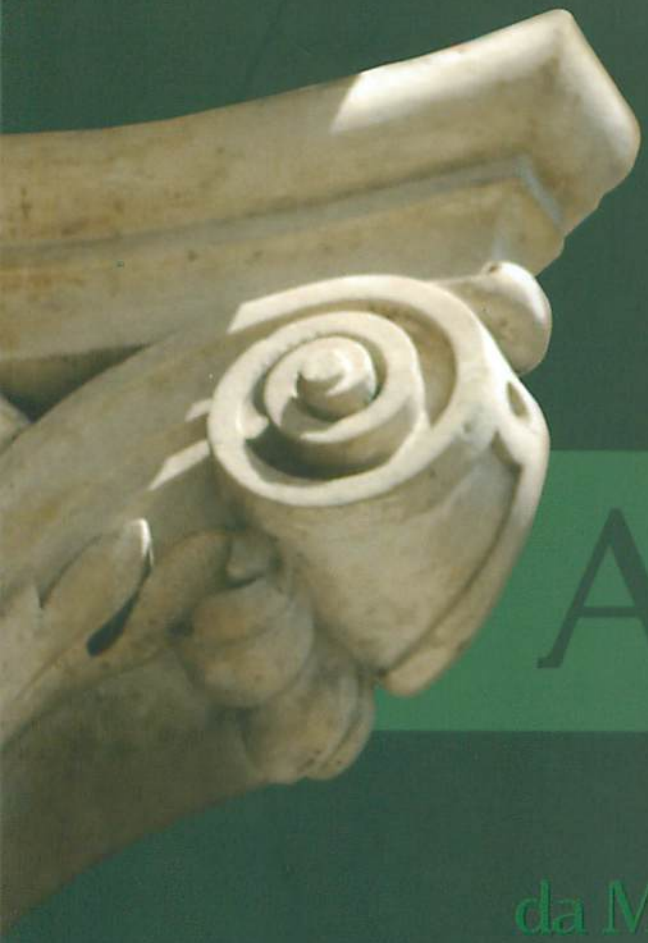


ISSN 1984-1035

A Leitura

Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará

5

Volume 3 / Número 5

Novembro / 2010

Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará

ISSN 1984-1035
A Leitura: cad. ESM-PA, Belém, v.3, n.5, p. 1-116, nov. 2010

Belém / Pará
2010

A imagem que ilustra a capa deste volume de A Leitura
é o detalhe de uma das colunas pertencentes ao prédio que hoje abriga o Tribunal de Justiça do Estado do Pará – o antigo Instituto Lauro Sodré, datado do fim do século XIX, inteiramente restaurado e ampliado no ano de 2006, na gestão do então presidente do TJPA, Des.º Milton Augusto de Brito Nobre, com vistas a abrigar aquele poder.
Abaixo, a foto da qual o detalhe foi retirado, autoria de Elza Lima.

A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará.
____Vol. 1, n.1 (nov. 2008) – . Belém: ESM-PA, 2008 – .
v. ; 28 cm. a

Semestral

ISSN 1984-1035

1. Direito – Periódico. I. Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. II. Pará. Tribunal de Justiça.

CDD 21.ed. 340.05

Sumário

Editorial

Honra-me estar, neste momento, na Direção Geral da Escola Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (ESM/TJPA), emprestando minha modesta colaboração aos programas de aperfeiçoamento e às ações culturais que essa instituição coloca à disposição dos colegas magistrados e demais operadores do Direito. Embora a circunstância aumente sobremaneira a minha responsabilidade, é também gratificante poder cooperar com o eficiente trabalho que vem sendo desenvolvido, desde 2007, pelo seu titular, desembargador Milton Nobre, cujo talento, no presente, dignifica o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Esta revista, idealizada e posta em prática pela sua extraordinária clarividência, transformou-se em um veículo eficaz do repasse de conhecimentos, mercê de um conteúdo que a credenciou, definitivamente, como leitura obrigatória de quantos queiram atualizar-se no universo da cultura jurídica.

A cada edição renovam-se, ampliam-se e tornam-se mais sedutores os temas trazidos a lume em suas páginas, sempre com a preocupação de serem convidados nomes que sejam referência na Ciência do Direito, tais como o desembargador Newton De Lucca, que integra o Tribunal Regional Federal da 3.ª Região e é Mestre e Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP), da qual também é Professor Titular, que, em entrevista exclusiva, disserta sobre a necessidade, no mundo globalizado, da ética ser posta em prática nas relações sociais, enfatizando aspectos como, por exemplo, o desafio de se construir, entre nós, "uma sociedade livre, justa e solidária, tão poeticamente sonhada pelo legislador constituinte de 1988", mas que, segundo ele, está longe de ser realizado, pois aponta para a "invencível brenha de acrasia ética" em que se perde o Estado brasileiro, desde suas origens, como um de seus óbices. O diálogo com o nosso diretor do Departamento de Ensino e Pesquisa da ESM, professor Raimundo Wilson Gama Raiol, conferiu à matéria, pela riqueza de citações e variedade de questões levantadas, uma síntese extraordinária reveladora do profundo conhecimento do entrevistado sobre os assuntos que lhe foram propostos.

Uma grata satisfação é, repito, a de constatar que o elenco de colaboradores é formado por nomes exponenciais do nosso Estado, a expressiva maioria Doutores, entre os quais: o advogado e Procurador do Estado do Pará Elísio Augusto Velloso Bastos, Doutor em Direito de Estado pela UPS; a professora Rosalina Moitta Pinto da Costa, Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade de São Paulo (PUC/SP) e Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal do Pará (UFPA); a Promotora de Justiça Daniella Maria dos Santos Dias, Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), com Pós-doutorado pela Universidad Carlos III, de Madrid; o advogado, agrimensor e Defensor Público Paraguassú Éleres, Mestre em Direito Agrário; o Juiz de Direito André Luiz Filo-Creão Garcia da Fonseca, Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPA; o procurador Paulo Klautau Filho, Doutor em Direito pela USP; o advogado Fernando Facury Scaff, Doutor em Direito pela USP; os advogados José Heder Benatti e Rogério Arthur Friza Chaves, ambos integrantes da administração superior do Instituto de Terras do Pará (ITERPA).

Como o leitor irá aduzir, os assuntos que recheiam as páginas de nossa revista, fascinantes e atualíssimos, a transformam em referência obrigatória e fonte de consulta permanente.

BOA LEITURA!

Desembargador **LEONARDO** DE NORONHA **TAVARES**
Diretor Geral da ESM, em exercício

Entrevista

Desembargador Federal Newton De Lucca*

Por: Raimundo Wilson Gama Raiol
Diretor do Departamento de Ensino e Pesquisa da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará (ESM-PA)

Em seu novo livro, *Da ética geral à ética empresarial*, o desembargador federal **Newton De Lucca** chama a atenção para a necessidade de a humanidade redescobrir o caminho da ética. A obra, editada pela Quartier Latin, tenta resgatar o pensamento clássico, desde Sócrates, passando por todos os autores da Idade Média, da ética cristã, até a chamada pós-modernidade, em um esforço de reconstrução do pensamento ético na sociedade contemporânea. Autor de inúmeros outros livros, entre eles, *Direito do Consumidor* - Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo, *Comentários ao Novo Código Civil*, *Direito & Internet*: aspectos jurídicos relevantes, De Lucca esteve em Belém, em maio último, quando proferiu palestra e lançou o novo título na sede da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará (ESM-PA). Nesta entrevista, ele aprofunda vários aspectos de seu trabalho e mais uma vez reafirma a esperança de que "na encruzilhada de dois caminhos – um caminho que significa o poderio bélico, a dominação tecnológica e, de outro lado, a dignidade da pessoa humana –, lutarmos por essa segunda vertente histórica, que é a dignidade transcendente da pessoa humana".

> *Os humanistas podem virar o resultado desse jogo tresloucado e absurdo que ainda predomina nos dias atuais para que possamos construir o século XXI, efetivamente, como o Século da Ética.*

A Leitura – O que, em síntese, significa ética? Qual a necessidade de ser colocada em prática nas relações sociais, na atualidade, no denominado mundo globalizado?

Des. Newton De Lucca – Deixando de lado o jargão filosófico e as filigranas conceituais, pode-se dizer que a ética é aquela parte da filosofia moral – talvez uma das mais belas de todas – que se ocupa, fundamentalmente, da conduta humana, esteja ela voltada para o Bem ou para o Mal. A necessidade de que ela seja repensada e resgatada, na sociedade contemporânea, no meu modo de ver, parece ser cada vez mais premente. Ou optamos pela prevalência absoluta da ética nas relações humanas, tentando construir um mundo globalizado, fundado na Verdade, na Justiça e no Amor, ou muito provavelmente iremos desembocar

* Desembargador Federal. Integrante do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região. Mestre e doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Titular da Faculdade de Direito da USP.
newtonce@uol.com.br

num desfecho aterrador, numa repetição absurda das barbáries já cometidas no passado. Como afirmei nas linhas derradeiras do meu livro, é preciso saber qual das duas correntes históricas profundas irá prevalecer neste século XXI: aquela que está calcada no poderio bélico, na dominação tecnológica, na progressiva concentração do poder econômico e na exploração do homem pelo homem; ou, ao revés, aquela que crê na transcendente dignidade da pessoa humana e no respeito de uns pelos outros. Acredito, sinceramente, por mais desolador, confrangedor e avassalador que seja o quadro atual, que ainda poderemos lutar pela e para a vitória dessa segunda...

A.L. – A partir da ideia exposta por John Rawls, na obra *Teoria da Justiça*, sobre uma sociedade justa consistente em um sistema equitativo de cooperação entre cidadãos livres e iguais, como V. Ex.ª analisa a sociedade brasileira, levando em conta suas diversidades (raciais, culturais, educacionais e econômicas) e os grupos vulneráveis que a compõem? Seria possível viabilizar esse sistema? De que maneira?

D.N.D.L. – Sua pergunta – absolutamente pertinente sob todos os títulos – constitui um verdadeiro desafio para todos nós... A construção de uma sociedade *livre, justa* e *solidária*, tão poeticamente sonhada pelo legislador constituinte de 1988, está ainda muito distante de nós... O Estado brasileiro, infelizmente, desde as suas origens, acha-se perdido numa quase invencível brenha de acrasia ética... Disse-o o eminente Prof. Fábio Konder Comparato, em recente pronunciamento feito no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), por ocasião do recebimento do Título de Professor Emérito: *Ao iniciar sua marcha pelos caminhos da História, o povo brasileiro caiu nas mãos de assaltantes, que o maltrataram, deixando-o inconsciente à beira da estrada. Por ali passaram, no correr dos séculos, altas personalidades, inclusive Professores de Direito. Eles viram o estado lastimável da vítima, mas não se detiveram para socorrê-la.* O primeiro passo, então, no sentido da mudança, há de ser o reconhecimento desse estado enfermo do povo brasileiro. E, para isso, é necessária uma postura essencialmente ética de respeito para com os outros, o que, evidentemente, ainda não existe... Vive-se, no Brasil de hoje, sob o império da chamada "Razão Cínica", de que nos fala o filósofo esloveno Slavoj Zizec...

A.L. – E no que consiste essa chamada "Razão Cínica"?

D.N.D.L. – Bem, em linhas bastante gerais, pode-se dizer que ela é algo bem diverso do que se entendia por "cínico", na Antiguidade Clássica. Como já pude assinalar em outra oportunidade, a chamada *Escola Cínica*, surgida na Grécia antiga com Antístenes, apregoava o antimaterialismo como forma ideal de vida, sendo Diógenes o representante máximo daquela filosofia. Curiosamente, os cínicos da Grécia antiga faziam o contrário do que fazem os cínicos atuais. Eles eram assim chamados porque "mordiam" os poderosos, daí a origem do apelido, pois, derivada do latim *cynicus*, a palavra servia para designar o cão. O grande Padre Antônio Vieira, em seu inolvidável e atual *Sermão do Bom Ladrão*, destacava a arguta atuação de Diógenes *que tudo via com mais aguda vista do que a dos outros homens* e que bradou, ao ver ladrões serem levados à forca pelos homens da Justiça: *Lá vão os ladrões grandes enforcar os pequenos....* Passando-

se para os dias atuais essa questão da *Razão Cínica*, Slavoj Zizec refere-se, especificamente, ao que ocorria no Leste Europeu. Assim como lá, embora já estivesse evidente que o comunismo, enquanto sistema político-econômico de governo, desastradamente implantado, de há muito se esgotara – mas era preciso fingir que ainda se acreditava nele a fim de preservar-se a própria lógica do sistema –, também de nosso lado os dogmas da *autonomia privada* e da *igualdade das partes* no contrato, prevalecentes até bem pouco tempo, não deixaram de ser uma aplicação dessa mesma *Razão Cínica*. Já tive a oportunidade, por diversas vezes, de fazer alusão ao problema da *Razão Cínica*, aplicada ao Direito. Numa delas observei que não se terá procedido ainda, no País, pelo que sei, a um estudo aprofundado sobre o cinismo na sociedade brasileira, desde os primórdios até os dias atuais, sendo o material existente para tal investigação, no entanto, exuberantemente farto, presente que está em todas as esferas do Poder. Fica-se profundamente desapontado, a propósito, ao constatar que essa característica do cinismo – e de sua irmã siamesa, a arrogância – não é exclusiva dos Poderes Executivo e Legislativo, mas está muito mais presente do que se imagina no seio do Poder Judiciário... E, no meio acadêmico, igualmente, no qual se poderia supor a existência de uma postura intelectual que repudiasse, peremptoriamente, toda e qualquer forma de manobra cavilosa de seus integrantes, o que se percebe, confrangedoramente, é o descarado triunfo da injustiça e, com ele, o apogeu da tirania... Um caso concreto do cinismo nacional, exemplificativamente, acha-se estampado nas primeiras linhas do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, de tão triste memória – e inegavelmente um dos documentos que mais envergonham a nossa história, não obstante produzido pela mão de festejado jurista: *Considerando que a Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana...*

Objetar-se-á, em vão, com o argumento de que se trata de "águas passadas", e que estamos, após a Constituição de 1988, vivendo sob um *Estado Democrático de Direito*. Isso não passa de um grande embuste. Na verdade, tanto a democracia quanto o direito não estão ontologicamente ligados ao povo brasileiro, de quem apenas retoricamente se diz emanar todo o poder... O povo brasileiro, como se sabe, nunca teve nem tem poder nenhum... Este pertence, com efeito, às oligarquias que governam o País, sejam elas compostas por grandes empresários, ou pelos detentores do poder político. Vivemos com o generalizado fingimento de que, por ter se tornado a oitava economia do mundo, o Brasil estaria em pleno desenvolvimento... A meu ver, isso pode ser considerado *crescimento*, mas jamais desenvolvimento com justiça... Basta olhar para os números do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) ou para os relatórios da Organização das Nações Unidas (ONU) para que se tenha ideia da péssima distribuição de renda existente e de todas as mazelas que assolam esta nossa triste República. A desigualdade social e a falta de respeito para com o outro são as marcas registradas de nossa política...

A.L. – Considerando que, segundo Rawls, algumas pessoas têm maior capacidade do que outras para um sentido de justiça, como V. Ex.ª vê o comportamento dos magistrados, especialmente na época atual, convulsionada por um cipoal de reivindicações sociais e por um emaranhado de leis destinadas a regular essas manifestações?

D.N.D.L. – Entendo que os magistrados, de maneira geral, são pessoas essencialmente vocacionadas para esse *sentimento de justiça* a que alude Rawls. Mas é preciso que eles não se limitem ao domínio das técnicas do saber jurídico. O conhecimento das tecnicidades do processo civil e do processo penal é, sem dúvida, indispensável ao exercício de seu mister, mas ele, por si só, não basta. A formação

humanística sólida e aprofundada é fundamental, a meu ver, para o melhor desempenho possível da judicatura. E, sob tal aspecto, como ex-diretor da Escola dos Magistrados da Justiça Federal da 3.ª Região, pude avaliar quão relevante é o papel desempenhado pelas Escolas de Magistratura. Por outro lado, acho que posso expressar um sentimento de natureza eminentemente pessoal – já que me encontro no entardecer da vida e o furor existente de ameaçar e de punir, talvez, não se incomode muito com este meu triste desabafo, pois nenhum perigo posso representar contra ele – no sentido de que, ao contrário do que acontece, não é o momento de serem exigidas tantas virtudes de um magistrado... Afora o rigor no que se refere à sua absoluta correção ética e à conscientização de ser um servidor público, no melhor sentido desta expressão, não seria mais adequado pensar-se em quais medidas deveriam ser feitas para ajudá-lo a bem desempenhar o seu mister?... Será que, em vez de ameaça de detenção de veículos oficiais com o desembargador dentro, como ocorreu recentemente na Justiça Federal da 3.ª Região, não seria preferível falar-se em proteção aos que correram risco de morte por facínoras, que andam por aí à solta, porque tiveram seus interesses contrariados pelos que não têm medo de fazer justiça?... Veja-se, por exemplo, os lamentáveis episódios dos atentados ocorridos, recentemente, em Sergipe e na Bahia. Não está na hora de pensar-se um pouco mais na proteção à vida dos magistrados do que, grotescamente, "jogar para a plateia", dada a superficialidade cosmética e espalhafatosa da mídia?...

A.L. – Sabendo-se que Santo Agostinho e São Tomás de Aquino admitiam a aplicação da pena de morte, como V. Ex.ª avalia esses entendimentos, nos dias de hoje, em que a violência e a criminalidade são avassaladoras, levando em conta que, no âmbito da sociedade, há tendências a favor e contra a adoção da referida espécie punitiva?

D.N.D.L. – Trata-se de um tema muito polêmico e seria muito difícil enfrentá-lo adequadamente nos lindes de uma singela entrevista como esta. Além de tudo, não sendo um penalista, minha legitimidade para discorrer sobre o tema fica um tanto quanto comprometida. Não me furto, porém, a discordar do pensamento daqueles grandes pensadores da ética cristã: sou francamente contrário à pena de morte. Como a pergunta muito bem assinala, vivemos numa época de violência e criminalidade avassaladoras. Não consta, porém, que a intimidação genérica da instituição da pena de morte tenha tido influência bloqueadora desse tipo de aberração comportamental... Pelo que sei, não se registraram evidências de diminuição da criminalidade nos países em que a pena de morte foi adotada... A par disso, penso que o problema deveria ser analisado sob o ponto de vista de sua gênese. Cito, em meu livro, aquela sábia advertência, feita há muito tempo, pelo escritor Sêneca: *Um povo faminto não escuta a razão, não se importa com a justiça e não se curva pelas preces.* Nessa linha de raciocínio, penso ser urgente um programa – verdadeiro e não caricato e burlesco, como aqueles apregoados pelo governo e sancionados pela mídia que com ele convive numa comprometedora relação – de erradicação da miséria de grande parte de nossa população que se encontra absolutamente à margem da dignidade da pessoa humana, a que se refere a nossa Constituição. Em suma, é mais útil e eficaz iluminar bem as ruas e multiplicar as escolas do que abrir delegacias e inaugurar penitenciárias...

A.L. – Como V. Ex.ª avalia, sob o ângulo da ética, as perspectivas científicas de vir a ocorrer a manipulação do patrimônio genético e existem correntes a favor das pesquisas em células-tronco e clonagem de animais?

D.N.D.L. – Mais uma pergunta extremamente inteligente, mas de difícil, complexa e demorada resposta. Imagino-a relacionada, sobretudo, à disciplina jurídica das células-

tronco. Tal disciplina normativa foi prevista – em meu modesto entender, de forma insuficiente – na Lei n.º 11.105/2005, alcunhada de Lei da Biossegurança, em cuja epígrafe lê-se: *Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória n.º 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei n.º 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.*

Trata-se de duas vertentes normativas, sendo que ambas tiveram sua inconstitucionalidade arguida perante o Supremo Tribunal Federal (STF). A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.510 questionava a inconstitucionalidade do artigo 5.º da Lei n.º 11.105/2005. Com relação a essa ação o STF julgou, por maioria de votos, pela constitucionalidade do artigo que determina o seguinte: *Art. 5.º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:*

> *I – sejam embriões inviáveis; ou*
>
> *II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.*
>
> *§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.*
>
> *§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.*
>
> *§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.*

Seja-me permitido abster-me de maiores considerações a respeito do entendimento dos Ministros do STF, nem sempre fáceis de ser resumidos, máxime a partir da infeliz ideia de que os julgamentos daquele areópago deveriam ser objeto de transmissão pela televisão... O que posso dizer, em grosseira síntese, é que alguns ministros – seis deles, valendo dizer, a maioria da Corte – Carlos Ayres Britto, relator da matéria, Ellen Gracie, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello, votaram no sentido de que o artigo 5.º da Lei de Biossegurança é constitucional, não merecendo nenhuma espécie de reparo. Já para os ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes, a lei também seria constitucional, mas entendiam que o Supremo declarasse, em seu aresto, que haveria necessidade de que as pesquisas fossem, sob o prisma ético, fiscalizadas por um órgão central, no caso, a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP), tendo sido tal proposta alvo de caloroso debate. Outros três ministros – Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau – entenderam que as pesquisas poderiam ser feitas, mas apenas na hipótese de os embriões ainda viáveis não terem sido destruídos para a extração das células-tronco. Mas reconheço estar fazendo, como disse, uma canhestra síntese. Esses três últimos ministros citados, na verdade, fizeram outras ressalvas, em seus votos, para a liberação das pesquisas com células-tronco embrionárias no País.

Já a outra ADI, de n.º 3.526, ainda pendente de julgamento, questiona os aspectos referentes aos Organismos Geneticamente Modificados e o Meio Ambiente, entre outros aspectos. É nessa esfera que gosto de consultar o pensamento da E. Prof.ª Patrícia Aurélia Del Nero, profunda estudiosa da matéria. Em artigo ainda inédito, escrito para um capítulo de livro sobre o tema, que será incluído na obra *Propriedade Intelectual na Agricultura* (ainda no prelo da Editora Lumen Juris), diz a referida professora: *Em linhas gerais, os principais aspectos referentes às inconstitucionalidades constantes na nova Lei de Biossegurança, expostos pelo Ministério Público Federal são os seguintes: afronta à competência comum dos entes federados em proteger o meio ambiente e a combater a poluição em qualquer de suas formas; quebra do Sistema Nacional do Meio Ambiente e da fragmentação do processo de licenciamento ambiental; necessidade de aplicação do princípio da precaução à engenharia genética e exigência de Estudo de Impacto Ambiental; inobservância do princípio democrático (democracia participativa) e violação à coisa julgada (desrespeito ao Princípio da Independência e Harmonia entre os Poderes).* Em outra passagem, assevera a mesma professora: *No âmbito do desenvolvimento desse raciocínio acrescenta-se que a concreta e correta aplicabilidade desse Princípio constitucional deverá ser realizada de forma plena e ao mesmo tempo eficaz, tendo-se em evidência alguns aspectos mencionados anteriormente e que se referem à sustentabilidade ambiental e às condições de vida do homem em sociedade e de forma interligada ao meio ambiente. Sem deixar de observar e consequentemente trazer à reflexão os aspectos referentes ao direito à vida; o direito à qualidade de vida; o direito à dignidade da pessoa humana, bem como a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.* Enfim, por essas citações, pode ser percebida a alta complexidade dessa questão...

A.L. – No cenário atual, marcado por discordâncias políticas e ideológicas, envolvendo até mesmo países da América Latina, além de conflitos bélicos e entre tendências religiosas, como ocorre no Oriente Médio, qual a probabilidade em médio e curto prazo de ser concretizada a previsão de que "ou o século XXI será o século da ética ou será o último na história da humanidade"?

D.N.D.L. – Sua pergunta, como diria o grande Norberto Bobbio, só pode ser objeto de uma aposta. Como foi por ele mostrado, há sinais positivos e negativos no horizonte. No livro *Tempo de Memória* (1997, p. 159), afirma esse grande autor peninsular: *O futuro da terra só pode ser objeto de uma aposta; ou, para quem não se contenta com uma aposta, e acredita que isso esteja em nossas mãos, de um empenho. Os sinais premonitórios são tanto negativos quanto positivos. Sem dúvida, um dos mais preocupantes sinais negativos é a crescente desigualdade entre países ricos e pobres, que é condição permanente de domínio dos primeiros, e de conflitos entre os segundos. Sinal favorável, ao contrário, é a intensidade cada vez maior com que no campo internacional vem sendo reproposto o tema da garantia dos direitos do homem, a começar pela Declaração Universal de 1948, que apontou uma meta ideal e traçou uma possível linha de desenvolvimento do direito internacional em direção à afirmação de um direito cosmopolítico, já previsto por Kant.* Quero crer, de minha parte, que os humanistas podem virar o resultado desse jogo tresloucado e absurdo que ainda predomina nos dias atuais e possamos construir o século XXI, efetivamente, como o *Século da Ética*.

A.L. – Salienta V. Ex.ª, em seu livro, na página 25, que a corrupção e o clientelismo estão aumentando, no Brasil. Apesar disso, seria possível a recuperação ética da sociedade e do meio empresarial brasileiro? Seria possível a recuperação ética no campo político brasileiro, inclusive considerando a atual Lei de Inelegibilidade?

D.N.D.L. – Penso que a sociedade brasileira anda mais do que farta do embuste e da corrupção reinantes. As iniciativas de combate ao chamado "relativismo ético" estão em todas as partes. Cito, em meu livro, por exemplo, iniciativas na área empresarial como o Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social e a Fundação Instituto de Desenvolvimento Empresarial e Social (FIDES). No que se refere especificamente ao campo político, não se pode deixar de considerar um fato, a meu ver, de extrema relevância: a chamada *Lei Ficha Limpa*. Sabe-se que ela só foi aprovada graças à mobilização da opinião pública nacional, tornando-se uma espécie de "divisor de águas" na luta para a implantação de uma verdadeira democracia no Brasil e contra a corrupção e a impunidade despudoradamente prevalecentes no País. É muito significativo desse espírito de combate ao mau-caratismo político a existência de um sítio, no âmbito da internet, denominado *Ficha Limpa*, destacando-se a louvável atuação da entidade denominada Articulação Brasileira contra a Corrupção e a Impunidade (ABRACCI), coadjuvada pelo apoio do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE). Enfim, penso que o Brasil está acordando, ainda que lentamente, do estado de letargia no qual se encontra mergulhado há séculos...

A.L. – Como poderia um magistrado praticar atos processuais e julgar sob a égide da ética, mesmo considerando-se sua natureza humana e, portanto, sujeito a falibilidade? De que maneira poderia julgar sem se deixar influenciar pelo receio de desagradar à sociedade ou temendo tornar-se impopular? Poderia, eticamente, julgar um réu aderindo ao presumível ou mesmo manifesto desejo do povo para a condenação daquele?

D.N.D.L. – Quanto à primeira parte da pergunta, penso que o magistrado deve ter a humildade e a serenidade – duas das virtudes muito importantes daquelas que devem exornar a figura de um juiz – necessárias para lidar com suas próprias fraquezas, como ser humano que é. Em segundo lugar, é claro que ele não deve temer desagradar a sociedade em seus julgamentos, pois o seu compromisso fundamental é, antes de tudo, com a própria consciência. É essencial,

portanto, que o juiz tenha, também, a virtude da coragem. Não pode e não deve temer nada. Em discurso recente, quando tomei posse como Professor Titular da Faculdade de Direito da USP, pude assinalar que, em nossa época, faz-se necessário, acima de tudo, o exercício de uma judicatura rigorosamente ética, sem nenhum tipo de concessão a quem quer que seja: Ministros de Estado, Presidentes da República etc., que se colocam, sem nenhuma cerimônia, acima dos três Poderes e da própria Constituição da República... Parafraseando meu estimado e ilustre colega Walter do Amaral, em sua obra que acaba de vir a lume, *A Justiça Encurralada* - a quem interessa a intimidação e a submissão dos juízes?, é preciso que a Justiça no Brasil cesse de ser amordaçada por interesses que não se compadecem com o Estado Democrático de Direito, idealizado pelo nosso Poder Constituinte, no já distante e saudoso ano de 1988. Tudo bem que esse almejado Estado Democrático de Direito esteja ainda muito longe de existir no Brasil, não tendo passado, até o momento, de uma pomposa e enganadora figura de retórica, mas deveríamos tentar, pelo menos, caminhar em direção a ele...

A.L. – O excesso de falta de cortesia demonstrada por magistrados pode afastar o jurisdicionado do propósito de buscar justiça? Até que limite isso prejudica o papel da justiça no contexto social?

D.N.D.L. – A falta de cortesia, por parte de um magistrado, seja de que instância for, é deveras deplorável. Ele deve ser cortês para com todos aqueles que se relacionem com a administração da Justiça, mas deverá sê-lo não porque o artigo 22 do Código de Ética da Magistratura Nacional assim o exige, considerando ser tal atitude uma espécie de "dever", mas sim porque essa deve ser uma característica intrínseca de seu caráter. Ele deve procurar ser, sobretudo, um homem justo. E o homem justo, como assinalado por Aristóteles, em *Ética a Nicômaco*, é aquele que busca realizar o bem do próximo antes do seu mesmo. A preocupação em servir ao próximo deve ser a principal. Nutrir uma espécie de sagrado horror à vaidade humana também é altamente recomendável. As moléstias alcunhadas de "juizite", "magistrose" ou "ministrite" – expressões absolutamente corriqueiras ouvidas por mim ao longo de vinte e cinco anos no exercício da advocacia e, episodicamente, nos pouco mais de quatorze de magistrado federal – são graves deformações de caráter que não haverão de ser corrigidas propriamente por um Código e sim durante a infância, com a atenciosa educação dos pais, e no período escolar, colegial e universitário, com o prudente ensinamento dos mestres e dos jurisdocentes...

A.L. – O que espera a sociedade do comportamento de magistrados, promotores e advogados sob o prisma da ética?

D.N.D.L. – Penso que a sociedade deve esperar uma conduta ética impecável por parte de todos eles. Decepcionada com os políticos e com os governantes de um modo geral, é natural que volte suas esperanças para os magistrados, promotores e advogados. É por isso que um desvio da conduta ética por parte deles seja sumamente grave, pondo em risco a crença de toda a comunidade na Justiça.

A.L. – Seria ético o abandono de uma causa pelo advogado? Até que ponto? Afigura-se ético usar uma das partes da interposição de recursos pela simples obrigação de recorrer (setor público) ou para delongar os efeitos de uma decisão? Que meios deveriam ser adotados para evitar esses comportamentos?

D.N.D.L. – Com relação à primeira parte da pergunta, eu diria que o abandono de uma causa pelo advogado não pode ser, por si só, considerado uma falta de ética. Dependerá, evidentemente, das razões que o levaram à renúncia de seu mandato. Pode ocorrer exatamente o contrário, isto é, foram razões de ordem predominantemente ética que o levaram ao abandono da causa... Respondo, no caso, por experiência própria: quando percebi que, numa determinada empresa, de natureza transnacional, os seus dirigentes me pressionaram a agir em desconformidade com aquilo que eu pregava dentro da sala de aula, fui obrigado por aquele *imperativo categórico*, de que nos falava Kant, a renunciar aos polpudos honorários que me ofereciam... Por outro lado, eu consideraria profundamente antiético um advogado que renunciasse ao mandato que lhe foi outorgado por um cliente pobre, que não mais reunisse condições de arcar com os honorários advocatícios contratados... Quanto à segunda parte da pergunta, a resposta é muito fácil: trata-se de uma clamorosa falta de ética a utilização de recursos, sabidamente inviáveis, interpostos apenas com o propósito de adiar o quanto possível os efeitos de uma decisão judicial... Mais deplorável ainda quando é o próprio Poder Público – que, segundo a Constituição da República, deveria agir com absoluta probidade – quem promove um festival de recursos que não têm a mínima condição de prosperar... Quanto aos meios para coibir esse tipo de procedimento, parece que a aplicação de sanções mais pesadas deveriam ser adotadas com o propósito de coibir esses comportamentos que ultrapassam em muito os limites mínimos da decência...

A.L. – Orientações para os clientes apresentarem álibis são atitudes advocatícias pautadas na ética? Como devem advogados orientar seus clientes sem ferir a ética e sem que estes deixem de exercer o direito de ampla defesa?

D.N.D.L. – As atitudes do advogado para a defesa dos interesses de seus clientes podem e devem ser essencialmente éticas. Infelizmente, porém, nem sempre o são, dependendo da prudente análise de cada caso. É assombroso o número de processos existentes no Tribunal de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), naquela que é, indubitavelmente, uma das mais nobres profissões. O número de punições também não deixa de ser alarmante. São advogados que deveriam ter escolhido uma outra profissão qualquer, não tão rigorosamente ética quanto o é a advocacia. É claro que, em princípio, o advogado tem não apenas o direito, mas, sobretudo, o dever, de se utilizar de todos os argumentos possíveis existentes em favor de seus clientes. Mas, ao fazê-lo, deve nortear-se por conduta ética impecável. E assim o é porque ele não é mero mandatário da parte, "mas antes um agente indispensável à plena realização dos superiores interesses da justiça", no dizer expressivo de Salvatore Satta, conforme pude citar na p. 271 de minha obra.

A.L. – Que se pode exigir em termos de ética dos jurisdocentes e seus discípulos?

D.N.D.L. – Sem embargo da ampla e velha discussão sobre ser possível ou não ensinar a ética ao indivíduo – o que tornaria demasiado longa a presente resposta –, permito-me partir do pressuposto de que, pelo menos no processo de formação das pessoas, há um papel fundamental na educação (primeiro em casa e depois na escola), pela qual será possível mostrar a elas a possibilidade de escolha entre os caminhos que conduzem ao bem e à verdade e aqueles que os levam à barbárie. Sendo assim, julgo caber ao jurisdocente uma das maiores responsabilidades, pois a ele caberá ratificar, a quem já recebeu uma formação ética sólida da família e da escola, os valores superiores da dignidade humana; a quem, no entanto, ainda vacila entre a escolha de um daqueles caminhos, deverá o jurisdocente, com palavras, exemplos, entusiasmo (que significa, etimologicamente, "trazer um Deus dentro de si"), coragem, símbolos e outras armas, convencer os espíritos inacabados para uma escolha consciente daquele primeiro caminho que conduz ao bem, à verdade e ao amor.

A.L. – É ético que os veículos mediáticos, a pretexto de informação ao público, tirem proveito, em termos de captação de patrocinadores para seus programas, às custas de audiência obtida por divulgar a corrupção, o sexo e a criminalidade, pura e simplesmente?

D.N.D.L. – É deplorável que os veículos midiáticos, a pretexto da ampla informação ao público e à plena liberdade da imprensa, tenham espezinhado a ética de uma forma confrangedora. O que se vê na televisão e nos jornais, com efeito, ultrapassa os limites do inacreditável. O que importa são os índices de audiência, para a televisão, e o número de exemplares vendidos, para os jornais e revistas. A verdade dos fatos, destarte, fica relegada a plano absolutamente secundário. Parece até mesmo um truísmo fazer tal afirmação, tamanha a obviedade de que se reveste... O contra-argumento, de outro lado, é igualmente muito conhecido: a maioria das pessoas sabe que a Rede Globo de Televisão, quando produziu uma das minisséries mais encantadoras da TV brasileira, baseada na obra-prima do grande escritor português Eça de Queiroz, *Os Maias*, teria sofrido verdadeiro revés em matéria de audiência, pois o povo brasileiro, em sua maioria, é constituído por desconcertante massa de apedeutas e de miseráveis, mais interessada em programas do estilo Silvio Santos, Faustão e quejandos... Volve-se, então, àquela velha discussão que se transforma num melancólico círculo vicioso: deve-se baixar o nível da arte ao nível do povo ou, ao revés, deve-se (pelo menos tentar e insistir...) elevar o nível do povo ao nível da arte?... Não posso, a propósito, deixar de reproduzir o pensamento de um dos maiores cérebros do século passado – Karl Popper – quando, ao comentar a

degradação dos programas de televisão, cada vez mais dominados pela violência, pelo sexo e pelo sensacionalismo, viu nela um perigo imenso para as crianças, para a educação e para a sociedade civilizada. Por difundir a violência na sociedade e por ter seu poder submetido a nenhum controle, a televisão representaria, aos seus olhos, uma terrível ameaça para a democracia. Declarou, então: *Tornou-se um poder colossal; pode-se até mesmo dizer que é potencialmente o mais importante de todos, como se tivesse substituído a voz de Deus.*

A.L. – Pode-se considerar ético que formadores de opinião façam declarações pseudamente críticas acerca da corrupção e da criminalidade, para dar a impressão de apenas satisfazer a sociedade, porém, mantendo-a na ignorância sobre as reais causas daqueles fenômenos?

D.N.D.L. – Predomina, na mídia brasileira, uma acrasia ética lamentavelmente assustadora. Há raras e honrosas exceções, é claro. Uma delas tive a oportunidade de citar em meu livro. Trata-se do jornalista Carlos Alberto Di Franco, Diretor de Mestrado em Jornalismo para Editores do Centro de Extensão Universitária (CEU) e da Faculdade de Ciências da Informação da Universidade de Navarra, Espanha, que representa no Brasil. Ele é, também, Professor de Ética Jornalística e Colaborador dos jornais *O Estado de S.Paulo* e *O Globo*. Destaca-se, sem dúvida, por seus editoriais acerca da ética na mídia brasileira. Assim ele respondeu à pergunta sobre o que se podia esperar de um jornalista ético: *Que trabalhe bem, com profissionalismo e seriedade ética. Espera-se que apure com profundidade e isenção, que informe sem engajamento, que escreva com precisão e elegância sobre a verdade dos fatos.*

Quando indagado sobre a possibilidade de uma empresa jornalística ser ética ou se tal expectativa seria meramente utópica, respondeu: *Não é utopia a ética empresarial. Ao contrário, no campo da empresa informativa, é, também, questão de sobrevivência. Afinal, o nosso maior capital é a credibilidade. E a credibilidade depende da ética.*

Por outro lado, não posso deixar de assinalar, como disse no início desta resposta, que os nossos meios de comunicação de massa não têm o menor compromisso com a ética. Em recentíssima obra lançada (*Rumo à Justiça*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11), assinalou o E. Prof. Fábio Konder Comparato: *Acontece que, nas sociedades de massas do mundo contemporâneo, a educação para a cidadania faz-se não mais na família, na escola ou nas assembleias religiosas, e sim através dos meios de comunicação de massa, em especial a imprensa, o rádio e a televisão. Ora, em nosso país essa via educacional encontra-se bloqueada. A quase totalidade dos veículos de comunicação pública – vale dizer, de comunicação do povo consigo mesmo e do povo com os governantes – foi apropriada por particulares, que os exploram sob a forma empresarial, em benefício de sua classe e dos seus interesses capitalistas*, concluindo, de forma peremptória, com esta importantíssima afirmação: *É este, sem exagero, o mais grave problema político da atualidade.*

Assim, não obstante a afirmação do filósofo francês Lipovetsky no sentido de que *nenhum estudo científico conseguiu estabelecer uma causalidade direta entre violência televisiva e criminalidade real*, entendo que os malefícios por ela causados superam consideravelmente os benefícios. Entre tantos argumentos que poderiam ser destacados em tal sentido, permito-me citar o seguinte trecho do magistrado e Presidente da Academia Paulista de Letras, José Renato Nalini: *A imprensa constrói e destrói reputações, cria verdades, conduz a opinião coletiva por caminhos nem sempre identificáveis e para finalidades muitas vezes ambíguas. Seu poder é tamanho que as concessões são disputadas por políticos, por líderes religiosos e por grupos com a intenção de empolgar outras espécies de poder, seja econômico ou político.*

Não desejo *satanizar* a televisão brasileira – era escusado dizer – como se fosse ela a única responsável pela degradação intelectual e moral de nossa sociedade, mas achar que ela não contribuiu poderosamente para isso é tão ingênuo como supor que um dicionário é o resultado de uma simples explosão da tipografia...

A.L. – No cenário atual, qual sistema tem prevalência, o moral ou o político, ou o contrário disso? Há lugar para a máxima "O fim justifica os meios"?

D.N.D.L. – Eis aí outro tema empolgante, mas de resposta extremamente difícil... E é fácil saber o porquê. É que *virtù*, para Maquiavel, nada tem a ver com a *virtude*, a que se referia Aristóteles, em *Ética a Nicômaco*. Daí a precisa observação de Bobbio: *O problema das relações entre ética e política é mais grave porque a experiência histórica mostrou, ao menos desde o contraste que contrapôs Antígona a Creonte, e o senso comum parece ter pacificamente aceitado, que o homem político pode se comportar de modo dissonante da moral comum, que um ato ilícito em moral pode ser considerado e apreciado como lícito em política, em suma, que a política obedece a um código de regras, ou sistema normativo, que não se coaduna e em parte é incompatível com o código de regras, ou sistema normativo, da conduta moral*, explicando, pouco mais adiante, que as teorias existentes sobre esse problema das relações entre a moral e a política poderiam ser classificadas em quatro grandes grupos: o monismo rígido, o monismo flexível, o dualismo aparente e o dualismo real. Ultrapassaria os lindes de uma singela entrevista como esta, evidentemente, esboçar uma explicação, ainda que muito panorâmica, de cada uma delas, o que tentei fazer em meu livro, a partir da p. 299. Em suma, posso apenas dizer que não posso conceber uma política dissociada dos valores éticos. A frase de Maquiavel, citada na pergunta, embora não reflita toda a complexidade desse grande pensador político florentino, não pode mais ter agasalho em pleno século XXI.

A.L. – Como se pode avaliar o fato de pessoas apontadas como autoras de crimes sexuais serem violentadas sexualmente por colegas de cárcere, à guisa de reprimenda baseada na subcultura destes, postura aceita, ainda que tacitamente, pela sociedade e pelos responsáveis pela execução do encarceramento?

D.N.D.L. – Novamente uma pergunta para a qual eu não me sinto inteiramente abalizado para responder. Nunca refleti, mais detidamente, sobre esse magno problema das precárias condições das penitenciárias brasileiras, sendo meu conhecimento meramente jornalístico. Mas posso afirmar, sob o ponto de vista estritamente ético, ser absolutamente inadmissível tal tipo de conduta, pois equivale a voltarmos aos tempos babilônicos, muito anteriores a Jesus Cristo, quase dois mil ano antes Dele, quando se falava na *pena de talião*, conhecida por "olho por olho, dente por dente", encerrando a ideia de correspondência entre o crime cometido e a pena a ser aplicada. Isso, evidentemente, não faz mais sentido algum na atualidade. Sempre deverá haver punição, é claro, mas que ela possa ser não apenas um castigo para quem delinquiu, mas também um modo de levar o criminoso ao arrependimento e à sua reintegração na sociedade.

A.L. – Em que deveria consistir a cultura de uma ética empresarial? Quais seriam os seus pressupostos e objetivos? Na prática, que frutos poderiam ser esperados dessa cultura?

D.N.D.L. – A cultura de uma ética empresarial deve começar, a meu ver, por um trabalho de profunda conscientização dos empresários da função social de sua atividade. É preciso que eles se convençam, antes de mais nada, que possuem uma acentuada responsabilidade social sem a qual faltar-lhes-ia legitimidade para o exercício da atividade empresarial. Foi uma pena, aliás, que o Código Civil de 2002 – que tão bem pôs em destaque a *função social do contrato*, no art. 421 – não o tenha feito em relação à atividade do empresário no art. 966. Em pronunciamento feito na Ouvidoria Parlamentar da Câmara dos Deputados, no dia 4 de junho de 2002, tive a oportunidade de pôr em realce essa questão da função social do empresário. Com efeito, se o parágrafo único do artigo 116 de nossa Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1975, disciplinadora da sociedade por ações, já dispusera de forma deveras lapidar sobre o tema, como não termos uma disposição semelhante que abranja não apenas os demais tipos societários, como, igualmente, o empresário individualmente considerado? Permiti-me sugerir, nesta linha de raciocínio, a inclusão de um § 1.º ao atual artigo 966 (transformando-se o parágrafo único em § 2.º), pondo em destaque essa função social da atividade empresarial. E, conforme assinalei na sétima e última edição do *Código Civil Comentado* (Saraiva, 7. ed., São Paulo, 2010, p. 862), o saudoso Deputado Ricardo Fiuza, acolhendo minha sugestão e aprimorando-a, introduziu, no Projeto de Lei n.º 7.160/2002, um parágrafo ao artigo 966, do teor seguinte: *O exercício da atividade de empresário, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observará os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé e pelos bons costumes.* Embora se trate, ainda, de uma disposição *de lege ferenda*, não há como negar o fato óbvio de que um empresário que assume abertamente sua responsabilidade social, que respeita inequivocamente o meio ambiente, e que se preocupa sinceramente com o aperfeiçoamento intelectual de seus empregados, contribuindo decisivamente para a melhoria de suas condições sócio-econômicas, irá desfrutar de ótima imagem perante o público consumidor e só terá ganhos com tal conduta. Não estou querendo dizer, com isto, que esteja assumindo uma posição de que a ética é um *bom negócio* para o empresário e que, portanto, ele deve praticá-la... Prefiro acreditar na possibilidade de que isso seja encarado como consequência natural de uma postura baseada nos valores transcendentes da pessoa humana.

A.L. – Que críticas merecem, sob as luzes da ética, as empresas que se preocupam exclusivamente com o lucro, além de, até em razão disso, causarem danos ambientais? Como deveria ser, concretamente, desenvolvida e cumprida sua responsabilidade social?

D.N.D.L. – Bem, talvez já tenha conseguido responder, ainda que apenas parcialmente, nas considerações retro desenvolvidas. As empresas que, de forma inescrupulosa, causam danos ambientais devem sofrer, antes de mais nada, as sanções administrativas e penais cabíveis. A par disso, deve haver um repúdio generalizado e firme por parte dos consumidores dos produtos dessas empresas. Não se pode esquecer de que a proteção ao meio ambiente é um dever de todos – assim o preconiza o artigo 225 da Constituição Federal – e nós podemos fazer isso de diversas maneiras, desde a não aquisição de produtos e serviços das empresas que não se preocupam com a sobrevivência do nosso planeta até o nosso próprio esforço para economizar energia elétrica e água, mesmo quando estamos dentro de um hotel e com certa vontade de trocar a toalha de banho que só foi utilizada uma única vez... Quanto à segunda parte da pergunta, penso que a elaboração de *Códigos de Conduta* (comumente chamados de *deontológicos*) podem constituir um passo importante – embora não suficiente – na direção de uma conduta empresarial eticamente irreprochável. Com efeito, as atitudes concretas tomadas pela alta administração da empresa diante dos empregados e do público em geral podem ter, às vezes, mais significação e efeito do que as palavras dispostas num Código, ainda que elegantemente e da forma mais castiça possível...

A.L. – Com vistas ao desenvolvimento da ciência, mesmo a despeito da busca de descobrimento de curas para doenças do homem, pautam-se eticamente os que sacrificam a fauna e a flora? Que posturas deveriam adotar para evitar essa consequência?

D.N.D.L. – Trata-se, igualmente, de uma questão verdadeiramente crucial. Em uma obra que considero deveras fundamental (*A Teia da Vida* - uma nova compreensão científica dos

Noite de autógrafos do Des. Newton De Lucca na ESM-PA.

sistemas vivos. Tradução de Newton Roberval Eichemberg, São Paulo: Cultrix, 1996, p. 28), assevera-nos o físico e ecologista Fritjof Capra, um dos fundadores do *Center for Ecoliteracy* (Centro de Eco-Alfabetização), em Berkeley, Califórnia, nos Estados Unidos, instituto que divulga o pensamento ecológico nas redes de ensino: *Toda a questão dos valores é fundamental para a ecologia profunda; é, de fato, sua característica definidora central. Enquanto o velho paradigma está baseado em valores antropocêntricos (centralizados no ser humano), a ecologia profunda está alicerçada em valores ecocêntricos (centralizados na Terra). É uma visão de mundo que reconhece o valor inerente da vida não humana. Todos os seres vivos são membros de comunidades ecológicas ligadas umas às outras numa rede de interdependências. Quando essa percepção ecológica profunda torna-se parte de nossa consciência cotidiana, emerge um sistema de ética radicalmente novo.*

Capra, na verdade – igualmente autor de outras obras que se tornaram referência do pensamento científico, social e filosófico contemporâneo, tais como *O Tao da Física* (1975) e *O Ponto de Mutação* (1982) –, defende não apenas a ideia de padrões *ecoéticos* para a atividade empresarial como para a própria ciência em geral, como se pode ver na seguinte passagem: *Essa ética ecológica profunda é urgentemente necessária nos dias de hoje, e especialmente na ciência, uma vez que a maior parte daquilo que os cientistas fazem não atua no sentido de promover a vida nem de preservar a vida, mas sim no sentido de destruir a vida. Com os físicos projetando sistemas de armamentos que ameaçam eliminar a vida do planeta, com os químicos contaminando o meio ambiente global, com os biólogos pondo à solta tipos novos e desconhecidos de micro-organismos sem saber as consequências, com psicólogos e outros cientistas torturando animais em nome do progresso científico – com todas essas atividades em andamento, parece da máxima urgência introduzir padrões "ecoéticos" na ciência.*

Sinto-me irrestritamente de acordo com tal pensamento e, sem esses padrões éticos, nós vamos destruir de vez o equilíbrio ecológico da Terra, com todo festival de horrores daí decorrentes...

A.L. – Alguma consideração a mais que desejaria fazer?

D.N.D.L. – Gostaria apenas de dizer aos meus colegas que se acham profundamente desiludidos com a escravização da sociedade brasileira – promovida em nome da liberdade de imprensa e mantida cavilosamente pelos detentores dos meios de comunicação de massa do País, que atuam sem controle, sem escrúpulos e sem nenhuma responsabilidade – que não se deixem abater por este momento sombrio em que vivemos... Há muitos homens de inteligência, brilho e coragem que estão plenamente conscientes desse estado de coisas e prometem lutar. E, nesse sentido, permito-me citar, mais uma vez, essa recentíssima obra do Prof. Fábio Comparato (*Rumo à Justiça*, cit., p. 12): *Da mesma forma, quando a lei não regula o funcionamento dos órgãos de imprensa, rádio e televisão, no sentido republicano e democrático, o povo é totalmente destituído da liberdade fundamental da comunicação, e permanece submetido a um incessante processo de intoxicação ideológica, como se vê descaradamente em nosso país. Aliás, o oligopólio privado dos meios de comunicação social transformou-se hoje, no Brasil, em verdadeiro Poder, que atua sem controle e responsabilidade.* E sem nenhum pundonor, permitir-me-ei acrescentar...

Artigos

Rosalina Moitta Pinto da Costa

O papel do juiz na concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional

Resumo

O trabalho enfoca a atividade criativa do julgador na realização do direito fundamental à tutela jurisdicional. No contexto do atual Estado de Direito, em que não basta a garantia do acesso à justiça, mas se exige uma prestação jurisdicional efetiva, adequada e célere, emerge o juiz como adaptador das regras jurídicas às constantes modificações da realidade social para garantir, mediante função inovadora e recriadora do direito, a realização de um processo justo, isto é, uma tutela jurisdicional mais segura e completa possível, tendo em vista as necessidades do caso concreto. O estudo ressalta o papel do julgador como concretizador das normas constitucionais e efetivo partícipe dos destinos da sociedade.

Palavras-chave

Direitos fundamentais. Tutela jurisdicional efetiva. Atividade do julgador. Processo justo.

Abstract

This work focus on the creative activity of the one who judges during the realization of the fundamental right to the jurisdictional injunction. In the context of the current Rule of Law, where the guarantee to justice is not enough, instead, an effective, adequate and fast jurisdictional rendering of services is demanded, emerges the figure of the judge performing the role of an adaptor of the juridical rules to the constant changes in social reality in order to guarantee the realization of a fair procedure, by means of a novel function which is also a recreator of the law, that is a safer and absolute jurisdictional injunction, privileging the demands of the concrete case. The study places an emphasis on the role of the judge as a concretizer of the constitutional norms and effective participant of the destinies of society.

Keywords

Fundamental rights. Effective jurisdictional injunction. Judge activity. Fair procedure.

O papel do juiz na concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional

The role of the judge in the realization of the fundamental right to the jurisdictional injunction

Rosalina Moitta Pinto da Costa*

* Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal do Pará (UFPA), Especialista em Direito Ambiental pelo Núcleo de Meio Ambiente da UFPA (NUMA/UFPA), Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará e Professora da graduação e pós-graduação da UFPA. rosalina.costa@hotmail.com.

Introdução

O trabalho tem como fulcro demonstrar a função do juiz na concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional.

Para tal escopo, inicia-se com o estudo da fundamentalidade formal e material dos direitos humanos, visando demonstrar sua expansividade, para, a partir daí, identificar-se a tutela jurisdicional efetiva como um direito fundamental.

Após, parte-se para a análise da dimensão objetiva de tais direitos, no intuito de apontar a sua incidência sobre o administrador, o legislador e o juiz.

Ao final, com base em tais premissas, enfoca-se o papel que desempenha o julgador no atual Estado de Direito, no objetivo de caracterizar sua atividade criativa como garantidor da eficácia dos direitos fundamentais e partícipe decisivo na realização de uma tutela jurisdicional efetiva e adequada.

Da expansividade e da eficácia vertical dos direitos fundamentais[1]

Da fundamentalidade formal e material

Com o fim da segunda Grande Guerra deu-se início à reflexão sobre a necessidade de implementar meios mais eficazes de proteção do ser humano contra o Estado. Os povos questionaram o arbítrio da vontade dos governantes, abandonando o positivismo legalista bem como a crença na onipotência do legislador estatal, e os direitos fundamentais[2] voltaram-se para a condição de direitos naturais das pessoas[3].

[1] A expressão direitos fundamentais é a utilizada pela Constituição Federal de 1988, mas não é a única, sendo vários os termos existentes no direito constitucional brasileiro e estrangeiro: "liberdades públicas", "liberdades fundamentais", "direitos humanos", "direitos constitucionais", "direitos públicos subjetivos", "direitos da pessoa humana", "direitos naturais", "direitos subjetivos" (DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 118; TAVARES, 2009, p. 410 et seq.).

[2] Norberto Bobbio (2004 p. 28-30) identifica três fases da evolução dos direitos humanos. O primeiro momento, segundo o autor, deve ser buscado na obra dos filósofos e remonta a John Locke, para o qual os homens nascem livres e iguais. Os direitos do homem, então, são universais em relação ao conteúdo, mas extremamente limitados quanto à sua eficácia, pois existem apenas como recomendações ao legislador. A segunda fase dá-se na passagem da teoria à prática, do direito somente pensado para o direito realizado. Há o acolhimento dessas teorias pelo legislador que as coloca com o base de uma nova concepção de Estado, como nas revoluções americana e francesa. Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos humanos é a um só tempo universal e positiva. Universal, no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos são todos os homens; positiva, porque tais direitos não são apenas proclamados, mas reconhecidos e protegidos até mesmo contra o Estado que os tenha violado.

[3] Segundo Acosta Sanchez (1998, p. 177-178), os direitos fundamentais converteram-se em base de legitimidade e validade, junto à soberania popular,

Os direitos humanos, então, passam a ser positivados nas ordens jurídicas constitucionais. Contudo, não basta que estejam consagrados nas Constituições para que sejam tidos como fundamentais, devem eles, ainda, trazer uma característica que os diferencie dentro da própria Carta, por isso a doutrina entende que a fundamentalidade se estabelece a partir de dois pilares: formal e material[4].

A fundamentalidade formal permite que se dê a esses bens jurídicos, que são considerados relevantes e essenciais à proteção da pessoa humana, uma situação diferenciada, isto é, uma proteção jurídica privilegiada em relação às demais normas constitucionais não tidas como fundamentais. Trata-se de garantias que a própria Constituição formal já estabelece e vai depender de cada uma delas. A nossa Carta, por exemplo, prevê que as normas de direitos fundamentais (e não quaisquer outras), têm aplicabilidade imediata (CF, art. 5.º, § 1.º), e as protege não apenas do legislador ordinário, mas do poder constituinte reformador – por integrarem as cláusulas pétreas (CF, art. 60).

Por sua vez, a fundamentalidade em sentido material está vinculada à importância, à essencialidade, e, portanto, à relevância de proteção de determinados bens jurídicos para uma dada ordem constitucional; diz respeito ao conteúdo dos direitos, aos seus valores subjacentes. Quem primeiro diz o que é fundamental é o constituinte. Assim, como elementos constitutivos da Constituição material, versam sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade, e, principalmente, sobre a posição nestes ocupada pela pessoa humana (SARLET, 2009, p.75). Trata-se, portanto, de direitos essenciais à proteção da pessoa humana.

O artigo 5.º, § 2.º, da nossa Constituição Federal, por exemplo, consagra a expansividade dos direitos fundamentais[5], permitindo, por meio da aceitação da ideia de fundamentalidade material, que outros direitos, ainda que não expressamente previstos na Constituição sejam considerados fundamentais. Referido dispositivo institui um sistema constitucional aberto à fundamentalidade material, deixando claro que o elenco dos direitos fundamentais do Título II da CF é não-taxativo, não-exaustivo.

Observa-se, portanto, que é insuficiente uma conceituação meramente formal, no sentido de serem direitos fundamentais aqueles reconhecidos na Constituição, sendo imprescindível a análise do seu conteúdo – fundamentalidade material – que é verificar se a matéria propriamente dita é constitutiva das estruturas básicas do Estado e da sociedade. Afinal,

> só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente fundamentais, mas não formalmente; (2) a aplicação, a estes direitos só materialmente constitucionais, de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais. (CANOTILHO, 1991, p. 509).

Em suma, direitos fundamentais são todos os que estão expressa e implicitamente positivados na ordem jurídica constitucional, além daqueles que a estes são equiparados, por força da própria Constituição, porque são dotados de fundamentalidade material.

Da dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para a sociedade, por isso, hoje, ultrapassadas as perspectivas puramente individualis-

dos poderes públicos e do direito, produzindo efeitos irradiantes em todos os terrenos do ordenamento jurídico.

[4] A característica da fundamentalidade (formal e material), de acordo com a lição de Robert Alexy, foi recepcionada pela doutrina lusitana por Gomes Canotilho (1991, p. 509); Jorge Miranda (2000, v. 4, p. 137 et seq.). No Brasil, Ingo Sarlet (2009, p. 74 et seq.).

[5] Partindo dessa abertura material prevista no artigo 5.º, § 1.º, da CF, Ingo Sarlet (2009, p. 75) classifica os direitos fundamentais em dois grandes grupos de direitos: a) direitos expressamente positivados, que são os direitos positivados no Título II da CF, direitos positivados na CF, mas fora do Título II e Direitos positivados nos tratados internacionais; b) direitos implicitamente positivados, que são os direitos não-escritos. Não são novos direitos, mas direitos já existentes que estão implícitos. Os direitos implícitos estão explícitos nos expressos. Um exemplo é o princípio do duplo grau de jurisdição, embora tal entendimento seja controverso.

tas, declara-se que garantem direitos subjetivos, mas igualmente impõem obrigações objetivas ao Estado[6], isto é, em uma primeira linha são reconhecidos como direitos do homem, individualmente considerado e como membro de uma sociedade, mas seus valores também fundam princípios objetivos norteadores de todo o ordenamento jurídico, determinando as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos. (HESSE, 1998 , p. 240).

As dimensões objetiva e subjetiva visam demonstrar que os preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos – enquanto posições jurídicas de que eles são titulares perante o Estado –, mas também valem juridicamente do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que ela se propõe seguir, em grande medida por meio da ação estatal (ANDRADE, 2009, p. 109).

Com efeito, os valores contidos na norma de direito fundamental se espraiam sobre a compreensão e a atuação do ordenamento jurídico, permitindo a irradiação[7] dos seus efeitos sobre toda a ordem jurídica. Essa valoração da ordem objetiva tem como consequência estabelecer ao Estado um dever de proteção, vinculando o legislador, o administrador e o juiz. É a chamada *eficácia vertical*[8].

Assim, *objetivamente consideradas*, as normas de direitos humanos incidem sobre o Poder Público, na sua atividade de interpretação e aplicação das leis, gerando um dever de tutela ao *julgador*.

Da tutela jurisdicional como um direito fundamental

A nossa Constituição Federal estatuiu no seu artigo 5.º, XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito".

Essa norma, diante do fenômeno que então ficou conhecido como "constitucionalização[9] do processo"[10], informa que não basta assegurar a todos apenas o acesso à justiça, mas *a tutela ao direito conferida ao autor ao final do procedimento deve ser efetiva, adequada e justa*[11].

O processo, que então começa a ser relido à luz da Constituição e cujo conteúdo passa a ser definido pelos Direitos Humanos, deve ser um instrumento de garantia[12] dos direitos individuais[13], e, portanto, da prestação jurisdicional efetiva, isto é, deve se revelar capaz de realizar uma justiça verdadeiramente imparcial, fundada na natureza e na razão (COMOGLIO, 1998, p. 105)[14].

---

[6] Fala-se, assim, de uma "dupla dimensão", de uma "dupla natureza", de um "duplo caráter": são as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais: Canotilho (1991, p. 545); José Carlos Vieira de Andrade, (2009, p.108).

[7] Tem sido costume ligar a dimensão objectiva dos direitos funcamentais à ideia de uma eficácia 'irradiante' das normas constitucionais que os prevêem, produto da sua intenção conformadora da ordem jurídica. Mais concretamente, fala-se de um efeito 'externo' dos direitos fundamentais, de que resultaria uma força vinculativa generalizada dos preceitos respectivos: partindo do postulado de que os direitos fundamentais, na sua dimensão subjectiva (interna), se referem exclusivamente às relações entre os particulares e o Estado, conclui-se que será na sua dimensão objetiva, enquanto normas constitucionais e valores comunitários, que se justifica e exprime a respectiva eficácia fora do âmbito dessas relações, em especial nas relações dos particulares entre si. Na realidade, a eficácia externa dos direitos fundamentais foi inicialmente pensada como eficácia horizontal, para fundamentar uma obrigação gera de respeito nas relações entre indivíduos, supostamente iguais, contraposta à sua típica eficacia vertical, nas relações do indivíduo perante o poder estadual (ANDRADE, 2009, p.137).

[8] Chama-se *eficácia horizontal ou eficácia privada* ou eficácia em relação a terceiros quando ocorre a repercussão dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

[9] "[...] designa-se constitucionalização a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se, assim, o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário" (CANOTILHO,1991, p. 508).

[10] Diz-se "constitucionalização do processo" ao fenômeno ocorrido nos Estados Democráticos de Direito, em que as garantias processuais passam a ser previstas entre os direitos fundamentais da Constituição. Lembrando, conforme enfatiza Alexandre de Moraes (2007, p. 3), que "a constitucionalização dos direitos humanos não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia".

[11] Dupla foi a grande mudança de rumo do processo, na segunda metade do século XX: a) reduziu-se a separação exagerada que se notava no tratamento das figuras processuais em relação ao direito material, reforçando o papel instrumento do processo na realização e tutela dos direitos subjetivos substanciais, já então permeados de valores humanos e éticos, dando origem ao chamado 'processo justo'; b) formou-se e consolidou-se o fenômeno da 'constitucionalização' do processo, cujos princípios ganharam assento na sede reguladora dos direitos fundamentais. (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 235).

[12] Para Comoglio (1998, p. 100) garantia, em sentido genérico, exprime a diferença entre um direito reconhecido, ou atribuído em abstrato pelas normas, e um direito realmente protegido, ou atuável em concreto. Diz assim o autor: *In generale, si intende per 'garanzia' ogni strumento o presidio tecnico-giuridico, il quale sia in grado di far convertire un diritto puramente 'riconosciuto', o attribuito' in astratto dalle norme, in un diritto effettivamente protetto in concreto, e quindi suscettibile di piena 'attuazione' o 'reintegrazione' ogni qual volta risulti violato.* Paulo Bonavides (2009, p. 525) reconduzindo o termo ao seu significado neutro e desvinculado de qualquer acepção política, aduz que, etmologicamente, garantia é a posição que afirma a segurança e põe cobro à incerteza e à fragilidade.

[13] Com efeito, ressalta Cruz e Tucci que "de nada valeria a projeção do ideal de definir os direitos individuais do ser humano [...] se a respectiva declaração não se fizesse provida de meios aptos à sua realização.[...]". (TUCCI; TUCCI, 1989, p. 7).

[14] Comoglio (1998, p. 103) aponta como garantias mínimas do processo constitucional as seguintes exigências: a) a relação de instrumentalidade necessária entre o direito material e o processo, como premissa indispensável de sua atuação; b) o acesso às cortes de justiça e os fatores de desigualdade sócio-econômica, que o limitam irrazoavelmente; c) a independência, a autonomia e a imparcialidade do juiz; d) o exercício, em condições adequadas e paritárias, dos

A tutela jurisdicional efetiva é, assim, um direito fundamental e, para a sua concretização, deve-se partir das garantias processuais esculpidas na Carta Magna, como a proibição de juízos de exceção e do princípio do juiz natural (CF, art. 5.º, XXXVII e LII), do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5.º, LVI) e do direito à decisão fundamentada (CF, art. 94, IX) etc.

Tais princípios constituem o ponto inicial para a concretização de uma prestação adequada e devem ter uma compreensão dinâmica, tendo em vista a evolução do direito. O princípio do *contraditório*, por exemplo, primordialmente entendido como mero direito à bilateralidade da audiência, evoluiu para ser a possibilidade de influência das partes no conteúdo das decisões judiciais[15], porque se teve a percepção de que, se as partes podem alterar o resultado da tutela jurisdicional, todas as questões, sobre as quais o julgador deva emitir um pronunciamento judicial, devem ser antes debatidas por elas.

A posição primária das normas constitucionais, portanto, sugere um modelo de processo ao qual o julgador que não se pode furtar, mas para a obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva *é preciso mais, pois se faz necessária, também, a compreensão dos direitos fundamentais implicitamente positivados* na ordem constitucional. É preciso, desse modo, a criação de técnicas e mecanismos novos que não tenham sido previstos na lei maior, mas que a ela se afinem, amoldando-se às diferentes situações de direito substancial[16].

É essencial, à vista disso, a ideia de que *a realização de um processo justo e uma tutela jurisdicional efetiva não se limita aos direitos fundamentais expressos, mas na necessidade de criação de normas a partir de outros direitos fundamentais principiológicos contidos na Constituição*[17].

Não há dúvida, por conseguinte, de que nesse novo processo a atividade do juiz assume grande relevância. Além da independência, autonomia e imparcialidade do julgador, como valores essenciais ao exercício da atividade jurisdicional em um Estado Democrático de Direito, deverá o Estado-juiz dar efetiva proteção aos direitos fundamentais. Tem ele, não apenas a função de resolver litígios, mas também de zelar pela idoneidade da prestação jurisdicional e para isso deve aplicar a técnica processual que entende efetiva, no sentido de adequada às exigências do direito material.

O direito fundamental à tutela jurisdicional pressupõe, enfim, a possibilidade de participação de interessados, um procedimento idôneo, o uso de técnicas processuais adequadas à realização do direito e, sobretudo, uma prestação do juiz, o qual passa a ter o dever de dar uma resposta diante do caso concreto de acordo com o direito fundamental.

Da atividade do juiz na concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional

A tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada é um direito fundamental que, por sua dimensão objetiva, vincula o juiz, o administrador e o legislador.

Cabe ao julgador concretizar o significado dos enunciados constitucionais, mediante uma atuação judicial criativa e pragmática, dando densidade e concretude aos direitos fundamentais. É a atividade criativa que alude à doutrina[18] e que coloca o julgador como efetivo partícipe da construção dos destinos da sociedade.

---

direitos de ação e defesa em juízo; e) o direito das partes a um processo justo e *equo*; f) a adequação e a efetividade dos instrumentos de tutela jurisdicional (de forma qualificada, diante de órgãos de justiça constitucional, e de forma ordinária, diante de órgãos de justiça comum) das garantias processuais fundamentais.

[15] "O escopo principal do princípio do contraditório deixou de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido de influir activamente, no desenvolvimento e no êxito do processo" (FREITAS,1996, p. 96).

[16] O conceito de processo justo decorre, em primeiro lugar, da compreensão concreta de certos direitos fundamentais expressos, a exemplo a proibição de juízos de exceção e do princípio do juiz natural (art. 5.º, XXXVII e LII), do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5.º, LVI) e do direito fundamental à decisão fundamentada (art. 94, IX). Além disso, a visão principiológica, ao contrário da puramente estática e garantística, não se limita aos direitos fundamentais expressos e pode elaborar normas a partir de outros direitos fundamentais principiológicos, contidos na Constituição, com vistas à concretização de um processo justo e uma tutela jurisdicional efetiva. (OLIVEIRA, 2008, p. 22).

[17] O 'justo processo' não pode ser formalizado pelo legislador ordinário, nem aplicado pelos órgãos jurisdicionais, sem amoldar-se ao modelo constitucional. Pode, entretanto, enriquecer a precisão das garantias demandadas pela constituição, criando garantias e mecanismos novos que não tenham sido previstos na lei maior, mas que se afinem com os seus propósitos e aprimorem o próprio modelo constitucional. Nessa ótica, o processo modelado pela constituição retrata um mínimo do qual o legislador ordinário e os juízes não podem se furtar. Nada impede, todavia, que se criem novas e melhores garantias por engenho da lei processual comum, diante principalmente das exigências da vida em suas feições práticas e concretas (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 238).

[18] "Essa criatividade há de se dar pela busca de elementos dentro do sistema, principalmente o norte fornecido pelos princípios constitucionais". (WAMBIER, 2008, p. 135).

Para tal mister, deverá o juiz buscar a técnica processual idônea à proteção do direito material[19], tendo sempre em vista as exigências do direito substancial. Assim, se, diante do texto normativo, os métodos clássicos conduzem a duas ou mais interpretações viáveis, deve o julgador identificar – diante das peculiaridades do caso concreto – qual é aquela que permite a efetiva tutela do direito, isto é, a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional. Em outras situações, diante de um texto legal que conduza à inconstitucionalidade, deve o juiz verificar se pode agregar a esse texto um significado que se conforme com os direitos fundamentais assegurados na Constituição (MARINONI, 2008, p.176-177).

Se o julgador, frente ao texto legal, deve adotar a interpretação que esteja de acordo com as necessidades do direito material, sempre tendo em vista os direitos fundamentais assegurados na Constituição, há de se questionar se a ausência de uma regra processual seria capaz de inviabilizar a concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional.

> [...] quando se afirma que os direitos fundamentais incidem verticalmente sobre o Estado, geram um dever de tutela ao legislador, ao administrador e ao juiz. Vale dizer que o juiz também tem dever de proteção e, por isso, de dar tutela (ou proteção) aos direitos fundamentais que não foram protegidos pelo legislador ou pelo administrador.

Assim, se a lei não consegue dar proteção a um direito fundamental, é porque o legislador não cumpriu a sua função de dar tutela a esse direito, cabendo ao juiz, que também tem o dever de proteção, cumprir o papel que lhe cabe, assegurando a efetividade do direito fundamental. Por isso na omissão do legislador tem o juiz o dever de supri-la.

Questiona-se, então, se o julgador, tendo em vista o caso concreto, poderia afastar o texto legal e decidir a favor dos direitos fundamentais, isto é, seria possível a ele decidir contra a lei por não concordar com a consequência da regra infraconstitucional naquela situação real e aplicar um princípio constitucional?

Não se afigura possível tal entendimento. Ora, se a norma legal foi editada pelo legislador que o fez dentro de sua função e em consonância com os direitos fundamentais esculpidos na Constituição, configuraria uma depreciação do papel democrático do Poder legislativo afastar uma lei que é compatível com a Constituição. Com efeito, o julgador só poderia afastar uma norma legal se esta fosse inconstitucional ou quando sua aplicação fosse irrazoável no caso concreto extraordinário, não podendo simplesmente desconsiderar a lei como se ela fosse um conselho que pudesse ou não levar em consideração. É a lição de Humberto Ávila:

> Os princípios constitucionais, no entanto, só exercem a sua função de bloqueio, destinada a afastar a regra legal, quando ela for efetivamente incompatível com o estado ideal cuja promoção é por eles determinada. O aplicador só pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional quando ela for inconstitucional, ou quando sua aplicação for irrazoável por ser o caso concreto extraordinário. (2009, p.6).

Não se pode deixar de asseverar que o princípio da fundamentação dos julgados há de ser observado em toda a atividade do julgador[20]. Se o juiz tem poder para a determinação da melhor maneira de efetivação da tutela, exige-se dele, por consequência, a justificação das suas escolhas. Não basta que faça conhecer a conclusão de seus provimentos, é indispensável revelar como os formou para solucionar a situação do caso concreto[21]. *É, pois, na argumentação jurídica, na racionalidade do discurso, que o julgador irá legitimar o exercício da tutela jurisdicional* (CAMBI, 2009, p. 339).

Enfim, os direitos fundamentais constituem um conjunto de valores objetivos básicos do Estado, que incidem verticalmente sobre o juiz, cabendo-lhe aplicar as normas processuais atento às necessidades do direito substancial. Para tal mister, o papel do julgador não pode se limitar a uma função apenas técnica

[19] Segundo Eduardo Cambi (2010, p. 253), "o grande desafio do legislador e do juiz, na concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva é a construção de técnicas processuais capazes de tutelarem os direitos materiais".

[20] A fundamentação pode ser sucinta, resumida, mas deve ser clara e precisa revelando a construção racional do provimento jurisdicional. Deve o julgador explicar as razões que o levaram a admitir ou a preferir determinada decisão, pois é a justificativa que permite controle crítico sobre o poder do juiz (ALMADA, 2005, p. 18).

[21] Afirma Eduardo Cambi que o Estado Democrático de Direito exige que o julgador motive racionalmente as suas decisões, mas lembra que o princípio do livre convencimento do juiz possui origem não democrática (2009, p. 319, 324).

e secundária, devendo exercer papel ativo e inovador na ordem jurídica, contribuindo para a efetivação dos direitos fundamentais. *É ele o adaptador das regras jurídicas às constantes modificações da realidade social visando, na racionalidade da sua argumentação, a realização de um processo justo, porque o ideal de justiça é, ao final, a garantia do direito fundamental.*

Conclusão

Os horrores do regime nazi-fascista provocaram a necessidade de se consagrar direitos inerentes à dignidade do ser humano, levando à construção de uma nova realidade constitucional na qual a tutela dos direitos fundamentais passou a constituir objeto de efetiva implantação por parte do Estado Democrático de Direito.

Os direitos humanos não são apenas os que estão expressamente positivados na ordem jurídica constitucional, mas todos aqueles que a eles são equiparados por força da própria Constituição e, como pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, não constituem apenas "direitos" subjetivos, mas tem uma dimensão objetiva, pois seus valores fundam princípios norteadores de todo o ordenamento jurídico, determinando as tarefas dos órgãos executivos, legislativos e judiciários, gerando-lhes um dever de tutela.

A Constituição Federal estatui no seu artigo 5.º, XXXV, o direito fundamental à tutela jurisdicional, que assim prevê: "a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito". Essa norma informa que não basta assegurar a todos apenas o acesso à justiça, mas *a tutela ao direito conferida ao autor ao final do procedimento deve ser efetiva, adequada e justa*, isto é, o processo como instrumento da prestação jurisdicional deve se revelar capaz de realizar uma justiça verdadeiramente imparcial, fundada na natureza e na razão.

Cabe ao julgador, então, aplicar as normas processuais a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional atendo-se às necessidades do caso concreto. Para tanto, deve encontrar a técnica processual idônea à proteção do direito material, exercendo sua atividade de forma fundamentada. Assim, se os métodos clássicos conduzem a duas ou mais interpretações viáveis, deve o julgador identificar aquela que permite a efetiva tutela do direito. Em outras situações, diante de um texto legal que conduza à inconstitucionalidade, deve o juiz verificar se pode agregar a esse texto um significado que se conforme com os direitos fundamentais assegurados na Constituição.

A ausência de uma regra processual não deve ser capaz de inviabilizar a concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional porque, se o seu reconhecimento ou existência não dependem do legislador, nada impede que o juiz supra a ausência da lei que não regulamenta tais direitos, sempre justificando suas escolhas.

Não pode, no entanto, o juiz afastar o texto legal e decidir a favor dos direitos fundamentais, pois o julgador só poderia afastar uma norma legal se esta fosse inconstitucional ou quando sua aplicação fosse irrazoável no caso concreto extraordinário.

Enfim, os direitos fundamentais constituem um conjunto de fins diretivos da ação positiva do Estado. A tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada é um direito fundamental que, por sua dimensão objetiva, vincula o juiz, o qual deve buscar a interpretação e técnicas processuais que permitam a efetiva tutela do direito, tendo os olhos nas exigências do direito material que reclama proteção. Para tanto, deve exercer papel ativo e inovador na ordem jurídica, fundamentando suas escolhas, e assim dando concretude aos direitos fundamentais.

Referências

ACOSTA SANCHEZ, José. **Formación de la Constitución y jurisdición constitucional**: fundamentos de la democracia constitucional. Madri: Tecnos, 1998. 378 p.

ALMADA, Roberto José Ferreira de. **A garantia processual da publicidade**. São Paulo: RT, 2005. 160 p.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009. 395 p.

ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a ciência do direito" e o "direito da ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 17, p. 1-19, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 13 abr. 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 212 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24 ed., São Paulo: Malheiros, 2009. 827 p.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. Amicus curiae: a democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade. Revista CEJ, Brasília, v. 6, n. 19, p. 85-89. out./dez. 2002.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Leituras complementares de processo civil. 8. ed. rev. e ampl. Salvador: Jus PODIVM, 2010, p. 234-265.

_____. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 527 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. 1214 p.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e "giusto processo": modelli a confronto. Revista de Processo, São Paulo, v. 23, n. 90, p. 95-150, abr./jun.1998.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p.118-136.

FREITAS, José Lebre de. Introdução ao Processo Civil: conceitos e princípios gerais à luz do código revisto. 1996. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. 576 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008. 511 p.

_____. Teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006. 511 p. (Curso de processo civil; v.1).

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional: direitos fundamentais. 3 ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v.4.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 335 p. (Coleção temas jurídicos).

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. Revista de Processo, São Paulo, v. 33, n. 155, p. 10-26, jan. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 493 p.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, 1364 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 233-264.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989. 281 p.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 654 p.

Elísio Augusto Velloso Bastos

Análise crítica à teoria das gerações dos Direitos Humanos

Resumo

Este trabalho realiza análise crítica acerca da teoria sobre as gerações dos Direitos Humanos.

Palavras-chave

Direitos Humanos. Gerações. Crítica.

Abstract

This paper performs a critical analysis of the theory supporting the Human Rights generations.

Keywords

Human Rights. Generations.Critical.

Análise crítica à teoria das gerações dos Direitos Humanos

Critical analysis of the Human Rights generations theory

Elísio Augusto Velloso Bastos*

* Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direitos Humanos e Teoria Geral da Constituição do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Advogado. Procurador do Estado do Pará.

elisiobastos@bastosedias.com.

Introdução

Basta uma análise dos doutrinadores que se dispõem a abordar a Teoria Geral dos Direitos Humanos, para constatar que o estudo da evolução normativa de tais Direitos, que, em regra é a evolução da transformação dos Direitos Humanos em Fundamentais, é realizado com o auxílio da Teoria das Gerações.

Sucede que tal análise, que sem dúvida se revela metodologicamente adequada para uma melhor compreensão do tema, não poderá ser adotada sem que se esclareçam pontos nodais que podem evitar o uso da teoria de modo equivocado e, sobretudo, de modo a negar uma maior efetividade aos Direitos Sociais.

Os direitos humanos como teoria da revolução liberal

Os Direitos Humanos, como teoria que hoje se conhece, formaram um dos esteios jurídicos da revolução liberal, que, inicialmente, serviu para sustentar uma série de relevantes pretensões de uma nova classe social que, em gozo do Poder Econômico, procurava obter o Poder Político no seio de uma sociedade dominada, sobretudo, pelo menos em solo europeu, por dois estamentos específicos: a nobreza e o clero.

Tratou-se, portanto, de, ao pretender obter-se uma laicização da natureza humana, identificar determinados valores ou critérios morais que, em razão de sua bondade intrínseca, devessem ser reconhecidos e efetivados por uma sociedade[1].

Assim, a classe burguesa, em ascensão, necessitava de um regime jurídico que lhe permitisse continuar trilhando o caminho da conquista do poder político, a conquista de uma ordem jurídica laica e, sobretudo, a conquista de um espaço livre da atuação do Estado[2], tradicionalmente apontado como o maior e mais implacável agente lesionador dos Direitos dos Homens.

O jusnaturalismo e sua ideia de que existiriam postulados suprapositivos que orientariam e limitariam o poder, impondo-lhe, portanto, pautas mínimas de legitimidade, foi o veículo que possibilitou o desenvolvimento da teoria e, portanto, do processo revolucionário[3].

[1] Nesse sentido veja-se Gregorio Robles. (2005, p. 12).

[2] Essa a essência da liberdade dos modernos, como esclarece Benjamin Constant (1985, p. 9-25).

[3] A Declaração de Independência dos EUA, elaborada pelo Segundo Congresso Continental da Filadélfia em 4 de julho de 1776, reflete, precisamente, as ideias que permearam os primeiros passos da teoria dos Direitos Humanos. Veja-se: Quando, no curso dos acontecimentos humanos, se torna necessário um povo dissolver laços políticos que o ligavam a outro, e assumir, entre os poderes

Nesse sentido, cumpre salientar que a expressão Direitos Humanos ou do Homem, já era utilizada antes do Século XIX, todavia apenas como contraste ao que era divino ou para contrastar o homem com os outros animais, pelo que a expressão revelava algo "mais passivo e menos político" do que a expressão como definida pela Revolução Liberal e como a conhecemos hoje[4].

O primeiro documento escrito que buscou definir tais Direitos, como passaram a ser conhecidos na Modernidade, pondo em prática a ideia de que deveriam constar de um código escrito promulgado pelos representantes do povo, foi o Corpo de Liberdades de Massachussets, de 1641[5], que, todavia, não detinha o *status* de lei superior, apenas obtido ou quando as declarações passaram a integrar o conteúdo da Constituição (outra relevante "invenção" liberal) ou quando assumiram, elas próprias, o papel da Constituição, como é o caso da Declaração Francesa.

A partir de Jean-Jacques Rousseau, em seu *O contrato social*, de 1762, a expressão "Direitos do Homem" passa a circular com mais facilidade em solo francês e,a partir daí, em todo o ocidente[6].

Em 1776, um dos marcos iniciais simbólicos da modernidade[7], a Declaração de Independência estadunidense, deixa assentado que, na qualidade de verdades evidentes por si mesmas, "todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis", dentre os quais "a vida, a liberdade e a busca da felicidade".

Trata-se de documento que lança as bases para o Estado Moderno. Caracterizando-se como o primeiro documento a afirmar o princípio democrático na história política moderna, fundando a sociedade sob o princípio da soberania popular exercida por intermédio da representação política (COMPARATO, 1999, p.102). Ademais, reforça o reconhecimento da existência de direitos inerentes ao ser humano, na linha das precedentes declarações coloniais[8].

Em 1786, o Marquês de Condorcet, ao ligar os Direitos do Homem à Revolução americana, faz referência ao seguinte rol de direitos: Segurança da Pessoa, Segurança da propriedade, Justiça imparcial e Direito de contribuir na formação das leis[9].

Três anos após, pelas mãos dos revolucionários franceses, surge a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, influenciada pelo sucesso do processo revolucionário estadunidense, proclamou os Direitos à liberdade, à prosperidade, à segurança e à resistência à opressão, em seu artigo 2.º, como direitos naturais e imprescritíveis do Homem.

O sucesso da Revolução Francesa[10] e a demonstração, profundamente clara, de até aonde poderia ir a força popular que alimenta o processo revolucionário, acaso não fosse logo controlada[11], moldaram a forma com que os Direitos Humanos foram tratados durante a primeira etapa de sua evolução normativa.

---

da Terra, posição igual e separada, a que lhe dão direito as leis da natureza e as do Deus da natureza, o respeito digno às opiniões dos homens exige que se declarem as causas que os levam a essa separação. Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade. Na realidade, a prudência recomenda que não se mudem os governos instituídos há muito tempo por motivos leves e passageiros; e, assim sendo, toda experiência tem mostrado que os homens estão mais dispostos a sofrer, enquanto os males são suportáveis, do que a se desagravar, abolindo as formas a que se acostumaram. Mas quando uma longa série de abusos e usurpações, perseguindo invariavelmente o mesmo objeto, indica o designio de reduzi-los ao despotismo absoluto, assistem-lhes o direito, bem como o dever, de abolir tais governos e instituir novos-Guardas para sua futura segurança.

[4] Como lembra Lynn Hunt (2009, p. 20-24).

[5] Referido documento, com pretensão de universalidade, previa garantias processuais mais detalhadas, proscrevia a escravidão, garantia direitos às mulheres e crianças, garantia a liberdade de expressão, proibia prisão por dívida e a tortura, garantia o livre acesso aos registros públicos. Tratou-se, em verdade, do primeiro *Bill of Rights*, no sentido de que: 1 A Declaração de Direitos foi firmada em uma Lei Fundamental; 2 Veicula direitos que especifica; 3 Foi feita pelo Legislativo; 4 Os direitos que carrega são aplicados pelos tribunais. Veja-se Bernard Schwartz (1979, p. 44). Sobre a existência de um outro documento firmado em Maryland, em 1639, veja-se Rees (2001).

[6] Nesse sentido, consultar Lynn Hunt (2009, p. 22), que chega a afirmar que Rousseau foi o inventor da expressão "Direitos do Homem" (p. 127).

[7] Três textos políticos inauguram, simbolicamente, a Idade Moderna: A Declaração de Independência dos EUA, o *Bill of Rights* estadunidense (1791) e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e Cidadão (1789), consoante visão escorreita de Costas Douzinas (2009, p. 99).

[8] Sabe-se que tanto os Artigos da Confederação (1777) quanto a versão originária da Constituição (1787), não trouxeram uma Declaração de Direitos. Nesse sentido, a Constituição estadunidense apenas ganhou a sua Declaração com as dez primeiras emendas constitucionais (*Bill of Rights*) em 1791.

[9] Nesse sentido, ver Lynn Hunt (2009, p. 23).

[10] A França congregava 1/5 da população europeia.

[11] Apesar do temor que a burguesia francesa tinha de se ver confundida pelo povo e, mormente, de ser governada por ele, conforme salienta Alexis de Tocqueville (1996, p. 177) não se conseguiu evitar que, pelo menos por um curto período, o movimento popular assumisse o controle da Revolução com a Constituição de 1793.

Mas não é só.

Ao proclamar os direitos do "homem", a Declaração Francesa os conduziu, definitivamente, ao cenário mundial. A essência humana passou a residir nesse ato de proclamação, estando, assim, desprovida de qualquer outro fundamento que não seja ele mesmo. Em tal ato de proclamação o "homem" "não apenas reconhece, mas também afirma sua natureza como livre-arbítrio" (DOUZINAS, 2009, p.107).

Ao mesmo tempo, a Declaração promove o distanciamento da concepção, então predominante, que retirava ou do Rei ou do Divino a origem ou fundamento para o exercício do poder político (HUNT, 2009, p. 132) e, assim, no exato momento em que o "homem"

> substituiu Deus como a base do significado e da ação, a proteção dos seus direitos contra o poder do Estado torna-se a essência jurídica da modernidade (DOUZINAS, 2009, p. 109),

no sentido de que essa nova forma de organização estatal se fundamenta e legitima à medida que protege tais Direitos.

Evidentemente que na França a Declaração de Direitos possuiu, naquele momento histórico, um valor profundamente maior, inclusive para o mundo.

Nos Estados Unidos, onde a Independência marca o cume de um processo de evolução de Direitos, cuja o reconhecimento nos estados (então colônias), via declarações, iniciou-se mais de cem anos antes, as liberdades já faziam parte da realidade da jovem nação.

Como lembra Comparato, desde a chegada dos primeiros colonos, em 1620, até a Independência (156 anos), os EUA consolidaram um ideal de liberdade. O tipo de Colonos (em geral homens livres que fugiram de um regime de opressão e intolerância, sobretudo religiosa), a realidade absolutamente diversa encontrada na Terra Nova e a proximidade com o chamado Estado da Natureza possibilitaram o surgimento de uma "nova cultura, um conjunto próprio de costumes e valores, fundamentais para o surgimento de uma nação independente"(COMPARATO, 1999, p.95).

Na França, ao contrário, o processo revolucionário procurava legitimar uma nova forma de vida, novos costumes e novos direitos. Aqui a Declaração de Direitos irá possuir e demonstrar sua relevância, porquanto pretenderá ser o marco legal para uma nova realidade[12].

Registre-se que justamente por conter alta carga revolucionária, como já exposto supra, as Declarações do período, prenhes de Direitos da Primeira Geração, sofreram profundas e contundentes críticas. É conhecida a crítica que Edmund Burke, membro do Parlamento britânico e o mesmo que defendera a Independência estadunidense e sua população indígena, dirigiu à Declaração Francesa em ensaio intitulado "Reflexões sobre a revolução em França", de 1790 (apud HUNT, 2009, p.15):

> [...] Não somos os convertidos por Rousseau. [...] Sabemos que não fizemos nenhuma descoberta, e pensamos que nenhuma descoberta deve ser feita, no tocante à moralidade. [...] não fomos estripados e amarrados para que pudéssemos ser preenchidos como pássaros empalhados num museu, com farelos, trapos e pedaços miseráveis de papel borrado sobre os direitos do homem.

Lembrem-se, ainda, no mesmo período, as críticas de Jeremy Bentham que sustentava que os direitos do homem eram, em verdade, contra-sensos. Lembrem-se, ademais, as críticas da igreja católica, pois o papa Pio VI não tardou a afirmar que os artigos que compunham a Declaração Francesa eram "contrários à religião e à sociedade", em visão negativa apenas superada recentemente com os papas João XXIII e Paulo VI. Lembre-se, por fim, a crítica de Karl Marx, para o qual a Declaração Francesa congregara direitos que não são para todos, mas para alguns, servindo para a destruição da monarquia, substituindo-na, todavia, por uma oligarquia sob o comando político da classe burguesa[13].

---

[12] Não é por outro motivo que será na França que terá origem a teoria do Poder Constituinte Originário, inicialmente com o Abade Emmanuel Joseph Sieyès (1748/1836), cujas ideias foram elaboradas num manifesto da Revolução Francesa, intitulado *Qu'est-ce que c'est le Tiers État* (O que é o 3.º Estado, traduzido ao Português com o nome A Constituinte Burguesa), no qual se encontram consubstanciadas as reivindicações do terceiro Estado, o Povo. Consulte-se Sieyès, (2001, p. 1-75).

[13] As três críticas podem ser observadas na obra de Michel Villey (2007, p. 5, 161). O próprio Villey foi um crítico severo da linguagem dos Direitos Humanos, afirmando que tais Direitos ou bem serviriam os operários ou bem a burguesia, deles não se podendo gozar sem o detrimento de algumas pessoas, nunca tendo

Hoje, certamente, são raras as críticas aos direitos congregados em tais documentos. A crítica, ao contrário, é direcionada às demais gerações. É como se Locke continuasse a escrever sobre o tema, por mãos alheias.

O homem-proprietário como conceito antropológico básico da filosofia política do liberalismo

A afirmação de que os documentos revolucionários liberais pretenderam declarar direitos naturais (inerentes ao ser humano), iguais (os mesmos para todos) e universais (aplicáveis em qualquer lugar) merece necessário esclarecimento.

Jamais pretenderam os responsáveis pela elaboração de tais documentos acabar com as diferenças de sexo, raça, posição social existentes à época. Sim, porque tais direitos iguais não capacitavam certas pessoas (negros, mulheres, crianças, sem propriedade...) a agir em nome próprio (HUNT, 2009, p. 26), afinal, não se imaginavam as pessoas igualmente capazes de autonomia moral.

Para gozo de tal autonomia, era mister que se tivesse, ao mesmo tempo, sob a luz do pensamento de outrora, a capacidade de raciocinar (ausente, dentre outros, nas crianças e doentes mentais) e a independência de decidir por si mesmo (ausente nas mulheres, negros, pobres, prisioneiros, estrangeiros...), pelo que várias categorias estavam excluídas do exercício de certos direitos (HUNT, 2009).

Correta e precisa, portanto, a afirmação de Gregorio Robles (2005, p. 25) de que o homem-proprietário se transforma no "conceito antropológico básico da filosofia política do liberalismo" [14].

Pode dizer-se, todavia, mais!

A natureza humana era, à época das revoluções, repleta de condicionantes. Tinha[15], portanto, além de patrimônio, cor, sexo e cidadania[16]. Era, assim, rica, branca, masculina, além de dever estar vinculada a um ordenamento jurídico de um Estado Nacional.

As declarações revolucionárias deste período, como bem define Douzinas (2009, p.106), constituem mais propriamente afirmações performáticas do que propriamente declaratórias. Nesse sentido, tratam-se de declarações falsas, mas a distância entre a "realidade inexistente e sua futura aplicação é o espaço onde os direitos humanos se desenvolvem". Nesse sentido, concluiu Douzinas, os "direitos humanos são uma mentira do presente que pode ser parcialmente verificada no futuro".

Tal capacidade de acontecimento e efetivação no futuro será possível também em face, justamente, das declarações. Afinal, serão elas que irão dar sustentação às diversas reinvidicações dos grupos inicialmente excluídos dos limitados alcances de tais textos políticos, demonstrando, também nesse aspecto, a "virtude terapêutica da linguagem dos Direitos Humanos"[17].

Tais grupos de excluídos buscavam resposta à seguinte indagação: "se os direitos serviam como fundamento da legitimidade, o que justificava a sua limitação a pessoas de certas idades, sexo, raças, religiões ou riqueza?" (HUNT, 2009, p. 133).

As gerações dos Direitos Humanos visam, de certa forma, responder a essa pergunta. As gerações poste-

sido possível constatar na história da humanidade que os "Direitos Humanos fossem exercidos em proveito de todos", pelo que o aparecimento de tais Direitos atestaria a "decomposição do conceito do direito" (p. 162-163).

[14] Lembra Nicole Arnaud-Duc, *apud* Douzinas, (2009, p. 111), que os "dias que se seguiram à Revolução foram alguns dos mais negros na história das mulheres". As mulheres francesas apenas conseguiram acesso ao direito de voto em 1944. Ademais, lembra Douzinas (2009, p. 112) que a própria França apenas abandonou, definitivamente, a escravidão, em 1848.

[15] Em regra, os Revolucionários liberais excluíram a natureza humana dos negros, das mulheres, dos sem-patrimônio e dos sem-Estado, muito embora se possa encontrar outros fatores condicionantes ao exercício de direitos políticos, como a etnia, a religião e até mesmo a profissão. Nesse sentido, ver Hunt (2009, p. 147), que retrata a experiência francesa de excluir, inicialmente, os carrascos e atores do gozo de direitos políticos. Os carrascos, por exercerem o ofício desonrado de matar pessoas, e os atores, porque fingiam ser outra pessoa. Excluíram-se, também inicialmente, os judeus e os não-católicos do gozo de direitos políticos na França. Nos Estados Unidos, onde a legislação concessiva de Direitos Políticos não era nacional, os estados puderam criar normas peculiares, muito embora se possa afirmar que, em regra, negaram o voto aos negros, aos índios, às mulheres e aos sem-propriedade. Pode-se, todavia, citar o caso de Delaware onde o sufrágio era limitado aos homens brancos, adultos e possuidores de 50 acres de terra, desde que "residentes no estado por dois anos e que fossem naturais da região ou naturalizados, que negassem a autoridade da Igreja Católica Romana e que reconhecessem que o Antigo e o Novo Testamentos eram obra de inspiração divina" (Hunt, 2009, p. 148).

[16] Como ressalta Douzinas (2009, p. 114), os direitos são declarados em nome do "homem" universal; mas o ato de enunciação estabelece o poder de um tipo particular de associação política, a nação e seu Estado, para tornar-se o soberano legislador e, depois, de um "homem" em particular, o cidadão nacional, para tornar-se o beneficiário dos direitos. Primeiro, a soberania nacional. As declarações proclamam a universalidade do direito, mas seu efeito imediato é estabelecer o poder ilimitado do Estado e sua lei.

[17] De que fala o epílogo da obra de Michel Villey (2007, p. 167). Afinal, uma vez "morto o cristianismo e desaparecida a sabedoria antiga", a teoria dos Direitos Humanos funcionaria como um substituto de religião: "religião dos Direitos Humanos".

riores referem-se, então, a novos direitos ou grupos excluídos da proteção das gerações passadas. Trata-se da natureza humana em sua perene, natural e vigorosa luta para ser ela mesma, fugindo, portanto, das amarras artificiais a que vem sendo lançada. Trata-se da busca pela valorização da estrutura humana interior.

A teoria das gerações de direitos humanos

A primeira geração

É inegável a substituição, pelos modernos, da fé pela ideologia[18] que propugna pela crença em uma realidade natural fixa e cognoscível, onde o mundo natural, de funcionamento mecânico e previsível, portanto, poderia ser completamente conhecido, explicado, dominado e explorado de forma adequada. O Homem, assim, agindo livremente, conhecendo o mundo natural, poderia desenvolver-se plenamente.

As instituições criadas durante o processo revolucionário liberal, foram direcionadas, portanto, à valorização e, por que não dizer, à mitificação da riqueza[19]. Afinal, se o mundo natural pode ser explorado, quem o fizer primeiro ou de forma mais competente terá o direito aos frutos dessa exploração.

Nesse sentido a visão de John Locke (1947, p. 133 et seq.), para o qual a propriedade da terra e seus frutos, em sua origem, seria comum, não havendo, portanto, a propriedade privada no estado natural. Todavia, considerando a necessidade de apropriação pelo homem desses bens para o sustento de sua vida, e considerando, ainda, que cada homem tem a propriedade de si mesmo, o "trabalho de seu corpo e a obra de suas mãos são propriamente seus", daí porque o trabalho humano é a fonte legítima de apropriação privada da propriedade. A igualdade, para Locke, seria o ponto de partida de uma sociedade.

Eis a justificativa doutrinária para a luta desenfreada entre pessoas competindo entre si, cada uma tentando explorar o mundo natural, e ao agregar sua força de trabalho e modificá-lo, apropriar-se de um maior número de objetos economicamente apreciáveis.

Nesse universo o mercado possuirá relevância ímpar, afinal é por intermédio dele que se dá o processo vital de venda e compra; é, ainda, por intermédio dele que ocorre a apropriação, a circulação e o acúmulo de bens da vida; é nele que os indivíduos poderão exercer uma grande parte de suas liberdades, de modo que a ideia prevalente nessa época é a de que

> não podemos imaginar qualquer outra maneira de estruturar os negócios humanos (sem que seja através do mercado) (...) (e) seu bem-estar se torna uma medida de nossa própria condição (LOCKE, 1947, p. 3).

Toda uma teoria será construída para defender a ideia de que seria plenamente possível alcançar o bem geral através do individualismo. Nesse sentido, a economia, como esclarece John Maynard Keynes (1984, p. 108 et seq.) buscará, no início do século XIX, harmonizar o lucro privado e o bem público, proporcionando um fundamento científico à não intervenção estatal, isto porque o bem comum seria obtido através do esforço de cada indivíduo para melhorar sua própria condição. Veja-se:

> À doutrina filosófica de que o governo não tem o direito de intervir, e à doutrina divina de que ele não tem necessidade de interferir, acrescenta-se uma prova científica de que sua interferência é inconveniente. [...] O filósofo político poderia ser substituído pelo homem de negócios, pois este conseguia atingir o *summum bonum* do filósofo, simplesmente através da procura do seu lucro pessoal.
> [...] Os filósofos e os economistas nos diziam que, por diversas e profundas razões, a empresa privada sem entraves iria promover o maior bem para a sociedade toda.

Assim, a acumulação e distribuição mais justa e rápida da riqueza poderia ser obtida pelo

> simples processo de deixar as pessoas agirem por si... sem restrições da parte do Estado ou da opinião pública, enquanto se abstiverem da violência e da fraude. Esta é habitualmente conhecida como doutrina do *laissez-faire*[20].

[18] Ver Jeremy Rifkin (2001, p. 155).

[19] Veja-se, por exemplo, o artigo 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, onde consta que *La Propriété étant un droit inviolable et sacré* [...]. Importante salientar, que, em verdade, a propriedade dos modernos difere do conceito de propriedade dos antigos. Para aqueles, o conceito de propriedade equivale ao de riqueza, enquanto que para estes, a propriedade equivale ao lugar possuído por indivíduo em uma determinada parte do mundo, o que o leva a pertencer, automaticamente, a certo corpo político.

[20] Conforme defendia o economista irlandês John Elliot Cairnes, no século XIX, *apud* Keynes (1984, p. 115).

Tal doutrina do *laissez-faire* foi, para além dos fundamentos científicos, sustentada por fatos incontestáveis, os quais foram, por seu turno, interpretados ou como fundamento dessa doutrina (vejam-se os casos de corrupção e incompetência dos Governos do Século XVIII e XIX), ou como confirmação da mesma (veja-se o progresso material entre a segunda metade do século XVIII e a primeira metade do século XIX, progresso que veio da iniciativa privada)[21].

As leis naturais, certamente, conduziriam ao melhor dos mundos, razão da máxima *"laissez faire, laissez passer, n'est pas trop de gouverner"*[22].

Ademais, não faltarão autores que sustentarão que as "externalidades"[23] negativas, serão até mesmo caracterizadas como o primeiro estágio de desenvolvimento, no sentido de que o aumento de desigualdade social seria mais do que compatível e coerente, desejável[24].

O direito é chamado a legitimar tal discurso, eis que o "Estado moderno é basicamente um sistema jurídico", na medida que a legitimidade de sua conduta não está na força ou na violência, mas sim na submissão a um conjunto de normas válidas[25].

Nesse ambiente nascerá a teoria dos Direitos Humanos e suas primeiras declarações.

Nascem os chamados Direitos Humanos de Primeira Geração, também conhecidos como Liberdades Públicas, Liberdades Negativas, Direitos de defesa, Direitos Negativos ou Direitos Individuais, voltados à propriedade (que, na prática, vai fazer certos homens capazes de exercitar direitos políticos), à liberdade (que possibilitará o livre exercício do comércio sem a intervenção estatal visando alcançar ou aumentar as propriedades individuais, e assim ganhar ou aumentar o poder político) e à segurança (indispensável ao regime cujos direitos políticos advém da propriedade, e, portanto, impensável nos regimes absolutistas de então, capaz de tornar o Estado como titular de direitos e, sobretudo, obrigações).

Especial relevo é atribuído às liberdades de comércio, indústria, consciência, culto, reunião, imprensa, associação; à igualdade formal (perante a lei); ao direito ao voto, a algumas garantias processuais, como o devido processo legal, o *habeas corpus*, o Direito de Petição, e demais direitos civis e políticos.

Assim, os valores da liberdade, propriedade e segurança, levados às últimas instâncias como reação ao Absolutismo, ofertam um novo papel ao Estado[26], que deverá estar submetido às regras de direito e do mercado, preocupando-se, quase que exclusivamente, com a segurança e a proteção da ordem pública[27].

Nesse universo, é impensável qualquer função do Estado que pudesse colocar em risco o equilíbrio natural das coisas, esta igualdade formal, razão pela qual caberia a ele apenas salvaguardar a ordem pública e as demais condições da competição.

É, portanto, para assegurar que a intervenção estatal seja precisamente cirúrgica e pontual que se formulam os dois mais importantes conceitos fundamentais da política e do direito dessa época: a certeza e a segurança, conceitos esses que vão marcar todo o relacionamento das esferas pública e privada[28].

Dessa forma, a democracia ou liberdade política – inicialmente, a liberdade em face do poder (liberdade dita dos modernos) e, apenas posteriormente, com o sufrágio universal[29], a busca à liberdade pela participação no poder[30] – é privilegiada em face da democracia

[21] Como bem salienta Keynes (1984, p. 109).

[22] Consoante Eduardo A. Zalduendo (1994), a máxima *laissez-nous faire* é atribuída ao comerciante francês François Legendre que, ante uma pergunta do ministro Jean-Baptiste Colbert (1619-1683), sobre o que o Estado deveria fazer para promover o crescimento do comércio nacional, respondeu: *Laissez faire*. Todavia, salienta Keynes (1984 p. 111), que "não há dúvida que o primeiro autor a empregar a frase, e usá-la numa clara associação com a doutrina, foi o Marquês d'Argenson, aproximadamente em 1751", afirmando o nobre francês que "para governar melhor é preciso governar menos".

[23] A própria noção de externalidade já é marcadamente ideológica, na medida em que o termo sugere, de forma equivocada, que tais problemas seriam externos ao processo produtivo.

[24] Ver a chamada curva de Kuznets, de que trata Joseph Stiglitz (1998, p. 3, 21).

[25] Como salienta José Eduardo Faria (1978, p. 78).

[26] Ver a conhecida lei Le Chapelier, de 1791, vigente na França pós-revolução, que suprimiu as corporações, coibiu a existência dos sindicatos, fundou o regime das liberdades, dentre outros aspectos.

[27] Primeira fase do capitalismo, chamada, por Michel Albert (1992, p. 299), de "capitalismo contra o Estado".

[28] Ver José Eduardo Faria (1978, p. 79).

[29] Acerca de interessante análise acerca do nascimento e desenvolvimento do ideal da universalidade do sufrágio celebrada por Poggi (1981, p. 129).

[30] Neste sentido ver Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p. 27-28).

econômica, da democracia dos meios de produção, da democracia da propriedade, e, sobretudo, da democracia das oportunidades.

É mister asseverar que não é por outra razão que as primeiras Constituições e Declarações de Direitos que surgiram nesse período refletiram, como já se viu supra, o ideal do capitalismo liberal, valorizando o livre mercado, a propriedade privada e a segurança.

A segunda geração

O final dos setecentos e os oitocentos, seguramente, foram marcados por um período de: 1) vivência máxima do capitalismo moderno; 2) valorização sem limites da propriedade privada e do individualismo; 3) espoliação[31] de uma classe trabalhadora, cuja venda do trabalho[32] era sua única forma de participação no mercado; 4) lutas sociais sangrentas; 5) subserviência acentuada do Estado à "mão invisível" do mercado; 6) ausência de prestações positivas, por parte do Estado, em favor dos administrados, dentre outros aspectos.

Brotam, no mesmo período, contradições e complicações que, apesar de ignoradas num primeiro momento, vão rasgar o manto escuro que lhes cobria, e suscitar questionamentos, propostas de revolução e reforma. Dentre tais complicações, pode citar-se[33]:

> 1) quando as unidades de produção eficientes são grandes em relação às unidades de consumo; 2) quando ocorrem custos indiretos e conjuntos; 3) quando as economias internas tendem a concentração da produção; 4) quando o tempo necessário para os ajustamentos é longo; 5) quando a ignorância supera o conhecimento; 6) quando os monopólios e os cartéis interferem no equilíbrio dos negócios.

Pode-se, facilmente, aumentar esse rol meramente exemplificativo de complicações, ao lembrar: 7) quando a democracia política não garante a igualdade de oportunidades; 8) quando o interesse particular não é administrado de forma a coincidir com o interesse coletivo; 9) quando o livre jogo do mercado possibilita, ao invés de uma sólida distribuição equitativa da riqueza, sua brutal e desequilibrada concentração; 10) quando as instituições políticas do século XIX passam a não responder às demandas da sociedade; 11) quando se constata que atividades privadas podem influenciar e modificar, plenamente, a vida de uma coletividade; 12) quando a verticalidade, característica, em teoria, exclusiva das relações entre Estado e sociedade civil, prevalecia, também, dentro desta última, entre os indivíduos, ao invés da horizontalidade, traço que seria marcante das relações contratuais e supostamente livres de poder; 13) quando, a partir daí, percebe-se que o Estado não é a única, nem mesmo a mais importante, fonte de todas as relações de poder [34].

Tais circunstâncias certamente levaram a mudanças de concepção no regime capitalista, e, a partir dela, a mudanças na essência dos Direitos Humanos.

Tornava-se impossível conter os já por demais contidos movimentos de socialização do capital. Surgem os movimentos operários tendo como objetivo, sobretudo, a superação do sistema capitalista. Porém, como uma espécie de contra-reforma[35], aparecem movimentos, muitos deles também de origem operária[36], visando a chamada socialização do capitalismo, e pretendendo, ao instaurar uma ordem capitalista social, ao instaurar um Estado social, preservar a ordem capitalista [37].

Visando reparar as "eventuais" falhas do mercado, corrigir seus "excessos", reduzir os chamados custos de transação, organizando e protegendo a sociedade, a ideia principal a ser propalada pelos defensores deste

[31] Quer pela qualidade insalubre do local de trabalho, quer pela baixíssima remuneração, quer pelo excesso de horas-dia trabalhadas, entre outros aspectos.

[32] Especialmente a mão-de-obra barata como a das mulheres e, sobretudo, da numerosa prole (daí o termo proletariado).

[33] Como fez Keynes (1984, p. 117).

[34] Em relação a essas duas últimas complicações ou contradições, ver Poggi (1981, p. 104).

[35] Salutar e lúcida a lição de Raymundo Faoro (1985, p. 7-8), citando Macaulay, para o qual "as reformas não são outra coisa do que melhoramentos numa estrutura consagrada pelo tempo. O reformismo assenta sobre descontentamentos que podem, se não pacificados, pôr em risco o sistema constitucional. O papel dos conservadores não é, como se supõe, resistir ao que se fará, ainda que por meios não previstos, mas, isolados os insurgentes, manter e assegurar a continuidade do esquema básico de poder".

[36] Mas não apenas de origem no operariado, eis que, como bem observa Rudolf Hilferding (2002, p. 524), em resposta à organização da classe operária, formando, por meio dos sindicatos, o primeiro elemento econômico organizado no capitalismo, os empresários, lentamente, começaram a superar tais organizações.

[37] Salutar a leitura de Eros Roberto Grau (2003, p. 25-26), acerca do fato de que a Constituição é criada e utilizada como instrumento de dominação ideológico.

chamado capitalismo social ou organizado[38], e da nova plêiade de Direitos Humanos por ele congregada, é a de que a regência do conjunto da vida social não poderá ser feita exclusivamente pelo mercado, devendo o Estado "humanizar os rigores do primeiro capitalismo"[39], por meio, inclusive, de uma revisão ética do conceito da racionalidade econômica[40].

Como a principal característica desse novo modelo do capitalismo, destaca-se a "regulação estatal naquela área que afeta diretamente a maior parte do proletariado: o mercado de trabalho" (HILFERDING, 2002, p. 527). Aliás, foi justamente tal nascimento de novos sujeitos de direitos, especialmente o operariado, que ofertou duro golpe à tradicional e secular separação rigorosa entra a sociedade civil e o Estado. O direito do trabalho, portanto, vai introduzir nas relações privadas de compra e venda de mão de obra, um viés público, buscando, nitidamente, introduzir no direito uma boa dose de justiça e ética social[41].

É claro que essa tentativa de humanização irá variar de intensidade no tempo e no espaço, ora atribuindo ao Estado um reduzido papel não apenas na intervenção no e sobre o mercado, mas, ainda, no patrocínio da seguridade social[42], ora incumbindo o Estado de amplos poderes para garantir a redução das desigualdades sociais, atribuindo, também, às empresas privadas um relevante papel no alcance desse mister.

Tal mudança de certa forma cristaliza-se em textos através da doutrina social da Igreja, assumindo contornos jurídicos especialmente na Carta Mexicana de 1917[43], passando pela de Weimar de 1919[44] e pelas diversas Constituições dos mais diversos países que vieram em período posterior, passando por nossa atual Constituição, até os dias atuais.

O Estado social, assim, deixa de ser apenas o mero *government by law* e se pretende transformar no complexo *government by policies*, na medida em que se pretende preocupar com certos fins a serem alcançados, metas sociais e não apenas econômicas.

Para tanto, é mister um planejamento cada vez mais firme e verdadeiramente dirigente, instrumentalizado por políticas públicas que visam coordenar os diversos interesses presentes na sociedade a fim de atingir certos objetivos sociais de caráter nacional. Mais do que isto, é mister uma acentuada flexibilização em várias instituições jurídico-políticas criadas ou consolidadas no século XIX.

As Constituições, como a Brasileira em vigência, e a de Weimar, de 1919, passam, assim, a ter o objetivo consciente de dirigir não só os fins do Estado, mas o fim de algumas instituições civis de relevo, tais como a propriedade, a empresa, o mercado, dentre outras.

Constituições sociais, normas programáticas, planejamento, políticas públicas e função social formam a base onde está assentado o Estado social, o mesmo que deverá ser o responsável por introduzir a

> dimensão política no cálculo econômico, buscado a constituição de um sistema econômico social, [...] ou seja, a prevalência de critérios políticos que permitem superar a rigidez da lógica econômica na busca do bem estar coletivo [45].

---

[38] No dizer de Rudolf Hilferding (2002, p. 526), que defendia esse tipo de capitalismo, o capitalismo organizado significa a "substituição teórica do princípio capitalista da livre concorrência pelo princípio socialista da produção planejada", a ser implantado e conduzido "por meio da única organização consciente da sociedade, equipada com poder coercitivo, a saber, o Estado".

[39] Como alude Michel Albert (1992, p. 300), denominando essa segunda fase do capitalismo de "capitalismo supervisionado pelo Estado", fase esta seguramente vivenciada por nossa carta Política vigente, e, especialmente, pela Carta de Weimar, de 1919, objeto do presente estudo.

[40] Já tive a oportunidade de escrever sobre a visão crítica ao capitalismo social. Veja-se: Bastos (2007, p. 27-70).

[41] Informa-nos Luiz Werneck Vianna (1999, p. 15).

[42] Como é o caso dos Estados Unidos da América do Norte, notadamente após a eleição de Ronald Reagan em 1980, bem como da Inglaterra, a partir da administração de Margareth Thatcher. Tal modelo de capitalismo, identificado como a terceira idade do capitalismo por Michel Albert (1992, p. 300), é chamado de capitalismo no lugar do Estado.

[43] De seu texto pode-se destacar algumas passagens do artigo 25: *Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.* [...] *Bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.* E de seu artigo 27: *La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana* [...].

[44] Em especial, cito seu artigo 153, *in fine*, que estabelece que "a propriedade obriga. Seu uso constituirá, também, um serviço para o bem comum".

[45] Ver Gilberto Bercovici (2002, p. 121).

A liberdade de todos deverá ser utilizada para assegurar a igualdade, não apenas a formal, a legal, mas também a material. As liberdades, inclusive as de comércio e indústria, passam a ter por finalidade o bem estar social, a verdadeira igualdade de oportunidades.

Este é o cenário propício para que uma nova categoria de Direitos passe a pretender a mesma fundamentalidade que detinham as liberdades públicas. São os chamados Direitos Humanos de Segunda Geração, dentre os quais se podem encontrar os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, tais como a assistência social, a saúde, a educação, o trabalho, e outros.

Tais direitos, no dizer de Perez Luño (1998, p. 215), são movidos pela consciência de que "a liberdade sem igualdade não conduz a uma sociedade livre e pluralista, mas a uma oligarquia, vale dizer, à liberdade de alguns e à não-liberdade de muitos", ainda que não se possa olvidar que "a igualdade sem liberdade não conduz à democracia, mas ao despotismo, ou seja, à igual submissão da maioria à opressão de quem detém o poder".

Os direitos de 3.ª e 4.ª gerações

Tanto os Direitos Individuais como os Sociais não deixavam demasiadamente claro que os seres humanos fazem parte de um sistema muito maior, de um ecossistema que interliga e encadeia todos os atos praticados gerando efeitos em cadeia quando praticados. São, portanto, Direitos Difusos ou Coletivos.

Inseridos no rol de tais Direitos podem encontrar-se os chamados Direitos de Terceira Geração: direito à paz, à comunicação, ao desenvolvimento, a um meio ambiente são e ecologicamente equilibrado, à autodeterminação dos povos, à proteção do patrimônio histórico e cultural, à solidariedade e à fraternidade.

Para além desses Direitos, revelando uma expressa preocupação com o exercício pleno da Democracia, do Pluralismo, dos cuidados com a manipulação genética, mudança de sexo, parte da doutrina, capitaneada por Paulo Bonavides (1999, p. 524-526), alude aos Direitos Humanos da Quarta Geração.

E logo haverá, se é que já não existem, autores que sustentarão outras gerações, moldados pela mudança de valores, de realidades e do próprio ser humano, isto para não mencionar a inesgotável capacidade inventiva da mente humana.

Reflexões fundamentais a serem feitas em face da teoria das gerações de direitos humanos

A teoria que analisa a evolução normativa dos Direitos Humanos, dividindo-a em gerações, possui, certamente, profundos efeitos didáticos, facilitando a compreensão sobretudo no caráter histórico de tais Direitos.

Sucede que o manejo de tal teoria, sem a necessária reflexão, poderá servir como instrumento de uma visão conservadora e ainda ligada à época das Revoluções Liberais.

O surgimento da teoria

Foi Karel Vašák (1984, p. 837), em 1977[46], quem elaborou a teoria da tríplice geração dos Direitos Humanos, fazendo uma alusão ao lema que ficou notabilizado com a revolução francesa: *liberté, égalité, fraternité*.

Os Direitos de Primeira Geração (Civis e Políticos) serviriam para tutelar a Liberdade, sendo, consoante o próprio Vašák, Direitos Negativos, Direitos de opor-se ao Estado, no sentido de que para serem efetivados bastaria o Estado não fazer nada para interferir na liberdade individual.

Os Direitos de Segunda Geração (sociais, culturais e econômicos), que exigiriam, para sua efetivação, uma prestação positiva do Estado[47], serviriam para tutelar a igualdade e os de Terceira, para tutelar a solidariedade.

A doutrina, então, passou a reproduzir a teoria sem realizar, todavia, uma melhor reflexão. No Brasil, coube a Antônio Augusto Cançado Trindade (2000) uma das primeiras análises críticas sobre o tema.

[46] A maioria cos autores que estudam o tema aponta que a teoria nasceu em conferência realizada pelo mesmo Vašák, em 27 de fevereiro 1979, a quando do décimo curso organizado pelo Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Strasbourg, França. Todavia, o próprio autor informa que a teoria surge em 1977.
[47] Conforme afirma Vašák. (1977, p. 29-32).

A crítica inicial: o plano internacional

Primeiramente cumpre destacar que no Plano Internacional os Direitos de Segunda Geração formam a Primeira Geração.

Sim, porque no plano internacional primeiro se positivam os Direitos Sociais e Econômicos por intermédio das diversas convenções produzidas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Nesse sentido, destacam-se a Convenção sobre as horas de trabalho, de 1919 (que estabelecia que a duração do trabalho não poderia exceder a 48 horas semanais, dentre outros direitos correlatos), a Convenção sobre a proteção da maternidade, também de 1919 (que fixava licença maternidade durante as seis semanas posteriores ao parto, direito a intervalo para amamentação, dentre outros direitos correlatos), a Convenção sobre o trabalho noturno das mulheres, de 1919 (que proibia o trabalho noturno para as mulheres), a Convenção sobre o trabalho infantil, de 1919 (que proibia o trabalho a menores de 14 anos), entre outras.

A segunda crítica: unidade, continuidade e historicidade dos direitos humanos

Em verdade, o manejo da teoria das gerações não pode ser feito sem que se deixe claro que não há nenhuma relação de prevalência ou superioridade entre as Gerações. Trata-se de caminhos para alcançar e efetivar a dignidade humana, pelo que cada geração tutela bens de vida essencias ao homem.

O Devido Processo Legal não é mais ou menos relevante que o direito à moradia, tratando-se, ambos, de esferas de proteção diferentes para a dignidade humana, pelo que devem causar a mesma frustação ou indignação a violação de um ou de outro. Como lembra Cançado Trindade, em regra pode identificar-se uma condenação absoluta de qualquer tipo de discriminação quando se trata de direito individual ou político, mas uma tolerância absoluta quando se trata de disparidades em matéria de salário, de renda, e assim por diante.

Ademais, como visam tutelar a dignidade humana, são contínuos, no sentido de que, evidentemente, os Direitos inerentes às gerações posteriores não anulam, muito embora possam restringir, os Direitos pertencentes às gerações anteriores.

Assim, o Direito a um meio ambiente são e ecologicamente equilibrado não extermina o Direito de Propriedade ou do livre exercício de ofício ou profissão, mas pode limitar o âmbito de proteção de ambos.

Alguns autores, visando justamente destacar o caráter contínuo dos Direitos Humanos, adotam a terminologia "dimensões" no lugar de "gerações". Em verdade, desde que se façam as críticas pertinentes, e é fundamental fazê-las, pouca relevância terá o uso das terminologias que poderão ou não ser usadas à medida que forem ou deixarem de ser úteis ao estudo do tema.

Frise-se, ainda, que desde a época das primeiras Declarações os indivíduos tinham direito à cultura, à auto-determinação, à saúde, à educação e outros Direitos componentes das gerações posteriores.

Como já se mencionou supra, foram condicionantes exógenos e históricos que fizeram com que apenas as liberdades públicas habitassem as primeiras Declarações, transformando-se, assim, em pauta de reinvidicação mais antiga junto ao Estado. Afinal, como qualquer outro direito, os Direitos Humanos estão vinculados às condições históricas de seu tempo. O Ser Humano, fonte de toda e qualquer Declaração, é um ser essencialmente histórico, pelo que históricos têm sido, são e serão seus direitos.

A terceira crítica: para o orçamento público todos os direitos são positivos. Os custos dos direitos

Urge combater a ideia de que os Direitos de primeira Geração seriam de realização imediata, enquanto os das demais gerações seriam de realização progressiva. Isso porque estes últimos necessitariam de um agir estatal para sua implementação, o qual estaria condicionado à existência de recursos públicos, que, por serem escassos e limitados, apenas poderiam ser efetivados na exata medida da existência de fluxo orçamentário.

Stephen Holmes e Cass Sustein (2000), em obra referência sobre o tema, ao analisar diversas situações[48] vivenciadas nos Estados Unidos concluem que todos os direitos são positivos, no sentido de que:

[48] Como no incêndio ocorrido em 1995, em área nobre de Nova York (Westhampton), quando o Estado gastou cerca de US$ 3 milhões, para evitar que o fogo consumisse o patrimônio dos indivíduos. Estima, ainda, que no ano de 1996, os contribuintes estadunidenses investiram cerca de US$11,6 bilhões para proteger a propriedade privada por intermédio de seguros ou assistência a sinistros (2000, p. 13-14).

> [...] *rights cost money. Rights cannot be protected or enforced without public funding and support.* [...] *Both the right to welfare and the right to private property have public costs. The right to freedom of contract has public costs no less than the right to health care, the right to freedom of speech no less than the right to decent housing. All rights make claims upon the public treasury.*
>
> [...]
>
> *As a general rule, unfortunate individuals who do not live under a government capable of taxing and delivering an effective remedy have no legal rights.* [...] *A legal right exists, in reality, only when and if it has budgetary costs* (2000, p. 15, 19).

A tese supra merece acolhimento. Evidente que há o direito do Estado não ingressar em minha residência, sem o cumprimento das formalidades legais, ou do Estado não prejudicar a saúde dos indivíduos[49]. Sucede que tais direitos, para serem efetivados, necessitam de um aparato estatal de controle para evitar a indevida intromissão e um aparato repressivo pronto para ser acionado, uma vez ocorrida a intromissão.

Os direitos ditos individuais exigem e sempre exigiram intervenção estatal. Veja-se, por exemplo, a propriedade privada.

Como salienta Rudolf Hilferding (2002, p. 526-527), a não intervenção do Estado nunca foi irrestrita, eis que

> durante o período da livre concorrência, a influência do Estado sobre a economia já existia em algumas esferas; por exemplo, no controle estatal do mercado monetário... ou em questões de política fiscal e de política comercial.

Vejam-se, ainda, os exemplos ofertados por Gianfranco Poggi (1981, p.122), nos quais, mesmo em tempos de Estado "não-interventor", não faltaram exemplos de intervenção, tais como concessão de terras às companhias ferroviárias, criação de barreiras tarifárias à repressão, contenção ou regulamentação de sindicatos e convênios coletivos de trabalho.

Aliás, como ensina José Eduardo Faria[50] o próprio fortalecimento do Estado originou-se da necessidade de um

> comando na condução do investimento e na promoção da poupança, bem como do fato de exercer um papel básico no estímulo da pesquisa tecnológica e científica e de ser [...] um consumidor e cliente dos produtos manufaturados pela indústria.

George J. Stigler (2004, p. 15 et seq.) aponta diversas situações atuais em que o Estado interfere na propriedade privada. Por intermédio do poder estatal de coação, uma indústria poderá obter as seguintes políticas regulatórias para aumentar sua lucratividade: 1) subvenções em dinheiro; 2) controle de entrada de novos concorrentes, por via de políticas de preço, de integração vertical e de outros meios; 3) controle de produtos substitutos ou complementares, como no caso dos produtores de manteiga, que desejam conter a produção de margarina e estimular a produção de pão etc.; 4) fixação direta de preços.

A nomenclatura Direitos Negativos é, portanto, ideológica, uma vez que, na grande maioria dos casos serve para culpar ou justificar a carência orçamentária pela falta de efetividade dos Direitos das gerações posteriores à Primeira, quando, em verdade, tal carência de efetividade se relaciona, de modo direito, com a incompetência administrativa ou uma opção política consciente.

Não se desconhece que parte da doutrina[51], reconhecendo que todos os Direitos são positivos, sustenta que os direitos sociais se diferenciariam dos civis e políticos pelos gastos que sua realização pressupõe. Afinal, para essa parte da doutrina, a implementação dos Direitos Sociais exigiria o investimento de recursos de maior monta, sobretudo pelo fato de que a estrutura que o Estado deve manter para tutelar os Direitos Civis e Políticos também servirá para tutelar os Direitos Sociais.

Trata-se, ao que tudo indica, de uma limitada compreensão do problema. Afinal, tais autores não logram demonstrar, exatamente, onde e em quanto reside a diferença. Ao afirmar a diferença, o fazem mais como uma profissão de fé do que com base no orçamento público ou em dados concretos.

Ademais, há que se alterar o enfoque da questão, do ponto de vista dos recursos escassos para o da ponderação das necessidades. Sim, porque não se deve aceitar, sem reflexão, a ideia de que os recursos são escassos. Em verdade, em regra, são as necessidades que são mal avaliadas. O ser humano tem dificuldades para definir

[49] O exemplo é fornecido por Victor Abramovich, *apud* Virgílio Afonso da Silva. (2008, p. 592).

[50] Citando A. de Tocqueville (1996 p. 78).

[51] Veja-se, por todos, Virgílio Afonso ca Silva. (2008, p. 587- 599).

suas necessidades, tarefa que não se revela fácil à medida que a sabedoria pode ser definida como a capacidade de escolher o essencial. O Estado herda a mesma dificuldade.

Governar é escolher prioridades, transitar entre opções políticas e determinar quais as que devem sair do papel rumo à realidade. Tais escolhas, embora por vezes implícitas, revelam os valores primordiais compartilhados pelas autoridades públicas.

Para implementação do Programa Federal de Desenvolvimento de Submarinos, estima-se gasto superior a R$8 bilhões (2009, p. A6). Cada Senador custou à República, em 2009, mais de R$30 milhões, cada Deputado Estadual paraense, cerca de R$5.5 milhões, cada Vereador em Belém, cerca de R$1.1 milhão (TRANSPARÊNCIA BRASIL, 2009).

O Brasil pretende doar cerca de US$300 milhões em alimentos (2010a, p. A16), em 2010, para países pobres, em especial Sudão, Somália, Níger e outros. Tais alimentos são excedentes dos estoques da CONAB.

O Brasil, em 2009, foi o campeão de aumento absoluto em gasto militar na América do Sul. O aumento de cerca de US$4 bilhões elevou os gastos militares no país para cerca de US$26 bilhões, aqui incluída a soma de pagamento do pessoal da ativa e pensionistas das Forças Armadas brasileiras, consoante relatório anual do Sipri (Instituto Internacional de Pesquisas da Paz de Estocolmo) (2010b, p. A14).

O Governo Federal gastou, no exercício 2009, cerca de R$1,1 bilhão de reais, cerca de 92% do programa federal Bolsa Família. As administrações estaduais somadas gastaram, durante o mesmo exercício, cerca de R$1,7 bilhões em propaganda (2010c, p. A8).

São despesas voltadas, primariamente, ao gozo dos Direitos de Primeira Geração, pelo que, registre-se, uma vez mais, não se pode trabalhar com a ideia de Direitos Negativos no sentido de que carecem de recursos para sua efetividade, afinal, *there's no such a thing like a free lunch*[52].

A quarta crítica: os direitos fundamentais nas relações entre particulares

Firmada na ideia de que os Direitos de Primeira Geração nascem para tutelar o indivíduo contra o Estado está a crença de que os Direitos Fundamentais não se aplicariam nas relações entre particulares.

Afinal, as relações entre particulares são as chamadas horizontais, em que ambos os lados estão e gozam da mesma parcela de poder. Tais Direitos apenas deveriam ser aplicados nas relações verticais de poder, ou seja, nas quais as partes não possam gozar de isonomia. As relações verticais seriam, portanto, exclusivamente localizadas no trato com o poder político, pelo que a força jurídica dos preceitos constitucionais consa-gradores dos Direitos Fundamentais, em relação a particulares, "não se afirmaria de modo imediato, mas apenas mediatamente, através dos princípios e normas próprios do direito privado"[53].

Sucede que não existe apenas a relação do indivíduo com o poder político. Há o poder social, o econômico, o cultural, e outros, ainda que não jurídicos[54], poderá haver verticalidade na relação entre particulares, como, por exemplo, no caso de uma multinacional e uma família ribeirinha que habita uma área de terra poluída pela empresa, de um banco com seu cliente, de um patrão com sua empregada doméstica, de um clube de futebol com seu atleta, e outras.

E mesmo que não haja a verticalidade, os Direitos Fundamentais poderão ser aplicados nas relações entre particulares para proteger a Dignidade da Pessoa Humana ou o núcleo essencial de um Direito.

A quinta crítica: a ausência dos deveres humanos

Uma visão dos Direitos Humanos que prioriza os Direitos de Primeira Geração causa a ideia de que se vive em relação jurídica desprovida de deveres. Como fruto

[52] Frase popularizada no romance de ficção de Robert A. Heinlein, de 1967, intitulado *The Moon is a Harsh Mistress*, e transportada ao mundo econômico por Milton Friedman no livro homônimo de 1975. Nesse sentido, veja-se Chrystı M. Smith. (2006, p. 131).

[53] Na visão de Durig, apud José Carlos Vieira de Andrade.(2001, p. 243).

[54] Veja-se José Carlos Vieira de Andrade (2001, p. 247).

dessa ausência de deveres, percebe-se que na sociedade atual o "sentimento de dever é obscuro", o que causa o "decréscimo da solidariedade" e uma "justificação do hedonismo" (o prazer como o supremo bem da vida)[55].

No Estado da natureza, sabe-se, os homens não conviviam, apenas coexistiam. Era, portanto, cada um por si. Cada um vivendo a máxima liberdade. Sucede que, onde a liberdade é infinita, não existe liberdade, na medida em que nada pode garantir que minhas conquistas pessoais serão respeitadas.

Só terá sentido ao homem abandonar o Estado da natureza e abrir mão de parcela de sua liberdade se for para garantir a segurança de sua vida e dos meios para preservá-la. Nessa visão de mundo, os Direitos não precisariam ser justificados, ao contrário dos deveres, que têm caráter artificial e limitador dos Direitos. O que importa é a minha vida e meus bens, estes são os valores éticos essenciais: preservação do próprio eu (o individualismo)[56].

Os Direitos das gerações posteriores à Primeira procuram alterar esta ética: trocar o princípio da felicidade (ou melhor, da busca pelo prazer) pelo da responsabilidade. Aponta-se uma nova forma de entender a Dignidade da Pessoa Humana que deixa de ser entendida como o poder de cada indivíduo exigir seus direitos, "e que tudo lhe pareça pouco para afirmar sua personalidade", mas, sobretudo, que possa ser "entendida como a responsabilidade de cada um assumir seus deveres como pessoa e como cidadão e exigir de si mesmo seu cumprimento permanente" (ROBLES, 2005, p. 123).

Conclusão

O presente trabalho pretendeu destacar as diversas consequências que podem conduzir aos que se utilizarem, de modo passivo, da teoria das Gerações dos Direitos Humanos.

Não se trata de teoria equivocada. Trata-se de tese bastante útil ao conhecimento de parte da evolução normativa dos Direitos Humanos.

Sucede que a opção do intérprete por sua utilização impõe a responsabilidade de reflexão acerca dos pontos supra mencionados, esclarecendo, portanto, sua posição sobre relevantes temas sobre tais Direitos cuja efetividade, em última análise, indicam o grau de legitimidade do Poder.

[55] Cf.. Robles (2005., p. 18).

[56] Cf. Robles (2005, p. 20-23).

Referências

ALBERT, Michel. **Capitalismo versus capitalismo**. São Paulo: Loyola, 1992. 328 p.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. 405 p.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. O Constitucionalismo social: a Constituição como instrumento jurídico de contenção do poder econômico. In: CASTARDO, Hamilton Fernando (Coord.) et al. **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros**. Campinas: Millennium , 2007. p. 27-70.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição e o papel do Estado no domínio econômico. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 2, p. 117-129, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. 793 p.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. 421 p.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Revista de Filosofia Política**, Porto Alegre, n. 2, p. 9-25, 1985.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos direitos humanos**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2009. 417 p. (Coleção Díke).

FARIA, José Eduardo. **Poder e legitimidade**: uma introdução à política do direito. São Paulo: Perspectiva, 1978. 130 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990. 231 p.

FAORO, Raymundo. Constituinte: a verdade e o sofisma. In: SADER, Emir (Org.). **Constituinte e Democracia no Brasil hoje**. São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 7-16.

FOLHA DE SÃO PAULO, São Paulo, 26 fev. 2009. Caderno Brasil, p. A6.

_____. São Paulo, 2 ago. 2010a. Caderno Mundo, p. A16.

_____. São Paulo, 3 jun. 2010b. Caderno Mundo, p. A14.

_____. São Paulo, 24 maio 2010c. Caderno Poder, p. A8.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na Constituição de 1988**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. 327 p.

HILFERDING, Rudolf. A Economia organizada. In: TEIXEIRA, Aloísio (org.). **Utópicos, heréticos e malditos**: os precursores do pensamento social de nossa época. Rio de Janeiro: Record, 2002. 530 p.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York, London: W. W. Norton, 2000. 255 p.

HUNT, Lynn. **A Invenção dos Direitos Humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. 285 p.

KEYNES, John Maynard. O fim do Laissez-Faire. In: SZMRECSÁNYI, Tamás (Org.). **John Maynard Keynes**: economia. 2. ed., São Paulo: Ática, 1984. (Os grandes cientistas sociais; v. 6).

LOCKE, John. **Two treatises of government**. New York: Hafner, 1947. 311 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva; Instituto Brasiliense de Direito Público, 2007. 1364 p.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos fondamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998. 231 p. (Temas clave de la constitución española).

POGGI, Gianfranco. **A Evolução do Estado moderno**: uma introdução sociológica. Rio de Janeiro: Zahar, 1981. 154 p. (Biblioteca de ciências sociais).

REES. Charles A. The First american bill of rights: was it Maryland's 1639 act for the liberties of the people? **University of Baltimore Law Review**, Baltimore, v. 31, n. 1, p.1-15, fall, 2001. Disponível em: <http://papers ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1314900>. Acesso em: 05 maio 2010.

RIFKIN, Jeremy. **A Era do acesso**: a transição de mercados convencionais para networks e o nascimento de uma nova economia. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2001. 264 p.

ROBLES, Gregorio. **Os Direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Barueri, SP: Manole, 2005. 134 p.

SCHWARTZ, Bernard. **Os Grandes direitos da humanidade**: the bill of rights. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979. 254 p.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte burguesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 80 p.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587- 599.

SMITH, Chrysti M. **Verbivore´s feast**: second course: more word and phrase origins. Helena, MT: Farcountry Press, 2006. 352 p.

STIGLER, George J. A Teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.). **Regulação econômica e democracia**: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 23-48.

STIGLITZ, Joseph. **Towards a new paradigm for development**: strategies, policies, and processes. Prebisch Lecture presented at United Nations Conference on Trade and Development, Geneva, oct., 1998. Disponível em: <www.worldbank.org/html/extdr/extme/jssp101998.htm>. Acesso em: 28 maio 1999.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **El Antiguo régimen y la revolución**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. 344 p.

TRANSPARÊNCIA BRASIL. **Orçamentos do Poder Legislativo 2009**. Disponível em: <www.excelencias.org.br/docs/Orc2009.pdf>. Acesso em: 05 maio 2010.

TRINDADE, Antônio A. Cançado. Palestra. In: SEMINÁRIO DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES: A PROTEÇÃO INTERNACIONAL. Evento Associado à CONFERÊNCIA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 5., 2000, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>. Acesso em: 15 ago. 2010.

VAŠÁK, Karel. Pour une troisième génération des droits de l'homme. In: SWINARSKI, Chistophe (ed.). **Studies and essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in honour of Jean Pictet**. Genève: Martinus Nijhoff Publishers, 1984. p. 837- 850.

_____. A 30-year struggle: the sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights. **The Unesco Courier**, Paris, v. 30, p. 29-32, nov. 1977. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0007/000748/074816fo.pdf#48063>. Acesso em: 05 maio 2010.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. 270 p.

VILLEY, Michel. **O Direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 181 p. (Coleção justiça e direito).

ZALDUENDO, Eduardo A. **Breve historia del pensamiento económico**. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1994.

José Heder Benatti
Rogério Arthur Friza Chaves

Possibilidade jurídica do cancelamento administrativo de matrículas de imóveis rurais: repercussões no Pará

Resumo

O texto discute a importância do cancelamento administrativo de matrículas de imóveis rurais para combater a grilagem de terra. Busca descrever o contexto jurídico de apropriação ilegal do patrimônio público, a definição jurídica de grilagem e como as terras públicas passaram através de mecanismos ilícitos para as mãos de particulares, pessoas físicas e jurídicas, com grave lesão para os Estados e a União. Descreve, ainda, outras ações utilizadas pelo Estado para combater a apropriação ilegal de terra pública. Por último, analisa a decisão do Conselho Nacional de Justiça pelo Cancelamento Administrativo e a sua legalidade.

Palavras-chave

Propriedade. Registro de imóvel. Cancelamento administrativo. Grilagem-Amazônia.

Abstract

The text discusses the importance of the administrative cancellation of rural properties in order to fight against the land - grabbing practice. It aims at describing the juridical context of illegal appropriation of the public patrimony, the juridical definition of land – grabbing and how the public lands have turned, by means of illicit mechanisms, to the hands of private owners, individual and corporate entities, implying serious injury for the States and Nation. It also describes other actions used to tackle the illegal appropriation of public lands. Finally, it analyzes the decision of the National Justice Council towards the Administrative Cancellation and its conformity to law.

Keywords

Property. Property registries. Administrative Cancellation. Amazonian Land Grabbring.

Possibilidade jurídica do cancelamento administrativo de matrículas de imóveis rurais: repercussões no Pará*

Juridical possibilities of administrative cancellation of rural property registries: repercussions in the state of Pará

José Heder Benatti **
Rogério Arthur Friza Chaves***

* Agradecemos as importantes contribuições do Prof. Dr. Girolamo Domenico Treccani, um dos mais atuantes juristas na defesa do cancelamento administrativo, na elaboração deste texto.

** Advogado. Doutor em Ciência e Desenvolvimento Socioambiental. Mestre em Direito. Professor de Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA). Pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e Presidente do Instituto de Terras do Pará (ITERPA).

jbenatti@ufpa.br.

*** Procurador do Estado do Pará. Diretor Jurídico do Instituto de Terras do Pará (ITERPA). Ex-Coordenador da Procuradoria Fundiária da Procuradoria Geral do Estado do Pará.

rogeriofriza@gmail.com

Introdução

Na Amazônia, onde a posse e a violência rural são elementos de acesso à terra e aos recursos naturais, a consolidação da propriedade rural deve ser considerada uma política importante de consolidação da democracia, de respeito aos direitos humanos e de proteção ambiental.

A privatização ilegal de terras públicas na Amazônia é uma preocupação do Estado e da sociedade brasileira, pois viola normas ambientais, agrárias, civis, penais e tributárias, em uma lógica que leva à apropriação e à concentração dos recursos naturais e financeiros de forma ilícita.

Considerando que no ordenamento jurídico brasileiro não existe uma definição jurídica de "grilagem"[1], poder-se-ia adotar a consagrada pelo Livro *Branco da Grilagem*:

> toda ação ilegal que objetiva a transferência de terras públicas para o patrimônio de terceiros constitui uma grilagem ou grilo (BRASIL, 1999, p. 12).

Essa prática ilícita é favorecida pela vasta e confusa gama de documentos expedidos nestes cinco séculos pelo Poder Público colonial, imperial e republicano: Cartas de Sesmaria (confirmadas ou não), Registros Paroquiais ou Registros do Vigário, Registros de Torrens, Títulos de Posse, Títulos de Legitimação, Títulos de Propriedade, Títulos Provisórios, Títulos

[1] Afirma-se que o termo *grilo* ou *grilagem* tem sua origem na tentativa de transformar títulos falsificados, para dar-lhes aparência de legalidade, com o emprego do inseto ortóptero – o grilo. Assim é que o Dicionário Aurélio define grileiro como sendo o "indivíduo que procura apossar-se de terras alheias mediante falsas escrituras de propriedade". Logo, a terra grilada é aquela em que o título de propriedade é falso. O mecanismo utilizado, e que acabou dando nome ao processo, era o de "comprar" dos cartórios ou de terceiro um falso título da terra e, para lhe dar uma aparência de autenticidade, colocá-lo em uma gaveta com alguns grilos. Passado algum tempo, os grilos iriam alimentar-se das bordas da escritura, expelir excrementos no documento e, assim, dar ao papel, inicialmente de cor branca, uma cor amarelada e um aspecto envelhecido. Com esse novo visual, o título de propriedade da terra daria maior credibilidade ao seu possuidor, que poderia, então, alegar já ser proprietário daquela gleba de terra há algum tempo. Atualmente, empregam-se outras tecnologias mais eficazes para conseguir o mesmo objetivo, ou seja, a falsificação de documentos.

Definitivos, Título de Arrendamentos, Título de Aforamentos, Título de Ocupação, Títulos Coloniais, Títulos de Ocupação de Terras Devolutas, Licenças de Ocupação, Autorizações de Detenção, Título de Doação, Contratos de Alienação de Terras Públicas, entre outros. Nem todos esses títulos eram instrumentos hábeis para transferir o domínio do patrimônio público para o particular, mas foram levados a registro como tais.

Entre os documentos listados o Título de Posse é, sem dúvida, o mais importante porque permaneceu em vigor durante mais de um século e o Governo do Estado do Pará expediu sessenta mil títulos[2]. Para que esses títulos transferissem o domínio deveriam ser legitimados, isto é, seu beneficiário deveria comprovar a efetiva utilização, demarcação e pagamento do Valor da Terra Nua (VTN). Equivocadamente, centenas desses títulos foram indevidamente levados a registro, sem que tivessem sido cumpridas as exigências legais.

O combate contra a apropriação ilegal da terra não é novo. Ainda em 9 de setembro de 1977, o Corregedor Geral de Justiça do Estado do Pará editou o Provimento n.° 2 que determinava:

> *Todo e qualquer título de propriedade ou posse constante como expedido pelo Governo do Estado do Pará*, que for levado a cartório de Registro de Imóveis para matrícula, registro ou averbação de qualquer ato, *deverá ser considerado falso até prova em contrário* (Grifos nossos).

Esse Provimento comprova a gravidade da situação fundiária existente no Estado do Pará, que perdura até hoje.

Em 2001, o Congresso Nacional criou a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Grilagem da Terra na Região Amazônica, que buscou investigar diversos acontecimentos envolvendo a apropriação indevida e ilegal de extensas áreas de terra pertencentes ao patrimônio público. Sem ter o devido respaldo documental, essas terras passaram, através de mecanismos ilícitos, para as mãos de particulares, pessoas físicas e jurídicas, com grave lesão para os Estados e a União. Nessa CPI (BRASIL, 2002) diversas irregularidades foram apontadas, tais como:

a) registro de títulos de domínio sem a devida comprovação do destaque daquele imóvel do patrimônio público;
b) duplicidade de registro de matrícula de imóveis, fazendo com que as mesmas terras fossem multiplicadas em inúmeras áreas (através do subterfúgio do desmembramento ilegal), as quais, por sua vez, recebiam novas matrículas, quer pela abertura de matrícula da mesma gleba em livros diferentes, quer em cartórios de comarcas diferentes;
c) aceitação do registro de imóveis constantes em sentenças de partilha de bens que não apresentavam as correspondentes provas dos títulos de domínio e que não estavam matriculados no correspondente cartório, tendo sido, assim, legitimados títulos sem nenhum valor ou simples posses;
d) registro de averbações ou abertura de novas matrículas, correspondentes a demarcatórias de glebas, sem autorização judicial e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), alargando-as e/ou determinando novos confinantes, em dimensões exorbitantes;
e) registro de escrituras de compra e venda e outros pretensos títulos de domínio emitidos, com uma antiguidade de vinte ou mais anos, por tabeliães de comarcas de estados diferentes, documentos não amparados por título de domínio legítimo, alguns deles formando uma cadeia dominial baseada em escrituras de mais de cem anos, cuja origem estaria na emissão de sesmaria;
f) registro de imóveis, supostamente registrados em outra comarca, sem o respaldo da correspondente certidão do respectivo cartório;
g) lavratura de escrituras de compra e venda e consequente registro no cartório de registro de imóveis, de que constam, como compradores, pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras, em condição contrária à legislação em vigor;
h) lavratura de escrituras de compra e venda pelos tabeliães que, além de apresentar os defeitos descritos na letra anterior, apresentam como agravante o fato de que pelo menos uma das partes não esteve presente ao ato, nem os documentos e/ou antecedentes pessoais correspondiam ao ausente;

[2] O Título de Posse foi instituído pelo Decreto 410, de 8 de outubro de 1891, e permaneceu em vigor até 31 de dezembro de 1995.

i) lavratura de escrituras de compra e venda e consequente registro em cartório de registro de imóveis, tendo o transmitente, comprovadamente, falecido há muitos anos;
j) emissão de laudos de avaliação de glebas por oficiais registradores;
l) matrícula de imóveis, supostamente registrados em outra comarca, sem o respaldo da correspondente certidão do respectivo cartório;
m) lavratura de escrituras de compra e venda pelos tabeliães, com a transferência de glebas sem indicação da matrícula de origem e sem preencher as condicionantes fixadas em lei, permitindo-se, assim, que oficiais registradores levassem ao registro imóveis que sequer estavam matriculados.

A Assembleia Legislativa do Estado do Pará já tinha se ocupado dessa problemática em setembro de 1999, quando analisou a apropriação ilegal de mais de quatro milhões de hectares de terras na região do Xingu por parte da empresa C.R. Almeida (PARÁ, 1999).

Todas as irregularidades citadas anteriormente são tentativas de legalizar arbitrariamente o domínio de terras, ou seja, são diferentes mecanismos utilizados para grilar o patrimônio público. A grilagem é entendida como a tentativa de legalizar o domínio da terra através de documento falso. Também é compreendida como a apropriação ilícita de terras por meio da expulsão de pequenos ocupantes e índios das terras públicas. Trata-se, pois, de uma série de mecanismos de falsificação de títulos de terra e matrículas irregulares de áreas rurais, negociações fraudulentas, chantagens e corrupções que têm envolvido o Poder Público e os entes privados.

Para superar o atual caos fundiário foram necessárias diversas ações no âmbito do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, pois a institucionalização da propriedade privada se constitui também em uma condição para a consolidação de um modelo democrático e participativo de distribuição e de gestão da terra e dos recursos naturais e, consequentemente, de proteção do meio ambiente.

É nesse contexto que deve ser analisado o cancelamento administrativo de matrículas irregulares de imóveis rurais, tal como previsto na decisão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de anular cerca de cinco mil registros imobiliários de áreas rurais, no Estado do Pará, medida assinada em agosto de 2010.

As ações do estado no combate à grilagem de terras

O Pará é formado por 144 municípios, em uma área de aproximadamente 124 milhões de hectares. Desse total, 60 milhões e 756 mil hectares são terras destinadas à proteção ambiental estadual e federal (Florestas Públicas, Parques, Reservas Extrativistas etc.) e áreas indígenas. As áreas que podem ser regularizadas são as terras que não foram afetadas para algum uso (público ou privado); atualmente, são quase 30 milhões de hectares sob jurisdição federal e aproximadamente 20 milhões de hectares sob jurisdição estadual. Um levantamento preliminar do Instituto de Terras do Pará (ITERPA), em 2008, estimou em onze milhões de hectares as áreas privadas, ou seja, tituladas no Estado.

No âmbito federal e estadual foram tomadas medidas concretas para superar o atual caos fundiário e a ocupação irregular do patrimônio público, tais como a aprovação da Lei Federal n.º 11.952, de 25 de junho de 2009, que dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal, e também a da Lei Estadual n.º 7.289, de 24 de agosto de 2009, que regulamenta a alienação e legitimação de ocupação das terras públicas pertencentes ao Estado do Pará.

Na realidade, as leis estadual e federal de regularização fundiária estão inseridas em um novo contexto político, onde os órgãos públicos agrários estaduais e federais (ITERPA e INCRA), o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente (IBAMA), o Instituto Chico Mendes da Biodiversidade e a Secretaria de Meio Ambiente do Estado do Pará atuam em parceria para combater a grilagem e o desmatamento.

A política de regularização fundiária apresentada pela União e pelo Estado do Pará busca fazer a transição entre a insegurança e dúvida jurídica para o controle dos bens públicos e a segurança do direito de propriedade. Uma transição que não se contenta em

somente entregar títulos de terra, mas visa também consolidar a política de ordenamento territorial, priorizando a ocupação familiar pelas populações tradicionais e o respeito pelo meio ambiente. Trata-se de uma política propositiva porque cria regras de controle e transparência, pactuadas entre os diferentes atores sociais (Governos Federal, Estadual, Municipal e sociedade civil). Desse modo, a institucionalização da propriedade privada constitui-se também numa condição para a consolidação de um modelo democrático e participativo de distribuição e de gestão da terra e dos recursos naturais. Com isso, busca-se conciliar os princípios da produção agrária com os da proteção ambiental.

Ao contrário do que ocorria no passado, hoje temos mecanismos de controle público: a exigência do georreferenciamento dos imóveis rurais, o cadastro ambiental rural, o licenciamento das atividades agrárias e o zoneamento ecológico-econômico. No final do processo de regularização fundiária, a fronteira estará "fechada", porque os espaços públicos deverão ser destinados à proteção ambiental ou a atividades agroambientais. Engana-se quem espera que, no futuro, ocorram novas regularizações.

Outras medidas estão sendo tomadas no âmbito do estado para melhorar o acesso à informação e aumentar o controle sobre o patrimônio público e privado. Está em pleno curso a digitalização do arquivo fundiário do ITERPA e do INCRA, que vai transformar de forma notável o atual arquivo fundiário do Pará, permitindo o mapeamento completo da situação das terras públicas e particulares existentes no Estado. Espera-se que o trabalho esteja concluído em fevereiro de 2011.

A concretização do projeto vai modernizar o fluxo operacional, armazenamento, gerenciamento e distribuição das informações fundiárias do Estado, e foi tornado possível graças ao convênio firmado entre o Governo do Estado do Pará e o INCRA, tendo sido investidos R$ 5,5 milhões. Além da instalação de um banco de dados corporativo, a digitalização vai permitir a implantação de base cartográfica estadual, sistematização do acervo fundiário federal e estadual e a disponibilização de informações relativas a limites político-administrativos, terras indígenas, unidades de conservação federal e estadual, infraestrutura de transporte, as quais poderão ser acessadas por instituições públicas e privadas, assim como por cartórios de registros de imóveis.

A modernização do acesso às informações de todos os cartórios de registros de imóveis existentes no Pará é outra medida que contribuirá decisivamente para a sistematização dos dados nessa área. Sob a coordenação do Conselho Nacional de Justiça e do Tribunal de Justiça do Pará, a modernização do sistema registral será concretizada devido ao convênio entre o Ministério de Desenvolvimento Agrário, INCRA e ITERPA, que disponibilizou R$ 8 milhões e meio para esse fim. Também foi assinado no dia 3 de fevereiro, em Brasília, um importante Acordo de Cooperação Técnica entre a União, por intermédio do Ministério do Desenvolvimento Agrário, do Conselho Nacional de Justiça, da Advocacia Geral da União e do INCRA, o Estado do Pará, o Tribunal de Justiça do Estado do Pará e o ITERPA para a adoção de ações conjuntas relacionadas ao processo de regularização fundiária e à modernização do sistema registral no Pará. A previsão é de que o trabalho comece até dezembro de 2010 e termine no prazo de um ano[3].

O projeto que está sendo elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça e o Tribunal de Justiça do Pará, com o apoio do ITERPA, INCRA e Ministério do Desenvolvimento Agrário não se limita apenas a facilitar o acesso às informações dos cartórios, mas pretende também possibilitar a capacitação técnica e a reciclagem profissional dos atores envolvidos com o registro de imóveis, a recuperação dos documentos danificados e a regulamentação do sistema registral, a fim de orientar os cartórios na nova dinâmica de registros introduzida pela legislação[4].

[3] Além das medidas citadas, foi assinado em 26/01/2010 o Acordo de Cooperação Técnica entre a União (MDA, CNJ, Advocacia Geral da União, INCRA) e o Estado do Pará (ITERPA), objetivando a adoção conjunta de ações relacionadas ao processo de regularização fundiária e à modernização dos cartórios no Estado do Pará.
Nesse âmbito, também foi assinado o Acordo de Cooperação Técnica n.º 082/2010 entre CNJ, TJPA, Escola da Magistratura do Pará, Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo e o Centro Universitário do Estado do Pará, que tem por objeto a realização de curso de especialização *lato sensu* em Direito Registral Imobiliário e Gestão, para capacitação de magistrados no Pará, que deriva do Acordo de Cooperação Técnica firmado em 26/01/2010, citado anteriormente.

O Ministério do Desenvolvimento Agrário vai disponibilizar mais R$ 10 milhões para modernizar o sistema registral em toda a Amazônia Legal.

[4] Entre as normas recentes que introduziram modificações no regime registral, podem ser citadas, entre outras, a edição da Lei 10.267, de 28 de agosto de

Todas essas medidas são importantes para combater a grilagem de terra e a insegurança jurídica, mas é preciso avançar e superar os problemas das matrículas falsas de imóveis rurais existentes nos cartórios.

A decisão do conselho nacional de justiça pelo cancelamento administrativo

Uma das medidas mais importantes para combater a grilagem de terras públicas foi adotada pela Desembargadora Osmarina Onadir Sampaio Nery, Corregedora de Justiça das Comarcas do Interior, com a edição do Provimento n.º 13, de 21 de junho de 2006. A medida determina a averbação de *bloqueio de todas as matrículas de imóveis rurais* nos Cartórios de Registro de Imóveis das Comarcas do Interior, que tenham sido registradas em desacordo com os mandamentos constitucionais[5].

Em 2007, o Tribunal de Justiça do Pará instituiu uma comissão para acompanhar os processos relacionados à ocupação da terra que possam caracterizar grilagem, promover estudos sobre a questão fundiária, propor medidas que visem o ordenamento fundiário e que inibam as ações fraudulentas para a obtenção da posse e propriedade de grandes áreas rurais. Ela foi denominada Comissão Permanente de Monitoramento, Estudo e Assessoramento das Questões Ligadas à Grilagem e é composta por representantes de diferentes segmentos da sociedade civil – Tribunal de Justiça, Procuradoria Geral do Estado, ITERPA, INCRA, Ministério Público Federal e Estadual, Advocacia Geral da União, Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Pará, Federação dos Trabalhadores na Agricultura (FETAGRI), Federação da Agricultura do Pará (FAEPA), Sociedade Paraense de Defesa dos Direitos Humanos (SDDH) e Comissão Pastoral da Terra[6].

Um dos trabalhos realizados pela comissão foi solicitar aos Cartórios de Registro de Imóveis do Estado a listagem das propriedades matriculadas acima de 2.500 (dois mil e quinhentos) hectares. Na análise da documentação enviada, foram encontrados registros de imóveis rurais que são frutos de erros de escrituração, com vírgulas no lugar errado, mas que "privatizavam" milhões de hectares. O caso mais conhecido nacionalmente é o do título expedido pela Prefeitura Municipal de Altamira em favor de Pedro Andrade Melgaço, onde consta uma área de 410.000.000,00 (quatrocentos e dez milhões de hectares), isto é, mais de três vezes a área do Pará. Na realidade, trata-se de um título urbano de 4ha 1ac (quatro hectares e um acre). O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) imediatamente providenciou o cancelamento administrativo da matrícula 178 assentada no registro de imóveis de Altamira. O conselho entendeu que é nulo de pleno direito o registro de área equivalente a 410 milhões de hectares, materialmente incompatível com a matrícula de origem, por se tratar de vício registral que ofende o princípio da disponibilidade e porque se verificaram, também, vícios insanáveis no que tange à continuidade e à especialidade.

Outras irregularidades foram encontradas na documentação enviada pelos cartórios. Entre os registros sem permissão legal, destacam-se o registro de títulos provisórios, títulos de posse, títulos intendenciais, escritura de compra e venda de benfeitorias e de cessão de posse, escritura particular, escritura de posse, cessão ou adjudicação de direitos hereditários de imóveis que são posses, escritura pública de compra e venda, autorização ou licença a título precário e contratos de arrendamento. O agravante é que, nas informações enviadas pelos cartórios, há milhares de registros de imóveis rurais em que não constam dados sobre o título de origem.

2001, objetivando a incorporação de bases gráficas georreferenciadas de imóveis rurais no Registro de Imóveis para acabar com a grilagem de terras; as alterações ocorridas na Lei 9.636, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União; a Lei 11.481, de 31 de maio de 2007, que estabeleceu novas diretrizes para a regularização da propriedade imobiliária, bem como criou novos direitos reais.

[5] A Constituição Política do Império do Brasil e a Constituição de 1891 foram omissas na determinação de um limite para alienação ou concessão de terras públicas pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios. A Constituição de 1934 (art. 130), a de 1937 (art. 155) e a Constituição de 1946 (art. 156, §2º) permitiram a destinação das terras públicas até o limite de dez mil hectares; acima desse valor, somente com a prévia autorização do Conselho Federal ou do Senado Federal. A Emenda Constitucional n.º 10, de 1964, reduziu de dez mil para três mil hectares a área máxima de alienação ou concessão de terras públicas sem autorização do Senado (art. 157, § 2º). A Constituição de 1967 (art. 164, Parágrafo único) manteve as mesmas condições. Já a Constituição de 1988 determinou que a alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional (art. 188, § 1º).

[6] Portaria n. 271, de 31 de janeiro de 2007 - Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

No levantamento realizado, verificou-se a existência de 5.398 matrículas com áreas superiores ao limite constitucional, sem que tenha sido apresentada a autorização do Senado ou do Congresso Nacional ou outro motivo que justifique o tamanho do imóvel rural. A somatória desses títulos equivale a 72.417.605 hectares[7], lembrando que a área total do Estado é de 124 milhões de hectares. O trabalho da comissão comprovou que era correta a previsão de um dos "considerando" do Provimento 13/2006, isto é, a existência de vários municípios cuja área territorial é inferior àquela registrada.

Para combater a grilagem, em 2009 a comissão sugeriu ao Tribunal de Justiça do Pará a possibilidade de adotar o cancelamento administrativo das matrículas irregulares, caso a caso, pela Corregedoria das Comarcas do Interior. A proposta não foi aceita, o que levou algumas entidades da Comissão a recorrer ao CNJ.

Diante da solicitação de diversas entidades[8], o CNJ acolheu o Pedido de Providências n.º 0001943-67.2009.2.00.0000 para cancelar os registros imobiliários de áreas rurais do Estado do Pará. A medida foi assinada pelo Corregedor Nacional de Justiça, Ministro Gilson Dipp, em 16 de agosto de 2010. Com o registro cancelado, a pessoa fica impedida de vender a propriedade ou utilizá-la como garantia em transações bancárias, por exemplo, até que a situação da propriedade seja regularizada.

É no contexto atual do sistema registral do Pará que deve ser analisada a decisão do Corregedor Nacional de Justiça. Dela podemos destacar algumas conclusões importantes: a) cabe ao particular comprovar que a matrícula teve origem num título que efetuou o destaque daquele imóvel do patrimônio público; b) diante de uma pretensão de particulares, na dúvida, deve prevalecer a presunção de domínio público, partindo do pressuposto legal de que ao particular é que cabe a prova de seu domínio; c) havendo possibilidade de cancelamento administrativo, devem ser tomadas as providências necessárias para assegurar os registros e matrículas válidos, editando-se orientações aos cartórios para cancelar os registros e matrículas irregulares; d) o cancelamento do registro e matrícula não implica a perda ou descaracterização da posse de quem regularmente a exerça com base no título afetado; e) o cancelamento administrativo não alcança os títulos de terra legitimamente emitidos pelo Estado ou União.

Portanto, devem ser canceladas as matrículas inequivocamente incompatíveis com a legislação constitucional e infraconstitucional.

A constitucionalidade do cancelamento administrativo

O Conselho Nacional de Justiça exerce, no âmbito de sua competência, o chamado controle externo do Poder Judiciário, mormente no que concerne a sua atividade administrativa. Nela está inserida a competência do judiciário de exercer controle e fiscalização da atividade notarial e registral no Brasil, segundo preceitua o artigo 236, § 1.º, da Constituição Federal de 1988.

O cancelamento somente incidirá nas matrículas imobiliárias e não sobre os títulos de terras que lhes deram origem. Daí já se extrai a primeira e importante diferença entre títulos de terras e matrículas imobiliárias efetivadas a partir desses títulos. A Lei n.º 6.015/1973 indica essa diferença quando separa os dois institutos em capítulos distintos, conforme se pode verificar no capítulo V, que trata dos títulos (art. 221 a 226), e no capítulo VI, que se refere às matrículas (art. 227 e seguintes).

De acordo com a referida lei, títulos são os documentos que podem ser levados a registro como prova de transferência de propriedades imobiliárias, considerando a solenidade necessária para a concretização desse ato jurídico; a matrícula seria a prova e concretização do direito de propriedade para que esse direito possa, inclusive, ser exercido *erga omnis*, ou seja, um direito real.

[7] Não estão computados nesses números os 410 milhões de hectares que foram cancelados pelo CNJ em setembro de 2009, matrícula 178, do livro 2A, de Vitória do Xingu.

[8] As entidades que solicitaram ao CNJ o cancelamento administrativo foram a Procuradoria Geral do Estado, o Instituto de Terras do Pará, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, o Ministério Público Federal, o Ministério Público Estadual, a Advocacia Geral da União, a Ordem dos Advogados do Brasil-Seção Pará, a Sociedade Paraense de Defesa dos Direitos Humanos, a Federação dos Trabalhadores na Agricultura e a Comissão Pastoral da Terra.

Portanto, títulos seriam os documentos a que a lei atribui aptidão para transferir propriedade. Entre esses documentos, o que mais nos interessa, por ora, é o descrito no artigo 221, inciso V, da Lei n.º 6.015/1973, que diz respeito aos

> contratos ou termos administrativos, assinados com a União, Estados e Municípios no âmbito de programas de regularização fundiária, dispensado o reconhecimento de firma

que seriam os denominados títulos de propriedade, documentos hábeis a destacar e transferir um imóvel público rural ou urbano para o particular.

Desse modo, o Corregedor Nacional de Justiça decidiu permitir o cancelamento de matrículas imobiliárias cujos títulos não tenham obedecido aos parâmetros constitucionais e legais para o aperfeiçoamento do ato. Destarte, a decisão não se deu para anulação de títulos, mas de matrículas, permanecendo válido o documento de transferência.

Sem embargo, a decisão chama a atenção e nesse aspecto reside a sua maior importância, não só pelo fato de tornar possível o cancelamento de matrículas imobiliárias pela via administrativa, mas igualmente por colocar à prova a higidez do negócio jurídico causal que deu origem à matrícula.

Com efeito, não basta que a matrícula tenha se dado a partir dos casos especificados no artigo 221 da Lei de Registros Públicos[9], pois é necessário que o registrador verifique a observância dos procedimentos legais para a própria formação do título.

Por outro lado, considerando que o mandamento da decisão do CNJ fundamentou o cancelamento da matrícula pela via administrativa, o vício na expedição do título – *in casu* por extrapolar o limite constitucional sem a necessária autorização do Congresso Nacional –, abarcou todas as situações em que não se verificou determinado procedimento legal para sua expedição, assim como os casos não especificados no artigo 221, da Lei n.º 6.015/1973.

Esse aspecto da decisão deverá levar o Poder Público (federal, estadual e municipal) à revisão dos títulos de terras que expediu, o que, aliás, desde a edição da Carta Magna de 1988, já era uma obrigação imposta a esses entes, conforme se pode verificar no artigo 51, da ADCT, da Constituição Federal de 1988[10].

A recente decisão do CNJ dá ao Poder Judiciário a oportunidade de rever os atos de registro de matrículas imobiliárias, e ao Executivo, de reconsiderar os atos administrativos destinados à transferência de seu patrimônio ao particular.

No entanto, essa atuação deverá se dar com critérios bem definidos, pois situações diferentes necessitarão de medidas também distintas para que se alcance a segurança jurídica e o respeito às situações consolidadas legalmente.

No debate sobre a validade do ato administrativo e se é possível graduar o que não é válido, o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello adverte que, muito embora não haja níveis de invalidade de atos administrativos permitindo afirmar inexistirem atos mais inválidos que outros, há reações mais ou menos radicais do Direito ante as várias hipóteses de invalidade:

> a ordem normativa pode repelir com intensidade variável, atos praticados em desobediência às disposições jurídicas, estabelecendo, destarte uma gradação no repúdio a eles (MELLO, 2006, p. 429).

Nestes termos, no que respeita aos títulos expedidos pelo Estado do Pará e às matrículas imobiliárias

[9] Art. 221. Somente são admitidos registro: I - escrituras públicas, inclusive as lavradas em consulados brasileiros; II - escritos particulares autorizados em lei, assinados pelas partes e testemunhas, com as firmas reconhecidas, dispensado o reconhecimento quando se tratar de atos praticados por entidades vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação; III - atos autênticos de países estrangeiros, com força de instrumento público, legalizados e traduzidos na forma da lei, e registrados no cartório do Registro de Títulos e Documentos, assim como sentenças proferidas por tribunais estrangeiros após homologação pelo Supremo Tribunal Federal; IV - cartas de sentença, formais de partilha, certidões e mandados extraídos de autos de processo; V – contratos ou termos administrativos, assinados com a União, Estados e Municípios no âmbito de programas de regularização fundiária, dispensado o reconhecimento de firma.

[10] Art. 51. Serão revistos pelo Congresso Nacional, através de Comissão mista, nos três anos a contar da data da promulgação da Constituição, todas as doações, vendas e concessões de terras públicas com área superior a três mil hectares, realizadas no período de 1º de janeiro de 1962 a 31 de dezembro de 1987.

§ 1.º - No tocante às vendas, a revisão será feita com base exclusivamente no critério de legalidade da operação.

§ 2.º - No caso de concessões e doações, a revisão obedecerá aos critérios de legalidade e de conveniência do interesse público.

§ 3.º - Nas hipóteses previstas nos parágrafos anteriores, comprovada a ilegalidade, ou havendo interesse público, as terras reverterão ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

havidas como irregulares, será imprescindível o necessário enquadramento dos vícios à clássica distinção oferecida pela doutrina administrativista entre os atos nulos, anuláveis e os inexistentes, pois, a partir desse enquadramento, será possível chegar à medida adequada a ser adotada.

Em relação aos atos administrativos viciados, a doutrina administrativista divide-se em três correntes principais: a que defende que o vício sempre levará à nulidade do ato; a que aplica ao Direito Administrativo a doutrina civilista, distinguindo os atos nulos dos anuláveis; aquela que acresce aos atos nulos e anuláveis os atos meramente *irregulares*, negando, no entanto, os critérios e efeitos da teoria civilista.

Neste trabalho adotaremos o entendimento do jurista Celso Antônio Bandeira de Mello que admite a existência de atos nulos e anuláveis no Direito Administrativo, acrescendo a ele a espécie dos atos viciados, cujo vício é de tamanha gravidade que jamais prescrevem e não podem ser objeto de conversão, sendo denominados de *atos inexistentes*, ou seja, fora do possível jurídico.

Para o referido autor, a diferença está na repulsa com que o Direito atinge o ato. Assim, ato *nulo* seria aquele cujo vício não pode ser sanado pela administração através do refazimento do ato, portanto, não convalidável. Ato anulável, de outro lado, seria o ato passível de convalidação, ao ser refeito de forma a sanar o vício anteriormente verificado. Já o inexistente seria aquele de tal modo contrário ao Direito que se albergaria no campo do impossível jurídico. Apresenta o autor a seguinte sistematização:

> São nulos: a) os que a lei assim os declare; b) os atos em que é radicalmente impossível a convalidação, pois, se o mesmo conteúdo (é dizer, o mesmo ato) fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior. [...] Atos anuláveis: a) os que a lei assim os declare, os que podem ser praticados sem vício (MELLO, 2006, p. 446).

Feitas estas considerações, pode-se afirmar que, tanto a análise do Tribunal de Justiça sobre as matrículas tidas como inválidas, quanto a análise do Poder Executivo sobre seus títulos eventualmente irregulares, deve-se dar sob a ótica da convalidação, condicionada ao cumprimento dos comandos normativos constitucionais e infraconstitucionais.

Sob a ótica do referido autor, o refazimento do ato de modo válido e com efeitos pretéritos em nada ofende ao Direito, ao contrário "exatamente para bem atender a interesses públicos é conveniente que a ordem normativa reaja de maneiras díspares ante diversas categorias de atos inválidos".(MELLO, 2006, p. 440).

Nestes termos, não se pode dar o mesmo tratamento às matrículas imobiliárias – representativas de domínio – que tenham sido levadas a efeito, a partir de documentos ou atos que jamais foram praticados pelo Estado, como no caso dos títulos falsos e falsificados por particulares, cujos registros merecem ser cancelados sumariamente, em contraponto aos títulos que, embora expedidos pelo Estado, tenham sido concedidos com algum vício formal, os quais podem ser convalidados.

De igual modo, não se pode comparar os títulos efetivamente expedidos pelo Estado, para transferir domínio, com os chamados títulos representativos de mera posse, que não poderiam ser levados a registro porque não se trata de propriedade. Neste caso específico, não há ato que possa ser refeito pelo Estado para transformá-los em títulos representativos de domínio, por falta de previsão legal.

Por outro lado, os títulos representativos de domínio que tenham sido expedidos pelo Estado, cujo vício tenha sido detectado, necessitam de procedimento invalidador prévio, ao passo que os demais, conforme referido anteriormente, devem ser de plano anulados, uma vez que foram levados a registro fraudulentamente.

Nessa linha de raciocínio, Mônica Toscano Simões (2004, p. 160-161) afirma que

> [...] não deve a Administração proceder, de imediato à invalidação do ato. Com efeito, entre a constatação do vício e a invalidação do ato deve transcorrer o chamado procedimento administrativo invalidador. Quer-se com isto que a invalidação de atos administrativos, mesmo quando pronunciada pela própria Administração Pública, deve observar o devido processo legal, sob pena de ofensa frontal ao sistema constitucional brasileiro.

E por tudo, reafirma-se: situações diferentes devem exigir medidas igualmente distintas do Estado.

Portanto, o entendimento de que são passíveis de cancelamento sumário os registros imobiliários efetuados com base em títulos inexistentes ou em duplicata de título, fundamenta-se no fato de que são nulos de pleno direito, podendo, por via de consequência, ser legitimamente desconstituídos através de decisão administrativa da Corregedoria Geral da Justiça, lastreada no artigo 1.º, da Lei n.º 6.739/79, exigindo-se apenas que tal decisão seja fundamentada em provas irrefutáveis, a teor do § 1.º do citado dispositivo.

As bases teóricas que asseguram o cancelamento administrativo partem da compreensão de que o ato de registro é um ato jurídico administrativo e, portanto, sofre todas as consequências jurídicas (presunção de legalidade e veracidade da declaração, da imperatividade e da possibilidade de ser anulado ou invalidado pela própria administração pública) decorrentes dessa condição. Portanto, atos de registro que resultam na emissão de matrículas nulas de pleno direito podem ser anulados pelo próprio Poder Público no exercício da função administrativa.

A suposta inconstitucionalidade da Lei n.º 6.739/79 chegou a ser arguida pela própria Procuradoria Geral da República, em 1983, com a Representação n.º 1.078-8, sob a alegação de que a citada lei violava os parágrafos 1.º, 3.º, 15, 22 e 36 do artigo 153 da Constituição Federal de 1967, com as alterações que lhe foram impostas pela Emenda Constitucional de 1969. Entretanto, por unanimidade de votos, essa pretensão foi rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal, que não vislumbrou qualquer afronta do texto impugnado aos preceitos da Lei Maior.

Portanto, o entendimento de que são passíveis de cancelamento sumário os registros imobiliários efetuados com base em títulos inexistentes ou em duplicata de título, fundamenta-se no fato de que os mesmos são nulos de pleno direito, podendo, por via de consequência, ser legitimamente desconstituídos através de decisão administrativa da Corregedoria-Geral da Justiça, lastreada no artigo 1.º, da Lei n.º 6.739/79.

Considerações finais

Na Amazônia, em particular no Estado do Pará, as condições e a precariedade dos registros de imóveis provocam grande insegurança jurídica e conflitos pela terra. Para superar a insegurança e a violência é necessário tomar medidas administrativas céleres e eficazes, como é o caso do cancelamento administrativo, colaborando de forma incontestável para o saneamento de todo o sistema registral.

O cancelamento administrativo das matrículas de imóveis rurais fundamentadas em documentos falsos, falsificados ou insubsistentes de áreas rurais será um poderoso instrumento para sanear o sistema registral na Amazônia, quiçá no Brasil. Precisamos urgentemente superar a dúvida da validade dos registros existentes nos cartórios para dar maior segurança jurídica aos direitos de propriedade constituídos legalmente e, consequentemente, aos negócios jurídicos daí advindos. Com uma ação saneadora e rápida, todos saem ganhando: sociedade, estado e os cartórios.

Para que o processo saneador ocorra no menor tempo possível, será necessário criar um procedimento administrativo expedito, objetivando garantir o devido processo legal e o contraditório. Não obstante, nada impede que a parte contrariada com a decisão administrativa recorra ao judiciário para assegurar o direito que compreende violado.

Referências

BENATTI, José Heder. **Direito de propriedade e proteção ambiental no Brasil**: apropriação e uso dos recursos naturais no imóvel rural. 2003. 344 f. Tese. (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido) – Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, Universidade Federal do Pará, Belém, 2003.

_____. **Ordenamento territorial e regularização fundiária no Pará.** Belém: ITERPA, 2008.

_____; SANTOS, Roberto Araújo; GAMA, Antonia Socorro Pena. **A grilagem de terras públicas na Amazônia brasileira.** Brasília: Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia (IPAM); Ministério do Meio Ambiente, 2006. (Série Estudos; v. 8).

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a Ocupação de terras públicas na Região Amazônica. **Ocupação de terras públicas na Região Amazônica**: relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a ocupação de terras públicas na Região Amazônica. Brasília, 2002. 641 p. (Série ação parlamentar ; n. 187).

BRASIL. Ministério da Política Fundiária e do Desenvolvimento Agrário. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA). O Livro branco da grilagem de terras no Brasil. Brasília, 1999. 41 p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa. 4. ed. Curitiba: Positivo, c2009. xxiv, 2120 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 1032 p.

PARÁ. Assembleia Legislativa. Comissão Parlamentar de Inquérito instituída pelo Requerimento 285/99 (*C.R. Almeida*). Relatório final. Belém, 1999.

ROCHA, Ibraim. Cancelamento de registro de imóveis decorrentes de nulidades, independente de ação judicial-possibilidade. Revista da Procuradoria Geral do Estado, Belém, n. 14/15, p. 37-47, jul./dez. 2006.

SIMÕES, Mônica Toscano. O processo administrativo e a invalidação de atos viciados. São Paulo: Malheiros, 2004. 256 p. (Coleção temas de direito administrativo ; 10).

TRECCANI, Girolamo Domenico. Combate à grilagem: instrumento de promoção dos direitos agroambientais da Amazônia. In: COSTA, Paulo Sérgio Weyl (Coord.). Direitos Humanos em concreto. Belém: Juruá, 2008, p. 256-282.

Daniella Maria dos Santos Dias

O direito à moradia digna: dificuldades e paradoxos para a implementação dos direitos fundamentais sociais em tempos de globalização

Resumo

A autora aborda a ausência de eficácia social das normas constitucionais acerca do direito à moradia. Aponta as consequências da exclusão sócio-espacial, por força do modelo capitalista, acompanhadas de problemas tais como os relacionados à criminalidade, à violência, à falta de acesso à saúde e à educação. Destaca a necessidade e a urgência de estratégias de gestão urbana para a reversão dos efeitos deletérios do capitalismo. Reporta-se aos paradoxos e ambiguidades para a aplicabilidade do sistema jurídico, oriundo da Modernidade, e para a garantia dos direitos fundamentais em face da globalização.

Palavras-chave

Direito à moradia. Globalização. Capitalismo. Políticas públicas. Direitos fundamentais. Gestão urbana. Justiça social.

Abstract

The author is concerned with the lack of social efficacy of the constitutional norms involving the right to housing. It points out the consequences of the social-geographical exclusion process due to the pressure exerted by the capitalist model, followed by problems such as those related to criminality, violence, lack of accessibility to health and education. It also remarks the need and urgency of strategies in urban management in order to reverse the destructive effects of the capitalism. It refers to the paradoxes and ambiguities for the applicability of the juridical system. It refers to the paradoxes and ambiguities with the purpose of applying the juridical system, originated in the heart of modernity and of guaranteeing the fundamental rights in view of globalization.

Keywords

Right to housing. Globalization. Capitalism. Public policies. Fundamental rights. Urban management. Social Justice.

O direito à moradia digna: dificuldades e paradoxos para a implementação dos direitos fundamentais sociais em tempos de globalização

The right to dignified housing: difficulties and paradoxes for the implementation of the social in times of globalization

Daniella Maria dos Santos Dias*

* Pós-Doutorado Universidad Carlos III de Madrid. Doutora em Direito Público – Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora da Graduação e Pós-graduação – Universidade Federal do Pará (UFPA). Professora da Pós-graduação – Universidade da Amazônia (UNAMA). Promotora de Justiça.

diasdaniella@gmail.com

> O que se tem visto é a exclusão crescente de parcelas da sociedade. Para não se absterem das demandas colocadas pelos avanços da ciência e da tecnologia, as elites destituem outros grupos sociais das condições mínimas de existência digna. Este modelo é em si incompatível com a sustentabilidade de uma cidade para toda a população. Apenas o aprofundamento da democracia poderá viabilizar a sustentabilidade urbana para o conjunto da sociedade brasileira. O aprofundamento necessariamente deverá incorporar não apenas o direito ao voto, mas também o direito de participação efetiva na definição do modelo de desenvolvimento do país. Tal participação, por sua vez, passa forçosamente pela elaboração e implementação de políticas públicas que, em se pensando uma sociedade sócio-ambientalmente-sustentável, deverão promover a justiça socioambiental que se caracteriza pela universalização dos direitos – à habitação, à educação, à saúde, à segurança, ao trabalho [...] (GRAZIA; QUEIROZ, 2001, p. 17).

O acesso à moradia digna e a ineficácia das políticas públicas

Na atualidade, grande parte da população mundial habita as áreas urbanas.

Os efeitos decorrentes do aumento populacional nos centros urbanos são inúmeros. Vale destacar problema crônico e agudo, intrinsecamente relacionado à questão ambiental, que tem atingido a qualidade de vida de todos: a falta de acesso à moradia digna.

Edésio Fernandes (2010), afirma que "o déficit habitacional é de 6,4 milhões de unidades, enquanto o censo indica que existem 5,5 milhões de imóveis vazios ou subutilizados, para não falar de lotes vazios".

A pesquisa desenvolvida pela Fundação João Pinheiro sobre o déficit habitacional no Brasil, por sua vez, constata que:

> Em números absolutos, o déficit habitacional passa de 6.656 mil domicílios para 7.223 mil, sendo que nas áreas urbanas o acréscimo foi mínimo, de 5.414 mil para 5.470 mil unidades. Nas áreas rurais o déficit habitacional sobe de 1.241 mil para 1.752 mil, basicamente em função da inclusão do déficit rural da Região Norte, que soma 342 mil unidades. Há também acréscimo significativo do déficit habitacional rural na Região Nordeste, que pode ser justificado pela maior representatividade estatística da amostra do Censo Demográfico.
>
> As regiões Nordeste e Sudeste lideram as necessidades habitacionais, representando 71,9% do total do país. A distinção entre elas é que, enquanto no Nordeste grande parte do problema se localiza em áreas rurais, no Sudeste é eminentemente urbano (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2005, p. 37).

Os referidos dados são profundamente interessantes e ao mesmo tempo paradoxais porque revelam que, inobstante o direito à moradia ser consagrado como um direito social (CF, art. 6.º), expresso no texto constitucional, estamos muito longe de conseguir dar plena

eficácia ao acesso à moradia digna, uma das funções primordiais da cidade, e um dos pressupostos para a concretização do direito à cidade sustentável, esculpido no artigo 2.º, inciso II do Estatuto da Cidade[1].

Ao tratar da efetivação dos direitos sociais, Frischeisen (2000, p. 39) assevera que a dogmática constitucional brasileira tem caminhado para dar eficácia jurídica às normas programáticas, "[...] pois, sendo a Constituição o ápice da estrutura jurídica de um Estado, não poderia ela mesma conter dispositivos despidos de vigência, eficácia e aplicabilidade"[2]. Para a autora, a falta de atuação do poder público no sentido de implementar políticas públicas para a concretização de direitos sociais enseja a responsabilização da Administração, justamente porque:

> 1 - as normas constitucionais que estabelecem os direitos sociais são eficazes e vinculam a administração para sua implantação;
>
> 2 - por serem os direitos sociais dotados de eficácia, e para alguns constituindo mesmo direitos fundamentais, que não são passíveis de abolição por emenda constitucional, o seu não reconhecimento possibilita aos interessados/legitimados demandarem judicialmente por sua implementação;
>
> 3 - a ausência de políticas públicas voltadas para a implementação dos direitos sociais constituem atos omissivos da administração e são passíveis de controle pelo judiciário, pois existe o juízo de inconstitucionalidade e ilegalidade na omissão da administração;
>
> 4 - o não cumprimento das políticas públicas da ordem social fixadas na Constituição atenta contra o devido processo legal que deve ser observado pela administração, bem como contra a finalidade de administração, que é atender o interesse público (FRISCHEISEN, 2000, p. 92-93).

Krell (2002, p. 32) considera que a falta de eficácia social dos direitos fundamentais sociais decorre da não prestação dos serviços sociais básicos pelo Estado. Para o autor, a ineficácia social dos direitos fundamentais sociais é consequência da falta de políticas públicas ou de sua ineficaz implementação, bem como da inadequada composição dos gastos orçamentários pelo Estado brasileiro. Logo, a concretização dos direitos sociais depende, sobretudo, de viabilidade orçamentária e do planejamento estatal para prover condições para o exercício dos direitos sociais pelos cidadãos.

Para Krell (2002, p. 23),

> Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. **Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos.**

Apesar de já estarem consolidados os pressupostos teóricos, técnicos, legais e as diretrizes constitucionais acerca dos serviços e direitos indispensáveis à existência de uma moradia digna, muito pouco tem sido feito para tornar esses parâmetros efetivos, vez que a segregação sócio-espacial é reflexo da desigual apropriação dos espaços urbanos, em decorrência da desigual distribuição da riqueza no modelo capitalista.

---

[1] O texto constitucional, em seu artigo 6.º, prescreve que: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, 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". O artigo 23, por sua vez, afirma que: "É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: *IX – promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico*". O artigo 182 considera que: "A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes". O Estatuto da Cidade, por sua vez, ao tratar das diretrizes para o desenvolvimento das políticas urbanas, determina que: "Art. 2.º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações". Para Agenda Habitat (CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS ASENTAMIENTOS HUMANOS: HÁBITAT II, 1996), habitação digna ou adequada é aquela que apresente condições de vida sadia, com segurança, apresentando infra-estrutura básica como suprimento de água e saneamento básico, energia, bem como a existência da prestação eficiente de serviços públicos urbanos como saúde, ecucação, transporte coletivo, coleta de lixo. Ainda, pressupõe a segurança da habitação, entendida esta como habitação em que se faz possível ir e vir em segurança, bem como habitar em locais que não sejam suscetíveis a desastres naturais. Quanto à acessibilidade, é preciso que a infra-estrutura viária permita o acesso decente e seguro à habitação.

[2] Para Krell (2002, p. 20), "**As normas *programáticas*** sobre direitos sociais que hoje encontramos na grande maioria dos textos constitucionais dos países europeus e latino-americanos **definem metas e finalidades, as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização.** Essas 'normas-programa' prescrevem a realização, por parte do Estado, de determinados fins e tarefas. **Elas não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável".** Da mesma forma sustenta Barreto (2003, p. 108-109), ao tratar da parte programática da Constituição. Diz o autor: "Essa é a razão pela qual a parte programática do texto constitucional pode ser considerada como tendo, ao lado de seu caráter principiológico, a função de caixa de ferramentas com a qual deverá contar o intérprete para a plena realização dos objetivos últimos do sistema constitucional. **Com isto, a parte programática da Constituição torna-se necessariamente impositiva, independente, portanto, de arranjos políticos, sociais ou econômicos".**

A ordem capitalista global e a produção do espaço: a desigual apropriação dos espaços urbanos

Se os grupos dominantes influenciam, direta e determinantemente, a distribuição territorial dos investimentos públicos e a prestação dos serviços em razão de controlarem o mercado imobiliário, acabam por induzir a formação da dinâmica social, ao influenciarem determinantemente a construção do espaço (CASTELLS, 2002, v. 1, p. 534). Por consequência, nenhum planejamento estratégico para combater as exclusões sócio-espaciais pode ser concebido, sem considerar que a construção dos espaços das cidades não se trata de questão puramente técnica. Trata-se, sobretudo, do reflexo das práticas sociais, que estão imbricadas com as práticas econômicas e políticas.

No que tange a inexistência de uma adequada política habitacional que consiga concretizar os preceitos constitucionais – a realidade brasileira reflete uma crise mundial, intrinsecamente relacionada com o modelo de desenvolvimento econômico que, apesar de se utilizar das inovações científicas e tecnológicas para propiciar a reestruturação do próprio capitalismo como forma de viabilizar maiores benefícios sociais, tem causado efeitos negativos, com consequências sociais indeléveis.

Milton Santos (2006; 2007; 2008), David Harvey (2005) e Jean Lojkine (1997) analisam com grande profundidade os efeitos do modelo capitalista sobre os espaços físico-territoriais, e consideram que o capitalismo, por meio de suas atividades, transforma o ritmo de vida, a forma de circulação, de interação social e inclusive afeta a qualidade de vida nas áreas urbanas.

Harvey (2005), apoiado na análise marxista do espaço, leciona que o sistema econômico gera segregação sócio-espacial, fracionando o tecido social. Bauman (1999), por sua vez, chama atenção para as consequências sociais de uma economia mundial e seus efeitos sobre os espaços de integração social. Destaca Bauman (1999) o vertiginoso aumento das desigualdades, da miséria e da pobreza extremas, cumuladas com o que o autor denomina de criminalidade estrutural – arguta forma de refletir sobre os problemas sociais que afetam diretamente a qualidade de vida e a possibilidade de efetivação de direitos como saúde, saneamento básico, educação, trabalho, moradia digna, lazer e segurança pública[3].

Destaque deve ser dado a um efeito que, para Therborn (1995, p. 47), apresenta-se como uma consequência mundial do modelo capitalista transnacional: o aumento da miséria e das taxas de desemprego, inclusive em países considerados desenvolvidos. Castells (2002, v. 1, p. 95-96) ressalta que a pobreza é um fenômeno global e que o modelo capitalista possibilita o fenômeno da polarização entre grupos sociais, como consequência do desenvolvimento desigual.

É óbvio que, se o modelo capitalista produz desigualdades, polarizações, segregação sócio-espacial, essas consequências devem ser combatidas pelos entes estatais por meio de processos políticos e de planejamento, pois os efeitos decorrentes da exclusão sócio-espacial, subproduto da exclusão econômica, são acompanhados de outros problemas, a saber: criminalidade, violência, falta de acesso à saúde e ao saneamento básico, falta de acesso à educação, além de maior índice de doenças relacionadas com a mortalidade infantil.

Gestão urbana, planejamento estratégico e o capitalismo global

Sabe-se que o texto constitucional, ao estabelecer a democracia como valor estruturante e primordial do Estado de Direito, expressa, em diversos dispositivos, que a vivência de um Estado verdadeiramente democrático pressupõe um processo para a transformação social, para a melhoria das condições de vida para todos, para o enfrentamento e combate às diferenças e às desigualdades como forma de "desfragmentar" o tecido social.

No entanto, o enfrentamento da aguda crise social que reina nas grandes e pequenas cidades, inclusive nos

[3] Para Bauman (2009, p.33), "A política local – e particularmente a política urbana – encontra-se hoje desesperadamente sobrecarregada, a tal ponto que não consegue mais operar. E nós pretendíamos reduzir as consequências da globalização incontrolável justamente com os meios e com os recursos que a própria globalização tornou penosamente inadequados".

espaços rurais, implica a criação de estratégias de gestão urbana numa visão ampla e multidimensional, que necessariamente expressem os valores fundamentais do pacto político constitucional. Significa dizer que estratégias de gestão urbana devem necessária e urgentemente ser criadas para – por meio do planejamento estratégico tendo em vista o combate à exclusão e a marginalização – reverter ou minorar os efeitos deletérios provocados pelo modelo capitalista. Porém, esse desafio jamais poderá ser abraçado se não for por meio de perspectiva crítica que considere, sobretudo, que novas formas de sociabilidade e de relações sociais estão sendo forjadas no espaço mundial, relações que influenciam diretamente na qualidade de vida dos espaços urbanos, mas que ainda não foram alcançados, atingidos por políticas públicas. Em outras palavras, seria grande irresponsabilidade dos gestores públicos desconsiderar que os processos de planejamento, de urbanização e de reurbanização muitas vezes se tornam reféns de fatores externos (nacionais e internacionais) ao próprio processo de planejamento urbano, pois de forma alguma os entes estatais têm acesso ou poder de intervenção no sentido de direcionar a formação, o desenvolvimento e a localização dos investimentos econômicos.

A nova forma de estruturação do capitalismo – caracteristicamente informacional e global – tem produzido uma nova geografia do desenvolvimento que não ocorre sem a produção de outros tipos de desigualdades sócio-espaciais. Vale dizer que essa nova geografia do desenvolvimento já não é pautada consoante a divisão político-territorial dos Estados-nação. Na verdade, trata-se de um novo modelo político, consolidado a partir dos lugares privilegiados e melhor estruturados para receber as inovações tecnológicas e infraestruturas que o capitalismo requer. O novo mapa do desenvolvimento está intrinsecamente relacionado com a estruturação dos espaços de fluxos[4]. Na verdade, em razão das revoluções científicas e da adoção de novos sistemas sócio-técnicos, vivemos em um outro processo civilizatório em que as categorias tempo e espaço passam a ter novos significados. Além dos espaços físicos, vivemos e convivemos nos espaços virtuais!

A globalização é complexo fenômeno que revela a existência de novas formas de interconexão e interrelação entre Estado e sociedade, sob um novo marco econômico, caracteristicamente mundial (DIAS, 2010, p. 21). A reestruturação no modelo capitalista tem produzido grandes transformações sobre a cultura, sobre as relações sociais e sobre a política. O Direito sofre indeléveis efeitos, pois diante de um sistema econômico global, difícil se torna a aplicação e efetivação do sistema jurídico para uma realidade nacional, com intrínseca relação com as questões globais.

A teoria dos direitos fundamentais: dificuldades e paradoxos para a implementação dos direitos fundamentais sociais em tempos de globalização

Conceitos tão importantes para a teoria jurídica como Estado, nação, cidadania perdem funcionalidade, o que expressa a fragilidade das funções e competências estatais. O Direito e suas instituições já não conseguem solucionar, com eficácia, os conflitos produzidos em decorrência das transformações sociais, políticas, culturais, ideológicas e ambientais, geradas pelo capitalismo tecnológico avançado. Se na Modernidade, as concepções sobre Estado, soberania e Direito serviram como instrumento de legitimação da atuação do poder político e também de pacificação interna, hoje estes conceitos geram maior desagregação e níveis de conflituosidade no âmbito do espaço Nação e fora dele.

As estruturas jurídicas pensadas, na modernidade, para explicar e regular processos sócio-técnicos delimitados no âmbito territorial da nação se tornam limitadas face à existência de espaços e tempos globais, transnacionais, regionais e locais. Vale considerar que a concepção jurídico-política de dignidade humana, forjada na Modernidade, diretamente relacionada à

[4] O espaço de fluxos organiza a simultaneidade das práticas sociais à distância, através dos sistemas de informação e telecomunicações. O espaço de lugares privilegia a interação social e a organização institucional, tendo por base a contiguidade física. O traço distintivo da nova estrutura social, a sociedade em rede, é que a maioria dos processos dominantes, que concentram poder, riqueza e informação, é articulada no espaço de fluxos. A maior parte das experiências e dos significados humanos, contudo, concentra-se ainda no espaço dos lugares. A disjunção entre as duas lógicas espaciais é um mecanismo básico de dominação nas nossas sociedades, pois desloca os principais processos econômicos, simbólicos e políticos da esfera em que o significado social pode ser construído e o controle político encontra meios de ser exercido (CASTELLS, 2002, v. 1, p. 154).

concepção de cidadania, gera mais paradoxos e ambiguidades.

> *El concepto de ciudadanía mantiene una relación de tensión con la exigencia de universalidad de los derechos humanos. Desde los albores de la modernidad, ambas nociones surgen estrechamente interrelacionadas y en tensión permanente: de un lado, la proclamación universal de los derechos humanos; de otro, la limitación en su atribución a los ciudadanos en cuanto sujetos de derecho* (JULIOS-CAMPUZANO, 2003, p. 53).
>
> [...]
>
> *La recepción masiva de inmigrantes en muchas de nuestras sociedades está planteando no pocos interrogantes sobre la adecuación de ese viejo esquema de atribución de derechos a los potenciales participantes en la comunidad política que descansa sobre la identificación plena entre nacionalidad y ciudadanía. La incorporación al proceso político se hace depender, de esta forma, de la previa adquisición de la nacionalidad. De modo que el reconocimiento de derechos de ciudadanía queda condicionado por una legislación rígida, cuya regulación selectiva excluye de la participación política, sin más, a sectores enteros de la población de un país. La ciudadanía se convierte, entonces, en elemento discriminador, una especie de estamento privilegiado que introduce gruesas disfuncionalidades en los procesos de atribución de derechos y en la participación y representación democráticas'* (JULIOS-CAMPUZANO, 2003, p. 59-60).

A grande fragilidade do sistema jurídico e de suas instituições para a realização do bem-estar e da Justiça Social pressupõe análise sobre problemas fundamentais, relacionados com a teoria jurídica, pois o devido funcionamento do sistema jurídico e a concretização de seus valores fundamentais dependem de estudo sobre temas centrais, paradigmáticos, que estão intrinsecamente relacionados aos problemas globais, que produzem efeitos sobre a realidade jurídica. Significa dizer que há uma "cegueira" epistemológica, pois os limites e as deficiências do conhecimento jurídico precisam ser devidamente analisados porque os padrões de realização da justiça estão claramente desconectados da realidade social, econômica, política, cultural.

As deficiências e limitações do estudo da Ciência do Direito devem ser postas à análise. A exemplo, a teoria dos direitos fundamentais, fruto do movimento constitucionalista para a formação do Estado de Direito – teoria que foi forjada na Modernidade para uma sociedade em que o capitalismo ainda era incipiente – não consegue dar respostas satisfatórias para a proteção à dignidade humana, em todas as suas dimensões. A teoria dos direitos fundamentais apresenta grandes paradoxos, pois foi concebida e continua a ser aplicada sem a devida análise crítica sobre as possibilidades de sua implementação nos atuais contextos sociais, políticos e econômicos globais[6].

Continuamos a reproduzir nas salas de aula e nos tribunais o discurso sobre a inadiável obrigação do Estado em prover garantias para a realização dos direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais. No entanto, a teoria dos direitos humanos não apresenta os mecanismos e procedimentos para o cumprimento de tais obrigações. No plano teórico, refletimos sobre as gerações de direitos ou dimensões, porém, temos grande dificuldade de realizar a aplicação da teoria no plano fático[7].

Argumentar sobre a importância e obrigatoriedade de implementação do sistema jurídico, do conjunto de direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional, dentre os quais o concernente à moradia, implica refletir de forma comprometida sobre os desafios para a implementação desses direitos sob a perspectiva espaço-temporal. Em outras palavras, não é possível pensar na aplicabilidade do sistema jurídico e na garantia de direitos fundamentais sem nos reportarmos, de forma crítica, a uma nova ordem paradigmática – a globalização.

Para Julios-Campuzano (2003, p. 111),

> *La eclosión del nuevo orden económico global hace cada vez más evidente la crisis de todo un modelo de comprensión de los derechos humanos como categorías vinculadas espacio-temporalmente. Puede decirse que*

[5] Sobre o tema, Fariñas Dulce (2004, p. 37-38) afirma: *Esta es la consecuencia de que la tradición político liberal moderna haya construido el concepto de ciudadanía desde la tensión dialéctica de lo 'interno/externo', es decir, con la finalidad de unir dentro de una misma organización política a los que se consideran supuestamente y 'ficticiamente' semejantes - en base a una misma raza, religión, lengua, cultura nacional... –, esto es a los 'nacionales', construyendo así una especie de 'mega-identidad' nacional y universal; y, a la vez, con la finalidad de separar a estos de lo que son considerados como diferentes, esto es, a los 'extranjeros'. Ciudadanía se identificó, así, formalmente con nacionalidad, en cuanto el propio concepto de ciudadanía representa un valor de pertenencia y de identidad nacional, fundamentado en la homogénea y monolítica unidad de la soberanía del Estado-nación.*

[6] Nesse sentido, consultar Villey (2007).

[7] Villey (2007, p. 5-8), ao realizar análise crítica sobre a teoria dos direitos humanos, considera que "os direitos humanos são irreais", e que "cada um dos pretensos direitos humanos é a negação de outros direitos humanos, e praticado separadamente é gerador de injustiças". Para Peral (2003, p.102), "[...] El lenguage de los derechos humanos es para empezar un lenguage engañoso a la par que muy atractivo, y con frecuencia acabamos todos haciendo juegos florales con el lenguaje colorido de los derechos humanos."

> *la globalización inaugura una nueva fase en el decurso histórico de los derechos humanos; una fase marcada por la demanda de una comprensión cabal y completa de los derechos humanos como categorías insertas de lleno en la realidad histórica en la que se explicitan. Si hasta ahora los derechos humanos han sido concebidos de forma fragmentaria y parcial, el horizonte de la globalización exige superar esta suerte de planteamientos estancos y incompletos que son la causa de muchos dislates en el desarrollo doctrinal de los derechos humanos.*

É preciso ter coragem para assumir que as estruturas jurídicas – que foram criadas na modernidade e que ainda utilizamos – são limitadas para regular processos sócio-técnicos delimitados no âmbito territorial da nação face à existência de espaços e tempos globais, transnacionais, regionais e locais.

Referências

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional e internacional comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 133-134.

BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Tradução: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2009.

_____. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 33. ed., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Estatuto da Cidade** (Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001). São Paulo: Saraiva, 2001.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. In: _____. **A era da informação**: economia, sociedade e cultura. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002-2003. v. 1.

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS ASENTAMIENTOS HUMANOS: HÁBITAT II, 1996, Estambul. **Declaración de Estambul sobre los Asentamientos Humanos**. Disponível em: *<URL=/un/habitat/agenda/espanol/ist-decs.html> Acesso em:* 11 de maio de 2000.

DIAS, Daniella Maria dos Santos Dias. **Democracia urbana**: é possível coadunar desenvolvimento sustentável e práticas democráticas nos espaços urbanos no Brasil? Curitiba: Juruá: 2010.

FARIÑAS DULCE, Maria José. **Globalización, ciudadanía y derechos humanos**. Madrid: Dykinson, 2004.

FERNANDES, Edésio. Palestra sobre direito urbanístico aos alunos da FMP. Disponível em: <http://www.fmp.com.br/blog/index.php/consultor-da-onu-palestra-sobre-direito-urbanistico-aos-alunos-da-fmp/>. Acesso em: 6 out. 2010.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas**: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Déficit habitacional no Brasil**: municípios selecionados e microrregiões geográficas. Belo Horizonte, 2005. Disponível em: <http://www.fjp.mg.gov.br/index.php/servicos/81-servicos-cei/70-deficit-habitacional-no-brasil>. Acesso em: 12 out. 2010.

GRAZIA, Grazia de; QUEIROZ, Leda Lúcia R. F. A sustentabilidade do modelo urbano brasileiro In: GRAZIA, Grazia de (et al.) **O desafio da sustentabilidade urbana**. Rio de Janeiro: Projeto Brasil Sustentável e Democrático/FASE/IBASE, 2001. (Cadernos temáticos; n. 5).

HARVEY, David. **A produção capitalista do espaço**. São Paulo: Annablume, 2005.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **La globalización ilustrada**: ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo. Madrid: Dykinson, 2003.

KRELL, Andréas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. 120 p.

LOJKINE, Jean. **O Estado capitalista e a questão urbana**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 133.

PERAL, Luis. **Paradojas de la no-globalización**: derechos sin fronteras y otros desafios de la humanidad. Madrid: Ediciones Lengua de Trapo, 2003.

SANTOS, Milton. **Pensando o espaço do homem**. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2007.

_____. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2006.

_____. **Técnica, espaço, tempo**: globalização e meio técnico-científico informacional. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2008.

THERBORN, Göran. A crise e o futuro do capitalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.) **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o Estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p.39-53.

_____. Pós-neoliberalismo. A história não terminou. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Orgs.) **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o Estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p.181-184.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 181 p.

Paraguassú Éleres

Função social da propriedade

Resumo

O autor analisa a propriedade, dissecando a significação polissêmica de sua função social. Aborda ao longo da história da humanidade os conflitos provocados pela propriedade, e enfoca o tratamento dado a esse instituto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, nas encíclicas papais e em constituições estrangeiras e na do Brasil. Também traz à baila questões relacionadas à referida função, tais como a ambiental, recursos naturais, recursos minerais, proteção do solo, ordenamento urbano e trabalho escravo, e alude à concretização de políticas públicas para o cumprimento da função social da propriedade, levando em conta os campos legislativos relacionados à reforma agrária, política habitacional, desapropriação, proteção ao meio ambiente e direitos do trabalhador.

Palavras-chave

Propriedade. Função social. Solo. Recursos naturais. Reforma agrária. Desapropriação.

Abstract

The author analyzes the property issue, dissecting the polissemic nature of its social function. It embraces, along the human historical flow, the conflicts provoked by property issues, and focus on the treatment dispensed to this institute in the Human Rights Universal Declaration, in the Pope's encyclicals and in Brazilian's and foreign countries' constitutions. It also brings about other issues related to the referred social role, such as the environment, natural resources, mineral resources, soil protection, urban ordening and slave work, and it also alludes to the concretization of public policies for the fulfillment of the social role of property, taking into account the legislative fields related to the agrarian reform, housing policy, disappropriation, environment protection and labor's rights.

Keywords

Property. Social role. Soil. Natural resources. Agrarian reform.Disappropriation.

Função social da propriedade

The social role of property

Paraguassú Éleres*

* Agrimensor, Advogado, Defensor Público, MSc. em Direito Agrário e Professor de Direito Fundiário.
paragua@paragua.com.br.

> No meio da pobreza inquietante, em suas casas, havia uma dignidade austera, manifesta na limpeza do chão de terra batida da casa e de seu terreiro, nas panelas de alumínio e nas canecas que brilhavam, na prateleira amarrada à parede, na pequena toalha de algodão bordada, no fogão a lenha, no pote de barro, contendo água fresca para múltiplas serventias; uma dignidade nas mãos que padeciam o trabalho duro da roça, dignidade no olhar e na dor...
> Padre Ricardo Rezende[1]

Em qualquer que seja o período da História do Homem, sobretudo considerando os regimes políticos vigentes, a propriedade sempre foi e será tema dos mais importantes na condução da vida dos povos, com registros de conflitos (diplomáticos e armados) entre proprietários e não-proprietários, patrões e empregados, acentuando-se nos últimos três quartos de século a luta pelo direito ao desfrute da riqueza produzida pelo trabalho coletivo. Marcante tem sido a presença de sindicatos, grupos sociais, partidos políticos e organizações não-governamentais reivindicando melhores salários e condições de trabalho, bem como redução da margem de lucro dos patrões – cuja compensação se dá com novas tecnologias que despejam mais desempregados nas ruas. Doutras, as demandas objetivam melhoria de bens e serviços e meio ambiente sadio, do que têm resultado novas legislações de proteção ao consumidor e usuário e de proteção ao meio ambiente, mormente as fontes de riquezas tradicionalmente usadas como geratrizes de um progresso compulsivo a qualquer custo. A conquista desses direitos era, há meio século, inconcebível. É o caso da participação dos empregados nos lucros das empresas, que depois de décadas de lutas só se materializou e consagrou em direito com o artigo 7.º, XI, da Carta de 1988, depois de vagar como renovadas Medidas Provisórias, sendo a última a de n.º 1.982-77, finalmente regulamentada pela Lei n.º 10.101, de 19 de dezembro de 2000, que dispôs sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, matéria que já constava das constituições de 1946, 1967 e 1969, valendo ressalvar que, da Lei de criação da Petrobrás, n.º 2004/1953, esse direito já estava estabelecido. Participar dos lucros da empresa é, sem dúvida, uma forma de dar à propriedade uma *função social*. Milenarmente, muitas lutas tiveram e têm por objeto o espaço fundiário – rural ou urbano, e aí estão as políticas de redesenho da distribuição do espaço das cidades e a reforma agrária, inclusive em países capitalistas, de que é exemplo válido lembrar, dentre as principais medidas tomadas pelo general Douglas Mac Arthur sobre o

[1] Ex-pároco de Conceição do Araguaia, Pará (FIGUEIRA, 2004, p. 29).

Japão vencido (1945), a reforma do sistema agrário daquele país altamente organizado e fortemente industrializado, mas com características feudais na propriedade da terra, ainda em meados do século XX.

A primeira manifestação de grande repercussão no mundo político e intelectual sobre matéria partiu da Igreja Católica, por via do papa Leão XIII, na Encíclica *Rerum Novarum* (maio, 1891) que consagrou a expressão *a propriedade obriga* – repetida no § 3.º do artigo 153 da Constituição alemã de Weimar de 1919: "A propriedade obriga. Seu uso constitui ao mesmo tempo um serviço para o bem geral" –, um ano após silenciados os canhões da I Guerra Mundial e iniciada a primeira grande revolução de estrutura social no planeta com a adoção do regime político comunista, de inspiração marxista, institucionalizado pela revolução russa, de 1917, que duraria setenta anos. A coerente posição da conservadora Igreja teve por base os movimentos sociais nascidos na Europa a partir de 1864, quando surgiu a Associação Internacional dos Trabalhadores, que ficaria conhecida como a Primeira Internacional, pregando a união de todos os trabalhadores no mundo, cujo corolário é a Comuna de Paris (1871), primeira revolução do proletariado, organizado sob inspiração marxista para lutar por seus direitos, tendo em vista a relação capital/trabalho (ROTBANDE, 2005), para dar à propriedade a sua justa função social. Mas é a Constituição mexicana (1917) que primeiro condiciona a propriedade à positivação de *função social*, no artigo 27, § 3.º, ao prescrever que "A Nação terá em todo o tempo o direito de impor à propriedade privada as modalidades que dite o interesse público...". A Igreja continuou a se manifestar no século seguinte nas encíclicas que outorgou ao mundo ocidental: *Quadragesimo Anno* (1931, Pio XI); *Mater et Magistra* (1961) e *Pacem in Terris* [...] de João XXIII; *Octogésima Adveniens* (1971, Paulo VI), e *Laborem Exercens* (1981) e *Centesimus Annus* (1991) de João Paulo II. Vale lembrar, entretanto, que desde a Idade Média a Igreja já tinha fundamento filosófico sobre o tema, de que é maior exemplo um de seus Doutores, Santo Thomaz de Aquino (1225-1274) que ensina na *Summa Teológica Contra Gentiles* sobre o uso dos bens comuns. Como bem lembra Miranda (2005) a lição tomista é de que cada coisa "alcança sua colocação ótima quando é ordenada para o seu próprio fim". Ou seja, a luta sempre foi para que cada vez mais a riqueza dos povos, a propriedade dos bens produzidos e o resultado econômico fiquem a serviço da coletividade, de modo que, como bem comum, todos dela participem, e a esse novo paradigma cognominou-se *função social da propriedade*.

Sob enfoque moderno, o direito de propriedade é tratado no artigo 17, incisos I e II da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que estabelece que: "todo o homem tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros e que ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade". Essa é a base da economia capitalista, que compreende o direito de possuir, usufruir e dispor, podendo o objeto ser um imóvel inserto na classificação de *direito real* (um pedaço de chão, um prédio), também chamado *bem de raiz*, o qual será veículo de cultivo e produção de alimentos, de exploração minerária, base para moradia ou construção de prédios. Igualmente pode ser um maquinário (objeto de móveis e utensílios, ditos "fixos") que produza bens geradores de uso e conforto para a sociedade, ou bens pessoais, como joias, livros, peças musicais, quadros, esculturas, carros, barcos; ou a patente (direito intelectual) de engenharia genética, cujo resultado pode eliminar doenças antes incuráveis ou o aumento da produção agroindustrial. Também integra o grupo dos bens de valores mobiliários caracterizados por ações ou cotas de capital de empresa, bônus, debêntures, apólices, títulos fiduciários – públicos ou privados. Tais exemplos tipificam uma generalidade de situações nas quais, no contexto da propriedade, em si, o mais importante, para as leis do chamado Estado-Social, é a prevalência do *uso social do bem* sobre a garantia patrimonial, ainda que, como se manifestou João Paulo II (1920-2005) deva ser reconhecida a *justa função do lucro, indicador do bom trabalho da empresa*. Sob o mesmo prisma, Scaff (2005, p. 486) ensina que

> [...] se entendeu que a propriedade não pode ser tão ampla possível, tão ampla como existia. E surge a ideia da função social da propriedade, estabelecendo, para a propriedade, uma limitação, uma imposição de que ela não possa ser usada como antes, mas que sobre ela recai um ônus, uma função, ou seja, a ela é atribuída a obrigação de ser utilizada em benefício de terceiros.

Necessário se faz, todavia, enquadrar o tipo, a espécie de propriedade que pode gerar uma *função social*, pois como justificar que a propriedade de escravos (legal e dentro da ética aceita até o século XIX no Brasil, último país a aboli-la na América do Sul), ou que a plantação e produção de alucinógenos, ou uma banca de *jogo do bicho* possam produzir *função social*? Certamente que os objetos desses exemplos constituem *propriedades*, uma vez que pertencem a alguém, mas, em hipótese alguma, sendo atividades aéticas e ilícitas, delas poder-se-ia esperar *função social*.

A partir do final do século XIX, na ótica social, *a propriedade obriga* e no Brasil isso difere fundamentalmente das regras constitucionais anteriores. Assim, da mesma forma que o inciso XXII do artigo 5.º da Carta Magna de 1988 estatui que *é garantido o direito de propriedade*, no item seguinte, XXIII, o comando normativo é o de que a *propriedade atenderá à sua função social*. Isto é, *a propriedade obriga*. Igualmente, o artigo 170 desta Carta insere como princípios da atividade econômica tanto a *propriedade privada* como, por via reflexa, a *função social da propriedade*, e a matéria é de tal modo importante na dinâmica da vida dos povos e tem sensibilizado os cultores do Direito que, no Brasil, antes mesmo que a Assembleia Nacional Constituinte discutisse a nova Carta Magna de que o país estava a precisar, antevendo no horizonte o fim do período da ditadura militar iniciada com o golpe de 1964, o jurista Hely Lopes Meirelles (1978, p. 542) se antecipou, ao lecionar que a nossa Constituição

> [...] não nega o direito de propriedade, mesmo porque é um direito individual por excelência, do qual resulta a prosperidade dos povos livres. Mas, a propriedade, de há muito deixou de ser exclusivamente o direito subjetivo do proprietário, para se transformar na função social do detentor da riqueza, na expressão feliz de Duguit. É um direito individual, mas um direito individual condicionado ao bem-estar da comunidade.

Outros doutrinadores palmilham pela senda do mesmo princípio jurídico, sobretudo ético social, de que o direito de propriedade está gravado de uma hipoteca, uma finalidade social, como bem diz Linhares de Lacerda (1960, v. 1, p. 354), ex-Procurador Geral de Justiça do Paraná, ao referir-se ao artigo 147 da Carta de 1946:

> As restrições impostas a esse direito no regime constitucional brasileiro, ora atingem brasileiros e estrangeiros, ora somente a estes, mas neste último caso, tendo em vista sempre os mais justos interesses de ordem econômica, social e de segurança nacional.

Igual é a lição de Laranjeira (2000, p. 158) que, mencionando Duguit, diz que, partindo

> de uma posição positivista e socializadora nega à propriedade o caráter de um direito do indivíduo. Afirmando ter ele uma função social. O indivíduo tem o dever de aproveitar corretamente a propriedade e, uma vez desatendida essa obrigação, a prerrogativa assegurada ao senhorio pode desaparecer. Esclarece, finalmente, Duguit, nas sociedades modernas a propriedade é para todo possuidor de uma riqueza o dever, a obrigação objetiva, de empregar a riqueza que possui em manter e aumentar a interdependência social. Resume: a propriedade não deixa de ser um direito, mas passa a ter uma função social.

Scaff (2005, p. 487), já mencionado, ensina que

> a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato [...]
> a validade dos negócios e demais atos jurídicos constituídos antes da entrada em vigor desse Código obedece ao disposto nas leis anteriores, e nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceito de ordem pública, tais como os estabelecidos neste Código". Portanto, o Código prevalece sobre as convenções anteriores, e nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceito de ordem pública.

Sobre o compromisso da função social da propriedade não obrigando apenas o proprietário como ente individual, mas o próprio poder público, o Estado, assim ensina Sodero (1982, v. 2) um dos juristas que elaborou o Estatuto da Terra (Lei n.º 4.504, de 1964):

> o Estado também tem a sua parcela de responsabilidade e vamos ver dentro em pouco, que o próprio Estatuto da terra estabeleceu como dever do mesmo Estado, propiciar meios para que o proprietário possa fazer com que a terra cumpra sua função social [...][2].

[2] Exemplo de gerência dos recursos (propriedade) públicos com falhas na destinação social é a Rússia, Estado rico e poderoso, desde a época dos Czares e que, após a queda do regime comunista e retorno à iniciativa privada (capitalismo) voltou a apresentar um quadro social degradante, onde as elites se apropriaram da riqueza nacional a tal ponto que o país possui o maior número de bilionários do mundo, enquanto cerca de 30% da população vive na linha abaixo da miséria.

Sempre com destaque para a propriedade rural, vale dizer que a lei portuguesa das Sesmarias promulgada em 1375 por D. Fernando, *O Bello*, segundo Oswaldo Opitz e Silvia Opitz (1983, v.1, p. 21) citando Ruy Cirne Lima, já trazia inserta a obrigação de cumprimento da *função social da propriedade* com a praxe de se tirarem as terras cultiváveis aos donos que as abandonassem ou as desleixassem, sendo entregues àqueles que as lavrassem e cultivassem, posto que a finalidade da Lei das Sesmarias era aumentar a produção para que houvesse "pão de sobejo para toda a gente, e não seria necessário trazê-lo de fora".

Os princípios doutrinários que em todo o mundo orientaram leis proclamando a *função social da propriedade* permearam um longo caminho, desde a extinção do feudalismo com a Revolução Francesa (1789), antes passando pelas modificações vindas com a Revolução Industrial, quando a questão social começa a se agudizar, valendo destacar a reação da sociedade e por pressão e repercussão, dos governos, aos monopólios e cartéis instalados em vários países. É referência histórica o da empresa Phoebus (MIROW, 1978), firmado na Europa, em 1924, que fixou o tempo de vida útil e os preços das lâmpadas elétricas em todo o mundo, como garantia de venda com alta margem de lucro para um produto de grande e quase obrigatória demanda nas cidades. Vale lembrar os cartéis das megaempresas de extração e distribuição de petróleo (*As sete irmãs*), de triste memória, envolvendo assassinatos, corrupção e golpes de Estado na história de muitos países (SAMPSON,1975), bem como as do alumínio, que por força da lei *antitrust* norte-americana levou à separação a Alcoa (que permaneceu nos Estados Unidos) e a Alcan (compelida a emigrar para o vizinho Canadá, mas nas atividades de mineração no Brasil, por exemplo, continuam associadas)[3]. No Brasil, além do cartel do cimento, o do alumínio (com expressiva atuação no Pará) agrupa empresas nacionais e transacionais – Votorantim, CVRD (hoje *Vale*), Alcan, Alcoa, Mineração Rio do Norte, Albrás e Alunorte (PINTO, 1997).

Nos dias atuais um dos monopólios denunciados é o da informática, com destaque da Microsoft, multada pela Comunidade Europeia por se recusar a *abrir* para que montadores de outros *softwares* se adaptem ao carro-chefe de seus programas, que é o *Windows* (que paradoxalmente significa "janelas"). Essas leis antitruste foram inicialmente proclamadas em países altamente capitalizados e postas em prática, justo, pelo seu significado social. Nos Estados Unidos da América essas leis são o *Sherman Antitrust Act* (1890), o *Clayton Antitrust Act* (1914) e o *Federal Trade Commission Act* (1936) e, a partir de 1950, o Departamento de Comércio do governo americano as vem aplicando contra empresas americanas, mesmo fora da jurisdição de seu território (MAGALHÃES, 2007).

No Brasil, país de cartéis e monopólios, a Lei n.º 8.884/1994 criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que trata da

> prevenção e da repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico

que em tese protege o consumidor da ganância e do lucro desmedido dos que detêm os meios de produção. Sob quaisquer circunstâncias, cumpre observar que o capital (produtivo ou especulativo) não tem bandeiras e nem fronteiras e a questão da *função social da propriedade* deve ser olhada sob ângulo planetário – mormente nestes tempos de *globalização* (MOLINA;TRINCA, 1993, p. 236).

> [...] definida latu sensu como integração ativa do comércio mundial (global trade) e a produção mundial (global products), tem sido considerada como o processo que define a década de 90, mas, no entender de alguns investigadores, [...] o termo revela-se equivocado, especialmente pela forma como participaram até aqui, [...] duas importantes regiões: África e América Latina, que começam a ser advertidas pelo países industrializados por duas razões: a magnitude da população (e, por conseguinte, dos mercados potenciais) e o volume de recursos naturais com que contam (Belli, 1992). É provável que isso se deva ao papel desempenhado pelos nossos países nos últimos anos como exportadores de capitais derivados ou do pagamento dos serviços da dívida, ou

[3] Na prática, as mineradoras Alcan e Alcoa se associam em outros países, como o fazem no Brasil.

> fuga de capitais. Analogamente, muda o significado da globalização com as profundas transformações ocorridas na Europa Oriental, especialmente por sua articulação com o capitalismo mundial (grifo nosso).

Isto significa que os interesses nacionais ficam à mercê do Capital que leva em conta nosso potencial de recursos naturais bem como o crescente mercado interno, a eventual inversão da condição de pagadores de dívidas e seus infames *serviços* ditados pela banca internacional, até mesmo pelas transformações que estão ocorrendo em países da Europa Oriental, recém libertos do tacão comunista e que passaram a atuar no mercado da livre concorrência. Alguns, geograficamente próximos dos centros financeiros do mundo, hoje integram a Comunidade Europeia, mas essa nova geografia planetária de conhecimento e exploração de recursos naturais, de mão-de-obra barata e aplicação de capitais, na visão de Santos (1993, p. 119) tem uma nova cartografia de atuação do capital:

> Dependendo da escala, da projeção e da simbologia, os mapas atuais serão alterados, não propriamante por acordos ou abdicações, mas por posse, tomada ou apropriação de territórios para a implantação de projetos de grande envergadura, com vistas a extração de recursos, a produção de alimentos ou a conformação de enclaves econômicos por entes transnacionais e multinacionais [...]

Santos (1993, p. 120) completa que a Cartografia do futuro:

> [...] deverá ser tanto mais inter e multidisciplinar quanto se queira entender as esferas e instâncias jurídicas novas, a partir do surgimento de novos códigos internacionais, tal como preconizado por Boaventura de Sousa Santos (1991:63). Estes irão emergir de entidades supranacionais para dirimir questões que a nova ordem internacional irá impor em escala diversificada mas inexorável.

Outra espécie de legislação de cunho eminentemente social e de âmbito internacional, que tem repercussão na *função social da* propriedade, diz respeito às de proteção ao meio-ambiente, com efeitos sobre os recursos naturais do planeta e a Natureza como um todo e, mais uma vez, os países industrializados têm sido pioneiros, com reflexos legislativos noutras partes do mundo – Inglaterra, *Clean Air Act* (1956); Estados Unidos, *Clean Act* (1963) – sobretudo com a tomada de consciência, após a II Guerra Mundial, do potencial destrutivo do homem e, objetivamente, nas atividades de uso do solo, em especial a lavoura, como o fez a bióloga norte americana Rachel Carson sobre a degradação do meio ambiente rural norte-americano, maculado por maciças aplicações do DDT (*diclorodifeniltricloretano*), responsável pelo afetamento da flora e fauna, que atingiu de forma degradante grandes volumes dos recursos hídricos dos EUA (CARSON, 1962).

A fiscalização do cumprimento das leis ambientais, em todo o mundo, tem tido a colaboração das populações e de grupos sociais organizados, genericamente denominados organizações não-governamentais (ONGs) destacando-se entre as mais atuantes em nosso país – em particular na Amazônia – a World Wide Fund For Nature (WWF), Mamirauá, Greenpeace, Mata Atlântica, Fundação Pró-natureza (Funatura), Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia (Imazon), Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia (Ipam), Sociedade de Preservação aos Recursos Naturais e Culturais da Amazônia (Sopren) e tantas outras. É válido destacar que parte dessa ativa consciência ecológica do planeta é resultado da divulgação pela mídia dos fatos desastrosos e/ou edificantes quase no mesmo momento em que ocorrem (tempo real), a exemplo de Bhopal (Índia, dezembro de 1984) quando explodiram tubos da fábrica do pesticida *Sevin*, da Union Carbide, liberando gás de *mitilisocianeto* sobre a cidade, matando cerca de 20 mil pessoas; Chernobil (Rússia, 1985) quando a usina de energia atômica explodiu, matando milhares de pessoas e envenenando a região, e o desastre com o petroleiro Exxon Waldez (1989), que derramou 41 milhões de litros de petróleo na costa do Alaska (EUA) afetando 500 milhas de litoral e o mais recente, no golfo do México com vazamento de uma plataforma de exploração da British Petroleum, considerado o maior desastre ecológico por derramamento de petróleo, no mundo.

No Brasil, destaquem-se programas de televisão nacionais e regionais, como *Globo Rural*, *Globo Ecologia*, *É do Pará*, e outros, que informam sobre a Natureza e os perigos que corre o planeta, bem como da apropriação desmesurada de recursos naturais que, a partir

da metade do séc. XVIII (revolução industrial), resultou em milhões de toneladas de dióxido de carbono jogados no ar, aumentando a temperatura atmosférica. Todos esses fatos concorrem para que as populações formem juízo sobre a *função social* que a propriedade deve ter e cujo cumprimento não está adstrito a juristas, promotores ou juízes, mas a todos os cidadãos que vivem nesta Nave Mãe, na feliz e inteligente imagem da Carl Sagan.

Machado (2003, p. 53) ensina que a apropriação dos recursos naturais pode ser gratuita ou ter um custo, dependendo da raridade do bem natural consumido e as consequências poluidoras do uso e a necessidade de prevenir desastres, e que a valorização econômica dos recursos naturais não deve excluir de seu uso as populações de baixa renda. Lembra mais o mestre, que a Lei n.º 6.938/1981 estabelece que a Política Nacional do Meio Ambiente faz "imposição, ao usuário, da contribuição pela utilizacão de recursos ambientais com fins econônicos", bem como "'imposição ao poluidor e ao predador' da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados", e conclui lembrando o § 1.º do artigo 1.228, o qual estabelece:

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

Dentre os cuidados na proteção da natureza exigido em todas as leis ambientais, sem dúvida está o do solo usado na agricultura, dado o uso intensivo como é feito em culturas que o desgastam, como os pastos usados na pecuária, por exemplo, que com o tempo perdem a produtividade por causa da compactação e erosão, o que leva à necesidade de uso alternativo (rotação de culturas) e adubação pesada para recompor a química original. Segundo Philip Fearnside (1989, p.205), do Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (INPA),

> No Peru, os pesquisadores descobriram que "com o tempo, esses pastos mistos perdem a produtividade por causa da compactação do solo pelas patas dos animais, doenças nas leguminosas e provavelmente deficiência de nutrientes não fornecidos pelo superfosfato simples. O manejo alternativo [...] considera a reversão de volta para culturas, adubação pesada e o início do ciclo todo novamente (Sánchez, 1977 citando os resultados do Peru, IVITA, 1976). O crescimento do pasto é reduzido à medida em que o solo compactado restringe as raízes das plantas e a erosão do solo aumenta com o escoamento da água em vez de sua penetração no solo.

A proteção do solo, pois, está entre as formas de cumprir a *função social da propriedade*, pois não se trata de a terra pertencer a alguém em especial, mas que dentre as suas funções está a de servir a sociedade – como floresta, pasto ou lavoura, ou outros usos de que as populações possam obter benefícios. Cumpre observar no vasto arsenal legislativo da proteção ambiental do Brasil que a aprovação de grandes projetos depende da obrigatoriedade de publicidade e *audiências públicas* (§ 2.º do artigo 11 da Resolução 01/1986 do Conselho Nacional de Meio Ambiente - CONAMA, disciplinada pela Resolução 09/1987), sendo corolário o artigo 225 da CF/1988) e, via geral, tais projetos repercutem nas regiões onde o Estado é ausente com suas obrigações elementares – educação, saúde, saneamento, infra-estrutura. Também é aí que eles surgem como incentivo econômico e *solução social*, sem que essas populações – no geral gente sofrida (que não sabe por que sofre) porque não é politizada – se apercebam das maquinações das megaempresas para se apropriarem de recursos públicos na forma de espaço fundiário (terras públicas), recursos naturais, mão-de-obra barata e incentivos fiscais cumulados com isenção de impostos, como o de Circulação e Mercadoria e Serviços (ICMS). Por outro prisma, no que tange à *função social da propriedade*, os grandes projetos não têm controle nos seus efeitos internos, posto que, via geral, os interesses que os movem são externos, fora das regiões onde são implantados, como bem observa Pinto (1989, p. 72).

> No comércio internacional, o principal item quanto à tonelagem para os japoneses é o minério de ferro, que representa uma demanda de 150 milhões de toneladas. Como as siderúrgicas japonesas possuem instalações para receber grandes graneleiros, a utilização do porto asiático 'só seria atrativa no caso de utilização de graneleiros mistos de grãos e minérios, que iriam baixar os custos

de transporte'. O porto também ofereceria vantagem se pudessem formar estoques reguladores de minério de ferro, 'que compensariam os atrasos de entrega de contratos de longo prazo [...].

Esses fatos fazem com que, por exemplo, o Estado do Pará – um dos maiores exportadores do país, por causa de sua riqueza mineral, tenha um 16.º lugar no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e o 23.º no PIB nacional – fatores que revelam um *gap* entre a produção da riqueza e a satisfação social e material das populações, deixando, pois, muito a desejar no que diz respeito à *função social da propriedade* em regiões onde, na maioria das vezes, a maior fonte de recursos financeiros da população vêm das aposentadorias dos idosos e da intervenção do chamado Estado de Bem-Estar Social que, para compensar, adita vários critérios redistributivistas com o fim de atenuar os degradantes níveis de pobreza e marginalidade, objetivando assim a distribuição justa da riqueza produzida no país – política esta não aceita pelos neoliberais como forma de abrandamento das desigualdades sociais.

No Brasil, além de recentes, as lutas pela racionalização de uso e humanização da propriedade tiveram, e ainda têm, a oposição das elites privilegiadas que se apropriaram das terras e dos meios de produção da riqueza nacional. Muito pouco diferem – no lúcido dizer de Raimundo Faoro – os *donos do poder* de agora dos de outrora, interessados apenas em que a riqueza do país permaneça disposta a essa casta privilegiada, que para isso faz como ordenava o rei de Portugal no antanho da Colônia, promulgando Ordens Reais, Cartas-Régias e Decretos que impediam que a riqueza produzida no Brasil ficasse entre nós, objetivando com isso mantê-lo atrasado, apenas fadado a render. São exemplos tacanhos dessa política colonialista a proibição da construção de estradas no Maranhão e nas Minas Gerais e a vedação do tráfego fluvial nos rios Doce e Caeté. Afinal dizia *El Rei*: "quanto mais caminhos houver, mais descaminhos haverá". Também era proibido o fabrico de aguardente, vinho e mel, além de artefatos de uso doméstico (sapatos, cintos, chapéus) que tinham de ser importados e o corolário dessa ganância foi a Lei de 1.º de outubro de 1777, proibindo que os portugueses possuidores de determinado patrimônio permanecessem no Brasil Colônia (FREIRE, 1959, p. 28 et seq.).

Vista em um prisma atual, essa elite – que usa trabalho escravo, inclusive o de crianças[4] – é a mesma que Chico Buarque de Holanda bem poderia ter chamado de *ala dos barões vencidos*, acostumada a um passado impune e que ainda insiste em se apropriar livre e abusivamente dos recursos naturais do solo e do subsolo, da flora e da fauna, seguindo o exemplo do colonizador luso, que entre as *drogas do sertão* incluía toneladas de gordura de tartarugas (*chelonia expansa*) para o fabrico da cera que iluminava os lares da metrópole, quase levando a espécie à extinção, além do festejado *Pau Brasil* (*caesalpina brasiliensis*) incluído no monopólio do Rei, tal como outras espécies de madeiras nobres ainda hoje chamadas de *madeira real*. Ainda recentemente, deputados constituintes de 1987, representantes extremos dessa mesma elite União Democrática Ruralista (UDR) e outros blocos conservadores fecharam questão para impedir que a *função social da propriedade* tivesse normas específicas elencadas e auto-aplicáveis na Carta de 1988, cujo princípio já estava inserto no ordenamento constitucional anterior do Brasil.

Constituição de 1946:

Art. 147 – O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

A Emenda Constitucional n.º 10, de 9 de novembro de 1964, acrescentou ao artigo 147 seis parágrafos que estabelecem condições para a desapropriação.

Constituição de 1967:

Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I - [...]

III - função social da propriedade.

Constituição de 1969:

Art. 160. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I - [...]

III - função social da propriedade.

[4] Segundo a OIT, no mundo todo, cerca de 220 milhões de crianças trabalham em jornadas de até 17 horas.

Vê-se, pois, que o princípio da *função social da propriedade* já constava da legislação pátria desde a Carta de 1946, mas a ausência de força normativa dos princípios considerados à época, positivista, como fonte normativa subsidiária (BONAVIDES, 2003), subtraiu o caráter inato às normas, capaz de ser considerada exigível e imperativa, razão pela qual só 42 anos depois, com a Constituição de 1988, influenciada pela dialética pós-positivista e capitaneado pelas doutrinas de Dworkin (2002) e Alexy (2002), ficou estabelecida a classificação da norma em *normas regras* e *normas princípios* (BARROSO, 2006), diferentes qualitativamente e sem hierarquia entre si, mas dotadas de força normativa (RIBEIRO, 1999). Ou seja, exigibilidade e imperatividade, ratificadas pelo §1.º do artigo 5.º da Carta de 1988, que outorgou aplicação imediata às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, sejam elas *princípios* ou *regras*. Vale dizer que o simples constar da Constituição não significa que as normas sejam cumpridas, pois, como ensina Paulo de Tarso Ramos Ribeiro (1999), da Universidade Federal do Pará (UFPA),

> Os conflitos gestados, nesse contexto, assumiam, fundamentalmente, uma dimensão potestativa, no sentido mais amplo que se lhe possa atribuir, seja ao nível das relações intersubjetivas entre os cidadãos, seja no plano de suas relações com o poder estatal que a sua origem privatista de concepção permite inferir. Não foi assim, histórica e fundamentalmente, por força da contribuição do pensamento político de esquerda ou socializante que a ideia de elaboração constitucional, como instrumento de mudança social, se desenvolveu. Sim, porque o fim constitucional é, de certa forma, incompatível com a sociedade unânime sem objeções ou conflitos de poder, na medida em que se propõe exatamente a tarefa de regula-los normativamente; se estes não existem, o máximo que se pode admitir é a constituinte como um meio.

Ressalve-se que independente do comando da Carta de 1946, a Lei n.º 4.504, de 1964, dito Estatuto da Terra, primeira legislação de grande alcance agrário na América Latina, já trouxe consagrado no § 1.º do artigo 2.º a primeira referência expressa sobre a questão, ao enunciar (semelhante ao artigo 186 da CF/88) que

> A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:
>
> a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
>
> b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
>
> c) assegura a conservação dos recursos naturais;
>
> d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam.

Para efeito do estudo da questão agrária, alguns doutrinadores entendem que *função social da terra* não se confunde com *função social da propriedade*. No magistério de Paulo Torminn Borges (1977, p.129) está dito que "não é apenas a propriedade rural que tem função social a cumprir", todavia se a matéria sob análise é no campo do Direito Agrário, a *função social da terra* é a que é abordada, devendo ser tratada como *bem de produção* e não como de acumulação de capital. Sobre isso, preambularmente, a Constituição Federal de 1988, no artigo 5.º, XXII, estatui o princípio que "a propriedade atenderá a sua função social", no que é complementado pelo artigo 170, III, cujo comando normativo é o de que "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" e adiante, no Capítulo III, a Carta Magna, com acentuação na *função social da propriedade*, trata da *Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária*.

Aquele que detém a posse e/ou a posse e/ou o domínio da terra está condicionado pelo princípio da *função social da propriedade* a fazê-la produtiva não só em prol de si, mas da sociedade e essa doutrina foi incorporada à Constituição brasileira e ao Direito Agrário, tendo em vista a distribuição dos benefícios sociais gerados pela riqueza nacional, e as regras legais impõem também ao Estado as mesmas obrigações (SODERO, 1982).

Não se trata, todavia, de um instituto novo, já tendo sido tratado por juristas mais antigos como Frederic Savigni e Rudolf Von Ihering (apud LARANJEIRA, 1975), mas o pensador que primeiro tratou da matéria e certamente mais influiu nas concepções legislativas de diversos países foi o jurista francês Leon Duguit, antes mencionado, para quem a propriedade tem caráter de direito individual e tanto é patrimônio como dever, comprometidos com sua *função social*.

Mais nova de todas, a legislação referente à ordem urbana consta da Constituição de 1988 no artigo

6.º (moradia), 21, XX (competência da União para desenvolvimento urbano, inclusive habitação) e 23, IX (competência comum da União, Estados, Municípios e Distrito Federal para promover programas de construção de moradias).

O artigo 182 da CF/88 §1.º criou o Plano Diretor Urbano (PDU), que será aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes, é instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Trata-se da ferramenta jurídico-administrativa de que se vale o poder público para traçar estratégias de uso do solo urbano, tais como o zoneamento para os diversos tipos de atividades. O PDU é plano de diretrizes que visa estabelecer normas gerais (com alcance de longo prazo para ser cumprido pelas várias administrações que se sucedem no comando municipal), e por isso deve ser elaborado com a audiência e participação da comunidade a fim de manter certa flexibilidade, para poder ser alterado à medida que novos problemas surjam, ou novas realidade são encaradas, como o crescimento e a concentração urbana em áreas para onde nada antes fora previsto.

O artigo 182 foi regulamentado pela Lei n.º 10.257/2001, dito *Estatuto das Cidades*, o qual teve grande repercussão no mundo jurídico posto que contém as regras da solução de muitos dos problemas pelos quais passam as comunidades urbanas no país, sobretudo com a valorização das terras urbanas, dada a concentração de infraestrutura de bens e serviços públicos, a oferta de bens e serviços privados, o conforto e o lazer das cidades que, via geral, transforma-se em especulação imobiliária, com investimentos que visam o retorno imediato, ou a longo prazo, com alta rentabilidade, sobre imóveis urbanos, muitas vezes sem levar em conta a qualidade sanitária e muitas vezes, o patrimônio histórico e cultural das cidades (ÉLERES, 2008).

A questão urbana foi analisada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) num estudo de 1978 (FAISSOL, p. 156) sendo mencionado Barry que, ao procurar generalizar a estrutura urbano-econômica num contexto sistêmico,

> [...] distingue três planos (ou níveis de solução do problema), interligados tanto espacial, quanto temporalmente:
>
> 1- o crescimento do País como um todo, levando a um desenvolvimento polarizado, um núcleo e uma periférica (a heartland and hinterlands) e um sistema de centros metropolitanos nacionais;
>
> 2 - uma hierarquia urbana em torno de cada metrópole, em uma região metropolitana;
>
> 3 - áreas ou gradientes de influência urban fields, de cada centro urbano em seu campo próprio (surrounding hinterland).

No Brasil, a *função social da propriedade* emergiu como perspectiva de Direito em função da questão agrária, em especial a partir das décadas de 1950 e 1960, quando começam os grandes planos e metas de afirmação do governo federal sobre o território nacional, cabendo destacar como foco da propriedade pública a região Amazônica – e em especial para este trabalho, ressalte-se o art. 199 da Carta de 1946 que destinou 3% do orçamento Nacional que deveriam ser aplicados em uma política de desenvolvimento e integração da região e, para completar, vale dizer que apesar da criação da Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Amazônia (SPVEA), Lei n.º 1806/1953, que "de forma certamente muito discutível, promoveu a definição de políticas públicas para a Amazônia" (RIBEIRO, 2005), o plano só foi efetivamente posto em prática quando em 1966 o governo federal a extinguiu e criou a Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM), Lei n.º 5.173, também posteriormente extinta por falcatruas cometidas por chefetes políticos regionais.

Posteriormente outros mecanismos paralelos de incentivos foram criados (Plano de Integração Nacional (PIN), 1970; Programa de Pólos Agrominerais e Agropecuários da Amazônia (POLAMAZÔNIA), 1974; Projeto de Desenvolvimento Integrado da Bacia do Araguaia-Tocantins (PRODIAT), 1980 e PDA, 1971 e 1975; Programa Grande Carajás (PGC), 1980) o que, paradoxalmente, provocou maior concentração de terras na região, com aquisição de imóveis rurais, entendendo-se imóvel *rural* ou *agrário* (REZEK, 2007) o que se enquadra no contexto do artigo 4.º do Estatuto da Terra, Lei n.º 4.504/1964, semelhante ao artigo 4.º da Lei n.º 8.629/1993 que regulamentou o estabelecido no setor agrário constante da Carta Magna, bem como o próprio conceito topográfico de localização do bem imóvel estabelecido no Código Tributário

Nacional (Lei n.º 57, de 1966) ou seja, aquele que se destina à "atividade de exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial", aquisições rurais essas que geraram graves problemas sociais, sobretudo em relação aos ocupantes tradicionais – antigos posseiros, extrativistas e índios – bem como as migrantes massas trabalhadoras que se deslocaram para a Amazônia acreditando na possibilidade de ter sua própria terra, questões que ainda hoje afetam a vida rural da região, onde as frentes (ditas *fronteiras agrícolas*) continuam sendo abertas à custa do desbastamento da floresta – ou para mera exploração madeireira com posturas acintosas à sociedade e ao poder público, ou mesmo objetivando a acumulação de mais terras como forma de capital imobiliário, como bem retrata Bertha K. Becker (1982, p.126):

> Em fase inicial do desbravamento, a população trabalhadora é vital como mão-de-obra; atraída pela perspectiva de acesso à terra, estabelece-se na forma de pequenos proprietários, posseiros e rendistas. A seguir, à medida que se organiza a produção, empresários se apropriam das terras, expulsando posseiros, proprietários e rendistas, que se mobilizam para novas fronteiras, onde se reinicia o mesmo processo, ou para centros urbanos,

no que é secundada por Costa (1999, p. 183) que afirma que

> Entre 1960 e 1970, quando já estava em prática a política de incentivos fiscais para o desenvolvimento da Amazônia, 33,5% das 'terras novas', concentradas principalmente na Amazônia, foram incorporadas por estabelecimentos de menos de 100ha e 64,7% por estabelecimentos de mais de 100ha. Em 1975, apenas 0,2% das terras novas foram para estabelecimentos com menos de 100ha, enquanto 99,8% foram para estabelecimentos com mais de 100ha, sendo que 75% desse total foram ocupados por estabelecimentos com mais de 1000ha.

No tocante à apropriação das terras, Becker (1982, p. 226) diz que

> até há pouco, a lógica do camponês era ter acesso imediato à terra para poder trabalhar e possuir os frutos do trabalho, e não para ter a propriedade da terra. Em oposição, a lógica do capital é ter a propriedade da terra como fonte de lucro; no caso da empresa, como reserva de valor, e no caso dos fazendeiros, como fator de produção. Hoje, a terra tem valor como fator de produção para todas as categorias (grifo nosso).

O entendimento de Becker em certo aspecto difere do de Arendt (1991, p. 122):

> O que a era moderna defendeu tão acirradamente jamais foi a propriedade como tal, mas a busca desenfreada de mais propriedade, ou seja, a apropriação; em contraposição a todos os órgãos que defendiam a permanência 'morta' de um mundo comum, a era moderna travou suas batalhas em nome da vida, da sociedade.

E segue a pensadora alemã:

> Locke não se satisfazia com a tradicional explicação do trabalho (labor) como consequência natural e inevitável da pobreza, e jamais como meio de aboli-la, nem com a tradicional explicação da origem da propriedade através da aquisição, conquista ou divisão original do mundo comum (grifo nosso)

A questão fundiária no Brasil, ou seja, a acumulação de terras por poucos em detrimento de muitos, faz que nosso índice de Gini seja maior que o da Índia e do Paquistão, tem suas raízes na nossa formação política, social e econômica. As famílias "de posses", assim eleitas na época das Sesmarias, sempre foram detentoras de grandes tratos de terras rurais e, a partir de 1966, com a criação da SUDAM, a apropriação de terras passa a ser parte da política das grandes empresas industriais, por causa da lei de incentivos fiscais que permitia que 50% dos recursos do Imposto de Renda devidos aos cofres públicos pudessem ser aplicados em projetos na Amazônia (SUDAM), no Nordeste - Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE) e no Centro Oeste - Superintendência do Desenvolvimento do Centro-Oeste (SUDECO), do que resultou em que empresas antes sem qualquer ligação com a "terra" passassem a adquiri-las em grandes extensões. É o caso do Bradesco e Volkswagen, esta pilhada por um satélite da Administração Nacional do Espaço e da Aeronáutica (NASA) queimando uma área de mais de cem mil hectares no sul do Pará.

Vale lembrar que, como no geral, as grandes empresas industriais, também têm origem em famílias tradicionais, de que são exemplos a Ford - Henry, que nos anos 30 teve sua área de um milhão de hectares na margem direita do rio Tapajós, PA (COIMBRA, 1981; ÉLERES, 2002), a Westinghouse (George), Siemens

(Georg), Du Pont (Étiene) e não seria diferente em um país como o Brasil, com forte tradição agrícola que foi a base da indústria (SEMLER, 1988).

A construção de novas regras legais e a concretização das políticas públicas objetivando o cumprimento da *função social da propriedade* da terra conjugam-se, levando em conta pelo menos cinco vastos campos legislativos:

1. REFORMA AGRÁRIA, que objetiva o racional e maior aproveitamento sócio-econômico da terra bem como sua melhor distribuição e conservação do solo, atendendo aos reclamos da justiça social (DINIZ, 1998).
2. POLÍTICA HABITACIONAL, que objetiva o ordenamento justo e racional da ocupação do solo urbano, tanto do ponto de vista da moradia, como do saneamento, da proteção ao meio ambiente e da preservação e recuperação do patrimônio artístico e cultural das *urbis*.
3. DESAPROPRIAÇÃO, prevista na lei constitucional brasileira desde a Carta de 1824, e que se constitui ato unilateral de Direito Público Administrativo cuja característica principal é a transferência da propriedade do bem desapropriado em favor do interesse público, da coletividade (BORGES, 2000).
4. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE, cuja Lei base é a n.º 4.771, de 1965, dito Código Florestal, matéria que assomou ao patamar constitucional na Carta de 1988 (art. 225) sendo complementada por vasta legislação infra-constitucional, federal, estadual e municipal. A condição para cumprimento de *função social da propriedade* está condicionada aos termos do artigo 186, I e II da Carta Magna.
5. PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO TRABALHADOR, cuja legislação pátria é ampla, sendo aplicada por Juntas e Tribunais Regionais próprios – Juntas de Conciliação e Julgamento (JCJs), Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e o Tribunal Superior do Trabalho (STT) –, bem como as regras legislativas de cunho trabalhista, também insertas no artigo 186, III e IV da Carta Magna.

Destaca-se como instrumento de cumprimento da *função social da propriedade*, no caso da propriedade rural, o instituto da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária (artigos 18, 19, 20 do Estatuto da Terra e 5.º, XXIV e 184 da Constituição Federal de 1988), que é o meio de praticar a justiça social e democratizar a propriedade do espaço fundiário (SANTOS, 1982) o qual já constava das Constituições pátrias desde a Carta de 1824 (art. 179, XXII), tendo sido mantido na de 1891 (art. 72, 17), na de 1934 (art. 113, 17), na de 1937 (art. 122, 14), na de 1946 (art. 5.º, XV, *g*), na de 1967 (art. 157, *c*), e na de 1969 (art. 161), além da legislação infraconstitucional, valendo dizer que trata-se de um instituto que pode atingir, inclusive, bens móveis (LARANJEIRA, 1983).

Cumpre destacar na Constituição Federal de 1988 os artigos que tratam da matéria agrária e que deságuam na *função social da propriedade*:

> Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo a sua função social, [...]
>
> Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:
>
> I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;
>
> II - A propriedade produtiva.
>
> Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural, simultaneamente, segundo critérios a graus de exigências estabelecidos em lei, os seguintes requisitos:
>
> I - Aproveitamento racional e adequado;
>
> II - Utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
>
> III - Observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
>
> IV - Exploração que favoreça o bem estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Vê-se, pois, que conforme a Constituição do Brasil, para considerar como cumprida a *função social* tendo em vista a propriedade rural, é necessário que seu uso atenda, *simultaneamente* o *aproveitamento racional e adequado* (da terra), além de promover a *utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente*. Isto é: o proprietário dará à terra o melhor aproveitamento

(conforme a vocação agronômica do solo) e preservará o meio ambiente praticando um desenvolvimento autossustentável, protegendo e não degradando o solo com práticas agrícolas que o prejudiquem ou que o deixem fenecer. Além dessas exigências que dizem respeito à Natureza, o proprietário deverá exercer suas atividades considerando as de ordem social, segundo as *disposições que regulam as relações de trabalho*, e a *exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores*.

Assim exposto, para cumprir a *função social da propriedade* não basta que a propriedade rural seja meramente produtiva sob o prisma da rentabilidade econômica e financeira, mas que atenda às condicionantes elencadas nos artigos 184, 185 e 186 da Carta Magna, sendo o tópico mais polêmico o que refere à produtividade, o que põe em discussão o uso racional e adequado da terra em culturas cujos resultados (econômicos, ambientais e sociais) sejam incipientes e/ou mesmo negativos, a exemplo da pecuária intensiva praticada em muitas partes do Brasil que, além de ocupar solos produtíveis com outros cultivares, os exaure e os destrói pela erosão, eis que muitas áreas (na Amazônia, por exemplo) são atividades implantadas mediante o desflorestamento desordenado da cobertura florestal nativa.

Considerando os fatores relativos à *produtividade* e ao *meio ambiente*, o Supremo Tribunal Federal, em Acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello, aprovado por unanimidade (MS 22.164-O, 17. nov. 1995), declarou que

> A defesa da integridade do meio ambiente, quando venha este a constituir objeto de atividade predatória, pode justificar reação estatal veiculadora de medidas – como a desapropriação-sansão – que atinjam o próprio direito de propriedade, pois o imóvel rural que não se ajuste, em processo de exploração econômica, aos fins elencados no art. 186 da Constituição, claramente descumpre o princípio da função social inerente à propriedade, legitimando, desse modo, nos termos do art. 184 C/C o art. 186, da Carta Política, a edição de decreto presidencial consubstanciador de declaração expropriatória para fins de reforma agrária.

A propósito, dada a sua magna importância, a matéria foi tratada no IV Congresso da União Mundial de Agraristas Universitários (UMAU)[5], em Porto Alegre (RS) tendo sido aprovada a moção proposta pelo advogado gaúcho Jacques Távora Alfonsin a qual sugeriu que o Congresso Nacional altere o artigo 185 da CF, que isenta a propriedade produtiva de desapropriação para fins de reforma agrária, acrescentando-lhe ao inciso II a ressalva de que "desde que cumpridas as exigências do artigo 186". Tais fatos levam a discussão ao campo do *direito de propriedade*, correndo o risco de avançar ou retroceder em um discurso que pode estar no caminho da vanguarda da reforma social, ou palmilhar as mesmas ideias do Código Napoleão (1808) um avanço para a época, como se poderá estar na aurora do Código Civil Brasileiro (1917) que, pouco mais de um século daquele, caracterizou o justo da época, mas cujas conceituações continuaram a ser as dos meros elementos constitutivos doutrinários: *direito* do *uso*, *gozo*, *fruição* e *disposição* dos bens, e de *reivindicá-los*. A mesma e anciã conceituação do *jus utendi, fruendi, abutendi* (ÉLERES, 2002). Na lição de Sávio Dresch Silveira, procurador federal e professor de Direito Agrário da Universidade do Rio Grande do Sul, a propriedade rural que descumpre a função social também perde o direito aos *interditos possessórios*[6], porque desnatura a propriedade, tornando-a um verdadeiro antidireito.

No Brasil, no que refere à luta (inclusive armada, *na lei ou na marra*) pela mudança da estrutura fundiária da propriedade rural, dando-lhe uma feição social, aí estão os movimentos das *Ligas Camponesas* nos anos 50, os *empates* de Chico Mendes, no Acre, e os *Sem Terra*, iniciados no Rio Grande do Sul em meados dos anos 80 do século XX e que hoje, superorganizados, povoam terras de todo o Brasil com invasões estrategicamente planejadas que deitam por terra a norma legal constituída e, em muitos casos, fazem valer o direito posto como instituição de dignidade humana.

Isto não significa que o cumprimento da *função social da propriedade* esteja adstrito apenas em relação aos ditames do artigo 186 da Carta Magna, o qual trata apenas à propriedade rural, e sim em relação a tudo

5 Porto Alegre, RS, maio, 1998.

6 Ao julgar questão possessória (2006) o Juiz Adriano Seduvim, da Vara Agrária de Altamira, PA, antes de julgar o mérito da causa, levou em conta se as partes estavam cumprindo a função social da propriedade.

que, como propriedade de alguém, gera efeitos sobre a coletividade, essência do princípio do artigo 5.º da Constituição de 1988:

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> I –
>
> XXII - É garantido o direito de propriedade;
>
> XXIII – A propriedade atenderá à sua função social;

Nada pior para os que dirigem ou influenciam nos destinos da sociedade, para os formadores de opinião, que não compreender as noções básicas e fundamentais do Direito, em seu exato significado de *justiça, direito* e *lei*, assim dispostos nessa hierarquia, vez que o fim colimado é a JUSTIÇA, ainda que pela dogmática tradicional o DIREITO individual de alguém possa estar preterido, posto que um interesse maior se alevanta, que é o da coletividade e o direito de propriedade se insere nesta posição, afinal, sempre vale lembrar a máxima de Santo Thomaz de Aquino de que *nem tudo que é legal é moral*, o que enquadra as *leis injustas*, aquelas generosas com um *colarinho branco*, mas rigorosas com o *Zé da Silva* que rouba um pão, leis forjadas nos debates eruditos na democracia formal dos Parlamentos, que estabelecem regras justas mas também violam princípios basilares da vida do homem, que assentam a moral e costumes da coletividade. Um enfoque distorcido do termo propriedade tem vinculado esse vocábulo tão somente à questão agrária – como se apenas o imóvel fosse o objeto do interesse patrimonial. Em verdade, o que se deve discutir não é apenas a propriedade da terra, mas a riqueza que nela se produz, a forma como é produzida e distribuída e sob outro prisma e com base no rigor ético a reger o destino da sociedade, cabe indagar se é justo estar cumprida a *função social da propriedade da terra* destinando as melhores terras agricultáveis do país à monocultura de exportação – soja, cana-de-açúcar – enquanto os famintos ficam cada vez mais famintos.

Na abordagem de tema tão polêmico quanto este, o caminho mais sensato será dizer que as ferramentas da legalidade nem sempre conduzem às veredas tortuosas da Justiça. Pode parecer lugar comum, mas é preciso reafirmar esse fato que via geral preside nosso dia a dia. Sobretudo, necessário se faz vestir os regulamentos, as normas do Direito, com o manto da transparência, para conduzir soluções justas. Se possível legais e com base no Direito, mas tendo-se a coragem de optar por caminhos que a própria Lei indica, a exemplo do artigo 5.º da Lei de Introdução do Código Civil, "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Sob outro enfoque, carece deixar patente que o Direito não é uma ciência exata nem é pétreo e sim mutável, de acordo com a realidade social de cada momento histórico, como está ocorrendo atualmente neste início do século XXI. O aumento demográfico mundial, que afeta o equilíbrio econômico, ecológico e social de todos os povos do planeta, torna-se, de fato, um elemento dissonante nos planos dos governantes, dos políticos e dos economistas, mas que não pode e não deve ser móvel impeditivo para reinterpretar e mudar as regras estabelecidas, por caminhos alternativos para – e se necessário ao arrepio da própria lei – fazer com que a Justiça prevaleça. Essa é uma das tarefas que os Defensores públicos – advogados sociais que são a infantaria na defesa dos hipossuficientes – têm obrigação de cumprir, arguindo nas ações reais, em especial nas possessórias, que as soluções das demandas tenham como fim colimado a *função social da propriedade* – rural e urbana, tomando por base o precedente da mencionada decisão liminar do juiz de Altamira, no Pará, sem deixar de fora as que versem sobre direitos sobre coisas móveis e que tenham repercussão social.

Nas pesquisas para este artigo foram comparadas as constituições vigentes em 1987 em doze países, sobre o tema *função social da propriedade* e verifica-se que, à época, quando a Assembleia Nacional Constituinte estava construindo a nossa atual Constituição, nenhum daqueles países o fazia da forma expressa e objetiva como o Brasil, mas apenas tangiam a matéria, valendo observar que nos países socialistas fica tacitamente expresso caber ao poder público gerir o patrimônio

público em favor do povo, vez que propriedade estatal. De se dizer, portanto, que sob esse prisma, a lei brasileira é objetiva e tem tudo para que a propriedade seja usada em prol da coletividade.

A seguir, excertos das Constituições de doze países, publicadas pelo Senado Federal brasileiro:

1 - REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DA ALEMANHA

[...] Art. 12 (2) El Estado socialista garantiza el aprovechamiento de la propiedad del pueblo de manera que se logre el mayor beneficio para la sociedad [...] Este aprovechamiento y administración puede ser conferido por el Estado, por medio de contratos, a organizaciones y asociaciones cooperativas o sociales, siempre y cuando ello sea en beneficio de la comunidad y contribuya al aumento de la riqueza social [...]

Art. 16 – Las expropiaciones son permitidas solamente si obedecen a una necesidad pública, sobre base legal y com la indemnización correspondiente. Se recurrirá a ellas solamente se el beneficio público a que se aspira no se puede lograr por otros medios [...] (BRASIL, 1987, v.1).

2 - BULGÁRIA

[...] Art. 15 – La propiedad estatal (de todo el pueblo) es la forma superior de la propiedad socialista y constituye un fondo único. Determina el carácter socialista de la propriedad e las organizaciones cooperativas y sociales y disfruta de protección especial [...]

Art. 28 - El Estado puede expropiar con fines estatales y sociales los bienes de los ciudadanos, de las cooperativas y organizaciones sociales, mediante el pago de la debida indemnización, así como restringir su derecho a la propiedad. El sistema de expropiación y establecimiento de la indemnización están determinados por la ley [...] (BRASIL, 1987, v.1).

3 - HUNGRIA

[...] Art. 43 – 1. O Conselho:

a) representa os interesses da população e, em seu território jurisdicional, exercem o governo local sobre os trabalhadores [...]

e) intervém na salvaguarda da ordem estatal e na proteção da propriedade social [...] (BRASIL, 1987, v.1).

4 - POLÔNIA

[...] Art. 5 – La República Popular da Polonia:

1) protege y desarrolla las conquistas socialistas del pueblo trabajador de las ciudades y del campo, su poder y su libertad,

2- [...]

4 - fortalece la propiedad socializada en tanto que base de la fuerza economía del país y de la prosperidad del pueblo [...]

Art. 15 - La República Popular da Polonia, con miras a asegurar la alimentación del pueblo:

1- [...]

2- se preocupa por el aprovechamiento de la tierra que es un bien de toda la Nación [...] (BRASIL, 1987, v.1).

5 - ROMÊNIA

[...] Art. 10 – Las cooperativas agrícolas de producción, forma socialista de organización de la agricultura, asegura las condiciones para el cultivo 0intensivo de la tierra y la aplicación de la ciencia avanzada, contribuyen, mediante el aumento de la producción, al desarrollo de la economía nacional, a la continua elevación del nível de vida del campesinado e de todo el pueblo [...] (BRASIL, 1987, v.1).

6 – NICARÁGUA

[...] Art. 5 - [...] – La economía mixta asegura la existencia de distintas formas de propiedad : pública, privada, asociada, cooperativa y comunitaria; todas deben estar en función de los intereses superiores da la nación y contribuir a la creación de riquezas para satisfacción de las necesidades del país y sus habitantes [...]

Art. 103 – El Estado garantiza la coexistencia democrática de las formas de propiedad pública, privada, cooperativa, asociativa y comunitaria; todas ellas forman parte de la economía mixta, están supeditadas a los intereses superiores da la nación y cumplen una función social [...] (BRASIL, 1987, v.2).

7 - CABO VERDE

[...] Art. 11 –

1 – [...]

2- São propriedade do Estado o subsolo, as águas, as riquezas minerais, as principais fontes de energia, os meios básicos de produção industrial, os meios de informações, bancos, os seguros, as infra-estruturas e os meios fundamentais de transporte" [...]

Art. 59 – Compete exclusivamente à Assembleia Nacional Popular legislar sobre as seguintes matérias : a – [...], e - Reforma Agrária [...], i - Expropriação e requisição por

utilidade pública [...], o – Nacionalização dos meios de produção [...] (BRASIL, 1987, v.3).

8 - DINAMARCA

[...] Art. 72 – A propriedade é inviolável. Ninguém pode ser obrigado a entregar sua propriedade exceto nos casos de interesse público. A expropriação não pode ocorrer senão em virtude de lei e com indenização monetária completa [...] (BRASIL, 1987, v.4).

9 - FINLÂNDIA

[...] Art. 74 – No podrán enajenar ni hipotecar los bienes inmobles, impuestos o derechos del Estado de índole productiva sino del modo autorizado por la ley. Los arrendatarios de tierras propiedad del Estado tendrán, sin embargo, derecho a adquirirlas en pleno dominio, con arreglo a normas especiales [...] (BRASIL, 1987, v.4).

10 - NORUEGA

[...] Art. 105 – Si los intereses del Estado exigieren que alguien cediera su propiedad mueble o inmóvil para uso público, dicha persona percibirá plena indemnización del Tesoro Público [...] (BRASIL, 1987, v.4).

11 - YUGOSLÁVIA

[...] Art. 124 – En virtud del acuerdo social, las Organizaciones del Trabajo Asociado, las Cámaras y otras asociaciones de tipo general... aseguran y coordinan autogestionadamente el ordenamiento de las relaciones sócio-económicas y otras relaciones de interés social más amplio para las partes contratantes o de interés social general [...] (BRASIL, 1987, v.5).

12 - SURINAME

[...] Art. 34 – Tanto a propriedade pública quanto a privada desempenham funções sociais. Cabe a cada uma o direito de usufruir com tranquilidade de sua propriedade, salvo as limitações que resultam da lei [...] (BRASIL, 1987, v.6) (grifos nossos).

Conclui-se que cumprir a função social é dever a que todos estão obrigados: os proprietários de terras; os industriais; os que de alguma forma operam ou afetam o meio ambiente e os recursos naturais; os donos dos jornais, revistas, rádios e TVs (vez que concessões públicas), para que dimensionem, e em muitos casos redesenhem, os limites das programações que idiotizam e alienam de juízo crítico as populações e, também, das que educam e ilustram; os donos das fábricas de bebidas, que propagandeiam mulheres lúbricas nos anúncios de TV e cinicamente aconselham *beba com moderação* ou remédios que curam doenças, mas ressalvam *se persistirem os sintomas o médico deve ser chamado...*, e também os donos de escolas, que devem monitorar a qualidade do ensino que oferecem.

Igualmente têm responsabilidade ética – dadas as graves repercussões econômicas e sociais que produzem – os cientistas e tecnólogos que em seus laboratórios cuidam de situações contingenciais envolvendo e gerando tecnologias suicidas em rota de colisão com os valores da vida, mas imperceptíveis à fiscalização do Estado, vez que desaparelhado institucional e tecnologicamente e também como consequência da tradição de uso gratuito e desmedido dos recursos naturais, da corrupção e da certeza da impunidade – fatores que potencializam o descumprimento da *função social da propriedade*.

Cada cidadão ciente da sua posição na sociedade pode e deve renovar o estoque de esperanças, seu e dos semelhantes, não aceitando que meias medidas sejam tomadas como concessão, favor institucional dos *príncipes*, na forma de mero *dori me*, mero *ameno dori me*[7] concedido, e sim que sejam as medidas certas, completas e eficazes a que por direito natural a sociedade deve ser contemplada.

[7] *"Sinta minha dor"... "amenize minha dor".*

Referências

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri, Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BARROSO, Luís Roberto (Org.), **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BECKER, Berta K. **Geopolítica da Amazônia**: a nova fronteira de recursos. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo Malheiros, 2003.

BORGES, Marcos Afonso. O processo de desapropriação para fins de reforma agrária. In: LARANJEIRA, Raymundo (Coord.). **Direito agrário brasileiro**. São Paulo: LTR, 2000.

BORGES, Paulo Torminn. **Institutos básicos do direito agrário**. 2. ed. São Paulo: Pró-Livro, 1977.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas. **Constituições estrangeiras**. Brasília, 1987. 6 v.

CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. Lisboa: Pórtico, 1962.

COIMBRA, Creso. **A revolução de 30 no Pará**. Belém: Conselho Estadual de Cultura, 1981.

COSTA, Lucimar Miranda. **Discurso e conflito**: dez anos de disputa pela terra em Eldorado do Carajás. Belém: UFPA. NAEA, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ÉLERES, Paraguassú. **Apostila do Curso de Direito Fundiário da Universidade da Amazônia (UNAMA) e do Centro Universitário do Pará (CESUPA)**. Belém, 2008.

_____. **Intervenção territorial federal na Amazônia**. Belém: Imprensa Oficial do Estado do Pará, 2002.

FAISSOL, Speridião. **Tendências atuais na geografia urbano regional**: teorização e quantificação. Rio de Janeiro: IBGE, 1978.

FEARNSIDE, P. M. Agricultura na Amazônia. Tipos de agricultura: padrão e tendências. In: CASTRO, Edna M. R. de; HÉBETTE, Jean (Org.). **Na trilha dos grandes projetos**. Belém: UFPA. NAEA, 1989. p. 197-252. (Cadernos NAEA, 10).

FIGUEIRA, Ricardo Rezende. **Pisando fora da própria sombra**: a escravidão por divida no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Civilizaçao Brasileira, 2004.

FREIRE, J. Salgado. **Para onde vai o Brasil?** Rio de Janeiro: Conquista, 1959. p. 28 e ss

LACERDA, Manoel Linhares de. **Tratado das terras do Brasil**. Rio de Janeiro: Alba, 1960. 5 v., v.1.

LARANJEIRA, Raymundo. **Colonização e reforma agrária no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1983.

LARANJEIRA, Raymundo. **Direito agrário brasileiro**: em homenagem à memória de Fernando Pereira Sodero. São Paulo : LTr, 2000.

_____. **Propedêutica do direito agrário**. São Paulo: LTr, 1975.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MAGALHÃES, José Carlos. O mundo no século XXI. In: CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO, 5., 2007. Curitiba : Juruá, 2007. v. 5.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 6. ed. atual. São Paulo: RT, 1978.

MIRANDA, Gursen De. **Direito amazônico**: propriedade social III. [S.l.:s.n.], 2005. Disponível em: <http://direitoamazonico.blogspot.com/2005/09/propriedade-social-iii.html>. Acesso em: 07 jun. 2010.

MIROW, Kurt Rudolf. **A ditadura dos cartéis**. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

MOLINA, Luiza E.; TRINCA, Delfina. Globalização da economia: verdadeira panaceia universal ou velha ficção para uma nova era? In: SANTOS, Milton et al. (Org.). **O novo mapa do mundo fim de século e globalizaçao**. Sao Paulo: Hucitec-Anpur, 1993. p. 235-251.

OPITZ, Oswaldo; OPITZ, Silvia. **Tratado de direito agrário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1983. v.1.

PINTO, Lúcio Flávio. **Amazônia, o século perdido**: a batalha do alumínio e outras derrotas da globalização. Belém: Edição Jornal Pessoal, 1997.

_____. Na trilha da Norte-Sul. In: CASTRO, Edna M. R. de; HÉBETTE, Jean (Org.). **Na trilha dos grandes projetos**. Belém: UFPA. NAEA, 1989. p. 71-97. (Cadernos NAEA, 10).

REZEK, Gustavo Elias Kallás. **Imóvel agrário**: agrariedade, ruralidade e rusticidade. Curitiba: Juruá, 2007.

RIBEIRO, Nelson. **A questão geopolítica da Amazônia**: da soberania difusa à soberania restrita. Brasília: Senado Federal, 2005. (Edições do Senado Federal, v. 64).

RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. **Poder constituinte e decisão jurídica**: os paradoxos da legitimação institucional. Belém: Cejup, 1999.

ROTBANDE Osvaldo Sirota. A função social do trabalhador no Brasil contemporâneo. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS, 19., 2005. Florianópolis, 2005.

SAMPSON, Anthony. **As sete irmãs**: as grandes companhias de petróleo e o mundo que elas construíram. Rio de Janeiro: Artenova, 1975.

SANTOS, Arthur Pio dos. **Desapropriação e direito agrário**. Brasilia: Fundação Petrônio Portella, 1982. (Curso de Direito Agrário, v.3)

SANTOS, Milton et al. (Org.). **O novo mapa do mundo fim de século e globalização**. São Paulo: Hucitec-Anpur, 1993.

SCAFF, Fernando Facury. A função social das empresas no Estado contemporâneo. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS, 19., 2005. Florianópolis, 2005.

SEMLER, Ricardo. **Virando a própria mesa**. 5. ed. São Paulo: Best Seller, 1988.

SODERO, Fernando Pereira. **O Estatuto da terra**. Brasília: Fundação Petrônio Portela, 1982. (Curso de Direito Agrário, v. 2).

André Luiz Filo-Creão Garcia da Fonseca

O monitoramento eletrônico na execução penal brasileira e sua utilização como meio minimizador da dessocialização decorrente da prisão

Resumo

O artigo em comento procurará analisar a utilização do monitoramento eletrônico na execução penal brasileira e a possibilidade de sua aplicação como meio minimizador da dessocialização decorrente da prisão.

Palavras-chave

Monitoramento eletrônico. Execução penal. Minimização. Dessocialização. Prisão.

Abstract

The article in focus intends to analyze the use of the electronic surveillance in the Brazilian penal execution and the possibility of its employment as a means to minimize the desocialization process resulting from imprisonment.

Keywords

Electronic surveillance. Penal execution. Minimization. Desocialization. Inprisonment.

O monitoramento eletrônico na execução penal brasileira e sua utilização como meio minimizador da dessocialização decorrente da prisão

The electronic surveillance in the brazilian penal execution and its employment as a minimizing factor of desocialization resulting from emprisonment

André Luiz Filo-Creão Garcia da Fonseca*

* Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará (UFPA), Juiz de Direito Titular da Comarca de Santa Luzia do Pará.

andrefilocreao@hotmail.com.

Introdução

Em 15 de junho de 2010, entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro a Lei n.º 12.258/2010, que, alterando dispositivos da Lei de Execução Penal, previu a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado.

Essa norma introduziu na execução penal brasileira a possibilidade da chamada fiscalização por meio da monitoração eletrônica nas hipóteses de saída temporária e prisão domiciliar, consoante o artigo 146-B, itens II e IV da Lei de Execução Penal.

Sabe-se que o sistema carcerário brasileiro, que nasceu objetivando de maneira precípua uma efetiva reintegração social do apenado[1], não cumpre com suas finalidades basilares, notadamente a que se refere à prevenção especial, que é dirigida ao próprio infrator, situação essa que se dá por várias razões, entre as quais a ausência de investimentos materiais e humanos, a excessiva lotação dos presídios – que obstam a que se busque a individualização da pena privativa de liberdade – e a ausência de interesse do próprio apenado em buscar alternativas no interior do ambiente carcerário para melhor readaptar-se ao convívio social.

Diante dessa situação fática, devem ser buscados meios hábeis para evitar ou, pelo menos, minimizar os efeitos nocivos decorrentes do cárcere. Surgiu, dessa feita, o monitoramento eletrônico como uma dessas alternativas, ou seja, como um dos meios adequados para minimizar a dessocialização advinda com a prisão, e proporcionar ao beneficiário uma maior integração social, por meio do trabalho e pelo contato direto e imediato com sua família.

Destaca-se ainda que o monitoramento eletrônico é um instrumento capaz de reduzir o número de internos no âmbito das casas penais, gerando, com isso, a diminuição dos custos decorrentes do encarceramento. Há, também, em favor do instituto o fato de ser potencialmente capaz de reduzir a prática de delitos, na medida em que, a partir do momento em que o agente se encontra monitorado, existe a possibilidade de se tomar conhecimento de sua localização, bem como de outras informações capazes de facilitar sua identificação.

[1] Artigo 1.º da Lei n.º 7.210/84: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentenças ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado."

Com a utilização do monitoramento eletrônico existe, em tese, a possibilidade de melhor observância do princípio da individualização da pena, tendo em vista que a fiscalização do cumprimento da medida poderá ser feita de forma mais precisa, levando-se em conta as peculiaridades do agente.

Escrevendo sobre o assunto e demonstrando sua importância, destaca Carlos Japiassú (2008, p. 13):

> Nesse contexto, surgiu o instituto do monitoramento eletrônico, que, alegadamente, pretende ser um instrumento de redução dos contingentes carcerários, pois permitiria que condenados, ou ainda, presos processuais, pudessem ser mantidos fora do cárcere por meio do controle eletrônico, com a utilização de braceletes, controláveis à distância. Seria, portanto, uma forma concreta de restrição da liberdade, sem implicar em encarceramento.

Assim, sem dúvida alguma, caminhou bem o legislador ao introduzir em nossa Lei de Execução Penal a possibilidade de aplicação do instituto, porém, conforme abaixo se demonstrará, poderia ter ido mais além, em face dos amplos benefícios decorrentes de sua utilização.

Dessa feita, o presente artigo procurará mostrar que o monitoramento eletrônico figura como importante instrumento no combate à dessocialização decorrente do cárcere.

Aspectos gerais acerca do monitoramento eletrônico

Diversas são as afirmações referentes à origem e à evolução do monitoramento eletrônico. Carlos Eduardo Japiassú (2008, p. 14) afirma que desde 1946 ocorreram experiências de controle com a manutenção do preso em sua residência (fato ocorrido no Canadá), esclarecendo, porém, que a real origem dessa forma de fiscalização adveio de uma atitude judiciária mais atual, registrada em agosto de 1979, quando o magistrado americano Jack Love, de Albuquerque, Novo México, imaginou a criação de um dispositivo que pudesse fiscalizar melhor os presos. Diante dessa ideia, o magistrado buscou o apoio de um engenheiro eletrônico, o qual desenvolveu um sistema, que passou a ser utilizado em 1983 com réus daquela cidade, iniciando-se aí, de maneira oficial, a fiscalização de sentenciados por meio eletrônico.

Atualmente, o monitoramento eletrônico pode ser utilizado de várias maneiras, por intermédio das quais se busca melhor aplicar os institutos penais que lhe são afetos, aplicando-os desde como substitutivo da prisão preventiva, e, até mesmo, como alternativa à pena privativa de liberdade.

Assim, várias são as formas pelas quais se pode utilizar o instituto do monitoramento eletrônico, destacando-se: substitutivo da prisão preventiva, medida cautelar de proteção à vítima, meio de ampliação das condições de suspensão da aplicação da pena, meio de prisão domiciliar, instrumento de acompanhamento das condições impostas no livramento condicional, acompanhamento da saída temporária, reforço da pena de proibição de dirigir veículos e forma de cumprimento de Medida de Segurança, entre outras.

Dessas, apenas duas foram, até o momento, implementadas por nossa legislação: a aplicação nos casos de prisão domiciliar e no acompanhamento de saída temporária (conforme o artigo 146 - B, itens II e IV da Lei de Execuções Penais), o que, sem dúvida alguma, ainda constitui-se em um tímido passo dado pelo legislador diante dos efeitos humanizadores que podem advir da utilização do instituto.

Da utilização do monitoramento eletrônico como meio minimizador da dessocialização decorrente da prisão e como via de humanização na execução da pena

A pena, conforme já foi amplamente debatido, é um mal necessário, que, induvidosamente, deve buscar alcançar seus objetivos precípuos. Trata-se de um instrumento utilizado pelo Estado a fim de fazer com que os integrantes da sociedade, percebendo a condenação de um de seus pares, não venham a delinquir: essa é a chamada prevenção geral negativa.

Outra finalidade da pena, a chamada prevenção geral positiva, faz com que os integrantes do grupo social passem a ter consciência da necessidade de respeitar determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito, o que resulta em maior integração social (QUEIROZ, 2001, p. 40).

A prevenção especial pode ser, portanto, negativa e positiva. A negativa caracteriza-se pela neutralização do infrator, que ocorre por meio de sua segregação via cárcere. Sobre a prevenção especial positiva, Roxin afirma que "a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos" (1997, p. 85).

Feitos esses comentários, deve-se observar que a pena se justifica na medida em que busca a ressocialização do apenado, concluindo-se que a execução da pena deve ter cunho ressocializador, ou seja, deve servir como um meio de reabilitação para que o agente que queira modificar sua vida possa fazê-lo.

É claro que se o sentenciado, espontaneamente, não desejar a proposta de pena de cunho ressocializador, isso deve ser respeitado pelo Estado. Nessa hipótese, a pena terá unicamente o cunho de prevenção especial negativa, ou seja, buscará apenas e tão somente retribuir o mal praticado, castigando o apenado.

Atualmente, a superpopulação carcerária é uma realidade inconteste, e sua diminuição é uma busca incessante, na medida em que, quanto mais lotadas as casas penais, menos digna e menos humana é a execução da pena, Diante dessa situação, a possibilidade de utilização do monitoramento eletrônico surge como uma solução das mais viáveis.

Esse monitoramento, dentre outras consequências, fará com que, estando em liberdade, o agente possa trabalhar e, com parte de seu salário, arcar com os prejuízos causados pelo delito. Desde logo é preciso que se esclareça, esse trabalho não poderá figurar como trabalho forçado, pois, caso não queira fazê-lo o requerido, permanecerá com sua liberdade restringida.

Outro ponto relevante acerca do monitoramento é a possibilidade de o agente permanecer próximo de seus familiares, mantendo laços culturais e de relacionamento, o que, sem dúvida, contribui com sua ressocialização.

O certo é que, existe uma grande contradição em se falar em ressocialização e, ao mesmo tempo, em privação de liberdade, no sentido de que se torna difícil ensinar o agente a ser livre, restringindo-lhe sua liberdade, não sendo possível aferir-se qual postura tomará o preso quando estiver livre.

Há, pois, uma enorme contradição entre o comportamento necessário para manter uma boa conduta na prisão e aquele preciso para a convivência em sociedade, na qual não existem, cotidianamente, as restrições inerentes ao ambiente carcerário, prevalecendo a auto-responsabilidade do cidadão, ou seja, não podem ser utilizados para situações díspares, quais sejam, encarceramento e liberdade, os mesmos padrões de comportamento.

Esclarecedora, nesse sentido, é a expressão de González Navarro (1991, v. 2, p. 1059-1089) ao apontar a existência de um verdadeiro "Poder domesticador do Estado", pois, resta claro e inequívoco que de um ambiente degradante como o carcerário saiam homens em condições de conviver adequadamente em sociedade, confirmando-se que o fato de alguém possuir uma boa conduta carcerária pouco tem a ver com a melhora de seu comportamento uma vez novamente em liberdade.

Conclui-se que é muito mais fácil alcançar um comportamento superficial diante de um conjunto de regras rígidas existentes no âmbito do cárcere do que conseguir o agente alcançar os valores mínimos para viver em sociedade, inferindo-se, portanto, que o melhor remédio para o interno é a própria convivência em sociedade.

Isso se justifica porque a prisão imposta ao agente obriga-o à convivência não desejada, anulando seus vínculos com o mundo exterior, com a família, amigos, fazendo-o perder, por exemplo, seu emprego, e gerando, a partir daí, a desconfiança de todos que estão ao seu redor, o que contribui para a ocorrência de uma verdadeira dessocialização.

Fazendo uma comparação, observamos que buscar ressocializar à margem da sociedade, seria o mesmo que jogar futebol sem a bola e as traves, ou seja, uma prática impossível de acontecer, pois como se pode fazer sociável uma pessoa que esteja impedida de conviver em sociedade?

Essa situação faz com que as políticas criminais caiam em verdadeiro descrédito quando acompanhadas da privação de liberdade. Efetivamente, para se alcançar os fins pretendidos pela pena, o melhor é que

se utilize o menos possível, a privação de liberdade, que deve ser proposta apenas para os casos mais graves ou para aqueles em que haja reincidência; para os demais casos, o ideal é que se busquem medidas de cunho alternativo.

Dessa feita, o monitoramento eletrônico aparece como uma dessas medidas alternativas ao cárcere, uma vez que não se admite ressocializar alguém atrás das grades, pois o ambiente carcerário não conduz ninguém a uma ação positiva.

Diante disso, o monitoramento eletrônico surge como meio adequado para inserir o condenado na sociedade, porém, sem que ele esteja totalmente fora do alcance da ação estatal, de modo que, por meio de suas condutas no seio da sociedade, é que se chegará à conclusão de que está ou não habilitado a gozar de uma liberdade plena, ressaltando-se sempre a imperiosa necessidade de aceitação do apenado, ante o fato de não poder o Estado obrigá-lo a se reeducar.

Portanto, a partir do momento em que o apenado aceita que o Estado promova sua reeducação, deve ser tomado um conjunto de medidas sociais, educativas, pedagógicas, terapêuticas, médicas, assistenciais etc., que tenham o lastro de proporcionar essa reeducação, a qual, todavia, como regra, não pode se dar no ambiente dessocializador do cárcere, que é incompatível com a vida em sociedade.

O monitoramento eletrônico é, pois, sem dúvida nenhuma, uma maneira de tornar a execução penal mais humana, possibilitando ao apenado contato com o mundo exterior, diminuindo-lhe a marginalização decorrente do ambiente carcerário. Nesse sentido, assevera Manoel Montesinos (1962, p. 290):

> *Perfeccionar al hombre es hacerlo más sociable; todo lo que tiende a destruir ó entorpecer su sociabilidad, impedirá su mejoramiento. Por esto las penas, lejos de atacar su sociabilidad deben favorecer este principio, fomentando su acrecentamiento. El objeto de los castigos no es la expiación del crimen sino la enmienda, porque el oficio de la justicia no es vengar, sino corregir.*[2]

[2] Aperfeiçoar o homem é fazê-lo mais sociável; tudo o que tende a destruir sua sociabilidade, impedirá sua melhora. Por isso, as penas, longe de atacar sua sociabilidade, devem favorecer este princípio, fomentando seu crescimento. O objetivo das penas não é a expiação do criminoso, mas sim sua correção, porque o ofício da justiça não é vingar, mas sim corrigir.

Figura, pois, a utilização do monitoramento eletrônico como um verdadeiro avanço dentro da sociedade, na medida em que um preso pode ter restabelecida sua liberdade sem que esse fato venha configurar prejuízo para a segurança pública, ou, em outras palavras, o ponto de motivação do monitoramento eletrônico sobre o cárcere tradicional é que no primeiro permite-se ressocializar de fato o apenado, proporcionando-lhe um real convívio social e no segundo ocorre a gritante contradição de se procurar ressocializar alguém, de ensinar-lhe a ser livre, estando essa pessoa entre muros.

O que se quer, ao defender a ideia da utilização do monitoramento eletrônico, é mostrar a possibilidade de existência de um sistema carcerário no qual a prisão passe a ser, de regra geral, a exceção, ficando as penitenciárias destinadas aos internos mais perigosos, que insistam no cometimento de delitos, e também como períodos iniciais de cumprimento de pena para os agentes que praticaram crimes mais graves, quais sejam, aqueles em que estejam caracterizadas violência ou grave ameaça.

Portanto, conclui-se que o legislador brasileiro, ao introduzir o monitoramento eletrônico em nosso ordenamento jurídico ainda caminhou de maneira tímida e acanhada, diante da ampla possibilidade de sua utilização, que, induvidosamente, contribuiria para uma melhor execução penal, que se afastaria bastante da dessocialização que hoje, infelizmente, contamina o ambiente carcerário.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales** Tradução Ernesto Valdés. 4. ed. Madri: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Marcilio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. 114 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. xxii, 1228 p.

CERVINI SANCHEZ, Raúl. **Os processos de descriminalização**. Tradução da 2. ed. espanhola: Eliana Granja. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 254 p.

CÉRÉ, Jean-Paul. La surveillance électronique: une réelle innovation dans le process penal? **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 7, n. 8. p. 105-122. jan./jun. 2006. Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Artigos/Jeancere.pdf>. Acesso em: 10 out. 2007.

DUARTE-FONSECA, Antonio Carlos. Obrigação de permanência na habitação e monitorização telemática posicional. **Revista do Ministério Público**. Lisboa, v. 20. n. 80, p. 83-117, out./dez. 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 593 p.

FISCHER, Douglas. **Delinquência econômica e estado social e democrático de direito** : uma teoria à luz da constituição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.253 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoria del garantismo penal. Tradución de Perfecto Andrés Ibáñez [et al.] 4. ed. Madrid: Trotta, 2000, 991 p.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução Lígia M. Ponde Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1977. 277 p.

GONZÁLES NAVARRO, Francisco. Poder domesticador del estado y derecho del recluso. In: MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (Coord.). **Estudios sobre la Constitución Española**: homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría. Madrid: Ed. Civitas, 1991. p. 1054-1198. V.2: De los derechos y deberes fundamentales.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 12. ed. rev., ampl. e atual. Niteroi, RJ: Impetus, 2010.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Org.). **Monitoramento eletrônico**: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2008. 193 p.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal alemão**. Tradução e comentários José Higino Duarte Pereira. Campinas, SP: Russell Editores, 2003. 2 v.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

_____. **Sistemas de Investigação preliminar no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Crise no sistema penitenciário brasileiro**: o monitoramento eletrônico como medida de execução penal. 2007. 132 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito de Campos, Centro Universitário Fluminense – UNIFLU, Campos dos Goytacazes,RJ, 2007.

MAMPAEY, Luc; RENAUD, Jean-Phillipe. **Prision technologies**: an appraisal of technologies of political control. Luxembourg, July 2000. Disponível em: <http://www.grip.org/bdg/pdf/g1772.pdf>. Acesso em 10 out. 2007.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia - ICC, 2006. 266 p. (Coleção pensamento criminológico ; 11)

MONTESINOS Y MOLINA, Manuel. Bases em las que se apoya mi sistema penal. **Revista de Estudios Penitenciarios**, Madrid, n. 159, p. 290, oct./dic. 1962. Homenaje al Coronel Montesinos.

MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. **Derecho penal**: parte general: fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal: ley penal. Madrid: Dykinson, 2004.

_____. Prisión preventiva y LOGP: presunción de inocência. In: JORNADAS PENITENCIÁRIAS ANDALUZAS, 6., 2007, Sevilla. 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1022 p.

OLIVEIRA, Edmundo. **Direito Penal do Futuro**: *a* prisão virtual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 170 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 786 p.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 135 p.

RIGHI, Esteban. **Teoria de la pena**. Buenos Aires: Hammurabi, 2001. 262 p.

RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. **Cárcel eletrónica**: bases para la creación del sistema penitenciário del siglo XXI. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Traducción de la 2a. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García. Madrid: Civitas, 1997. v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, 4 v.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 888 p. (RT didáticos).

Paulo Klautau Filho

Filosofia do Direito em concursos para a magistratura: um estudo sobre ecos do Realismo Jurídico norte-americano no judiciário brasileiro

Resumo

O artigo se insere em um conjunto de estudos destinado a selecionar material para atender ao conteúdo programático da disciplina Filosofia do Direito nos concursos para a carreira da magistratura, nos termos da Resolução 75 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Sugere a pertinência do estudo do Realismo Jurídico norte-americano na formação de futuros magistrados, a partir de algumas questões sobre o papel do intérprete levantadas em decisões recentes do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Palavras-chave

Realismo jurídico. Discricionariedade. Interpretação do direito. Formalismo. Formação de magistrados. Filosofia do direito. Magistratura.

Abstract

This paper is part of a group of researches aiming at selecting material to cover the content of the subject Philosophy of Law which is part of the program of public contest for the career of Magistrates, in conformity to the Resolution no. 75 of the National Judicial Council. It suggests the pertinence of the study of the North American Legal Realism in what concerns the formation of future magistrates, starting from some questions about the role of the interpreter raised by recent decisions of the Federal Supreme Court (STF) and the Justice Supreme Court (STJ).

Keywords

Legal realism. Discretionary. Interpretation of Law. Formalism. Formation of magistrates. Philosophy of law. Bench of magistrates.

Filosofia do Direito em concursos para a magistratura: um estudo sobre ecos do Realismo Jurídico norte-americano no judiciário brasileiro

Philosophy of Law in public contest for magistrates: a study of the north american Legal Realism echoes over the brazilian judiciary

Paulo Klautau Filho*

* Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Procurador do Estado do Pará.
klautau@uol.com.br

Introdução

A Resolução n.º 75, de 12 de maio de 2009, do CNJ determinou que a disciplina Filosofia do Direito passasse a constar do programa obrigatório dos concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional.

O conteúdo programático para a disciplina é indicado no Anexo VI da Resolução 75, a saber:

> D) FILOSOFIA DO DIREITO
>
> 1. O conceito de Justiça. Sentido lato de Justiça, como valor universal. Sentido estrito de Justiça, como valor jurídico-político. Divergências sobre o conteúdo do conceito.
>
> 2. O conceito de Direito. Equidade. Direito e Moral.
>
> 3. A interpretação do Direito. A superação dos métodos de interpretação mediante puro raciocínio lógico-dedutivo. O método de interpretação pela lógica do razoável.

Trata-se, sem dúvida, de um programa bastante amplo, com inúmeras possibilidades de abordagem. Pode-se dizer que os três subitens do programa sintetizam três temas perenes da Filosofia e da Teoria Geral do Direito: 1. Conceito(s) de Justiça; 2. O Conceito de Direito e suas relações com a Moral. 3. A interpretação do Direito.

Como parte de um trabalho mais extenso de seleção de textos, correntes de pensamento e autores adequados para a elaboração de um manual destinado a orientar futuros candidatos na sua preparação para os concursos, o presente estudo submete à apreciação do público de *A Leitura* algumas considerações sobre a relevância de se levar em conta, na formação de juízes no Brasil contemporâneo, a contribuição histórica do Realismo Jurídico norte-americano.

Destacam-se, de início, algumas visões expressas em votos recentes de Ministros dos Tribunais Superiores do Brasil sobre o tema recorrente da interpretação do direito e dos limites da discricionariedade judicial.

A seguir, apresenta-se uma síntese dos principais temas e problemas discutidos pelos realistas jurídicos norte-americanos para que o leitor avalie em que medida ela pode auxiliar na compreensão de alguns desafios impostos contemporaneamente ao exercício da magistratura em sua função de interpretar-aplicar o direito.

Visões sobre o papel do intérprete no STF e no STJ

Antes de sua recente aposentadoria do STF, o Ministro Eros Roberto Grau foi relator no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.° 153, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), pleiteando a interpretação conforme a Constituição de 1988 da Lei n.° 6.683, de 28 de agosto de 1979 ("Lei de Anistia"), com a finalidade de se declarar que a anistia concedida pela mencionada Lei não se estenderia aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão estatal contra opositores políticos no período de ditadura militar no Brasil de 1964 a1985.

Como se sabe, a ação não obteve êxito tendo sido julgada improcedente pela maioria de 7 votos a 2, em 28 de abril de 2010.

Mas, precisamente, para os propósitos do presente artigo, importa destacar o trecho a seguir do voto vencedor do Ministro Eros Grau acerca do tema da interpretação:

> A interpretação do direito tem caráter constitutivo – não meramente declaratório, pois – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. Interpretar/aplicar é dar concreção [= concretizar] ao direito. [...] As normas resultam da interpretação e podemos dizer que elas, *enquanto textos, enunciados, disposições*, não dizem nada: elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem.
> Se for assim – e assim de fato é – todo *texto* será obscuro até a sua interpretação, isto é, até a sua transformação em *norma*. Por isso mesmo afirmei, em outro contexto, que se impõe "observarmos que a clareza de uma lei não é uma premissa, mas o resultado da interpretação, na medida em que apenas se pode afirmar que a lei é clara após ter sido ela interpretada". Daí não caber a afirmação de que o texto de que nesta ação se cuida seria, por obscuridade, *tecnicamente inepto*. (Acórdão publicado em 6.8.2010, grifos do autor).

Tem-se que se o texto não é a norma e que se essa é proferida somente após a atuação do intérprete-aplicador, então o direito a vigorar no caso concreto estará sujeito, necessariamente, à discricionariedade do julgador. Daí o inevitável retorno à questão dos limites de tal discricionariedade: ela implicaria literalmente que o direito não é o que diz a lei ou a ciência jurídica, mas o que dizem os juízes – os "intérpretes autênticos" de Kelsen?

A seguinte passagem do voto proferido pelo Ministro Humberto Gomes de Barros (aposentado em 2008) do STJ no julgamento do AgRg nos EREsp 319997-SC (DJ: 07.04.2003) demarca uma forte tomada de posição em sentido afirmativo:

> Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. *Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele*. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja (grifos nossos).

Se a fala do Ministro Eros Grau retoma o debate sobre o papel do intérprete-aplicador, a manifestação do Ministro Humberto de Barros faz ecoar, em pleno século XXI, posições sustentadas no início do século passado pelos realistas jurídicos norte-americanos.

Por isso, este estudo sustenta que os futuros juízes devem conhecer essa parte da tradição e da história jurídica ocidental. Devem poder dialogar com esse passado recente para compreender se ele ainda tem um papel a desempenhar no presente e na construção do futuro do Poder Judiciário.

O Realismo Jurídico *(Legal Realism)* norte-americano e o combate ao "formalismo"

"Realismo Jurídico" (*Legal Realism*) é o nome dado à contribuição de um grupo de juristas norte-americanos das primeiras décadas do século XX[1], conhecido por suas críticas ao que foi designado por "visão clássica" ou "formalista" do direito.

Eles associavam o formalismo à ideia de que o direito consiste em um corpo definido de regras sistematicamente articuladas e aplicadas de modo lógico por juízes imparciais. Na análise jurídica "formalista", os argumentos são apresentados como se as conclusões derivassem automaticamente de premissas inegáveis: encontrada a qualificação adequada para um objeto ou ação ("contrato", "propriedade", "furto" etc.), segue, em encadeamento necessário, a conclusão jurídica da questão. A noção de que a maioria das decisões jurídicas deve ou pode ser deduzida de conceitos ou regras gerais, sem maior atenção às condições do "mundo real" ou às suas consequências nele, foi chamada por Roscoe Pound (1908, p.605), precursor do realismo jurídico, de "jurisprudência mecânica" (*mechanical jurisprudence*).

Para os "realistas jurídicos" (*legal realists*) os fatos ("a realidade"[2]) sobre a natureza do direito e dos sistemas legais são muito mais complexos do que aquela descrição simples e otimista permite perceber. Por isso, boa parte da reflexão associada ao realismo jurídico é dedicada a demonstrar que o formalismo é composto por "mitos".

Contudo, os autores que se descreviam (ou eram descritos por outros) como realistas jurídicos não concordavam inteiramente, entre si, nas suas críticas ao modelo formalista. Razão pela qual eles não devem ser pensados como uma "escola" de pensadores dedicados, como um grupo, a defender determinados valores ou métodos. Feito este alerta, é possível identificar algumas visões partilhadas pelos autores do realismo jurídico norte-americano.

O formalismo decorria do esforço de advogados e juízes, do final do século XIX e do início do século XX, em tentar demonstrar que o direito poderia ser uma "ciência" completa, dotada de métodos que permitissem ao profissional responder com certeza "científica" qual o direito aplicável em cada caso concreto.

Segundo a abordagem formalista, essa questão teria sempre uma resposta certa, definida. Tal resposta poderia sempre ser encontrada exclusivamente com o conhecimento dos costumes, convenções, decisões judiciais e legislação que constituem o direito. Não haveria, nunca, necessidade de buscar outros padrões ou informações fora do direito[3].

Do mesmo modo, a determinação do que é o direito em dado caso, não seria, nunca, uma questão de juízo ou de interpretação individual, mas sim uma questão de "descobrir" ou esclarecer o que o direito já dissesse, para aplicá-lo aos fatos do caso. Só os juízes que descobrem e aplicam o direito dessa maneira é que poderiam ser considerados imparciais: eles estariam simplesmente aplicando, mecânica e logicamente, os princípios e as regras de interpretação do direito para determinar o resultado correto nos casos individuais. Não haveria o perigo de que duas pessoas que praticassem o mesmo ato e fossem julgadas por dois diferentes juízes obtivessem tratamentos distintos, porque os juízes não poderiam introduzir suas crenças pessoais, por exemplo, de ordem moral ou econômica, no julgamento. A justiça seria "cega", nesse sentido, porque os juízes simplesmente aplicariam regras pré-existentes ao caso, não importando se eles, intimamente, aprovassem ou não tais regras.

Tal descrição do direito e do trabalho dos magistrados extrai sua força sedutora da expectativa do senso comum de que os juízes imponham objetivamente a lei

[1] "Realismo Jurídico" é também a expressão usada para designar o realismo jurídico escandinavo, representado nos trabalhos de Karl Olivecrona, Alf Ross e outros. O presente artigo tratará apenas do realismo jurídico norte-americano.

[2] Notar que o "realismo" em "realismo jurídico" corresponde ao uso do termo em sentido coloquial: "ser realista" é estar atento às coisas mundanas, talvez sendo até mesmo cínico, procurando enxergar, além dos ideais e aparências, o que "realmente" está acontecendo.

[3] Observa-se que tal preocupação com a cientificidade é comum aos autores do positivismo jurídico. Contudo, não se devem confundir as visões de autores como Kelsen, Hart e Raz com o formalismo. Por exemplo, nada é mais distante do pensamento de Kelsen e Hart do que a ideia de que há uma única solução possível para cada caso ou de que a aplicação do direito não envolve nunca fatores "extra-jurídicos".
A rigor, é difícil encontrar um autor que defenda expressamente a visão ou que se encaixe no perfil de "formalista" (nos moldes aqui apresentados). Por isso, talvez seja mais adequado dizer que o formalismo corresponde a um modelo de ideias sobre o direito e sua interpretação-aplicação pelas cortes repudiado pelos realistas.

e não suas convicções pessoais. Ela traduz a esperança de que as leis sejam padrões com um âmbito definido de significados que não mude a todo o momento (em outras palavras, ela traduz o anseio por segurança jurídica).

Ainda assim, para os realistas jurídicos, essa descrição era essencialmente falha, e uma nova compreensão do direito se fazia necessária. Daí decorrem algumas das mais relevantes e recorrentes críticas do realismo jurídico ao chamado modelo clássico; e, também, de algumas de suas tentativas de introduzir reformas para resolver os problemas identificados.

O ceticismo acerca da objetividade da decisão (argumentação) judicial

Uma das marcas mais características do trabalho dos realistas jurídicos é sua preocupação com o papel das cortes na realização do direito.

Eles negavam que os juízes fossem descobridores imparciais de regras pré-existentes. Tais regras, diziam os realistas, longe de serem descobertas e aplicadas de modo lógico, são flexíveis e abertas à interpretação. E a interpretação depende, frequentemente, das inclinações pessoais e políticas dos juízes[4].

O famoso juiz da Suprema Corte norte-americana, Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935) escreveu, na abertura de seu clássico *Common Law* (1891), trecho emblemático das preocupações do realismo jurídico com a imparcialidade judicial:

> A vida do direito não tem sido lógica; ela tem sido experiência. As necessidades dos tempos vividos, as teorias morais e políticas predominantes, as intuições das políticas públicas, declaradas ou inconscientes, e, até mesmo, os preconceitos que os juízes partilham com seus concidadãos têm tido muito mais peso do que o silogismo na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados. O direito expressa a história do desenvolvimento de uma nação durante muitos séculos e ele não pode ser tratado como se ele contivesse apenas os axiomas e os corolários de um livro de matemática... (HOLMES JR., 1991, p.1, tradução nossa).

Holmes oferece aqui uma relação útil para a compreensão dos aspectos, aos quais ele atribui influência decisiva na formulação de decisões judiciais.

Primeiramente, elas (as decisões judiciais) podem refletir valores públicos contemporâneos. A lei talvez seja ambígua e os juízes podem decidir interpretá-la de modo a promover padrões vigentes na comunidade ou outros valores já largamente aceitos em determinada sociedade.

Em segundo lugar, os juízes talvez interpretem as leis à luz do que eles considerem as melhores teorias morais disponíveis.

Terceiro, os juízes, reconhecida ou inconscientemente, podem interpretar a lei de modo a promover o que eles entendem que seja o interesse público – ainda que a compreensão individual dos juízes sobre o que é o interesse público seja questionável ou incompatível com o que a legislatura entendeu que ele é.

Quarto, os juízes, como todas as pessoas, estão sujeitos a preconceitos que talvez os distanciem de decidir no sentido do que o texto da lei requer.

São esses quatro pontos que sustentam a afirmação de que a vida do direito tem sido mais *experiência* do que *lógica*. Holmes queria enfatizar que os juízes são humanos, formados por suas experiências no mundo, e que nem sempre eles são capazes de se desligar de suas experiências para argumentar/raciocinar/decidir de forma puramente lógica e conceitual.

O ceticismo quanto à argumentação lógica sobre o direito

Os realistas logo perceberam outras implicações de suas observações sobre a inconstância da argumentação judicial. Se os juízes não são intérpretes imparciais baseados somente na lógica para dizer o que é o direito, então não será plausível afirmar que não há respostas pré-definidas à questão sobre "o que é o direito neste caso?".

A resposta a esta questão pode ser, em parte, determinada pelo estudo das leis, da jurisprudência e de todas as fontes relevantes; mas o caráter e as inclinações do juiz também devem ser levados em conta. Para os realistas, as regras jurídicas não são padrões estabelecidos, seguros e estáveis. Eles admitem que as

[4] Kelsen, de modo semelhante, afirmou a natureza "volitiva e não cognoscitiva" da interpretação jurídica. Por isso, para ele, a interpretação não poderia ser objeto da Teoria Pura. Os realistas, contudo, tiraram conclusões mais pragmáticas de tais limites cognitivos da interpretação jurídica.

regras jurídicas possam ter um campo definido, mas os limites desses campos são determinados tanto pela lógica, como por fatos psicológicos.

É importante lembrar que os realistas produziam suas críticas sobre a atuação das cortes imbuídos da crença de que a (então) nova disciplina da psicologia e a filosofia estavam fazendo descobertas que confirmavam suas visões.

Na virada do século XIX para o século XX, e durante o período no qual os realistas foram mais ativos, muitos passaram a confiar plenamente na capacidade da psicologia em explicar toda conduta e atitude humana. Os realistas interessaram-se particularmente pela ideia de que as ações e posições das pessoas poderiam ser mais o produto do meio em que viviam do que de sua razão; e pela ideia de que poderia haver um "inconsciente" que influenciava o raciocínio das pessoas conscientes sem que elas soubessem.

Por isso, vários autores ligados ao realismo jurídico tentaram demonstrar que as decisões judiciais refletiam não uma aplicação automática das regras jurídicas, mas sim as visões de determinada classe econômica ou social ou as peculiaridades pessoais de certo juiz.

Além disso, à época, os trabalhos dos filósofos da lógica e da linguagem abriram caminhos para a percepção de que a linguagem do direito é muito mais aberta e flexível do que supunha o ideário formalista. Constatava-se que os termos e frases da linguagem comum (e da linguagem do direito) não têm um único significado, mas sim um campo de possíveis significados, e o mesmo ocorre com as regras jurídicas que usam tais termos, podendo ser interpretadas de modos diferentes em diferentes situações, sem ir contra o significado ordinário da linguagem em que são enunciadas.

Nesse contexto, destacam-se dois tipos de crítica dos realistas ao modelo clássico (formalista) de análise jurídica: 1) a negação da ideia de que os conceitos e padrões do direito eram "neutros" ou "objetivos"; 2) a negação da ideia de que os conceitos jurídicos gerais ou as regras jurídicas gerais poderiam determinar os resultados em casos particulares.

Com relação à primeira crítica, eles afirmavam que as premissas usadas pelos profissionais do direito eram questionáveis, e que os institutos e categorias jurídicas (como "propriedade", "responsabilidade civil", "dano" etc.) ocultavam presunções morais e políticas que deveriam sempre ser discutidas abertamente.

A segunda crítica foi sintetizada pelo famoso *dictum* do Justice Holmes em seu voto divergente no "caso *Lochner*": "Proposições gerais não decidem casos concretos"[5]. A ideia é que o julgamento judicial raramente pode ser visto de modo preciso como uma dedução lógica de premissas gerais. Pelo menos nos casos difíceis, verifica-se um hiato lógico entre as proposições gerais e abstratas da lei e a decisão judicial no caso particular e concreto.

Alguns dos realistas jurídicos tardios, como Jerome Frank (1931), assumem uma posição ainda mais radical para afirmar que os conceitos jurídicos, por si sós, não asseguram qualquer decisão, e que os juristas estariam enganando a si mesmos e ao público se afirmassem o contrário.

O ceticismo quanto à objetividade da decisão judicial e quanto à própria possibilidade lógica da argumentação com base em conceitos jurídicos leva a um terceiro tipo de ceticismo do realismo jurídico.

O ceticismo sobre a descrição do direito como um conjunto de regras "definidas' e "pré-existentes"

Diante de tantas insuficiências da visão formalista sobre a aplicação judicial do direito, os realistas jurídicos não hesitaram em declarar que o significado dos textos jurídicos não era absolutamente certo.

Tal incerteza gera, pelo menos, dois tipos de problema: 1) se o direito é incerto, como os cidadãos podem confiar na efetividade de sua proteção? (por exemplo, o contrato firmado hoje significará a mesma coisa e terá a mesma validade amanhã?); 2) se o direito é em princípio indefinido, podendo ser interpretado de várias maneiras por diferentes juízes, como os cidadãos podem se sentir seguros de que seus pleitos serão julgados com base em padrões justos e razoáveis em qualquer corte, independentemente da identidade do juiz?

[5] No original: *General propositions do not decide concrete cases* (Lochner v New York, 198 U. S. 45 at 76, 1905).

À primeira questão, os realistas jurídicos responderam que o tipo de certeza desejada pelo formalismo é um mito. O direito, afirmavam, não pode ser conhecido antes de sua aplicação-interpretação pelas cortes. Por isso, dizer o que é a lei em dado caso é, nada mais nada menos, do que fazer uma previsão sobre o que as cortes vão dizer. Em palestra dirigida aos estudantes de direito da Universidade de Boston, em 1897, Holmes afirmou cruamente esta visão:

> As pessoas querem saber em que circunstâncias e até que ponto correm o risco de ir contra aquilo que é muito mais forte do que elas [*o poder do Estado*], e por isso se torna uma atividade descobrir quando esse perigo deve ser temido. *O objeto de nosso estudo, portanto, é a predição, a predição da incidência do poder público por meio do auxílio dos tribunais* [...] Os deveres e os direitos primários de que se ocupa a jurisprudência nada mais são do que *profecias*. Um dos muitos efeitos ruins da confusão entre ideias legais e morais [...], é que a teoria tende a colocar a carroça diante do cavalo e a considerar o direito ou o dever como algo que existe à parte e independentemente das consequências de sua violação, à qual certas sanções são acrescentadas mais tarde. Mas, como tentarei demonstrar, um dever legal nada mais é que uma predição de que, se um homem faz ou deixa de fazer certas coisas, o julgamento de um tribunal fará com que ele sofra desta ou daquela maneira; e o mesmo para um direito legal. (HOLMES JR.[6] apud MORRIS, 2002, p. 425-426, grifos nossos).

Neste trecho, Holmes (apud MORRIS, 2002, p. 427-428) também já sugere outra imagem-síntese do realismo jurídico: a de que é preciso abandonar qualquer linguagem falsa e moralista dos advogados, juízes e doutrinadores para se adotar a perspectiva do "homem mau" (*bad man*),[7] que quer saber o que as cortes vão realmente fazer. O "homem mau" é o cliente que quer saber quais ações lhe renderão ou não a prisão ou o pagamento de multas; tudo o mais é supérfluo pra ele, não passando de "coisa de advogado".

Posteriormente, Jerome Frank (2009, p. 50), no seu *Law and the Modern Mind*, originalmente publicado em 1930, incorporou e re-elaborou estes pontos ao propor "um esboço de definição do direito do ponto de vista do homem médio":

> Para qualquer leigo em particular, o direito, com relação a qualquer conjunto de fatos, é a decisão de uma corte a respeito daqueles fatos na medida em que aquela decisão afete aquela pessoa particular. Até que uma corte tenha examinado tais fatos, não haverá ainda nenhum direito existente em relação àquela pessoa. Antes de tal decisão, o único direito existente é a opinião dos advogados sobre o direito relacionado àquela pessoa naquelas circunstâncias. [Mas] tal opinião não é verdadeiramente direito, mas apenas uma conjetura sobre o que a corte vai decidir.

O segundo problema – da (im)possibilidade de construir padrões justos e razoáveis para a decisão judicial – será abordado a seguir, já no contexto das tentativas apresentadas pelos realistas jurídicos para superar as inconsistências apontadas na teoria clássica ou formalista.

O "programa de reforma" dos realistas jurídicos

A solução oferecida pelos realistas jurídicos ao problema da incerteza quanto aos padrões que orientam as decisões judiciais traduz outro traço marcante de sua visão sobre o direito e de suas propostas para reformar sua prática: a tentativa de transformar as fraquezas aparentes do direito e dos juízes em virtude.

Para eles, se o direito é feito com base em termos cujo significado pode ser diferente em diferentes contextos, então, os juízes, nos casos ambíguos ou difíceis, devem tentar promover o interesse público claramente e sem mistificações. E, se é impossível aplicar a lei imparcial e mecanicamente, a melhor coisa é confiar na sabedoria dos juízes e exigir deles que compreendam as necessidades e os valores da sociedade (em permanente processo de transformação) para aplicar o direito do modo que melhor atenda a tais necessidades e valores.

Na vagueza dessas sugestões aparece, também, um dos maiores problemas do realismo jurídico: suas tentativas e propostas para transformar a prática do direito não são tão bem construídas e elaboradas quanto suas críticas ao modelo tradicional.

[6] HOLMES JR, Oliver Wendell. The path of the law. **Harvard Law Review**, v 10, p. 457, 1897.

[7] Holmes (apud MORRIS, 2002, p. 427) ainda acrescentaria aos estudantes, especificamente, sobre a adoção da perspectiva do "homem mau": "Se vocês desejam conhecer o direito e nada mais, devem olhar para ele como o homem mau que só se preocupa com as consequências materiais que tal conhecimento permita prever, não como um homem bom que encontra suas razões para a conduta, seja dentro ou fora do direito, nas sanções de sua consciência".

Parece haver uma tensão entre a defesa de um papel ativo para os juízes, ao usar o direito na promoção do interesse público, e a crença de que o direito existe, podendo ser identificado como tal, mesmo que não atenda ao interesse público ou a preceitos mais elevados de justiça.

A maioria dos realistas jurídicos concordava com a visão dos positivistas de que a existência do direito independe de sua justificação. Eles tinham fundamentos sociológicos e políticos para aceitar essa visão. Primeiro, eles adotavam a interpretação de que as leis mudavam para acompanhar valores cambiantes nas sociedades por elas regidas; e, assim, comprometiam-se com o que Hart, posteriormente, chamaria de "tese da separação" do positivismo jurídico. Segundo, os realistas jurídicos eram autores norte-americanos que trabalhavam dentro da estrutura da democracia constitucional americana: eram comprometidos com a ideia de que a lei é feita pela maioria do povo, e que os juízes têm o dever de aplicar a lei como a expressão da vontade do povo. O jogo democrático exigiria dos juízes a aplicação de leis com as quais, pessoalmente, poderiam não concordar.

Logo, se por um lado, os realistas jurídicos queriam que os juízes tornassem a incerteza das leis em uma vantagem, exigindo que eles a interpretassem para melhor realizar o interesse público; por outro lado, reconheciam que, na democracia, cabia aos cidadãos e não aos magistrados determinar o que é o interesse público.

Os críticos do realismo jurídico sustentaram que seus autores não ofereceram soluções para as limitações da visão formalista do direito; e que eles, somente, conseguiram chamar atenção renovada para o desafio de elaborar regras jurídicas aptas a garantir que, na sua aplicação, os juízes atendessem ao interesse público, tal como entendido pelos cidadãos, e não como entendido pelos juízes.

Conclusão

Estas contradições do realismo jurídico não devem elidir o valor de suas críticas ao modelo formalista tradicional. Constate-se, por exemplo, como parte do legado do realismo jurídico, o fato de que, se já foi considerado subversivo pensar que fatores extrajudiciais (de ordem política, econômica, ou mesmo pessoal...) influenciam decisões judiciais. Hoje, duvidar disso é considerado ingenuidade.

Além disso, permanece a percepção, entre os profissionais do direito e parte do público leigo, de que o direito não é uma ferramenta pré-definida e imutável. Em vez disso, a crítica do realismo jurídico mostrou que o direito é um instrumento flexível que pode e deve ser usado para tentar promover o interesse público.

Essa percepção orientou a proposta de muitos realistas jurídicos de preencher a lacuna deixada pela superação do mito da neutralidade e da precisão dos conceitos jurídicos com base nas ciências sociais: na busca da compreensão sobre como as pessoas agem de fato e do modo pelo qual as regras jurídicas refletem ou afetam o comportamento humano.

Tal aposta no conhecimento trazido pelas ciências sociais pode ser vista na atuação dos realistas jurídicos durante o "New Deal" norte-americano, quando influenciaram decisivamente na criação das agências (*agencies*) administrativas e reguladoras com o intuito de resolver diferentes problemas sociais. Para Bix (2009, p. 198), o ponto fraco do pensamento dos realistas jurídicos nesse campo foi uma acentuada tendência ao crescimento da tecnocracia e da crença de que a *expertise* das ciências sociais poderia por si só ser suficiente para levar a resultados corretos, sem considerar a necessidade de uma estrutura moral e política dentro da qual se promova a construção dos arranjos institucionais para a organização social[8]. Atenta-se para o risco do autoritarismo na crença em *experts* "neutros" em organização social.

Além disso, no âmbito acadêmico, os autores do realismo jurídico podem ser considerados precursores de perspectivas sobre o direito que trariam contribuições inovadoras nas décadas finais do século XX, como por exemplo, a análise econômica do direito (*law and economics*) e o conjunto de trabalhos designado por teoria crítica do direito (*critical legal theory*).

[8] Para uma descrição geral desse processo, ver: Horwitz (1992, p. 213-246).

Por fim, no Brasil contemporâneo, como visto nas passagens de importantes decisões de nossos Tribunais Superiores citadas de início, ainda ecoam os alertas e os problemas invocados pelo realismo jurídico. Muitas vezes, tem-se a impressão de que também não fomos tão bem sucedidos na resolução daqueles problemas. Pense-se, a título de reflexão final, que tipo de análise fariam os realistas jurídicos do impasse gerado pelo empate em cinco votos a cinco no julgamento no STF do Recurso Extraordinário, manejado pelo então candidato a Governador do Distrito Federal, Joaquim Roriz, envolvendo a constitucionalidade e/ou aplicabilidade da Lei Complementar n.º 135 de 2010 ("Lei do Ficha Limpa") para eleições do ano corrente. Neste caso manifesta-se com clareza a tensão identificada pelo realismo jurídico entre uma visão mais "técnica" e outra mais "política" sobre o papel das cortes.

Permanece o desafio de bem preparar os futuros magistrados para lidar com essa tensão na promoção da justiça.

Referências

BIX, Brian. **Jurisprudence**: theory and context. 5. ed. Durham: Carolina Academic Press, 2009.

CULVER, Keith (Ed.). **Readings in the philosophy of law**. Ontario: Broadview Press, 1999.

FRANK, Jerome. Are judges human? **University of Pennsylvania Law Review**, v. 80, n. 17, 1931.

_____. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009.

HOLMES JR, Oliver Wendell. **The common law**. New York: Dover Publications, 1991.

HORWITZ, Morton J. **The transformation of American law: 1870-1960**. Oxford: Oxford University Press, 1992.

MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

POUND, Roscoe. Mechanical jurisprudence. **Columbia Law Review**, New York, v.8, n.8, p. 605-623, dec. 1908.

Fernando Facury Scaff

O jardim e a praça ou a dignidade da pessoa humana e o direito tributário e financeiro

Resumo

À luz da metáfora do jardim e da praça, suscitada por Nelson Saldanha, o autor faz a correlação entre o espaço privado e o público. Compara o Direito Tributário ao Jardim, porque vinculado à ideia privada, tal como o jardim de uma casa (tal como as ideias correlatas do bolso das pessoas, de suas contas correntes e da contabilidade das empresas) e o Direito Financeiro à Praça, relacionando à ideia de bem público e da satisfação das necessidades coletivas (daí as noções de orçamento, do limite de gastos e dos investimentos públicos), para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana. Questiona as soluções individuais no âmbito da saúde pública, sob pena de alargamento do jardim, em detrimento do coletivo, representado pelo âmbito público.

Palavras-chave

Espaço público. Espaço privado. Saúde pública. Direito tributário. Direito financeiro. Dignidade da pessoa humana.

Abstract

The author makes a correlation between the private and public spheres under the light shed by the *garden and the square* metaphor suggested by Nelson Saldanha. He compares the Tax Law to the garden because, it is connected to the idea of what is private such as the garden of a house (people's pockets, personal savings accounts, business accounting) and the Financial Law to the idea of public wealth and the fulfillment of the common needs (notions of budget, of spending limits and public investments), for the construction of a free, fair and harmonious society, under the principle of human dignity. He questions individual solutions in the field of public health, considering the risk of having the garden extended to the detriment of the community, represented by the public sphere.

Keywords

Public sphere. Private sphere. Public health. Tax law. Financial law. Human dignity.

O jardim e a praça ou a dignidade da pessoa humana e o direito tributário e financeiro

The garden and the square
or the dignity of the human being
and the financial and tax law

Fernando Facury Scaff*

* Professor da Universidade de São Paulo (USP) e Professor da Universidade Federal do Pará (UFPA) (licenciado). Doutor em Direito pela USP. Sócio de *Silveira, Athias, Soriano de Mello, Guimarães, Pinheiro & Scaff – Advogados*.

scaff@advassociados.com.br

1. O presente artigo é calcado em um trabalho de Nelson Saldanha publicado inicialmente no n.º 11 da Revista da *Ciência e Trópico*, editada pela Fundação Joaquim Nabuco, em janeiro-junho de 1983, posteriormente ampliado e publicado como um opúsculo pela Sergio Antonio Fabris Editor, de Porto Alegre, em maio de 1986, intitulado *O Jardim e a Praça – Ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Soube pelo próprio autor que posteriormente esse trabalho foi ampliado e recebeu outro título. Mas é nesse pequeno texto, ímpar na literatura jurídica nacional, que desejo ancorar minhas breves reflexões sobre o tema assinalado no título.

2. No trabalho mencionado, Nelson Saldanha disserta, com sua proverbial acuidade, sobre diversos aspectos históricos e filosóficos envolvendo como tema central a dualidade entre o lado privado da vida social, que ele poeticamente denominou de o *jardim*, e o lado público, denominado de a *praça*. Com esse dualismo, Nelson demonstra a reserva existente nos jardins, o espaço privado, que é feito "intramuros", a ética presente na família, no lar, e, porque não dizer, em parte predominante do direito privado, que é distinta daquela predominante no direito público, nas praças, na ágora, no que diz respeito à sociedade entendida como uma coletividade. O conhecido adágio popular de que "costume de casa não vai à praça" demonstra bem a diferença entre estes espaços.

É o próprio autor (SALDANHA, 1986, p. 15) quem nos dá a pista a seguir: "numa dimensão a sala, o banho, o punhal, os tapetes, os cosméticos, o leito de morte; noutra o mercado, o fórum, a espada, os códigos, as estradas, o templo". Os amores reservados, no jardim; os públicos, nas praças. A praça seria um lugar onde se passa a história, um livro aberto, um espaço convexo; no jardim teríamos a biografia, a vida íntima, um espaço côncavo.

É claro que todos conhecemos "jardins públicos", como o das *Tuilleries* ou o bíblico *das Oliveiras*, mas não podemos ser traídos pelas palavras. Nestes casos estaremos presentes a uma esfera pública, muito mais próxima das *praças* (parques ou logradouros públicos) em razão de sua inserção na cidade, do que em um local reservado, existente nos lares para usufruto da família.

3. Lembra-nos ainda o filósofo de que muitas vezes pensamos que o indivíduo está "dentro" do social e o social "fora" dos indivíduos. Entretanto, ao fazermos disso um correlato entre o que é "público" e o que é "privado" deveremos responder à seguinte pergunta: o privado e o público correspondem a um

"dentro" e a um "fora" de quê? A vida pública, nesse caso se revestiria de uma exterioridade em relação à casa, ao jardim, ao viver básico, dentro do qual se situa a existência privada, gerando, a partir daí, dois sistemas de valores (SALDANHA, 1986, p. 23): um com referência *ao lar* (que não é propriamente uma identificação individualista) e outro com relação à *cidade*.

Todavia, prossegue o autor, deve haver entre essas duas esferas um sentido de equilíbrio e de complementaridade, de tal modo que permita sua convivência harmônica. Não se está a falar de equilíbrio estático, mas dinâmico, pois entre as diversas fases da história da Humanidade verificamos a ampliação de um ou de outro momento desses espaços. Eles se constituem em uma antítese, na qual o crescimento de um lado implica necessariamente a mudança do outro. Por exemplo, nas teorias socialistas, o espaço privado, do jardim, é cada vez menor, com uma supremacia da esfera pública, do interesse coletivo. Já nas teorias anarquistas, o espaço público é praticamente inexistente, sendo dominado pelo individualismo exacerbado. Portanto, a relação de equilíbrio é dinâmica, como dinâmica é a vida em sociedade, com as vicissitudes que constroem a história do homem.

4. No Brasil, prossegue Saldanha (1986, p. 27), lembrando seu conterrâneo Gilberto Freyre, o que se tem é um verdadeiro desdém pela praça pública desde o período colonial, "inclusive no sentido de higiene, atirando-se lixo à rua sem a menor cerimônia e sem o menor sentido de respeito ao que fosse comunal ou de todos".

O sentido do *privado* no Brasil foi mais configurado como um predomínio do *personalismo*, também pela presença em larga escala das estruturas feudais em nosso passado recente.

> Personalismo nas alianças políticas e nas adesões partidárias; personalismo também na secular tendência a confundir instituições com pessoas. Problema, este, afim ao mal-entendido muito frequente de julgar credos e regimes pelo que refletem ou parecem refletir na ordem privada (por exemplo, descrer no comunismo de Fulano, pelo fato de vestir bem, ou desacreditar no regime representativo porque o deputado Beltrano é incompetente). Este pendor se revela na imagem geral dos sistemas, vigente entre certos estratos ou setores: muita gente parece pensar que a democracia significa a igualitarização no plano privado, quando no plano público é que a igualdade democrática se situa basicamente (alguns parecem chegar a crer que a igualdade 'democrática' significa todo mundo de calça jeans e sandálias de borracha, e de preferência os homens com barba para ninguém parecer diferente). O clássico ideal iluminista da conversão do súdito no cidadão, através da qual se tem em cada indivíduo uma dimensão pública (ideal, sem dúvida, nuclearmente urbano), esbarrou no Brasil com o tradicional privatismo, mais com o personalismo e com concepções feudais arraigadas (SALDANHA, 1986, p. 28).

Conclui Nelson Saldanha que falta ao privatismo brasileiro, fortemente arraigado na ideia de personalismo, ser publicista.

As razões históricas desse fato, investiga o autor, podem estar na tardia criação de Universidades e da Imprensa em nosso país, onde tivemos um demasiado predomínio clerical e, muito cedo, a implantação de um

> privatismo feudal, com um clero sem monarcas por perto e com uma "nobreza" à qual faltavam origens verdadeiras e que se transformou em uma casta de senhores rurais ignorantes e truculentos, que tinham, em relação aos nobres medievais, semelhanças quanto ao tipo de poder, mas não quanto ao significado histórico-cultural (SALDANHA, 1986, p. 45).

O privatismo brasileiro é um *privatismo sem jardins*, "pela pobreza em certos casos, em outros pela falta de influências neste sentido", sendo decorrente de uma época colonial em que pouco contava o sentido de comunidade, e no qual

> o espírito burguês do espaço público demorou a chegar, e onde a precariedade da dinâmica cultural ajudou a consagrar com demasia certos arquétipos tradicionais. Ainda hoje perdura o personalismo em nossa política, onde as imagens pessoais preponderam sobre os princípios e programas (SALDANHA, 1986, p. 45).

5. Tomo de empréstimo essa bela metáfora construída por Nelson Saldanha para dar um salto em direção às relações de tensão existentes entre o Direito Financeiro e o Direito Tributário em nosso país.

Na opinião comum dos juristas pátrios, o Direito Tributário representa o bolso do cidadão, possuidor de bens, valores e patrimônio, que o Estado arbitrário, atrabiliário e mau gestor do patrimônio público quer arrancar-lhe sob o peso de leis abusivas, que sempre violam a Constituição e, em última *ratio*, sua inviolável capacidade contributiva.

O Estado, nessa ótica, é sempre um agente do mal, e o Fisco é uma entidade ignominiosa e serve a propósitos escusos de seus componentes. O Direito Tributário é, portanto, uma espécie de espada com a qual o contribuinte individual luta contra o arbítrio do Estado, que tem a seu lado a possibilidade de editar leis em seu próprio proveito. O contribuinte, por sua vez, como o *outro* (jamais como um componente desse Estado) possui a Constituição, com um capítulo denominado *Limitações ao Poder de Tributar*, que serve como um código de limite para frear as desmedidas ambições fiscais arrecadatórias sobre seu bolso. Fazem parte desse corpo constitucional princípios tangíveis como o da Legalidade, da Anterioridade, da Irretroatividade, e outros tantos que podem ser mensuráveis e facilmente identificáveis, pois se tratam de limitações formais à imposição tributária.

O estudo do Direito Tributário contemporâneo ainda se encontra nessa fase tipicamente iluminista, na crença de que o Estado é mau e o indivíduo é bom. É um entendimento tipicamente liberal, segundo o qual se crê que tudo deve ser dado ao indivíduo, e que cada centavo retirado do bolso do cidadão será mal aplicado pelo Estado. Faço uma aposta: leia 10 trabalhos de tributaristas contemporâneos e em pelo menos 7 deles será encontrada a expressão "devemos conter a sanha arrecadatória do Estado", ou sua equivalente.

Por outro lado, o Direito Financeiro é aquela área do Direito na qual se discutem coisas intangíveis, como *interesse público, necessidades públicas* ou a *teoria da escassez dos recursos*. É aquela área do Direito na qual se busca a aplicação dos recursos públicos em prol do bem comum, através do manejo dos Princípios da Legitimidade e Economicidade, ou seja, de coisas intangíveis, dificilmente mensuráveis, com baixo nível de formalidade e alto grau de subjetividade.

O Direito Tributário limita a arrecadação; o Direito Financeiro busca a melhor utilização dos recursos arrecadados em prol do bem comum. Um é vinculado a uma ideia individual, de retirada de dinheiro do bolso privado; o outro é vinculado a uma ideia de bem público, de satisfação das necessidades públicas. Um busca limitar a arrecadação, e só se arrecada de quem tem bens; o outro visa a utilização desses bens arrecadados de quem tem, para uso em prol de quem não tem ou de quem tem menos recursos.

Um possui uma ótica liberal, pois diz respeito ao uso do dinheiro auferido de conformidade com seus próprios desígnios, individualmente; o outro tem relação com o atendimento das necessidades públicas pelo Estado, enfim uma visão mais social. Em um, o dinheiro é utilizado sob uma ótica privatística (poderia usar a frase de Nelson Saldanha, *personalística*) o outro tem por escopo uma ótica publicística. É claro que pode haver deturpações, como a aplicação dos recursos arrecadados de todos em prol dos interesses da classe mais abastada, ou mesmo a desoneração dos mais ricos, porém são deturpações, e não o escopo do sistema.

Em suma, o *direito tributário* representa o *jardim*, o que se esconde no recôndito da casa, no bolso das pessoas, nas contas correntes, na contabilidade das empresas; o *direito financeiro* corresponde à *praça*, onde se debatem as questões públicas, onde o orçamento público é discutido e votado, onde a Lei de Responsabilidade Fiscal limita os gastos a serem efetuados em itens orçamentários que muitas vezes necessitam de maior investimento público. As questões financeiras são de Estado, colocadas a público; as tributárias dizem respeito aos financiadores dos gastos. Não há aqui uma separação entre direito privado de um lado e público do outro, como também ela não existe na metáfora do jardim e da praça; a diferença se dá na ótica que se aplica ao fenômeno, e não nele em si.

6. Há de haver uma relação de equilíbrio, de complementaridade entre esses dois direitos, tal como existe entre o jardim e a praça, entre a esfera pública e a privada. Essa relação há de ser de equilíbrio dinâmico, histórico, com maior densidade para um ou para outro ao longo do tempo. Não pode haver jardim onde não existe praça, e vice-versa. Um não existe sem o outro.

Em certo momento histórico é necessário, para a redução das desigualdades econômicas, que o grupo que possui maior quantidade de bens, valores e patrimônio contribua de forma mais intensa para a emancipação econômica daqueles que menos possuem. Quem poderá suprir as necessidades de saúde, educação e saneamento básico daqueles que pouco ganham, senão o Estado? E o dinheiro deste advém do bolso daqueles que mais ganham ou possuem.

É utópico afirmar que essa relação de tensão entre *arrecadação* e *aplicação das verbas públicas* possa se equilibrar de forma estática entre todos os habitantes de um país, cada qual contribuindo *proporcionalmente* com a mesma quantidade de dinheiro em prol dos gastos públicos. Enquanto houver desequilíbrio econômico entre as pessoas somente uma tributação *progressiva* poderá reduzir as desigualdades.

Na prática, essa relação de tensão existe invadindo as diferenças entre os próprios grupos econômicos que se encontram em uma posição dominante na sociedade, acarretando com que uns paguem mais (*contribuam*) do que outros. Pode ocorrer que os *contribuintes* do setor industrial sejam mais onerados em certo momento histórico do que os *contribuintes* do setor financeiro, ou do setor agrícola. É mesmo possível ocorrer que grande parte do ônus recaia sobre a classe dos rentistas em face dos consumidores ou dos exportadores; isto será decorrente de uma relação de forças na sociedade, e será uma das componentes mais importantes da política econômica que for implementada.

Contudo a pior injustiça ocorrerá quando o maior ônus tributário recair sobre os que menos possuem, seja através da imposição de mais pesada carga tributária sobre eles, seja através da desoneração dos mais ricos, ou mesmo – suprema ironia –, da concessão de benefícios ou subsídios a estes, o que se dá por meio de mecanismos financeiros, e não rigorosamente tributários.

Tudo isso acarreta uma relação de tensão infindável, que vincula esse *jardim tributário* a essa *praça financeira*, para todo o sempre, carreando o fiel da balança, ora mais para um lado, ora mais para outro.

7. Casalta Nabais (1998), em brilhante e corajoso estudo acerca do "Dever Fundamental de Pagar Impostos", utiliza uma frase que bem sintetiza essas ideias: "É o estado fiscal que paga a conta do estado social". Desta forma, ao serem estabelecidas maiores e mais amplas metas de ação do Estado para a redução das desigualdades sociais, a conta desse custo será apresentada a quem tem recursos, visando satisfazer essas necessidades coletivas, inscritas nas normas legais ou constitucionais estabelecidas pela sociedade.

Daí a tensão: busca a sociedade o atendimento das necessidades sociais, e buscam aqueles que possuem maior quantidade de patrimônio e renda afastar-se da responsabilidade social no cumprimento desses deveres. Aqueles se servem do direito financeiro; estes, do direito tributário. Imagina-se uma forte separação entre esses dois âmbitos, porém ela não existe, pois se trata das duas faces da mesma moeda. Sem um não existe o outro. São antitéticos e complementares, devendo resultar em um equilíbrio que permita a convivência em sociedade. Que tipo de sociedade queremos é o ponto fundamental para esse equilíbrio.

Vejamos alguns exemplos.

Um sistema de saúde pode ser custeado integralmente por particulares, que pagariam seu custo através de planos de saúde ou pelo uso efetivo dos serviços que viessem a utilizar.

Pode ocorrer ainda que existam sociedades que desejem ter um sistema público de saúde, aberto a todos, e custeado integralmente por intermédio de impostos, tal como ocorre no Brasil atual, como determina o artigo 198, §1.º, da CF/88[1], que estabelece um sistema único de saúde, custeado integralmente por verbas públicas.

Pode ainda haver um sistema de saúde público, tal como preconizado por Grossekettler, e fortemente criticado por Juan Manoel Barquero Estevan (2002, p. 89 et seq.), em que o custeio se daria através de taxas e não de impostos. Dessa forma, por serem tributos causais e contraprestacionais, as taxas seriam cobradas

[1] "O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes".

apenas daqueles que efetivamente utilizassem aquele serviço, e não de toda a sociedade. O serviço continuaria público, na visão do autor, porém não mais seria custeado por todos, mas apenas pelos efetivos usuários. Parece óbvio que nessa situação o que teríamos seria a privatização do público, e não a publicização do privado. O jardim estaria ampliando suas fronteiras para além do espaço do lar, abarcando bens e coisas públicas, auferíveis apenas por quem tem recursos para usá-las, e não por todos.

No Brasil, a construção de um Estado Democrático destinou-se a

> assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias[2].

Foi esse o motivo pelo qual se promulgou, através de uma Assembleia Nacional Constituinte, a Constituição de 1988. A partir daí é que foi normatizada a divisão do espaço privado e do espaço público em nosso país. E a saúde, como visto, deve ser custeada pelos cofres públicos através de um sistema de impostos e contribuições.

8. A metáfora do "jardim" e da "praça" exaltadas por Nelson Saldanha e as considerações sobre a cisão e a oposição complementar entre Direito Financeiro e Direito Tributário, lembram-me outro autor fundamental para a compreensão desse dualismo: o italiano Domenico Corradine Broussard (1998). Em um texto de excepcional beleza, do qual tomei conhecimento pelas mãos de Jacinto de Miranda Coutinho, ele trata do primeiro dever fundamental que a todos nós incumbe, sejamos bacharéis em Direito, capitães de cavalaria ou catadores de papel nas ruas de uma cidade. Contudo, para nós, operadores do Direito, ele se aplica com maior ênfase.

O Direito decorre de uma vivência em sociedade. Porém pode-se dizer esta mesma frase de outra forma. Pode-se dizer, sem medo de errar, que o Direito existe porque existem seres humanos, porque existem indivíduos.

O sentido etimológico da palavra indivíduo quer dizer não-dividido. Ou seja, é aquele que integra – não o que soma, mas o que se aglutina. Não se trata da união de partes antes cindidas, mas sim da composição de diversas cisões/divisões que se pretendem íntegras, e que nada nos fala sobre a homogeneidade, mas nos remete à lida com as diversas e diferentes formas humanas de pensar, de sentir, de trabalhar e de constituir-se no limite entre o que é do *sujeito* (do *indivíduo*) e o que é dos homens (da *sociedade humana* globalmente considerada).

É um indivíduo, portanto, quem não está dividido, quem se sabe existindo em função do *outro*. E que deve se relacionar com o *outro* com os mesmos valores que estiverem sendo usados por parte dele para consigo. E aí que se encontra a gênese da humanidade, da civilização, nas relações entre os indivíduos, sejam de ordem econômica, afetiva ou cultural.

Somente estará fazendo Direito que mereça este nome quem agir com absoluta paridade entre o *eu* e o *outro*, implementando a ideia de relações entre indivíduos, entre seres não-cindidos.

Digo *paridade* porque estou convencido da imprecisão da ideia de igualdade e da ideia de identidade. As pessoas não são idênticas: apenas as máquinas o são e, talvez, os seres que são fruto da clonagem.

E a igualdade deve se dar perante a lei, o que implica dizer que por trás da lei as pessoas são absolutamente desiguais. Devem-se tratar desigualmente os desiguais, porém mesmo essa ideia demonstra a desigualdade existente, subjacente a todo o processo social e econômico presente em qualquer grupamento humano.

Por isso prefiro usar, com Domenico Corradine, a ideia de *paridade*, fruto do *eu* não-cindido, da ideia civilizatória, das relações culturais e econômicas de uma sociedade, do *eu* que deve tratar o outro de forma paritária, como se fosse a si próprio, que se traduzisse em um *indivíduo*, em uma pessoa integral.

[2] Preâmbulo da Constituição de 1988.

A ideia de tratamento paritário deve estar presente em pelo menos dois momentos: na origem – pois cada um de nós existe e, por esse simples fato, deve ser respeitado; na *paridade* dos valores – cada um de nós tem valor, independentemente de seu grau de conhecimento, riqueza ou influência social. Ou seja, devemos respeitar e nos fazer respeitados por sermos *indivíduos*, por sermos *humanos*.

9. E daí podemos afirmar que o Direito só é Direito quando nele estiverem contidos valores. A palavra *valor*, como a palavra *validade*, tem a mesma origem etimológica latina no verbo *valere*.

Contudo, da origem comum, cada qual passou a exercer uma função distinta: *validade* passou a possuir extremada importância para o Direito, traduzindo-se na implementação de formas. Será *válida* a norma que obedecer a certos rituais de votação e publicação. *Valor* passou a ter maior importância nos estudos éticos, caracterizados pela doutrina jurídica tradicional como metajurídicos, sem maior importância para o Direito, que deve se preocupar de maneira preponderante com o conceito de *validade*, com a *forma*.

Ocorre que esta cisão no Direito – *valor* para um lado e *validade* para outro – acarreta grandes males para a humanidade. Para ficar apenas no século que acabou de passar, temos o direito na Alemanha nazista, o direito no Chile de Pinochet e o direito brasileiro da revolução de 1964. Inegavelmente essas normas possuíam *validade*, mas será que tinham *valor*, no sentido ético, para além das botas dos soldados? Parece-me que não.

Não se deve olhar para o Direito apenas como *validade* – aquele trâmite legislativo que obedece a rituais e passa uma ideia de ordem e segurança do Direito positivado. Deve-se olhar também para o Direito enquanto *valor*, enquanto conteúdo ético, que permita alcançar finalidades libertadoras e emancipadoras do homem, possibilitando-o chegar à plenitude de sua existência social. Deve-se atuar em prol de *valores*, e não apenas em obediência a cânones de *validade*.

Enfim, o primeiro dever fundamental do homem é o de dizer *não* e o de reagir, quando a ordem jurídica imposta for uma ordem injusta, que se preocupe apenas com a *validade*, com a *forma* do Direito, e descure dos *valores* da sociedade, o maior dos quais é o da Dignidade da Pessoa Humana. Este é o primeiro dever fundamental de cada um de nós, e que deve nos guiar.

No Brasil, a partir do advento da Carta de 1988, a Dignidade da Pessoa Humana foi alçada a categoria de *fundamento* do Estado Democrático de Direito, conforme o artigo 1.º, III[3]. Logo, deve abranger as relações entre as pessoas privadas, em suas relações no *jardim*, bem como as relações públicas, que ocorrem na *praça*.

10. É por tal fato que devemos ter em vista essa relação de *complementaridade na oposição*, que coloca o Direito Financeiro e o Direito Tributário em campos aparentemente opostos e em disputa, sendo que de seu equilíbrio é que poderemos construir uma sociedade livre, justa e solidária, conforme preceitua o artigo 3.º, I, de nossa Constituição. A Dignidade da Pessoa Humana é um valor central ao Direito, a qualquer direito, o Direito Tributário e o Financeiro inclusive.

Poderia tratar desse preceito sob várias diferentes lentes, e tentar vislumbrá-lo em diversos momentos de nosso cotidiano – as relações trabalhistas seriam um excelente campo de observação – mas irei observá-lo apenas sob a ótica do direito à saúde, para ficar no exemplo já acima comentado e que é um excelente campo de intersecção entre o *jardim* e a *praça*.

Um paciente com HIV/AIDS, sem recursos financeiros, apelou ao Judiciário para ver garantido seu direito ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários para seu tratamento, o que estava sendo negado pela Prefeitura Municipal de Porto Alegre.

Foi confirmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que nossa Constituição garante a todos *Direito à Saúde* como consequência constitucional indissociável do direito à vida[4]. Disse o Ministro Celso de Mello (BRASIL. STF, 2000, p.101) que

> o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das

[3] Extremamente interessante a análise desenvolvida por Ingo Sarlet (2001) sobre ser a Dignidade da Pessoa Humana um Princípio Fundamental.

[4] Art. 5.º, *caput*, e art. 196.

> pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

Nesse caso, o STF entendeu que o direito à saúde faz parte do direito à vida, e que incumbe ao poder público assegurar a todos acesso a tratamento farmacêutico e médico-hospitalar digno. O problema da saúde é importante demais para que o Poder Público o ignore e deixe de tratar desigualmente os desiguais (diria melhor, com *paridade*), o que é um mandamento constitucional. Mais uma vez avulta a Dignidade da Pessoa Humana como central para o deslinde da questão e da implementação dos direitos humanos.

Ainda nesse caso, foi asseverado que não se pode dar interpretação à norma constitucional de tal maneira que a torne inoperante, transformando-a em uma *promessa constitucional inconsequente*. Consta do acórdão que

> O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Alem disso, o STF retornou ao tema dos limites mínimos da Dignidade da Pessoa Humana, ao mencionar que a distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes

> dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5.º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

Ou seja, as pessoas têm direitos inalienáveis a serem tratadas com dignidade, mesmo que somente possuam a consciência de sua própria humanidade e de sua dignidade, e nada mais. Portanto, existem direitos inerentes à pessoa humana, dentre eles o direito à vida e, nele inserido, o direito à saúde. Além disso, não se pode implementar a Constituição de modo a torná-la uma folha de papel sem nenhum valor, frustrando expectativas de toda a sociedade.

É certo que foi feita justiça no caso concreto, decidido em favor de uma única pessoa, mas o Direito Financeiro não deve servir apenas a quem possui instrumentos jurídicos para movimentar o Poder Judiciário a seu favor – o que, de certa forma, apenas mantém o privilégio existente, privatizando o espaço público através de soluções individuais; é o alargamento do *jardim*. É imprescindível que se consiga obter soluções para todos, e não apenas para alguns, no âmbito financeiro – a *praça* deve se erguer acima de soluções individuais. Mantém a injustiça a obtenção de remédios e tratamento apenas para quem for ao Judiciário, quando sabemos que uma enorme gama de pessoas não tem condições de a ele recorrer e que está cada vez mais arraigado o discurso de que o Poder Judiciário não deve se imiscuir em políticas públicas[5].

11. Como suportará o Direito Financeiro a pressão do Estado Social e de todas as suas promessas, se o Direito Tributário não der as respostas adequadas para sua implementação? Voltaremos todos a cuidar de nossos *jardins*, internos a nossos lares, deixando a *praça*, o espaço público, abandonado?

Se o descaso com o público, o coletivo, se tornar usual, uma possível consequência será o homem

[5] Para uma análise desse tema é imprescindível a leitura de um artigo de Fábio Konder Comparato (1997, v. 2). Deve-se também ler o livro de Maria Paula Dallari Bucci (2002).

voltar-se integralmente para seu *jardim*, cindindo-se cada vez mais e isolando-se na vida privada. Com isso, tornar-se-á impossível protestar em favor de nossa vida privada, uma vez que destruído (ou amplamente reduzido) o âmbito público, perder-se-á o que vem sendo historicamente construído e transmitido de homem para homem, pois uma das mais importantes funções da *praça* é promover a transmissão da cultura e do pluralismo necessários para se viver em sociedade.

Com isso perderá também o Direito, parte integrante dessa *cultura* de humanização transmitida através dos séculos.

É imprescindível que seja realizado o necessário equilíbrio entre o espaço do *jardim* e da *praça*, *do âmbito privado* e do *público*, do *Direito Financeiro* e do *Direito Tributário*, de forma dinâmica, permitindo que o Estado Social cumpra suas promessas de construção de uma sociedade livre, justa e solidária – palavras que não podem se constituir em um Cavalo de Troia para a manutenção infinda do *status quo*, postergando a plenitude da Dignidade da Pessoa Humana.

Referências

BARQUERO ESTEVAN, Juan Manoel. **La función del tributo en el estado social e democrático de derecho.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BRASIL. STF. RE 271286 AgR / RS. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário. Agravante: Município de Porto Alegre. Agravada: Diná Rosa Vieira. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 12 set. 2000. **Diário da Justiça do STF**, Brasília, n. 226, 24 nov. 2000, p. 101.

BROUSSARD, Domenico Corradini. Os direitos fundamentais e o primeiro dever fundamental. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 30, p. 11-23, 1998.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (Org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba.** São Paulo: Malheiros, 1997. v. 2, p. 342-359.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos:** contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998.

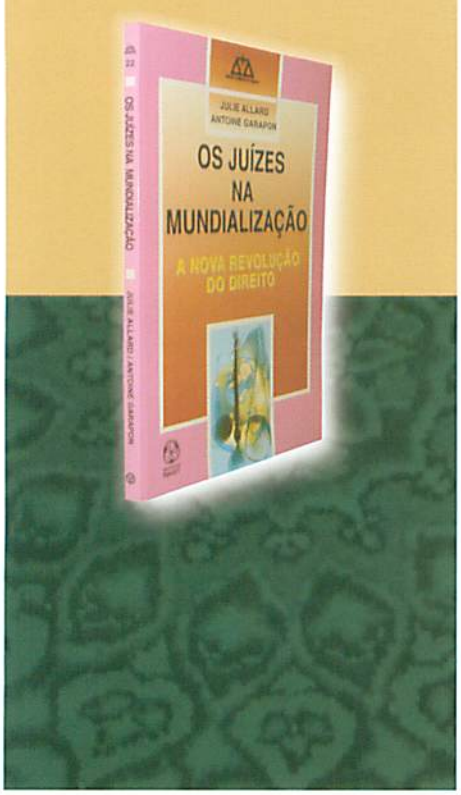
SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça:** ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Resenhas

OS JUÍZES NA MUNDIALIZAÇÃO: A NOVA REVOLUÇÃO DO DIREITO

Por Raimundo Santana*



* Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJPA). Mestre e Doutorando em Direitos Humanos e Proteção Ambiental pela Universidade Federal do Pará (UFPA).

rrrsantana@hotmail.com

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização:** a nova revolução do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2006. 117 p.

Haverá um direito comum a ser aplicado mundialmente? Em tempos de globalização – ou mundialização como preferem os franceses – é interessante questionar qual a abrangência e os contornos (se é que existem claramente) dos campos de influência do direito no plano mundial. Visto não apenas enquanto uma disciplina acadêmica, construída com apoio em princípios de natureza universalizante, o direito é assimilado pelos autores, essencialmente, como um instrumento pragmático de regulação e resolução das mais intrincadas relações sociais que, a partir de soluções locais, resolve questões no âmbito internacional, sejam relativas a negócios, sejam derivadas da interpretação de direitos fundamentais.

A obra está dividida em seis partes, incluídas a introdução e as considerações derradeiras. De início, os autores oferecem ao leitor um conceito que denominam, metaforicamente, de *comércio entre juízes* ou *comércio judicial*. Trata-se, em suma, do intercâmbio de ideias, comportamentos e proposições jurídicas adotadas por tribunais e juízes de diferentes culturas e sistemas jurídicos e que, via importação, servem como fundamentos para deliberações e soluções no interior de outros sistemas jurídicos.

Uma assertiva ressoa bem significativa: as fronteiras políticas já não limitam tão facilmente a circulação do direito. Advertem os autores que isso não significa, necessariamente, que esteja em vias de edição um sistema e/ou uma ordem jurídica globais, na medida em que não há uma hierarquia (nem mesmo implícita) que coloque o *direito globalizado* acima do direito praticado pelos Estados soberanos. Não obstante, o *comércio* entre os juízes produz uma sociedade jurídica global de operadores que partilham horizontes, funções e tarefas comuns, irradiando conceitos e concepções jurídicas.

O leitor é situado em um ambiente de investigação ainda pouco explorado, qual seja: a influência e a força dos instrumentos jurídicos advindos de realidades jurídicas completamente distintas. Afinal, quais as causas e como se justificam e instrumentalizam o uso, por juízes e tribunais, de elementos conceituais oriundos de culturas jurídicas que lhes são – ao menos em princípio – inteiramente estranhas? A temática é abordada a partir da aferição de alguns casos, como a decisão da Suprema Corte Norte-Americana que, com apoio em uma interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), declarou inconstitucional uma lei do estado do Texas que tipificava o homossexualismo como crime.

Contudo, não somente os efeitos da jurisprudência alienígena são objeto de observação dos autores. Ademais, o *comércio* entre juízes se dá também mediante o diálogo entre sistemas jurídicos diferentes: *common law* e *civil law*. Registram que a referência às decisões estrangeiras tem múltipla função: os juízes buscam, antes de tudo, encontrar soluções ou argumentos lógicos, servindo as jurisprudências estrangeiras como uma espécie de manancial de ideias. Mas não o fazem de maneira aleatória, pois, para resolverem casos de difícil solução, procuram uma garantia jurídica, de maneira que a fertilização recíproca vem se juntar à busca pela legitimidade da decisão.

ALLARD e GARAPON preconizam em vez de um sistema judicial globalizado – que pressuporia uma organização hierárquica e um conjunto de normas comuns que não existem – aquilo que denominam de *sociedade de tribunais*, à semelhança de uma rede, tal como proposta por François Ost, por exemplo, ou seja, um espaço decisional não hierarquizado e policêntrico.

Esclarecem os autores que a mundialização da justiça funciona, por conseguinte, como um princípio de estabelecimento de relações nas quais nenhum tribunal poderá permanecer indiferente aos seus homólogos. Para alcançar esse fim, não serão necessários vínculos formais ou instâncias físicas de coordenação, normalmente considerados como critério de juridicidade.

Todavia, a existência desse *comércio* entre juízes não se dá de maneira pacífica e sem controvérsias, porquanto *os juízes não são anjos*. Subsiste uma espécie de competição que anima a defesa de interesses econômicos e políticos. Afora isso, há uma disputa, nem sempre declarada, pela promoção de diferentes sistemas e culturas jurídicas, em busca do papel de melhor intérprete dos desafios propostos pela mundialização. Não se trata de impor decisões, mas de influenciar o modo como são apresentados os problemas e a linguagem através do qual são formulados. Nesse confronto, são formadas alianças que não implicam em perda dos referenciais, pois os juízes não traem a vontade política que os mandatou; ao contrário, ao *comerciar* suas ideias tentam prolongá-la, influenciando aos demais.

O enxuto e bem construído texto de ALLARD e GARAPON tende a estimular reflexões – com apoio na atuação das cortes europeias e norte-americanas – acerca dos intrincados problemas decorrentes da globalização e as suas implicações na atuação jurisdicional no âmbito do ordenamento interno dos países. A dupla de intelectuais europeus aborda, com argúcia, o fenômeno da mundialização (ou globalização, como conhecida em nosso meio) sob a ótica do intenso intercambio de conceitos, informações e formações jurídicas distintas, por vezes inteiramente distintas, entre juízes e tribunais, especialmente do mundo ocidental.

A obra interessa não apenas a juízes e demais operadores do direito; interessa a todos que refletem sobre a globalização e os seus efeitos valorativos jurídicos, políticos, sociais e econômicos que estão em acelerada fase de consolidação.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, ELEMENTOS DO ESTADO DE DIREITO E EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO: O CASO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS NO BRASIL

Por Raimundo Wilson Gama Raiol*

CAÚLA, César. **Dignidade da pessoa humana, elementos do estado de direito e exercício da jurisdição:** o caso do fornecimento de medicamentos excepcionais no Brasil. Salvador: Juspodivm, 2010. 174 p.

A obra tem como enfoque medular a discussão em torno de decisões judiciais autorizadoras do fornecimento de medicamentos de alto custo, como resposta a demandas individuais com tal objeto movidas contra a União, Estados e Municípios (p. 21).

Reflete a preocupação com essa questão, que o autor designa como "linha da tendência majoritária" (p. 21), realçando sua gravidade ante a realidade, ao informar que "os valores dispendidos nacionalmente para o fornecimento de medicamentos excepcionais são portentosos" (p. 25) e que, no ano de 2003, foram cerca de R$ 1.050.000.000,00 (um bilhão e cinquenta milhões de reais), presumindo-se que, nos dias atuais, sejam esses números muito mais significativos.

Depois de tratar do Estado de Direito, o autor suscita um primeiro questionamento, da seguinte maneira: "a concessão de medicamentos de alto custo por via judicial, do modo como vem ocorrendo no Brasil, é adequada ao Estado de Direito Democrático e Social ou antes atenta contra ele?" (p. 47).

Ao discorrer sobre a dignidade da pessoa humana, alerta para o fato de que esse princípio não consta com delimitação precisa, doutrinária e jurisprudencialmente, e para a necessidade de comedimento no seu uso, destacando que é referido, "pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, ao lado dos direitos fundamentais à vida e à saúde, como justificação de decisões que determinam a concessão de remédios de alto custo" (p. 55-57). Em derredor desse ponto, formula as seguintes indagações: "É a ideia manejada, nesses casos, de maneira adequada? O mesmo princípio da dignidade da pessoa humana não serviria a justificar decisões em sentido contrário ao entendimento majoritário? Essa jurisprudência concessiva deixa de levar em conta alguma feição do princípio que seria especificamente violada com a concessão?" (p. 57).

Acrescenta que não será Estado de Direito aquele que não almejar a proteção da mencionada dignidade ou que, ao menos, admitir sua violação, o que leva à mais acentuada percepção, "em sede de direitos que implicam repartição de meios financeiros e humanos, de que a atenção a um cidadão não pode ser tal que implique desprezo pelos demais, ainda que indireto" (p. 69-70). E, de vez que, na democracia, o referido princípio exige mecanismos de participação dos indivíduos na formação da vontade do Estado, questiona: "é adequada a dignidade da pessoa humana uma prática jurisprudencial que em seu conjunto simplesmente desconsidera a decisão democrática relativa à destinação dos dinheiros públicos aplicados na proteção da saúde?" (p. 70-71).

* Mestre e Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor da UFPA/ Instituto de Ciências Jurídicas. Diretor do Departamento de Ensino e Pesquisa da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas.

raimundo.raiol@tjpa.jus.br.

Algumas afirmações que permeiam a obra trazem à meditação a problemática relacionada às decisões judiciais que concedem o fornecimento de medicamentos para atendimento a demandas individuais.

Com efeito, uma das afirmações é no sentido de que os defensores desse fornecimento, por determinação judicial, a despeito de invocarem o princípio da dignidade da pessoa humana parecem não perceber (ou não querer perceber) que, dessa maneira, a garantia de igualdade é fortemente atingida, formal e materialmente (p. 101). Aponta como uma das vertentes disso o fato de não se levar em conta a objetiva impossibilidade de que tal medida, em termos de padrão de atendimento farmacológico, seja estendida a todos os que se encontrem em idêntica situação (p. 102). Acrescenta, em outro trecho, que as decisões judiciais para esse fim apresentam estruturação individualista e particularizada, tanto assim que, em nenhum julgamento, se pode perceber qualquer preocupação com a possibilidade, ou não, de, na mesma situação, ser atribuído o mesmo suposto direito a todos (p. 102).

Nessa direção, depois de aludir, exemplificativamente, aos custos das terapêuticas de ponta, considera intuitivo que não pode ser exigido que um serviço público de saúde custeie todos os tratamentos a quem deles necessite, sob pena de inviabilizar-se o sistema e a máquina estatal, exceto se houver racionalidade e racionamento dos dispêndios (p. 102). Mais adiante, traz a lume a necessidade de racionalização, pois, segundo dados coletados por Fabíola Sulpino Vieira e Paola Zucchi, no ano de 2000, cerca de setenta milhões de brasileiros, ou 41% da população, não tinham acesso a medicamentos (p. 127-128).

Permite o autor depreender de suas considerações que a igualdade é atingida por outro fator, qual seja, o de que, por não haver obediência a pressupostos gerais previamente estabelecidos, restam privilegiados aqueles que se apresentam ao Poder Judiciário na busca da concessão dos referidos medicamentos, de custos elevados, repercutindo isso em detrimento daqueles que não podem usar de igual viés jurisdicional, porque ficam desassistidos, apesar de não haver barreira econômica intransponível de acesso ao processo judicial (p. 104-107).

Averba que a ideia do mínimo existencial, oriunda da doutrina alemã, não se aplica ao questionado fornecimento de medicamentos, porque, no caso, não há "condições elementares de atenção à saúde" (p. 122), porém, hipóteses de postulação de medicamentos de alto custo para o erário, usualmente vinculados à terapêutica avançada, mas não correspondentes à única alternativa de tratamento. Nesse passo, salienta que os julgados brasileiros "transformam o 'mínimo' em 'máximo', usando o argumento da dignidade da pessoa sob uma perspectiva individualista" (p. 122), por isso, declarando a obrigatoriedade de o Estado prestar serviços de saúde e a fornecer medicamentos, alegando-se, em caso concreto, que são necessários para assegurar a sobrevivência do indivíduo.

Nas suas conclusões, a obra sintetiza: "A atribuição judicial de medicamentos de alto custo, tendo talvez uma psicológica justificativa de caridade, termina por ser perversa, porque reduz, precisamente, aqueles recursos que poderiam contribuir para combater a desigualdade e beneficiar os que nem mesmo sabem que têm direitos" (p. 163).

No momento em que a judicialização da saúde deixa apreensiva a sociedade, a obra se afigura como grande base para análise e reflexão sobre o controvertido assunto.

Papel certificado pelo FSC, que garante que a origem da madeira é correta, proveniente de florestas plantadas e sustentadas

NORMAS PARA ENVIO DE ARTIGOS À LEITURA

A Leitura - Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará tem periodicidade semestral, tiragem atual de 1.200 (um mil e duzentos) exemplares e reúne trabalhos inéditos relacionados com assuntos de interesse jurídico-pedagógico ou que representem resultados de estudos e pesquisas sobre a atividade jurisdicional. A revista classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

SEÇÕES FIXAS

Artigos: matérias de caráter opinativo e revisões de literatura;

Entrevistas: enquete com profissionais de competência reconhecida que contribuam com sua experiência pessoal;

Resenhas: indicações de leitura contendo análise crítica sobre livros, dissertações e teses recentemente publicados.

SEÇÕES NÃO FIXAS

Reportagens: matérias jornalísticas relacionadas a casos de relevância para a memória do Judiciário paraense;

Relatos: comunicações e descrições de experiências profissionais;

Contos e poemas: trabalhos de caráter literário e reconhecido valor artístico.

SELEÇÃO DOS TRABALHOS

1 - Os trabalhos para publicação deverão ser encaminhados à Secretaria Executiva d' A Leitura, para o endereço da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará, Tv. Quintino Bocaiúva, 1388/1404 – Nazaré – Belém – Pará, seguindo as seguintes normas:

I – Os trabalhos devem ser apresentados de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT e digitados na versão do aplicativo Word (ambiente Windows) mais atual, com as seguintes especificações: fonte Arial; corpo 12; formato de página A 4; espaços 1,5 cm nas entrelinhas; margem superior e esquerda 3 cm, inferior e direita 2 cm; títulos e subtítulos centralizados e em caixa alta. Os artigos devem conter entre cinco (05) e dez (10) páginas.

II – Todos os trabalhos devem conter um resumo informativo em português, acompanhado da versão em inglês, com até 200 palavras (NBR 6028-Resumos), seguido pelas palavras-chave, também acompanhadas da tradução para o inglês, que representem seu conteúdo (no mínimo três e no máximo oito). O título também deve ser fornecido nas duas versões (português e inglês).

III – Devem ser indicadas todas as referências bibliográficas utilizadas como fonte (NBR 6023-Referências-Elaboração). Qualquer citação retirada de outra obra deve ser referenciada, inclusive indicada a página de onde foi colhida (NBR 10520-Apresentação de citações em documentos).

IV – As figuras a serem utilizadas devem ser encaminhadas com suas respectivas legendas e numerações no rodapé, contendo no verso o título do trabalho e o nome do autor principal. Se encaminhadas em mídia eletrônica, deverão ter a resolução mínima de 300 dpi. O formato preferencial é o JPG, devendo ser evitados quaisquer outros formatos.

2 - Os trabalhos deverão ser inéditos ou apresentados em eventos públicos, cujos anais não tenham sido publicados. Excepcionalmente, serão aceitos trabalhos que já tenham sido publicados em periódicos estrangeiros. Nesse caso, serão sujeitos à mesma avaliação de originais inéditos e o autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da publicação em que seu texto tenha sido originalmente impresso, acompanhado de cópia do artigo.

3 - A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores.

4 - Juntamente com o artigo, o autor deverá enviar uma autorização para sua publicação contendo nome completo, nome e endereço da(s) instituição (ões) a que está vinculado, bem como o cargo que ocupa.

5 - Para artigos com autoria múltipla, é necessário informar a ordem de apresentação dos autores e declaração de cada um autorizando a publicação.

6 - O autor poderá retirar seu trabalho, desde que não se tenha iniciado o processo gráfico, e mediante a assinatura de um documento desistindo da edição.

7 - O editor se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem ortográfica e gramatical, bem como de adequar os trabalhos às normas disciplinadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), caso necessário. As provas finais não serão enviadas aos autores.

8 - As opiniões emitidas pelos autores são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da ESM-PA.

9 - Os trabalhos publicados passam a ser propriedade da edição, ficando sua reimpressão, total ou parcial, sujeita à autorização expressa da Comissão Editorial da ESM-PA. Os originais, bem como materiais gráficos que os acompanhem, não serão devolvidos aos autores.

10 - À Comissão Editorial é reservado o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial ou do parecerista, como também o direito de propor eventuais alterações, desde que tenha a aprovação do autor.

11 - Nenhum dos membros responderá individualmente por conceitos emitidos em pareceres, responsabilizando-se a Comissão Editorial por qualquer julgamento, desde que tenham sido satisfeitas as exigências previstas neste regulamento.

12 - As identidades de autores e pareceristas serão mantidas em sigilo.

13 - Os consultores emitirão seus pareceres segundo os seguintes conceitos:

I – Aceito;
II – Sujeito a alterações;
III – Recusado.

14 - Os autores serão comunicados, por meio da Secretaria Executiva, da aceitação ou recusa de seus trabalhos.

15 - Havendo necessidade de alterações nas matérias avaliadas, cabe à Secretaria Executiva encaminhar o equacionamento da questão junto ao autor.

16 - Cada autor receberá cinco (05) exemplares da publicação. O restante da tiragem, pertencente à ESM-PA, será dividido em cotas de distribuição e intercâmbio. Quando necessário, serão tomadas as medidas referentes à cessão de direitos autorais.

17 - A distribuição e o intercâmbio das publicações editadas são tarefas da ESM-PA, que deve manter, ainda, uma reserva técnica das obras.

A Leitura
Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará
Tv. Quintino Bocaiúva, 1388/1404 – Nazaré – Belém – Pará
CEP: 6035-190 – Fone/Fax: (91) 3242-5616
E mail: esmsg@tj.pa.gov.br