o contrato mencionar o prazo fixado para o vencimento do ônus real (CC, art. 1.424, II), sendo que este prazo não pode exceder a 20 anos. Se estipulado em tempo superior, no entanto, o contrato não será nulo. Opera-se o *pleno iure*, ou seja, a redução do prazo ao limite legal. Se ocorrer a prorrogação do contrato, este não poderá exceder a 20 anos da data do contrato. Se isso ocorrer, dar-se-á a preempção da hipoteca, não podendo o credor excuti-la. Caso as partes quiserem continuar com o ônus real, deverão constituir um novo título e uma nova inscrição no registro. Nesse instituto se reconhece a preferência do credor hipotecário que terá o direito de se pagar prioritariamente sem se sujeitar a concursos e rateios, salvo os casos previstos em lei, elencados anteriormente.

2.5 Efeitos quanto aos bens gravados

Alguns aspectos importantes devem ser observados. Um deles é com relação ao perecimento do bem hipotecado. Se ocorrer, haverá o desaparecimento do ônus real, e ainda, se houver indenização por parte do causador do dano, pela seguradora, ocorrerá a sub-rogação real, protelando os efeitos da hipoteca sobre este valor. Outro aspecto de grande relevância é que a hipoteca se adere ao imóvel, ou seja, o acompanha em todas as mutações objetivas até a sua extinção. E, por fim, a hipoteca assegura o cumprimento de obrigações acessórias.

3 Peculiaridades

O contrato de hipoteca é dotado de uma importante peculiaridade, ou seja, não é necessária a fase de avaliação do bem hipotecado que é levado a leilão para pagamento da dívida. Esta circunstância ocorre quando o valor ajustado entre as partes faz constar na escritura pública de hipoteca. Esse valor devidamente corrigido será a base para as arrematações, adjudicações e remissões, conforme o art. 1.484 do Código Civil. Definido, contratualmente, o valor de avaliação, as partes não têm o direito subjetivo de requerer nova avaliação face à imperatividade da norma.

4 Extinção

Para discorrermos sobre a cessação da garantia hipotecária, recorremos ao ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente, ao nosso Código Civil, o qual, no seu artigo 1.499, enumera as diversas hipóteses previstas para extinção da hipoteca. Cabe lembrar que o elenco dado por nosso legislador não esgota as prováveis causas de extinção, a qual também pode ocorrer, por exemplo, pela consolidação da propriedade, que é caracterizada quando as qualidades de credor e dono do imóvel se concentram na mesma pessoa. Porém, pelo fato de o tema ser muito amplo, preferimos nos centrar basicamente nas hipóteses enumeradas pelo código, a seguir apresentadas e comentadas.

4.1 Extinção da obrigação principal

Partindo do pressuposto de que a garantia hipotecária é uma relação jurídica acessória e de que, conforme conhecido princípio jurídico, *accessorium sequetur principale*, com a extinção da dívida assegurada, considera-se cessada a garantia. Assim, a hipoteca vige enquanto a obrigação garantida subsistir. Somente terá este efeito se ocorrer o adimplemento total da obrigação principal, de modo que, ocorrendo parcialmente, a hipoteca persistirá integralmente.

4.2 Destruição da coisa

Como já é de conhecimento pleno, o direito perece, perecendo seu objeto; assim, com a destruição da coisa dada em garantia, conseqüentemente ocorre a extinção da hipoteca. Se acaso ocorrer perda ou deterioração parcial, a relação hipotecária permanecerá no remanescente. Nos termos do artigo 1.425, § 1º, do Código Civil, a garantia da hipoteca se subroga, se a coisa que veio a perecer estava amparada por seguro, e a seguradora efetuou o pagamento da devida indenização.

4.3 Resolução da propriedade

Ocorre a extinção da garantia real sob este prisma no caso do devedor que, sobre o imóvel hipotecado, possuía propriedade resolúvel com o implemento da condição resolutiva, ou do ajustado termo. Desse modo, resolvido o domínio, aquele que deu a coisa em garantia deixa de ser o dono

(devedor) e, sendo pressuposto da hipoteca a propriedade do objeto, perde esta seu objetivo, deixando de subsistir.

4.4 Renúncia do credor

Cabe, de início, destacar que esta hipótese extintiva aplica-se somente à hipoteca convencional, pois no que tange à hipoteca legal tratamos de interesse de ordem pública, caracterizado pela irrenunciabilidade. Trata-se de ato unilateral que independe de consentimento do devedor. A renúncia do ônus real, no entanto, deve ser expressa por escritura e pública, conforme defende a doutrina. Em certos casos, admite-se que a renúncia seja tácita, como quando credor e devedor, juntos, requerem o cancelamento da garantia. Cabe ressaltar que, para validade desta causa extintiva, leva-se em consideração a capacidade do renunciante, bem como a capacidade de dispor do bem. Tem por efeito transformar o credor de hipotecário em quirografário.

4.5 Remissão hipotecária

Opera a libertação do bem hipotecado, em outras palavras, o bem gravado é resgatado pelo próprio devedor (e família), pelo credor sub-hipotecário e pelo terceiro adquirente. Há entendimentos de que no caso do credor sub-hipotecário redimir a hipoteca, assim seu ato apenas libera o imóvel da primeira hipoteca, mantendo-o vinculado à subsequente garantia.

4.6 Arrematação e adjudicação

Nesse modo, a hipoteca extingue-se com a arrematação do imóvel por aquele que maior lance oferecer. Não se trata aqui de qualquer venda em hasta pública, mas sim somente a efetuada no executivo hipotecário. A doutrina também sustenta que é inválida a arrematação do imóvel hipotecado sem a devida citação do credor hipotecário. Nessa hipótese o credor, comparecendo, pode exercer seu direito de preferência.

Essas, segundo o supracitado artigo do nosso ordenamento civil, são consideradas as causas que conduzem a hipoteca à extinção. Essa espécie de garantia que, em sua essência, é um direito real imobiliário, motivo pelo qual só se adquire mediante registro do título constitutivo. Conseqüentemente, para a extinção da garantia hipotecária dever-se-á proceder ao cancelamento do título inicialmente registrado, pois o fim da hipoteca somente terá efeito

perante terceiros, ou seja, só será característica de oponibilidade, depois de averbada no respectivo Cartório Imobiliário. É por meio da publicidade do ato, que todos poderão tomar conhecimento da solução do débito pelo devedor. O cancelamento pode ser efetuado pelo devedor, ou por alguém que o represente de forma válida, e o procedimento para a devida anulação deve fundar-se em alguma das causas de extinção da devida garantia, não bastando apenas citá-la, devendo assim, provar por meio de instrumento.

Considerações finais

No Brasil, ao contrário de grande parte dos países, a utilização da hipoteca tem perdido espaço, especialmente para a alienação fiduciária, isso porque o credor hipotecário é preterido pelos créditos tributários e trabalhistas, o que na prática enfraquece a sua garantia, além do processo extrajudicial ser muito demorado. A vantagem é evidente porque, caso haja o inadimplemento da obrigação, o credor pode consolidar a propriedade em seu nome, não existindo outras preferências, uma vez que o bem não é mais do devedor desde o início do contrato; além do que o procedimento extrajudicial para a consolidação da propriedade tende a sofrer menos questionamentos, já que não se está tomando bens do devedor, mas apenas consolidando o que já era seu.

Outro fato que enfraqueceu a hipoteca foi a Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça que considerou a hipoteca ineficaz em relação ao promitente comprador de boa-fé, nas hipóteses em que o incorporador imobiliário vendia as unidades, mas não transferia ao banco que financiou o empreendimento os recursos arrecadados com a venda; desta forma os bancos ingressavam com uma ação de execução e requeriam a penhora dos bens alienados. Com o entendimento da súmula acima citada, os bancos perderam as hipotecas. Esse fato foi marcante no final dos anos de 1990.

Referências

Lei 10.406/2002, Código Civil Brasileiro.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 4.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 5.

Francisco Fiedler de Vargas Lunardi
Joel Bercário Passos*

Lei Maria da Penha, uma abordagem histórica, crítica e consciente sobre a Lei

Resumo: O presente artigo aborda uma questão histórica acerca da mulher, além de discutir diferentes teses quanto à constitucionalidade da Lei Maria da Penha. Tal discussão permite que o leitor possa posicionar-se criticamente no que diz respeito à funcionalidade e legalidade da mesma. O presente trabalho faz breves comparações quanto à punição do homem e da mulher no que tange à violência doméstica.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Constitucionalidade. Funcionalidade. Mulher. Violência.

Abstract: This article addresses a historical question about the woman, and discuss various theories about its constitutionality from the Maria da Penha's Law. This discussion allows the reader can position itself critically in respect of functionality and legality of it. This work is brief comparisons as to punishment of man and woman with regard to domestic violence.

Key words: Maria da Penha's Law. Constitutionality. Functionality. Woman. Violence.

1 Sobre a mulher

A mulher, atualmente, conquistou muitos espaços. Os movimentos feministas, por exemplo, representam algo relativamente novo. O próprio Dia da Mulher, comemorado no dia 8 de março, é um marco, um reconhecimento da sociedade. A mulher evoluiu muito, tanto econômica como social e politicamente. No ano de 2000, pela primeira vez, alguém do sexo feminino integrou a corte do STF (Supremo Tribunal Federal), e em 2006 tivemos a primeira presidente do STF, a Ministra Elen Greice.

A partir daí, começamos a sentir, verdadeiramente, a igualdade entre o homem e a mulher. No dia 22 de setembro de 2006, entrou em vigor a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, que foi nomeada Lei Maria da Penha,

* Acadêmicos do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gáucha. f.lunardi@hotmail.com; joelb-passos@yahoo.com.br.

em homenagem à Maria da Penha, uma vítima da violência doméstica. A lei procurou criar mecanismos a fim de coibir a violência no âmbito familiar. A intenção foi a melhor possível; porém, a prática nos mostra uma grande divergência em diversos aspectos os quais neste artigo nos propomos a abordar.

2 Mulher que deu origem à Lei Maria da Penha

Maria da Penha Maia Fernandes é biofarmacêutica cearense, fez da sua tragédia pessoal uma bandeira de luta pelos direitos da mulher e batalhou durante 20 anos para que a justiça fosse feita. O seu agressor, o professor universitário de economia Marco Antonio Herredia Viveros, era também o seu marido e pai de suas três filhas. Na época, ela tinha 38 anos, e suas filhas tinham entre 2 e 6 anos.

Na primeira tentativa de homicídio, em 1983, Viveros atirou em suas costas enquanto ainda dormia, alegando que tinha sido um assalto. Depois do disparo, foi encontrado na cozinha gritando por socorro. Dizia que os ladrões haviam escapado pela janela. Maria da Penha foi hospitalizada e ficou internada durante quatro meses. Voltou ao lar, paraplégica, e mantida em regime de isolamento completo, por seu marido. Foi nessa época que aconteceu a segunda tentativa de homicídio: o marido a empurrou da cadeira de rodas e tentou eletrocutá-la embaixo do chuveiro.

Herredia foi a júri duas vezes: a primeira, em 1991, quando os advogados de defesa conseguiram anular o julgamento. Já, na segunda, em 1996, o réu foi condenado a dez anos e seis meses. Ele recorreu, no entanto a sentença foi mantida debaixo de pressões locais e internacionais. Com a ajuda de diversas ONGs, Maria da Penha enviou o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA) tendo em vista a demora injustificada de uma decisão. Ao chegar à OEA, a denúncia do crime de violência doméstica foi acatada pela primeira vez.

Viveros foi preso em 28 de outubro de 2002 e cumpriu apenas dois anos de prisão. Hoje está em liberdade.

Após as tentativas de homicídio, Maria da Penha começou a atuar em movimentos sociais contra violência e impunidade e hoje é coordenadora de Estudos, Pesquisas e Publicações da Associação de Parentes e Amigos de Vítimas de Violência (APAVV), no Ceará. A história de Maria da Penha pode ser conhecida na biografia que escreveu em 1994, intitulada “Sobrevivi... Posso Contar”. Hoje ela atua junto à Coordenação de Políticas para

as Mulheres da prefeitura de Fortaleza e é considerada símbolo contra a violência doméstica. Maria da Penha conta que, na época do crime, não denunciou o agressor “porque não existiam os mecanismos de proteção que existem atualmente, nem a quem recorrer”.

3 Funcionamento do processo

Já que a lei se destina a este fim, ao sofrer a agressão, a ofendida se dirige até uma Delegacia de Polícia (em Caxias do Sul temos a Delegacia Especializada para Mulher). Na delegacia é feito o registro da ocorrência no Boletim de Ocorrência (BO), que é, em seguida, encaminhado ao Fórum, na maioria das vezes com as medidas protetivas postuladas pela vítima.

Após o expediente de medidas protetivas ser remetido ao Fórum, o juiz analisará a real necessidade ou não do deferimento das medidas postuladas, que algumas vezes são revogadas antes mesmo de serem efetivamente cumpridas, seja por falta de esclarecimento das vítimas ou por simples arrependimento.

Sabe-se de muitos casos em que a violência doméstica é extrema, porém, são raros os casos em que a ofendida dá prosseguimento ao processo e, por isso, permanecem sem punição. Cabe ressaltar que, em se tratando de lesões corporais de natureza grave, o Ministério Público poderá oferecer denúncia mesmo sem a representação da vítima.

Após todo esse procedimento, é designada pelo juiz uma audiência de conciliação entre as partes. Caso a ofendida se retrate da representação oferecida, antes da audiência, a mesma poderá ser cancelada. Na audiência de conciliação, ou audiência preliminar, busca-se um acordo entre o autor do fato e a vítima. Nesta oportunidade, a vítima diz se quer ou não levar adiante o processo criminal. Muitas vezes é feito um acordo; outras as partes chegam às audiências já reconciliadas. O trabalho desempenhado tanto pelo Judiciário quanto pela Delegacia é extenso e complexo diante do número de registros feitos diariamente.

Se não houver a conciliação em audiência, o processo irá tramitar regularmente: com interrogatório, inquirição de testemunhas, memoriais e, por fim, sentença, que poderá ser ou condenatória ou absolutória. Ressalte-se aqui que muitos réus são primários nesse tipo de processo.

Na euforia do litígio, no calor da discussão, um certo número de vítimas vai até a delegacia; algumas vezes não procuram buscar uma maneira menos árdua para resolver as questões atinentes à relação que essas sofrem e

criam assim uma grande demanda para que, através do Poder Judiciário, seus problemas sejam dirimidos.

Cabe dizer que, quando o expediente de medida protetiva ou o Inquérito Policial chega até a “mesa do Juiz”, o magistrado tem uma tarefa difícil à sua frente, uma vez que, em muitos casos, só é ouvida a vítima e, em outros, não há tempo hábil para ser dado vista ao Ministério Público para que ele se manifeste. Caso o juiz resolva retirar um homem do lar, o suposto agressor poderá estar sofrendo um mal injusto; por outro lado, a vítima poderá estar morta até a audiência de conciliação, caso exista realmente a periculosidade.

No expediente de medidas protetivas, com base na Lei 11.340, a vítima irá fazer os seus requerimentos em juízo, segundo o art. 22 da Lei, que diz: “Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

“I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas.” Caso seja requerido, obviamente será de pronto atendido, desde que bem fundamentada a necessidade e periculosidade a que a ofendida está exposta.

“II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida.” Isso geralmente é feito através de Oficial de Justiça, que algumas vezes pode ser acompanhado de força de polícia. O que no caso em concreto muitas vezes tira o suposto agressor do lar sem ele sequer ser ouvido em fase policial.

III – proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida.

IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar.

V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Como se pode constatar, é muito custosa para o Juiz a análise da questão a respeito de alimentos provisórios. Como o magistrado irá fixar um valor em dinheiro de alimentos provisórios, se junto aos autos muitas vezes não vem nenhuma documentação sobre a renda, sobre as condições e, em alguns casos, sequer vem aos autos a profissão do suposto agressor?

4 A defesa da Lei Maria da Penha

A referida lei entrou em vigor com implicações de cunho processual e material. Nela se destacam modificações relevantes.

A razão de ser, promulgada a lei específica, se deve à longa opressão sofrida pela mulher durante milênios. Não é mais tolerável que, em pleno século XXI, a mulher não seja tratada com dignidade, principalmente no âmbito das relações familiares.

Há muito tempo, as mulheres são desrespeitadas e desvalorizadas simplesmente por serem do sexo feminino. Basta lembrarmos a vida da primeira filósofa: Hipácia (370-415). De orientação neoplatônica, dedicava-se à matemática e à astronomia e era influente professora na cidade egípcia de Alexandria. Foi assassinada pelo clérigo-patriarca Cirilo, mais tarde canonizado como São Cirilo. Ele ordenou a uma multidão cristã que a arrastassem para uma igreja, onde seus monges a escoriaram com conchas de ostra até a morte. As mulheres não podiam pensar.

A consciência desse tratamento injusto demorou a se expressar e dependeu do próprio esforço das mulheres.

No ocidente, a primeira pensadora a reconhecer e lutar pelos direitos da mulher foi a inglesa Mary Wollstonecraft (1759-1797) cuja obra *A Vindication of the rights of women* (1792) constitui dura crítica à pretensa inferioridade feminina defendida por Rousseau (1712-1778). Depois dela, somente no século XX surgiu a obra de maior influência a distinguir a diferença sexual biológica das categorias masculina e feminina impostas socialmente. Foi o clássico *Le deuxième sexe* (O segundo sexo), estudo sobre a opressão das mulheres, lançado em 1949 pela filósofa francesa Simone de Beauvoir (1908-1986).

Na obra de Simone de Beauvoir, compreende-se que no processo de constituição dos homens como grupo dominante no exercício do poder, as mulheres foram excluídas, tiveram sua liberdade de escolha e de realização restringidas em razão de seu corpo, sendo-lhes reservadas apenas tarefas domésticas e subalternas. Essa situação foi considerada natural pela sociedade.

Grandes psicólogos contemporâneos dizem que, embora possamos observar hoje profundas transformações na estrutura e dinâmica da família, há ainda a prevalência, em nossa sociedade, de um modelo de família que se caracteriza pela autoridade, e pela repressão da sexualidade, principalmente a feminina. Essa autoridade e repressão aparecem como protetoras dos membros da família. Poderíamos perguntar se essa imagem falseada

que se tenta passar realmente cumpre a função de proteção ou se encobre práticas de violência sobre o uso do corpo da mulher.

Para reparar essa injustiça histórica, foram editados diplomas normativos, reconhecendo direitos e meios de proteção específicos às mulheres, com o objetivo de evitar e coibir abusos, discriminações e violências de gênero no plano internacional.

Dentre outros, destaca-se a Resolução 34/180 de 18 de dezembro de 1979 da ONU, instituindo a *Convenção sobre eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher*.

Reconheceu-se que, apesar de a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* de 1948 afirmar o princípio da não-discriminação “pelo qual todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que cada pessoa pode invocar todos os direitos e todas as liberdades nela proclamados, sem distinção alguma, inclusive de sexo”, infelizmente constata-se que as mulheres continuam sendo objeto de grandes discriminações e maus-tratos, sem terem plenamente reconhecida a importância de sua contribuição para o bem-estar da família e o progresso da sociedade.

Procurou-se despertar a consciência da necessidade de modificação do papel tradicional tanto dos homens como das mulheres na família e na sociedade, com o objetivo de se alcançar uma igualdade real e uma convivência pacífica e respeitosa entre os sexos.

Segundo dados do Banco Mundial e do Banco Interamericano de Desenvolvimento, a violência doméstica atinge entre 25 e 50% das mulheres da América Latina (cf. site *Portal da Violência contra a Mulher*).

O mundo padece desse problema há séculos e do mesmo mal sofre o Brasil. Os fatos sociais falam por si: estudo realizado pelo IBGE, no final da década de 1980, constatou que 63% das agressões físicas contra as mulheres acontecem no âmbito doméstico e seus agressores são pessoas que têm relações pessoais e afetivas com as vítimas. De outra sorte, a Fundação Perseu Abramo, em pesquisa realizada em 2001, chegou à seguinte conclusão: “A projeção da taxa de espancamento (11%) para o universo investigado (61,5 milhões) indica que pelo menos 6,8 milhões, dentre as brasileiras vivas, já foram espancadas ao menos uma vez. Considerando-se que entre as que admitiram ter sido espancadas, 31% declararam que a última vez em que isso ocorreu foi no período dos 12 meses anteriores, projeta-se cerca de, no mínimo, 2,1 milhões de mulheres espancadas por ano no país (ou em 2001, pois não se sabe se estariam aumentando ou diminuindo), 175 mil/mês, 5,8 mil/dia, 243/hora ou 4/minuto – uma a cada 15 segun-

dos.” Os dados apontam para um problema que, como se pode observar, transcende a seara privada, invadindo a ordem pública – o que reclama soluções imediatas e improrrogáveis.

É por tudo isso (e considerando o elevado número de casos de violência doméstica no Brasil) que se justifica a promulgação da Lei 11.340/06, que merece toda atenção e esforço da sociedade e do Estado, principalmente da comunidade jurídica, para a sua efetivação e aperfeiçoamento.

Há pessoas no mundo jurídico que alegam sobre o ferimento do princípio da ampla defesa, porém há quem discorde dessa tese. A ex-deputada Jandira Feghali, uma das idealizadoras da Lei Maria da Penha, afirma que as iniciativas da lei são de prevenção, proteção. Diz, também, que a função primordial da referida lei não é o da punição e sim o de prevenção. A idealizadora refere ainda que a lei foi eficiente nesse sentido.

A Constituição de 1988, artigo 226, parágrafo 8º, obriga o Estado a criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares. Ora, se a violência doméstica ocorre com maior frequência com mulheres, é óbvio que o Estado se obriga a criar leis, mecanismo para burlar, coibir tais práticas abusivas contra as mesmas, pois a igualdade só ocorre quando tratamos e criamos o sistema diferenciado para os diferentes. A igualdade só verterá na sociedade quando distinguirmos as diferenças e aplicarmos em casos concretos o tratamento entre os iguais, tratando igualmente, e os desiguais tratando desigualmente.

O princípio da igualdade na Constituição Federal está no seu preâmbulo como compromisso de assegurar a igualdade e a justiça. É o primeiro dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º): *todos são iguais perante a lei...* Repete em seu primeiro inciso: *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.*

Exatamente para garantir a igualdade é que a própria Constituição Federal concede tratamento diferenciado a homens e mulheres. Outorga proteção ao mercado de trabalho feminino, mediante incentivos específicos (CF, art. 7º, XX) e aposentadoria aos 60 anos, enquanto para os homens a idade limite é de 65.

A aparente incompatibilidade dessas normas solve-se ao se constatar que a igualdade formal – igualdade de todos perante a lei – não conflita com o princípio da igualdade material, que é o direito à equiparação mediante a redução das diferenças sociais. Trata-se da consagração da máxima aristotélica de que o princípio da igualdade consiste em tratar

igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem.

Marcar a diferença é o caminho para eliminá-la. Daí a necessidade das leis de cotas, quer para assegurar a participação das mulheres na política, quer para garantir o ingresso de negros no ensino superior. Nada mais do que mecanismos para dar efetividade à determinação constitucional da igualdade. Também não é outro motivo que leva à instituição de microssistemas protetivos ao consumidor, ao idoso, à criança e ao adolescente.

A acusação da Lei Maria da Penha

Muitos juristas se opõem à Lei Maria da Penha por dizerem que o princípio da isonomia é ferido, uma vez que o acusado poderá ser retirado de sua casa levando consigo apenas objetos de uso pessoal, enquanto a mulher nunca sofrerá tal medida. Para outros, o princípio da ampla defesa também é ignorado em alguns dispositivos da apreciada Lei.

A Lei Maria da Penha não é vista por todos como uma lei maravilhosa que criou de forma mágica igualdade e sensação de justiça entre os homens e as mulheres. Alguns juristas consideram que a Lei é inconstitucional, uma vez que fere o princípio buscado no art. 5º “caput”, da CF/88. Sustentam esses a idéia de que o homem não poderá ser tão severamente punido, uma vez que por algum descontrole emocional, ou algum fator psicológico que o prejudicou veio a interferir na vida familiar, e esse veio a ofender verbalmente a suposta vítima. A mulher sempre é vista como frágil para a sociedade no que tange a seus interesses; porém não é vista como frágil quando resolve fazer um concurso para Policial Militar, por exemplo, ou para prender um bandido no ofício de sua profissão.

Acreditam esses juristas que a pena por agredir um idoso, um acamado, um enfermo e uma criança deveria ser a mesma daquele que agride uma mulher. Ou seja, o sexo feminino deve estar em igualdade com o masculino. A referida lei não seria vista como inconstitucional caso ela tratasse de violência física e não de violência contra a mulher. Se, por um lado, uma mulher a cada quinze segundos é espancada, quantos homens são espancados, ou ameaçados por mulheres no Brasil? Vamos mais além e questionamos: Quantas crianças são agredidas por suas mães no ambiente doméstico e familiar? Na cidade do Caxias do Sul, cerca de três crianças por dia são lesionadas fisicamente. As causadoras das lesões, pasmem, são, em sua maioria, mulheres.

O Desembargador Romero O. Dias Lopes, da 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, concorda com a tese da inconstitucionalidade da lei, pois, segundo ele, a mesma tentou criar mecanismos para coibir a violência doméstica, todavia ela “atropelou importantes preceitos constitucionais”. A Constituição é clara ao dizer que as pessoas são iguais, tanto em direitos quanto em obrigações, nos termos da própria Constituição Federal. Esse preceito está esculpido no art. 5º, inciso I.

A discriminação na lei Maria da Penha é evidente, porém é descabida, uma vez que os homens também podem ser vítimas de violência doméstica e familiar. O princípio da proporcionalidade, implicitamente contido no art. 5º, XLVI, 2ª parte, estabelece que a adoção de penas, uma delas, é de prestação social alternativa. Assim dispõe o art. 17 da lei 11.340/2006: “É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.” Ou seja, mais uma afronta terrível e evidente contra a Constituição, sem se fazer necessário no presente momento tecer maiores comentários.

Vejamus novamente o que diz o artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal: “Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta constituição.” Agora vejamos ainda o parágrafo 8º do art. 226 da CF/88: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.” Analisando o § 8º do art. 226 da CF/88, vemos que existe uma possível falha no exórdio da Lei 11.340, quando diz que a Lei busca “Criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres [...]”, porém a CF/88, no art. 226, § 8º busca coibir a violência no âmbito das relações familiares. Não menciona em coibir a violência contra a mulher apenas. O texto constitucional foi mais além, porém o legislador na Lei Maria da Penha sob esse prisma deixou a desejar.

Analisando a Lei Maria da Penha, temos que, se um homem comete violência contra o seu pai ou contra o seu filho, ele terá os benefícios previstos na Lei 9.099/95, (Suspensão Condicional do Processo, Transação Penal). Caso esse mesmo homem, no entanto, nas mesmas circunstâncias, do mesmo modo, no mesmo lugar, cause os mesmos danos a uma filha mulher, não terá os benefícios que a Lei referida traz, pois a violência, mesmo que em idêntico grau tenha sido causada contra a mulher, o agente será punido com mais severidade.

A Lei Maria da Penha peca por não dar ao suposto agressor nem mesmo uma chance de se defender. Outro grande problema que nos parece evidente é quanto ao modo como a Lei é tratada. Nesse item, não seria fácil e possível para a Brigada Militar, por exemplo, do Estado do Rio Grande do Sul, atender a grande demanda de descumprimento de medidas protetivas, deferidas mensalmente.

Na mesma linha de raciocínio, também o Dr. Edilson Rumbelsperger Rodrigues, Juiz Titular da 1ª Vara Criminal e Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Sete Lagoas/MG, considera a lei um tanto quanto demagógica. O magistrado acredita que os homens deveriam ter os mesmos direitos constantes na referida lei, porém os direitos foram outorgados apenas às mulheres. Segundo ele, caso a Lei desse as mesmas condições ao homem, essa seria totalmente constitucional, já que o âmbito familiar, como anteriormente citamos, é visto como do homem e da mulher. O magistrado referiu que “diabólica é a discriminação que a lei enseja e que leva o feminismo às últimas conseqüências, tentando compensar um machismo que há muito já se foi”. O magistrado sugere que deve haver um equilíbrio, não devendo existir nem machismo ou feminismo em nossa sociedade; e o objetivo da referida lei deveria ser a harmonia familiar, e não simplesmente um feminismo exacerbado.

5 Proposta para alteração da Lei 11.340/2006

Analisando as diferentes opiniões de respeitadíssimos magistrados, bem como de outros operadores do direito, vemos que a Lei Maria da Penha teve uma intenção boníssima, com o objetivo de diminuir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Acreditamos que a violência doméstica é inadmissível, a mulher não é mero objeto, e sim um ser de valor. A mulher tem tanto valor quanto o homem, e não deverá ser colocada em segundo plano, ou em hierarquia superior. Acreditamos que a mulher tem condições de exercer, sim, as mesmas profissões que os homens já que são dotadas de capacidades que muitas vezes, nós homens, invejamos.

A Lei 11.340 poderia, sim, tratar com igualdade a questão da sexualidade. Acreditamos que a mulher é o ser mais frágil da relação, no sentido físico, porém da mesma maneira que encontramos a fragilidade na mulher atual, encontramos nela a força. Ora, pois a ela foi dado o dom divino da maternidade. A dor que suporta no parto é exemplo de como deverá ser tratada com igualdade. Foi-se o tempo em que as jornadas de trabalho eram feitas pelos homens e as mulheres ficavam em casa à espera do marido.

Dessa maneira acreditamos que a Lei deveria sofrer alterações. Estamos longe de ter um título de doutores tanto em ciências sociais quanto em ciências jurídicas para que possamos efetivar tais mudanças. Sabemos que a igualdade é um dos princípios norteadores do Direito e se a mulher busca tal igualdade, por que não começar pela Lei que é a maior fonte do Direito?

Estamos convencidos de que a violência deverá ser prevenida em âmbito familiar, doméstico, punindo igualmente tanto agressor quanto agressora, visto que se nota que o homem também pode ser vitimado em uma violência doméstica. Foi-se o tempo em que a compleição física de uma mulher era sempre visivelmente inferior a do homem. Cremos que até mesmo por uma questão de modernidade, a violência doméstica deveria ser tratada em igual teor. A punição feminina também deverá ocorrer. O homem e a mulher estão em um patamar de igualdade há anos. Estamos em pleno século XXI e não queremos deixar de maneira nenhuma as nossas mulheres desprotegidas; contudo, não queremos fazê-las superiores aos homens, seja em proteção, seja em tratamento, ou em qualquer outra forma.

Assim, com o tratamento igualitário, com a modificação simples da Lei, aplicando-a para ambos os sexos, pensamos que estaremos sob um nível de igualdade muito maior do que aquele que existe atualmente na redação que foi dada à Lei Maria da Penha.

Referências

- BAGGINI, Julian; STANGROOM, Jeremy. *Great thinkers A-Z*. London: Cotinuum, 2004.
- BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- http://200.181.15.9/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acessado em: maio 2008.
- <http://conjur.estadao.com.br/static/text/58849,1>. Acessado em: abr. 2008.
- <http://itodas.uol.com.br/portal/final/materia.aspx?canal=588&cod=1554>. Acessado em: maio 2008.
- <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9305>. Acessado em: maio 2008.
- http://pt.wikipedia.org/wiki/Ellen_Gracie_Northfleet. Acessado em: abr. 2008.
- <http://www.conselhodamulher.pi.gov.br/noticias.php?id=251>. Acessado em: maio 2008.
- http://www.contee.org.br/secretarias/etnia/materia_23.htm. Acessado em: maio 2008,
- http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=1324&isPopUp=true. Acessado em: mar. 2008.
- <http://www.oabrs.org.br/home.php>. Acessado em: abr. 2008.
- http://www.sarinho.adv.br/lermais_materias.php?cd_materias=6800. Acessado em: maio 2008.

O desconhecimento do brasileiro em relação à sua Carta Constitucional

Resumo: A Constituição – a Lei máxima no ordenamento jurídico de um Estado –, seu conteúdo, características, significado, no Brasil não são conhecidos por seus cidadãos e, lamentavelmente, até mesmo por parte de alguns de seus legisladores. A Carta Magna, seu conceito, seus aspectos, são de fácil assimilação quando se intenta transmitir sua essencialidade a quem não tem por objetivo estudá-la profundamente. Sugere-se, portanto, formas de ensino e divulgação a seu respeito, para fortalecer a politização e a cidadania do brasileiro.

Palavras-chave: Constituição. Carta Magna. Desconhecimento. Cidadania. Brasileiro.

Abstract: The Constitution – The supreme law in order of a State –, its content, characteristics and meaning, which its people don't know and, unfortunately, even some of the legislators. The Magna Letter, its concept and aspects are easily understood when attempts to convey its essentiality whom is not intended to study it deeply. Therefore, this article suggests ways of teaching and dissemination of The Constitution, to strengthen politicization and citizenship of Brazilian people.

Key words: Constitution. Magna Letter. Ignorance. Citizenship. Brazilian.

Introdução

O termo “constituição” (tomado em seu significado, sua matéria, sua importância, sua história, sua diversidade) é conhecido pelos profissionais e acadêmicos de direito, que estudam e têm ciência da sua imprescindibilidade. Mas será que o povo, a Nação, os cidadãos brasileiros têm sapiência da relevância da Magna Carta Política de seu país?

O presente trabalho objetiva trazer à reflexão e discussão um assunto que se considera de suma importância para o crescimento de qualquer nação, sobretudo para o Brasil.

* Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha – FSG – Caxias do Sul, RS.
E-mail: jonatasprates@hotmail.com.

Além de ser um tema saliente, é também oportuno, pois, atente-se à memória: a Constituição da República Federativa do Brasil, no dia 5 de outubro de 2008, completa 20 anos de existência.

Num primeiro momento, será abordado o conceito e classificação de constituição, aplicado à Carta Política Brasileira. Propõe-se fazer não apenas uma abordagem, mas também comentários relativos à sua estrutura, especialmente no que diz respeito à sua compreensão.

A seguir será trazida uma explanação crítica sobre o cerne deste trabalho: o desconhecimento do brasileiro em relação à sua Carta Constitucional, fato que infelizmente é realidade não só entre o povo a quem a Constituição reconhece soberania, como também – e aí está o absurdo! – por parte de legisladores, os quais lhe devem fidelidade. Serão objeto de sustentação: dados, trabalhos, e a experiência cultural de cada brasileiro.

Pretende-se, outrossim, perscrutar a cidadania, obviamente sob a ótica da falta do conhecimento em relação ao documento jus político em questão, buscando trazer à tona, fazer exposto o tema, divulgando idéias a serem ventiladas para solucionar este problema do “não-saber”.

Por fim, propõem-se algumas iniciativas simples que poderão ser implementadas pelas políticas públicas governamentais, reforçadas nas considerações finais, com a transcrição de parte do discurso de Ulysses Guimarães, ao promulgar a Carta Magna na condição de Presidente do Poder Constituinte Originário de 1988 que se ajusta perfeitamente à idéia defendida neste artigo.

1 **Conceito e classificação**

O objetivo neste tópico é expor com simplicidade o conceito de Constituição, juntamente com aspectos elementares e de conteúdo da Carta Magna Brasileira. E esta simplicidade tem sentido e finalidade: trazer a idéia de facilidade que se pode ter para assimilar a Constituição, sustentando, assim, a formação de um abrangente e aberto campo preparado para a exploração por parte do público geral, aproximando-a daquele que – de direito, mas ainda não de fato – tem o poder soberano: o povo brasileiro (art. 1º, parágrafo único, CF).

Para Alexandre Morais

constituição, *lato sensu*, é o ato de constituir, de estabelecer, de firmar; ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação. Juridicamente, porém, *Constituição* deve ser entendida

como lei fundamental e suprema de um Estado, que contém forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos.²⁶⁵

Aqui, destacam-se os direitos fundamentais do homem e suas respectivas garantias.

Para o mestre Canotilho,

a constituição deve consagrar um *sistema de garantias da liberdade* (esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos atos do poder legislativo através do parlamento); a constituição contém o *princípio da divisão de poderes*, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estatais; a constituição deve ser *escrita* (documento escrito).²⁶⁶

Além do conceito, as constituições têm classificação, e o Brasil vive sob e égide de uma Constituição classificada da seguinte forma: (a) *formal*, é o peculiar modo de existir do Estado, reduzido, sob forma escrita, estabelecida por um poder constituinte originário que representa a vontade do povo, seu soberano; (b) *escrita*, codificada e sistematizada num texto único; (c) *promulgada* (democrática, popular), derivada do trabalho de uma Assembléia Nacional Constituinte, composta de representantes do povo, eleitos com a finalidade de elaboração de um Estado Democrático de Direito; (d) *rígida*, somente poderá ser alterada por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas (art. 60, CF); (e) *analítica*, examina todos os assuntos que entende relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado; (f) *dirigente*, legitima e limita o poder do Estado em face da sociedade, também propondo metas a serem atingidas por programas governamentais; (g) *social*, nela estão inseridas normas específicas em relação à ordem social e econômica; (h) *eclética*, formada por ideologias conciliatórias, resultante do diálogo e do compromisso entre forças políticas diferentes; (i) *principiológica*, predominam os princípios, identificados como normas constitucionais de alto grau de abstração, consagradoras de valores.

Não cabe aqui comentar a aplicabilidade, originalidade, eficácia destas classificações. O que se tem de classificação teórica é, basicamente, o que está escrito acima. E o comentário pertinente é que o Brasil possui uma

²⁶⁵ MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2.

²⁶⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Apud MORAIS, Alexandre de. Op. cit., p. 2-3.

Constituição concatenada, isto é, passível de um estudo sistemático simples.

2 O problema: desconhecimento

No dizer de Thomas Hobbes, a única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões à sua decisão.²⁶⁷ Num paralelo, isso equivale também a uma Constituição. Em nome do povo, elabora-se e “promulga-se” a Lei Fundamental do Estado. E quando se autoriza o uso da vontade própria por outrem, sabe-se disso, existe “consciência”. Do contrário não seria autorização, seria imposição de querer.

Porém, a despeito de o Brasil ser uma República Democrática, modelo de Estado que considera todos iguais perante a lei (art. 5º, CF), no qual todo o poder emana do povo (art. 1º, parágrafo único, CF), este, lamentavelmente, não conhece sua vontade, ou, em outro termo, sua Constituição. Isso implica falta de consciência política, e, conseqüentemente, resulta em um Estado fraco e vulnerável, alheio à vontade de seu povo e, portanto, carente de sua própria identidade.

Todo brasileiro pode testificar: pouco ou quase nada se aprende sobre Constituição na escola – ensino fundamental e médio. Em uma aferição informal, a grande maioria das pessoas dirá que não conhece, ou que sabe da existência da Carta, mas não de sua finalidade. Isso é evidenciado na amostragem apresentada pelo artigo da professora Luciana Rodrigues Pena, cuja pesquisa realizada entre alunos de escolas particulares e públicas revela que quase 50% responderam “não conheço, mas já ouvi falar” e

²⁶⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad.: Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000. p. 126.

“não ouvi falar”; os demais conheciam um pouco; e uma ínfima porcentagem “disse” conhecer bem a Constituição.²⁶⁸

Que consciência política e de cidadania têm os jovens que não conhecem a composição de seu próprio Estado, a formação de sua sociedade? Que não sabem que na Lei Maior estão seus direitos e garantias fundamentais? Não está em jogo aqui a opinião, e sim o fato. A Constituição existe e deve ser conhecida; é Carta para não ficar nas estantes. Se nascemos no Brasil, estamos sob a proteção dela, e há de ser perscrutada, como para que também seja respeitada, aplicada, ou até mesmo questionada, possibilitando sua atualização aos anseios da sociedade, bem como, para que sejam criadas normas acessórias adequadas e devidos programas por ela exigidos.

Em certa passagem bíblica, o sumo sacerdote Hilquias transmite ao rei Josias que achou o Livro da Lei na Casa do Senhor. O rei, atemorizado e arrependido, manda que consultem a Deus, o qual faz transparecer sua ira e indignação por ter o povo judeu esquecido sua Lei, e imputa a isso a causa de males e desgraças. Imediatamente o rei conclama a todos os homens de Judá, a todos os moradores de Jerusalém, enfim, a todo o povo, a se reunirem a fim de que seja transmitida a Lei escrita no Livro, para a seguirem.²⁶⁹ A Lei Maior, a Constituição de um Estado, de acordo com Kelsen, tem força e legitimidade, e a desobediência, tanto por conhecimento ou desconhecimento, traz suas conseqüências malélicas, a exemplo da Lei Divina supracitada.

Explorando ainda o exemplo bíblico, vê-se que a negligência era por parte dos sacerdotes, ou seja, de quem deveria guardar a lei (conhecê-la). No Brasil não é diferente. O magistrado José Anselmo de Oliveira, no período do governo FHC, discorreu sobre o assunto em seu artigo “Conceito de Relevância e Urgência na Edição da MP”.²⁷⁰ O juiz lança crítica questionando o que pode ser feito quando aqueles que juraram cumprir a Constituição do país não a respeitam? Continua lembrando o art. 102 da Constituição que atribui ao STF sua guarda, mas que para o magistrado o próprio Supremo Tribunal faz “vistas grossas”, omite-se. Outrossim, denuncia o uso abusivo e de forma inconstitucional das Medidas Provisórias (MPs), que sugere, poderiam ser chamadas de “Medidas do Príncipe”, mostrando bem a que nível de desconsideração o chefe do governo chegou em relação à Constituição; que apenas em caráter excepcional, comprovada a urgência

²⁶⁸ <http://www.forumsulfilosofia.org/vsimposio/comunicacoes/COMUNICACOES/14.pdf>.

²⁶⁹ BÍBLIA, 2Reis 22.8-23.3.

²⁷⁰ <http://www.neofito.com.br/artigos/art01/const32.htm>.

e relevância da matéria, lhe permite, temporal e circunstancialmente, exercer funções que competem ao Poder Legislativo.

Sylvio Micelli escreve um texto em que também apresenta tristes dados. Segundo ele, “em 2006, nada menos do que 75 normas estaduais Foram declaradas ofensivas à Constituição pelo STF, número este que representa 82,4% do total de atos estaduais questionados (91)”. Além disso, “de 36 normas federais questionadas no STF, 21 foram consideradas inconstitucionais. Isso significa que 58,3% do total de normas produzidas no âmbito federal levadas a julgamento no Supremo Tribunal contrariavam preceitos constitucionais”. Acrescenta que “o Legislativo continua sem rigor na elaboração das leis, demonstrando até certo desconhecimento da Constituição”, citando o constitucionalista mineiro José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior.²⁷¹

Esses dados denunciam não só o desconhecimento, mas também a desconsideração que temos em relação à Constituição da República Federativa do Brasil. Evidencia um perigoso mal que atinge não apenas a população em geral, mas também – e aqui se configura a insegurança política, jurídica e social do Estado – aqueles que deveriam ter pleno conhecimento dela: os legisladores.

3 Cidadania

O brasileiro exerce cidadania não apenas quando vota, mas também quando – invocamos Hobbes, novamente – quando sabe que pode controlar, fiscalizar, se sua vontade está sendo cumprida, ou se a vontade daquele a quem ele autorizou condiz com o compromisso estabelecido.

No movimento “Diretas Já”, de 1984, o povo buscou erguer sua voz e invocar para si a liberdade e a volta à ativa, resgatar (para efetivamente exercer) seu direito de escolha, extinguir a repressão. Quatro anos depois, promulga-se a Constituição de 1988, fruto de luta pela democracia, derrubando a Carta anterior, produto da ditadura. Imagine-se então que seja imagem de cidadania. Tanto se lutou por ela, para na sua posteridade olvidá-la? A Constituição de 1988 é fonte e garantia da cidadania brasileira!

É dever de todo brasileiro conhecê-la, é dever de toda sociedade brasileira transmiti-la e divulgá-la em grande escala. Não se está querendo aqui imputar sanção para quem a desconhece, mas chamar a atenção para algo

²⁷¹ <http://www.servidorpublico.net/noticias/2007/07/08/estados-sao-campeoes-da-inconstitucionalidade-das-leis-aponta-stf>.

que deve ser intrínseco ao indivíduo de um Estado: saber daquilo que estabelece a sociedade na qual está inserido, de que forma, quais os meios para utilizar seu espaço (físico e legal), como agir, como exigir o respeito ao acordado, e exigi-lo.

4 Sugestões

Poderão surgir inúmeras possibilidades e idéias, mas intenta-se, neste texto, focar dois meios para o conhecimento crescente e contínuo da Constituição brasileira. As idéias são simples, tencionando-se aplicação, mas desde logo se apresentando como oportunas e eficazes.

A primeira, e mais óbvia, é o ensino nas escolas. O conceito expresso neste artigo busca, como se anunciou, invocar a simplicidade, ou seja, não se quer que os jovens, os cidadãos, saibam todos os artigos, mas que conheçam o conteúdo, as características, as classificações, tenham noção do que é a Lei Maior de sua própria nação.

Sugere-se o estudo gradual, começando no nível fundamental, com instruções básicas, aprofundando-se no ensino médio. Esta prática, sobretudo, garantirá à sociedade a formação de políticos e legisladores mais embasados e fundamentados, visto que não é necessário o Curso de Direito para que políticos exerçam o poder de representatividade.

A outra idéia que se levanta é a divulgação na mídia: televisão, internet, rádio, periódicos, outdoors. Esta tem o cunho mnemônico. A mídia é ampla, atinge a todos e em todos os lugares do território, mas ainda não está focada, efetivamente, na sua função social e política, podendo ter, na sugestão aqui apresentada, essa oportunidade e enfoque.

Novamente traz-se uma idéia abstrata, de amplo leque, porém o que se busca insinuar, *a priori*, é a divulgação da matéria da Constituição, não esquecendo, entretanto, que comentários, debates e discussões em seu entorno são relevantes, construtivos e, especialmente, politizantes.

Considerações finais

Lembrando Hans Kelsen, “o pressuposto da norma fundamental [...] coloca a Constituição na camada jurídico-positiva mais alta – tomando-se a Constituição no sentido material da palavra –, cuja função essencial consiste em regular os órgãos e o procedimento da produção jurídica geral, ou

seja, da legislação”.²⁷² Assim, faz-se alusão à pirâmide, em cujo topo está a suprema Constituição e, abaixo, toda a legislação do Estado.

Outro ponto a ser considerado é a questão do *desuetudo*. De acordo com Paulo Nader,

as leis em desuso geram, no espírito de seus destinatários, a incerteza da obrigatoriedade, quando não conduzem à crença de que deixaram de produzir efeitos. A dúvida representa um mal social e um mal jurídico, pois a vida exige definições e o Direito não pode abrigar reticências.²⁷³

Em se falando de leis simples no ordenamento jurídico, o problema do desuso torna-se, de certa forma, fácil de ser sanado. Contudo – num exagero proposital – em se tratando do desuso de uma Lei Maior, uma Constituição, Lei que regula e dá validade a todas as outras no ordenamento de um Estado, tem-se as portas deste abertas ao mundo da desordem, onde o Estado de Direito é extinto.

Em última análise, note-se que o presente artigo procura denunciar a falta de conhecimento do brasileiro em relação à sua Constituição (como explicita o título), e não apenas do povo, mas também dos legisladores. E com os parágrafos precedentes, neste tópico “Considerações Finais” está dado o alerta.

Faz-se uso, então, da ideologia de Lassalle, para quem, em síntese, em essência, a Constituição de um país é a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação. Assim, a efetividade da Constituição está em seu “poder de submeter”, não pela força, mas pela crença de seu povo de que nela está expressa a sua própria vontade para a construção de uma sociedade evoluída e harmoniosa.

Na mesma linha de raciocínio, estão as interpretações da professora Luciana Rodrigues Penna, quando preconiza que “a premissa da efetividade da Constituição está diretamente relacionada à memória do povo”, sua identidade com a Lei Fundamental, para que não venha a ser apenas um pedaço de papel.

Em hora oportuna, finaliza-se este trabalho com as palavras do Presidente do poder constituinte originário, Ulysses Guimarães, em discurso proferido no término das votações da Magna Carta, no dia 2 de setembro de 1988:

²⁷² KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito: introdução à problemática científica do Direito*. Trad.: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 103.

²⁷³ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 189.

[...] Em nome dos constituintes, seus pais com amor, ternura e fé, dizemos à recém-nascida:

Seja o amparo dos fracos e injustiçados e o castigo dos fortes e prepotentes.

Expulse a ditadura no Brasil, pela prática do ofício público com honestidade, competência, compromissos sociais cumpridos pela autoridade do exemplo, mais do que pelo ruído das palavras.

Seja escola para as crianças e analfabetos, igualdade para as mulheres e minorias discriminadas, salário condizente com distribuição de renda para os trabalhadores, proteção e estímulo para o empresariado, seguridade para todos os brasileiros, inclusive 11 milhões de aposentados abandonados.

Seja o homem sua religião, pois o Estado é criatura do homem, o homem criou o estado e não o estado criou o homem, o homem é o fim e o Estado é o meio, na disputa entre o Estado e o homem, fique com o homem amparado pela razão.

Seja alegre, a alegria é o testemunho dos fortes; seja corajosa, sem a coragem todas as virtudes perecem na hora do perigo; não seja escapatória, pois a indecisão é o refúgio dos fracos; seja a nuncia da esperança, a esperança é o sinal de que o homem pode vencer.

Seja irmã do pobre, o pobre só pode se salvar pela lei e pela justiça; seja Moisés guiando milhões de desamparados para a Canaã da cidadania.

Não fique somente nas estantes, saia, ande, escute, olhe mais do que escute, mais vale ver uma vez do que ouvir cem vezes [...].

Referências

BÍBLIA. Português. *A Bíblia Sagrada*. Tradução de João Ferreira de Almeida. Versão rev. e atualiz.. 2. ed. São Paulo: Sociedade Bíblica Brasileira, 1993.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2006.

CUNHA, Alexandre Sanches. *Todas as constituições brasileiras*. Campinas: Bookseller, 2001.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad.: Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito: introdução à problemática científica do Direito*. Trad.: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

MICELLI, Sylvio; CAPELLA, Alex. Estados são campeões da inconstitucionalidade das leis, aponta STF. 2008. Disponível em: <<http://www.servidorpublico.net/noticias/2007/07/08/estados-sao-campeoes-da-inconstitucionalidade-das-leis-aponta-stf>>. Acesso em: 16 jun. 2008.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

OLIVEIRA, José Anselmo de. *Conceito de relevância e urgência na edição da MP*. 2001. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/const32.htm>>. Acesso em: 14 jun. 2008.

PENNA, Luciana Rodrigues. Ensino médio e cidadania: interfaces entre filosofia e direito. 2005. Disponível:

<<http://www.forumsulfilosofia.org/vsimposio/comunicacoes/COMUNICACOES/14.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

Curso de Direito da FSG – aliando teoria e prática*

No Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha o conhecimento é construído por meio de diferentes processos. Como em todas as atividades de extensão, procura-se que o aluno tenha uma formação contínua, a partir da idéia de que a construção do conhecimento depende de uma postura ativa, participativa, questionadora, além da sala de aula. Segue o relato de algumas práticas realizadas no ano letivo de 2008.

As Aulas Inaugurais

As atividades acadêmicas de 2008 iniciaram-se com duas Aulas Inaugurais. Pela manhã, o palestrante convidado foi o Dr. Luiz Fernando Del Rio Horn, que realizou abordagem em relação às ações do PROCON de Caxias do Sul na defesa dos direitos dos consumidores. Na parte da noite, o Dr. Germano Schwartz ministrou palestra sobre “O Direito à Saúde”. Merece destaque a composição da mesa, interdisciplinar, em que se fez presente o Prof. MSc. Luiz Fernando Alva-
renga, docente do Curso de Fisioterapia da FSG.

Na abertura do segundo semestre, o Curso de Direito da FSG teve a honra de receber duas grandes figuras do pensamento jurídico brasileiro contemporâneo. Os doutores Luis Alberto Warat e Leonel Severo Rocha promoveram “Diálogos afetivos sobre o futuro da Filosofia do Direito e a Formação dos Juristas”. O Prof. Warat é considerado um dos principais representantes do movimento Direito & Arte. Nessa oportunidade, ressaltou a importância de se desenvolver a sensibilidade dos futuros profissionais da área: “Se você tem uma percepção mágica da realidade, você passa a melhorar seus vínculos e a qualidade de vida em geral. Você tem uma atitude diferente diante da vida. É preciso agir com sentimento. Terminar com esse normatismo jurídico. A justiça, muitas vezes, é seca porque não sabe sentir”, ressaltou Warat.

Semanas Acadêmicas atuais e instigantes

A VII Semana Acadêmica levantou temas relevantes para a formação integral dos acadêmicos. Os Direitos Humanos entraram em pauta por meio de debates e

* Fernando Meirero – Professor da FSG.

palestras com a temática: *Pensar o Direito, Ser Humano – Os 60 anos da Declaração Universal de Direitos Humanos*.

O evento contou com figuras relevantes do ambiente jurídico e acadêmico. Os trabalhos foram abertos pela Prof^ª Miriam Balestro. Em seguida, os acadêmicos tiveram a oportunidade de debater com personalidades como o jornalista e consultor Marcos Rolim, Dr. Ricardo Seitenfus e o Dr. José Carlos Moureira da Silva. Na parte da manhã, foram ministradas diferentes oficinas relacionadas à temática da Semana Acadêmica: “Meio Ambiente, Direito Ambiental e Direitos Humanos” (ministrada pela Prof^ª MSc. Graziela Köhler), “Condicionantes Sociais na formação dos operadores do Direito” (Prof^ª Dra. Gisane Gomes) e “O Uso De Células-Tronco de Embriões Humanos: Desdobramentos Éticos e Jurídicos” (Prof^ª MSc. Ângela Almeida).

Em outubro, a VIII Semana Acadêmica destacou “Os 20 anos da Constituição Cidadã”, com a participação de autoridades em suas áreas de conhecimento, como o desembargador Rui Portanova, a desembargadora Dra. Elaine Macedo, o prestigioso advogado penalista Dr. Lúcio Constantino e o Dr. Jorge Renato dos Reis. Todos abordaram diferentes aspectos da atual Constituição Brasileira, promulgada em 1988. Na parte da manhã, os alunos encontraram a oportunidade de abordar outras áreas do conhecimento, por intermédio de oficinas de Expressão Corporal, Cinema & Direito, Metodologia Visual, entre outras.

Participação em ações comunitárias

Por intermédio do Núcleo de Prática Jurídica, os alunos do Curso de Direito participaram da Ação Comunitária promovida pela Associação Caxiense de Auxílio aos Necessitados, ocorrida no dia 19 de abril de 2008, na Praça Dante Alighieri. Durante todo o dia, os acadêmicos realizaram orientações jurídicas para pessoas de baixa renda sob a supervisão da Prof^ª Barbara Bedin.

Júri Simulado

No dia 25 de outubro de 2008, os acadêmicos da disciplina de Introdução ao Direito II realizaram um Júri Simulado no Auditório da FSG. O evento foi coordenado pela professora Ângela Almeida, titular da disciplina, e foi baseado no livro *O caso dos exploradores de caverna*, de Lon Fuller. A atividade faz parte do conjunto de Atividades Práticas Supervisionadas estabelecidas em todas as disciplinas do Curso, conforme diretrizes institucionais.

FSG sedia sessão do Tribunal do Júri

Com a colaboração da Juíza Dra. Valéria Eugênia Neves Whillhelm, o Curso de Direito conseguiu trazer para o Auditório da FSG uma Sessão do Tribunal do

Júri de Caxias do Sul. Dessa forma, os acadêmicos puderam presenciar, dentro da Faculdade, todos os procedimentos de um Júri, como se estivessem no plenário. Segundo a Juíza Valéria este tipo de ação não é muito freqüente, mas o judiciário faz questão de aproximar-se da comunidade acadêmica. O convite da FSG foi uma ótima oportunidade para concretizar essa intenção. As atividades, coordenadas pelo professor Fernando Meinero, com apoio do Coordenador Francisco Otaviano Kury e professores Germano Schwartz, Ângela Almeida, Graziela Köhler e acadêmica Gisele Oliveira começaram às 6 h e se estenderam até a noite: “Fiquei muito feliz com o resultado da organização do Júri. Os debates se desenvolveram com muita normalidade. Em todo momento um expressivo número de alunos presenciaram as alegações, depoimentos e interrogatórios. A Juíza percebeu o interesse dos acadêmicos” relatou o prof. Fernando Meinero.

Audiência Pública

Mais uma vez os acadêmicos da disciplina Introdução ao Direito II foram protagonistas, dessa vez em uma Audiência Pública no dia 22 de novembro de 2008 na Câmara de Vereadores de Caxias do Sul. A atividade, realizada pela FSG com apoio da OAB, teve como base a obra *O caso dos denunciantes invejosos*, de Lon Fuller, e discutiu a justiça de transição.

A professora Ângela Almeida, considera o tema muito atual, pois o Ministério da Justiça avalia o direito à memória e à verdade dos familiares de mortos e desaparecidos durante o regime militar e os tribunais discutem a abertura dos arquivos da ditadura militar, o direito à reparação e à punição dos responsáveis em face da Lei da Anistia, da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais.

Esta atividade didática teve o objetivo de desenvolver a capacidade de argumentação ampla, estimulando o gosto pela discussão de temas filosóficos, sob uma perspectiva interdisciplinar. Os alunos envolvem-se na pesquisa de argumentos (jurídicos, filosóficos, históricos, sociológicos, políticos) para fundamentar, da melhor maneira possível, suas teses sobre o direito à punição dos denunciantes invejosos.

Em debate: A Conexão entre Direito e Literatura

O Curso de Direito da FSG promoveu um Café Filosófico no dia 20 de novembro de 2008 para debater a relação entre Direito e Arte. Na ocasião ocorreu o lançamento do livro *Direito e Literatura – O encontro entre Themis e Apolo*, do Prof. Dr. Germano Schwartz.

A obra, organizada em conjunto com André Trindade, reúne artigos de 16 estudiosos do assunto.