

Vicente de Paulo Barretto

Mauricio Mota

POR QUE ESTUDAR FILOSOFIA DO DIREITO?
Aplicações da Filosofia do Direito nas
Decisões Judiciais

Apresentação
ROBERTO ROSAS

Prefácio
EROS ROBERTO GRAU

1ª edição

Brasília

ENFAM

2011

PROF. DR. VICENTE DE PAULO BARRETTO

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESA e da Faculdade de Direito da UERJ. Coordenador-geral do **Dicionário de Filosofia do Direito, do Dicionário de Filosofia Política** e autor de **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. Pesquisador do CNPq.

PROF. DR. MAURICIO MOTA

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UERJ e Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Coordenador do livro **O Estado Democrático de Direito em questão: teorias críticas da judicialização da política** e autor de **Questões de Direito civil contemporâneo**.

POR QUE ESTUDAR FILOSOFIA DO DIREITO? Aplicações da Filosofia do Direito nas Decisões Judiciais

Apresentação

PROF. DR. ROBERTO ROSAS

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFRJ. Ex-Ministro do Tribunal Superior Eleitoral. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

Prefácio

PROF. DR. EROS ROBERTO GRAU

Jurista, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal. Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP.

Brasília

ENFAM

2011

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E
APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

Secretário

Francisco Paulo Soares Lopes

Coordenadoria de Pesquisa

Rita Helena dos Anjos

Diagramação

Centro de Ensino Tecnológico de Brasília - Ceteb

Revisão

Texto revisado pelos autores

Capa

Taís Villela

Impressão

Coordenadoria de Serviços Gráficos da Secretaria de Administração do
Conselho da Justiça Federal

M917p Mota, Mauricio.

Por que estudar filosofia do direito?: aplicações da filosofia do direito nas decisões judiciais / Vicente de Paulo Barretto, Mauricio Mota; apresentação Roberto Rosas; prefácio Eros Roberto Grau. -- Brasília : ENFAM, 2011.

575 p.

ISBN 978-85-64668-01-0

1. Filosofia do direito. 2. Decisão judicial, aspectos filosóficos. I.Barretto, Vicente de Paulo. II.Título.

CDU 340.12

SUMÁRIO

Apresentação.....	11
Prefácio.....	15
1. Introdução.....	19
PARTE I - FUNDAMENTOS DA INTERPRETAÇÃO FILOSÓFICA DO DIREITO.....	25
2. Por que Estudar Filosofia do Direito?.....	25
3. As Demandas por Direitos e a Concretização da Moralidade Jurídica.....	37
4. O Estado Democrático de Direito e a Judicialização da Política.....	55
4.1 O Problemático Conceito de Estado de Direito.....	55
4.2 O Estado Democrático de Direito como Condição Prévia para a Plena Consecução da Judicialização da Política.....	68
4.3 O Espaço Social da Judicialização da Política.....	73
4.4 Considerações Finais.....	77
5. A Contribuição Kantiana para a Reflexão sobre o Estado Democrático de Direito.....	79
5.1 Considerações Iniciais	79
5.2 A Quaestio Iuris em Kant.....	84
5.3 O Discurso Jurídico Pós-Tradicional.....	87
5.4 A Autonomia e a Ordem Jurídica.....	89
5.5 O Direito Lato Sensu: Aequitas e Ius Necessitatis.....	90
5.6 Os Fundamentos da Moral Kantiana.....	93
5.7 A Problematização Crítica do Direito a partir da Moral.....	98
5.8 Princípios Racionais a Priori do Direito.....	101
5.9 A Divisão do Direito.....	106
5.10 O Direito à Resistência e Desobediência Civil.....	106
6. A Interpretação do Direito e o Modelo Hermenêutico.....	109
6.1 Um Deus Habilidoso.....	109

6.2	Desnudando os Textos.....	110
6.3	Liberalismo e Interpretação Legal.....	114
6.4	A Refundação da Interpretação do Direito.....	116
6.5	Uma Teoria Matricial.....	118
6.6	Desafios de um Modelo Hermenêutico.....	121
7.	A Interpretação dos Direitos Humanos.....	133
7.1	Considerações Iniciais.....	133
7.2	Legitimação e Eficácia.....	135
7.3	Uma Falsa Dicotomia.....	138
7.4	O que são Direitos Humanos?.....	142
7.5	Nacionalismo e Direitos Humanos.....	145
7.6	Dois Níveis Epistemológicos de Análise.....	146
7.7	Esboço de uma Antropologia Filosófica.....	149
7.8	A Fundamentação Universal dos Direitos Humanos.....	154
8.	Interpretação dos Direitos Sociais.....	163
8.1	Um Novo Paradigma Jurídico.....	163
8.2	A Efetividade dos Direitos Sociais.....	167
8.3	Falácias Teóricas Sobre os Direitos Sociais.....	169
8.4	Falácias Políticas Sobre os Direitos Humanos e Sociais.....	173
8.5	Direitos Sociais e Direitos Fundamentais.....	178
8.6	Etapas na Fundamentação Ética dos Direitos Sociais.....	181
8.7	Igualdade na Liberdade como Fundamento dos Direitos Sociais.....	182
8.8	Justiça e Dignidade da Pessoa Humana.....	185
8.9	Ética e Direitos Sociais.....	187
9.	A Interpretação do Princípio da Dignidade Humana.....	189
9.1	Em Busca de um Conceito.....	189
9.2	Direitos Humanos e Dignidade Humana.....	191
9.3	Os Fundamentos da Dignidade Humana.....	193
9.4	Genealogia do Conceito de Dignidade Humana.....	196
9.5	A Concepção Moderna da Dignidade Humana.....	199

9.6 O Conteúdo do Princípio da Dignidade Humana.....	204
9.7 A Natureza Jurídica do Princípio da Dignidade Humana.....	206
10. Perspectivas Éticas da Responsabilidade Jurídica.....	209
10.1 Duas Responsabilidades e uma Problemática Comum.....	209
10.2 As Transformações do Agir Humano e a Responsabilidade... 212	
10.3 A Responsabilidade como Questão Filosófica: a Resposta Kantiana.....	215
10.4 A Teoria da Responsabilidade e a Problemática da Justiça... 218	
10.5 As Novas Dimensões da Responsabilidade.....	227
PARTE II – ESTUDO DE CASOS CONCRETOS DE APLICAÇÕES	
DA FILOSOFIA DO DIREITO NAS DECISÕES JUDICIAIS.....	231
11. A Decisão do STJ sobre a Função Social da Propriedade, no Caso da Favela do Pullman, Vista sob a Fundamentação de Tomás de Aquino.....	231
11.1 Considerações Iniciais.....	231
11.2 Um Caso Paradigmático: a Prevalência da Posse com Função Social Sobre a Propriedade sem Função Social na Favela do Pullman, em São Paulo.....	232
11.3 O Ponto de Partida Aristotélico.....	239
11.4 A Propriedade em Tomás de Aquino.....	250
11.5 Os Fundamentos Teóricos da Função Social da Propriedade.....	261
11.6 Considerações Finais.....	274
12. A Ideia de Direito ou o Direito Justo de Karl Larenz como Fundamento da Proteção do Devedor Decorrente do Favor Debitoris.....	277
12.1 O Favor Debitoris no Ordenamento Jurídico Brasileiro... 277	
12.2 O Sentido da Expressão Favor, Seus Limites Objetivos e Subjetivos.....	278

12.3 A Proteção do Devedor em Perspectiva Histórica, sua Recepção no Antigo Direito Lusitano e no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	280
12.4 A Ideia de Direito ou o Direito Justo de Karl Larenz como Fundamento da Proteção do Devedor Decorrente do Favor Debitoris como Princípio Geral do Direito das Obrigações.....	296
13. O Conceito Jurídico-Filosófico de Função Socioambiental da Propriedade como Fundamento da Compensação Ambiental, na Nova Interpretação do Supremo Tribunal Federal, Proferida na ADI nº 3378/DF.....	305
13.1 Considerações Iniciais.....	305
13.2 A Nova Interpretação da Compensação Ambiental pelo Supremo Tribunal Federal.....	308
13.3 A Complexidade dos Bens Ambientais e a Função Socioambiental da Propriedade.....	319
13.4 Compensação Ambiental e Responsabilidade Civil: entre Convergências e Divergências.....	337
13.5 A Natureza Jurídica da Compensação Ambiental.....	357
13.6 A Compensação Ambiental como Instituto Concretizador do Conceito Jurídico-Filosófico de Função Socioambiental da Propriedade na Nova Interpretação do Supremo Tribunal Federal.....	375
13.7 Considerações Finais.....	382
14. A Aplicação da Teoria da Confiança de Niklas Luhmann na Fundamentação Jurídico-Filosófica da Aparência de Direito.....	385
14.1 A Ideia de Aparência de Direito.....	385
14.2 Elementos da Aparência de Direito.....	388
14.3 A Teoria da Confiança de Niklas Luhmann como Fundamento Jurídico-Filosófico da Eficácia dos Atos Praticados com Aparência de Titularidade.....	406
14.4 Efeitos da Eficácia da Aparência.....	427

14.5 O Princípio da Responsabilidade por Situações de Confiança e a Tutela Geral no Âmbito da Aparência de Direito...	429
14.6 Considerações Finais.....	432
15. O Conceito Jurídico-Filosófico de Apropriação Econômica da Terra pelo Trabalho como Fundamento da Função Social da Posse.....	435
15.1 Considerações Iniciais.....	435
15.2 O Conceito Jurídico-Filosófico de Apropriação Econômica da Terra pelo Trabalho Como Fundamento da Função Social da Posse.....	436
15.3 A Função Social da Posse.....	464
15.4 Exceção de não Funcionalização Social do Domínio e Temporalidade: O Artigo 1228, §§ 4º e 5º do Código Civil.....	480
15.5 Considerações Finais.....	501
16. A Lógica do Razoável de Recaséns Siches como Delimitação Jurídica Necessária do Princípio da Precaução.....	505
16.1 Considerações Iniciais.....	505
16.2 A Lógica do Razoável de Recásens Siches na Delimitação Jurídica da Ameaça Hipotética, Porém Plausível Caracterizadora da Incidência do Princípio da Precaução.....	510
16.3 Certeza Científica na Determinação do Dano Plausível.....	525
16.4 A Lógica do Razoável na Adoção das Medidas Econômicas Proporcionais para Prevenir a Degradação Ambiental.....	533
16.5 Considerações Finais.....	542
REFERÊNCIAS.....	547

APRESENTAÇÃO

PROF. DR. ROBERTO ROSAS*

Esta pergunta está inserida no ensino jurídico brasileiro. Como, quando, o que estudar de Filosofia do Direito? Esta questão é antecedida de outra – como estudar Filosofia em geral, no ensino médio? O questionamento é antigo, e é resolvido em deslocamentos, proposições e colocações nos currículos escolares.

No início do século XX a Filosofia era ensinada no Colégio Pedro II, no Rio de Janeiro, paradigma do ensino no Brasil, por ninguém menos do que o grande Sílvio Romero, e a cadeira persistiu por décadas com grandes professores. Ali estava, essencialmente, a filosofia geral, e especificamente o estudo das escolas filosóficas, desde os pré-socráticos, até, nos tempos modernos, na década de 60, existencialismo de Sartre. Essa apresentação seria muito importante, para projetar esse ensino de filosofia nas faculdades de Direito. Assim, o já mencionado Sílvio Romero, ensinava no Rio de Janeiro, na Faculdade de Direito, e Pedro Lessa, na Faculdade de Direito de São Paulo. O defeito metodológico estava na cronologia da apresentação, ao início do curso, no 1º ano. Por isso, Romero, não prezava a disciplina, porque afirmava - os alunos não sabiam direito, nem filosofia. Ora, essa afirmação é correta para o direito, porque os alunos iniciavam-se em filosofia do Direito no 1º ano, mas deviam ter capacidade para a filosofia em geral. Entretanto, em 1931, esses reclamos foram parcialmente contemplados, pois a Reforma do Ensino Francisco Campos (professor de Filosofia do Direito na Faculdade Nacional de Direito, do Rio de Janeiro) deslocou a disciplina filosofia do Direito para o curso de pós-graduação, então doutorado.

Em outra reforma, voltou ao bacharelado (graduação), e aí com grande destaque para o extraordinário mestre Miguel Reale, da Faculdade de Direito da USP. Esse insigne professor teve a felicidade de dar início à sua cátedra muito jovem, e durante mais de cinquenta anos deu ao Brasil grandes lições.

Tudo isso é importante, para mostrar as vicissitudes do ensino da Filosofia do Direito, e, conseqüentemente, o seu desconhecimento, e a dificuldade de demonstração da sua importância. Assim, é urgente na formação dos militantes da área jurídica (magistrados, Ministério Público e advogados) a incursão nessa seara de conhecimento, porque na formatação do pensamento jurídico e no poder decisório presente nas decisões, está insito um arcabouço de ideias e de pensamento. Se o magistrado não está permanentemente em contato com esse arcabouço de ideias, certamente seu poder decisório, será limitado a um positivismo arraigado, ou distante de uma realidade social e histórica. O juiz não é um autômato, é um aplicador da lei, não distante das funções sociais e econômicas, porque a decisão é dirigida a pessoas, a ser cumprida por pessoas.

Por isso, importante a obra de Maurício Mota e Vicente de Paulo Barreto, professores do Rio de Janeiro, ambos consagrados, e Barreto, veterano mestre da Sociologia e da Filosofia do Direito, com obras memoráveis. Aqui está mais uma demonstração desse potencial.

O Estado Democrático de Direito está na base do alicerce jurídico, e Kant nos diz, com todas as forças, a partir do imperativo categórico, numa conceituação de moral.

A hermenêutica e a interpretação do direito compõem o quadro diário do juiz. Como interpretar, o que interpretar, que linha a seguir na interpretação. Isso tudo se expande para vários setores jurídicos: direitos humanos, direitos sociais, a partir de um ponto fundamental jurídico, e especial no Brasil, no artigo 1º da Constituição - o respeito à dignidade humana.

Essa apresentação, que é um roteiro dado por este livro, ficaria dispensada com a Parte II – estudos de casos concretos, a adoção de um método indutivo, bem americano, o case study, que nos leva do fato à norma, mas com longa passagem filosófica do tomismo a Luhmann e Luis Recasens Siches (este com a obra clássica tão divulgada no Brasil) o que justifica, por si só, a defesa deste livro, a sua importância.

Ainda que a etimologia de prefácio remonte a Cícero como preâmbulo de um decreto ou razões de uma lei, também Plínio adotava como palavra de escusas, desculpas. Na primeira acepção se concebe como estímulo, incentivo, aplausos aos mestres escritores desta obra, e seu significado. Na segunda acepção, se há desculpas, elas devem ser dadas pelo atraso na divulgação da Filosofia do Direito, para a formação do profissional jurídico, em particular o magistrado. Aqui, estão dois experientes professores, que vem a lembrança, a propósito, de Oliver Holmes, em seu clássico livro (The Common Law) – a vida do direito não foi a lógica, e sim a experiência. E eles tem experiência.

**Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFRJ. Ex-Ministro do Tribunal Superior Eleitoral. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.*

PREFÁCIO

PROF. DR. EROS ROBERTO GRAU*

A interpretação é uma experiência do sujeito que interpreta, de modo que ele é outro após tê-la experimentado, perfazendo-se.

Mesmo essa frase [= texto] há de ser interpretada. Já sou outro após tê-la praticado. O mundo afetado por essa minha experiência, por menor, por mais estreito que seja o seu impacto nele/sobre ele, será também outro, distinto do que existia anteriormente a essa experiência. Mas o sujeito que interpreta esse texto não o interpreta fora da realidade; esse texto [= essa frase] assume significado no quadro da realidade, tal como apreendida (a realidade) pelo sujeito que o interpreta. Nessa experiência atuam, dialeticamente, objetividade do texto e da realidade e subjetivismo do intérprete.

Maurício e Vicente pediram-me um prefácio. Tomo esse texto do *Por que estudar filosofia do direito? Aplicações da filosofia do direito nas decisões judiciais* e, a partir da realidade, tal como existe para mim desde minhas anteriores experiências acumuladas, disponho-me a escrever o prefácio que Maurício e Vicente me pediram.

A outro, porém, não a mim --- tal como eu fui antes de conhecer o[s] texto[s] do *Por que estudar filosofia do direito? Aplicações da filosofia do direito nas decisões judiciais* ---, Maurício e Vicente pediram um prefácio.

Tinha, anteriormente a essa leitura, algo a dizer sobre a filosofia do direito e sua aplicação às decisões judiciais. Posso/devo dizê-las agora de um modo diferente, não importa se a favor ou contra o que dizem os que me convidaram a escrever este prefácio.

Talvez, sem ser contra, observar que não há *filosofias*, mas apenas a *filosofia*. Partimos as coisas para melhor agarrá-las. Mas elas perderão sentido,

sabor, conteúdo se não considerarmos o todo ao qual pertencem. Os que me convidaram tomaram da filosofia do direito como quem toma entre os dedos uma rosa, para fruir do seu perfume. Não a arrancaram da roseira de que brotou, o que a faria fenecer antes do tempo.

A imagem talvez não seja correta porque a filosofia, por não ter tempo, não é uma rosa. O tempo mesmo é posterior a ela, visto que a compreensão do que seja o tempo resulta de uma reflexão filosófica...

Devo, pois, prontamente dizer uma e outra coisa que posso anotar a respeito da filosofia do direito e sua aplicação nas decisões judiciais.

O processo de interpretação dos textos de direito, li em Gadamer, encontra na *precompreensão* o seu momento inicial. Daí que seria interessante procurarmos identificar, no conjunto das decisões que certo juiz (qualquer juiz) toma ou tomou, os fundamentos filosóficos que o inspiram ou inspiraram. Seria interessante e instrutivo... Exercício como tal poderia ser útil (digo-o a sério, sem ironia) à explicitação da *noção*¹ --- pois de *conceito* não se trata, visto que temporal --- de *notório saber*, requisito da investidura de juízes em alguns tribunais.

O que inicialmente me ocorre afirmar é que a fundamentação filosófica é elemento primacial da *precompreensão* do juiz e, se não houver, será um desastre...

Em seguida permito-me lembrar que a interpretação do direito não é uma ciência, não conduz a respostas exatas. A interpretação do direito é uma prudência, um saber prático, a *phrónesis* aristotélica, seu desafio consistindo em comportar, sempre, inúmeras respostas corretas para uma mesma questão.

A amplitude dessas soluções há, contudo, em uma sociedade democrática, de ser pautada, limitada, conformada pelo[s] texto[s] de direito que o juiz interpreta.

1 Idéia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois --- segundo Sartre --- homogênea ao desenvolvimento das coisas.

O desafio democrático torna-se dramático, no instante da decisão judicial de cada caso, na tensão dialética entre objetividade do texto e da realidade e subjetivismo do intérprete. Daí que tenho afirmado que toda decisão jurídica é dramática --- como todo anjo, toda decisão jurídica é terrível.

Retorno neste passo a Kelsen, que só foi idealista para quem não refletiu seriamente sobre o todo de sua obra. Retorno a Kelsen para afirmar que o intérprete toma do texto e da realidade para produzir a norma. A norma, desejo dizer bem alto o que agora digo, é uma construção do intérprete, é produzida pelo intérprete. Há porém uma moldura, a moldura da norma, da qual o intérprete não se pode afastar, pena de sacrifício do Estado Democrático de Direito. Por isso tenho execrado --- em textos, palestras e mesmo em votos, ao tempo da magistratura que exerci --- a chamada ponderação entre princípios², os tais *pospositivismo* e *neoconstitucionalismo* e outros derivados alternativos. Vocês se lembram do *direito alternativo*?

O direito não é apartado da ética.³ Direi mesmo que o direito é uma ética, no Estado Democrático de Direito ética da legalidade. A decisão jurídica é para ser tomada a partir de regras jurídicas, até porque --- desejo também gritar isto --- os princípios existem somente enquanto regras. Os princípios, lembro Antoine Jeammaud, são regras.

O fato é que, como observa Habermas, ao ponderar princípios, o juiz os toma não como *norma jurídica*, porém como *valores, preferências intersubjetivamente compartilhadas*. Daí dizer ainda Habermas que, enquanto uma corte constitucional adotar a teoria da ordem de valores e nela fundamentar sua práxis decisória, o perigo de juízos irracionais aumenta, porque os argumentos funcionalistas ganham prevalência sobre os normativos.

Basto-me, neste passo, em transcrever pequeno trecho do voto que proferi, no STF, na ADPF 153:

2 Ver, v.g., meu voto na ADPF 101.

3 Ver GRAU, Eros. O direito posto e o direito pressuposto. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, especialmente pág. 290 (o índice remissivo indica inúmeras outras páginas em que tratei do tema).

Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor [valor de quem se arrogue a tanto]. É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirma e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores. Então, como diz Hartmann⁴, quando um determinado valor apodera-se de uma pessoa tende a erigir-se em tirano único de todo o ethos humano, ao custo de outros valores, inclusive dos que não lhe sejam, do ponto de vista material, diametralmente opostos.

Eis o que eu desejava novamente afirmar, a fim de que depois não digam que não avisei.

**Jurista, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal. Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP.*

4 Ethik, 3. edição, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1949, pág. 576 (“Jeder Wert hat – wenn er einmal Macht gewonnen hat über eine Person – die Tendenz, sich zum alleinigen Tyrannen des ganzen menschlichen Ethos aufzuwerfen, und zwar auf Kosten anderer Werte, auch solcher, die ihm nicht material entgegengesetzt sind”).

1. INTRODUÇÃO

Os textos reunidos neste livro destinam-se a servir como material auxiliar e introdutório aos temas, problemas e soluções que constituem o corpo do pensamento jusfilosófico contemporâneo. Não devemos procurar respostas definitivas sobre os problemas jurídicos nas obras dos filósofos do direito, mas vamos encontrar os instrumentos teóricos necessários ao processo de conhecimento de nós mesmos e da sociedade em que vivemos. A filosofia do direito é uma reflexão crítica sobre o fenômeno jurídico, objetivado nas leis, doutrinas e jurisprudência, que fornece ao magistrado, e ao jurista de uma forma geral, um instrumento intelectual imprescindível para a aplicação das normas do sistema jurídico do estado democrático de direito. A Constituição brasileira de 1988, em seu Preâmbulo, estabelece que se destina a instituir um estado democrático de direito, baseado em valores.

A filosofia do direito trabalha, precisamente, com esses valores fundantes da ordem social, política e jurídica nacional. Por essa razão, torna-se uma área do conhecimento humano essencial para a decisão judicial, que deverá ser tomada levando-se em conta esses valores. O escopo do estado democrático de direito define-se por esses parâmetros valorativos que se destinam a assegurar, como se encontra consagrado no texto constitucional, *“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, promulgamos, sob a proteção de Deus”*.

O material deste livro pretende, assim, contribuir para que nas escolas de magistratura o magistrado possa se familiarizar e aperfeiçoar continuamente o seu conhecimento técnico-jurídico através da perspectiva crítica da filosofia do direito. Para tanto, essa filosofia do direito para os magistrados estrutura-se em partes e capítulos, cuja temática possibilita uma abordagem crítica do fenômeno jurídico, levando-se em consideração a função da magistratura na construção de uma sociedade democrática.

A primeira parte do livro estabelece os fundamentos iniciais para uma interpretação filosófica do direito. O primeiro texto esclarece significativamente porque se deve estudar a filosofia do direito. Desde a publicação do livro *Princípios da Filosofia do Direito* de Hegel, em 1821, se reconheceu explicitamente a importância de se compreender a Ideia de Direito, de se refletir sobre o fenômeno jurídico. Nesse primeiro texto se enfatiza a compreensão do direito como um sistema de normas, voltado para ao atendimento de valores morais que se encontram consagrados nos direitos humanos, ressaltando-se que o característico da modernidade não é a instituição dos direitos humanos, mas o seu reconhecimento como agente legitimador e, necessariamente, partícipe e integrante da ordem jurídica democrática.

O segundo e terceiro textos da parte I enfocam outra faceta fundamental do direito contemporâneo: o processo de judicialização da política. Procura-se salientar nesses textos que o paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito se caracteriza por ser um Estado de Direito em um contexto pós-positivista, marcado por uma reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; pela reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; pela formação de uma nova hermenêutica. E, ainda, pelo desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana, tudo a aproximar o âmbito do direito daquele da política, juridicizando as relações sociais, mas, ao mesmo tempo, conservando o que existe de irredutível em cada um desses campos do saber. Esse é o desafio do Judiciário do nosso tempo, atuar com segurança e justiça nessa seara permeada por valores, muitas vezes contraditórios entre si.

No quarto texto se ressalta a contribuição do paradigma kantiano para o entendimento contemporâneo do direito. O objetivo filosófico principal de Kant, no âmbito da filosofia do direito, foi encontrar os fundamentos do Direito e do Estado a partir dos conceitos *a priori*, ou seja, princípios de uma razão jurídico-prática pura, não empírica, que irão justificar racionalmente as restrições ao exercício da vontade soberana. Kant intenta definir as bases racionais puras, as únicas capazes de sedimentar, na sua perspectiva, o conhecimento filosófico e assegurar uma leitura crítica da realidade jurídica. Seu esforço teórico, aqui

apresentado, possibilitou o desenvolvimento do raciocínio jurídico em bases muito mais amplas, bases essas que possibilitaram os avanços da reflexão jurídica, seja para corroborar as premissas kantianas, seja para criticá-las.

Por fim, nos textos cinco a nove da primeira parte se apresentam em detalhe os fundamentos teóricos para uma interpretação filosófica do direito, em grau decrescente de generalidade, do mais geral para o mais específico. Assim, são sucessivamente apresentados o modelo hermenêutico de reflexão sobre o direito, a interpretação dos direitos humanos, dos direitos sociais, do princípio da dignidade humana e as perspectivas éticas da responsabilidade jurídica.

Tais paradigmas teóricos interpretativos visam balizar para o intérprete do direito um cabedal de conhecimentos necessários à plena compreensão daquilo que está por trás do sentido das regras jurídicas. Cada regra jurídica tem em si própria uma historicidade e uma reflexão filosófica pregressa e cabe ao aplicador do direito ao interpretar a regra ter em vista essas balizas para uma perfeita compreensão do fenômeno jurídico como uma totalidade.

Na segunda parte do livro se estudam casos concretos da aplicação da filosofia do direito nas decisões judiciais, ilustrando e esmiunçando as definições teóricas apresentadas na primeira parte.

No texto dez da segunda parte se estabelecem os fundamentos teóricos da chamada função social da propriedade. Conclui o texto que os bens que o homem tem são legítimos desde que tenham a finalidade de lhe garantir o espaço vital digno e suficiente para a vida pessoal e social. Se os bens, por essa perspectiva, pertencem a todos, cada indivíduo tem direito à sua parte, sem o que não se cumpriria a destinação universal, ao menos se se considerar que possuir e desfrutar tudo em comum não é prescrição de direito natural, nem é possível na prática. Tudo o que ultrapassa a necessidade do espaço vital e tudo aquilo que não é bem administrado ou que, por qualquer razão, pela extensão ou pelo mau uso, prejudicar a outrem, deve ser submetido aos critérios da comunidade, isto é, do bem comum. Os textos doze e quatorze da mesma parte reforçam essa perspectiva, analisando, respectivamente, a função socioambiental da propriedade a partir da compensação ambiental, tal como a entende o Supremo

Tribunal Federal e a função social da posse como apropriação econômica da terra pelo trabalho.

No texto onze se esmiúça a ideia de direito no pensamento de Karl Larenz e aplica-se a mesma ao instituto da proteção do devedor, estabelecendo que este funda-se na ideia de direito, como o comprova o desenvolvimento histórico dos seus institutos, e atua para atenuar os rigores do *pacta sunt servanda*, reequilibrando a noção de obrigação e consubstanciando a *ratio* e a justificação deontológica das regras protetivas do direito ibérico e latino-americano.

O texto treze expõe a teoria da confiança de Niklas Luhmann e esclarece como essa abordagem teórica da confiança pode servir de fundamento da eficácia dos atos praticados com aparência de titularidade, excluindo, por sua vez, as teorias que baseiam tal fundamento na culpa, na boa-fé subjetiva tão-somente, na simulação ou no risco. O pensamento da confiança na acepção luhmaniana integra-se, pois, no sistema jurídico sem romper as suas estruturas e coerência: numa época marcada pela pressão no sentido do incremento da interação humana, e pela tendência da impessoalidade, correlato da urgência de uma maior e enérgica autonomia dos sujeitos, a proteção da confiança diminui os riscos da ação ligada à progressiva interdependência dos sujeitos, como mostra o texto.

No texto quinze da segunda parte, por fim, se discute a ideia de razoabilidade no direito tal como a compreende Recasens Siches, para a delimitação jurídica necessária do chamado princípio da precaução. Define-se nesse texto que a interpretação das regras jurídicas não se faz através das balizas da lógica tradicional, com razões de tipo matemático (silogismos), mas sim por meio de estimações jurídicas que sopesem desde a determinação da norma aplicável ao problema concreto, consoante os valores envolvidos, até a constatação dos fatos, bem como a qualificação jurídica desses fatos. Assim, as razões que estimamos corretas e que possibilitam a compreensão de um fato humano valorado pelo direito são razões no campo da razão, mas não da armação racional da lógica tradicional e sim da estrutura do logos do humano, do logos da ação humana. É algo que deve ser resolvido razoavelmente. Nesse logos do razoável intervêm observações e experiências de realidades várias, de realidades humanas e não humanas; assim como intervêm juízos de valor, juízos estimativos

derivados sobre fins, juízos estimativos sobre a bondade ou não dos meios, e juízos estimativos sobre a adequação, e também sobre a eficácia dos meios para conseguir a realização dos fins propostos.

Portanto, o presente livro pretende apresentar, em seus diversos elementos, uma visão introdutória, mas substancial, da filosofia do direito e ressaltar sua utilidade para os operadores do Direito para que estes, no deslinde de lides complexas sempre submetidas ao juízo, possam melhor se orientar e decidir essas lides, que traduzem os conflitos reiterados e seculares entre os diversos grupos de nossa sociedade, resolvendo os ditos conflitos a partir da sempre renovada perspectiva do humano, do razoável e dos efetivos direitos fundamentais dos contendores.

PARTE I - FUNDAMENTOS DA INTERPRETAÇÃO FILOSÓFICA DO DIREITO

2. POR QUE ESTUDAR FILOSOFIA DO DIREITO?

A expressão filosofia do direito surgiu somente, no início do século XIX, ainda que a temática deite as suas raízes nas origens da cultura jurídica e política do Ocidente. Pode-se mesmo datar o uso do termo, quando da publicação dos *Princípios da Filosofia do Direito*, de autoria de Hegel, em 1821. Hegel inicia o seu texto, destinado a servir para o curso por ele dado de filosofia do direito, referindo-se à “ciência filosófica do direito”, que teria por objeto a Ideia do direito, que compreenderia o conceito de direito e sua realização.⁵ Kant, por sua vez, tratou da temática da filosofia do direito, mas usou outros termos para a ela referir-se: “doutrina do direito” ou “metafísica do direito”. Antes de Kant, outros filósofos, como Puffendorf, Burlamaqui ou Wolf utilizaram outros termos, como “teoria do direito natural”, “princípios de direito natural”, ou ainda, “ciência do direito natural” para tratarem dos temas próprios da filosofia do direito.

A área de conhecimento da filosofia do direito situa-se em patamar diferenciado da ciência do direito ou da doutrina do direito positivo. A filosofia do direito, que se constitui num ramo da filosofia pura, consiste numa reflexão filosófica sobre o fenômeno jurídico. Duas perguntas podem ser feitas quando tratamos das características e da utilidade da filosofia do direito. A primeira refere-se ao tema de investigação privilegiada nessa área de estudos filosóficos, qual seja a análise da ideia do direito e de sua realização. A segunda tem a ver como essa ideia irá ser transformada em conhecimento objetivo e que tenha repercussão no universo jurídico.

5 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Principles de la philosophie du Droit*. Paris: Gallimard, 1940, p. 47.

Para que a filosofia do direito possa preencher essa dupla função, ela trabalha com conceitos abstratos, necessários para o estabelecimento de um discurso racional comum entre a filosofia e o direito. A função do Direito consiste, então, em apropriar-se desse conhecimento e empregá-lo para que se possa justificar como as normas jurídicas, que são gerais e abstratas, podem ser aplicadas em cada caso concreto. As dificuldades encontradas nessa passagem entre um tipo de conhecimento e outro permitiram que se explicitasse, principalmente no positivismo jurídico, uma radical oposição e exclusão entre a filosofia do direito e a ciência do direito. Permaneceram as interrogações de como a filosofia poderia contribuir para a realização do direito ou em que medida a reflexão filosófica sobre o direito poderia dotá-lo de uma função crítica de seus próprios pressupostos teoréticos e permitir uma avaliação valorativa da sua prática. Em outras palavras, quais seriam as condições de possibilidade de uma reflexão que superasse a ideia do Direito redutível ao fato?

O modelo epistemológico do positivismo jurídico transmitiu para a formação do jurista a desconfiança de que o Direito encontrava-se traído pela filosofia⁶, desconfiança que se expressa, principalmente, nas perguntas feitas pelos estudantes de direito. O curso de filosofia do direito aparece como uma perda de tempo e que nada representa diante de suas preocupações mais imediatas e práticas. Estudar a filosofia do direito serviria unicamente para atender às exigências do currículo mínimo do curso de bacharelado em direito, exigido pelo MEC.

A partir da promulgação da Constituição de 1988, entretanto, pelas razões que procuraremos explicitar a seguir, passou-se a examinar qual a possível contribuição da filosofia do direito para o direito e, especificamente, para a aplicação da Constituição e das leis positivas pelo poder judiciário. Existem razões para que o estudante de direito deva aplicar-se nesse tipo de estudo teórico, abstrato, aparentemente distante dos códigos e da vida dos tribunais? Por que, enfim, estudar a filosofia do direito?

6 ARNAUD, André-Jean. *Le droit trahi par la philosophie*. Rouen: Centre d'études des systèmes politiques et juridiques, 1977, p. 2.

O interesse pela temática da filosofia do direito é um fenômeno cultural e político que se manifesta no espaço público de todas as sociedades contemporâneas. Nações tradicionais, com culturas jurídicas sedimentadas, bem como nações recentemente estabelecidas, reclamam uma grande dose de reflexão filosófica sobre o Direito e a Lei. Isto porque as sociedades democráticas têm como princípio nuclear o exercício da liberdade, tendo o direito a função de ordenar o exercício da liberdade individual. Por essa razão, as últimas décadas presenciaram uma maré crescente de democratização, que se caracterizou pelo revigoramento e o estabelecimento de instituições democráticas. Essas instituições exigem, por sua própria natureza, para o seu funcionamento, uma atenção permanente para a questão da liberdade, da igualdade, da responsabilidade, dos direitos humanos, todos temas da filosofia do direito.

Antes de poder responder concretamente às questões acima formuladas, parece-me oportuno examinar a resistência e a desconfiança que se manifesta no meio jurídico em relação à filosofia do direito. Ainda que de uns tempos para cá essa resistência encontre-se em franco processo de erosão, isto não impede que em virtude de mais de um século de mal-entendidos e incompreensão, a rejeição da filosofia do direito continua presente nas salas e corredores dos cursos de direito no Brasil.

Existem dois fatores teóricos que explicam o retorno da reflexão filosófica sobre o direito, como valor de referência na sociedade democrática contemporânea: a erosão do marxismo como principal projeto ideológico do anti-jurisdicismo e as dificuldades internas do individualismo liberal. Essa reavaliação da instância jurídica constitui assim um fato que aparece no campo da teoria e da prática política. Pergunta-se, entretanto, se é necessária uma reflexão propriamente filosófica sobre o direito e, caso necessário, em que sentido preciso de filosofia estamos falando. Uma filosofia no direito ou uma filosofia do direito?

Em primeiro lugar, é necessário que se estabeleça com precisão qual a função específica do direito no contexto democrático da contemporaneidade. Constatou-se que se atribui ao direito uma função crítica face ao poder constituído

e às injustiças sociais⁷. O direito na tradição sempre exerceu de uma forma ou de outra uma função crítica, que se manifestou contra a injustiça do chamado fato totalitário, representando o direito um instrumento de crítica e de combate; mas também nas sociedades liberais, o direito serviu como instrumento de correção dos abusos e contradições implícitos no uso das liberdades individuais. Para além de regular os conflitos inter-individuais, o sistema jurídico tem uma função crítica que o situa como o parâmetro valorativo e normativo da contínua avaliação dos mecanismos institucionais. O direito deixa, então, de ser um sistema de normas fechado, e passa a ser um sistema de normas que tem a dupla função de regular conflitos e, também, estabelecer critérios valorativos sobre a ordem vigente.

O desafio diante do qual se encontra o direito contemporâneo, entretanto, encontra-se no paradoxo provocado pela convivência de duas heranças, que dominaram o universo intelectual dos juristas e dos filósofos, no século XX. Na ciência do direito, a influência marcante do positivismo e, na filosofia, o historicismo. A construção de uma nova forma de pensar a função do direito vem sendo desenvolvida face aos dois obstáculos acima referidos, principalmente, tendo em vista que a teoria de Kelsen contrapondo teoria geral do direito e filosofia do direito, afastando todo o debate sobre o direito natural, retirou do direito qualquer função crítica. Se a ciência do direito reduz-se, como na perspectiva kelseniana, a uma análise da estrutura interna do direito positivo, ela não pode integrar em suas considerações as ideias do justo e do injusto, fazendo com que não se possa realizar uma verdadeira avaliação do sistema jurídico, principalmente, daquele que consagra situações de injustiça.

A negação última da função crítica do direito pode ser constatada nas próprias palavras de Kelsen: *“é totalmente sem sentido a afirmação de que no despotismo não existe uma ordem jurídica, mas que prevalece a vontade do déspota....quando o estado despoticamente governado também tiver qualquer ordem de comportamento humano...essa ordem é precisamente a ordem jurídica. Negar-lhe o caráter de direito é simplesmente uma ingenuidade ou arrogância do direito natural...Aquilo que é apontado como sendo vontade, é somente a*

7 RENAUT, Alain & SOSOE, Lukas. Philosophie du Droit. Paris: Presses Universitaires de France, 1991, p. 26.

possibilidade jurídica do Aristocrata chamar cada decisão a si... Tal situação é uma situação de direito, ainda quando for considerada desvantajosa. Mas também ela tem seus aspectos positivos. O clamor a favor da ditadura, que não é raro no estado de direito moderno, demonstra isso claramente.⁸ Strauss⁹ comenta como Kelsen, não tendo alterado a sua posição a respeito do direito natural, omitiu esse significativo trecho na tradução inglesa do seu livro, intitulada *General Theory of Law and State* (1949).¹⁰

Quais as razões para tal rejeição? Podemos distinguir duas razões: a primeira origina-se numa concepção da filosofia do direito, considerada como uma “razão ordenadora”, que regularia através de máximas morais a vida na sociedade democrática; a segunda razão seria a de que a filosofia do direito é inútil em face das exigências do direito contemporâneo, que teria a seu dispor recursos ditos “científicos” para a sua aplicação.

A rejeição da filosofia do direito por ser considerada uma “razão-ordenadora”, prejudicial à sociedade democrática, tem suas origens na filosofia moderna. Michel Villey, historiador e filósofo do direito, mostra como os juristas contemporâneos receberam a ideia do hipotético papel da filosofia do direito. Escreve Villey: *“estou persuadido de que a nós, juristas, os filósofos modernos fizeram muito mal. Falo de Hobbes, Locke, Hume, e mesmo Leibniz, Kant, Fichte, Hegel e quase a totalidade dos filósofos do XIV século e do XX século. Quando falam em “direito” é com uma total ignorância do trabalho específico do direito. O que sabem? Matemáticas, uma sociologia mais ou menos marcada pelo evolucionismo, pela lógica e, as vezes, pela moral. Dessa forma, eles transplantaram para a nossa disciplina, sistemas científicos baseados em experiências extrínsecas à vida jurídica. A sua influência perturbou a nossa própria representação do fenômeno jurídico, nela injetando os positivismo legalista e sociológico*”.¹¹

8 KELSEN, Hans. *Algemeine Staatslehre*. apud STRAUSS, Leo. *Droit naturel et histoire*. Paris: Plon, 1954, p. 335-336.

9 STRAUSS, Leo. *Droit naturel et histoire*. Paris: Plon, 1954, p. 335.

10 KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. 2. ed. Cambridge : Harvard University Press, 1949.

11 VILLEY, Michel. Préface. In: PERELMAN, Chaïm. *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*. Au-delà du positivisme juridique. Paris: L.G.D.J. , 1984, vol. XXIX, p. 8.

Outra objeção encontrada nos meios jurídicos à filosofia do direito é a de que ela é, simplesmente, inútil, ineficaz e sem relevância para a prática cotidiana do jurista. Esse argumento, entretanto, não se expressa por uma recusa da filosofia do direito, pois isto significaria a admissão de tal filosofia. O argumento central dessa argumentação consiste em demonstrar que a filosofia do direito não traz nenhuma contribuição, que não seja assegurada pela ciência do direito. Aquilo que não é explicado pelas ciências do direito são temas e questões puramente especulativas ou especulações metafísicas. Ainda que não se seja contra esse tipo de especulação, é evidente que o argumento sustenta que as ciências do direito devem ocupar com legitimidade o lugar deixado vazio pela retirada (forçada) da filosofia do direito. A filosofia do direito torna-se, assim, um devaneio, um passa-tempo ou uma atividade quase espiritual, que os juristas podem mesmo cultivar nas suas leituras e conversas com seus colegas. É uma atividade de lazer, o que significa que a filosofia do direito deve ser deixada na esfera da imaginação. Isto significa que ninguém, nesta posição doutrinária é contra a filosofia do direito, mas simplesmente sustenta que ela é um conhecimento inútil para o desenvolvimento da ciência do direito.

Considero que essa constatação de fatos, que se expressam nas formas de resistência/desconfiança que encontramos nos meios jurídicos contra a filosofia do direito, refletem a herança tumultuosa do período no qual a filosofia do direito julgava-se uma espécie de ciência-mãe e negligenciou o diálogo com a experiência prática dos juristas e com o desenvolvimento dos diferentes discursos científicos do direito, como nos referimos. Isto não é mais possível na atualidade, pois se corre o risco de reduzir a filosofia do direito ao papel de comentarista das obras clássicas ou ainda torná-la um exercício semântico e sistêmico, que gira em torno de si mesmo. O primeiro desafio do ensino da filosofia do direito seria, portanto, o de superar a desconfiança profissional dos juristas contra o discurso vazio e arrogante e provar que pode contribuir de forma útil e original para o direito.

Tentemos então responder a nossa pergunta inicial, mostrando como historicamente e a própria natureza da filosofia do direito, demonstram como a sua temática pode contribuir para o estabelecimento do estado democrático de direito. Para tanto vamos procurar desenvolver um argumento que situa a filosofia do direito como Acompanhante do projeto jurídico moderno, no que se

refere aos argumentos e às razões.

O fato de conceber a filosofia do direito como acompanhante do projeto jurídico moderno significa a renúncia a toda intenção ordenadora, tanto do ponto de vista filosófico, quanto do ponto de vista jurídico. De fato, se pode afirmar que a filosofia do direito, muitas vezes adotada pelos filósofos de profissão ou vocação pode ser caracterizada pela elaboração de uma “Razão Ordenadora” e as conseqüentes formas de “Direito Ideal”; por outro lado, a filosofia do direito dos juristas pode ser caracterizada como fundada na ideia de uma “Experiência Ordenadora”, implicando nas formas correspondentes de “Direito Verdadeiro”. Essa última corrente não se denomina filosofia do direito, mas “filosofia jurídica”. Ora, ainda que possamos considerar o confronto entre essas duas correntes como relevantes, isto não impede que toda a filosofia do direito que na atualidade pretenda exercer a função de “Ordenadora” irá privar-se de um produtivo diálogo com o direito positivo (válido), assim como com a dimensão democrática do direito que deve, a meu ver, caracterizar o projeto jurídico moderno, como pretende a nossa Constituição de 1988.

Deve-se aceitar o fato de que a filosofia do direito não pode ter a pretensão de explicar o direito, pois este já se encontra suficientemente explicado por suas próprias forças; e, também, deve renunciar à pretensão de possuir uma “sabedoria” ou “conhecimento” que poderá contribuir substancialmente para qualquer aspecto do projeto jurídico. Na medida em que a filosofia do direito renuncia ao seu papel de “Ordenadora”, parece-nos que lhe resta o papel, não menos importante e relevante, de “acompanhante” do projeto jurídico. A filosofia do direito nesse papel irá estudar os valores fundamentais da ordem jurídica e como se expressam através dos argumentos e razões do projeto jurídico. Ela não possui, dessa forma, qualquer resposta ou receita para os problemas jurídicos, mas participa sem absorver, e sem privilégios, da reflexão sobre a complexidade jurídica contemporânea. Assim sendo, a filosofia do direito serve como instrumental crítico, para desconstruir os modelos jurídicos, através de uma atividade intelectual argumentativa.

Em resumo, a filosofia do direito tem um papel a exercer na contemporaneidade, que deve refletir-se no ensino jurídico, papel esse que

consiste em acompanhar o desenvolvimento dos argumentos e das razões do projeto jurídico. Ela faz com que tenhamos uma abordagem crítica do Direito e da Lei, submetendo os valores subjacentes e os critérios de aplicação a uma constante avaliação crítica.

Por outro lado, a filosofia do direito deve servir para identificar os diferentes parâmetros culturais ou filosóficos que justificam o Direito e a Lei. É através da filosofia do direito que iremos analisar as diferentes concepções sobre as relações entre o direito e a moral, entre a sociedade e a indivíduo, a responsabilidade dos indivíduos, como agentes morais e jurídicos, as diferentes concepções de justiça e outros topos do mesmo gênero. A filosofia do direito não analisa as qualidades formais do direito, domínio próprio das ciências jurídicas, mas simplesmente acompanha o sentido e o horizonte do projeto jurídico moderno.

A questão central da filosofia do direito contemporânea reside na necessidade de um diálogo contínuo com as ciências e, especialmente, com a ciência do direito, para que possa ter acesso a informações empíricas, que sirvam de alimento à reflexão crítica sobre o projeto jurídico moderno. O kantismo jurídico, representado de modo privilegiado por Hans Kelsen, prejudicou a reflexão jurídica crítica ao procurar, certamente contra a intenção do próprio Kant, aprisionar o projeto jurídico moderno num espaço de pureza e recusando-se a dialogar com as convicções políticas, sociais, morais e religiosas dos indivíduos.

A filosofia do direito nesse papel crítico deve servir para desconstruir o paradigma, tanto ontológico, como epistemológico e axiológico, do positivismo jurídico, marca da cultura jurídica brasileira durante o último século. Por essa razão, a filosofia do direito não serve ao direito positivo, mas ao projeto jurídico, pois o reducionismo, que caracteriza o positivismo jurídico, faz com que nos esqueçamos de que as questões do direito referem-se, na prática, a questões dos direitos que nos obrigam mutuamente e intersubjetivamente. O direito encontra na lei a sua normatividade, sendo normativo no sentido de que a questão dos direitos se inscreve sob a forma de um “dever ser”, que nos define como autores e destinatários de direitos que reconhecemos intersubjetivamente.

Os problemas com que se defrontam nossos tribunais, em alguns países de modo mais evidente do que em outros, fazem com que os juízes, principalmente aqueles dos tribunais superiores, como a Suprema Corte dos EUA, o Tribunal Constitucional de Alemanha e o Supremo Tribunal, tenham que decidir, não somente, e principalmente, em função das determinações da lei positiva, mas em relação a interlocutores que são responsáveis, portanto, seres morais, como autores e destinatários de direitos. A filosofia do direito serve para que se possa fundamentar e analisar os argumentos, que se cristalizam na decisão judicial. Quando os juízes tomam posição em relação ao aborto, à eutanásia, aos direitos das minorias e outros temas, eles não oferecem uma solução definitiva para essas questões, mas sim como partícipes e interlocutores privilegiados no debate moral e jurídico que se processa no espaço público.

A filosofia do direito não tem, portanto, a função de arbitrar o debate público, mas unicamente de acompanhar os argumentos e as razões do projeto jurídico. A filosofia do direito não expressa uma “filosofia da consciência” (Kant, Fichte e Hegel), pois o julgamento do projeto jurídico por uma pessoa individual, importa pouco. A filosofia do direito é, assim, uma forma de reflexão crítica, que participa do discurso em torno do projeto jurídico da sociedade democrática contemporânea. Por essa razão, as razões e argumentos da filosofia do direito devem ser postos à prova no espaço público, pois é neste espaço que o “peso”, o “valor” ou a importância de cada argumento ou razão será debatido por todos e com o conhecimento de todos. Procurando elaborar a produção dos argumentos e das razões, como o fator principal do projeto jurídico, a filosofia do direito acompanha praticamente esse projeto, demonstrando que a racionalidade prática à qual se refere o direito se encarna nos discursos públicos. Todo o processo de debate no espaço público de uma sociedade democrática ocorre através do discurso, como prática interindividual entre sujeitos de direito, e caracteriza-se por produzir argumentos e razões, submetidas ao auditório público com vistas a serem avaliadas e validadas.

A vocação da filosofia do direito - a de que se destina ao espaço público - tem a ver com uma concepção específica do direito, entendido como essencial para assegurar e desenvolver a formação comum da vontade e da opinião relativas ao projeto jurídico moderno. E a primeira característica dessa concepção específica

do Direito é a de que se acha tributária do fato de que, na medida em que o direito refere-se à primeira pessoa do plural – “nós”-, a filosofia do direito deve referir-se aos debates e aos discursos críticos que ocorrem no espaço público e à formação racional da vontade e da razão.

Esse modo de considerar a filosofia do direito, como vinculada ao desenvolvimento de bons argumentos e da razão esclarecida, revela-se como uma posição filosófica. Essa concepção filosófica, que se encontra subjacente ao entendimento que se possa ter da natureza e da função da filosofia do direito, é consequência, por sua vez, de uma concepção democrática do direito.

Para que se entenda tal concepção democrática do Direito, é necessário que se assinala que essa concepção diferencia-se da concepção do “direito liberal”, que se constitui no núcleo do ensino jurídico na América Latina. A concepção do “direito liberal” fundamenta-se numa filosofia do direito, que sustenta a existência pré-política de um feixe de princípios e regras a priori e na crença de que o direito tem como pressupostos certos “direitos morais”, entendidos como a expressão de direitos individuais inerentes ao cidadão e que asseguram, ao mesmo tempo, liberdades negativas e controlam a atividade coletiva. A democracia na sociedade liberal seria um instrumento para garantia desses direitos individuais, formalizados no sistema do direito positivo.

O objetivo e a concepção democrática do direito tem como pressuposto a consideração de que a democracia tem um valor moral em si mesmo. De fato, se é verdade, como Kant afirmava que a filosofia do direito representa a libertação do homem do reino da heteronomia (os argumentos de autoridade) para o reino da autonomia (os argumentos da consciência individual formulados pela razão do indivíduo), faz com esta autonomia constitua-se no núcleo de uma concepção democrática do direito. A democratização do projeto jurídico caracteriza-se, assim, por projetar a autonomia no espaço público, retirando-a do âmbito restrito das individualidades e considerando todos os sujeitos de direito, como autores e destinatários de direitos, normas e instituições. Esse é o caráter diferenciador de uma ordem jurídica democrática face à ordem jurídica liberal.

O papel da filosofia da Direito contemporânea serve para combinar no interior do projeto jurídico o lado prático do direito, com o lado prospectivo da filosofia, e assim reconciliar de alguma forma o projeto jurídico com uma ideia da filosofia como prática democrática.

3. AS DEMANDAS POR DIREITOS E A CONCRETIZAÇÃO DA MORALIDADE JURÍDICA

Não caberia no âmbito do Direito e da ciência jurídica qualquer referência a ideais e valores, excluindo-se, assim, do âmbito da ciência jurídica o exame crítico dos objetivos últimos da ordem jurídica, a saber, a segurança jurídica, o bem comum e a justiça. Essa posição radicalmente contrária à consideração, na aplicação das normas estabelecidas pela constituição, de critérios valorativos que legitimem e justifiquem o sistema jurídico é conhecida pela denominação geral de positivismo jurídico. A ciência do direito para o positivismo jurídico deve ater-se, dessa forma, à análise estrita do texto da lei e de sua interpretação pelos tribunais, não cabendo considerações de natureza moral, social ou política, que se encontram presentes na vida social. A reflexão jurídica, a ciência jurídica, teria o objeto do seu estudo limitado ao sistema de normas, que se organiza no direito positivo de cada Estado. Quando muito o jurista poderia fazer uma reflexão teórica sobre o direito positivo e suas categorias, mas devendo sempre estar atento para os riscos de permitir que considerações de ordem moral e política interfiram nas suas análises.

Esse entendimento sobre a natureza do Direito, que marcou profundamente a cultura jurídica brasileira, encontra-se, a meu ver, ultrapassado, tendo em vista, precisamente, ideais e valores – como a liberdade, a igualdade, a justiça e a solidariedade – consagrados no texto constitucional de 1988 e que constituem a espinha dorsal do estado democrático de direito, vigente no Brasil. A aplicação prática das normas que constituem esse sistema jurídico pressupõe a análise crítica, portanto filosófica, dos valores fundantes da ordem constitucional vigente. Essa a razão em virtude da qual a Ordem dos Advogados do Brasil, depois da promulgação da Constituição de 1988, reivindicou que se incluísse no currículo mínimo dos cursos de direito a disciplina Filosofia do Direito.

Outro aspecto que vem marcar o Direito em nosso tempo é aquele relativo a um fenômeno, que interessa diretamente a nós, como juristas e cidadãos: trata-se da demanda crescente por direitos, advinda de indivíduos e de grupos

sociais. Em todas as sociedades democráticas da atualidade constata-se um forte movimento de conscientização do valor da ordem jurídica e da necessidade da obediência à lei como forma para a solução dos conflitos sociais. Esse recurso ao Direito repercute, na época contemporânea, os versos de Êsquilo, o grande poeta da Grécia clássica: *“Quem, homem ou cidade, se não encontra no mundo nada que faça tremer o seu coração, irá respeitar por muito tempo a justiça?”*. Nesse verso vamos encontrar, de forma sintética, a dupla face do Direito contemporâneo. De um lado, a necessidade de uma força coletiva, que contenha os impulsos maléficos encontrados no coração de todos nós; de outro lado, Êsquilo estabelece a ligação necessária entre esse poder limitador de nossas vontades e a justiça, valor acima da vontade estatal e que servirá de fonte legitimadora do exercício desse poder.

O exemplo da história recente do Brasil é ilustrativo de como o estabelecimento, através da Constituição de 1988, de um estado democrático de direito, provocou uma crescente participação da sociedade na afirmação de seus direitos. A vida social e política brasileira torna-se, progressivamente, mais jurídica, isto é, jurisdicissíssima, o que pode ser comprovado pelo número de demandas judiciais, ajuizadas em nossos tribunais, indicando uma crescente consciência jurídica por parte de indivíduos e grupos sociais. Essas mudanças na sociedade brasileira surgiram no bojo do esvaziamento do modelo autoritário do regime militar, que culminou com a convocação da Assembléia Constituinte e a elaboração da Constituição de 1988, chamada, significativamente, de “Constituição Cidadã”, pelo deputado Ulysses Guimarães, com vistas à realização do estado democrático de direito. Tanto a Assembléia Constituinte, como a constituição por ela promulgada, representaram a vitória e a cristalização jurídica do valor e da dignidade do Direito, que foram negados durante os vinte e um anos de regime militar.

Quando falamos em democracia como um regime qualitativamente superior às diferentes formas de regimes autoritários, estamos com isto afirmando que o Direito positivo encontrado no estado democrático de direito diferencia-se do direito positivo dos regimes autoritários. Na verdade, o direito na democracia e no autoritarismo somente na forma – sistema de normas estabelecidos e garantidos pelo Estado – são semelhantes. Encontramo-nos diante de dois tipos de Direito: o direito no regime autoritário é um conjunto de normas e decisões

que se justifica através do exercício da força e, por essa razão, somente na forma pode ser chamado de direito. O direito no estado democrático de direito, por sua vez, tem algumas características que se originam na sua própria fonte, que é a vontade livre dos cidadãos como se encontra expressa através da representação política. Por existir esse tipo de direito nas democracias, é que podemos dizer que esta última é um regime político que tem como núcleo uma referência jurídica.

O estado democrático de direito originou-se da superação de duas formas de estado, o estado liberal, vigente até o golpe de 1964 e o regime autoritário. Para que pudesse ocorrer essa transformação do direito vigente no regime autoritário para o direito da sociedade democrática do século XXI, foi necessário também a superação da tradição do estado liberal-individualista, sistema político e jurídico vigente no Brasil desde o século XIX. A Assembléia Constituinte defrontou-se com um duplo desafio, de um lado, fazer uma nova constituição que garantisse direitos e liberdades, negadas durante os vinte e um anos do regime militar. Mas, por outro lado, para que pudesse responder às reivindicações de mais e mais amplos direitos, foi necessário ultrapassar, sem sacrificar direitos e liberdades individuais, o estado liberal vigente. A Constituição de 1988 e as leis posteriormente estabelecidas – como é o caso do Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil – vieram expressar, precisamente, essa ruptura com um Direito voltado e comprometido principalmente com o indivíduo, considerado como predominante e cujos interesses deveriam prevalecer sobre os interesses da coletividade.

O estado democrático de direito surgiu, assim, comprometido com o coletivo, mas preservando as liberdades e direitos individuais no contexto da sociedade como um todo. O direito no século XXI aparece, então, como um sistema de normas, legitimadas por valores morais e políticos, mas que terá por objetivo, ao estabelecer limites ao indivíduo, integrá-lo à sociedade como cidadão. Para que se possa ter uma ideia como o Direito no século XXI passa a exercer essas funções e como os limites tornam-se necessários, ainda que com peculiaridades específicas somente encontradas na sociedade democrática, basta atentar para os desafios enfrentados pela bioética e o biodireito.

Os cientistas, os médicos e os indivíduos em virtude do avanço significativo nas ciências biológicas, aumentaram as possibilidades de intervenções genéticas, que alteram o equilíbrio da natureza e permitem a aplicação de terapias médicas poucas vezes imaginadas pela ficção científica de cinqüenta anos atrás. A nova ciência biológica e as tecnologias médicas dela resultante permitem intervenções, que hoje caminhamos para uma situação onde quase tudo será possível, desde a cura de doenças até agora consideradas incuráveis, até o prolongamento da vida humana. Diante desse mundo aberto pela genética, o Direito é chamado a exercer o papel de sistema de normas, que estabeleça limites para além dos quais as experiências científicas e as tecnologias médicas tornam-se manipulações que violam a autonomia individual.

É claro que o estabelecimento de limites não pode ser resultado da vontade e da consciência individual. A dinâmica da sociedade democrática faz com que o indivíduo seja enriquecido pelos valores da coletividade. No caso, por exemplo, das experiências e aplicações da ciência biológica contemporânea, a decisão é retirada do indivíduo (cientista, médico) e transferida para órgãos da coletividade (comitês de ética de hospitais e de universidades) e órgãos legislativos. Logo, o direito estabelecerá um padrão de referência dentro do qual os órgãos da coletividade irão aplicar ao caso concreto normas jurídicas, que serão aplicadas sob a ótica da moralidade. O direito, portanto, na sociedade democrática contemporânea tem essa primeira característica: é um instrumento de limitação ao individualismo, de uma limitação imposta sob a forma da lei, para o exercício de liberdades individuais compatíveis com liberdades idênticas dos demais indivíduos.

Em que sentido o Direito na sociedade democrática supõe uma reflexão que trate de valores que se encontram para além do texto escrito da lei? Essa reflexão irá servir como referência metapositiva para o legislador e o aplicador da lei? E como essa referência pode assumir a forma de uma categoria jurídica, isto é, um valor que possa receber a forma de um direito?

Para que possamos definir essa categoria moral e jurídica, que caracteriza o estado democrático de direito, é necessário considerar qual a função do Direito que se encontra acima de simples regulador dos conflitos sociais. Essa função

é a função crítica. O Direito, hoje, como ontem, situa-se tendo em vista um fato e, a maioria das vezes, contra o próprio fato. Assim, contra a injustiça contida no fato social do autoritarismo, luta-se pela necessidade de uma ordem jurídica; contra os abusos do uso da liberdade, o Direito é chamado a determinar os limites a serem respeitados. O que é necessário, então, para que o Direito possa, efetivamente, atender à sua vocação crítica?

Essa função crítica foi negada nos últimos cem anos pelo positivismo jurídico, que procurou reduzir a análise do Direito à simples interpretação das normas do sistema jurídico, considerado como um sistema fechado, organizado em torno de uma hierarquia legislativa e que tinha na função do intérprete a exclusiva adequação do fato à previsão legal. A Ciência do Direito ficou, assim, reduzida à análise da estrutura interna do sistema do direito positivo. Por essa razão, sob o ângulo do positivismo jurídico não podemos, por exemplo, diferenciar qualitativamente o despotismo da democracia, porque para essa corrente do pensamento, o Direito não expressaria ideias e valores, que transcendam ao próprio direito, mas exclusivamente a vontade estatal.

O desafio diante do qual se encontra o Direito no limiar do século XXI reside em adequá-lo a uma sociedade plural e democrática. Essa constatação significa que o sistema jurídico deve expressar um patamar normativo, que permita a existência de uma sociedade diversificada, onde valores e interesses por serem diferentes e contraditórios não inviabilizam a existência do grupo social. Trata-se, portanto, da procura no jurídico de valores comuns a todos os grupos de uma mesma sociedade e que sirvam como fundamento dos mecanismos da crescente demanda pelo direito, característica da sociedade contemporânea.

Para que possamos encontrar esse fundamento comum das relações sociais no sistema jurídico é necessário que possamos nos referir a uma dimensão universal, que se encontra para além do direito positivo e do jogo dos interesses particulares. A crítica das leis injustas somente pode ocorrer em nome de outros princípios de direito, que não aqueles encontrados no direito positivo, mas que expressem uma outra ideia de direito. Essa ideia de um direito universal, que sirva de fundamento para toda a ordem jurídica positiva, foi expressa de forma sistematizada pela tradição jusnaturalista – a ideia de que existem direitos

independentes da vontade do Estado – e que teve nas declarações de direitos do homem do final do século XVIII e na declaração das Nações Unidas (Declaração da Independência dos Estados Unidos de 1776, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa de 1789 e Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, 1948) suas formulações. Observe-se que esses documentos centrais na história das liberdades e direitos humanos, chamaram-se Declarações e não leis, “instituídas” pelos estados; isto significa que as declarações não são estabelecidas ou instituídas como as leis, mas sim que declaram e proclamam direitos (chamados naturais) da pessoa humana enquanto tal, que serão reconhecidos ou não pelo estado, mas nunca por ele criados.

Essa ideia de que existem direitos que se encontram fora do âmbito da positivação do Estado significa que o direito positivo somente poderá ser avaliado e criticado em função desse direitos pré-estatais. Por essa razão, é lógico que os movimentos antitotalitários e pela democracia, no Brasil e nos demais países, que lutaram nos últimos quarenta anos, por um regime democrático e pelo estado de direito, alimentaram-se dessa fonte política e jurídica universal. Podemos, então, afirmar que a valorização do direito nos dias atuais encontra-se, em primeiro lugar, nesse renascimento da categoria dos direitos humanos (naturais), como referencial valorativo para a análise crítica do direito positivo.

Essa reabilitação do humanismo jurídico, vinculando o direito positivo à necessidade de assegurar valores e direitos relativos à pessoa humana, necessita ser devidamente dimensionado. Na sociedade contemporânea, ao mesmo tempo em que indivíduos e grupos sociais exigem mais direitos e liberdades, essa demanda para que possa ser garantida pelo poder público, necessita do estabelecimento de limites, que permita a convivência entre grupos e interesses divergentes e conflitantes. Toda a problemática envolvendo a questão dos limites das liberdades e direitos, que se encontra no centro do debate sobre o direito contemporâneo, requer o reconhecimento de princípios que irão estabelecer as condições de coexistência das liberdades individuais, que seja compatível com a dignidade da pessoa humana. Rompe-se, assim, o sistema que erigia de forma hegemônica a vontade individual como centro da vida social e política. Assim, por exemplo, na bioética a referência ao direito de cada um ao respeito do seu corpo é

referido modernamente como sendo um “direito subjetivo primordial”, isto é, um direito sem o qual o ser humano não poderia afirmar-se como sujeito de direitos, capaz de ser a fonte de seus atos, mas tornar-se-ia um objeto, uma coisa. Em torno, portanto, da ideia dos direitos naturais da pessoa humana é que se pode construir uma ordem jurídica positiva, que garanta direitos e liberdades.

Para tanto, precisamos estar atentos para a necessária explicitação do que entendemos por direitos naturais humanos na atualidade. Essa ideia tem três pressupostos:

- a) pressupõe uma valorização da pessoa humana em suas múltiplas dimensões, como sendo o valor supremo da modernidade, expressa nas diferentes formas de humanismo. A ideia central do humanismo é a de que a pessoa humana tem uma finalidade em si mesma e não pode nunca ser usada como um meio;
- b) o humanismo jurídico, por sua vez, é o reflexo no direito dessa ideia da supremacia do ser humano, e expressa-se na categoria dos direitos humanos, que representa o ser humano como ser consciente e responsável, como sujeito dos seus pensamentos e atos. Assim, por exemplo, as declarações dos direitos humanos proclamam a liberdade de expressar a opinião, como um direito humano na medida em que a negação desse direito impediria a pessoa humana de ser autora dos seus pensamentos; da mesma forma, o reconhecimento, nessas declarações, da liberdade como consistindo em “fazer-se tudo aquilo que não prejudique o outro” estabelece limites que equilibram as relações entre seres livres;
- c) para que os direitos humanos sejam valores comuns aos diversos grupos de uma mesma sociedade ou de diversas sociedades e que possam fundamentar, para além das rupturas e dos jogos de interesses particulares, uma base jurídica comum, é necessário que aquilo que se encontra definido nas declarações como “direitos humanos” possam transcender o contexto histórico de sua emergência. É claro que as declarações apareceram em momentos

históricos determinados, para atender a interesses socialmente situados. Essa constatação tem servido, para alguns filósofos e juristas, como o grande argumento contrário à universalidade dos direitos humanos. No entanto, a história dos últimos dois séculos comprova que esses valores, garantidos pelos direitos humanos, foram utilizados como argumentos contrários ao estado, como fonte legitimadora da transformação de sistemas jurídicos que consagravam, através de suas leis, situações políticas e socialmente injustas. A abrangência dos direitos humanos, portanto, não pode ficar reduzida ao seu momento histórico, expresso no direito positivo de cada nação, mas tem uma dimensão universal. O direito positivo é naturalmente mutável, histórico, dependente das circunstâncias políticas, econômicas, sociais e culturais e não poderá ser julgado e avaliado pelos seus próprios critérios, pois os mecanismos de correção de eventuais injustiças da lei positiva encontram-se previstos no próprio ordenamento legal, que está sendo avaliado e julgado. Para que possamos afirmar que uma lei ou decisão é injusta necessitamos recorrer a categorias, que sem serem a-históricas (pois as categorias de valor expressas pelos direitos humanos surgiram no curso da história, especificamente, no curso da história do estado moderno europeu), possuem um sentido metahistórico, para além da experiências no qual nasceram. Dessa forma, o questionamento de leis e políticas públicas injustas, quando não se baseiam em valores universais, estaria condenado a um relativismo pouco compatível com as exigências de uma crítica radical e consistente da injustiça.

Os direitos humanos serão, então, a formulação jurídica da dignidade humana como fundamento, uma norma fundamental moral do sistema jurídico. A ideia de dignidade humana encontra-se subjacente à teoria dos direitos humanos e expressa o reconhecimento de que a pessoa humana tem direitos pelo fato mesmo de ser pessoa. A dignidade da pessoa humana significa que o indivíduo tem uma esfera existencial e política, que lhe é própria, constituída de direitos e obrigações, que o tornam um sujeito de direitos. A noção de direito e a noção de obrigação moral faz com que sejam correlacionadas, pois ambas

deitam as suas raízes sobre a liberdade própria dos agentes espirituais: como escreveu Jacques Maritain, se o homem encontra-se moralmente obrigado às coisas necessárias para que possa cumprir o seu destino, ele, homem, tem direito às coisas necessárias para que possa atingir as suas finalidades últimas.

Os direitos humanos, entretanto, têm sido questionados e negados na atualidade, através de dois argumentos bastante encontrados nos meios jurídicos brasileiros. O primeiro desses argumentos consiste em pensar o direito sem os direitos humanos, retirando-se o direito da tradição humanista em que se encontrava inserido. O segundo argumento, procura separar os direitos humanos de seus pressupostos filosóficos considerados na atualidade problemáticos, notadamente a referência à ideia de subjetividade – os direitos humanos como direitos subjetivos primordiais – e do universalismo, ou seja, pensar o direito sem o sujeito e sem o universal. Esse segundo argumento contrário aos direitos humanos permite que sejam reduzidos a simples manifestações históricas e culturais, em outras palavras, direitos humanos seriam aqueles direitos reconhecidos como tais pelas diferentes legislações positivas. Seria, portanto, uma categoria de direito relativa, que não expressaria nenhuma valor universal, definidor da pessoa humana, mas somente a vontade do legislador, que hoje seria um, amanhã outro, com valores e critérios variantes.

Dentro desse contexto é importante que se situe como os direitos humanos podem ser conceituados e sistematizados em função de sua dupla dimensão, de expressão jurídica da subjetividade individual e do seu caráter universal. Para que possamos demonstrar como os direitos humanos representam um papel essencial nos regimes democráticos, deve-se aceitar o fato de que os direitos humanos afirmam-se historicamente no núcleo do discurso e da prática democráticas. É necessário que se verifique até que ponto a sociedade contemporânea pode passar sem os valores da autonomia e da responsabilidade, fundamentos do humanismo jurídico; ao mesmo tempo, devemos enfrentar o dilema suscitado pela existência da heterogeneidade das culturas, através do qual termina-se por sustentar a impossibilidade de conceber-se um estatuto jurídico ou moral que tenha uma dimensão universal.

Permitam-me, então, que situemos esse desafio para a filosofia do direito contemporâneo. Trata-se de buscar na sociedade contemporânea, um novo entendimento da situação do indivíduo e da necessidade da ideia de um valor e de um direito universal. Em primeiro lugar, não se pode negar as características do indivíduo na sociedade contemporânea, que exigem que sejam repensadas o que se entende por autonomia e responsabilidade no contexto da realidade social, política, econômica e cultural da atualidade. Essa primeira tarefa do pensamento jurídico irá afetar diretamente a função essencial de todo e qualquer ordenamento jurídico, qual seja, estabelecer os limites da autonomia individual e determinar responsabilidades. Em segundo lugar, a coexistência no planeta e dentro dos estados nacionais de uma multiplicidade étnica e cultural, ocasionando um grande inter cruzamento de valores morais e tradições, faz com que se torne necessário a busca de uma nova definição de universalidade. A universalidade dos direitos humanos não seria decorrente, então, de características pretensamente universais dos seres humanos, características essas proclamadas em função da simples elaboração racional e intelectual, mas sim de valores comuns que permeiam objetivamente as diferentes culturas.

Podemos resumir a nossa exposição ao seguinte: vivemos uma época em que se constata a afirmação dos valores democráticos no seio de uma sociedade pluralista, que tem um sistema jurídico herdado de uma sociedade liberal-individualista. A crise da sociedade liberal provocou no seu vácuo o surgimento da maré montante do movimento de reivindicação de direitos crescentes, por parte de indivíduos e grupos sociais. Esses direitos, principalmente os direitos sociais, constituíram-se, ao lado dos direitos individuais, de eixo central do estado democrático de direito. Essa forma de organização política fundamenta-se e expressa nas suas constituições, direitos que antecedem ao próprio Estado. Assim, no Preâmbulo da Constituição de 1988, proclamam-se os valores supremos, que informam a aplicação de suas normas: uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, definida pela garantia dos direitos sociais e individuais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça. No corpo da Constituição, vamos encontrar os direitos fundamentais, que se diferenciam dos direitos humanos em virtude de serem direitos instituídos pelo Estado, mas considerados como patamar jurídico do sistema jurídico nacional. Muitos desses direitos, como os direitos à vida, à expressão e etc. são direitos

humanos aceitos pelo constituinte nacional. Existem, no entanto, direitos humanos, como os relativos ao genoma humano (proclamados na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos das Nações Unidas), que não se encontram consagrados explicitamente no texto constitucional brasileiro e, nem por isto, deixam de serem direitos humanos.

Podemos, então, situar as perspectivas do direito no século XXI em função do papel relevante e central que os direitos humanos irão exercer no quadro institucional do estado democrático de direito. Mas, antes, devemos chamar a atenção para o fato de que os direitos humanos no estado democrático de direito podem ser tratados sob dois aspectos: no primeiro, devemos analisar a questão da eficácia e da vigência dos direitos humanos; no segundo, procuraremos mostrar como os problemas encontrados com relação à eficácia e vigência dos direitos humanos podem ser superados, se forem examinados no âmbito de moralidade jurídica.

A dificuldade na implementação dos direitos humanos – isto é, a questão da sua eficácia e vigência – tem sido utilizada, por autores ilustres, entre eles Norberto Bobbio, como a principal evidência, de que a questão dos direitos humanos não se encontra na sua fundamentação e conceituação, mas sim no terreno da sua aplicação. Esses autores sustentam que a prática dos direitos humanos choca-se, frontalmente, com a sua teoria e, por essa razão, não adianta discutirmos a natureza e os fundamentos dos direitos humanos, quando no quotidiano os governos desrespeitam aquilo que se encontra estabelecido nas declarações por eles assinadas. A meu ver, entretanto, essa não é a questão, ou melhor, apodemos sustentar a tese de que a eficácia dos direitos humanos encontra-se subordinada e será consequência, precisamente, do debate permanente sobre os fundamentos, as características e a natureza desses direitos. Esse debate é que irá despertar e alimentar nos estados democráticos de direito a consciência cívica e jurídica, esta sim a mais eficiente guardiã da eficácia dos direitos humanos.

O segundo aspecto da situação dos direitos humanos na atualidade é aquele que o situa como eixo central, junto com a democracia, do que podemos chamar de moralidade jurídica contemporânea. A pergunta que pede uma resposta é o que se entende por moralidade jurídica, essa nova categoria do

pensamento social e jurídico.

Quando falamos em moral podemos estar falando em sentido positivo para significar os usos e costumes de um grupo social ou, em sentido crítico, o conjunto de obrigações sociais, que não são relativas, em outras palavras, obrigações que todos os grupos sociais, independentemente de suas culturas, consideram como essenciais para a sobrevivência da sociedade. A moralidade jurídica será a parte da moral crítica, cujas normas as pessoas aceitam reciprocamente. e que servem como fonte legitimadora dos códigos legais.

Como a ideia de moralidade jurídica é recente na ciência do direito, necessitamos de conceituá-la. O substantivo “moral” na expressão “moralidade jurídica” aponta para o fato de que não se trata diretamente do direito positivo. E o adjetivo “jurídica” mostra que estamos nos referindo a uma moral cujo reconhecimento não será somente esperado ou desejado, mas, sobretudo, será exigido. Existe um direito subjetivo ao seu reconhecimento.

Essa moralidade somente poderá ser exigida se for através do Direito. Por essa razão, podemos afirmar que o Direito sendo uma forma reguladora e necessária para a convivência social, tem, por essa razão, um caráter moral, que o legitima como instância constituinte e legitimadora. Logo, o fato da existência de normas jurídicas que se destinam a organizar a vida de acordo com estruturas jurídicas, i.e, no lugar de opiniões e poderes privados, expressam o caráter moral das instituições jurídicas.

O julgamento crítico do direito vigente realiza-se através desse conjunto de valores morais jurídicos (o princípio da boa-fé, por exemplo, ou o respeito à integridade do corpo humano). O importante a assinalar é que essa avaliação crítica do direito vigente é realizada não sob o ângulo da legalidade (conformidade com o direito positivo), mas sob o ângulo da validade moral: da legitimidade. Desde os primórdios da filosofia, a ideia de que a moral tinha duas faces, já tinha sido explicitada pelos pensadores clássicos. Assim, Aristóteles distinguia dois tipos de moral, a moral individual – *meson pros hēmas* - constituída por um núcleo de deveres para nós mesmos; e a moral jurídica ou política, cuja virtude é a justiça – *meson pragmatos* – constituída por um núcleo de deveres independente do sujeito

individual e que o obriga. Essa moralidade jurídica terá, assim, dois sentidos, pois expressa, ao mesmo tempo, valores morais cujo reconhecimento são exigidos pela sociedade e, também, um direito subjetivo ao reconhecimento desses valores morais, um direito a exigí-los.

A moralidade jurídica submete, assim, todo o ordenamento jurídico positivo a uma exigência de moralidade. Essa exigência apresenta-se em três níveis:

- a)** o primeiro nível é o da moral constituinte e legitimadora do direito, que exige a conformação da vida social à estruturas jurídicas, de modo que no lugar de opiniões e poderes individuais, apareçam normas comuns possibilitando o império da lei;
- b)** no segundo nível, a moral jurídica estabelece que seja estabelecido o processo legal; todo caso previsto na norma e, por igual, toda ação pessoal prevista na norma, deverão ser tratados de acordo com a norma da igualdade. Essa moral realizadora do direito se expressa no princípio da isonomia, da igualdade de todos perante a lei e, em suas versões negativas, na proibição de arbitrariedade e de parcialidade. Esse segundo nível da moralidade jurídica se expressa em algumas regras de procedimento judicial, como, por exemplo, ninguém pode ser juiz de si mesmo; a parte contrária tem direito de ser ouvida; aquele que divide não deve ser aquele que escolhe; em direito penal, a presunção de inocência do acusado e nenhuma pena deve ser aplicada quando não tiver sido prevista em lei anterior ao ato.

Esses dois primeiros níveis da moralidade jurídica são aceitos praticamente por todas as culturas, constituindo parte integrante da herança comum da ideia de justiça da humanidade. No terceiro nível, a moral jurídica é constituída pela democracia e pelos direitos humanos, critério normativo que no essencial encontra-se aceito pela maioria das culturas.

Enquanto que os dois primeiros níveis, o que estabelece a primeira manifestação moral na necessária forma jurídica da convivência e o princípio da igualdade diante da lei, como critério moral e lógico para a aplicação da lei, expressam somente um mínimo de moral jurídica, o terceiro nível consiste na ampliação moral da ação do poder público. A moralidade jurídica, entretanto, não pode ficar reduzida a simples formulações de ideais de justiça abstratos, mas deve ser constituída por valores substantivos, que possam servir como referências objetivas para a materialização dos valores morais implícitos no sistema jurídico. Esses valores substantivos do núcleo central da moralidade jurídica contemporânea são constituídos pelos Direitos Humanos e pela ideia de Democracia. Em outras palavras, a moralidade jurídica, se expressa através dos direitos humanos e da democracia.

Observe-se, no entanto, que o respeito aos valores dos direitos humanos e da democracia não aparece, necessariamente, ao mesmo tempo. Assim, por exemplo, na Atenas clássica, a escravidão era admitida e a mulher tinha um status jurídico e social inferior ao do homem, o que representava uma violação dos direitos humanos, mas, entretanto, a democracia, como forma de Estado e de governo era praticada de forma mais persistente do que na Idade Moderna. Também existem Estados que proíbem a escravidão, asseguram à mulher igualdade de direitos e reconhecem alguns direitos de liberdade, mas que não têm uma constituição democrática. Atualmente, existem democracias que asseguram, dentre os direitos humanos, somente os direitos relativos à liberdade, mas não reconhecem os direitos humanos sociais.

O terceiro nível da moralidade jurídica é constituída, por sua vez, de três níveis parciais, que podem ou não serem garantidos pelos Estados:

- 1.** Direitos Humanos como direitos de liberdade
- 2.** Direitos Humanos como democracia, materializada através dos direitos de cogestão e participação por ela definidos e estabelecidos no texto constitucional (por ex., art. 14 da Constituição de 1988).
- 3.** Direitos Humanos de caráter político-social

Quando na atualidade falamos de uma ordem política e jurídica justa estamos fazendo referência a um regime que realiza os três níveis da moralidade jurídica e, principalmente, integre nas leis e na prática política as três faces dos direitos humanos (liberdade, participação democrática na elaboração e aplicação das leis e direitos sociais). Neste sentido é que alguns autores referem-se à justiça política.

Para terminar, gostaria de enfatizar uma importante distinção, necessária para que possamos realizar plenamente o regime do estado democrático de direito, pretendido pela Constituição de 1988. Trata-se de distinguir entre os chamados direitos fundamentais e os direitos humanos, tema a que fizemos referência anteriormente. Os Direitos Humanos são parte dessa moralidade jurídica universal que resguarda e garante o corpo, a vida, as condições materiais de vida, a língua e a razão e as propriedades humanas universais, como, a capacidade social geral, a capacidade política específica – *zōon politikon* – a capacidade jurídica e a capacidade comunitária. Os direitos humanos, portanto, referem-se ao indivíduo como pessoa, com valores e finalidades em si mesmas, que encontram no princípio da dignidade humana a sua formulação moral e jurídica.

Os direitos fundamentais, por sua vez, referem-se ao indivíduo como membro de um Estado e são definidos e consagrados nos textos legais, principalmente, nas constituições. Na Constituição brasileira de 1988, por exemplo, esses direitos fundamentais são estabelecidos no art.5º, onde são incorporados alguns direitos humanos. Os direitos fundamentais, portanto, poderão ou não consagrar direitos humanos, pois sempre expressam a vontade do legislador em determinado momento histórico e contexto cultural. Ambas as categorias de direitos não se distinguem, como direito e moral, mas sim como direito pré-estatal e direito estatal. O direito pré-estatal, que se sistematiza na categoria dos direitos humanos, é fruto da razão jurídica ou do direito moral, entendido como a moral do que as pessoas se devem umas às outras. Os direitos humanos são, portanto, direitos jurídicos, porque e quando consagrados nos textos legais, mas, ao mesmo tempo, e, principalmente, são direitos metapositivos e morais.

Quem reduz os direitos humanos aos direitos fundamentais, não somente ignora o seu estatuto jurídico-moral, mas também esvazia o seu potencial crítico, exercido na história dos últimos dois séculos, como ideia-força determinante na luta contra o absolutismo, o autoritarismo e o totalitarismo. Os direitos humanos são assim formulados por indivíduos que se reconhecem como sujeitos jurídicos com igualdade de direitos e, por essa razão, somente de modo subsidiário é que os direitos humanos irão servir como legitimadores da organização estatal através do direito positivo.

A organização político-estatal no estado democrático de direito fundamenta-se nesses direitos, que são pressupostos da estrutura e do mecanismo da sociedade, pois sem eles dissolve-se o próprio tecido social. Neste sentido, é que se pode compreender como a democracia é o regime natural do ser humano, pois é precisamente o regime que se estrutura tendo em vista as características fundamentais da pessoa humana: autonomia, liberdade, igualdade e solidariedade. Podemos, então, afirmar que o regime político do século XXI será o da democracia deliberativa, sistema político destinado a implementar o republicanismo cívico, onde a pessoa humana é chamada como cidadã a participar ativamente na elaboração das leis, no governo e na solução dos conflitos sociais. Supera-se, então, a democracia política, caracterizada apenas pelo estado representativo, onde todo o poder emana do povo através de eleições; supera-se, também, a democracia liberal, onde todo o poder emana de classes sociais, como a burguesia, e em nome delas é exercido. A democracia deliberativa pretende assegurar as conquistas da democracia política e da democracia liberal e acrescentar a elas direitos humanos políticos, como o da participação e direitos humanos sociais, que irão marcar e definir o republicanismo cívico do século atual.

O direito neste milênio será um sistema de normas, voltado para ao atendimento de valores morais que se encontram consagrados nos direitos humanos. O característico da modernidade não é a instituição dos direitos humanos, mas o seu reconhecimento como agente legitimador e, necessariamente, participe e integrante da ordem jurídica democrática. Por isso podemos reconhecer que os direitos humanos podem ter sido historicamente formulados no continente europeu, mas a ideia central – a igualdade de todos os seres humanos- perpassa

todas as culturas, mesmo quando não é implementada. A modernidade da ideia dos direitos humanos reside no fato de que antes não acarretavam conseqüências jurídicas e hoje isso ocorre porque a natureza do estado democrático de direito pressupõe a igualdade moral de todos perante a lei. A modernização não consiste, portanto, na concepção universal do ser humano, pensado idealmente pelo jusnaturalismo moderno, mas no fato de considerar todas as pessoas como partícipes de uma mesma comunidade, caracterizada pela igualdade de direitos e obrigações.

4. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

4.1 O Problemático Conceito de Estado de Direito

O Estado de Direito pode ser concebido em sua acepção clássica por uma abrangente pretensão: a de que todo o âmbito estatal esteja presidido por normas jurídicas, que o poder estatal e a atividade por ele desenvolvida se ajustem ao que é determinado pelas prescrições legais. Além disso, uma vez obtida a vigência dessa fórmula, pretendeu-se tornar o seu alcance mais preciso, afirmando-se que através dela o Direito seria respeitoso com as liberdades individuais tuteladas pela Administração Pública.¹² Como expõe Friedrich Von Hayek, ressaltando a previsibilidade das condutas firmada por uma normatividade estabelecida, de modo que os indivíduos possam pautar por elas sua liberdade de agir:

A característica que mais claramente distingue um país livre de um país submetido a um governo arbitrário é a observância, no primeiro, dos grandes princípios conhecidos como o Estado de Direito. Deixando de lado os termos técnicos, isso significa que todas as ações do governo são regidas por normas previamente estabelecidas e divulgadas - as quais tornam possível prever com razoável grau de certeza de que modo a autoridade usará seus poderes coercitivos em dadas circunstâncias, permitindo a cada um planejar suas atividades individuais com base nesse conhecimento.¹³

Assim, um governo submetido ao Estado de Direito seria o contrário de um governo arbitrário. A elaboração pelo Estado de normas fixas, claras e estáveis seria o único meio que teriam os indivíduos de não serem submetidos às incertezas do imprevisível.

12 VERDU, Pablo Lucas. A luta pelo Estado de Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1.

13 HAYEK, Friedrich August Von. O caminho da servidão. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990, p. 96.

Mas claramente, tal formulação clássica é insuficiente para a conformação da ideia de um Estado de Direito. Um Estado de Direito desse tipo seria compatível com um regime autoritário zeloso da disposição livre dos assuntos individuais e assecuratório de um grau de segurança e certeza para os cidadãos. No regime nacional-socialista, por exemplo, o homem é garantido em seu “vínculo social”. O Direito se dirige ao homem não como pessoa individual, isolado como indivíduo, mas como pessoa concreta, como empresário, como trabalhador, empregado ou representante de comércio, etc. O Direito registra o homem em suas relações sociais, em seu papel social. O indivíduo se caracteriza pelo pertencimento a uma determinada comunidade de raça e sangue e tem nelas garantidas suas funções individuais e sociais, como empresário, obreiro, arrendador, arrendatário, empregado etc.. Seu papel social e sua função social (determinada pelos deveres inerentes ao seu papel social) são ressaltados e assegurados pelo Direito. Assim, um regime autoritário não obstante, é capaz de assegurar um critério uniforme de aplicação do Direito consoante a lei, ainda que autoritariamente elaborada (tem um critério legal do justo e do injusto) e é assecuratório da previsibilidade das condutas (compreendida nos valores maiores da comunidade).¹⁴

Trata-se, então, de uma definição insuficiente do que se poderia conceber como um Estado de Direito. Do mesmo modo é insuficiente a definição preconizada pelo chamado Estado Liberal de Direito.

O Estado Liberal de Direito caracteriza-se pela difusão da ideia de direitos fundamentais, da separação de poderes, bem como, do império das leis, próprias dos movimentos constitucionalistas que impulsionaram o mundo ocidental a partir da *Magna Charta Libertatum* de 1215.

Nesse paradigma – o do Estado Liberal –, há uma divisão bem evidente entre o que é público, ligado às coisas do Estado (direitos à comunidade estatal: cidadania, segurança jurídica, representação política etc.) e o privado, mormente, a vida, a liberdade, a individualidade familiar, a propriedade, o mercado (trabalho e emprego capital) etc. Essa separação dicotômica (público/privado) era garantida

14 TORRE, Massimo La. La lucha contra el derecho subjetivo: Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del derecho. Madri: Dykinson, 2008, pp. 342-351, passim.

por intermédio do Estado, que lançando mão do império das leis, garantia a certeza das relações sociais por meio do exercício estrito da legalidade.

Com a definição precisa do espaço privado e do espaço público, o indivíduo guiado pelo ideal da liberdade busca no espaço público a possibilidade de materializar as conquistas implementadas no âmbito do Estado que assumiu a feição de não interventor. Neste contexto, o indivíduo, na busca de interesses próprios, procura encontrar sua felicidade, por isso o Estado tem por propósito garantir as liberdades individuais necessárias a esse empreendimento personalíssimo. Assim, verifica-se que o Estado de Direito é caracterizado por ser um Estado mínimo, objetivando acautelar tão somente a ordem social e a segurança pública, conforme leciona Canotilho:

(...) o Estado de direito é um Estado liberal no seu verdadeiro sentido. Limita-se à defesa da ordem e segurança públicas (“Estado polícia”, “Estado gendarme”, “Estado guarda nocturno”), remetendo-se os domínios económicos e sociais para os mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência. Neste contexto, os direitos fundamentais liberais decorriam não tanto de uma declaração revolucionária de direitos, mas do respeito de uma esfera de liberdade individual.¹⁵

Deve o Estado, por meio do direito posto, garantir a certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo, rompendo-se, via de consequência, com a anterior concepção de Estado (pré-moderno), no qual, até a felicidade dos indivíduos era uma atribuição estatal.

A igualdade de todos diante da lei é consagrada. Formalmente, todos são iguais perante a lei, ou são iguais no sentido de todos se apresentarem agora como proprietários, no mínimo, de si próprios, e, assim, formalmente, todos devem ser iguais perante a lei, porque proprietários, sujeitos de direito, devendo-se pôr fim aos odiosos privilégios de nascimento.

15 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 97.

Os indivíduos que outrora eram coisificados, agora contam com a elevação de sua dignidade pessoal à de sujeitos de direitos, mormente, com a realização de contratos de compra e venda de sua força de trabalho. Consagra-se a vida, a liberdade e a propriedade como valores máximos. Por outro lado, no âmbito da esfera pública, convencionam-se direitos perante o Estado e direitos à comunidade estatal: status de membro (nacionalidade), igualdade perante a lei, certeza e segurança jurídicas, tutela jurisdicional, segurança pública, direitos políticos etc.”.

O constitucionalismo moderno surge com o tema central da fundação e legitimação do poder político, assim como a constitucionalização das liberdades. A ideia, na era moderna, é impor limites ao Leviatã e garantir os direitos individuais.

Mas também essa forma de Estado não pode ser considerada um Estado de Direito na acepção contemporânea. Para que se configure um verdadeiro Estado de Direito é necessário mais requisitos do que a, por si só importante, submissão à lei. A lei não pode ser qualquer modalidade de lei, mas sim aquela que conta com o assentimento dos governados (além disso, aquela que se elaborou com a participação deles). Também não caracteriza simplesmente o Estado de Direito a simples enunciação de um sistema político com divisão de poderes, mas sim que existam sistemas de controle que respeitem e garantam efetivamente os direitos e as liberdades fundamentais.

Em outras palavras, deve existir um substrato mínimo material para todos asseguratório dos direitos e das liberdades fundamentais. Se de um lado o homem alcançou o ideal de liberdade em face do Estado, mormente com a implementação de um documento formal que lhe garantia formalmente uma gama de direitos individuais, por outro, essa garantia reduzia-se ao campo meramente formal, pois, no paradigma constitucional do Estado Liberal de direito, a condição humana não melhorou muito em relação à noção pré-moderna.

O paradigma liberal, marcado pela expansão capitalista e, por conseguinte, pela grande exploração do homem pelo homem, o que ocasionou a miséria, a fome e profundas desigualdades sociais, nos demonstra que a concretização da igualdade se apresentava como algo muito distante, tendo em vista a omissão

do Estado perante aos problemas econômicos e sociais. Como expõe José Luiz Quadros de Magalhães:

Esse individualismo dos séculos XVII e XVIII corporificado no Estado Liberal e a atitude de omissão do Estado diante dos problemas sociais e econômicos conduziu os homens a um capitalismo desumano e escravizador. O século XIX conheceu desajustamentos e misérias sociais que a Revolução Industrial agravou e que o Liberalismo deixou alastrar em proporções crescentes e incontroláveis. Combatida pelo pensamento marxista e pelo extremismo violento e fascista, a liberal-democracia viu-se encurralada. O Estado não mais podia continuar se omitindo perante os problemas sociais e econômicos¹⁶

A ordem liberal é posta em xeque com o surgimento de ideias socialistas, comunistas e anarquistas, que a um só tempo, animam os movimentos coletivos de massa cada vez mais significativos e neles reforça com a luta pelos direitos coletivos e sociais.

Com o desenvolvimento do movimento democrático e o surgimento de um capitalismo monopolista, o aumento das demandas sociais e políticas, além da Primeira Guerra Mundial, abrolha-se a crise da sociedade liberal, possibilitando o surgimento de uma nova fase do constitucionalismo – agora social – com alicerce na Constituição da República de Weimar, e em razão disso, inaugura-se o paradigma constitucional do Estado Social de Direito ou *Welfare State*.

O conceito de *Welfare State* ou Estado Social de Direito¹⁷ nasce com

16 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, v 1, p. 44.

17 Em *Política Social*, escrito em 1965, Marshall procura dar conta da origem do Estado Social de Direito na Inglaterra, bem como de sua evolução no pós-guerra, notadamente na década de 50 e início da década de 60. Para o autor, o Estado Social de Direito naquele país tem início em meados da era Vitoriana, qual seja, no último quartel do século XIX. Era de prosperidade e confiança, teria marcado o início da adoção de medidas de política social: leis de assistência aos indigentes, leis de proteção aos trabalhadores da indústria, medidas contra a pobreza, etc. Em tais medidas, estaria o embrião daquilo que, mais tarde, após a Segunda Grande Guerra, seria conhecido como welfare state.

A razão para o surgimento destas medidas, as quais legariam à sociedade inglesa do século XX um aparelho estatal administrativamente preparado para garantir o bem-estar social a seus cidadãos, está no impulso dado às sociedades pela industrialização. Uma vez re-harmonizada e re-adaptada ao novo “modo de vida”, após a pacificação dos conflitos que

base na concepção de que existem direitos sociais indissociáveis à existência de qualquer cidadão. Segundo esta concepção, todo o indivíduo tem o direito, desde seu nascimento, a um conjunto de bens e serviços que devem ser fornecidos diretamente através do Estado, ou indiretamente, mediante seu poder de regulamentação sobre a sociedade civil. Esses direitos contemplam cobertura de saúde e educação em todos os níveis, auxílio ao desempregado, garantia de uma renda mínima, recursos adicionais para sustentação dos filhos, etc.

Segundo Sônia Draibe¹⁸, são características comuns das definições de *Welfare State* as seguintes:

- a tendência do Estado de modificar o livre funcionamento do mercado;
- o princípio de substituição do rendimento em caso de perda temporária ou definitiva da capacidade de obtê-lo, para a prevenção dos riscos próprios inerentes à economia de mercado (velhice, doenças, maternidade, desemprego);
- a garantia, mesmo para os excluídos do mercado de trabalho, de uma renda mínima a um nível considerado suficiente para a satisfação das necessidades sociais e culturais essenciais.

Essa última característica de práticas universalistas de garantia de uma renda mínima caracterizam somente as tendências recentes de proteção social e não o *Welfare State* em sua concepção mais abstrata.

havam acompanhado a origem da produção em escala industrial, a sociedade inglesa abraçou essa tarefa de desenvolver suas potencialidades (e) colocou em movimento forças inerentes ao próprio sistema que levaram, por processos lógicos e naturais, à sua transformação em algo totalmente imprevisto e incomum. Este é um conceito central nesta explicação: a origem e desenvolvimento do Estado Social de Direito fazem parte de um processo que é definido fundamentalmente pela evolução lógica e natural da ordem social em si mesma (MARSHALL, Thomas H. Política Social. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 12-97).

18 DRAIBE, Sônia Miriam. O “Welfare State” no Brasil: características e perspectivas. In: ANPOCS. Ciências Sociais Hoje, 1989. São Paulo: Vértice e ANPOCS, 1989, p. 18.

O Estado Social de Direito procura equilibrar as relações econômicas e sociais, pois já estava superada àquela ideia de que a simples normatização de leis pudesse garantir a efetividade dos direitos fundamentais de liberdade, igualdade e propriedade. Sob o paradigma social, o Estado empenha-se por materializar os direitos individuais, considerados fundamentais, consagrados pelas Declarações e Constituições. Assim sendo, o Estado tem por objetivo principal assegurar aos indivíduos os direitos sociais, preocupando-se, por conseguinte, em garantir à coletividade “*uma ordem jurídica materialmente justa*”.¹⁹

Para Claus Offe²⁰ o *Welfare State* é essencialmente um fenômeno das sociedades capitalistas avançadas, as quais (sem exceção) criam estruturalmente problemas endêmicos e necessidades não atendidas. Neste contexto, o *Welfare State* seria uma tentativa de compensar os novos problemas criados por estas sociedades. Assim, a emergência dos Estados de Bem-Estar não apenas não representa uma mudança estrutural das sociedades capitalistas, mas seria essencialmente uma resposta funcional a seu desenvolvimento:

O Welfare State não pode lidar diretamente com as necessidades humanas fundamentais; ele pode apenas tentar compensar os novos problemas que são criados na vaga do crescimento industrial. (p. 482).

Segundo Offe, o desenvolvimento do capitalismo gera problemas sociais, tais como: necessidade de moradia para os trabalhadores concentrados pela indústria, necessidade de qualificação permanente da força de trabalho, desagregação familiar, etc. Ou seja, em seu desenvolvimento, o capitalismo destrói formas anteriores de vida social (ou instituições sociais), gerando disfuncionalidades, as quais se expressam sob a forma de problemas sociais. O *Welfare State* representa, portanto, formas de compensação, um preço a ser pago ao desenvolvimento industrial. Mais que funcional, o *Welfare State* é um desdobramento necessário da dinâmica de evolução destas sociedades, uma vez que há pequena margem para escolhas. Isto é, segundo o autor, a emergência

19 SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado: o substrato clássico e novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 289.

20 OFFE, Claus. Advanced capitalism and the Welfare State. In: Politics and Society, v. 4, p. 479-488, 1972, pp. 482-485.

de programas sociais não é resultado de escolhas, porque as alternativas de políticas são pequenas. São as condições econômicas e sociais que determinaram a emergência do *Welfare State*, e não opções feitas no campo do político:

(...) padrões ideológicos não são apenas ausentes, mas eles seriam inaplicáveis mesmo se existissem, porque a margem para políticas alternativas “viáveis” é muito pequena para permitir escolhas baseadas em princípios. É exatamente esta situação que melhor descreve o desenvolvimento do *Welfare State*. Plataformas dos partidos e resultados eleitorais parecem não ter influência na percentagem do orçamento estatal que é gasto para fins de *Welfare* ou em novos programas de *Welfare* que são criados. Muito mais importantes como determinantes das políticas (“policies”) são variáveis econômicas tais como o crescimento da produtividade, a extensão da mobilidade social, o nível tecnológico das indústrias básicas, o tamanho e composição da força-de-trabalho, a estrutura de idade da população e outros indicadores macroeconômicos e macrosociológicos. (p. 484).

Claus Offe nega explicitamente determinantes de ordem política na emergência dos programas sociais, dizendo que a decisão política no *Welfare State* está fadada a ser bastante reduzida. Ao contrário, aqueles programas expressam a natureza do *Welfare State*, qual seja, um contínuo processo de adaptação aos problemas sociais postos pelo desenvolvimento do capitalismo:

A lógica do *Welfare State* não é a realização de algum objetivo humano intrinsecamente válido, mas antes a prevenção de um problema social potencialmente desastroso. (...) Esta maneira tecnocrática e absolutamente apolítica de reagir a pressões sociais emergentes condena o *Welfare State* a um infundável e errático processo de auto-adaptação. (p. 485).

Portanto, podemos compreender o Estado Social de Direito ou *Welfare State* como um aspecto funcional do desenvolvimento do modo de produção capitalista, em que os programas sociais seriam fundamentalmente uma forma de corrigir/compensar disfuncionalidades, expressas no plano social, da operação do sistema capitalista.

Destarte, verifica-se o Estado assumindo atividades privadas, exercidas, antes, somente pelo particular, vê-se, aqui, então, o nascimento dos direitos sociais, que redefiniram os conceitos de igualdade e liberdade. Assim dispõe Luiz

Moreira:

O Estado social e democrático de direito caracteriza-se pela constitucionalização das relações de classe. Exemplos empíricos dessa juridicização são as garantias trabalhistas e de seguridade social. E essa onda de juridicização, como nas etapas anteriores, obedece a uma tentativa de equilibrar em termos jurídicos a disputa que ocorre no âmbito da ação. E, nesse caso, as normas jurídicas têm a função de manter, em níveis razoáveis, o conflito entre classes sociais. Ora, a função específica das garantias oferecidas pelo Estado democrático e social é absolver os efeitos externos de uma produção baseada na mão-de-obra assalariada.²¹

No paradigma do Estado Social de Direito o Estado amplia suas funções, vez que intervém nas esferas privadas para garantir a efetividade dos direitos sociais. Tem-se, portanto, uma ideia de tutela do Estado ao cidadão, pois aquele passa a estar presente em todos os setores da vida humana, transformando-se no centro da vida política, jurídica, social e econômica.

A preocupação do Estado em materializar os direitos enseja novos métodos de interpretar o texto normativo, nos quais permite ao juiz uma maior liberdade quando construir uma decisão. Assim, não mais se admite uma interpretação na qual fica o julgador adstrito à literalidade da norma, faz-se necessário, por conseguinte, uma interpretação que atualize o texto da lei:

(...) ao Estado social de direito (Welfare State) interessam as lacunas da lei para o juiz livremente decidir habilidosamente em parâmetros de conveniência (Common Law) os conflitos que possam colocar em desequilíbrio o sistema social a ser mantido em suas bases de tradição e autoridade.²²

O Estado Social de Direito, no entanto, não consegue, seja no plano fático, seja no plano epistemológico, cumprir suas ambiciosas promessas. No plano fático a extensão de direitos sociais a todos, com os crescentes custos das prestações sociais positivas como encargo do Estado logo se mostram inviáveis de serem asseguradas com a extensão preconizada. Do mesmo modo, o Estado

21 MOREIRA, Luiz. Fundamentação do Direito em Habermas. 3 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 58.

22 LEAL, Rosemiro Pereira Leal. Teoria processual da decisão jurídica. São Paulo: Landy, 2002, p.99.

incorre, em geral, em um acentuado custo de operacionalização para a extensão de tais direitos, com a formação de uma ineficiente estrutura burocrática, de custos astronômicos.

Essa inviabilidade fática do atendimento das prestações sociais positivas preconizadas acarreta a chamada ineficácia dos direitos sociais. No plano epistemológico, sob a ótica do paradigma social, os conflitos, sociais e econômicos, devem ser pacificados a qualquer custo pelo Estado-juiz, ainda que não observe os preceitos fundamentais dispostos na Constituição. Neste aspecto, as decisões judiciais não têm amparo constitucional, vez que são fundamentadas em “fins metajurídicos de justiça ou clamor social”.²³ Assim sendo, o direito não contempla com os requisitos de legitimidade e validade, qual seja, positivação e fundamentação (observância aos princípios constitucionais). Se os direitos sociais não podem ser extensíveis a todos, embora sejam formalmente assegurados, ao juiz cabe decidir, discricionariamente, a quem serão concedidos (àqueles que têm condição de acessar efetivamente o Judiciário), aprofundando-se a crise de legitimidade de tais direitos sociais.

Portanto, o Estado Social de Direito também não pode ser considerado um verdadeiro Estado de Direito. Só pode ser considerado um Estado de Direito aquele no qual sejam assegurados com efetividade a participação política na formação da vontade do Estado e os direitos e liberdades fundamentais. Se os indivíduos são alienados de tal participação por um paternalismo da estrutura social, política e jurídica do próprio Estado que passa a tutelar tais interesses individuais e se os direitos sociais considerados fundamentais não podem ser assegurados pela inexequibilidade de sua excessiva abrangência, não há que se falar também aqui em Estado de Direito efetivo.

Cabe então aqui o exame do terceiro paradigma de Estado de Direito que procura dar conta desse paradoxo que é o chamado Estado Democrático de Direito. A perspectiva mais consentânea do Estado Democrático de Direito é aquela que o define como uma nova análise dos institutos jurídicos constitucionais

23 LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria processual da decisão jurídica. São Paulo: Landy, 2002, p. 135.

dos Estados anteriores, implicando em uma redefinição de Estado perante a ordem constitucional. No Estado Social de Direito as decisões judiciais ficavam ao arbítrio do julgador. Ao juiz, de acordo com seus conceitos de justiça, bem estar coletivo e paz social, caberia proferir as decisões, ainda que não amparada pelos princípios constitucionais. Os princípios constitucionais foram, não poucas vezes, desrespeitados/inobservados, pois a decisão resultava das convicções íntimas e subjetivas do julgador.

Diante disto, os indivíduos perceberam que não mais poderiam entregar toda a sua busca pela felicidade a um Estado Soberano, o qual aparece como macrossujeito abarcador de uma hipotética unidade cívica. Uma nova definição de Estado se impunha, definição esta na qual a ótica democrática fosse a vertente primordial da construção e da realização do Direito. Este novo paradigma de Estado, o democrático, requer um modelo de sociedade aberta com uma teoria discursiva do Direito. Neste sentido, os partícipes da procedimentalidade instaurada são responsáveis pela construção da decisão. No Estado Democrático de Direito, os cidadãos participam discursivamente na elaboração da decisão, são, pois, ao mesmo tempo, autores e destinatários do provimento final.

Elias Díaz no seu livro clássico “Estado de Derecho y sociedad democrática” apresenta essa nova visão de Estado Democrático de Direito:

No todo Estado es Estado de Derecho. Por supuesto, es cierto que todo Estado crea y utiliza un Derecho, que todo Estado funciona con un sistema normativo jurídico. Dificilmente cabría pensar hoy un Estado sin Derecho, un Estado sin un sistema de legalidad. Y sin embargo, decimos, no todo Estado es Estado de Derecho; la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho.

Designar como tal a todo Estado, por el simple hecho de que se sirve de un sistema normativo jurídico, constituye una imprecisión conceptual y real que sólo lleva —a veces intencionadamente— al confusionismo. Cabe adoptar como punto de partida la siguiente tesis: el Estado de Derecho es el Estado sometido al Derecho, o mejor, el Estado cuyo poder y actividad vienen regulados y controlados por la ley... El Estado de Derecho como Estado con poder regulado y limitado por la ley se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto y totalitario, como Estados con poder ilimitado, en el sentido de no controlado jurídicamente o, al menos,

insuficientemente regulado y sometido al Derecho.²⁴

Segundo esse autor o império da lei, o controle jurídico do poder estatal e a segurança frente à arbitrariedade são os traços definitórios do Estado Democrático de Direito. São, portanto, assim delimitadas as características mais básicas e indispensáveis a todo Estado Democrático de Direito:

- a)** império da lei: lei como expressão da vontade geral;
- b)** divisão de Poderes: executivo, legislativo e judiciário;
- c)** legalidade da Administração: atuação segundo a lei e suficiente controle judicial;
- d)** direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídica formal e efetiva realização material.²⁵

Sob a ótica do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, somente é legítimo o provimento final se construído por todos os partícipes envolvidos no procedimento, devendo este espaço procedimental ser orientado pelos princípios do sistema democrático. De acordo com Habermas:

(...) o princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mais precisamente, a possibilidade de todas as fundamentações, a serem realizadas em discursos (e negociações reguladas pelo procedimento), das quais depende a legitimidade das leis. (...) Partindo do pressuposto de que uma formação política racional da opinião e da vontade é possível, o princípio da democracia simplesmente afirma como esta pode ser institucionalizada – através de um sistema de direitos que garante a cada um igual participação num processo de normatização jurídica, já garantindo em seus pressupostos comunicativos. (...) o princípio da democracia refere-se ao nível da institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito.²⁶

24 DÍAZ, Elias. Estado de Derecho y sociedad democrática. 4. ed. Madri: Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1972, p. 13.

25 DÍAZ, Elias. op. cit., p. 29.

26 HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre a faticidade e validade. v. I. Rio de

Estariamos, portanto, no âmbito daquilo que se denomina um direito pós-positivista, no dizer de Luís Roberto Barroso, uma compreensão do direito que se apresenta:

como uma terceira via entre as concepções positivista e jusrnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do Direito, e não apenas quando de sua elaboração. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética²⁷.

Em que medida, porém, a quarta característica dos princípios do Estado Democrático de Direito na concepção de Elias Díaz, a efetiva realização material dos direitos e liberdades fundamentais compõe a realização concreta do Estado Democrático de Direito? Todos os direitos prestacionais abarcados nas Declarações de Direitos devem ser efetivados para que se possa falar na materialização do Estado Democrático de Direito? Como garantir tal desiderato, se, por vezes, os exercícios dos direitos prestacionais são contraditórios entre si? Este é o problema do Estado Democrático de Direito e nessa acepção é que seu conceito se conecta com a chamada judicialização da política.

Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 145/146.

27 BARROSO, Luís Roberto. Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: O Estado a que Chegamos. In: Retrospectiva dos 20 Anos da Constituição Federal. AGRA, Walber de Moura (coord.). São Paulo : Saraiva, 2009, p. 381-382.

4.2 O Estado Democrático de Direito como Condição Prévia para a Plena Consecução da Judicialização da Política

A assim chamada judicialização da política (e das relações sociais) pode ser definida como uma nova tendência da democracia contemporânea, própria do sistema democrático procedural, caracterizada por uma política de direitos, pela pressão dos grupos de interesses no jogo democrático e, primordialmente, pelo ativismo judicial. Como bem coloca John Ferejohn:

(...)observa-se um profundo deslocamento do poder do Legislativo para tribunais e outras instituições jurídicas. Tal deslocamento - que recebeu o nome de judicialização - tem ocorrido em escala mais ou menos global. O espetáculo dos juizes italianos pondo abaixo o sistema de troca-troca de gabinetes estabelecido na Itália no pós-guerra, magistrados franceses caçando primeiros-ministros e presidentes, e até mesmo juizes tomando a iniciativa de prender e julgar ex-ditadores e líderes militares, são os aspectos mais visíveis dessa tendência. Mesmo a intervenção da Suprema Corte americana na disputa eleitoral em *Bush v. Gore* é outra manifestação bastante conhecida desta tendência.²⁸

Diante da ineficácia do Estado Social de Direito e de sua incerteza na alocação social dos recursos o Poder Judiciário transforma-se em um espaço público de solução de conflitos e de distribuição da justiça:

Uma economia de mercado aberto descentraliza os fóruns de resolução de disputa. Enquanto o governo era o grande investidor nas sociedades latino-americanas, que controlava os preços, os sindicatos e a maioria dos empregos, os partidos políticos e as instituições do Executivo e Legislativo eram os fóruns mais importantes onde se colocavam as expectativas e as soluções dos conflitos entre os grupos sociais. Os conflitos mais importantes que surgem hoje em dia na América Latina normalmente não acabam mais em exigências para o governo mudar o modo como os benefícios sociais são distribuídos. Ao contrário, os agentes privados se confrontam no mercado ou nos tribunais. [...] Durante o século XX na América Latina, os governos, os partidos políticos e várias instituições públicas usaram a linguagem da justiça social e da dignidade humana. Os não-privilegiados aprenderam por mais de 50 anos como se integrar à sociedade e conseguir

28 FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. Hoover Digest, nº 1, 2003, p. 46.

os benefícios sociais por meio desses canais políticos. Mas hoje esses canais políticos perderam muito de seu peso. O Judiciário, que com certeza não tem sido na tradição latino-americana um fórum importante para os não-privilegiados apresentarem as suas reivindicações, pode tornar-se, finalmente, sob as novas condições, um lugar importante para integrar a justiça social.²⁹

Esse novo papel do Poder Judiciário na democracia traz, no entanto, contradições no que se refere à concretização do conceito de Estado Democrático de Direito. Esse conceito se ampara na materialidade de todos os direitos e garantias fundamentais, inclusive, também, na efetivação dos direitos sociais, como garantia da realização da igualdade entre os indivíduos?

Como conceber, afinal, se estamos ou não diante de um Estado Democrático de Direito?

Direitos e garantias fundamentais em um Estado Democrático de Direito devem ser compreendidos, a um só tempo, de maneira holística, em um sentido histórico, e restritos em sua abrangência. Deste modo, com a devida análise histórica da evolução do Estado, se constata que o elemento primordial do Estado de Direito é a certeza e segurança dos cidadãos quanto à atuação do poder político, como bem destaca Karl Larenz:

Donde existen relaciones de este tipo (relaciones de poder), se produce en todos los tiempos el peligro del abuso, peligro que tiene fundamentos muy profundos en la naturaleza humana. El poder sobre otros, aunque sea un pedacito de poder, constituye para muchos hombres una tentación para aumentar con su ejercicio arbitrario su amor propio, para ensancharlo más allá de los límites establecidos y para envidiarlo por sí mismo³⁰

Trata-se, assim, do *princípio da limitação e do controle do poder*. É a prevenção da arbitrariedade e do abuso de poder, vinculando o poder na sua atuação ao Direito. A divisão dos poderes (funções do Estado) se apresenta

29 SUTIL, Jorge Correa. Reformas judiciárias na América Latina. In. PINHEIRO, Paulo Sergio et alli (orgs.). Democracia, violência e injustiça. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 287 e 295.

30 LARENZ, Karl. Derecho justo: fundamentos de ética jurídica. Madri: Civitas, 1985, p. 151.

então, historicamente, como o meio mais eficaz para evitar um uso arbitrário das faculdades que as leis outorgam aos poderes públicos.

Nesse mesmo diapasão, de limitação e controle do poder, se incluem, consoante Larenz, a inadmissibilidade das leis retroativas (mormente em direito penal, *nulla poena sine lege*), a vinculação da Administração ao Direito e a concessão a todos os cidadãos de uma ampla tutela jurídica. A isso se acrescem os princípios processuais do Estado de Direito: a imparcialidade do juiz e o princípio do contraditório.

A abrangência dos direitos em um Estado Democrático de Direito está condicionada a esse papel de garantia da submissão dos poderes ao império da lei e de limitação do poder do Estado. Como assinala Benjamin Constant o “*objetivo de los modernos es la seguridad de los disfrutes privados, y llaman libertad a las garantías concedidas por las instituciones a esos disfrutes*”.³¹

Deste modo, em um conceito de Estado Democrático de Direito que tenha efetividade e não seja uma quimera simplesmente programática, a materialidade dos direitos prestacionais deve ser aquela necessária para a segurança dos desfrutes privados, alcançáveis pelos indivíduos de maneira autônoma.

Portanto, o Estado de Direito não pode ser delimitado somente como aquele que garante a liberdade de um ponto de vista formal, o império da lei, nem, por outro lado, como um Estado igualitário onde a liberdade de escolha de cada cidadão acerca do seu próprio projeto de vida, não esteja assegurada.

Há que se fazer assim uma delimitação conceitual. Para que exista um Estado Democrático de Direito é necessário que existam as condições políticas para que todos, inclusive o Estado, estejam efetivamente submetidos ao Direito e o controle do poder político deste esteja assegurado. Isso envolve direitos políticos e liberdades e as condições materiais assecuratórias para o exercício de tais liberdades.

31 CONSTANT, Benjamin. De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos. In: CONSTANT, Benjamin. Escritos políticos. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 269.

Esse Estado de Direito não se confunde, entretanto, com um Estado prestacional. A excessiva intervenção estatal, com fins igualitários, pode, em determinadas circunstâncias, em perigo a liberdade. Do mesmo modo, as liberdades, sem um marco de igualdade de oportunidades sociais e econômicas se convertem em fórmulas vazias. O Estado Democrático de Direito deve ser, primordialmente, uma forma de organizar o Estado onde todos tenham a potencialidade de se expressar e influir na formação da vontade política desse Estado. *A partir daí, adentramos no campo da decisão democrática dos cidadãos acerca de uma modalidade mais social ou mais liberal de Estado de Direito, o campo por excelência da judicialização da política.*

Os seres humanos diferem de modo significativo uns dos outros. Essas diferenças podem ser tanto por características externas como pelas circunstâncias nas quais cada um se encontra. Uns nascem com maior riqueza, outros não; alguns herdaram certas responsabilidades que fazem parte de seu encargo, outros não; alguns nascem em ambientes mais hostis podendo afetar sua saúde e bem-estar, outros também não. Divergimos também, além das características externas (ou seja, de acordo com os ambientes natural e social que cada um se encontra), em nossas características pessoais como sexo, idade, aptidão física e mental e características internas como propensão à doença e assim por diante.

Isto significa que nossas características físicas e sociais nos fazem pessoas extremamente diferentes, fazemos parte de uma sociedade diversificada e a sociedade a qual pertencemos nos oferecerá oportunidades diferentes quanto ao que podemos ou não fazer.

Compreender o campo da judicialização da política, significa entender, com Amartya Sen, que a maioria das discussões sobre a desigualdade se concentra em torno da desigualdade de renda, o que acaba por não explicar toda a extensão da desigualdade real de oportunidades. Aquilo que as pessoas podem ou não fazer ou realizar não depende exclusivamente de suas rendas, mas também de inúmeras características físicas e sociais que acabam por afetar suas vidas.

Para Amartya Sen os homens apresentam necessidades diferentes e a simples igualdade de renda ou de bens primários falha ao tratar a variação destas necessidades como iguais. Ao tentar buscar uma explicação sobre as inúmeras variáveis que afetam a nossa igualdade de bem-estar ou satisfação de necessidades, o autor vai além da ideia de renda e busca mostrar como estas variáveis afetam a vida que podemos levar e a liberdade que podemos desfrutar.

Embora níveis de salário e remuneração façam parte da análise da desigualdade, eles não esgotam toda a questão. Um exemplo disso são as diferenças entre as liberdades desfrutadas por ambos os sexos em diferentes regiões, ou seja, na divisão de atividades desenvolvidas dentro das famílias, educação recebida, e liberdades permitidas dentre os diferentes membros componentes da mesma família.

Amartya Sen nos mostra que é a incapacidade de adquirir bens e não os bens em si mesmos que contribuem para a fome e a desigualdade. Neste sentido, a explicação em torno da diferença de funcionamentos e da desigualdade de capacidades (por exemplo, escapar de doenças, evitar mutilações no corpo, ser livre para buscar carreiras independentes etc.), deve ser apreciada fugindo da questão da discussão em torno de renda recebida, bens primários e recurso recebidos por integrantes de uma mesma família:

Quando deslocamos nossa atenção de mercadorias e rendas para funcionamentos e capacidades, o quadro relativo pode mudar radicalmente. A diferença parece relacionar-se, em grande medida, com as diferenças nas condições sociais, educacionais e epidemiológicas. (...) Portanto, esta distinção entre privação de renda e de capacidade para realizar funcionamentos elementares tem relevância também para a política pública - tanto para o desenvolvimento quanto para a erradicação da pobreza e da desigualdade.³²

O autor não nega que uma renda diminuta acaba por dificultar o desenvolvimento das capacidades de um indivíduo, mas essa variável, embora importante, se mostra como um valor fundamentalmente instrumental, por facilitar o acesso a um conjunto de funcionamentos e o desenvolvimento de capacidades:

32 SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. São Paulo: Record, 2001, p. 194.

O que a perspectiva da capacidade faz na análise da pobreza é melhorar o entendimento da natureza e das causas da pobreza e privação desviando a atenção principal dos meios (e de um meio específico que geralmente recebe atenção exclusiva, ou seja, a renda) para os fins que as pessoas têm razão para buscar e, correspondentemente, para as liberdades de poder alcançar esses fins.³³

Desenvolver capacidades é assim, fundamental, para atingir o desiderato da felicidade dos indivíduos, mas não se confunde com a ideia de um Estado Democrático de Direito. Um conceito mais delimitado de Estado de Direito no plano jurídico-político é perfeitamente compatível e desejável com a realização de um Estado Social de Direito, mas não se confunde com ele.

É no campo da judicialização da política, compreendida em senso amplo, que se articula a realização das tarefas sociais que hoje se consideram imprescindíveis para uma vida humana digna, compatível com o pleno desenvolvimento das capacidades dos indivíduos: segurança social, educação básica, proteção frente ao desemprego, cuidados sanitários e pensões mínimas.

4.3 O Espaço Social da Judicialização da Política

Uma das principais dimensões do Estado de Direito diz respeito ao fato de que só se pode falar em justiça se as necessidades básicas dos homens estão, de alguma forma, atendidas. Consoante o entendimento da justiça social³⁴, esta tem por fundamento garantir a consecução do bem de todas as pessoas, consideradas não em suas individualidades, mas, sim, como membros de um todo social *harmônico*, voltado à *cooperação mútua* para a realização da *felicidade* geral. Aí está embutida a firme ideia de *dignidade* inerente a toda humanidade (em substituição à ideia pré-moderna de honra), como único parâmetro de avaliação do homem condizente com a igualdade liberal. Partindo da premissa de que todos os seres humanos detêm uma valia idêntica perante a lei, todos

33 SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Cia das Letras, 2000, p. 112.

34 CASTILHO, Ricardo. Justiça social e distributiva: desafios para concretizar os direitos sociais. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37.

os indivíduos guardam *dignidade própria* que determina, necessariamente, que sejam dadas a eles todas as condições materiais e imateriais indispensáveis para a *existência plena*.

Existe um relativo consenso de que não há vida digna, nem auto-respeito, nem possibilidade de exercício de capacidades individuais e coletivas sem que determinadas *condições básicas estejam satisfeitas*. A discussão gira em torno de quais condições seriam essas. Trata-se apenas de comer, beber, dormir e se abrigar? Sem dúvida que não, pois essas satisfações apenas garantem ao homem condições para a sua sobrevivência biológica. Por isso, admiti-las como suficientes seria o mesmo que comparar os homens aos animais, que certamente também necessitam dessas mesmas coisas para se manterem vivos. As necessidades humanas, ao contrário, requerem atendimentos para além da dimensão biológica ou natural. Para os homens, as necessidades de comer, beber, dormir, abrigar-se, não constituem um fim em si mesmo. Envolvem, entre outros aspectos, a produção de instrumentos em um processo que se dá permeado de interações sociais, divisão de tarefas, organização do espaço. Com isso se quer dizer que o atendimento às necessidades humanas engloba também aspectos psicológicos, culturais e sociais.

Essas necessidades básicas, segundo Marx, são necessidades comuns a todos os homens, e, por outro, essas necessidades são produto do meio e da cultura em que vivem esses homens, variáveis, portanto:

A extensão das chamadas necessidades imprescindíveis e o modo de satisfazê-las são produtos históricos e dependem, por isso, de diversos fatores, em grande parte do grau de civilização de um país e, particularmente, das condições em que se formou a classe dos trabalhadores livres, com seus hábitos e exigências peculiares.³⁵

A distinção entre necessidades básicas e necessidades não-básicas, pode ser compreendida em Pereira³⁶ que identifica a chave dessa distinção como sendo

35 MARX, Karl. O Capital. Livro 1. v. II. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1988, p. 191.

36 PEREIRA, Potyara A. P. Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais. São Paulo: Cortez, 2000, p. 66-67.

a ocorrência ou não de “*sérios prejuízos à vida material dos homens e à atuação destes*” como sujeitos, caso essas necessidades não sejam satisfeitas. Em outros termos, necessidades humanas básicas são aquelas que devem ser satisfeitas como condição necessária para evitar sérios e prolongados prejuízos à saúde física e à cidadania, fato que não ocorre com a não satisfação de preferências. Em vista da associação entre necessidades humanas básicas e sérios prejuízos, cabe definir estes últimos.

Sérios prejuízos são impactos negativos cruciais que impedem ou põem em sério risco a possibilidade objetiva dos seres humanos de viver física e socialmente em condições de poder expressar a sua capacidade de participação ativa e crítica. São, portanto, danos cujos efeitos nocivos independem da vontade de quem os padece e do lugar ou da cultura em que se verificam³⁷ (PEREIRA, 2000, p. 67).

Dessa definição, um aspecto se revela como muito relevante: “sobrevivência”, não apenas no sentido físico, mas também social. Assim, chega-se ao significado de necessidades como o *déficit de condição para a vida e para a ação humana livre e crítica*.

Autonomia é a capacidade dos indivíduos de formular estratégias para a consecução de seus objetivos e interesses, conscientemente identificados e, ainda, de colocá-las em prática sem opressões. Tal significado envolve o reconhecimento, pelo indivíduo e pelos outros, de ele ser capaz de realizar algo e responsabilizar-se por essa ação. Nesse sentido, três atributos são fundamentais para o exercício pleno da autonomia: *habilidade cognitiva, saúde mental e oportunidade de participação*.

A *habilidade cognitiva* refere-se exatamente à capacidade do indivíduo de entender o mundo a sua volta e as regras sociais estabelecidas pela cultura a que pertence. A *saúde mental*, por seu turno, significa a condição necessária para que a ação se dê em condições racionais, pois um déficit de saúde mental criará inaptidão para lidar com coisas particulares e coletivas de forma autônoma

37 PEREIRA, Potyara A. P. op. cit., p. 67.

e discernida. A loucura seria o extremo desse déficit. Já a *oportunidade de participação* envolve o grau em que a autonomia pode ser incrementada a partir de novas opções de ação, socialmente relevantes. Todos os seres humanos, em qualquer cultura, são instados a desempenhar papéis sociais comuns, como o de pais, donos de casa, trabalhadores e cidadãos. Ampliar esse leque de competências depende de oportunidades, ou seja, de *disponibilidade de meios objetivos para tanto*.

A existência de necessidades comuns não significa estratégias iguais para a sua satisfação. Habilidade cognitiva, saúde física e mental e autonomia podem ser obtidas de diversas formas. Há uma série de bens, serviços e relações sociais, que em maior ou menor extensão, são capazes de satisfazer as necessidades básicas. Em vista disso, podemos identificar um conjunto de necessidades intermediárias que, se satisfeitas, contribuem para o aumento da habilidade cognitiva, saúde física e mental e da autonomia: 1. alimentação nutritiva e água potável; 2. habitação adequada; 3. ambiente de trabalho seguro; 4. ambiente físico saudável; 5. cuidados apropriados de saúde; 6. proteção à infância; 7. relações primárias significativas; 8. segurança física; 9. segurança econômica; 10. educação básica; 11. educação para o planejamento familiar, pré e pós natal adequados.

Não há uma ordem de importância dentre essas necessidades intermediárias. Todas são essenciais para a garantia da saúde física e mental e da autonomia. Em alguns, como alimentação e moradia, as especificidades culturais e de respostas a eles endereçados são fatores importantes; mas o fato é que se eles não forem atendidos causarão sérios danos à saúde física e mental das pessoas, prejudicando seu desenvolvimento e participação sociais, de forma ativa e crítica.

Esse é o espaço social da judicialização da política. Possibilitar que, no campo da atuação do Poder Judiciário, esses valores e necessidades sejam, de algum modo, satisfeitos. E, mais do que isso, reconhecidos como direitos, se incorporem ao exercício da cidadania. O Estado Democrático de Direito na acepção delimitada acima descrita possibilita isso, o espaço social, a arena, onde esses interesses e necessidades se manifestam. Mas, não se confunde, enquanto

conceito, nem com esse espaço social, nem com seu processo de realização, a judicialização da política.

4.4 Considerações Finais

O paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito se caracteriza por ser um Estado de Direito em um contexto pós-positivista, marcado por uma reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; pela reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; pela formação de uma nova hermenêutica; e pelo desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido se apresenta como parte da realização de tal Estado de Direito a consecução dos direitos fundamentais dos indivíduos. Mas a questão primordial a saber é: a quais direitos fundamentais estamos nos referindo, só aos direitos políticos e às liberdades públicas ou ao conjunto de direitos materiais econômicos e sociais reconhecidos, via de regra, nas Declarações de Direitos? Se também são reconhecidos direitos materiais, de que natureza são esses direitos e como se definem as contradições entre os diversos exercícios de tais direitos pelos indivíduos?

A noção aqui preconizada é a de que, na contemporaneidade, deve ser delimitado aquilo que se compreende pelo conceito de Estado Democrático de Direito, para que este possa subsistir como um conceito útil e operacional. O Estado Democrático de Direito deve ser aquele capaz de submeter o exercício das funções do Estado ao Direito, limitá-lo, controlá-lo e assegurar valores como a autonomia, a liberdade e a igualdade naquelas circunstâncias onde possam imperar a fome, a insegurança ou a ignorância.

Mas, ao mesmo tempo deve evitar a intervenção excessiva do Estado, mesmo que com objetivos igualitários, em tudo aquilo que ponha em risco valores como a responsabilidade, o esforço e mérito individuais, o desenvolvimento da autonomia e o talante moral dos cidadãos.

As disputas em torno de maior enfoque liberal ou social do Estado não devem ser compreendidas como definidoras do Estado Democrático de Direito, mas sim como disputas legítimas dos cidadãos no espaço social público, através de um processo de resolução de conflitos legítimo que é o da judicialização da política. Formas de institucionalização do bem-estar social devem passar por esse crivo de efetividade de políticas públicas, como direitos a serem buscados e perseguidos, mas também para o controle de tudo aquilo que estas tiverem de alienantes, burocráticas e insuficientes.

A precisão conceitual assim alcançada será útil não apenas para o reforço das características democráticas do Estado, mas também para a melhor configuração da necessária reforma do *Welfare State* dentro de um procedimento de liberdade e garantias processuais de direitos a prestações positivas.

5. A CONTRIBUIÇÃO KANTIANA PARA A REFLEXÃO SOBRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

5.1 Considerações Iniciais

A contribuição kantiana para a reflexão sobre o estado democrático de direito caracteriza-se pela ênfase na necessária complementaridade entre a moral e o direito, como condição de institucionalização dessa forma de regime político. A relação entre essas duas ordens normativas assume função destacada no quadro do estado contemporâneo porque em função delas é que se pode estabelecer o argumento legitimador do sistema democrático. A leitura das constituições do estado democrático de direito torna-se, assim, necessariamente diferenciada em virtude da fonte moral de onde nasce o sistema político-institucional e jurídico. A Constituição por ter uma fonte moral, pois é fruto da manifestação da vontade de agentes morais autônomos, estabelece limites ao arbítrio e à desigualdade social.

Nesse sentido o regime democrático é mais do que a simples manifestação da vontade da maioria e torna-se um regime dotado de valores morais que o fundamentam e justificam. A importância da recuperação da tradição kantiana torna-se tanto mais urgente quanto o esvaziamento da perspectiva positivista, no contexto da cultura tecnocientífica moderna, exige a construção de um novo paradigma teórico na teoria do direito, que responda de forma conseqüente às exigências de legitimidade da ordem jurídica do estado democrático de direito.

A análise crítica do direito, da moral e da justiça foi ocupada, durante grande parte do século XX, por um rígido formalismo, que encontrou na teoria pura do direito de Hans Kelsen a sua expressão mais sofisticada.³⁸ As relações entre valores morais, ordem jurídica e justiça, que deitam as suas raízes na tradição do pensamento do Ocidente, ressurgiram, entretanto, como *vexata*

38 KELSEN, Hans. The Pure Theory of Law. op. cit.

quaestio nos conflitos culturais, sociais e políticos que ocorrem nas sociedades contemporâneas. Esse fato cultural, que se encontra presente em todas as sociedades democrático contemporâneas, torna mais premente a recuperação do pensamento kantiano para que se possa esclarecer e substantivar os argumentos constitutivos do discurso jurídico no estado democrático de direito.

No século XVIII, Immanuel Kant promoveu uma revolução copernicana na filosofia ocidental, ao libertá-la do paradigma teológico e metafísico na qual se encontrava prisioneira, desde o ocaso do Império Romano. A filosofia kantiana ao libertar-se da tradição metafísica, estabeleceu os princípios filosóficos da Modernidade³⁹, que iria ser caracterizada como a época histórica na qual o homem erigiria a razão como instrumento nuclear no conhecimento e no agir humano. A máxima kantiana bem expressou esse momento revolucionário na história do pensar e do agir humano: “*Sapere aude!*” - tenha coragem e sirva-se da sua própria inteligência.⁴⁰ Para Kant, a época do Iluminismo representava a libertação do homem do estado de tutela em que se encontrava, submetido a um estado de dependência em virtude de não fazer uso público de sua razão. Nas palavras de Kant: “ouço de todos os lados o apelo: *não raciocine!* O oficial diz: não raciocine, execute! O fiscal de rendas diz: não raciocine, pague! O sacerdote diz: não raciocine, creia (Um único mestre no mundo diz: *argumentem* quanto queiram e sobre o que quiserem, *mas obedçam*)”.⁴¹

A revolução kantiana, do ponto de vista moral e político, consistiu, assim, em reconhecer que os problemas centrais da filosofia – os problemas clássicos da metafísica, as provas da existência de Deus e a fundamentação da moral – não encontravam respostas adequadas na tradição filosófica. O filósofo escocês David Hume (1711 – 1776), juntamente com Jean-Jacques Rousseau (1712 – 1778), viriam a ser os dois pensadores que tiveram influência determinante no pensamento filosófico e moral de Kant. O pensamento de Hume serviu para a sua incursão no campo da filosofia teórica, tendo sido, como reconhecia

39 HÖFFE, Otfried. *Principes du Droit*. Paris: Cerf, 1993, cap. 1.

40 KANT, Immanuel. Qu'est-ce que les Lumières? In : *Aufklärung. Les Lumières allemandes. Textes et commentaires* par Gerard Raulet. Paris: GF-Flamarion, 1995. p. 25.

41 KANT. *op. cit.*, p. 27.

Kant, responsável em suas palavras, por tê-lo “acordado do sono dogmático e dado uma nova direção nas minhas investigações no campo da filosofia especulativa”.⁴² Rousseau, cujo retrato era a única decoração do escritório de Kant, foi marcante no campo da filosofia prática. Essa “nova direção” consistiu, num primeiro momento, na distinção entre o conhecimento sensível, de um lado, e o conhecimento inteligível, ou nas palavras de Kant, na distinção entre o mundo fenomênico e o mundo *noumenal* ou da razão.

O projeto filosófico de Kant iniciou-se como uma investigação que possibilitasse a determinação de um patamar epistemológico comum do conhecimento humano, tanto para as matemáticas e as ciências exatas, quanto para a filosofia moral e a estética. Kant chamava a sua ciência filosófica fundamental de filosofia transcendental. Para que se possa distingui-la da filosofia transcendental medieval, modernamente chama-se a filosofia kantiana de filosofia crítica transcendental. Esse patamar deveria servir como critério último racional para todas as formas de conhecimento humano.

Isto porque certas questões não podem ser respondidas ou ignoradas pela razão humana. Não podem ser ignoradas porque a razão humana, diante da variedade das observações e experiências, procura princípios gerais através dos quais essas múltiplas experiências possam mostrar-se não como um caos, mas como uma estrutura global, interconectada e unificada. Esses princípios últimos, unificadores e explicadores da experiência, são incondicionais e se constituem na condição de possibilidade do estabelecimento e do desenvolvimento do conhecimento humano.

A arquitetônica da teoria do conhecimento de Kant baseia-se em um conjunto de elementos constitutivos de qualquer forma de pensamento, os chamados *a priori*, ou seja, aquilo que é determinado a partir de puros conceitos, independentes da própria experiência.⁴³ Os elementos *a priori* do conhecimento (intuições, categorias e princípios) revelam-se como tais pelo seu caráter de

42 Cf. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. Albany: State University of New York Press, 1994. p. 19.

43 EISLER, Rudolf. Kant-Lexikon. Verbet e a priori. Paris: Gallimard, 1994.

necessidade rigorosa e de validade universal. As três críticas da razão escritas por Kant - *Crítica da Razão Pura*, 1781 e 2ª. ed. modificada, em 1787; *Crítica da Razão Prática*, 1788; *Crítica da Faculdade de Julgar*, 1790 - estabelecem esse edifício arquitetônico, procurando cada uma delas responder às perguntas clássicas kantianas. A primeira delas reflete sobre os limites do conhecimento humano argumentando como na ordem do conhecimento, as leis *a priori* da razão impõem-se ao conhecimento. A *Crítica da Razão Prática* estabelece que, na ordem da ação humana, a razão pura prática, dirigindo de modo incondicional e formal a ação humana, determina o imperativo categórico do dever de modo apodítico. A *Crítica da Faculdade de Julgar*, por sua vez, estabelece como os princípios puros *a priori* regem, através do julgamento estético, o que podemos chamar de comunicação intersubjetiva. Em todas as críticas consideram-se os *a priori* racionais que irão sedimentar o *sapere aude* do homem moderno.

Apesar de sua principal contribuição ao *corpus philosophicum* ter sido a análise da possibilidade da razão humana determinar as condições do conhecimento (da ciência), da moral e da estética, a preocupação com o Direito sempre esteve presente na obra de Kant, ainda que não se encontre no seu pensamento uma sistematização do pensamento jurídico. Escreveu, porém, outras obras que evidenciam a importância atribuída por Kant ao direito. Além da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, dividida na *Doutrina das Virtudes* e na *Doutrina do Direito*, Kant escreveu textos que tratam direta e indiretamente da questão do direito. Alguns desses textos tornaram-se referencial obrigatório na cultura jusfilosófica: *A Paz Perpétua*, *A Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*, *Sobre um suposto direito de mentir* e *Sobre a expressão corrente: pode ser certo na teoria, mas nada vale na prática*.

O objetivo filosófico principal de Kant, no âmbito da filosofia do direito, foi encontrar os fundamentos do Direito e do Estado a partir dos conceitos *a priori*, ou seja, princípios de uma razão jurídico-prática pura, não empírica, que irão justificar racionalmente as restrições ao exercício da vontade soberana, na forma encontrada nos regimes absolutistas do século XVIII.⁴⁴ Kant situa-se, assim, em vertente contrária às correntes filosóficas da época, como o utilitarismo e

44 HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. op. cit. p. 168.

o pragmatismo, não somente porque, para ele, ambas seria uma variante do empirismo, e, portanto, privilegiariam o espaço da empiria e não o da razão. Isto porque as investigações de ambas as correntes do pensamento ficariam prisioneiras de tentativas de adaptar-se aos meandros da experiência concreta, sempre contingente, faltando as bases racionais puras, que, para Kant, seriam as únicas capazes de sedimentar o conhecimento filosófico e assegurar uma leitura crítica da realidade jurídica.

A crítica principal de Kant⁴⁵ advinha da constatação de que no domínio prático, o Direito, apesar de sua importância e prestígio, nunca se propôs a uma reflexão filosófica que investigasse os princípios que pudessem servir de fundamentos racionais para a ciência do direito. Paradoxalmente, os juristas, apesar de não se preocuparem com esse tipo de investigação dedutiva, a fim de elucidar criticamente a própria ideia do direito, buscam incessantemente uma definição do Direito, que não se concretiza precisamente porque a reflexão jurídica ficar prisioneira da empírica contingente e histórica.

Quando Kant proferiu os seus cursos sobre a filosofia moral, em 1785, procurou, desde então, encontrar uma fundamentação para uma metafísica dos costumes, projeto este que se desdobrou na formulação da teoria das virtudes e da doutrina do direito. A ideia de uma metafísica dos costumes partiu do pressuposto, empiricamente comprovado, de que para além dos diferentes códigos culturais de moralidade e dos sistemas jurídicos positivados, tornava-se possível que a inteligência humana pudesse apreender o universal, no caso a resposta à questão *qui iuris*, como se encontrava respondida no caso particular, a particularidade das normas morais e das leis jurídicas. O pensamento filosófico, especificamente no campo do direito, necessitava de uma filosofia crítica que pudesse satisfazer à problemática que fundamenta o criticismo. Essa problemática consistia em analisar a realidade jurídica sob uma ótica universal, o que somente seria possível se estivesse explicitadas as relações de complementaridade entre a moral o direito. Em outras palavras, na arquitetônica do sistema kantiano, a doutrina do direito pretende possibilitar uma resposta à problematização “crítica” do universo jurídico.

45 KANT, Immanuel. *Métaphysique des Moeurs*. Première Partie. *Doctrine du Droit*. Paris: Librairie Philosophique J. VRIN, 1971. p. 104.

5.2 A Quaestio Iuris em Kant

Alguns autores, como, por exemplo, Hannah Arendt, sustentam que a produção de Kant sobre o direito não se situa no mesmo nível de suas grandes obras filosóficas, talvez, por ter sido uma produção intelectual do final de sua vida.⁴⁶ A própria qualidade desses trabalhos foi considerada como indigna da pena kantiana. Assim, por exemplo, Schopenhauer dizia sobre a produção de filosofia política e do direito de Kant: “Parecem que não é o trabalho desse grande homem, mas o produto de um simples homem comum [*gewöhnlicher Erdensohn*]”.⁴⁷

Esses tipos de afirmações não resistem, entretanto, em primeiro lugar, a uma análise consistente da vida intelectual de Kant e, em segundo lugar, são desmentidos tendo em vista a importância hoje adquirida pelo projeto kantiano como instrumento teórico necessário para a consistência teórica e prática do estado democrático de direito. Até 1788, conta-se na obra de Kant doze cursos nos quais o problema do direito é analisado, ainda que se refira somente ao direito natural. Também os cursos sobre filosofia moral mostram a preocupação de Kant com o direito. O próprio Kant, nas *Lições sobre Ética*⁴⁸ (1762), desenvolveu uma longa argumentação sobre a natureza da obrigação e mostrou como em torno da ideia de obrigação em relação a si mesmo e obrigação em relação ao outro é que se estruturam todos os sistemas normativos e torna possível a distinção entre a moral e o direito. A teoria da obrigação de Kant constituiu-se no cerne da primeira sistematização de sua filosofia moral, por ele chamada de “filosofia prática universal”.

Em outros textos, sobretudo, “*A ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*” (1784), Kant aborda as questões específicas jurídicas da Constituição civil, do direito público e da sociedade das nações, sob a perspectiva da história universal. Mesmo na questão do método, que constitui o objeto da *Crítica da Razão Pura*, as questões de direito – por exemplo, o método

46 ARENDT, Hannah. *Lectures on Kant's Political Philosophy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992. p. 8-9.

47 SCHOPENHAUER, Arthur, apud ARENDT, op. cit. p. 8.

48 KANT, Immanuel. *Leçons d'Éthique*. Paris: Le Livre de Poche, 1997. p. 69 e segs.

dedutivo dos juristas, a “república perfeita” de acordo com Platão, a questão da definição do direito, nunca resolvida pelos juristas – é tema recorrente na reflexão kantiana.

Em 1796, Kant publica a *Doutrina do Direito*, mas foi em 1790, com a publicação da *Crítica da Faculdade de Julgar*, que Kant problematizou de forma sistemática o direito. Como Kant não escreveu uma teoria política, Hannah Arendt considera que a melhor forma de compreender seu pensamento político é analisarmos a “Crítica do Juízo Estético” (primeira parte da *Crítica da Faculdade de Julgar*). A interpretação de Arendt do pensamento kantiano relaciona o senso comum ou senso comunitário, onde se efetiva a sociabilidade humana, com a possibilidade do juízo sobre a obra de arte. Ou seja, os juízos sobre o belo são frutos da apreensão de um objeto pela imaginação, por meio de um procedimento que se exercita a partir da mais comum experiência, ou seja, a faculdade de julgar e, por conseqüência, compartilhar o gosto, pressupõe a presença dos outros, no âmbito de uma comunidade dialogal. Como argumenta Arendt, Kant descobriu, por detrás de uma temática favorita do século XVIII, a questão do gosto, uma faculdade humana nova, a faculdade de julgar. Ao mesmo tempo, entendeu essa nova faculdade possibilitaria a formulação de proposições morais. Depois de Kant é mais do que o gosto que decidirá sobre o belo e o feio; da mesma forma a questão sobre o certo e o errado não mais será decidida pela opinião subjetiva, mas unicamente pela razão.⁴⁹

A “*Metafísica dos Costumes*”, na sua Primeira Parte, intitulada “Primeiros Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito”, é o texto básico para que se possa compreender a filosofia do direito e política kantiana. Essa obra resulta das investigações realizadas na “*Crítica da Razão Prática*”, sendo esta o pressuposto metodológico necessário para a filosofia do direito. Não é, assim, uma teoria dogmática do direito, que respondesse à questão *quid sit iuris* – o que está de acordo com o direito -, mas sim procura responder à questão mais fundamental da reflexão jurídica: *qui iuris*, o que é o direito.

49 ARENDT, Hannah. op. cit. p. 10.

O objetivo de Kant consistiu em submeter o sistema jurídico positivado ao tribunal da razão a fim de descobrir os cânones que permitissem compreender o sentido de todo o ordenamento jurídico. Trata-se da investigação que busca um conceito racional do direito, que servirá como referencial crítico para o direito positivo. Como escreve Höffe, ao contrário do que afirma o racionalismo radical, que procura justificar a fonte da lei positiva na pura racionalidade, a teoria crítica kantiana limita-se à simples tarefa de clarificar conceitos básicos e princípios.⁵⁰ Essa tarefa humilde não substitui o juiz, o legislador ou o jurista, precisamente porque é uma ciência independente da empiria, ainda que se torne, como veremos a seguir, necessária para a legislação e a jurisprudência.

A filosofia do direito kantiana, ao contrário do que supõe uma leitura reducionista da obra de Kant, considera as realidades empíricas que se constituem em objeto da lei, como a pessoa, a propriedade, a família. Não se pode, assim, atribuir a Kant uma teoria pura do direito, pois como ele escreve, “o conceito do direito é um conceito puro, mas apoiado na prática (aplicado aos casos que se apresentam na prática)”.⁵¹ Mas Kant prevê as limitações do conhecimento humano, quando da aplicação do conceito aos diferentes casos, e adota uma posição de precaução onde a filosofia servirá somente para uma aproximação de todo o sistema jurídico e não conseguirá compreendê-lo na sua inteireza.

Esses limites, entretanto, não impedem que se procure um critério universal através do qual possa ser diferenciado o justo do injusto. Mas Kant estabelece como condição para o sucesso dessa diferenciação que o jurista abandone os princípios empíricos, aqueles consagrados na doutrina do direito positivo. Nesse sentido, Kant escreve que, referindo-se especificamente a análise do fenômeno jurídico, “uma teoria do Direito meramente empírica é como a cabeça de madeira na fábula de Fedro. Uma cabeça que pode ser muito formosa, mas que não tem senso”.⁵² Por essa razão, para que se possa romper a camisa-de-força da empiria e situar a leitura do fenômeno jurídico em patamar crítico, a filosofia do direito torna-se necessária para o juiz e para o jurista.

50 HÖFFE, Otfried. op. cit. p. 169-170.

51 KANT, Immanuel. *Métaphysique des Moeurs*. op. cit. p. 104.

52 *Ibidem*. p. 104.

A doutrina kantiana do direito, portanto, não se deixa tomar pela experiência, mas não a ignora, situando-se, sendo, assim, entre o empiricismo e o idealismo. Kant já antevira as dificuldades explicitadas pelas ciências sociais, nascidas sob o influxo do positivismo do século XIX. As ciências sociais, descritivas das experiências humanas, e especificamente a antropologia, permanecem no patamar mínimo de abstração, não permitindo que se tenha uma visão crítica da própria realidade que se pretende analisar. Nesse contexto, para Kant, a metafísica dos costumes é parte da filosofia transcendental e caracteriza-se como uma teoria da prática e, também, como uma teoria pura dos costumes jurídicos, “o que significa, exatamente, que ela não pode estar fundamentada na antropologia, ainda que possa aí ser aplicada”.⁵³ A filosofia kantiana desenvolve-se não a partir de definições, mas de uma análise substantiva, e irá estruturar-se nos dados empíricos não pode fundamentar-se sobre a experiência, sobre uma antropologia, mas pode ser aplicada no entendimento da realidade empírica.

5.3 O Discurso Jurídico Pós-Traducional

A primeira consideração de Kant ao tratar do projeto jurídico parte da constatação de que, ao contrário do que afirmara Hobbes, os sistemas jurídicos legítimos são fruto, não da vontade arbitrária do soberano ou do legislador, mas de sua obediência a princípios gerais do direito. Esses princípios têm uma natureza jurídica, sendo que a noção de “pessoa” é um conceito legal e não antropológico. O direito, portanto, ocupa-se da liberdade externa, que se objetiva na manifestação da vontade livre entre pessoas e não na liberdade moral, independente de paixões e desejos. Essas manifestações da liberdade interna somente teriam relevância jurídica na medida em que provocassem ações que afetassem a liberdade externa. Nesse sentido, a comunidade política para Kant seria o resultado do concurso de liberdades individuais que assecurassem a liberdade comum. Encontra-se na célebre passagem em que Kant formula o princípio universal do direito: “É justa toda a ação que permite ou cuja máxima permite a coexistência da liberdade de arbítrio de um com a liberdade de outro, segundo uma lei universal.”⁵⁴

53 Ibidem. p. 91.

54 Ibidem. p. 104.

Em decorrência a lei universal do direito é formulada de forma semelhante ao imperativo supremo da moralidade, o imperativo categórico: “age exteriormente de tal forma, que o livre uso do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos e de cada um seguindo uma lei universal, sendo, portanto, uma lei que me impõe, na verdade, uma obrigação, mas que não espera de qualquer maneira, e ainda menos exige, que eu *deva* mesmo submeter minha liberdade a essas condições unicamente em razão dessa obrigação”.⁵⁵

A metafísica dos costumes, por contemplar essa dupla face do agir humano – a moral e o direito - divide-se em duas doutrinas, a doutrina da virtude e a doutrina do direito, o que demonstra como foi escrita para examinar as relações de complementaridade entre a moral e o direito. Denomina-se metafísica porque é um sistema de conhecimento *a priori* a partir de simples conceitos, que tem por objeto o livre-arbítrio, pressuposto de uma metafísica dos costumes, pois este irá expressar-se na manifestação da moralidade e na esfera jurídica. O universo jurídico, com suas categorias, procedimentos e experiências é, para Kant, um desses espaços, onde se materializa a razão prática. A metafísica dos costumes torna essa relação explícita, não porque o direito irá concretizar uma “ética aplicada” aos requisitos da razão, mas porque a juridicidade do direito, assim como a experiência e o comércio jurídicos, somente torna-se possível quando se encontra referido à instância racional prática. Encontra-se nessa racionalidade também, como nas demais áreas do conhecimento, o princípio estrutural e regulador do conhecimento jurídico.

Como escreve Höffe, a concepção do direito para Kant serve para criticar, além do positivismo, a personalização da moralidade, o que implicaria numa racionalidade e numa moralidade particular elevada à moralidade absoluta. Em decorrência do entendimento da moralidade como manifestação subjetiva ocorre o impedimento de torná-la norma da comunidade, e, por essa razão, Kant rejeita a moralização do direito, ou seja, a assunção pelo sistema de leis, portanto, tornando-os obrigatórios, dos valores morais individuais.⁵⁶

55 Ibidem. p. 105.

56 Ibidem. p. 106.

O direito para Kant é constituído de uma obrigação diante da lei e da faculdade do poder público de fazer com que todos cumpram a mesma obrigação. Logo, o direito nasce da possibilidade de uma coação recíproca geral que regularia o exercício da liberdade pela sociedade. Essa ideia que será formulada de forma mais incisiva por Rousseau, no célebre aforismo de que todos serão obrigados a serem livres⁵⁷ tem uma solução peculiar no pensamento kantiano. Trata-se da introdução da ideia de autonomia.

5.4 A Autonomia e a Ordem Jurídica

Enquanto Rousseau no seu livro sustenta que todo aquele que recusar-se a obedecer à vontade geral será coagido por todo o corpo social e nisto consiste a condição da liberdade. Dessa forma, o cidadão entrega-se à Pátria, escreve Rousseau. Enquanto a liberdade no pensamento rousseauiano, encontra-se no corpo político, Kant sustenta que ela se realiza neste corpo, mas como expressão da autonomia individual. Dessa forma, Kant diferencia-se de Rousseau, pois o autor do *Contrato Social* ao situar a fundamentação do estado moderno no princípio da vontade livre soberana termina por desconsiderar as raízes históricas do estado moderno.

Kant, como escreve Joaquim Salgado, recebe de Rousseau a ideia de que a vontade é livre em si e para si e em torno dessa ideia, que se torna central em sua reflexão jusfilosófica, que irá estabelecer a ideia da liberdade como o eixo em torno do qual o homem irá vier. Precisamente, por ser a liberdade a espinha dorsal da vida política é que se poderá legitimar a autoridade, que se justificará na medida em que não se pode voltar contra si mesma.⁵⁸

No contexto da ideia do conceito de autonomia, Kant irá absorver os conceitos de vontade e de lei. De Rousseau, Kant absorveu a ideia de que

57 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Le Contrat Social. Oeuvres Complètes*, III. Paris: Bibliothèque de la Pléiade, 1970. p. 364.

58 Veja o importante livro de SALGADO, Joaquim Carlos. *A Ideia de Justiça em Kant*. Belo Horizonte: Editor UFMG, 1995. p. 229 e segs., onde se analisa de forma percuciente a influência de Rousseau em Kant.

existe “uma natureza do homem escondido no fundo da pluralidade das formas humanas manifestadas, e suas leis”⁵⁹. Em Rousseau, Kant encontrou a inspiração para responder aos empiristas ingleses, que sustentavam a natureza variável do homem. Kant procura os fundamentos de uma ética válida universalmente, que tenha como fundamento o princípio supremo da moralidade, o imperativo categórico.

O princípio da autonomia da vontade consiste na sujeição do homem à lei moral, que o torna livre na medida em que se submete a sua lei própria, no entanto universal. Esse princípio obriga o indivíduo ao agir conforme o seu próprio querer, que o torna legislador universal. O princípio da autonomia se expressa no imperativo categórico que prescreve “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”.⁶⁰ O princípio da autonomia fornece para a filosofia uma nova base, que se diferencia das éticas até então propostas, pois tem a pretensão de formular normas válidas e necessárias universalmente.

No reino da liberdade permanece uma indagação: ainda que a autonomia sirva como a fundamentação filosófica da liberdade, conceito-chave da modernidade, permanece uma questão na formulação de Kant. Como é possível a coexistência das liberdades individuais, manifestações de diferentes manifestações da autonomia? E como situar nesse contexto a ideia do direito, que se encontra vinculado com a ideia da coercitividade, o que implicaria na negação da autonomia?

5.5 O Direito *Lato Sensu*: *Aequitas* e *Ius Necessitatis*

Mas Kant considera, também, que ao lado do direito no sentido estrito (*ius strictum*), caracterizado pela faculdade de uma coerção recíproca de acordo

59 KANT, Immanuel. Opus Postumum, XX, 58, apud Salgado, Joaquim Carlos. op. cit., p. 229.

60 KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Lisboa: Edições 70, 1988. p. 59.

com a lei universal, pode-se conceber um direito em sentido amplo, o *ius latum*, o “direito equívoco” no qual a faculdade de coerção não será determinada por qualquer lei. Esse direito, escreve Kant, assume duas formas: a *equidade* e o *direito de necessidade*.⁶¹

A equidade para Kant é entendida, não como um princípio que permite que se exija de alguém cumprir o seu dever moral, mas um princípio que se apóia no direito. Faltam à equidade as condições indispensáveis que possibilitem ao juiz determinar como poderá atender à demanda do solicitante. Trata-se de uma forma de decisão onde o ato de julgar consiste na inserção do caso particular na legislação universal que não o previu. Kant analisa casos concretos em que a equidade irá materializar-se. Assim, supõe o comerciante, sócio de uma sociedade com cotas iguais, que produziu mais do que os seus sócios, mas que também perdeu mais no momento de crise econômico-financeira, pode exigir baseado na equidade mais da sociedade do que os outros sócios. O juiz utilizando o direito estrito não poderá assim beneficiar esse sócio, porque não se encontra estabelecido no contrato escrito a atribuição de uma parte superior aos demais. Continua com o exemplo do empregado que teve o seu salário desvalorizado, mas que não pode exigir uma reparação a não ser apelando para a equidade, que Kant chama de “divindade muda, que não pode ser compreendida”.⁶²

Kant argumenta que o chamado “tribunal da equidade” envolve uma contradição, no conflito envolvendo diferentes direitos.⁶³ Essa contradição poderá ser resolvida pelo juiz ao ouvir a voz da equidade. Kant refere-se ao caso do poder público que assume os danos sofridos por seu servidor ao servi-lo, ainda que pudesse alegar que de acordo com o direito estrito o querelante aceitara o ônus dos serviços com seus riscos e perigos. A máxima da equidade, escreve Kant, é a seguinte: “o direito mais estrito é a maior injustiça” (*summum ius summa injuria*). Mas essa injustiça não poderá ser resolvida pelo direito, ainda que seja uma questão jurídica, pois se situa no espaço da consciência, enquanto cada questão jurídica deve ser apresentada no tribunal civil.

61 KANT, Immanuel. *Métaphysique des Moeurs*, op. cit. p. 108.

62 *Ibidem*. p. 109.

63 *Ibidem*. p. 109.

A definição de Kant sobre o direito de necessidade estabelece um exercício mais abrangente da autonomia. Consiste na faculdade, que Kant classifica como um “pretendido direito”⁶⁴, da defesa do direito à vida de alguém, quando ocorre o risco de se perder a própria vida. O direito de necessidade, entretanto, não pode ser confundido com o direito de autodefesa em face de uma agressão injusta, que ameaça a minha vida. A teoria do direito, fundada no exercício da autonomia individual e no respeito a outra pessoa como tendo uma finalidade em si mesmo, e cujo maior bem é a vida, estaria nesse caso em contradição consigo mesma. No próprio caso da autodefesa o direito positivo estabelece um limite recomendando que o exercício do direito seja moderado, vale dizer, que não se encontra definido no direito, mas caracteriza-se como sendo unicamente ético. No direito de necessidade a autodefesa consiste em violência legítima contra quem não praticou nenhum ato de violência contra mim.

O direito de necessidade não poderá assim ser definido objetivamente de acordo com o direito positivo. Irá caracterizar-se de forma subjetiva com vistas à sentença a ser proferida pelos tribunais. Por essa razão, não pode haver lei penal que condene à morte aquele que naufragando, correndo como os outros náufragos os mesmos riscos de perder a vida, empurre alguém da prancha, onde se refugiou, a fim de salvar a própria vida. Explica Kant: “tal lei penal não teria o efeito almejado; isto porque a ameaça de um mal que é ainda *incerto* (perder a vida por decisão judicial) não pode superar o medo diante de um mal *certo* (a saber o afogamento)”⁶⁵. A autodefesa que irá proteger a minha vida pela violência não pode, entretanto, ser considerada *inocente*, onde não ocorra culpa, mas simplesmente como um ato impunível pelo direito positivo. Essa forma de defesa da vida, escreve Kant, traz consigo uma identificação entre a ordem subjetiva e a determinação objetiva da lei.⁶⁶ O direito de necessidade, à semelhança da equidade, também terá a sua máxima: “a necessidade não tem lei” (*necessitas non habet legem*). E dessa forma a necessidade termina tornando legal aquilo que é injusto.

64 Ibidem. p. 109.

65 Ibidem. p. 110.

66 Ibidem.

Kant sustenta que nesses dois tipos de julgamentos jurídicos (o julgamento pela equidade e em virtude do estado de necessidade) ocorre de maneira explícita um conflito entre os princípios objetivo e os princípios objetivos de exercício do direito. Aquilo que é justo sob uma determinada perspectiva individual não poder ser confirmado pelos tribunais e aquilo que pode ser considerado como injusto pode obter uma decisão favorável no mesmo tribunal. Isso ocorre, entende Kant, porque estamos tratando de duas concepções distintas de direito, que nos dois casos não têm os mesmos sentidos. Explicita-se no próprio funcionamento do sistema judiciário a ocorrência e dois tipos ou perspectivas de direitos, uma que se encontra claramente formulada e expressa no direito positivo e outra que se situa na consciência moral dos homens.

5.6 Os Fundamentos da Moral Kantiana

Kant opõe-se ao relativismo, ao ceticismo e ao dogmatismo, do mesmo modo que pensadores contemporâneos, como Rawls, Apel, Habermas e Dworkin. O julgamento e o ato moral não dependem de sentimentos pessoais, de decisões arbitrárias, de valores sócio-culturais ou de convenções. A ação humana, para Kant, é submetida a obrigações últimas, sendo o homem responsável diante de si mesmo e do outro, sendo que essa ação resulta de uma racionalidade que é própria do homem. Para que se possa justificar racionalmente a ação moral irá obedecer ao princípio último da moral - o imperativo categórico.

Do ponto de vista dos costumes, Kant classifica as ações humanas em ações: a) contra o dever e, nesse sentido, as subdivide em ações: I) Por interesse pessoal; II) Legalidade simples; III) Por inclinação imediata; b) de acordo com o dever e; c) por dever. Somente as últimas são consideradas como ações morais e, portanto, fazem parte do universo da moralidade. Kant explica a ética/moral apelando para o conceito de dever, porque o homem – ser moral – não possui uma boa vontade sempre e naturalmente. O dever é que irá permitir que se torne boa a vontade nos seres finitos. Por sua vez, a boa vontade reside em cumprir o dever pelo respeito ao dever (e não em respeito à legalidade). O critério metaético da moralidade, a bondade incondicional, se realiza quando se faz o que é justo por ser moralmente correto e, portanto, quando a ação materializa o dever mesmo,

independente de qualquer causa externa. Apenas nesses casos, Kant fala de moralidade. A moralidade, portanto, irá dotar a vontade de uma qualidade que irá distinguir os seres humanos dos animais racionais, que agem somente de acordo com as leis da natureza.⁶⁷

Escreve Kant que o essencial de toda a determinação da vontade mediante a lei moral é que ela, para ser uma manifestação da liberdade, será determinada unicamente pela lei moral, expressa no imperativo categórico. Essa determinação se realizará “não apenas sem a cooperação das impulsões sensíveis, mas até com a rejeição de todas elas e com a exclusão de todas as inclinações, enquanto elas se poderiam opor àquela lei.”⁶⁸. Torna-se necessário, assim de acordo com Kant determinar-se um princípio objetivo, enquanto dirigido à vontade do agente. Nesse contexto é que Kant demonstra a importância do imperativo categórico.

Kant divide os imperativos, máximas de qualquer ação humana, em hipotéticos e categóricos. O imperativo é hipotético, quando a ação é apenas boa, como meio para se atingir algo mais, algum fim. O imperativo é categórico, quando representa uma ação como, objetivamente, necessária, sem relação com qualquer fim; a ação é representada como boa⁶⁹ em si mesma. Logo, o imperativo categórico é o critério objetivo da moralidade⁷⁰ e se articula, em três formulações, todas dirigidas à vontade do agente. Estabelecem máximas ou princípios subjetivos da ação e é passível de generalização, ou seja, exclui, expressamente, a análise das conseqüências ou do bem-estar imediato da pessoa, pois antes visa o bem-estar dos outros. Kant faz a formulação geral do imperativo categórico nos seguintes termos: “Age segundo a máxima que possa simultaneamente fazer-se a si mesma lei universal”.⁷¹

67 HOFFE, Otfried. Immanuel Kant. Barcelona: Herder, 1986, p. 167.

68 KANT, Immanuel. Crítica da Razão Prática. Lisboa. Edições 70, 1989. p. 88

69 Para Kant, “o critério (metaético) da moralidade, a bondade incondicional, só se realiza quando se faz o que é justo por ser moralmente correto e, portanto, quando se quer o dever mesmo e se cumpre este como tal”. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. op. cit. p. 141

70 Daí a inconsistência, segundo Höffe, da acusação que se lança contra Kant, de que a moralidade é reduzida à subjetividade da consciência, ou seja, de que cada um estabelece o que é ético. HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. op. cit. p. 144.

71 KANT, Immanuel. Crítica da Razão Prática. op. cit. p. 80.

- 1^a. Formulação - “age unicamente de acordo com a máxima que possa se tornar universal”
- 2^a formulação - “age como se a máxima da tua ação se devesse tornar por tua vontade uma Lei Universal da Natureza”.
- 3^a formulação - “age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa, como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e jamais como meio”.
- 4^a formulação - “age segundo máximas que contenha simultaneamente em si a sua própria validade universal para todo o ser racional”.

O imperativo categórico refere-se a máximas, ou seja, a princípios subjetivos da ação, que diferem de um indivíduo para outro, são princípios que o próprio sujeito reconhece como próprios e que contêm várias normas de orientação para a própria existência em termos pessoais e sociais (ex. eu ajo de determinada maneira e não de outra por princípio). As normas práticas são diversas de acordo com a situação e as possibilidades do sujeito, já que essas são também infinitas. Mesmo seguindo a mesma máxima, pode-se agir de forma diferente diante de situações que exigem a sua adoção.

A fórmula racional adotada por Kant para resolver a questão da adequação das máximas ao dever, sem cair no dogmatismo ou no formalismo rígido, consiste no emprego da ideia da razão prática e da autonomia. Autonomia consiste, como o próprio nome indica, na ação realizada de acordo com a lei elaborada pela própria vontade. Kant argumenta que sendo a lei moral, a única lei estabelecida pela consciência individual, ela será o princípio determinante da manifestação da autonomia. Encontra-se nessa categoria a fundamentação do conceito de liberdade: vontade livre é vontade submetida a leis morais, portanto, às leis que expressam a autonomia. O respeito ao dever, imposto pela lei da autonomia será então o único móbil da ação que não torna a vontade heterônoma, ou seja, determinada por fatores alheios ao agente.

O princípio da autonomia implica que se escolham somente aquelas máximas do nosso próprio querer que possam, simultaneamente, serem consideradas como lei universal, ou seja, de acordo com o imperativo categórico. A moralidade torna-se, assim, como a única condição que torna o homem um fim em si mesmo. O homem torna-se um fim em si mesmo quando participa no reino dos fins, cada homem é um fim nesse reino como um membro legislador. O homem é um membro legislador desse “reino” quando sua vontade é livre, ou seja, conforme uma lei universal e necessária que determina que o homem nunca seja tratado como meio e sempre como um fim em si mesmo.

Como só a lei moral considera o homem como um fim em si mesmo, só em obediência a ela é que os homens podem coexistir livremente, na medida em que a liberdade de um encontra obstáculo na liberdade do outro em seu uso externo. A ausência de moralidade implica que cada um aja segundo as suas próprias inclinações, pois o homem, além do mundo inteligível, faz parte também do mundo sensível, o que o torna suscetível a paixões e inclinações diversas, ou seja, segundo leis que não podem ser universalizáveis, por exemplo, mentir. É a possibilidade de coexistência em um “reino” em que todos são respeitados como fins em si mesmos que acaba produzindo no homem o interesse pela lei moral. E, por isso, a lei moral é a única lei que o homem pode produzir para si mesmo.

Portanto, a heteronomia da vontade, a obediência não à lei moral, mas a determinações externas à nossa consciência, tem como consequência desconsiderar-se o homem como um fim em si mesmo, logo, não podendo ser universalizável, destruindo, assim, a igual liberdade de todos os homens. A autonomia da vontade, por outro lado, permite a liberdade de todos, entendida como coexistência, e, sendo assim, como obediência a uma lei que considera o outro como um fim em si e a não lhe fazer nada que não se deseje para si mesmo.

A vontade autônoma é aquela que adota uma máxima (que leva à ação) conforme o dever, pois ela toma para si esse dever, como se sua lei fosse, já que somente através dela pode se tornar um homem livre. A heteronomia da vontade, ao contrário, não leva à liberdade, pois o homem estará agindo segundo uma lei (uma determinação) que ele não produziu para si. O conceito de liberdade, em Kant, ao pressupor obediência à lei moral, exclui qualquer forma de consideração

egoísta, pois a obediência tem em vista somente o outro, a quem a lei moral manda que se trate como um fim em si mesmo. Esta concepção oferece importantes aportes à construção da ideia de dignidade humana.

A lei moral é universal, pois vale indistintamente para todos os seres racionais, e, além disso, determina que o homem seja tomado, na ação, sempre como um fim em si mesmo. Ao formular o imperativo categórico, o homem torna-se um fim em si mesmo. Como essa condição só é alcançada através da ação moral, a moralidade e a humanidade são as únicas coisas dotadas de dignidade.⁷² Kant afirma que o homem existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio, para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, tanto as direcionadas a ele mesmo, quanto nas que o são a outros seres racionais, o homem deve ser sempre considerado, simultaneamente, como fim.

Tudo tem um preço ou uma dignidade, escreve Kant. Uma coisa caracteriza-se por ter um preço e pode ser substituída por outra coisa que lhe seja equivalente; “mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”.⁷³ Ao contrário das coisas que têm um valor meramente relativo, os seres racionais denominam-se pessoas, porque a sua natureza os distingue como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por isso, limita todo o arbítrio e é um objeto de respeito. O homem não é, pois, um fim subjetivo para a ação, mas um fim objetivo, isto é, algo cuja existência é, em si mesma, um fim. Por isso, Kant remete à existência de um princípio prático da razão que determina a vontade humana e que pressupõe que a natureza racional existe como fim em si. A submissão a essa lei que ordena que cada homem jamais se trate, a si mesmo ou aos outros, simplesmente como meios, remete a uma ligação sistemática de leis objetivas comuns, isto é, a um “reino dos fins”, ou seja, a um estado no qual cada homem é um fim em si mesmo e somente nesse “reino”, o homem é um ser livre, um ser autônomo, em cuja vontade reside toda obrigação e toda autonomia.⁷⁴

72 KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. op. cit. p. 65.

73 *Ibidem*. p. 75.

74 *Ibidem*. p. 76.

5.7 A Problematização Crítica do Direito a partir da Moral

No campo da teoria, é a ciência que estabelece a exigência de validade universal e objetiva do conhecimento; no campo da ação humana, da prática, é a moral, que estabelece o critério de universalidade e objetividade. Antes de Kant, a origem da moral era investigada na ordem natural, na busca da felicidade, na vontade divina ou no sentimento moral. Kant sustenta que a objetividade moral, tanto no domínio da teoria (Ética), quanto no domínio da prática, encontra-se no sujeito: a origem da moral tem a sua sede na autonomia da vontade, no fato de que ela estabelece para si mesma as suas próprias leis.

A problemática da moral para Kant é analisada por Kant em dois textos fundamentais. Na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* e na *Crítica da Razão Prática*, Kant erige como núcleo de sua teoria moral o conceito metaético do bem na ação pessoal; este conceito do bem absoluto, entretanto, não será realizado pelo direito. A *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* servirá para justificar a moralidade no domínio do Direito. A questão que a moralidade poderá elucidar é a seguinte: o que é bom e justo? O significado da expressão “justiça política” – entendida no sentido metaético (metapessoal) e não ético-normativo - permitirá que se faça uma ligação entre a ordem moral e a ordem jurídica. Kant estabelece vínculos de obrigatoriedade entre a ação da administração, da legislação e da constituição positiva e a ideia de justiça política, fruto da expressão das vontades autônomas. Contrariamente ao positivismo jurídico *stricto sensu*, para o qual tudo pode ser elevado ao nível de direito, o direito na concepção kantiana, encontra-se, também, sujeito às exigências das obrigações morais.

Ao contrário do que consideram alguns leitores de Kant, na filosofia do direito kantiana não ocorre uma separação conceitual entre a moral e o direito, mas uma separação analítica. Isto significa que ocorre uma necessária complementaridade entre o sistema da moralidade e o sistema jurídico, que se materializa não na esfera da vontade individual, mas da ação do poder público, especificamente, na legislação. O direito à inviolabilidade da pessoa humana, por exemplo, se caracteriza como um direito subjetivo que pertence ao homem como

pessoa, antes mesmo do direito estatal.

A doutrina do direito de Kant reflete, no campo da teoria do direito, a sistemática da metafísica dos costumes, que se apóia sobre os conceitos preliminares da teoria kantiana da moral, a *philosophia practica universalis* - dever e imperativo categórico, obrigação e coerção - e destaca duas questões fundamentais: a legalidade e a moralidade, e o *a priori* universal da razão jurídica. Assim, Kant aborda um aspecto da moral, que a ética contemporânea ignora, pois o sujeito encontra-se ligado a dois tipos de relação, ambos subsumidos numa única e mesma obrigação, que é a lei moral, a saber, a legalidade e a moralidade. A legalidade não é uma solução contrária à moralidade, mas sua condição necessária. Dessa forma, a tese de Max Weber – os dois tipos weberianos de ética: a ética da responsabilidade e a ética da convicção – e a tese do positivismo da separação absoluta entre a legalidade e a moralidade não se sustentam diante da argumentação implícita no pensamento de Kant.

O ato moral para Kant não disputa com o ato legal, mas representa um reforço de suas exigências. A resposta à pergunta “o quê é o direito?” e não à pergunta “o quê está de acordo com o direito?”, insere-se no quadro geral que constitui as indagações fundamentais da metafísica kantiana: -“ O quê posso saber?” Ou os limites do conhecimento; “O quê devo fazer?”, onde se analisa o problema da ação humana e onde se encontra a *quaestio iuris*; “O quê posso esperar?”, onde são respondidas as indagações sobre a religião e a história e “O quê é o homem?” ou a antropologia filosófica.

A razão prática designa a faculdade de agir independentemente de princípios de determinação, de escolha, a saber, dos desejos, das necessidades e das paixões, dos sentimentos do agradável e do desagradável. O estudo do julgamento estético conduziu Kant a afirmar na *Crítica da Faculdade de Julgar* que se existe um ser que é o objeto final da natureza, esse ser somente pode ser o homem. Kant repete então a tese do primado teleológico puro da ideia da liberdade e de seu valor regulador. Ao mesmo tempo, Kant procura articular a filosofia teórica com a filosofia prática no edifício de uma filosofia transcendental. Kant apresenta o homem não como ele é, mas como deveria ser. Dentro dessa perspectiva, Kant argumenta como pertence à faculdade de julgar estética realizar

a síntese do mundo da natureza e com o da liberdade, ou seja, os requisitos da razão teórica e da razão prática.

A terceira *Crítica* representa uma virada na reflexão política e jurídica. Isto porque Kant estabelece uma ligação entre o “belo” – objeto do julgamento estético – e o bem – objeto da moralidade. Essa ligação é realizada considerando-se como hipótese do bem, o “belo”, que significa ordem, uma harmonia que o direito, com vistas a governar a sociedade civil, deve encarnar nas regras jurídicas. Assim, a virada é realizada, pois a ordem jurídica, à semelhança da beleza estética, apresenta-se para Kant como a inscrição da ideia de liberdade na natureza. O poder legal da sociedade civil deverá conter a vocação anárquica da liberdade natural. As leis deverão instituir uma ordem que se algum dia, esperava Kant, puder ser projetada em dimensão mundial, constituirá o direito cosmopolítico, o dique contra todas as guerras. (*Doutrina do Direito*, § 62)⁷⁵

Kant chama de virtude a fortaleza moral do homem que tem em vista a superação de todos os impulsos sensíveis opostos à liberdade. A doutrina das virtudes trata da submissão da liberdade interna a leis, na medida em que a moralidade é a conformidade da máxima da ação com o dever. Já o direito é a soma das condições sob as quais o arbítrio de um pode ser conciliado com o de outro, segundo uma lei universal de liberdade. Pela realização da liberdade externa, alcança-se a legalidade, que é a conformidade de uma lei universal da liberdade.⁷⁶

Na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* e na *Introdução à Metafísica dos Costumes*, Kant faz a distinção entre “legalidade” e “moralidade”: a “conformidade com o dever” não é o “dever”. “A simples conformidade ou não conformidade de uma ação com a lei, abstraindo-se o móvel de ação, chamamos legalidade (conformidade com a lei); todas às vezes que a Ideia do dever tirada da lei é ao mesmo tempo o móvel da ação, encontra-se aí a moralidade desta (os bons costumes)”. Não se encontra, entretanto, na lei moral o fundamento do direito para Kant.

75 KANT, 1971, ob. Cit., p. 235.

76 HERRERO, Javier. P. Religião e História em Kant. São Paulo: Edições Loyola, 1975. p. 32.

Tanto para o direito, como para a moral, existem deveres. Tanto num, como noutro, o dever não é definido por seu conteúdo, mas pela sua forma. “Agir por dever” significa que não se leva em conta nem as inclinações do agente, nem a finalidade pretendida. A *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* define o dever como “a necessidade de realizar uma ação por respeito à lei”. O dever, segundo definição contida na Introdução, é aquela ação a que cada um é obrigado, sendo a obrigação a “necessidade de uma ação livre exercida sob a influência do imperativo categórico da razão”. Mas Kant assinala que sendo toda obrigação uma resposta ao imperativo categórico, enunciado pela razão, podemos ser obrigados de diferentes maneiras, pois existem duas legislações da razão prática.

Kant toma o exemplo da promessa para diferenciar os dois tipos ou formas de obrigação encontradas na razão prática. De um lado, a obrigação moral de cumprir uma promessa corresponde a uma determinação do agir que se origina numa pura legislação interior (a obrigação moral obriga *in foro* interno); a lei do dever moral é aquela dada ao sujeito por si mesmo, ela resulta do exercício de sua autonomia. O cumprimento de uma obrigação jurídica, estabelecida num contrato, é um dever externo, pois diferentemente do imperativo moral ela não integra o motivo do agir de acordo com a lei; ela permanece externa. A legislação jurídica, para o sujeito de direito, significa assim heteronomia, sendo esta a razão do caráter coativo do direito. Dessa forma, para a metafísica dos costumes exigida por uma filosofia prática que tem por objeto não a natureza, mas liberdade do arbítrio, o dever é o único móvel das ações morais, que determinará os limites do arbítrio; e se nas ações relativas ao direito a ideia do dever ocupa o seu lugar, a coatividade legal, acompanhada em caso de desobediência de uma sanção, legalmente prevista e definida, é que irá fornecer o critério de uma ação juridicamente válida.

5.8 Princípios Racionais *a Priori* do Direito

Segundo a sistemática da *Metafísica dos Costumes*, toda lei se compõe de duas partes: 1^a) uma que apresenta como objetivamente necessária a ação que deve ser executada, isto é, transforma a ação num dever (ação x = dever);

2ª) outra, cujo motivo relaciona a representação da lei com o princípio subjetivo da vontade (máxima), isto é, que faz do dever um motivo (dever = motivo da ação). A legislação moral é aquela que faz da ação um dever e que, ao mesmo tempo, dá tal dever por motivo. É uma legislação interna do agente. Tem por objeto, o uso externo e interno da liberdade. Os deveres da ética dizem respeito à legislação interna, àquela que o próprio agente dá a si e que é o motivo de sua ação. Logo, moralidade é conformidade da ação com o dever deduzido da lei que é, ao mesmo tempo, o móbil da ação. A legislação jurídica é aquela que não faz entrar o motivo na lei e que, conseqüentemente, permite outro motivo à ideia do próprio dever. É uma legislação que pode ser externa ao agente também. Tem por objeto apenas o uso externo da liberdade. Os deveres de direito dizem respeito à legislação externa. A legalidade, portanto, é a conformidade da ação com a lei, sem levar em conta os motivos.

Tanto no Direito, quanto na Ética, o dever que obriga a nossa ação encontra-se estabelecido na lei. A diferença entre ambos reside na diversidade de motivos que uma ou outra consignam na lei. Somente na moral o dever motiva ação, ao passo que no direito se admite outro móbil que obrigue, através da coerção (monopólio do Estado), o comportamento do indivíduo, independente dos motivos internos.

O que é o direito? *Quid jus?* O que é o direito é a pergunta que os juristas não conseguem responder há séculos. Kant diz que quando os juristas procuram compreender o que é o direito eles caem na tautologia – *jus est quod justum est*, o justo é aquilo que é justo – ou então definem o direito como sendo as leis existentes. Mesmo nos tribunais, o juiz diz o que é o direito conforme as leis positivas de determinado país, numa época histórica. Por essa razão, a decisão judicial não deixa de expressar um relativismo empírico.

A questão não é respondida pelos jurisconsultos, pois ir ao fundo do problema consiste em examinar a pretensão inerente às determinações das condições de legitimidade de um sistema jurídico e em nome do que é legítimo. É preciso, então, saber qual é o critério universal em função do qual o *jus* é reconhecido como o *justum* e que preside a toda *jūris-latīo* (legislação) e a toda *jūris-dictio* (aplicar o direito). Torna-se, assim, necessário que se renuncie às

perspectivas dogmático-descritivas do empirismo de Hume e do pragmatismo utilitarista, bem como não se satisfaça com a lógica hipotético-dedutiva do jusnaturalismo.

A questão *quid juris* somente poderá ser respondida quando procurarmos conhecer as condições que tornam justas as normas prescritivas de uma ordem jurídica, de acordo com um “princípio universal de direito” (Kant, *Doutrina do Direito, Introdução*, §C). Trata-se, assim, de buscarmos a lei universal que torna possíveis não somente a justiça de determinada ação, mas para além dela, a justiça – entenda-se o bem fundamentado ou a legitimidade – das regras que asseguram a obrigatoriedade (você deve) ou a liceidade (você pode).

A doutrina do Direito de Kant efetua uma reflexão transcendental, partindo das leis e das regras de direito como material jurídico e pesquisa as estruturas *a priori* da razão prática, não ao nível da casuística, como escreve Kant, mas enquanto condições legisladoras e organizadoras do sistema do direito. O Direito enquanto ciência é o conjunto de leis suscetíveis de uma legislação exterior, que forma a ciência do direito positivo. O Direito em si é uma questão que só se resolve reportando-se à razão, como pensa Kant, na Doutrina do Direito: “Uma ciência puramente empírica do Direito (como a cabeça de madeira na fábula de Fedro) é uma cabeça que pode ser bela, mas tem somente um defeito – não tem cérebro”.⁷⁷

Encontra-se na obra de Kant os seguintes pressupostos, a partir dos quais se pode desenvolver a ideia de direito: a noção de direito refere-se à relação exterior e prática de uma pessoa com outra, na medida em que as suas ações possam influir sobre outras ações; essa noção diz respeito à relação do arbítrio do agente com o arbítrio do outro. Estabelece-se, assim, uma relação mútua de arbítrios, onde se consideram não as finalidades pretendidas por cada um dos agentes, mas unicamente se a manifestação da vontade de um, expressa em sua ação, constitui um empecilho ao exercício da liberdade do outro, de acordo com uma lei universal ou o Princípio Universal do Direito. Esse princípio é formulado por Kant da seguinte forma: “é justa toda a ação ou cuja máxima permite à

77 KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. op. cit. p. 104.

liberdade de todos e de cada um coexistir com a liberdade de todos os outros, de acordo com uma lei universal”.⁷⁸ O princípio universal do direito origina-se desse princípio geral, que lhe antecede: é justa toda ação que por si, ou por sua máxima, não constitui um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um, segundo leis universais.

O direito em si reporta-se à manutenção da liberdade de cada um segundo uma lei válida para todos. Logo, a injustiça é a perturbação do estado de livre coexistência, pois o impedimento à liberdade de um não pode subsistir com a liberdade de todos, segundo leis gerais. Kant estabelece, então, a Lei Universal do Direito para que se possa objetivar as determinações do princípio universal do Direito nas relações sociais: “Age exteriormente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos, segundo uma lei universal”.⁷⁹

O direito pretende, assim, limitar a liberdade pessoal irrestrita de cada indivíduo, própria da natureza humana no estado de natureza. Nesse contexto é que Kant desenvolve a teoria da liberdade, ideia angular em todo o sistema do pensamento ético-filosófico e político kantiano. Para Kant, o conceito de liberdade explicita-se através de dois elementos, que se articulam e complementam um ao outro:

- a)** Liberdade como coexistência, que consiste na limitação recíproca da vontade de cada e tem como limite a esfera individual do outro; esse aspecto da liberdade torna-se possível na medida em que a liberdade é considerada também como obediência;
- b)** Liberdade como autonomia, que é a propriedade da vontade graças à qual esta é para si mesma a sua lei, somente sendo livre aquele que se torna, através da vontade própria, fonte das suas próprias leis, ou seja, autônomo.

78 Ibidem, p. 104.

79 Ibidem, p. 105.

Kant reconsidera então o conflito entre a possível contradição entre a liberdade como autonomia e a liberdade como coexistência. De forma imediata, o direito restringe a autonomia, obrigando o indivíduo a curvar-se diante de uma vontade que não lhe é própria. Esse possível conflito será solucionado por Kant com o uso da ideia do contrato social. Através do contrato social as autonomias individuais irão refletir-se na vontade geral, que assegura a manifestação da autonomia e da coexistência de forma complementar. Dessa vontade geral, todos participam na sua elaboração e na submissão aos seus ditames.

A ideia do justo e do injusto insere-se, assim, no quadro de uma teoria da liberdade. Quando o uso de uma liberdade pessoal consubstancia-se em obstáculo ao exercício de outra liberdade pessoal segundo leis universais ocorre uma injustiça. Para Kant a violação da liberdade do outro ocorre porque se rompe a relação de igualdade existente entre os homens, que assegura ao homem a sua humanidade, que se encontra determinada pela liberdade.⁸⁰ A igualdade inata ao homem significa para Kant independência de não ser obrigado a aquilo que os outros reciprocamente não obrigados. Trata-se a independência, nas palavras de Kant, “da qualidade do homem ser o seu *próprio senhor (sui iuris)* e também daquela de um homem *ilibado (iusti)*, porque antes de qualquer ato jurídico nada fez de injusto.”⁸¹

As conseqüências dessa argumentação residem na impossibilidade lógica de separação do direito e da faculdade de obrigar, aos que se opõem ao seu livre exercício e a possibilidade de uma obrigação mútua, que se torna universal conforme a liberdade de todos segundo leis gerais. Embora o direito se funde na consciência da obrigação de todos segundo uma lei geral, essa consciência não é seu móbil. Pelo contrário, seu móbil é a possibilidade de uma força exterior conciliável com a liberdade de todos, segundo leis gerais.

80 Ibidem, p. 112.

81 Ibidem, p. 112.

5.9 A Divisão do Direito

Kant procede, ainda, a duas divisões gerais do direito: 1) o direito como ciência sistemática, que se divide em direito natural e direito positivo; 2) o direito como faculdade moral de obrigar, subdividido em direito natural e direito adquirido. O direito natural caracteriza-se por ser um sistema de leis jurídicas racionais *a priori*, cognoscível pela razão de todos os homens. Serve de critério para as reformas e melhoramentos da Constituição a ser promulgada pelo Chefe de Estado e também um critério para a elaboração de leis positivas. Não é pura moral, embora tenha origem comum com a ética, pois se refere à leis exteriores e porque obriga o legislador. Logo, necessita de leis para ser levado a efeito com segurança.

O direito positivo é, por outro lado, definido como sistema de leis provenientes da vontade do legislador, cuja função é fornecer instrumentos coercitivos que forcem o cumprimento das leis naturais. Acrescenta à obrigação racional da lei natural uma obrigação vinculada à coerção pública externa, garantindo que a lei natural não seja violada. Para que não se resuma a mero ato de força, deve estar fundamentado: o fundamento é o direito natural que oferece ao legislador os princípios imutáveis de toda legislação. Esse critério encontra a sua delimitação no reconhecimento de que de que as leis que o povo não pode promulgar por si mesmo, o legislador não pode estabelecer para que sejam obedecidas pelo povo.⁸²

5.10 O Direito à Resistência e Desobediência Civil

Kant considera que poderá haver situações em que ocorra o conflito entre a lei positiva e a liberdade e igualdade encontradas na lei natural. O direito de resistência ou a desobediência civil surgem nessas situações limite, onde ocorre o risco da ruptura do pacto estabelecido entre cidadãos livres e iguais. Kant considera que no estado de direito não existe o direito de rebelião ou resistência,

82 Ibidem, p. 201.

fonte teórica da desobediência civil, isto porque a rebelião destrói a autoridade que dita o direito, logo, destrói o próprio Estado de Direito, o que termina pelo retorno da sociedade ao estado de natureza ou de guerra de todos contra todos. Nenhuma Constituição, portanto, pode prever um direito que permita a sua própria destruição, pois isso representaria uma clara contradição. Como consequência, a lei positiva injusta deve ser obedecida assim mesmo e mesmo o desacordo com a lei natural pode ser invocado como motivo para resistir. O único que detém o poder supremo é o Soberano, seja ele o monarca ou o povo; sendo assim, a solução para a lei injusta encontra-se no detentor da soberania, cabendo a ele conduzir as reformas tendentes a adequar a lei ao direito. O direito natural entra aqui como padrão para as reformas possíveis.⁸³

As mudanças constitucionais deverão ser pautadas não pelo poder do executivo, mas pelos representantes do povo, o que Kant classifica como sendo a característica de uma “constituição limitada”, onde não poderá haver o reconhecimento do direito à resistência ativa, mas somente, escreve Kant, a uma resistência negativa, ou seja, aquela que consiste na recusa do povo em consentir nas exigências que o governo apresenta “a pretexto da administração do Estado”.⁸⁴

Todavia, observa-se, nesse particular, uma clara contradição no pensamento kantiano, pois embora tenha considerado um crime a deposição do antigo regime na Revolução Francesa, não considerou inválido o que foi obtido do processo revolucionário, pois desse restou fundada uma nova ordem constitucional melhor. Portanto, o conceito racional do direito não implica somente na potestade coercitiva, mas, também, e principalmente no que se definiu como a ideia dos direitos humanos. Os direitos humanos são aqueles que competem a todo ser humano como tal, independente das circunstâncias pessoais, políticas e históricas. Sendo juridicamente lícita toda a ação que seja compatível com a liberdade de todos os demais, compete “a cada homem, em razão de sua humanidade”, aquele grau de liberdade que “possa coexistir com qualquer outro conforme leis gerais”, como vimos anteriormente. Por essa razão,

83 Ibidem, p. 201-220.

84 Ibidem, p. 204.

pode-se afirmar que essa liberdade compatível com todas as demais liberdades, que funda e estabelece uma sociedade de iguais nas liberdades, é o único direito verdadeiramente humano.⁸⁵ Assim, o Direito em si (o direito racional) é um padrão de medida, e um valor, que assegura moralmente e juridicamente a avaliação do direito positivo.

85 HOFFE. Immanuel Kant, op. cit. p. 203.

6. A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E O MODELO HERMENÊUTICO

6.1 Um Deus Habilidoso

A palavra “hermenêutica” origina-se do latim tardio, “*hermeneuticus*”, que por sua vez deita sua raiz no grego, “*hermeneuein*”. A palavra, tanto em grego, como em latim, refere-se às atividades da inteligência humana que, de uma forma ou de outra, lembram as façanhas do deus grego Hermes. Deus de segunda categoria, não se posicionando no nível mais alto da hierarquia do Olimpo, Hermes, entretanto, representou no mundo mitológico helênico qualidades e características, que também podem ser encontradas na hermenêutica contemporânea. Desde as primeiras vinte e quatro horas de sua vida, Hermes, filho de Zeus e da ninfa Maia, demonstrou habilidades que o diferenciariam dos demais deuses gregos. No dia do seu nascimento, fugiu do berço e, encontrando uma tartaruga, matou-a e fabricou a primeira lira; no mesmo dia, chegou a Piréia, onde roubou 50 cabeças de gado pertencentes a Apolo, matou duas delas e fez o primeiro sacrifício religioso, com carne animal, oferecido aos deuses. Hermes foi, também, o emissário de importantes missões divinas, tendo sido ele que, como mensageiro de Zeus, transmitiu o ultimato a Prometeus. Como mensageiros dos deuses, Hermes tinha três qualidades: conhecia a língua dos deuses e a língua dos homens e, mais importante, sabia como interpretar a vontade dos deuses. Por todos os seus feitos, Hermes é um deus hábil, mais interessado em convencer do que em impor a sua vontade, sendo conhecido por seus dotes de disfarce, mágicos, de engano, e por isso foi chamado nos Hinos Homéricos de “príncipe dos ladrões”. Era, portanto, um mensageiro qualificado que servia de canal de comunicação entre o Olimpo e o mundo dos homens levando para esses as mensagens, as notícias e as ordens dos deuses. Hermes é, portanto, um deus que para bem cumprir a sua missão conhecia múltiplas técnicas e as artes da magia. Trata-se, portanto, de um personagem habilidoso em esconder os seus reais objetivos, como usar sandálias para disfarçar as marcas dos seus pés. Exatamente, por recorrer mais à inteligência do que à força, Hermes é o menos

guerreiro dos deuses mitológicos, preferindo a persuasão ao uso das armas, sendo com frequência considerado como o patrono dos oradores.

A capacidade de interpretar a vontade de Zeus transmitindo-a aos homens mortais fez de Hermes o inspirador da ideia de que se torna necessário haver uma mediação entre a formulação da lei e a sua compreensão por parte dos homens. A palavra hermenêutica refere-se a essa capacidade de Hermes de transmitir, em línguas diferentes, a vontade divina. Encontra-se, assim, no próprio cerne da atividade hermenêutica contemporânea, a ideia de que a interpretação comporta ardis e enganos, como o deus que lhe deu origem. A transmissão da mensagem divina - de um centro - aos homens foi imaginada pelo neo-platonismo sob a forma de círculo, o círculo hermenêutico. Essa imagem, a partir da Idade Média, passou a representar a relação entre Deus - eterno, onipresente e onisciente - e o mundo criado. As múltiplas facetas do trabalho de Hermes fizeram com que a modernidade necessitasse de uma série de palavras, que tornassem possível delimitar o universo no qual o deus grego transitou como intérprete da vontade divina: competência lingüística, comunicação, discurso, compreensão e interpretação. Todas essas palavras induzem o intérprete a procurar desvendar a estrutura lógica e gramatical e, assim, descobrir o sentido de um texto e, também, a trabalhar com a ideia de que a ideia de interpretação é, em si mesma, uma ideia interpretativa. Em outras palavras, existem alguns conceitos que não são apreendidos exclusivamente através da sua simples descrição. Essa é a característica fundamental da hermenêutica contemporânea, diferenciada da simples interpretação descritiva de fatos e normas sociais.

6.2 Desnudando os Textos

Na Antigüidade, o termo “*hermenêutica*” foi usado de forma esporádica. Aristóteles intitulou de *Peri Hermeneias* a obra na qual analisava a lógica das afirmações, através do exame da estrutura gramatical do texto, onde o sujeito e o predicado uniam-se no discurso humano para explicar a natureza das coisas. A atividade interpretativa dos textos, legais ou não, somente veio a ser praticada como uma disciplina autônoma, depois da Renascença e da Reforma. No entanto, encontra-se na escolástica medieval as raízes do que, atualmente, denominamos

como hermenêutica, que se inicia nos trabalhos dos intérpretes e dos glosadores dos textos do direito romano e do direito canônico.

A interpretação, desde a Antigüidade, e durante séculos, respondeu à necessidade de explicar textos, cujo sentido não se encontrava claro. A atividade interpretativa tornava-se necessária, portanto, quando a estrutura gramatical do texto não fosse suficiente para o entendimento do seu sentido. A hermenêutica contemporânea resultou de três modelos de interpretação que procuraram, desde a Grécia Antiga, decifrar o sentido de diferentes tipos de textos: a análise da linguagem e do texto literário; a exegese da literatura bíblica e a interpretação das leis.⁸⁶ A preocupação com a compreensão do sentido do discurso humano acentuou-se durante a Idade Média no contexto da cultura teológica da época, desenvolvendo-se, no entanto, no âmbito restrito da interpretação gramatical e lógico-sistemática. A hermenêutica entendida como uma atividade de análise que se projeta para além das categorias tradicionais da interpretação - a interpretação gramatical, a lógico-sistemática, a histórica e a teleológica - representa o termo de um longo processo, que se inicia no movimento da reforma protestante do século XVI. A ruptura do modelo escolástico da interpretação e o início do processo epistemológico que levou à construção da nova ciência da hermenêutica, deveu-se à reação dos teólogos protestantes contra a posição católica de que a autoridade da Igreja e a tradição, tal como estabelecida pela hierarquia eclesiástica, eram os únicos e legítimos critérios para definir o entendimento e a compreensão das Sagradas Escrituras. O Concílio de Trento, em 1546, face ao desafio luterano, que tratava principalmente de entendimentos diferentes sobre os mesmos textos sagrados, reafirmou essa posição doutrinária da Igreja Católica. Com isto, no seio do movimento protestante começaram a desenvolver-se novos tipos de métodos para a leitura bíblica.

A primeira contribuição dada pelos teólogos protestantes consistiu em introduzir na interpretação dos textos sagrados o princípio da perspicuitas, que estabelecia a transparência, clareza e auto-suficiência das Sagradas Escrituras. O mais importante teólogo protestante, e defensor de novos métodos interpretativos, foi Mathias Flavius Illiricus, que escreveu a *Clavis Scripturae Sacrae* (1567).

86 BLEICHER, Joseph. *Hermenêutica contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1992, p. 24.

Nessa obra, Illiricus sistematizou a interpretação dos textos sagrados, partindo da concepção luterana de que esses não comportavam uma única compreensão. Illiricus estabeleceu, também, dois princípios que deveriam ser aplicados aos estudos bíblicos, mas que mais tarde serviriam como instrumentos profícuos no desenvolvimento da hermenêutica. O primeiro deles sustentava que, exatamente por não haver uma leitura uniforme do texto sagrado, a Igreja não deveria impor uma única e dogmática interpretação; a discordância sobre a leitura dos textos somente seriam superadas na medida em que os intérpretes fossem mais bem preparados, tendo mais conhecimentos lingüísticos e quando fossem aplicadas aos estudos bíblicos as modernas técnicas de interpretação. O segundo princípio de Illiricus afirmava que as Sagradas Escrituras mantinham no seu todo uma coerência e continuidade, fazendo com que cada passagem particular, para que fosse devidamente entendida, deveria ser lida à luz dessa organicidade inerente aos textos bíblicos. A construção interpretativa dos teólogos protestantes constituiu-se, assim, em uma das fontes nas quais deitou as suas raízes a hermenêutica contemporânea.

Ao lado do trabalho desenvolvido pelos teólogos protestantes, a hermenêutica resultou, também, da conjugação de métodos interpretativos desenvolvidos em três áreas do conhecimento, a filologia clássica, a ciência do direito e a filosofia. Os estudos de filologia clássica originaram-se do interesse dos humanistas da Renascença na recuperação da literatura clássica dos gregos e latinos. Nas universidades e academias renascentistas desenvolveram-se aperfeiçoados métodos de interpretação crítica, que em torno da *Ars Critica*, buscavam estabelecer a autenticidade dos textos clássicos e recuperá-los na sua versão original. Os filósofos iluministas, por sua vez, trouxeram uma peculiar contribuição à hermenêutica ao desenvolverem métodos interpretativos que, partindo de princípios, pudessem levar à sistematização de todo o conhecimento humano. Os iluministas consideravam a interpretação como pertencendo ao domínio da lógica, mas foi o projeto iluminista, que introduziu na interpretação lógica do discurso princípios gerais e conceitos unificadores. Foram essas novas categorias que possibilitaram a elaboração de uma teoria geral da hermenêutica.⁸⁷

87 MUELLER-VOLLMER, Kurt. Introduction. In: MUELLER-VOLLMER, Kurt (ed.) *Hermeneutics Reader*. New York: Continuum, 1997, p. 4.

Nesse sentido, de teoria geral, é que Hans Gadamer irá determinar os parâmetros conceituais da hermenêutica contemporânea, ao escrever que a hermenêutica deixou de ser restrita ao domínio de uma aplicação especializada e ocasional e entrou “*no vasto campo das problemáticas filosóficas*”.⁸⁸ A hermenêutica adquiriu, assim, um status propriamente filosófico pois transcendeu os limites das disciplinas individuais e passou a analisar os próprios fundamentos de cada ciência, principalmente através de seus métodos interpretativos.

A outra fonte da hermenêutica contemporânea foi às ciências jurídicas. O estudo sistemático do direito romano, que passou a ser realizado pelos comentadores e glosadores da primeira Renascença italiana, durante o século XII, caracterizou-se pelo esforço de interpretar o Código de Justiniano (533 A.D.) à luz da doutrina e das normas da Igreja Católica. A incorporação da dialética escolástica na formação da ciência do direito ocidental processou-se exatamente em virtude da necessidade desse tipo de interpretação, que implicava na sistematização da variada e esparsa legislação canônica, e na adaptação das normas do Código de Justiniano à cultura medieval.

Foi o monge bolonhês, Graziano, que realizou esse processo de integração e ordenação da ordem jurídica canônica. Ao publicar, em 1140, o livro intitulado *Concordantia discordantium canonum*, Graziano escreveu “o primeiro tratado abrangente e sistemático do direito na história do Ocidente, talvez, na história da humanidade”.⁸⁹ No livro, conhecido simplesmente como o *Decretum*, Graziano reuniu e organizou sistematicamente cerca de 3800 canônes (canones da palavra grega *kanon*, regra), com vistas a resolver antinomias e repetições, encontradas na legislação da Igreja. O *Decretum* serviu durante séculos como a estrutura dentro da qual interpretava-se e aplicava-se a lei medieval. A atividade interpretativa, desenvolvida pelos monges e juristas medievais, fez com que no final da Idade Média já existisse um corpo de problemas e experiências, que criaram um caldo de cultura propício ao aparecimento de uma reflexão e sistematização do processo interpretativo. Em 1463, Constantius Rogerius publicou o *Singularis Tractatus de*

88 GADAMER, Hans-George. *Langage et verité*. Paris: Gallimard, 1995, p. 232.

89 BERMAN, Harold J. *Law and revolution*. Cambridge: Havard University Press, 1983, p. 143.

Iuris Interpretatione, introduzindo as quatro formas clássicas de interpretação jurídica - a corretiva, a extensiva, a restritiva e a declaratória. Esse modelo, como o modelo de Graziano, serviu durante séculos como o parâmetro único da interpretação legal, vindo a ser questionado, somente no início do século XIX, quando Savigny propõe a alternativa do modelo histórico na interpretação do direito.

6.3 Liberalismo e Interpretação Legal

Moeller-Volmer chama a atenção para o fato de que o desenvolvimento da interpretação jurídica, ou o processo de conhecer o verdadeiro sentido do que se encontra estatuído nos textos legais, encontra-se intimamente ligado ao aperfeiçoamento e evolução da interpretação filológica, ocorrendo uma transferência de ideias e conceitos de um campo para outro.⁹⁰ Essa ligação esteve presente desde o século XVI, quando em 1559, Franciscus Hieronimus publicou o livro *Iurisconsultus sive interpretandi cum in genere omnis alias orationis, tum in species leges romanas*, onde estabelecia a interpretação gramatical como constituindo a base da interpretação legal. Em 1689, o jurista alemão Johannes Felde, entretanto, lançou-se em empreitada mais ambiciosa ao procurar estabelecer normas de interpretação que seriam válidas para todos os tipos de texto, tanto literários, quanto jurídicos, tendo em vista não somente as relações lógico-gramaticais do texto, mas principalmente princípios gerais a serem descobertos no discurso humano. Essa investigação sobre princípios gerais foi sistematizada na obra de Schleiermacher, teólogo e filósofo alemão, no início do século XIX. O filósofo alemão estabeleceu o núcleo dessa teoria geral do conhecimento humano na ideia de razão humana, que deveria substituir a ideia central de Deus, passando então todo o conhecimento a ser referido a este novo centro. O biógrafo de Schleiermacher, o historiador e filósofo, Wilhelm Dilthey, iria popularizar a ideia do círculo hermenêutico, como sendo a estrutura necessária para a construção de uma teoria geral do conhecimento humano, no âmbito das ciências sociais e estudos literários.

90 MUELLER-VOLLMER, Kurt. op. cit., p. 3.

Enquanto a literatura e as ciências sociais desenvolviam-se nessa linha de interpretação, o direito permaneceu prisioneiro do método clássico de interpretação, o gramatical e lógico-sistemático. A questão da interpretação legal, portanto, terminou por destacar-se do movimento mais amplo da hermenêutica, para ficar reduzida à leitura estrita do texto legal, mesmo quando Savigny procurou inserir na sua temática a dimensão histórica. A redução da interpretação jurídica, a um único vetor, o da leitura gramatical e lógico-sistemática do texto, teve papel determinante no pensamento jurídico, pois terminou por restringir a atividade do intérprete ao estabelecimento do sentido literal da lei, e, mesmo assim, cabendo somente nos casos em que o emprego da língua comum não fosse suficiente para a compreensão do texto legal.

O surgimento do estado liberal de direito, forma jurídica da sociedade capitalista-industrial, trouxe consigo exigências de segurança jurídica no seio de uma sociedade com interesses de classe definidos e com uma crescente pluralidade político-ideológica, o que levou à busca de métodos interpretativos que atendessem às novas realidades sociais. O formalismo jurídico do direito liberal pretendia garantir a segurança jurídica através de um modelo racional e doutrinário, que tinha na interpretação lógico-gramatical e sistemática a espinha dorsal da sua implementação. Foi esse modelo do direito e do estado liberal, que começou a ser questionados no bojo da chamada crise do liberalismo, provocada por fatores endógenos à sociedade liberal. A inadequação de novos agentes e fatores sociais e econômicos ao modelo do estado de direito liberal, começou a evidenciar, desde os meados do século XIX, que a forma do sistema jurídico exigia modificações substantivas, modificações essas que implicavam o emprego de novos métodos de interpretação jurídica. Diversas tentativas teóricas procuraram superar os impasses em que se encontrava a ordem jurídica liberal e a interpretação formalista da ordem jurídica: o chamado método histórico, a escola livre do direito e a da jurisprudência dos interesses, representaram momentos nesse processo de adoção de novos métodos interpretativos.

6.4 A Refundação da Interpretação do Direito

No contexto histórico da crise da sociedade e do estado liberal é que a interpretação clássica demonstrou a sua insuficiência, face às realidades peculiares de uma sociedade que se democratizava. A interpretação jurídica procurou responder com a elaboração de novos modelos e métodos, que atendessem às exigências encontradas na aplicação do direito na sociedade democrática e pluralista do século XX. Mas ao contrário do que ocorreu no âmbito das demais ciências humanas e sociais, a ciência do direito deixou-se ficar prisioneira, até recentemente, das limitações impostas por um modelo de interpretação dogmático e positivista. O fracasso intelectual dos movimentos renovadores da interpretação jurídica fez com que, principalmente depois da crise dos totalitarismos no século XX, consequência do esgotamento do modelo liberal, os moldes clássicos da interpretação do direito fossem submetidos a uma avaliação crítica. Esse movimento crítico, que se manifestou em diversas variantes teóricas, voltou-se para a necessidade de construção de uma nova fundamentação teórica para a leitura do direito, principalmente do direito constitucional.

A análise da evolução da interpretação na cultura jurídica do Ocidente mostra como, tendo em vista as necessidades práticas de leitura dos textos constitucionais que estabeleceram o estado democrático de direito, na segunda metade do século XX, tornou-se necessária a refundação da interpretação jurídica, inserindo-a no corpo do movimento hermenêutico da atualidade. Diferentes autores, como Max Ascoli, Jürgen Habermas, Paul Ricoeur, Friedrich Müller, Ronald Dworkin, Recasens Siches, J.J. Gomes Canotilho, Robert Alexy, Chaim Perelman, Theodor Viehweg, Miguel Reale e Tércio Sampaio Ferraz, entre outros, procuraram estabelecer, de perspectivas filosóficas e teóricas diversas, uma teoria geral, que, sem abandonar os métodos clássicos da interpretação jurídica, pudesse incorporar dimensões políticas, econômicas, sociais e culturais, até então, ignoradas pelo intérprete do direito. Nesta etapa da evolução da interpretação jurídica, é que podemos fazer referência à plena integração da ciência do direito no movimento da hermenêutica contemporânea, especificamente com o surgimento da hermenêutica constitucional, diferenciada da redutora interpretação constitucional clássica e dogmática, característica do

direito liberal, e mais comprometida com uma leitura abrangente do fenômeno político e jurídico.

Atualmente, o termo hermenêutica expressa uma preocupação compartilhada por diferentes campos do conhecimento: filosofia, sociologia, história, teologia, psicologia, direito, crítica literária e as humanidades de uma forma geral. Em alguns ambientes intelectuais, a palavra “hermenêutica” assumiu um caráter de moda, como se fosse uma nova tendência ou movimento intelectual como o “estruturalismo” ou o “pós-estruturalismo”. Os mais lúcidos intérpretes da contemporaneidade, entretanto, têm enfatizado o fato de que a hermenêutica não consiste em novo paradigma do conhecimento. Esse sentido abrangente do termo ocorreu, como verificamos acima, a partir da obra de Friedrich Schleiermacher, no início do século XIX, e de Wilhelm Dilthey nos últimos anos do século passado.

A obra desses dois autores, no entanto, preocupou-se somente em fazer com que a hermenêutica deixasse de ser o estudo e sistematização de regras especializadas de interpretação, utilizadas por teólogos e juristas, e se constituísse em disciplina filosófica, habilitada a construir uma teoria geral das ciências humanas e sociais. A preocupação teórica integradora dos fundadores da hermenêutica visava somente proporcionar um nível teórico, suficientemente universal, ao estabelecer parâmetros de referência para as ciências humanas e sociais, que as caracterizassem como tipos de conhecimento científico, ainda que com métodos distintos do método das ciências físicas e naturais. O desafio da hermenêutica constitucional contemporânea consiste, então, em inserir-se nessa tradição hermenêutica, fazendo uma leitura mais sofisticada do texto constitucional, analisando as raízes da ordem jurídica. Criam-se, dessa forma, as condições de possibilidade de realizar-se uma nova leitura da dogmática jurídica e, em consequência, de construir-se uma concepção não exclusivamente dogmática do direito.

A interpretação constitucional, entretanto, somente aparece como problema a preocupar os constitucionalistas há poucas décadas. A explicação deve-se, talvez, ao fato de que as constituições escritas do estado moderno raramente contêm dispositivos concernentes ao poder de interpretação. Além disso, os chamados grandes princípios da filosofia política (soberania,

representação, separação dos poderes, etc.), que foram temas de debates nas assembleias constituintes do final do século XVIII e com os quais os autores modernos expõem os fundamentos do Direito positivo, não se constituem em conceitos dos quais os juristas possam retirar princípios e argumentos racionais, constitutivos de uma teoria geral da interpretação jurídica.

6.5 Uma Teoria Matricial

O caráter francamente hegemônico da teoria pura do direito no pensamento jurídico contribuiu, também, para limitar as possibilidades da construção de uma teoria geral, hermenêutica, da interpretação jurídica. Isto porque, como sabemos, Kelsen não resolveu a questão da interpretação no corpo da teoria pura do direito, precisamente, quando se tornava teoricamente necessário estabelecer uma teoria da interpretação que possibilitasse a integração do binômio norma/realidade, *sollen/sein*. A dificuldade não resolvida na teoria pura, prende-se ao fato de que Kelsen, ao distinguir dois tipos de interpretação - a interpretação autêntica (aquela realizada pelos órgãos aplicadores do direito) e a interpretação “científica” ou “não-autêntica” -, privilegia a primeira. Para o pensador austríaco, a interpretação deve-se ater ao quadro do próprio direito: “se entendemos por “interpretação” a determinação pela via do conhecimento do sentido do objeto a interpretar, o resultado da interpretação jurídica pode ser somente a determinação do quadro que o direito a ser interpretado representa e, portanto, o reconhecimento das diferentes possibilidades existente no interior desse quadro”.⁹¹

Dessa forma, Kelsen recua diante da necessidade de defrontar-se com fatores que possam tornar impura a teoria pura do direito, como a moral, a ideia de justiça e os vários valores e crenças sociais, fatores esses a serem, necessariamente, considerados no processo hermenêutico. Em outro texto, pouco analisado por seus intérpretes, Kelsen reconhece explicitamente a sua renúncia em desenvolver uma teoria da interpretação que procurasse unir norma/realidade,

91 KELSEN, Hans. The pure theory of law. Berkeley: University of California Press, 1970, p. 351.

ao afirmar que: “A teoria pura do direito sendo somente um conhecimento do direito positivo, e não uma prescrição para a sua produção correta, não pretende responder à questão de saber como são feitas boas leis, nem muito menos dar conselhos sobre as condições nas quais podem-se tomar boas decisões baseadas no quadro das leis”.⁹² A conclusão da *Teoria Pura* reduz a função interpretativa à aplicação da lei, ou à interpretação autêntica, não representando a interpretação, mesmo a científica, fator de criação da lei, mas simplesmente o conhecimento do significado das normas jurídicas.⁹³ A imobilização do aplicador da lei dentro de um sistema de normas, que muitas vezes chocava-se com a realidade social, acabou constituindo-se em obstáculo para a implementação das normas jurídicas no estado democrático de direito, que pressupõe para a própria eficácia da normatividade constitucional, a consideração de fatores que se encontram, necessariamente, fora do sistema jurídico.

Ao lado da força da teoria pura do direito, um outro fator mais de natureza adjetiva do que substantiva, parece explicar a escassez de autores no campo da teoria hermenêutica constitucional, que contemplem as dimensões metajurídicas na aplicação da lei. A predominância dos métodos interpretativos peculiares ao direito privado, onde a interpretação era, até recentemente, concebida como uma atividade associada à jurisdição, tornou-se predominante na doutrina do direito. Se interpretar consiste em determinar o sentido, para a maioria dos autores é quando o sentido não está claro, particularmente quando ele é discutido, é que se torna necessária a interpretação. Trata-se de um instrumento a ser utilizado, principalmente, na solução de conflitos. A interpretação torna-se parte da aplicação contenciosa das leis, i.e., os juristas discutem essencialmente os limites e o modo de exercício de uma competência que eles consideram como definidas em lei.

A questão, entretanto, que se coloca para o intérprete e o aplicador da lei contemporâneo, extravasa o campo estrito do conflito intersubjetivo. As

92 KELSEN, Hans. “Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre” (1929) apud JOUANJAN, Olivier. “Presentation”, em MÜLLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 9, n.º. 21.

93 KELSEN, Hans. *The pure theory of law*. op. cit., p. 370.

próprias relações privadas no âmbito da sociedade complexa e pluralista da atualidade, que encontra no estado democrático de direito a sua formulação jurídica, perderam o seu caráter estritamente privatista e inserem-se no contexto mais abrangente de relações a serem dirimidas, tendo em vista, em última instância, o ordenamento constitucional. As fronteiras entre o público e o privado desaparecem progressivamente e, assim sendo, a interpretação da ordem jurídica deixa de ser prisioneira de procedimentos restritos ao direito privado do estado liberal clássico.⁹⁴ As normas jurídicas do direito privado passaram a ser, em certo sentido, dotadas de constitucionalidade, pois integradas num sistema jurídico que supõe para a sua plena eficácia, em todas as esferas das relações sociais, o respeito aos valores fundantes da ordem constitucional.⁹⁵ Vemos, assim, como se torna necessária a construção de uma teoria da hermenêutica jurídica que se distinga da interpretação privatista, porque não conflitual, mas voltada para a realização de uma ordem socialmente justa.

A transposição desses problemas para a teoria constitucional contemporânea suscitou problemas em dois níveis: em primeiro lugar, quando a constituição estabelece um controle da constitucionalidade, afirma, *ipso facto*, a submissão de toda a ordem jurídica ao princípio da legalidade, o que parece resolver de forma simples e direta o problema da interpretação. A realidade, no entanto, não é tão simples, pois quando analisamos essa institucionalização da interpretação constitucional sob o ângulo de uma teoria hermenêutica, verificamos que os poderes do órgão de controle fazem da constituição um sistema de órgãos, que têm a competência para determinar em comum a sua própria competência. O órgão de controle torna-se, dessa forma, um poder constituinte, que se insere num sistema complexo, cujos diversos elementos fazem com que a distinção entre normas constitucionais e atos infraconstitucionais perca o seu sentido.⁹⁶ O segundo problema origina-se na própria concepção de interpretação constitucional, acima referida, pois remete não mais à normas, mas a princípios que são produto de

94 PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: uma introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

95 TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

96 TROPER, Michel. Pour une théorie juridique de l'État. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 107.

valores e conceitos, que antecedem a ordem constitucional, ressurgindo, então, no pensamento social e jurídico a interrogação sobre a conceituação de uma “legitimidade constitucional”, colocada acima da constituição e à qual esta deve estar subordinada. Os dispositivos constitucionais, em particular as emendas, que estejam em contradição com esses princípios devem, nesse entendimento interpretativo, ser anulados pelo juiz constitucional. Revive-se, assim, em outro contexto, determinado por fatores sociais diferentes, a problemática suscitada pela tradição jusnaturalista na qual a validade das normas jurídicas dependeria do respeito a princípios meta-jurídicos.

6.6 Desafios de um Modelo Hermenêutico

A questão hermenêutica no estado democrático de direito encontra-se, portanto, balizada, de um lado, pelo modelo kelseniano e, de outro, pelo chamado renascimento do direito natural. O nó górdio da questão da hermenêutica jurídica contemporânea consiste em avaliar as possibilidades e os limites de um projeto hermenêutico, que se proponha a superar os impasses encontrados na interpretação clássica, sem cair na idealização das correntes jusnaturalistas, face aos problemas da sociedade pluralista e democrática contemporânea. A análise do modelo hermenêutico de Ronald Dworkin pode servir de teste sobre a viabilidade de um projeto de interpretação metajurídica dessa natureza. Ainda que o pensamento de Dworkin esteja em permanente elaboração, podemos destacar no corpo de sua ampla obra alguns conceitos básicos, que servem como parâmetros definidores do seu pensamento.

A obra de Dworkin participa do amplo movimento de crítica à concepção fundamental do positivismo jurídico, a de que as considerações de caráter moral são irrelevantes para o direito. E quando falamos em positivismo jurídico, torna-se necessário distinguir duas tendências, encontradas nesta corrente do pensamento jurídico. A primeira sustenta que o positivismo pretende descrever o que é o direito, sendo o direito um complexo de fatos sociais normatizados e cuja função na sociedade consiste na resolução de conflitos. O exemplo mais significativo dessa tendência encontra-se na obra clássica de Hart, onde, no prefácio, o filósofo inglês afirma que, ao lado de analisar a linguagem jurídica,

procura desenvolver uma “sociologia descritiva” do direito⁹⁷, pois lhe parece falsa a ideia de que a análise do significado das palavras lance luz exclusivamente sobre o sentido das mesmas. Hart considera que o discurso legal deve ser socialmente contextualizado para que possa ser interpretado plenamente.

A outra tendência refere-se ao caráter prático do direito. Alguns autores⁹⁸ sustentam que o positivismo pode ser lido como uma doutrina liberal, pois, independentemente do fato de que, historicamente, tenha havido um crescimento paralelo do positivismo e do liberalismo, durante o século XIX, o positivismo jurídico sempre enfatizou a ideia de que o direito deveria expressar uma normatização pública e que, através dela, o cidadão seria capaz de separar e situar-se entre a esfera do público e a esfera do privado. A ordem jurídica do estado liberal de direito teria então, no entendimento de Bobbio, uma função moral, qual seja a de garantir direitos e liberdades individuais, através de sua positivação, sem a qual não poderia garantir os direitos do cidadão. E Bobbio mostra como na história do estado moderno foi precisamente esse sistema jurídico que exerceu o papel de protetor dos direitos individuais e alternativa aos regimes autoritários.

Neste sentido, Dworkin aceita a premissa básica do positivismo jurídico, mas dela se afasta ao enfatizar e aprofundar a ideia liberal do direito à igualdade, mostrando como o reconhecimento das igualdades significa a aceitação de diferentes concepções do direito, consideradas elas próprias como questões jurídicas. Mas Dworkin insiste no critério comum ao positivismo jurídico de que a vontade legal deve ser formulada por órgãos públicos obedientes ao princípio dworkiniano da “consistência articulada”.⁹⁹ O filósofo norte-americano constrói uma teoria da interpretação jurídica, situada num patamar teórico, que fornece os elementos necessários para que se procure um modelo hermenêutico para além do entendimento clássico da interpretação jurídica, como restrita à interpretação legalista. As indagações e o modelo dworkiniano constituem dessa forma um

97 HART, H.L.A. *The concept of law* Oxford: Clarendon Press, 1972, VIII.

98 BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965, p. 47. GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. 2. ed. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1997, p. 11.

99 DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 162.

terreno fértil, onde poderão ser examinadas as possibilidades racionais para a construção dos princípios básicos de uma hermenêutica constitucional.

O pensamento de Dworkin no que se refere à hermenêutica constitucional desenvolve-se, desde o seu primeiro texto sobre a matéria¹⁰⁰, até o trabalho de 1996¹⁰¹, através de sucessivas modificações na sua estrutura, mantendo, entretanto, uma continuidade temática em função da qual a interpretação jurídica será realizada, pelo que Dworkin chama da melhor interpretação de práticas sociais objetivas, e, baseada na presunção de que todas as pessoas são iguais como seres humanos, independente das circunstâncias sociais do seu nascimento. A garantia dessa igualdade é que será a característica essencial de uma ordem social e politicamente justa. Dworkin considera, portanto, a realidade social como ela se apresenta ao observador, mas introduz um elemento valorativo - o da igualdade - como base para a aplicação das leis, e, em consequência, um tipo de interpretação específica. As leis deverão ser interpretadas de forma que o processo interpretativo evidencie a sua melhor forma ou, em outras palavras, como na sua aplicação poderão atender à sua própria natureza. O argumento central de Dworkin reside em considerar a lei como parte de um argumento, que se desdobra e materializa na sua aplicação, momento em que se evidencia a peculiaridade do direito, que exige para a sua materialização uma “atitude argumentativa em relação à lei”.¹⁰² A resposta preliminar de Dworkin ao positivismo jurídico encontra-se, assim, em transferir para a busca do melhor argumento a justificativa da lei, saindo do mundo restrito do sistema formal para a realidade. O melhor argumento, por sua vez, será explicitado no processo de confrontação racional, a ser realizado sob a égide do princípio da igualdade.

A interpretação no pensamento dworkiniano caracteriza-se, portanto, não como simples descrição de situações sociais empíricas, mas como uma atividade intelectual necessariamente normativa. Isto porque o conceito de direito pertence à categoria de conceitos na qual o entendimento ocorre somente

100 DWORKIN, Ronald. “Judicial Discretion”, in *Journal of Philosophy* 60 (1963), p. 624.

101 DWORKIN, Ronald. *Freedom’s law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

102 GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. 2. ed. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1997, p. 7.

quando são plenamente interpretados. Neste sentido, Dworkin sustenta que o melhor argumento e o mais legítimo será atingido quando se esgotar o processo da argumentação racional, que explique e situe a função da lei na sociedade. Os aspectos descritivos fundem-se, no pensamento dworkiniano, com a própria interpretação, rejeitando-se, assim, a simplificação de que a norma legal refere-se exclusivamente a fatos, que devem por ela serem integrados no sistema normativo. Para Dworkin, os advogados e juizes, argumentando e decidindo sobre casos legais, apelam não somente para as normas positivadas, mas também para outros critérios chamados de “princípios legais”¹⁰³, que expressam valores e conceitos, anteriores à ordem normativa.

Ao perguntar-se como a interpretação de uma forma geral pode aplicar-se à práticas sociais como o direito, Dworkin considera três perspectivas analíticas, correspondentes a estágios interpretativos, que procuram responder à questão acima: o estágio pré-interpretativo, o interpretativo e, finalmente, o pós-interpretativo.¹⁰⁴ Esses três momentos do processo de interpretação convergem no pensamento dworkiniano para que se possa conceituar o direito como um conceito interpretativo. Analisando não a ideia de direito, mas de cortesia, Dworkin procura mostrar como racionalmente partimos de uma constatação absolutamente empírica, como a existência das regras de cortesia na sociedade, para chegarmos à conclusão de que a cortesia, como uma prática social, somente pode ser devidamente explicada e compreendida na medida em que o analista procure descobrir qual o sentido e a função da cortesia e, assim, identificar em que consiste essa prática social.

Entre os três estágios da interpretação, o terceiro representa para Dworkin o estágio mais aprimorado, pois estabelece quais as características determinantes e diferenciadoras da prática social a serem descobertas pelo intérprete, características essas que evidenciam o sentido e a função da prática no contexto social. O terceiro estágio do processo hermenêutico, proposto por

103 DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 46.

104 DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 65-66.

Dworkin, admite como pressuposto de caráter geral, que em todas as práticas sociais deve-se procurar o denominador comum, unificador de suas diferentes manifestações. No que se refere ao direito, sustenta Dworkin, não existe um critério lingüístico comum que nos ajude a diferenciar, por exemplo, o justo do injusto. Os mais acirrados debates, por exemplo, sobre a implementação da justiça referem-se a testes que buscam comprovar, ou não, ideias gerais sobre a justiça, e não são processos que determinam se os fatos satisfazem algum critério comum aplicável ao caso. Nesse sentido é que Dworkin sugere uma caracterização geral e abstrata do processo de interpretação, como sendo o processo que procura retirar de um objeto ou de uma prática social interpretada aquilo que de melhor ela representa para a sociedade.¹⁰⁵

O problema central no projeto hermenêutico de Dworkin, que ao afirmar como objetivo do processo de interpretação o de situar o objeto ou a prática social interpretada sob o ângulo de sua melhor natureza, situa-se, assim, fora do âmbito da interpretação tradicional e possibilita um novo e mais sofisticado tipo de interpretação, a interpretação hermenêutica no âmbito do direito. O processo hermenêutico desenvolve-se em dois momentos: no primeiro momento, o objeto interpretado é qualificado, e, no segundo, o intérprete escolhe entre diferentes opções de escolha que se opõem. Essa estrutura hermenêutica encontra-se, constata Dworkin e outros autores, como Hannah Arendt¹⁰⁶, na própria estrutura das áreas de conhecimento que implicam numa escolha, como a ética e a estética. Em ambos os campos do conhecimento, ocorre processo semelhante de avaliação e escolha. Pessoas diversas poderão ter respostas diferentes para o mesmo problema moral ou diante da mesma obra de arte. Essa possibilidade permite que sejam dadas respostas também diferentes. A circunstância de existirem várias escolhas ou julgamentos serviu, entretanto, para justificar empiricamente os diferentes ceticismos no pensamento filosófico e social. No pensamento jurídico, o ceticismo assumiu diversas formas, desde os questionamentos sobre a possibilidade da construção de princípios interpretativos gerais até o relativismo a respeito do justo e do injusto.

105 DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 77.

106 ARENDT, Hannah. *Lectures on Kant's political philosophy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.

O pensamento de Dworkin voltou-se, num segundo plano, contra o argumento do ceticismo no pensamento social, nele identificando uma das dificuldades básicas que ameaçam a própria concepção do direito e de sua finalidade última, a justiça. O ceticismo é identificado no direito como o culto de argumentos, tecidos em função de dispositivos legais, que terminam não proporcionando respostas coerentes e racionais para o caso examinado. A “dança do ceticismo”¹⁰⁷ recusa, preliminarmente, que possa haver uma resposta “certa” ou “errada” para os problemas éticos e estéticos, e sustenta, em conseqüência, que todas essas opiniões são criadas pela inteligência humana e projetadas, e não descobertas, na realidade. Dworkin mostra como o ceticismo representa, na verdade, uma posição metafísica e não uma atitude interpretativa ou moral e, portanto, não pode afirmar o que é belo ou feio, justo ou injusto, pois nega a possibilidade de um acordo hermenêutico. O céptico tem opiniões sobre Hamlet ou sobre a escravidão e argumenta porque prefere a sua opinião às opiniões dos outros, mas por sustentar que essas opiniões nada têm a ver com a realidade, pois para o céptico qualquer julgamento moral ou estético é tão bom quanto qualquer outro, termina por não poder afirmar que “em sua opinião a escravidão é injusta”¹⁰⁸. O argumento dworkiniano procura, assim, demonstrar que o positivismo e os ceticismos são formas metafísicas de rejeição da possibilidade das relações entre o direito e a melhor forma de organização social.

O nascimento da hermenêutica jurídica ocorre, portanto, quando o filósofo do direito inicia o trabalho de superação dos dois estágios preliminares do modelo dworkiniano aceitando a identificação pré-interpretativa do domínio legal, o fato da existência de normas jurídicas, e os paradigmas até então utilizados para interpretá-lo, característica do segundo estágio. Mas para que possa superar os dois primeiros estágios do processo hermenêutico, o filósofo necessita encontrar um conceito central de direito, que possa abarcar concepções diversas. Dworkin propõe não uma definição apriorística do direito, mas um argumento justificador do direito. Isto significa que, para Dworkin, o direito somente pode ser entendido na medida em que o consideramos como envolvendo ideias que implicam argumentos controversos. Não existe para o filósofo norte-americano

107 DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 86.

108 DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 85.

um conceito de direito em função do qual se desenvolve uma interpretação sistemática. O próprio direito é um processo interpretativo.

Esse tipo de argumento será construído a partir de algumas constatações racionais elementares, referentes à natureza e à função do poder, do governo e do direito. O governo, qualquer governo, tem alguns objetivos: pretende fazer com que as nações governadas sejam prósperas ou poderosas; procura, também, meios para manter-se no poder; usa a força coletiva monopolizada para atingir as suas finalidades principais e outros objetivos secundários. O argumento central justificador do direito, como norma emanada de um poder soberano, é construído em torno dessa ideia central. Essa ideia consiste, nas palavras de Dworkin, no estabelecimento do “ponto mais abstrato e fundamental da prática legal, que consiste em guiar e controlar o poder governamental”. O núcleo da definição do direito reside, assim, na identificação de uma função específica para a ordem jurídica, qual seja o controle do poder governamental. Para Dworkin, entretanto, o controle do poder governamental, através do direito, implica no atendimento à condição original da ordem jurídica do estado de direito, que tem como característica o fato de que a força somente pode ser usada, quando autorizada ou exigida para a defesa de direitos individuais ou então para assegurar o cumprimento de responsabilidades “decorrentes de decisões políticas anteriormente tomadas sobre quando a força coletiva é justificada”¹⁰⁹.

O conceito de direito, que irá implicar em diferentes tipos de interpretação da ordem constitucional, pode, no entendimento de Dworkin, ser estabelecido em função da resposta a três tipos de perguntas: a) qual a justificativa da obrigação política ou da obediência aos ditames legais?; b) em que medida o uso da força somente pode ser justificado nos casos em que estejam envolvidos direitos e responsabilidades, estabelecidas em “decisões políticas anteriormente tomadas”?; c) o quê se entende por “anteriormente tomadas”, ou seja, qual o nível de consistência entre ações e decisões atuais e decisões políticas anteriores, justificadoras do liame entre o direito e a força?

109 DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 93.

A resposta a cada uma dessas questões permite que se tenham três diferentes concepções do direito e, em conseqüência, três possíveis interpretações teóricas da nossa prática legal. Dworkin pretende que cada uma dessas concepções traduza temas e ideias de um tipo de interpretação, que não se identifica com a interpretação semântica, pois faz com que o argumento entre elas se sobreponha ao impasse provocado pela batalha em torno dos textos legais, que não conclui sobre o justo ou o injusto. O primeiro modelo conceptual de resposta às três perguntas acima pode denominar-se de convencionalismo legal: o convencionalismo responde à primeira pergunta aceitando a relação necessária entre o direito e os direitos, ou seja, obedecemos antes de tudo porque existe um dever estabelecido no texto legal; à segunda pergunta, o convencionalismo legal responde afirmando que não existe uma relação necessária entre o uso da força e decisões políticas passadas, porque essa questão encontra-se esgotada pela segurança e igualdade processual asseguradas pelo estado de direito, ou, em outras palavras, a própria prática do estado de direito justifica quando necessário o uso da força; a terceira pergunta é respondida da seguinte forma: um direito ou responsabilidade decorre de decisões anteriores quando se encontram explícitos e podem tornar-se explícitos somente através de métodos e técnicas de interpretação aceitas pela comunidade legal.

O segundo modelo, intitulado por Dworkin, de “pragmatismo legal”, expressa um entendimento céptico do direito. Sustenta o pragmatismo legal que as decisões judiciais devem ser tomadas em função do que for melhor para o futuro da comunidade, não importando que haja qualquer consistência com decisões passadas. O pragmatismo legal recusa, assim, a existência do direito e de direitos a serem exigidos em função de direitos anteriormente assegurados aos indivíduos, negando qualquer possibilidade de continuidade necessária na aplicação do direito. Cada caso é um caso e em função de suas características peculiares o juiz deve decidir, criando a lei aplicável.

O terceiro modelo, o do “direito como integridade”, permite que se avalie até que ponto a hermenêutica dworkiniana representa um passo à frente no pensamento jurídico contemporâneo. Às três perguntas iniciais, Dworkin responde sustentando que as limitações impostas pelo direito, e, em conseqüência, o uso da força, beneficiam a sociedade não somente porque garantem a segurança

nas relações jurídicas ou o devido processo legal, mas porque asseguram um tipo de igualdade entre os cidadãos que faz com que a comunidade torne-se mais solidária. Essa qualificação de uma comunidade como solidária implica na introdução de um valor moral no exercício do poder político. Os direitos e responsabilidades advêm de decisões passadas não somente quando são explicitados nessas decisões - por exemplo, no texto constitucional - mas também quando resultam de princípios de moralidade individual e política¹¹⁰, ou seja, por aqueles princípios que garantam a existência de uma comunidade solidária. Com essa atitude interpretativa, Dworkin foge da armadilha do formalismo legalista, buscando nos princípios os recursos racionais para que se possa evitar o governo da comunidade por regras, que possam ser incoerentes em principio.¹¹¹

Nesse contexto é que se pode avaliar e entender o conceito de *hard cases*¹¹² na hermenêutica dworkiniana.¹¹³ Em torno do argumento racional, onde a norma positiva, o fato jurídico e o valor da moralidade nele envolvidos, constituem fatores essenciais no processo argumentativo que irá conceituar o direito, procura-se aplicar a lei constitucional, que não poderá ser “interpretada” no sentido estrito do termo, mas que necessita de incorporar na sua leitura dimensões não consideradas no quadro da interpretação semântica. Dworkin abre, portanto, perspectivas teóricas para que se possa construir uma teoria hermenêutica, que atenda à complexidade do direito na sociedade contemporânea. Isto porque encontramos-nos no limiar de uma teoria da prática legal, que não se fundamenta exclusivamente na semântica, mas que procura estabelecer uma interpretação geral dessa prática.

Para que seja possível essa construção racional, legitimadora da ordem jurídica, torna-se necessário estabelecer o “ponto mais alto” da concepção do

110 DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 96.

111 DWORKIN, Ronald. *Law, Philosophy and Interpretation*. In: *Archiv fur Rechts-und-Sozialphilosophie*, vol. 80, 4, Quartal, 1994, p. 471.

112 *Hard cases*, no entendimento de Dworkin, caracterizam-se por ser uma situação jurídica onde ocorrem dúvidas sobre a verdade de uma norma, que não podem ser solucionadas pelos simples fatos determinantes da questão.

113 DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 81.

direito, ou em outras palavras, dar consistência à ideia de comunidade solidária. A sugestão de Dworkin, é que se procure essa referência superior no valor político da justiça. Através da ideia da justiça é que se pode fazer o trâmite legitimador entre decisões do constituinte e o uso da norma jurídica, aparecendo então o antigo debate sobre as relações do direito com a moral, sob uma nova perspectiva. Recupera-se, portanto, uma temática central na tradição do pensamento político e jurídico do Ocidente, atualmente tratada por diferentes autores, que procura estabelecer uma nova leitura do texto constitucional.¹¹⁴ O valor de justiça, entretanto, será fruto de um processo argumentativo a ser desenvolvido entre pessoas racionais e iguais. Não será definido por uma teoria abstrata, ideal, mas estará necessariamente vinculado a uma prática política e social objetiva, tendo em vista parâmetros racionalmente construídos. A organização do estado contemporâneo, sob as suas formas de estado liberal, de estado do bem-estar social e de estado democrático de direito, evidenciam diferentes momentos históricos e processos de construção do justo.

O estado democrático de direito do ponto de vista jurídico-constitucional expressa, assim, uma ideia moral de organização do poder político, antes de ser uma ordenação dos poderes do Estado e de definição de direitos e garantias individuais e coletivas. É, portanto, consequência, e não fonte, de uma determinada concepção do homem e da sociedade, do homem considerado como ente moral, dotado de direitos anteriores à própria organização estatal. Esses direitos representam uma dificuldade intelectual, aparentemente intransponível, para o formalismo-dogmático clássico, mas inspiram e regulam o funcionamento da sociedade política no estado democrático de direito, ou seja, a concepção da sociedade como sendo o espaço onde se equilibram os diferentes interesses e valores individuais. Nesse sentido, é que a constituição do estado democrático de direito “une questões legais e morais, ao afirmar que a validade da lei depende da resposta a complexos problemas morais, como o problema de determinar se uma lei particular respeita a igualdade inerente a todos os

114 HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. WALKER, Graham. *Moral foundations of constitutional thought*. Princeton: Princeton University Press, 1990.

homens”.¹¹⁵ A interpretação constitucional, portanto, para o filósofo norte-americano, somente poderá realizar-se plenamente na medida em que se processe através de argumentos racionais, entre indivíduos que pertençam a uma comunidade moral.¹¹⁶ Esse tipo de comunidade será determinada por fatores históricos e, principalmente, pelo que Dworkin chama de “condições relacionais”, que são aquelas que asseguram ao indivíduo o status de cidadania moral. A cidadania moral será materializada, no entendimento de Dworkin, por essas “condições relacionais”, que irão se materializar nas condições de participação do indivíduo na sociedade. Essas condições no pensamento dworkiniano podem ser resumidas a três: a participação do indivíduo nas decisões políticas, o interesse individual nessas decisões e a independência do cidadão em relação a elas.

O processo da hermenêutica constitucional supõe, portanto, a consideração de valores e condições sociais e políticas, que deitam suas raízes num entendimento moral do corpo político. Não se confunde com o jogo semântico ou com o entendimento da aplicação da lei como a simples subsunção da norma positivada aos fatos sociais. Por essa razão, a hermenêutica constitucional não pode ficar restrita aos processos interpretativos característicos do entendimento do direito, como um sistema dogmático a ser lido semanticamente. O processo hermenêutico pressupõe mais do que uma simples, e redutora, constatação e aceitação da existência de normas. A hermenêutica constitucional contemporânea, precisamente para atender a função de interpretar normas específicas, que se encontram legitimadas pelo estado democrático de direito, realiza-se no processo argumentativo, onde estão presentes os valores que antecedem à própria construção da ordem constitucional. A hermenêutica constitucional contemporânea vive situação semelhante àquela encontrada quando do surgimento da interpretação protestante no corpo da tradição: não se trata também, atualmente, da criação de novos métodos mecânicos, que substituam os antigos, mas de uma nova concepção do objeto analisado, no caso o fenômeno jurídico, através de sua leitura hermenêutica. Somente, assim, poderá a interpretação jurídica integrar-

115 DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 185.

116 DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 24.

se no quadro mais amplo da hermenêutica contemporânea, como se encontra formulada e aceita no campo das ciências humanas e sociais.

7. A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

7.1 Considerações Iniciais

Uma das indagações mais relevantes e recorrentes no debate político e na teoria do direito refere-se ao problema do universalismo dos direitos humanos. Os direitos humanos constituem-se numa categoria ético-jurídica com abrangência universal? Ou para serem considerados como direitos devem responder somente às exigências de eficácia e validade, garantidas por um estado soberano? Na história dos direitos humanos sempre esteve presente a indagação sobre a sua natureza ética e jurídica. Desde as proclamações revolucionárias do século XVIII, passando pelos debates sobre as relações do estado nacional com valores e direitos que se pretendem universais, durante os séculos XIX e XX, o tema serviu como referência central e obrigatória para a teoria ética, política e jurídica. Esse debate tem servido, também, como arsenal ideológico para justificar e promover revoluções políticas e sociais. A teoria dos direitos humanos, que procura construir uma fundamentação racional para essa categoria de direitos, constituiu-se, por outro lado, em etapa essencial e necessária no processo de sedimentação desses direitos. E o argumento central dessa teoria tem a ver com a sua fundamentação, pois será através dela que poderemos situar os direitos humanos no contexto de uma sociedade multicultural, atribuindo-lhe ou não caráter universal.

Essas indagações, que perpassam o debate contemporâneo, poderão ser respondidas na medida em que se considere os direitos humanos como históricos e não manifestações abstratas da inteligência humana. Nesse sentido, é que se torna necessário uma elaboração teórica sobre os fundamentos dessa categoria de direitos, mas que seja atenta, entretanto, às peculiaridades empíricas encontradas nas diferentes culturas. Quando falamos de uma teoria dos direitos humanos, podemos estar fazendo referência a dois tipos de análise: em primeiro lugar, à teoria jurídica dessa categoria de direitos, que analisa o conjunto de tratados, convenções e legislações sobre o tema, bem como a regulação dos mecanismos, internacionais e nacionais, garantidores dos direitos fundamentais

da pessoa humana; ou então, poderemos estar tratando, também, da análise dos chamados fundamentos desses direitos, tema que se destaca na filosofia social e política contemporânea. A teoria dos direitos humanos implica, assim, na complementaridade necessária entre a reflexão teórica e a prática, pois não teria sentido a análise teórica, abstrata, que não levasse em consideração os problemas reais que afetam quotidianamente a pessoa humana neste final de século (discriminações sociais, políticas e religiosas, falta de liberdade, limpeza étnica, miséria, analfabetismo, etc.) e, nem também, aceitar como verdade última, universal e acabada, as diversas situações sociais do mundo contemporâneo. Torna-se, portanto, irrelevante o argumento de que a prática é o que importa na avaliação dos direitos humanos, pois esta se acha vinculada a argumentos teóricos, que sempre impulsionaram a implementação histórica dessa categoria de direitos.

O debate sobre os impasses encontrados na relação do multiculturalismo com os direitos humanos tem a ver, principalmente, com a questão da sua universalidade. Quando da elaboração, depois da II Guerra Mundial, do projeto que serviu de fundamento para a Declaração dos Direitos do Homem das Nações Unidas, de 1948, o grupo de filósofos, cientistas, juristas e intelectuais, convocados pela UNESCO, estabeleceram os limites do debate sobre o tema da universalidade dos direitos humanos. Os participantes do grupo, independentes de crenças religiosas ou filiações políticas, concordaram que a questão dos direitos humanos deveria ficar adstrita aos mecanismos garantidores desses direitos. Isto porque, como escreveu Jacques Maritain (1976), relator do texto final, não poderia haver uma concordância a respeito dos fundamentos dos direitos humanos entre concepções religiosas, culturais e políticas diversas sobre a natureza da pessoa humana e da sociedade.¹¹⁷ O acordo entre culturas diferenciadas somente seria possível em torno de um conjunto de direitos mínimos e, principalmente, de mecanismos de controle garantidores dos direitos consagrados pelos estados signatários da Declaração.

117 MARITAIN, Jacques. "Introdução", in: *Los derechos del hombre*, Barcelona, Editorial Laia, 1976.

Os autores da Declaração de 1948 rejeitavam, portanto, a possibilidade de haver um conjunto de direitos humanos universais, válidos, que fossem independentes de sua consagração nos textos constitucionais dos diferentes estados. Essa concepção teve como conseqüência reduzir o debate contemporâneo sobre o tema ao problema da sua eficácia, como pretende, por exemplo, Norberto Bobbio.¹¹⁸ O cerne da questão residiria para esse tipo de interpretação na eficácia ou não desses direitos, na capacidade dos estados fazerem respeitar o que se acha determinado nas declarações internacionais e nos textos constitucionais. Direitos humanos seriam, assim, princípios que perpassam diferentes culturas, mas somente poderiam ser considerados como direitos, na medida em que fossem incorporados pelos sistemas jurídicos nacionais.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem das Nações Unidas foi enriquecida por pactos políticos e sociais, que acrescentaram número significativo de direitos políticos e sociais ao documento de 1948. Enquanto aumentava o número desses direitos, proclamados nos documentos internacionais, cresceram também as sistemáticas violações dos mesmos e dos pactos subseqüentes, pelos próprios estados signatários da Declaração Universal. Essa a razão pela qual, o tema dos fundamentos dos direitos humanos, até então considerado como superado, ainda que não resolvido, tornou-se obrigatório na agenda do pensamento social, político e jurídico contemporâneo. Verificou-se que o debate sobre a fundamentação racional e, portanto, sobre a natureza e validade universal dessa categoria de direitos, achava-se intimamente relacionado com a própria eficácia dos mecanismos garantidores do sistema dos direitos humanos.¹¹⁹

7.2 Legitimação e Eficácia

A questão da legitimação universal dos direitos humanos deixou de ser teórica e abstrata, e passou a fazer parte do conjunto de fatores determinantes de

118 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 25-26.

119 FERNANDEZ, Eusébio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Editorial Debate, 1987, p. 110-111.

sua eficácia. A razão nuclear para que se considere o problema dos fundamentos dos direitos humanos no mesmo nível de importância analítica da sua positividade, encontra-se, portanto, no fato de que a eficácia dos direitos humanos encontra-se ligada a sua fundamentação. Isto ocorre porque o respeito aos direitos humanos ocorre em diversas etapas de sua posituação, sendo que a primeira, e que irá definir o escopo dentro do qual serão ou não respeitados, encontra-se na análise da sua fundamentação ética.

Um dos principais argumentos favoráveis à tese de que os direitos humanos não são universais, baseia-se na constatação empírica da existência de uma grande diversidade de moralidades e de sistemas jurídicos. A pluralidade cultural, que se expressa nessa diversidade, tornou-se o nó górdio da leitura dos direitos humanos dentro de uma perspectiva universalista. O debate sobre o multiculturalismo e os direitos humanos tornou-se central na arena das controvérsias políticas da atualidade, em virtude de, na cultura Ocidental, a exclusão religiosa, social, econômica ou política sempre ter refletido a violação dessa categoria de direitos. Essas violações, entretanto, não representam a negação e a rejeição dos direitos humanos, nem, também, a sua redução a ideais abstratos sem qualquer relevância política e social. A história tem demonstrado como os direitos humanos são ideias-força, que ao serem negados constituem-se em argumentos poderosos contra os próprios atos de prepotência, que os negam. Aceitar o argumento de que a diversidade de moralidades e de sistemas jurídicos, que regulam de forma diferenciada uma mesma categoria de direitos, implica em retirar o caráter universal dos direitos humanos, é consequência, assim, de uma leitura simplificada da questão.

O debate sobre os direitos humanos na sociedade pluralista tem dois parâmetros de referência, que se explicitam em duas linhas de argumentação: a primeira, identificada com as origens iluministas das declarações revolucionárias do século XVIII, baseia-se na proclamação da existência de valores da pessoa humana, válidos em todos os quadrantes do planeta, que constituiriam o núcleo de resistência aos absolutismos; a segunda nega essa pretensão à fundamentação universal dos direitos humanos, identificando-os como uma manifestação do estado nacional de direito, instrumento único para a sua posituação. A primeira vertente da argumentação recebeu duas versões teóricas, uma expressa pelo

monismo moral – que afirma a possibilidade da razão humana determinar valores determinantes da melhor forma de vida para o homem, válidas para todas as sociedades - e a outra pelo universalismo mínimo – que reconhece a pluralidade moral, mas sustenta que esses diferentes sistemas podem ser avaliados em função de valores universais.¹²⁰

O cerne da questão sobre os fundamentos dos direitos humanos encontra-se na busca de argumentos racionais, baseados na observação empírica das diversas comunidades humanas, que possam justificá-los como uma categoria universal de direitos. Esse desafio aparece na clivagem que ocorre no pensamento social contemporâneo entre universalistas e relativistas. A construção de uma teoria justificadora dos direitos humanos, que possa fundamentá-los e situá-los diante de sistemas e práticas morais diversas, supõe a superação dessa dicotomia, com vistas a demonstrar como na sociedade multicultural podem ou não subsistir valores universais. Para que seja possível a construção de um argumento universalista, que não fique prisioneiro do monismo moral, torna-se necessário não se abstrair das realidades sociais. Neste sentido é que a construção do argumento do mínimo universal passa pelo reconhecimento de que é possível chegar-se a algumas características comuns dos seres humanos, características essas que servem de fundamento para o estabelecimento de uma sociedade sedimentada nos laços de solidariedade. Esse processo do descobrimento, no seio das diferentes culturas e sociedades, de quais as características comuns dos seres humanos, somente poderá ocorrer através de um diálogo intercultural, a ser realizado no contexto de uma democracia deliberativa, como proposto por Benhabib.¹²¹

120 PAREKH, Bhikhu. “Non-ethnocentric universalism”, in: DUNNE, Tim Dunne & WHEELER, Nicholas J (Org.). *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 128 e ss.

121 BENHABIB, Seyla. *The claims of culture*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2002.

7.3 Uma Falsa Dicotomia

O argumento mais usualmente aceito contra a universalidade dos direitos humanos é o elaborado pelas correntes relativistas, que se socorrem de uma leitura redutora do multiculturalismo encontrado na sociedade humana. A ideia do relativismo consiste em afirmar que não existe possibilidade de que se possa satisfazer de forma igual e equânime as exigências de bem-estar de todos os seres humanos, isto porque, os seres humanos, no entendimento relativista, não são semelhantes em nenhum aspecto que comporte generalizações. Esse argumento resulta de uma constatação antropológica, isto é, a existência na humanidade de diferentes valores, hábitos e práticas sociais, que se expressam sob variadas formas culturais.

A constatação de que em todos os grupos sociais e comunidades existem tradições culturais múltiplas, representa para o relativismo a prova de que é impossível o estabelecimento de normas universais de comportamento social. A constatação empírica do ponto de vista antropológico, entretanto, pode ser lida de forma não-reducionista, quando estabelecemos a diferença entre as necessidades que são respondidas de maneira diversa em culturas diferentes, e aquelas que têm a mesma resposta para todos os grupos humanos, ainda que essas respostas possam aparecer sob formas diferentes, mas todas indicando a existência de uma mesma natureza humana. Como escreve Parekh¹²², a natureza humana não é um dado constatável empiricamente, mas uma inferência, não é um fato, mas uma teoria.

No pensamento social e filosófico contemporâneo encontramos três tipos de “relativismos”, referentes à contestação da ideia dos direitos humanos como universais: o relativismo antropológico, o relativismo epistemológico e o relativismo cultural. Este último sustenta o argumento aceitável de que as particularidades culturais exercem um papel determinante na forma sob a qual os valores assegurados pelos direitos humanos irão formalizar-se. O segundo tipo

122 PAREKH, Bhikhu. “Non-ethnocentric universalism”, in: DUNNE, Tim Dunne & WHEELER, Nicholas J (Org.). *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 140.

afirma a impossibilidade de se produzir um discurso ético e, portanto, dotado de características universais, que seja transcultural. O primeiro tipo, por sua vez, fica prisioneiro da constatação empírica de que a característica da sociedade humana é o multiculturalismo, que se expressa através de diversos sistemas morais e jurídicos, não havendo, portanto, possibilidade de existir valores e categorias jurídicas universais. A fonte dos três tipos de relativismo encontra-se na pesquisa antropológica, que confirma o fato óbvio e facilmente constatável da diversidade cultural. Por essa razão, a argumentação construída sobre os dados empíricos, fornecidos pela antropologia, merece um destaque especial na análise do tema.

O argumento antropológico baseia-se na constatação de que existe uma enorme variedade de formas de vivência nos grupos humanos, que irão servir de justificativa para a teoria do pluralismo cultural. No entanto, a própria observação antropológica demonstra que algumas necessidades humanas são universais, e não meramente locais, em seu caráter, podendo ser classificadas de necessidades comuns a todos os grupos sociais ou “humanas”.¹²³ O sentimento de afeição, a necessidade de cooperação, encontrada em todas as culturas, a identificação do status do indivíduo na comunidade e a ajuda para quem se encontra em necessidade são exemplos de que existem características comuns do ser humano, que ultrapassam os limites das fronteiras culturais.

Perry¹²⁴ procura demonstrar como, da mesma forma que algumas necessidades são comuns a todos os homens, existem, também, alguns valores que conduzem à satisfação de necessidades compartilhadas entre os seres humanos. Em outras palavras, alguns bens são universais e não estritamente locais. A observação das culturas locais demonstra, por outro lado, que elas não se constituem em universos fechados, impermeáveis às influências exógenas e incapazes de serem contestadas por forças sociais internas. A própria ciência antropológica mostra como dentro das culturas encontra-se uma enorme gama de

123 PERRY, Michael. The idea of human rights. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 66.

124 PERRY, Michael. The idea of human rights. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 66 e ss.

interpretações da própria tradição e das práticas culturais, podendo-se afirmar, neste sentido, que todas as culturas são pluralistas. O pluralismo supõe, assim, a existência de posições divergentes em relação à interpretação oficial da tradição religiosa ou cultural, expressando-se através do que alguns autores chamam da “crítica interna”¹²⁵, exercida no contexto de culturas aparentemente monolíticas.

Esses valores, que se encontram escondidos sob a manta de interpretações e práticas hegemônicas da tradição cultural, aparecem sob a forma de movimentos de protestos e de heterodoxias, que vocalizam valores comuns a todos os homens, mas que se encontram momentaneamente negados pelo poder político ou religioso. Os movimentos de afirmação dos direitos humanos, para o qual convergem indivíduos e grupos sociais, excluídos dentro do seu próprio grupo social, evidenciam como em situações socialmente injustas e excludentes o recurso aos valores expressos por essa categoria de direitos constituem um mínimo moral e jurídico comum a todas as sociedades.

O exame do movimento dos direitos humanos nos países islâmicos, por exemplo, demonstra precisamente o processo progressivo de conscientização por parte dos governos e dos movimentos religiosos, pressionados pelo movimento de crítica interna da própria sociedade. Tomemos, por exemplo, o exame do caso da prática cultural da mutilação genital feminina. A primeira constatação é a de que não podemos racionalmente supor que essa prática tenha sido, durante séculos, considerada, por todas as mulheres, como necessariamente boa e aceitável. É razoável supor que tenha havido algum grau de insatisfação diante da obrigação imposta pela tradição; tanto isto é verdade que ocorrem na atualidade, fugas de jovens em países africanos para escapar da mutilação. O simples fato de existir esse nível de rebeldia em países de cultura tradicional, e teoricamente uniforme, faz com que se admita a existência de grupos sociais, que se opõem às práticas tradicionais. Essas manifestações de revolta resultam das chamadas críticas internas, desenvolvidas durante séculos, do mesmo modo como os direitos humanos no Ocidente resultaram de um processo de contestação a valores e práticas, dentro de uma mesma cultura. Nesse contexto, a Declaração sobre a

125 PERRY, Michael. *The idea of human rights*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 76.

Eliminação da Violência contra as Mulheres (1993), a declaração da Subcomissão das Nações Unidas para a Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias (1988) e a condenação da mutilação genital feminina pela Convenção sobre os Direitos das Crianças das Nações Unidas, adotam a posição de que a circuncisão feminina viola os direitos humanos das mulheres e crianças.

Vemos, portanto, que a leitura antropológica dos direitos humanos não consegue ler na evidência empírica a possível existência de valores humanos universais, pois existe pluralidade de manifestações culturais, quando, na verdade, essas manifestações culturais expressam de forma diferente o mesmo conjunto mínimo de valores humanos. Verificamos, assim, que não se encontra uma mesma resposta sobre a natureza dos direitos humanos, quando ficamos prisioneiros da experiência cultural e particular de cada povo. Trata-se de uma questão que deverá ser solucionada no plano propriamente da reflexão filosófica e não no terreno da pesquisa social empírica, onde casos particulares por se não confirmam, nem desmentem, a possibilidade ou não da universalidade de valores e normas.

Como observa Apel¹²⁶, o conceito de uma ordem jurídica e política de uma sociedade multicultural comporta duas dimensões, que se contradizem logicamente: a do particularismo e do pluralismo das tradições culturais, de um lado, e o aspecto unitário e de sua fundamentação moral no sentido da justiça intercultural, perpassando diferentes culturas, de outro. Esse conflito interno nas sociedades contemporâneas agrava-se na medida em que o consideramos na perspectiva global e cosmopolita. Tornam-se, então, ainda mais acentuadas as dificuldades encontradas para que se evite a construção de sociedades multiculturais. Isto porque o fato social do multiculturalismo, constatado nas mais diferentes nações do planeta, impõe-se com a força das evidências, constituindo um novo paradigma a ser integrado na ordem do direito cosmopolita aceitável por todos os homens.

126 APEL, Karl-Otto. O problema do multiculturalismo à luz da ética do discurso. In: *Ethica, Cadernos Acadêmicos*, vol.7, n. 1, 2000, p. 17.

7.4 O que são Direitos Humanos?

O próprio emprego da expressão “direitos humanos” reflete a ideia de direito cosmopolita da tradição iluminista, tendo sido utilizada com diferentes conotações políticas e jurídicas. A expressão pode referir-se a situações sociais, políticas e culturais que se diferenciam entre si, significando muitas vezes manifestações emotivas face à violência e à injustiça; na verdade, a multiplicidade dos usos da expressão demonstra, antes de tudo, a falta de fundamentos comuns que possam contribuir para universalizar o seu significado e, em consequência, a sua prática. Número significativo de autores tomaram a expressão “direitos humanos” como sinônima de “direitos naturais”, sendo que os primeiros seriam a versão moderna desses últimos¹²⁷; ainda outros, empregaram a expressão como o conjunto de direitos que assim se encontram definidos nos textos internacionais e legais, nada impedindo que “novos direitos sejam consagrados no futuro”.¹²⁸

No pensamento social contemporâneo, encontramos a tentativa de identificar os direitos humanos fundamentais como a “norma mínima” das instituições políticas, aplicável a todos os Estados que integram uma sociedade dos povos politicamente justa.¹²⁹ Esse conjunto de direitos tem um estatuto especial no direito interno das nações, sendo exigência básica para que um Estado possa integrar a comunidade internacional. Os direitos humanos, para Rawls¹³⁰, diferenciam-se, assim, das garantias constitucionais ou dos direitos da cidadania democrática, e exercem três papéis relevantes: em primeiro lugar, a observância dos direitos humanos representa a condição necessária para que seja legitimado um regime político e aceita a sua ordem jurídica; o respeito aos direitos humanos, no Direito interno das nações, representa para Rawls,

127 FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. Oxford: Clarendon Press, 1989, p. 198. ROMMEN, Heinrich A. *The state in catholic thought*. St. Louis: B. Herder Book, 1955, p. 624. MARITAIN, Jacques. *Les droits de l’homme et la loi naturel*. Paris: Paul Hartmann Éditeur, 1947.

128 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 5.

129 RAWLS, John. *Le droit des gens*. Paris: Editions Esprit, 1996, p. 74-75.

130 RAWLS, John. *Le droit des gens*. Paris: Editions Esprit, 1996, p. 79.

condição suficiente para que se exclua a intervenção em seus assuntos internos por outras nações, através, por exemplo, de sanções econômicas ou pelo uso da força militar; finalmente, Rawls sustenta que os direitos humanos estabelecem um limite último ao pluralismo entre os povos.

Os direitos humanos, no pensamento rawlsiano, expressam-se, portanto, através de normas jurídicas e políticas, que se referem ao mundo das relações entre as nações, expressando compromissos nacionais com valores, destinados a estabelecer uma ordem internacional politicamente justa. Trata-se, em outras palavras, da remissão dos direitos humanos ao plano das relações entre os Estados que, para se legitimarem na comunidade internacional, devem ter como fundamento dos respectivos direitos internos o respeito à norma mínima internacional. Rawls procura, em outras palavras, estabelecer uma norma comum, um direito cosmopolita, que servirá como critério universal para o reconhecimento dos sistemas políticos e jurídicos nacionais. No debate sobre a intervenção em outros países, o tema tradicional da guerra justa será substituído pela análise da obediência dos estados a essa *moralia minima* internacional, que deverá estar expressa no texto e na prática constitucional.

A doutrina de Rawls tem uma variante na qual se afirma que os direitos humanos, proclamados nos tratados internacionais, quando, como é o caso da Constituição brasileira de 1988 (art. 5º, § 2º), são expressamente reconhecidos na carta magna, têm status de norma constitucional. Logo, a questão dos fundamentos dos direitos humanos é remetida para a vontade do constituinte, que nada mais faz do que aceitar o acordado entre os diversos países signatários dos tratados. Ocorre o fenômeno de incorporação ao corpo do direito interno de um conjunto de normas elaboradas no âmbito das relações de poder interestatais, sendo que a sua validade é aceita sem maiores justificativas quanto à natureza particular dessas normas, mas somente na medida em que são aceitas pela “sociedade dos povos politicamente justa”, como argumenta Rawls.

Vemos como a argumentação de Rawls desenvolve-se à sombra dos direitos naturais como modelo justificador do direito positivo. Desde o final do século XIX, tornou-se claro que se tornava necessário desenvolver um modelo teórico, que pudesse estruturar logicamente, do ponto de vista jurídico, uma

matriz conceptual metajurídica, que seriam os direitos humanos, com a ordem jurídica positiva. Essa dificuldade, que expressava as contradições da ordem jurídica liberal, fez com que a imaginação doutrinária jurídica buscasse uma solução para o impasse, que prescindisse do modelo do jusnaturalismo moderno, mas respondesse à questão da fundamentação do direito e, especificamente, dos direitos humanos.

O caminho encontrado por Georg Jellinek¹³¹ consistiu em trazer para a teoria do direito público uma nova categoria de direitos, os direitos públicos subjetivos. Com isto, Jellinek pretendeu, num primeiro momento, romper o vínculo que identificava os direitos naturais com os direitos humanos. Sustentava o jurista alemão que sob a influência das declarações de direitos do século XVIII, desenvolveu-se a noção de direitos públicos subjetivos do indivíduo no direito positivo dos estados europeus. Até então, continua Jellinek, a literatura jurídico-política conhecia somente os direitos dos chefes de estado, dos privilégios de classe, dos particulares e de algumas corporações, sendo que os direitos gerais dos cidadãos manifestavam-se mais como deveres para com o Estado do que títulos jurídicos caracterizados.

A Revolução Norte-Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789 introduziram na ordem constitucional um novo tipo de direitos relativos à pessoa humana, que não encontrava a sua justificativa no corpo da teoria dos direitos subjetivos. Essa nova categoria, chamada de direitos humanos, levou à elaboração teórica da categoria dos direitos públicos subjetivos. Graças à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 “formou-se em toda a sua amplitude no direito positivo, a noção, até então somente conhecida no direito natural, dos direitos subjetivos do membro do Estado frente ao Estado como um todo”.¹³² Esses direitos, proclamados face ao Estado, foram teoricamente sistematizados na teoria dos direitos públicos subjetivos, que deita seus fundamentos no entendimento de que sendo a exigência à prestação jurídica de natureza pública, assim também é

131 JELLINEK, Georg. La declaracion de los derechos del hombre y del ciudadano. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1908, p. 90-91.

132 JELLINEK, Georg. La declaracion de los derechos del hombre y del ciudadano. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1908, p. 91.

o direito do individuo fazer valer os seus direitos face à administração pública.¹³³

A nova categoria jurídica criada por Jellinek não se refletiu, entretanto, na prática jurídica e política de governos e sociedades, tendo em vista as características peculiares assumidas pelos direitos humanos no final do século XIX. No âmbito da teoria do direito, o tema dos direitos humanos serviu como tema central do célebre debate de Jellinek com Emile Boutmy¹³⁴ sobre as origens das declarações de direitos. O jurista francês sustentava que os direitos humanos tinham um caráter eminentemente francês, encontrando-se a sua origem no pensamento filosófico francês do século XVIII, principalmente em Rousseau; ao que respondia Jellinek¹³⁵: se esse argumento fosse correto, como se explica o fato de que somente ouviu-se falar de Declarações de Direitos, depois da Revolução Americana? Como explicar continua Jellinek, que os franceses tenham esperado um quarto de século para assimilar essa doutrina e para transformá-la, ainda que fosse somente como teoria e no papel, numa lista de diferentes direitos? Essa identificação do estado nacional como a fonte dos direitos humanos, acabou por repercutir na reflexão teórica e na prática.

7.5 Nacionalismo e Direitos Humanos

A primeira resposta a ser dada ao problema, ocorreu no quadro dos estados nacionais soberanos do século XIX. O texto clássico de Hannah Arendt, intitulado “as perplexidades dos direitos humanos”¹³⁶, mostra como o processo de identificação dos direitos humanos com a nação, durante o século XIX, fez com que os Estados nacionais, tendo em vista as circunstâncias históricas e as necessidades políticas das sociedades nacionais, em fase de afirmação, fossem

133 JELLINEK, Georg. Teoria General del Estado. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1970, p. 595.

134 BOUTMY, Emile. Études politiques. In: Droits de l’homme et philosophie. Paris: Presses Pocket, 1993, p. 437-443.

135 JELLINEK, Georg. La declaracion de los derechos del hombre y del ciudadano. Madri: Librería General de Victoriano Suárez, 1908, p. 205.

136 ARENDT, Hannah. The origins of totalitarianism. Cleveland: Meridian Book, 1962, p. 290 e ss.

incapazes de estender para os não-cidadãos aqueles direitos públicos subjetivos, assegurados aos nacionais. Verifica-se, assim, como o nacionalismo, ideia-força central na construção e sedimentação dos estados nacionais da modernidade, representou o primeiro grande obstáculo para a objetivação dos direitos humanos, que tinham como condição a sua necessária universalidade.

Em virtude da conotação nacional dada aos direitos humanos, considerados como garantias fundamentais asseguradas no quadro do Estado nacional de Direito, o tema dos seus fundamentos foi progressivamente relegado ao esquecimento ou restrito ao debate político interno, mas sempre referido às mutáveis legislações positivas. Durante o século XX, constatou-se a proliferação de declarações internacionais e de legislações nacionais asseguradoras dos direitos humanos, ao mesmo tempo em que se observava o insucesso dos diferentes sistemas jurídicos em estabelecer garantias reais para a observância desses dispositivos legais.

O conflito entre os valores e a prática política e jurídica provocou, no campo da teoria jurídica, um processo de reducionismo epistemológico do tema “direitos humanos”, que ficou restrito à sua dimensão positiva, tal como encontrada no campo da legislação dos estados nacionais. A reflexão sobre os fundamentos dos direitos humanos somente tornou-se relevante e inseriu-se no plano de uma reflexão metajurídica, quando as violações desses direitos na prática quotidiana trouxeram consigo um alto grau de relativismo na sua interpretação e provocaram uma conseqüente insegurança nas relações entre os Estados nacionais e no seio da própria sociedade civil.

7.6 Dois Níveis Epistemológicos de Análise

Nesse contexto, é que se torna imperativo distinguir na análise dos direitos humanos dois níveis epistemológicos correlatos: no primeiro nível, examina-se a questão de sua fundamentação - questão esta, como fizemos referência acima, que foi relegada a segundo plano na teoria do direito do século XX; no segundo nível, examinam-se os mecanismos da garantia e prática dos direitos humanos, tema que ocupa de forma crescente a atenção do pensamento jurídico e social

contemporâneo. No que se refere à questão da fundamentação, a influência positivista tornou-se preponderante na teoria do direito, tendo aprisionado a temática dos direitos humanos dentro dos seus próprios parâmetros conceituais e metodológicos, ao considerar a análise da sua fundamentação uma questão metajurídica e, como tal, irrelevante para a prática jurídica.

Número crescente de filósofos e juristas vêm enfatizando, entretanto, a necessidade da recuperação da temática da fundamentação dos direitos humanos, tendo em vista, precisamente, a experiência histórica que evidenciou a fragilidade dessa categoria de direitos diante de governos autoritários. A necessidade de uma fundamentação não se esgota somente na necessidade de dar-se uma resposta ao argumento autoritário, mas encontra-se, também, nas próprias sociedades democráticas contemporâneas, onde a aplicação do direito positivo ressentiu-se, muitas vezes, de uma subordinação racional a um conjunto de princípios, expressão de valores relacionados com a dignidade humana, que se explicitaram através da intermediação dos direitos humanos. Em virtude desse reducionismo positivista, a prática policial e judiciária nas sociedades democráticas têm, em diversas ocasiões, ignorado os valores e princípios fundadores da ordem constitucional. A observação empírica demonstra como a aplicação da ordem jurídica decantada de suas raízes tem como resultado a transformação do direito em antidoto do próprio direito, explicando-se assim a preocupante baixa efetividade das leis na sociedade contemporânea. A ordem jurídica do estado democrático de direito supõe, entretanto, para a sua implementação, a observância desses princípios, interpretados como expressão racional de valores que proclamam e resguardam capacidades humanas.

Essa leitura, teoricamente desenraizada dos direitos humanos, fez com que os aspectos jurídicos e políticos da questão preponderassem no pensamento social e jurídico do século XX, exercendo um papel hegemônico na teoria dos direitos humanos. O problema dos fundamentos dos direitos humanos (o aspecto filosófico da questão) foi considerado como resolvido, desde o momento em que se chegou a um acordo, entre os diversos países signatários da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a respeito de quais seriam esses direitos e quais as suas garantias mínimas: “Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se

trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das declarações solenes, sejam continuamente violados... Com efeito, pode-se dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948”.¹³⁷ Reduz-se, dessa forma, a questão da fundamentação dos direitos e de sua aplicação às soluções encontradas pelo direito positivo, ignorando-se que a natureza desses direitos remete para a questão mais abrangente e complexa da moralidade e da racionalidade.

A “reconstrução dos direitos humanos”¹³⁸ - considerados como conjunto de direitos que expressam valores da pessoa humana e que se encontram em contínua gestação - exige, assim, uma investigação que se destine, sobretudo, a recuperar a dimensão fundacional dessa categoria de direitos. Os fundamentos dos direitos humanos voltaram a representar um tema plenamente considerado pelo pensamento jurídico contemporâneo, na medida em que se passou a considerar as questões relativas ao estabelecimento de um patamar metajurídico na análise do direito. Trata-se de construir uma matriz conceptual, que possa estabelecer uma conceituação abrangente para esse tipo de direitos. Essa metodologia justifica-se tanto por alimentar a argumentação em favor dos direitos humanos, ameaçados e violados por regimes autoritários, como também por limitar e definir quais são e quais não são os direitos humanos.¹³⁹ O desafio da reflexão sobre os fundamentos dos direitos humanos reside, em última análise, na busca de uma fundamentação racional, portanto universal, dos direitos humanos, e que sirva, inclusive, para justificar ou legitimar os próprios princípios gerais do direito.¹⁴⁰

137 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25-26.

138 LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

139 FERNANDEZ, Eusébio. *Teoria de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Editorial Debate, 1987, p. 83-84.

140 DELMAS-MARTY, Mireille. *Pour un droit comum*. Paris: Seuil, 1994, p. 172 e ss.

Esse processo legitimador, entretanto, deve ser contextualizado dentro do quadro mais amplo da democratização crescente que ocorre em todos os continentes. Os direitos humanos têm um estatuto excepcional no sistema jurídico democrático, que se expressa pela peculiar “validade” com que são dotados. A dificuldade maior para a mentalidade positivista, ao lidar com o problema da fundamentação desses direitos, reside no fato de que não é considerada a “validade” dessa categoria especialíssima de direitos em sua dupla dimensão.

A “validade” dos direitos humanos para o pensamento jurídico e social contemporâneo tem um duplo sentido¹⁴¹: em primeiro lugar, porque eles têm a pretensão de serem válidos factualmente, sendo a sua validade assegurada pela sanção pública; mas também pretendem ter uma legitimidade própria através de uma justificação racional de sua positividade. Os direitos humanos, como tais, fazem parte da ordem jurídica positiva, mas como apresentam a dupla dimensão acima referida, eles definem o quadro dentro do qual a legislação infraconstitucional deverá atuar. A marca característica dos direitos humanos residirá, portanto, no seu conteúdo, isto é, normas gerais que se destinam a todas as pessoas como seres humanos e não somente como cidadãos nacionais, sendo válidas, tanto nacionalmente, como para todas as pessoas, nacionais ou não. Nesse sentido, é que Habermas¹⁴² escreve que os direitos humanos produzem efeitos no quadro da legislação nacional, relativos não somente aos cidadãos nacionais, mas a todas as pessoas. O problema da fundamentação ética dos direitos humanos tem a ver, assim, com a busca de argumentos racionais e morais, que justifiquem a sua pretensão a uma validade universal.

7.7 Esboço de uma Antropologia Filosófica

A investigação sobre os argumentos racionais e morais poderá ser desenvolvida sob dois aspectos: o primeiro, fazendo uma abordagem intercultural do tema, onde a análise das diferentes tradições culturais poderá explicitar quais são os valores universais, que servem de base comum para os direitos humanos;

141 HABERMAS, Jürgen. *La paix perpétuelle*. Paris: CERF, 1996, p. 87-88.

142 HABERMAS, Jürgen. *La paix perpétuelle*. Paris: CERF, 1996, p. 89.

o segundo tipo de abordagem consiste na construção de uma teoria sobre a natureza propriamente filosófica dos direitos humanos.

Para que possamos transitar por diferentes tradições culturais, torna-se necessário partir da constatação de que algumas capacidades humanas, que irão, na verdade, constituir o corpo da identidade da pessoa humana, independem da cultura. O ser humano tem algumas características comuns, que o fazem distinguir-se dos demais seres vivos e que podem ser compreendidas através de uma construção teórico-racional. E essas características são observadas em todas as sociedades: todo o ser humano tem capacidade de pensar, raciocinar, utilizar a linguagem para comunicar-se, de escolher, de julgar, de sonhar, de imaginar projetos de uma vida plena e, principalmente, de estabelecer relações com os seus semelhantes, pautadas em critérios morais. Essas características do ser humano não lhe são inatas, mas são por ele apreendidas no convívio social e, por sua vez, a prática dessas habilidades é que irá alterar, modificar a sociedade em que vive. Temos, então, um fator inicial na nossa análise que permite afirmar-se que é graças a essas habilidades e capacidades é que o ser humano não somente pertence, como, aliás, os animais, a uma espécie comum, mas, principalmente, que integram, potencialmente, uma comunidade universal.¹⁴³

Essas características do ser humano permitem que possamos identificá-los em presença, por exemplo, de um ser extraterrestre. Graças a esses critérios, podemos identificar, através do seu comportamento, se um ser é ou não uma pessoa humana. A leitura dos textos de Cristóvão Colombo e os depoimentos dos indígenas do Novo Mundo, diante dos espanhóis, são exemplos demonstrativos de como os critérios culturais, inicialmente, levam a uns e outros a negarem a qualidade de humanos ao estranho; Cristóvão Colombo sustentando serem os índios seres que não podiam comunicar-se, por não falarem uma língua conhecida pelos europeus e, portanto, mal podendo ser classificados como humanos, e os índios considerando os europeus, como enviados por Deus e

143 PAREKH, Bhikhu. "Non-ethnocentric universalism", in: DUNNE, Tim Dunne & WHEELER, Nicholas J (Org.). *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 144.

vindos do céu.¹⁴⁴ Somente com a convivência, ambas as partes descobriram em cada um, características humanas.

Essas características distintivas dos seres humanos mostram como todas as culturas e sociedades têm uma mesma caracterização do que é o ser humano. Por outro lado, o mesmo ser humano recebe em cada cultura um tratamento específico, que pode ser ou não ser o mesmo em todas as sociedades, mas o que o caracteriza são critérios e parâmetros racionais em função dos quais identifica-se o ser humano em qualquer lugar do planeta. Quando imaginamos, então, a existência de seres em outras partes do universo, pensamos em seres alienígenas, dotados de capacidades sensoriais, intelectuais e físicas inteiramente diferentes daquelas dos seres humanos com os quais convivemos.

As características dos seres humanos constatáveis em todas as culturas, é que no seu conjunto formam o que se chama de identidade humana. Essas características podem ser agrupadas em quatro grandes grupos. No primeiro, situam-se aquelas características que Aristóteles¹⁴⁵ considerava definidoras do ser humano como um animal social. Somente o ser humano tem o dom da palavra, o meio de comunicar-se e agregar-se, não existindo, assim, indivíduo que fosse incapaz de estabelecer relações significantes com os outros e compartilhar a vida comunitária, a não ser que fosse menos ou mais do que um homem. No segundo grupo identificador do homem, vamos encontrar diversas capacidades, a começar pelo dom da palavra que será peculiar ao ser humano e que lhe permite explicitar o conveniente e o inconveniente, o justo e o injusto, o bem e o mal; dessa forma, o ser humano posiciona-se em relação superior ao mundo da natureza animal e física. O terceiro grupo de caracteres identificadores é aquele em que se reúnem as capacidades relativas à criação de ideias, valores e conceitos que não somente interpretam o mundo da natureza como permite criar um mundo produto da imaginação e do trabalho humano. No quarto grupo, encontram-se as capacidades relativas aos desejos do ser humano e como ele poderá responder às suas necessidades, o que o obriga a estabelecer com o seu semelhante condições de convivência para que possa sobreviver e aperfeiçoar-se.

144 TODOROV, Tzvetan. A conquista da América. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

145 ARISTÓTELES. Política, in: Obras, Madrid: Aguilar, 1964, 1253 a.

Essas características do ser humano estabelecem a base e o contexto do nosso processo deliberativo no qual os valores morais servem como referências nas relações sociais. Nem sempre, entretanto, as relações sociais são estabelecidas obedecendo-se a valores morais, universais e solidários. Os exemplos das guerras, da exclusão social, racial, religiosa e das políticas racistas são fatos que nos demonstram como esse tipo de relacionamento social baseia-se na falsa premissa de que alguns homens são melhores e mais fortes do que outros. Sendo diferentes, não poderão compartilhar com os seus semelhantes os mesmos valores morais. Essa situação de conflito e negação do outro como humano não pode ser uma constante nas relações sociais, pois acabariam dissolvendo os próprios laços sociais.

A resposta para esse impasse deverá partir de uma constatação acima adiantada: os laços de solidariedade, fundados nos valores morais, representam a condição de sobrevivência do ser humano, precisamente, tendo em vista a sua capacidade de procurar estabelecer tipos de sociedade fundados no egoísmo, na violência e na exclusão. Até que ponto essas sociedades da negação são constituídas por seres humanos? Não teríamos sacrificado nesses modelos algumas características da própria identidade do ser humano?

As capacidades humanas são precisamente as características diferenciadoras do ser humano no universo e, portanto, exigem que se construa uma explicação racional para que se possa identificar no indivíduo uma característica central, que unifique todas as suas capacidades e, assim, possa ser erigida como eixo da identidade humana. Em virtude da história recente do século XX com suas guerras, atrocidades e desigualdades no acesso aos bens da modernidade, a reflexão filosófica foi chamada a trabalhar neste tema, esforço esse que resultou na elaboração da categoria moral e jurídica da “dignidade humana”. Essa categoria, consagrada como princípio constitucional (Constituição de 1988, art. 1º, III), serve para que seja assinalada a superioridade do ser humano entre os seres vivos. A ideia de dignidade humana deita suas raízes na posição social do indivíduo e na aceitação desse status pela sociedade como sendo algo hierarquicamente superior. O indivíduo dotado de dignidade encontrava-se, assim, em um patamar superior, que implicava no respeito por parte da comunidade. A ideia de dignidade e da sua correlata, a ideia do respeito,

implica, em primeiro lugar, numa afirmação negativa da pessoa humana, que impede que elas sejam tratadas como se fossem animais ou objetos; em segundo lugar, consiste, também, numa afirmação positiva, que sustenta ser necessário a ajuda em desenvolver suas capacidades.

A ideia de dignidade humana, entretanto, corporifica-se através do sistema de normas jurídicas. Essa ideia vai receber uma conceituação jurídica específica, que tem como referencial a dupla face como aparece na cultura ocidental. Essa dupla face expressa duas perspectivas – a ontológica e a instrumental –, mas que juridicamente serão complementadas pelas suas características intersubjetivas e, também, por sua dimensão negativa, defensiva de direitos próprios da pessoa humana, e, simultaneamente, pela dimensão positiva, que garante o caráter prestacional da ideia de dignidade humana¹⁴⁶ no contexto de uma sociedade democrática.

Os direitos humanos referem-se, antes de tudo, a uma categoria de direitos que têm o caráter de abrigar e proteger a existência e o exercício das diferentes capacidades do ser humano, que irão encontrar na ideia de dignidade da pessoa humana, o seu ponto convergente. É em função dessa ideia, resultante da concepção do ser humano como dotado de diferentes capacidades naturais, é que se pode procurar um patamar comum, que responda ao desafio do multiculturalismo.

Antes, entretanto, de analisarmos os argumentos que possam nos conduzir à superação do impasse, entre relativistas e universalistas, no que se refere aos direitos humanos, torna-se necessário estabelecer os parâmetros lógicos da argumentação. Quando nos referimos à condição humana e à dignidade humana como sendo o seu referencial básico, que serve para conceituar a pessoa humana através de uma identidade própria, afirmamos que a dignidade e o respeito somente poderão ser concebidos na medida em que existam condições comuns, vale dizer, quando cada ser humano merece igual respeito e consideração. Os direitos reclamados por cada pessoa exigem que esta pessoa aceite o mesmo tipo

146 SARLET, Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

e qualidade de demanda por parte do seu semelhante. No entanto, essa igualdade não é absoluta, mas supõe que as desigualdades serão atendidas em função da promoção e da proteção de cada indivíduo. Por essa razão, a igualdade não pode ser tratada como um ideal ou valor absoluto, não sendo, portanto, um fato, e sim uma prática moral.¹⁴⁷ Essa prática necessita, entretanto, de um parâmetro moral, que servirá como limite ordenador de ação humana. Kant chama esse parâmetro de imperativo categórico, que pode ser formulado sob duas formas: a primeira, referida à ação moral nela própria; a segunda, levando-se em conta a humanidade considerada como tendo em si mesma um valor moral. Dessa forma, escreve Kant, o imperativo supremo da moralidade exige que o homem trate a humanidade, seja na sua própria pessoa ou na de outra pessoa, nunca como um meio, mas sempre como um fim.¹⁴⁸

Os valores encontrados nas diferentes culturas devem ser submetidos ao crivo de critérios racionais, que se encontram definidos pelo imperativo categórico, para que se possa averiguar quais deles originam-se na experiência sócio-cultural objetiva, representando características comuns dos seres humanos. Essas características é que possibilitarão avaliar a possível natureza universal dos direitos humanos e suas relações com as diferentes realidades culturais. Trata-se, portanto, de explicitar os valores morais que se encontram na base de todas as culturas e, assim, encontrarmos o ponto de equilíbrio racional entre valores universais e diversidade cultural. Dessa forma, poderemos verificar de que modo esses valores constituem-se no núcleo moral da categoria dos direitos humanos, assegurando a sua universalidade perpassando as diferentes culturas.

7.8 A Fundamentação Universal dos Direitos Humanos

A argumentação que desenvolvemos anteriormente permite que possamos destacar alguns valores morais universais, que têm sido considerados por

147 PAREKH, Bhikhu. "Non-ethnocentric universalism", in: DUNNE, Tim Dunne & WHEELER, Nicholas J (Org.). *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 149.

148 Kant, Immanuel. *The moral law. Kant's groundwork of the metaphysics of morals*. London and New York: Routledge, 1991, p. 91.

autores das mais diversas famílias filosóficas: assim, por exemplo, Hart ao definir o conteúdo mínimo do direito natural¹⁴⁹; Walzer e a exigência de direitos à vida, liberdade e satisfação de necessidades humanas básicas¹⁵⁰; Rawls e a questão dos bens primários¹⁵¹; Apel e o princípio consensualista da justiça.¹⁵² Todos esses autores se socorrem de valores e critérios universais, como forma de solucionar conflitos morais e jurídicos numa sociedade multicultural.

Podemos, assim, acompanhar Parekh na sugestão de que para integrar valores universais no quadro do multiculturalismo devemos proceder em duas etapas. A primeira, que corresponde à argumentação até agora desenvolvida, consiste em delimitar valores morais universais: a identidade humana, a dignidade humana, o valor humano, a promoção do bem-estar humano e a igualdade. Na segunda, procura-se fazer a intermediação de valores morais nas sociedades multiculturais, sem que aqueles percam seu caráter de universalidade. Isto porque, são considerados valores em virtude de serem cultivados em todas as sociedades, ainda que implementados de formas diferentes através de normas morais e jurídicas específicas e particulares; são morais porque estabelecem os critérios mínimos em função dos quais os homens vivem e se relacionam uns com os outros; e são universais porque respondem a exigências de todos os seres humanos, independentes de cultura, nacionalidade ou religião.

Trata-se de estabelecer os caminhos através dos quais poderemos garantir a integridade dos valores universais e, ao mesmo tempo, permitir a plena manifestação da diversidade cultural. O primeiro escolhe um mínimo moral, que afirma a necessidade de se proteger o homem, dotando-o de uma esfera, que lhe é própria, a ser respeitada pelo Estado, por grupos sociais e pelos outros indivíduos; ao lado dessas garantias negativas, acham-se as garantias positivas, aquelas que asseguram o contexto dentro do qual o ser humano terá assegurado

149 HART, H.L.A. *The concept of law* Oxford: Clarendon Press, 1972.

150 WALZER, Michael. *Thick and thin*. Notre Dame/ London: University of Notre Dame Press, 1994.

151 RAWLS, John. *A theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

152 APEL, Karl-Otto. O problema do multiculturalismo à luz da ética do discurso. In: *Ethica, Cadernos Acadêmicos*, vol.7, n. 1, 2000.

bens básicos. A Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas e os pactos que lhe complementaram têm, precisamente, essa função.

O segundo caminho aponta para o fato de que, sendo os valores universais gerais e indeterminados, é necessário que sejam expressos por sistemas normativos. Não basta afirmar-se que, por exemplo, a dignidade humana é um valor, mas para que ela se materialize nas relações sociais é necessário que ela se traduza em normas. Essas normas é que irão objetivar a ideia de dignidade humana que deixa de ser afirmada como argumento retórico e passa a integrar através de normas jurídicas específicas. Proibição da tortura, genocídio, usar a pessoa como objeto de pesquisas que afetem o sistema biológico, psicológico ou espiritual do ser humano, são alguns exemplos de normas que materializam, dão substância ao princípio da dignidade humana. Por outro lado, as normas são expressas através da linguagem, podendo, então, as normas estabelecerem direitos ou obrigações, sendo que cada uma dessas formulações obedece às características da cultura.

O terceiro procedimento, para que se possa objetivar os valores universais constitutivos do núcleo ontológico dos direitos humanos, aponta para o cuidado que devemos ter em não confundir valores com mecanismos institucionais específicos. Parekh chama a atenção para o fato de que muitos dos nossos argumentos éticos não fazem a distinção entre as formas institucionais que assumem os valores universais em cada cultura. Dentro do capitalismo o princípio da dignidade pode ser respeitado, bem como em outros sistemas políticos e econômicos. Caso não se faça essas distinções, acabaríamos por negar qualquer possibilidade da existência de direitos humanos, que reflitam valores humanos universais. O fato é que por mais diferentes que sejam as normas é necessário que elas pela linguagem dos direitos ou das obrigações garantam o respeito aos valores morais fundantes da ordem jurídica.

O quarto procedimento enfrenta o desafio de que, tendo em vista que cada sociedade é moralmente livre para formular as normas materializadoras dos valores universais, não podemos condena-las em virtude dessas normas serem diferentes das aceitas em nossa sociedade. É a questão do etnocentrismo que se situa no âmago da nossa reflexão. Tome-se, por exemplo, o caso referido

por Parekh¹⁵³, da prática nas sociedades muçulmanas de apedrejamento de determinados crimes como o estupro. A pena para os não-muçulmanos parece degradante e desumana, mas para os muçulmanos ela expressa a repulsa da sociedade em face do crime. Justifica-se a penalidade sustentado-se que o ato de estuprador coloca-o, por sua bestialidade, fora da convivência humana e retire-lhe a sua dignidade. O argumento moral dos muçulmanos sustenta que essa condenação mobiliza as energias sociais e reafirma a autoridade dos valores violados pelo estuprador.

O argumento muçulmano, aparentemente coerente, tem, entretanto, alguns aspectos que demonstram uma interpretação errônea do ato e da natureza da responsabilidade do seu autor. A dignidade baseia-se na humanidade do criminoso, que não é negada por um ato isolado. Isto porque a dignidade é constituída não de uma capacidade, mas de diversas capacidades que são conservadas e, por essa razão, o criminoso pode ser reformado, reintegrado na vida social ou mesmo isolado para que cumpra a sua pena em condições, sem negar as suas capacidades que não foram afetadas pelo ato criminoso. Apedrejar um ser humano até a morte representa, portanto, desrespeitar a dignidade humana de todos os homens, culpados ou não, além do que não existe comprovação empírica sobre a diminuição dos crimes de estupro nessas culturas em virtude da pena.

A proposta de universalização dos direitos humanos pode ser atingida através de um quinto procedimento, que se baseia no fortalecimento de diálogos regionais interculturais. Vale dizer, estabelecer acordos regionais entre diferentes culturas, que preservem suas características básicas, mas possam ser integradas no sistema global. Assim, poderão ser superadas algumas dificuldades, encontradas na interpretação e aplicação dos direitos humanos nos países asiáticos e africanos. Essas dificuldades te a ver com a própria questão da linguagem política e jurídica do Ocidente, que afirmam mais os direitos do indivíduo, expressos de uma forma legalista. A crítica das lideranças asiáticas a essa abordagem da questão é formulada mostrando-se como essas culturas são

153 PAREKH, Bhikhu. "Non-ethnocentric universalism", in: DUNNE, Tim Dunne & WHEELER, Nicholas J (Org.). *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 152.

mais comunitárias, nas quais a lei é mais relativa aos deveres, que servem integrar a sociedade. Essa diferença de expressão da vontade legal deve ser respeitada, o que não justifica a violação de valores morais e jurídicos universais por esses estados. Em última análise, não se precisa ignorar os direitos humanos para que sejam aceitas as características das culturas locais, pois sua violação significa rejeitar os próprios laços de solidariedade que fundamentam a sociedade.

A necessidade de uma teoria fundacional dos direitos humanos deita suas raízes no pensamento iluminista e teve a sua primeira formulação no conhecido texto de Kant: *“os povos da terra participam em vários graus de uma comunidade universal, que se desenvolveu ao ponto de que a violação do direito, cometida em um lugar do mundo, repercute em todos os demais. A ideia de um direito cosmopolita não é, portanto, fantástica ou exagerada; é um complemento necessário ao código não escrito do Direito político e internacional, transformando-o num direito universal da humanidade. Somente nessas condições podemos congratular-nos de estar continuamente avançando em direção a uma paz perpétua”*.¹⁵⁴ Na Doutrina do Direito, § 62, Kant argumenta que essa comunidade pacífica não é um “princípio filantrópico (ético), mas um princípio jurídico”, que se materializa no chamado direito cosmopolita. Esse tipo de direito tende, ao ver de Kant, a permitir uma união possível de todos os povos, “em vista de certas leis universais do comércio possível”. Kant, porém, estabeleceu uma relação entre o *ius cosmopoliticum* e o desenvolvimento do comércio, refletindo, aliás, a ideia comum na época de que o comércio seria o fator decisivo na humanização das relações entre os povos.

Esse mito a respeito do progresso das relações entre as nações, como fruto do comércio entre elas, foi desmentido pela história dos dois últimos séculos. O atual estágio do processo de internacionalização da economia mostrou como alguns efeitos perversos da chamada globalização ignoram os direitos básicos da pessoa humana. Ao contrário do que sustentavam os ideólogos do liberalismo clássico, a internacionalização da economia aumentou a corrupção política, o tráfico de órgãos entre países ricos e países pobres, a exploração do trabalho infantil, a escravidão branca, o crime organizado etc. Todos esses resultados dos

154 KANT, Immanuel. *Kant's political writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1970, p. 107-108.

novos tipos de relações econômicas e sociais evidenciam um quadro de distorções e violações da dignidade da pessoa humana, que somente poderá ser corrigido - e esta é a contribuição central de Kant para a reflexão contemporânea - por um direito também global, cosmopolita, e que afirme e garanta os valores constitutivos da dignidade humana.¹⁵⁵

A história mostrou que os direitos humanos não nasceram do progresso das relações comerciais entre os povos, mas da identificação de valores comuns às diversas sociedades e grupos de uma mesma sociedade, que sirvam como uma “dimensão do direito suscetível de representar um universal”.¹⁵⁶ Trata-se, portanto, de reler a tradição kantiana, no contexto da qual as leis morais são fruto da razão do homem, sendo universais, não dependendo da vontade circunstancial do legislador. Essa releitura processa-se através da identificação dos argumentos racionais, que possibilitem a construção da fundamentação dos direitos humanos em torno, também, de princípios universais, frutos da razão humana.

A necessidade da determinação de normas de caráter universal, que fundamentassem a ordem jurídica, fez com que se recorresse, na primeira etapa dessa investigação, aos princípios gerais do direito a serem legitimados pelo consenso da humanidade dita civilizada - mais ou menos o modelo proposto por Rawls. Mas a relatividade das experiências jurídicas afastou a possibilidade de dotarem-se os princípios gerais do direito de um conteúdo comum. Tornou-se evidente que os desafios colocados pelo processo histórico à ordem jurídica, obrigavam à recuperação teórica da questão dos fundamentos dos direitos humanos, como condição para se obter uma explicação funcional e não uma fundamentação normativa do direito. Por essa razão, a construção dessa matriz conceptual não poderá consistir “na dedução de um dever-ser a partir de um ser, de um *sollen* a partir de um *sein*, mas na estruturação dessas normas a partir de uma visão do real indissociável de um realce, portanto, de uma valorização, seja

155 DELMAS-MARTY, Mireille. Vers un droit commun de l'humanité? Rio de Janeiro: Conjunto Universitário Cândido Mendes, 1997, mimeo.

156 RENAUT, Alain & SOSOE, Lukas. Philosophie du Droit. Paris: Presses Universitaires de France, 1991, p. 32.

de certos seres, seja de certos aspectos do ser”.¹⁵⁷

Essa fundamentação crítica ou moral poderá ser construída a partir da constatação de que os direitos humanos remetem às exigências imprescindíveis para a vida da pessoa humana, que podem ser resumidas na ideia de dignidade humana. A manutenção da dignidade humana constitui, assim, o cerne dos direitos humanos, pois é por meio deles que serão asseguradas as múltiplas dimensões da vida humana, todas asseguradoras da realização integral da pessoa. A perspectiva crítica parte do pressuposto de que essas diferentes dimensões fazem com que os direitos daí decorrentes somente se materializem no quadro da sociedade quando se supera a ideia, peculiar ao liberalismo individualista, de que esses direitos dizem respeito única e exclusivamente aos direitos individuais. A concepção individualista do ser humano cede lugar, então, à concepção moral do homem como ser social, que como tal tem direitos concretos a serem assegurados pela sociedade. Introduce-se, assim, na temática sobre os direitos humanos a questão do papel do Estado.

O problema reside, portanto, na possibilidade de se estabelecer uma ponte entre os valores morais e a ordem jurídica, recusando-se, desde já, a solução moralista para o problema, qual seja a de transformar o Direito em instrumento das opções morais dos indivíduos. A investigação nesse sentido levou à introdução, no campo da filosofia do Direito, da categoria do imperativo categórico jurídico.¹⁵⁸ Höffe sustenta que o imperativo jurídico, ainda que não se encontre explicitado na obra de Kant, encontra-se sugerido na filosofia prática do pensador alemão. Essa nova categoria do imperativo aparece no pensamento kantiano, ao ver de Höffe, sob três formas: como conceito universal do Direito (Kant, Doutrina do Direito, § B); como princípio universal do Direito (Kant, Doutrina do Direito § C e conclusão da IIa. Parte); e como lei jurídica universal (Kant, Doutrina do Direito § C).

O imperativo jurídico categórico é o instrumento hermenêutico utilizado para que se possa estabelecer os conteúdos dos princípios morais, que serão os

157 PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 395.

158 HOFFE, Otfried. *Principes du droit*. Paris: CERF, 1993, p. 91 e ss.

argumentos racionais necessários para a solução da tautologia de que os direitos humanos são os direitos do ser humano. Para isto, torna-se necessário determinar como o imperativo jurídico categórico se expressa através de princípios morais, que são imperativos, e como deles são derivados os direitos humanos. A principal característica dos direitos humanos é a de que se referem a bens que são de importância essencial para a pessoa humana. Restringe-se, assim, a definição dos direitos humanos, retirando-se do seu âmbito aqueles direitos morais que não se referem especificamente à realização da pessoa humana. Os princípios que fundamentam os direitos humanos, por sua vez, dizem-se categóricos porque não condicionam a titularidade de tais direitos às condições externas ao próprio ser humano ou construídas social e artificialmente por uma coletividade de seres humanos, tais como nacionalidade, riqueza, religião, gênero e assim por diante.¹⁵⁹ Os direitos humanos existem, sob essa perspectiva, por si mesmos pautando a regulação das particularidades sociais e culturais da pessoa.

Esses princípios, que formalizam o imperativo categórico, é que, combinados no espaço de uma sociedade democrática, portanto ordenadora de relações intersubjetivas, irão fundamentar os direitos humanos. Nino propõe três princípios fundadores: o princípio da inviolabilidade da pessoa, que proíbe impor sacrifícios a uma pessoa baseando-se na única razão de que o seu sacrifício poderá beneficiar os outros indivíduos; o princípio da autonomia da pessoa, onde se consagra a imperatividade de ser assegurado um valor intrínseco aos ideais de excelência da pessoa humana; o princípio da dignidade da pessoa, através do qual se consagra o acesso ao direito, independente de circunstâncias, como raça, religião, sexo, grupo social ou filiação política.

Os direitos humanos seriam, assim, a positivação dos princípios fundadores, que por sua natureza moral asseguram o caráter de universalidade dessa categoria de direitos. Nesse sentido, é que se pode dizer, com Habermas, que o pensamento kantiano representa “uma intuição diretora”¹⁶⁰ no projeto de estabelecer os fundamentos dos direitos humanos na época contemporânea. Uma intuição diretora mas que necessita de ser racionalizada no espaço público

159 NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Ariel, 1989, p. 45.

160 HABERMAS, Jürgen. *La paix perpétuelle*. Paris: CERF, 1996, p. 80.

da sociedade democrática e que será ordenada através de normas que expressem uma vontade política específica, conseqüência de um processo de argumentação racional e estabelecida entre seres livres. Nesse sentido, é que se pode estabelecer a natureza moral dos direitos humanos, como fundamento da ordem jurídica democrática e que expressa as “relações de complementaridade entre a moral e o direito”.¹⁶¹ O direito não é somente um sistema simbólico, mas um sistema de ação, dentro do qual as normas de ação “simplesmente ramificam-se em regras morais e em regras jurídicas”.¹⁶²

A peculiaridade da matriz conceptual dos direitos humanos no quadro do estado democrático de direito torna-se clara quando se consideram as exigências, tanto de Kant, no Primeiro Artigo Definitivo da Paz Perpétua, como de Rawls (1997), para que seja possível a existência de uma ordem política e jurídica respeitadora dos direitos da pessoa humana. Com expressões diferentes - em Kant, “a constituição política de todos os Estados deve ser republicana” e, em Rawls, a “sociedade politicamente justa”-, ambos os autores buscam um mesmo tipo de organização político-institucional: um modelo de Estado e de Direito, fundado em valores morais, portanto universais, criadores e unificadores da sociedade. Nesse sentido, é que se pode entender como o princípio do direito, normatiza valores fundantes do Estado e da sociedade, tornando-se o intermediário entre o princípio da moral, que se expressa na liberdade de autonomia do indivíduo, e o princípio democrático, garantidor da dimensão necessariamente social do ser humano. Os direitos humanos expressam, assim, o núcleo do princípio do direito, que se materializa através da ordem jurídica, garantidora das duas dimensões da pessoa humana.

161 HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie, entre faits et normes*. Paris: Gallimard, 1997, p. 122.

162 HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie, entre faits et normes*. Paris: Gallimard, 1997, p. 123.

8. INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

8.1 Um Novo Paradigma Jurídico

O estado democrático de direito, como estabelece o Preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988, destina-se a assegurar “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”. No art.6º, a Constituição Federal estabelece quais são esses direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e infância e a assistência aos desamparados. Esses são valores considerados pelo texto constitucional como “valores supremos”. Observa-se, entretanto, na doutrina e na jurisprudência, uma profunda e sintomática dificuldade em lidar com a ideia e o regime jurídico dos direitos sociais, que perdem as características de valores supremos da ordem constitucional, consagrados na lei magna (arts. 6º a 11º), e pertencentes, assim, à categoria dos direitos fundamentais (Título I da Constituição de 1988). Os direitos sociais terminam, pelas razões que veremos a seguir, rebaixados na hierarquia normativa, reduzidos a simples normas programáticas a espera de serem regulamentadas para produzirem efeitos.

O constituinte ao listar os valores supremos do estado democrático de direito, considerou os direitos sociais como categoria jurídica essencial do regime que pretenderam estabelecer através da Constituição, e, portanto, pertencentes à mesma categoria hierárquica dos direitos civis e políticos. A hipótese a ser desenvolvida neste trabalho é a da que o legislador constituinte, ao assim proceder, refletiu um novo paradigma, onde os direitos sociais tornam-se, nos termos em que se encontram expressos na Constituição, direitos fundamentais que mantêm relações de igualdade com os direitos civis e políticos.

As dificuldades conceituais encontradas na leitura do texto constitucional originam-se, provavelmente, na falta de uma fundamentação lógico-racional para os direitos sociais, a fim de que possam ser integrados no núcleo normativo do estado democrático de direito, ao lado dos direitos civis e políticos, consagrados

no estado liberal. A exclusão dos direitos sociais reflete, a nosso ver, o predomínio de um tipo de “hermenêutica constitucional” que entra em conflito com o próprio paradigma político e jurídico do estado democrático de direito. Como argumenta com precisão Lênio Streck esse tipo de organização estatal pressupõe para a sua plena realização uma hermenêutica peculiar, que supera a “hermenêutica constitucional” (a técnica própria e específica de interpretar a Constituição) tradicional, diferenciando-se em virtude de ser uma hermenêutica em que a Constituição é vista como “uma ferramenta que está à “disposição” do intérprete”, sendo na linguagem heideggeriana um modo-de-ser-no mundo do intérprete.¹⁶³ Essa a razão pela qual a parte programática do texto constitucional pode ser considerada como tendo, ao lado do 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.

Bobbio, em conhecida frase, que expressa, afinal de contas, um truísmo, afirmou que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas sim o de protegê-los”.¹⁶⁴ Não se pode discordar de Bobbio quanto ao desafio que representa a luta pela proteção dos direitos humanos. No entanto, há casos em que a justificação e a fundamentação dos direitos é etapa indispensável e indissociável da sua proteção. A conceituação e o reconhecimento das garantias dos direitos humanos nos diferentes sistemas normativos, nacionais e internacionais, resultaram do seu progressivo amadurecimento histórico. Quando avaliamos a evolução política e legal dos direitos humanos¹⁶⁵ constata-se que a cidadania democrática contemporânea, além de ser a vinculação jurídica do indivíduo a um estado soberano, compreende também uma série de direitos e exigências morais. Esses direitos civis e políticos, núcleo do estado liberal, foram sendo consagrados nos sistemas jurídicos

163 STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 194-198.

164 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 24.

165 MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967. p. 57 e segs.

através de processo histórico específico, onde o momento da sua justificativa e fundamentação tornou-se etapa integrante da sua implementação. A proteção de que gozam, na atualidade, os direitos de primeira geração, resultou, assim, de argumentos que aprofundaram a importância da temática dos direitos humanos para a construção do estado liberal de direito.

A tradição liberal, entretanto, que deita as suas raízes no argumento de Locke (*Segundo Ensaio sobre o Governo Civil*), estabeleceu a questão dos direitos humanos em função, exclusivamente, da propriedade.¹⁶⁶ Para Locke e os ideólogos do estado liberal, o cerne dos direitos civis e políticos encontrava-se no direito de propriedade, que iria sedimentar, proteger e assegurar o produto do exercício da autonomia, da liberdade e do trabalho humano. Essa a razão pela qual o sistema político e jurídico do estado liberal organizou-se em função e para a garantia do exercício das liberdades e das igualdades de uma sociedade de proprietários. Processo semelhante ao constatado na construção do estado liberal, ocorre nos estágios de consagração ética, política e constitucional dos direitos sociais, nascidos e afirmados através de um processo de legitimação e efetividade crescentes no âmbito da própria transformação do estado liberal em direção ao estado democrático de direito.

O argumento que pretendo desenvolver parte de um pressuposto radical, qual seja o de que os direitos sociais não são meios de reparar situações injustas, nem são subsidiários de outros direitos. Não se encontram, portanto, em situação hierarquicamente inferior aos direitos civis e políticos. Os direitos sociais - entendidos como igualdade material e exercício da liberdade real - exercem no novo paradigma, aqui proposto, posição e função, que incorpora aos direitos humanos uma dimensão necessariamente social, retirando-lhes o caráter de “caridade” ou “doação gratuita”, e atribuindo-lhes o caráter de exigência moral como condição da sua normatividade. Constituem-se, assim, em direitos impostergáveis na concretização dos objetivos últimos pretendidos pelo texto constitucional.

166 MACPHERSON, C. B. *The Political Theory of Possessive Individualism*. London: Oxford University Press, 1962.

O direito do estado liberal concebido no contexto do contratualismo e centrado na propriedade, fechou-se no chamado império da lei e no formalismo jurídico abstrato, impedindo a consideração dos direitos sociais como direitos humanos. Os direitos sociais, como direitos nascidos, precisamente, em virtude e como resposta à desigualdade social e econômica da sociedade liberal, constituem-se como núcleo normativo central do estado democrático de direito. Mas o seu aparecimento provocou um entendimento preliminar de que ameaçariam a propriedade e o contrato. Neste sentido, Weber aponta para a disfunção encontrada na sociedade liberal, que se expressa no conflito entre a legalidade material e a pessoa concreta, de um lado, face o formalismo e “a fria “objetividade” normativa do governo burocrático”. Conclui Weber, afirmando que a solução desse conflito cabe ao direito e ao governo que para isto devem estar a serviço “da nivelção das possibilidades da vida econômica e social face aos possuidores, e somente podem desempenhar esta função, quando assumem um caráter não formal, ou seja, *um caráter substancialmente ético*”.¹⁶⁷ (grifo meu)

Processa-se, assim, uma revolução copernicana no paradigma jurídico contemporâneo no que se refere ao conteúdo dos próprios direitos fundamentais clássicos. Esses direitos, consagrados e garantidos no estado liberal, ao perderem o seu caráter meramente formal, que visava à regulação de conflitos entre proprietários, ganham no contexto do estado democrático de direito, novos conteúdos e materializam-se sob a forma de liberdades e igualdades reais. Esse novo paradigma necessita ser justificado racionalmente para que possa ser aplicado “eticamente”, como previa Weber. Somente então teria sentido responder às quatro questões básicas, sistematizadas por Sarlet: em que medida os direitos a prestações, em virtude do disposto no art. 5º, § 1º da Constituição Federal, são diretamente aplicáveis; quais os efeitos jurídicos inerentes à eficácia jurídico-normativa dos direitos sociais; esses direitos expressam um direito subjetivo individual à prestação? E, finalmente, como poderá ser reconhecido.¹⁶⁸

167 WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1944. p. 735.

168 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001, p. 258.

8.2 A Efetividade dos Direitos Sociais

Consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 22), considerados por alguns autores como fórmula fraca e vazia de efetividade¹⁶⁹ e nos textos constitucionais da maioria dos Estados, os direitos sociais integram os ordenamentos jurídicos sob a regência dos quais vive a maior parte da população do planeta. Todavia, no que diz respeito à prática social e política, poucos são os Estados que protegem ampla e universalmente os direitos sociais. Histórica e teoricamente tem-se justificado a baixa efetividade dos direitos sociais afirmando-se que não existe a indivisibilidade dos direitos humanos, pois na prática histórica e nos dispositivos legais, encontram-se diferentes níveis de direitos, sendo que os direitos humanos reconhecidos como direitos fundamentais nos textos constitucionais seriam unicamente os direitos civis e políticos. Em consequência, estabelecem-se duas “categorias” de direitos humanos, rompendo-se a unidade integradora do bloco sistêmico dos direitos humanos (direitos civis-sociais) como se encontra determinado no texto constitucional. O texto constitucional resultou, entretanto, da afirmação extensiva dos direitos humanos, neles incluindo-se os direitos sociais, sendo essa a razão da recuperação, na teoria dos direitos humanos, do significado lógico e estrutural dos direitos sociais, como pretendem as recomendações da Conferência de Viena de 1993.

Existem diferentes formas de argumentação que sustentam a inconsistência dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais, vale dizer, afirmados universalmente e consagrados no sistema jurídico nacional. Todas partem do pressuposto de que os direitos fundamentais sociais não são reconhecidos “como verdadeiros direitos”.¹⁷⁰ Uma das formas mais comuns de se negar efetividade aos direitos sociais é retirar-lhes a característica de direitos fundamentais. Afastados da esfera dos direitos fundamentais, ficam privados da aplicabilidade imediata, excluídos da garantia das cláusulas pétreas, e se tornam assim meras pautas programáticas, submetidas à “reserva do possível”

169 CORTINA, Adela. *Ciudadanos del Mundo: hacia una teoría de la ciudadanía*. Madrid: Alianza Editorial, 1998. p. 86.

170 KRELL, Andréas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 23.

ou restritos à objetivação de um “padrão mínimo social”. A doutrina jurídica contemporânea oscila entre esses dois pólos argumentativos, servindo, a nosso ver, para justificar modelos políticos e sociais que se antepõem à ideia central do estado democrático de direito, que afirma ser a observância dos direitos sociais uma exigência ética, não sujeita a negociações políticas.¹⁷¹

Os valores humanos da liberdade, igualdade e da dignidade da pessoa humana, dos quais os direitos sociais serão uma forma de manifestação, impõem-se, progressivamente, no contexto do modelo liberal, onde se torna determinante na produção e na aplicação da lei o valor econômico da melhor relação custo-benefício para o investimento do capital. Esses valores refletem a própria natureza da sociedade democrática, que considera o social como envolvendo todo o conjunto das relações humanas. Esse entendimento da natureza da sociedade tem sido tema recorrente no pensamento social, desde as suas primeiras formulações, na Grécia Antiga, por Aristóteles¹⁷² e que encontra no texto de Marshall¹⁷³ a sua sistematização: a dimensão social abarca toda a sociedade, desde o direito à segurança até o mínimo de bem-estar econômico, materializa-se através da divisão da herança social, implicando na subordinação do preço de mercado à justiça social, na substituição da livre negociação por uma declaração de direitos. Essa ideia de considerar a declaração de direitos como o instrumento próprio para a regulação das relações sociais na economia de mercado, aponta para uma solução jurídica integradora dos aspectos éticos e sociais da sociedade democrática, pois atribui ao social, esfera específica de manifestação da liberdade, a última palavra na intervenção do poder público com vistas à correção de desigualdades sociais.

171 CAMPILONGO, Celso Fernandes. “O trabalhador e o direito à saúde: a eficácia dos direitos sociais e o discurso neoliberal”, em *Direito, cidadania e justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria sociológica e filosofia jurídica*, coord. Beatriz di Giorgi, Celso Fernandes Campilongo e Flávia Piovesan. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 135.

172 ARISTÓTELES. *Ética a Nicomaque*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1990, 1097 b, 10.

173 MARSHALL, T. H. *op. cit.* p. 87-107.

8.3 Falácias Teóricas Sobre os Direitos Sociais

A integração dos direitos sociais no quadro dos direitos humanos implica logicamente em considerá-los, preliminarmente, sob a perspectiva da sua universalidade. O núcleo do argumento central, que não incluí na categoria dos direitos humanos os direitos sociais, refere-se à sua universalidade. Argumentos teóricos e práticas, políticas e legislativas, contestam essa universalidade, separando os direitos sociais dos direitos civis e políticos. A hipótese a ser desenvolvida neste trabalho é a de que esses argumentos somente poderão ser superados se e quando situarmos os direitos sociais numa dimensão propriamente ética o que lhes trará, assim como trouxe, historicamente, para os direitos civis e políticos, a qualidade de direitos humanos universais. Torna-se, assim, necessário analisar os fundamentos lógicos e empíricos dos direitos sociais para que se possa verificar onde se situam os obstáculos a sua integração no corpo dos direitos humanos. Trata-se de construir um novo paradigma, que justifique racionalmente a integridade dos direitos humanos, neles incluídos os direitos sociais.

O argumento mais difundido contra a natureza de direitos humanos dos direitos sociais refere-se à sua efetividade, pois os direitos sociais diferenciar-se-iam dos direitos civis e políticos pelo fato de terem caráter programático. Os textos constitucionais, ao proclamarem e regularem os direitos sociais, estabeleceriam normas de caráter programático, dependentes de regulação infraconstitucional posterior e, por essa razão, esses direitos não teriam a força de direitos públicos subjetivos. Seriam tão-somente direitos públicos negativos, mas que de qualquer forma tornariam inconstitucional qualquer medida do Poder Público tendente a retroceder em matéria de direitos sociais.

Ocorre, porém, que nem mesmo esse aspecto de orientação negativa, oriundo de uma interpretação menos consistente do significado dos direitos fundamentais sociais, tem sido observado na realidade brasileira. A grande maioria dos direitos sociais previstos na Carta de 1988 encontra-se aguardando regulamentação sendo mesmo considerada por doutrinadores e magistrados como não obrigando ao seu cumprimento, seja sob a forma de implementação

de serviços públicos, seja na salvaguarda de direitos adquiridos, como os da previdência. O detalhamento constitucional dos direitos sociais passa a servir de mero adorno ao arranjo político que termina pôr preservar as desigualdades sociais que a própria Constituição pretende corrigir.

Tendo como pano de fundo essa rejeição política da obrigatoriedade dos direitos sociais, construiu-se no âmbito da teoria três tipos de falácias, que sustentam a exclusão dos direitos sociais da categoria dos direitos humanos fundamentais. Essas falácias ocorrem em três tipos de questões: no âmbito do conflito dos direitos, na concepção funcional dos direitos sociais e nas questões suscitadas pela aplicação do formalismo positivista na interpretação dos direitos fundamentais:

- a) O primeiro problema enfrentado pela doutrina no que se refere à exclusão dos direitos sociais da pauta dos direitos humanos reside no possível conflito latente com os direitos civis e políticos. Os direitos sociais seriam considerados como referidos a dimensões não-substanciais da sociedade, pois seriam direitos que, para serem implementados - se isto fosse possível em virtude das limitações orçamentárias, argumenta a doutrina alemã da “reserva do possível” -, violentariam os direitos constitutivos do núcleo do estado liberal: as liberdades individuais e a propriedade. Como escreve Krell,¹⁷⁴ essa posição doutrinária nasceu de circunstâncias históricas específicas, quando o populismo igualitarista e coletivista do estado social-nazista, levou à supressão das conquistas do estado liberal. Em consequência, a doutrina do estado e o sistema político da Alemanha pós-Segunda Guerra Mundial – estabelecido na Constituição da República Federativa da Alemanha de 1949 - tiveram a preocupação de evitar a todo o custo que se repetissem as condições sociais e econômicas que serviram de caldo de cultura para o surgimento de projetos políticos, como o nazismo, que, em nome da correção da crise social, provocou o sacrifício das liberdades públicas e individuais da nação alemã;

174 KRELL, Andréas. op. cit. p. 47.

b) A segunda dificuldade teórica com que se defronta uma justificativa dos direitos sociais como direitos humanos, reside na concepção funcional dos direitos sociais. Por concepção funcional, entenda-se aquela que atribui aos direitos sociais uma funcionalidade reparadora, situando-os face aos direitos civis e políticos numa relação de subsidiariedade.¹⁷⁵ Nessa linha de argumentação, os direitos sociais seriam direitos de segunda ordem a serem, eventualmente, respeitados, não porque tenham a mesma natureza dos direitos fundamentais constitutivos da personalidade humana, mas por responderem a demandas sociais e econômicas conjunturais. Essa vertente teórica derivada da teoria da “reserva do possível”, parte da mesma premissa falaciosa, qual seja, a de que existe uma impossibilidade objetiva na implementação dos direitos sociais. A teoria do “mínimo social” procura, em outras palavras, minimizar a radicalidade da teoria da “reserva do possível”, ao sustentar, nas palavras do seu mais insigne formulador na cultura jurídica brasileira, que a pessoa sem o mínimo necessário à existência perderia a condição inicial da liberdade que é a sobrevivência.¹⁷⁶ Ainda que Torres introduza no debate sobre o tema uma dimensão moral, qual seja, a vinculação do exercício da liberdade, valor superior no estado constitucional liberal, à questão da sobrevivência, permanece sem resposta a indagação sobre em que medida o valor da liberdade realiza-se através de condições sociais específicas. E essas condições referem-se, precisamente, à garantia de direitos sociais considerados como a materialização da liberdade;

175 BRINGAS, Martínez de. *Globalización y Derechos Humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2001.

176 TORRES, Ricardo Lobo. “A cidadania multidimensional na era dos direitos”. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (Org.) TORRES, Ricardo Lobo. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 262.

- c) Outra dificuldade de caráter teórico encontra-se na concepção do formalismo positivista, que entende o direito como um sistema de normas, onde o império da liberdade formal torna-se o princípio hegemônico na aplicação da lei. Essa concepção, preponderante na cultura jurídica brasileira, parte da ignorância dos conteúdos do direito, como se o exercício das liberdades pudesse ocorrer no espaço abstrato das regulações legais e não no contexto das relações de poder encontradas na realidade social objetiva. Isto porque é neste contexto que se realiza a autonomia do ser humano, onde se concretizam os direitos proclamados no texto constitucional, podendo-se, então, através do sistema jurídico, corrigir-se as situações sociais impeditivas da implementação das liberdades individuais.

Os três problemas acima referidos mostram faces de uma mesma ideia, difundida na cultura jurídica contemporânea. Essa ideia encontra a sua formulação no argumento neoliberal de que os direitos sociais não passam de promessas vazias e que, em última análise, acabam sendo atentatórios às liberdades e direitos individuais. Sustenta-se, inclusive, nesta linha de argumentação, que muitas das normas constitucionais sobre direitos sociais, por não possuírem um mínimo de condições para a sua efetivação, acabam servindo como álibi para criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade¹⁷⁷ Existem aqueles que atribuem uma função preponderantemente ideológica para os direitos sociais, que constituiriam uma forma de manipulação ou de ilusão, que imuniza o sistema político contra outras alternativas.¹⁷⁸ O mesmo autor chama a atenção para o fato de que o exercício dessa função ideológica não é necessariamente nocivo, desde que não se paralise por completo a implementação dos direitos sociais garantidos na Constituição. A função ideológica positiva dos direitos fundamentais sociais programáticos da

177 BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

178 KRELL, Andréas. "Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais". In: *A Constituição Concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 13.

Carta de 1988 residiria em seu papel de referência, atuando como um ideal que pudesse contribuir para a transformação progressiva do sistema social.

Essa ideia difusa sobre a natureza dos direitos sociais repercute no processo judicial, onde grande parte da magistratura brasileira emprega formas de interpretação constitucional, calcadas no formalismo jurídico positivista, corrente teórica predominante na formação de gerações de profissionais do direito. Resiste, assim, no quadro do estado democrático de direito, um modelo formal de argumentação em segmentos representativos da doutrina e da jurisprudência no Brasil, que não permite a integração de pontos de vista valorativos, ligados à justiça material no processo judicial, o que representa, em última análise ignorar a exigência estabelecida no próprio Preâmbulo da Constituição de 1988.

8.4 Falácias Políticas Sobre os Direitos Humanos e Sociais

As falácias mais usuais argüidas contra a natureza de direitos humanos dos direitos sociais deitam suas raízes no fato de que esses direitos sociais encontram-se no estágio de sua justificativa e fundamentação, e, por essa razão, recebem fortes críticas relativas à possibilidade de sua implementação no estado democrático de direito. A hipótese que pretendemos examinar é a de que as falácias políticas utilizadas para, junto com as teóricas, excluir os direitos sociais do âmbito dos direitos humanos fundamentais, evidenciam somente relações sociais e econômicas específicas, centradas na propriedade e na economia de mercado livre, e não social. Algumas constatações empíricas mostram como, por detrás dos argumentos teóricos, escondem-se posições ideológicas e políticas que necessitam serem explicitadas. Essas falácias políticas assumem a forma de três argumentos principais, que procuram justificar a exclusão dos direitos sociais da categoria dos direitos humanos fundamentais.

1º Argumento – Os Direitos Sociais são Direitos de Segunda Ordem

Essa falácia político-ideológica sustenta que os direitos sociais são categorias jurídicas de segunda ordem, pois não participam do momento fundador do estado de direito, que foi estruturado em função e para assegurar, preliminarmente, os direitos civis e políticos. O estado de direito, na primeira fase do liberalismo, estruturou-se em função de agentes políticos privilegiados – os proprietários- com vistas a regular os conflitos em torno de núcleos de direitos, chamados de civis, porque visavam assegurar aos cidadãos, aqueles que por lei participavam do sistema político, social e econômico, um conjunto de direitos e garantias individuais. A passagem do estado liberal para o estado democrático de direito fez-se pela extensão dos direitos civis e políticos (principalmente o direito de votar e ser votado) a um número crescente de cidadãos, que através da representação política e dos movimentos sociais, alteraram substantivamente o sistema jurídico do estado liberal clássico. Neste processo político, social e legislativo de democratização do estado liberal de direito o seu fator determinante foi a incorporação dos direitos sociais ao corpo dos direitos humanos fundamentais; na verdade, a salvaguarda desses direitos civis e políticos, originários do estado liberal clássico, passou no contexto do estado democrático de direito a pressupor a realização dos direitos sociais. Estabeleceu-se, portanto, ao contrário do que afirma a falácia examinada, uma relação de reciprocidade e integração entre dois tipos de categorias dos direitos fundamentais.

Os direitos sociais, portanto, não são categorias jurídicas de segunda ordem, pois a própria natureza dos direitos civis, pressupõe a sua corporificação através desses direitos sociais. Essa relação torna-se ainda mais evidente quando constatamos que a plena realização dos objetivos da sociedade democrática de direito, como estabelecidos no texto constitucional, tem com seu fundamento dois instrumentos político-institucionais, os direitos civis e políticos, pôr um lado, e os direitos sociais, pôr outro. Para tanto, os direitos sociais – entendidos como igualdade material e liberdade real – constituem uma fonte substantiva, não formal ou adjetiva, dos direitos fundamentais. E essa característica faz com que os direitos fundamentais no quadro do estado democrático de direito sejam

tais na medida em que assegurem e estabeleçam direitos sociais.

Tendem, portanto, a convergir, os dois princípios básicos do estado liberal, até então considerados como autônomos e independentes: o princípio da liberdade e o da igualdade, sendo o primeiro, na teoria liberal clássica, considerado hegemônico em relação ao segundo. Transitamos então para um novo patamar conceitual, onde os direitos sociais irão representar a integração dos princípios da igualdade material e da liberdade real, que não é aquela meramente proclamada nos textos legais. Os direitos sociais adquirem um novo papel no sistema jurídico, deixando de ser simples expedientes funcionais, destinados a compensar situações de desigualdade, e passando a atuar como núcleos integradores e legitimadores do bem comum, pois será através deles que se poderá garantir a segurança, a liberdade, a sustentação e a continuidade da sociedade humana.

2º Argumento – Os Direitos Sociais Dependem de uma Economia Forte

Outra falácia, usualmente argüida em favor da exclusão dos direitos sociais da categoria de direitos fundamentais, consiste em sustentar-se que a efetividade dos direitos sociais depende da existência de uma econômica forte, onde as cifras de manutenção das prestações sociais poderiam ser suportadas. Esse argumento simplifica a complexidade do sistema econômico e social da modernidade, pois parte do pressuposto de que somente os países ricos teriam condições de sustentar políticas sociais consistentes e que atendessem aos ideais de justiça social. Isto porque a presença do poder público na implementação dos direitos sociais independe de mais ou menos recursos públicos, mas encontra-se diretamente ligada à função principal do Estado na sociedade moderna, qual seja, assegurar o bem comum. A alocação de recursos para suprir demandas sociais depende, em última instância, da vontade política que se expressa no estado democrático de direito através do sistema representativo, quando ocorre a escolha pelo eleitor dos projetos público de sua preferência. Tanto a questão da liberdade, como a da igualdade, constituem o pano de fundo diante do qual serão escolhidas as alternativas de políticas públicas apresentadas pelos partidos

políticos. A sociedade é que deverá escolher quais as opções político-econômicas e, portanto, em quais setores serão aplicados preferencialmente os recursos públicos.

Por outro lado, esse argumento não se refere ao fato de que, mesmo nas economias fortes, continua-se a advogar a exclusão dos direitos sociais da categoria dos direitos fundamentais. Como sustenta Martinez de Bringas,¹⁷⁹ a persistência da exclusão social nas economias mais fortes do planeta expressa uma crença enraizada em setores do pensamento social e político de que é uma fatalidade histórica a existência das desigualdades sociais, pois estas têm a ver com a própria natureza da sociedade humana. Esse argumento tem como eixo principal a crença ideológica de que é impossível a consideração apriorística da realidade social a ser caracterizado como um espaço de “ausências de carências”.

3º Argumento- O Custo dos Direitos Sociais Supera os Recursos Orçamentários

Outro argumento falacioso refere-se ao custo dos direitos sociais. Chamada, também, da falácia da “reserva do possível” representa um argumento preponderante no projeto neoliberal contemporâneo. Vestida de uma ilusória racionalidade, que caracteriza a “reserva do possível” como o limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais, esse argumento ignora em que medida o custo é consubstancial a todos os direitos fundamentais. Não podemos nos esquecer do alto custo do aparelho estatal administrativo-judicial necessário para garantir os direitos civis e políticos. Portanto, a escassez de recursos como argumento para a não observância dos direitos sociais acaba afetando, precisamente em virtude da integridade dos direitos humanos, tanto os direitos civis e políticos, como os direitos sociais.

179 BRINGAS, Martinez de. *Globalización y Derechos Humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2001.

Estabelecer uma relação de continuidade entre a escassez de recursos públicos e a afirmação de direitos acaba resultando em ameaça à existência de todos os direitos. Supõe, além do mais, que o sistema jurídico serviria para solucionar conflitos em situação ideal de igualdade absoluta, onde não houvesse carências e situações sociais de necessidade, funcionando o direito no quadro de relações contratuais, sinalagmáticas, entre agentes sociais com os mesmos poderes. O não reconhecimento dessa situação de desigualdade no direito liberal é que permite que se argua como os direitos sociais encontram-se fora do sistema de direitos fundamentais.

A superação desse impasse no pensamento social contemporâneo somente poderá ser realizada se os direitos sociais forem considerados, tanto no que se refere a sua fundamentação, como na sua consagração constitucional, sob um paradigma diferente daquele encontrado na teoria liberal do direito e do estado. Para tanto, deve-se procurar estabelecer, assim como no caso dos direitos civis e políticos, uma fundamentação racional e ética, que possa justificar e legitimar o investimento público na proteção de dignidades humanas vulneráveis e fracas. Essa fundamentação no estado democrático de direito irá sedimentar-se através do procedimento democrático, implementado por indivíduos racionais, no exercício do discurso público no espaço da cidadania participativa. Um projeto público baseado na preservação de direitos e liberdades proclamados no corpo do estado liberal de direito realiza-se, em última análise, somente no estado democrático de direito, que se caracteriza como um sistema político e jurídico, legitimado pela integração teórica e objetiva dos direitos humanos.

Neste contexto, ganha relevância o debate entre constitucionalistas brasileiros sobre o conceito do “mínimo existencial”. Inspirada na doutrina e na jurisprudência constitucional alemã, o “mínimo existencial” pretende atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público, que seria obrigado a garantir uma existência mínima digna a todos os cidadãos. Em nenhum momento, pode-se, entretanto, determinar em que reside esse “mínimo existencial”, caindo-se, assim, no argumento do voluntarismo político, onde o mínimo para a vida humana fica a depender da vontade do governante.

Essa teoria, por sua imprecisão básica, tem servido de justificativa para interpretar a aplicação dos direitos sociais de forma restritiva, esvaziando a sua amplitude e magnitude. Isto significa que o princípio da dignidade humana, basilar no sistema constitucional, deixe de apresentar sua dimensão social e econômica. Para esses doutrinadores, a maximização dos direitos sociais implicaria no sacrifício do “mínimo existencial”, pois, não havendo como assegurá-los, o Estado seria impotente para garantir aquele mínimo, ainda que impreciso, e a ser definido pela vontade política, necessário para garantir uma sobrevivência condigna dos cidadãos.

Torna-se, assim, necessário que se responda a uma questão básica, se pretendemos atribuir aos direitos sociais o status de direito humano fundamental. Quais seriam os valores sociais básicos do estado democrático de direito? Enquanto no estado liberal-democrático esses valores eram a liberdade, a propriedade individual, a igualdade, a segurança jurídica e a representação política, no estado democrático de direito, não somente não se negam esses valores, mas procura-se dar aos mesmos, conteúdos materiais para torná-los mais efetivos. Por essa razão, torna-se cada vez mais problemática a garantia da liberdade, quando a sua implementação não vier acompanhada de condições existenciais que tornem possível o seu exercício real.

8.5 Direitos Sociais e Direitos Fundamentais

A questão preliminar com que nos defrontamos, ao procurar estabelecer os direitos sociais como direito humano fundamental, reside no próprio conceito de direito fundamental, que tem duas principais acepções. Por um lado, o termo *direito fundamental* pode ser empregado para designar certos direitos que reconhecem e garantem a qualidade de pessoa ao ser humano. Este é o sentido filosófico da expressão, mas, também, e principalmente, na doutrina alemã contemporânea, tem sido empregada com o adjetivo “fundamental” – *Grundrecht* – para referir-se aos direitos que, apesar de serem aqueles que o homem deve gozar por ser pessoa, só aparecem como fundamentais depois que o direito legislado os

tenha reconhecido em sua positividade.¹⁸⁰ Entende-se, portanto, que existem e devem existir direitos humanos, antes e fora do direito positivo, mas não haveriam direitos fundamentais senão a partir da sua incorporação pelo direito positivo.

Os direitos fundamentais seriam diferenciados dos direitos humanos na medida em que fossem reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados, quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Essa noção, porém, revela-se radicalmente incompatível com o reconhecimento da existência de direitos humanos, pois a característica essencial destes consiste, justamente, no fato de valerem contra o Estado.¹⁸¹ De fato, se admitirmos que o Estado nacional pode criar direitos humanos, e não apenas reconhecer a sua existência, é irrecusável admitir que o mesmo Estado também pode suprimi-los, ou alterar de tal maneira o seu conteúdo a ponto de torná-los irreconhecíveis.¹⁸² Essa interpretação sobre a natureza dos direitos humanos explicita o argumento de que eles não têm um caráter universal, e eticamente obrigatórios, o que abre a possibilidade para a sua dependência da vontade do legislador. Não se trataria, assim, de atributos inerentes à condição humana, mas unicamente a determinada nacionalidade, regida pelo poder coercitivo de um Estado determinado.

A teoria dos *Grundrechtes*, portanto, exclui a característica da universalidade dos direitos humanos e consagra alguns desses direitos como fundamentais numa ordem jurídica específica e, finalmente, exclui dessa categoria os direitos sociais, ou seja, aqueles que dependem de uma atuação positiva do Estado. Todavia, dentro de uma interpretação ética dos direitos humanos, fundada em valores intrínsecos à racionalidade humana, deve-se compreender os direitos sociais como direitos essenciais e inafastáveis, por conseguinte fundamentais. A partir dessa eticidade dos direitos humanos, pode-se falar em

180 BIDART, German J.; HERRENDORF, Daniel E. *Princípios de Derechos Humanos y Garantías*. Buenos Aires: Ediar, 1991. p. 131.

181 COMPARATO, Fabio Konder. *Afirmación Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 46.

182 COMPARATO, Fabio Konder. *Afirmación Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 47.

direitos fundamentais sociais, quais sejam, aqueles que, em vez de serem direitos contra o Estado, se constituem em direitos através do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais, como a implementação de políticas sociais que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.¹⁸³

Os direitos humanos situam-se, em virtude de suas características morais, - o que torna essa categoria jurídica uma forma de contestação radical à teoria jurídica positivista - para além e acima da organização estatal, deitando as suas raízes, em última instância, na consciência ética coletiva. A investigação sobre a natureza dos direitos humanos tem a ver com a busca dos modelos racionais e lógicos, que deitam as suas raízes na construção historicamente verificável de que esses direitos visam a proteção de bens e valores, que no seu todo constituem o cerne da dignidade humana e que foram sendo construídos no espaço público da sociedade democrática nos últimos dois séculos. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana ganha, assim, substância moral e jurídica, passando a integrar o sistema normativo, perdendo o seu caráter adjetivo, não mais sendo um simples ideal, pouco definido e dependente da vontade mutante do legislador.

Essa constatação exige que se situe a questão da fundamentação ética dos direitos sociais, para além da positivação jurídica. Trata-se, preliminarmente, de demonstrar que os direitos sociais têm as mesmas características de obrigatoriedade dos direitos humanos, participam também de sua natureza ética, tendo características de universalidade, a serem demonstradas através de uma fundamentação racional. A demonstração dessas características dos direitos sociais, como direitos humanos, pode ser elaborada em função da atribuição de qualidades que têm a ver com a dignidade humana. Deste modo poderemos comprovar em que medida os direitos sociais encontram-se no mesmo nível axiológico das liberdades individuais ou, então, dos desdobramentos dessas liberdades, no âmbito da distribuição dos bens. A atribuição de uma natureza ética aos direitos humanos e sociais constitucionais vem de encontro ao que pretendia

183 KRELL, Andréas. "Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais". In: A Constituição Concretizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

o legislador constituinte, que ao legislar procurou expressar o entendimento ético que a sociedade tinha sobre o Direito e a organização do Estado. Atender, portanto, à vontade expressa pelo próprio constituinte, consiste, antes de tudo, em acatar as palavras empregadas no texto constitucional no seu sentido próprio e explícito. Isto para que o Direito expresso nas leis tenha um “efeito útil”,¹⁸⁴ que no estado democrático do direito tem a ver com os objetivos estabelecidos no Preâmbulo da Constituição de 1988 e que perpassa todo o seu texto.

8.6 Etapas na Fundamentação Ética dos Direitos Sociais

Devemos examinar dois níveis de problemas, que se colocam no processo da fundamentação ética dos direitos sociais e que poderão servir como dados a serem levados em conta na nossa reflexão. Trata-se, no primeiro nível, de considerações de caráter mais abstrato e teórico, onde pontuamos o paradigma jurídico vigente nos dois últimos séculos; o segundo nível refere-se à questão das características objetivas do sistema jurídico, oriundo da concepção teórica. Procuraremos transitar por algumas falácias epistemológicas, que, quando resolvidas, permitem que se desvendem as razões pelas quais os direitos sociais, para alguns autores, não se encontram consagrados na categoria dos direitos humanos.

O primeiro momento da comprovação da natureza ética e universal dos direitos sociais pode ser identificado quando se considera o direito à igualdade, como critério aferidor daquela universalidade. O segundo momento desdobra-se em consequência da leitura não reducionista da filosofia política kantiana, que se antepõe à leitura equivocada que tem servido, como veremos a seguir, de modelo teórico para justificar a posição que considera os direitos sociais como naturalmente contingentes.

184 MELLO, Celso Albuquerque de. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 41.

8.7 Igualdade na Liberdade como Fundamento dos Direitos Sociais

Os direitos sociais, também chamados direitos de igualdade, correspondem à segunda geração dos direitos humanos. Surgiram em momento posterior aos direitos civis e políticos, direitos de liberdade, que integraram a primeira geração de direitos humanos. A primeira geração de direitos humanos começou a ser discutida no eclodir da Idade Moderna. A partir dos séculos XVI e XVII, a reação contra os excessos do absolutismo levou ao questionamento sobre os limites do poder do Estado. Os direitos da primeira geração - direitos civis e políticos, cuja consolidação pacífica só se aperfeiçoou no século XVIII, com as primeiras Declarações de Direitos - são direitos de resistência e oposição perante o Estado. Dotados de subjetividade, são faculdades ou atributos inerentes à pessoa, oponíveis ao Estado e, que ao delimitarem o espaço intransponível da autonomia individual, estabelecem os limites a serem observados pelo poder público. Representaram historicamente a positivação da superação do absolutismo através do estabelecimento do estado liberal de direito, que se instituiu em função e para preservar direitos do indivíduo face ao Estado.

O valor que inspirou o surgimento da primeira geração de direitos humanos foi a liberdade, mas é preciso ressaltar que a liberdade foi interpretada em sua acepção negativa. O conceito de liberdade, no sentido negativo, tal como compreendido pelos pensadores liberais, corresponde à ausência de restrição ou interferência. Liberdade negativa é a situação na qual o indivíduo tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado, por outros sujeitos. Nesse sentido, a liberdade consiste em fazer ou não fazer tudo que as leis, entendidas em sentido lato, e não apenas no sentido estritamente técnico-jurídico, permitem ou não proíbem fazer. Entretanto, essa liberdade que serve de base aos direitos da primeira geração pode sujeitar-se a algumas restrições, estabelecidas principalmente pela lei, no interesse da coesão, da justiça e de outros valores sociais, mesmo porque a garantia de uma liberdade estritamente negativa não é suficiente para permitir o adequado desenvolvimento dos atributos do ser humano.

Com efeito, a ordem liberal politicamente institucionalizada através dos direitos civis e políticos, assegurou o estabelecimento de um sistema social em torno da economia livre de mercado, economia esta que terminou por gerar um quadro de profundas e injustas desigualdades sociais, sob a égide de um Estado mais preocupado em representar os interesses dos detentores dos meios de produção do que em proteger os setores menos favorecidos ou mais fracos da sociedade. O Estado Liberal se comprometia apenas a garantir a liberdade dos cidadãos, e, por isso, pretendia apresentar-se como um instrumento neutro, afastado de qualquer implicação “material” de sua atividade e voltado para estabelecer claramente os seus limites com a sociedade civil. A satisfação dos interesses e das necessidades individuais, de acordo com a ideologia liberal, deveria ficar, assim, dependente do livre jogo dos agentes no mercado na sociedade civil, sem a interferência do Estado.

A ideia de um Estado de Polícia isento e asséptico mero garantidor da liberdade de iniciativa, não demorou em revelar-se uma ilusão. O Estado liberal, por trás de sua aparente neutralidade, na realidade estava a serviço de uma classe social, a classe dos detentores dos meios de produção, que necessitavam de um sistema jurídico que regulasse de forma igual os conflitos que ocorressem na sociedade civil e garantissem a atividade econômica da intervenção do Estado, para que assim pudesse ser realizado o reino da autonomia e da liberdade individual. Acontece que no seio da própria sociedade liberal ocorreram dissensões entre os detentores dos meios de produção, tornando-se uns mais fortes do que outros, em virtude, muitas vezes, da ação do poder público estatal, renegada ideologicamente, mas bem-vinda quando atendesse ao interesse privado sob as diferentes formas de incentivos e isenções fiscais. Ao mesmo tempo, os mecanismos de produção e distribuição de riqueza da economia liberal produziram prosperidade econômica crescente da sociedade como um todo, acompanhada de profundas desigualdades sociais. Essas desigualdades, que puniram durante décadas a massa de trabalhadores, serviram como condições sociais objetivas para o surgimento da categoria dos direitos sociais como direitos humanos, pois tinham a ver com a própria sobrevivência do indivíduo, prisioneiro das engrenagens da economia liberal. Os direitos sociais vieram a servir como o instrumento político e jurídico que serviu à democratização do sistema econômico e social da sociedade liberal.

Nesse contexto de desequilíbrio entre as condições de vida de diferentes classes sociais, foram, assim, formuladas as reivindicações sociais que serviram de fundamentos para a segunda geração dos direitos humanos, os direitos sociais, econômicos e culturais. Após a consagração dos limites ao poder do Estado no quadro do liberalismo, e depois que essas limitações contribuíram para a exclusão de grandes massas dos benefícios da sociedade industrial, tornou-se evidente a necessidade de democratização dessas liberdades conquistadas no contexto do Estado liberal, para defesa, inclusive, dos próprios direitos fundamentais desse sistema político.

Com a superação da ética liberal, o conceito de direitos fundamentais deixou de estar circunscrito ao *status negativus libertatis*, que vedava a interferência do Estado nas atividades da sociedade civil. A instituição dos direitos sociais supunha também a garantia do *status positivus libertatis*, que compreende o terreno das exigências, postulações e pretensões com que o indivíduo, dirigindo-se ao poder público, recebe em troca prestações. É, portanto, o *status positivus* que permite ao Estado construir socialmente as condições da liberdade concreta e efetiva. Deste modo, o Estado Social de Direito, substituindo o Estado Liberal, inclui no sistema de direitos fundamentais não só as liberdades clássicas, mas também os direitos econômicos, sociais e culturais. A satisfação de certas necessidades básicas e o acesso a certos bens fundamentais, para todos os membros da comunidade, passam a ser vistos como exigências éticas a que o Estado deve necessariamente responder.

A ideia de igualdade social, própria do Estado Social de Direito, não se identifica com a garantia de igualdade perante a lei, mera igualdade formal. Exige, ao contrário, um outro tipo de igualdade, material, que representa exatamente a superação da igualdade jurídica do liberalismo. Pelo princípio da igualdade material, assim desenvolvido, o Estado se obriga, mediante retificação na ordem social, a remover as injustiças encontradas na sociedade. Essa obrigação, entretanto, processa-se não através da pura e simples manifestação do voluntarismo político, mas como consequência da elaboração legislativa, que irá refletir as demandas dos excluídos dos benefícios da sociedade liberal. Antepõe-se, portanto, a sociedade liberal e a sociedade do estado democrático de direito, em virtude, precisamente, da natureza e função dos direitos civis e

políticos num sistema jurídico que passou a ter nos direitos sociais a condição para a implementação dos objetivos últimos estabelecidos no texto constitucional. Deve-se enfatizar, aqui, que o surgimento dos direitos sociais não suprimiu nem apagou as conquistas referentes aos direitos civis e políticos. Ao contrário, o que se observa é que no século XX, os direitos civis, políticos e sociais sofreram um processo de convergência, em virtude da maior democratização no exercício do poder, e passaram a constituir o núcleo da cidadania no Estado Democrático de Direito.

Outra questão que necessita ser analisada é a de que no Estado Democrático de Direito contemporâneo, os direitos fundamentais básicos estão cada vez mais dependentes da prestação de determinados serviços públicos, pois os direitos fundamentais de defesa somente podem ser eficazes quando protegem as condições materiais mínimas necessárias para a sua realização. Por exemplo, se o poder estatal deixa de desenvolver esforços para atender à população mais carente, que não tem recursos para pagar um plano privado de saúde, essas pessoas acabam sendo ameaçadas diretamente no seu direito à vida e à integridade física. Os direitos sociais, no quadro jurídico-político atual, concretizam a obrigação do Estado de controlar os riscos do problema da pobreza, que não podem ser atribuídos exclusivamente aos próprios indivíduos, restituindo um *status* mínimo de satisfação das necessidades pessoais. Os direitos sociais, econômicos e culturais constituem, junto com as liberdades civis e políticas, o acesso a essa dimensão maior da liberdade.

8.8 Justiça e Dignidade da Pessoa Humana

Além dos valores da igualdade e da liberdade - conjugados na forma de igual direito à liberdade - os direitos sociais encontram fundamento ético na exigência de justiça, na medida em que são essenciais para a promoção da dignidade da pessoa humana, e indispensáveis para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Esse regime, fundado sobre o princípio democrático, pretende assegurar a inclusão social, o que pressupõe participação popular e exercício dos direitos de cidadania. A cidadania, em seu conceito jurídico clássico, estabelece um vínculo jurídico entre o cidadão e o Estado. Esse vínculo, entretanto, no quadro do estado

democrático de direito torna-se mais abrangente, pois cidadão é aquele que goza detém direitos civis (liberdades individuais) e políticos (participação política), mas também direitos sociais (trabalho, educação, habitação, saúde e prestações sociais em tempo de vulnerabilidade). O vínculo da cidadania, sob esse ponto de vista, materializa-se em duplo sentido. A cidadania permite que o indivíduo sinta-se participe da sociedade na medida em que esta sociedade se preocupe ativamente com sua sobrevivência, e com uma sobrevivência digna. Assim, verifica-se que a cidadania é uma relação de mão-dupla: dirige-se da comunidade para o cidadão, e também do cidadão para a comunidade. Portanto, só se pode exigir de um cidadão que assuma responsabilidades quando a comunidade política tiver demonstrado claramente que o reconhece como membro, inclusive, através da garantia de seus direitos sociais básicos. O reconhecimento de integração na comunidade depende, deste modo, não apenas da garantia dos direitos civis e políticos, mas também da participação nos direitos sociais indispensáveis para ter uma vida digna.

Os direitos sociais derivam, em última análise, do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, através de uma linha de eticidade. Assim, constata-se que não há distinção de grau entre os direitos sociais e os direitos individuais, pois ambos são elementos de um bem maior: a dignidade da pessoa humana, que tem duas faces, conectadas, sobretudo, por sua fundamentação ética, universal, comum: a liberdade e a igualdade. É por essa razão que a eliminação das desigualdades continua sendo uma tarefa irrenunciável - em primeiro lugar, por razões de coerência entre um suposto ideal de igualdade e a própria ideia de democracia; em segundo lugar pela constatação de igual dignidade das pessoas, apesar das desigualdades físicas e psicológicas. Essa igualdade material é que irá garantir a cada indivíduo o gozo de renda mínima, moradia digna, emprego, assistência sanitária, educação fundamental e apoio em tempos de dificuldade.

8.9 Ética e Direitos Sociais

Torna-se necessário que se estabeleçam os parâmetros teóricos dentro dos quais poderemos investigar a fundamentação ética dos direitos sociais, assim como foi extensamente elaborada a fundamentação ética dos direitos civis e políticos no alvorecer do estado liberal de direito. Os direitos relativos ao exercício das liberdades e do direito de propriedade, desde a formulação lockeana, que a considerava como uma das formalizações jurídicas do exercício da autonomia, são considerados como direitos universais e que se legitimam eticamente. Isto porque esses direitos expressam ou resultam do exercício da autonomia da pessoa humana. Assim, por exemplo, Locke situava a origem do direito de propriedade (*Segundo Tratado do Governo Civil*, V) no exercício pelo homem de atos que visam retirar, através do trabalho, da propriedade comum, parte que passariam a legitimamente integrar a propriedade individual. A lei de moralidade, por sua vez, na primeira formulação kantiana, expressa (*Fundamentação da Metafísica dos Costumes*) a ideia de que se encontra implícito no exercício das liberdades, através da manifestação das vontades autônomas, e estabelecimento de limites comuns para o seu exercício. No âmbito das liberdades, por referirem-se num primeiro momento a relações intersubjetivas, a natureza ética das mesmas torna-se evidente. O mesmo não ocorre, entretanto, com os direitos sociais, que são por natureza direitos públicos, a serem realizados coletivamente.

O modelo teórico do qual podemos nos socorrer para examinar a fundamentação ética dos direitos sociais é o kantiano. Torna-se, no entanto, oportuno esclarecer duas questões preliminares: primeiro, quais as conseqüências práticas da atribuição do caráter ético aos direitos sociais; e segundo, por quê Kant ?

Esses dois questionamentos podem ser, conjuntamente, respondidos. A leitura de Kant tem sido, a meu ver, realizada de modo reducionista, aceitando-se de forma a-crítica a afirmação de que o filósofo alemão erige a lei de moralidade como sendo, principalmente, individual, aplicada exclusivamente aos indivíduos.

A *contrario sensu*, alguns autores¹⁸⁵ consideram que se pode, sem violação do texto kantiano, afirmar-se que, partindo-se da segunda formulação do imperativo da moralidade – “seres racionais estão pois todos submetidos a esta lei que manda que cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins”¹⁸⁶ - podemos evidenciar como a fundamentação ética kantiana aponta para a natureza social do ser humano. Em consequência, argumenta Höffe, podemos retirar das entrelinhas da obra kantiana um outro tipo de imperativo, o imperativo jurídico categórico. Encontramos assim, implícito em Kant - que nunca empregou diretamente a expressão “imperativo jurídico categórico” - uma abertura metodológica que nos permitirá desenvolver a ideia de que os direitos sociais têm caráter de universalidade obrigatória, isso por serem direitos que se encontram nas origens da sociedade humana, representando a dimensão da pessoa como *bios politikòn*.

185 HÖFFE, Otfried. *Príncipes du Droit*. op .cit ; CORTINA, Adela. *Ciudadanos del Mundo*. op. cit.

186 KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Editora 70, 1988, p. 76.

9. A INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

9.1 Em Busca de um Conceito

A consagração do princípio da dignidade humana, como pedra angular valorativa do texto constitucional brasileiro de 1989, não tem sido acompanhada por uma concomitante reflexão sobre os seus fundamentos ético-filosóficos. Essa falta de reflexão crítica sobre tema de tamanha importância na cultura jurídica brasileira tem tido como consequência o emprego indiscriminado do princípio para tudo abranger e justificar. O mesmo ocorre com o fascínio pela expressão “direitos humanos” que serve muitas vezes como guarda-chuva ideológico, legitimador de teorias e práticas as mais diversas.¹⁸⁷

Essa pouca elaboração teórica tem a ver com o fato de que a palavra não é um conceito propriamente jurídico. Para que se torne um conceito jurídico, a ideia de dignidade humana, como escreve Edelman, necessita uma história que irá lhe definir o seu espaço próprio. O mesmo aconteceu com outros conceitos jurídicos que evoluíram de sua acepção original e se adensaram juridicamente. Tome-se, por exemplo, o conceito de “pessoa” que se constituiu na filosofia kantiana, no liberalismo econômico e no pensamento político de Rousseau para chegar à

187 Alguns juristas, entretanto, deram-se conta da importância do tema, ainda que o tenham tratado sob o ângulo especificamente jurídico-constitucional. Assim, o excelente livro de SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social*, in: *Revista de Interesse Público*, no. 04, 1999. p. 23-48; SILVA, José Antônio. *A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia*, in: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 212, 1998. p. 89-94; COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 1-16.. TORRES, Ricardo Lobo. *O Princípio Fundamental da Dignidade Humana*. In: *Princípios Constitucionais Fundamentais*. São Paulo: Lex Editora, 2005, p. 885-894; TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

noção jurídica de “pessoa”, que se torna válida juridicamente por pressupor os conceitos de “capacidade”, “de autonomia da vontade” e de “responsabilidade”.¹⁸⁸

A ideia de que a pessoa possui uma dignidade que lhe é própria deita as suas raízes na história da filosofia Ocidental. Antes mesmo do texto clássico de Picco de la Mirandola, *Discurso sobre a dignidade do homem* (1486), a questão encontrava-se na obra de Aristóteles, Santo Agostinho, Boécio, Alcuino e Santo Tomás, indicando como através dos tempos agregaram-se valores à ideia de pessoa, que terminaram por objetivar a ideia de dignidade humana.

A dignidade humana no espaço da teoria do direito, no entanto, é um conceito novo, como escreve Edelman, ao reconhecer que a palavra encontra-se em muitos textos internacionais (*Declaração Universal dos Direitos do Homem*, 1949, art. 22; *Convenção relativa aos direitos da Criança*, 1959, art. 39; *Pacto Internacional relativo aos direitos civis e políticos*, 1966, art. 10; *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos*, 1997, Parte A, art. 2), mas não figura na declaração da independência dos Estados Unidos e nem na declaração revolucionária francesa de 1789 e, tampouco, nos textos posteriores, durante quase dois séculos.¹⁸⁹ No entanto, esteve sempre presente como princípio, referência moral obrigatória quando, ainda no século XIX, a escravidão era combatida por ser um atentado contra a dignidade humana.

Essas e outras declarações internacionais afirmaram o imperativo da dignidade da pessoa humana, mas até então ela não era entendida como um princípio autônomo e operatório suscetível de ser invocado diretamente em juízo, mas simplesmente como um princípio geral inspirador de diversas normas e direitos. Com o advento da Constituição de 1988 e sua caracterização como “Constituição cidadã”, a dignidade humana passou a fazer parte da cultura jurídica brasileira como referência obrigatória na cultura cívica e nas lides judiciais. Falta-lhe, entretanto, uma reflexão que delimite sua conceituação

188 EDELMAN, Bernard. *La personne en danger*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999. p. 505 e segs.

189 EDELMAN, Bernard. *La personne en danger*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999, p. 505.

própria e mostre em que medida se insere no sistema jurídico.

Para que se possa estabelecer o conceito jurídico de dignidade humana e com isto delimitar o seu “espaço jurídico” torna-se necessário distingui-lo de outros conceitos comuns da teoria do direito, que lhe são próximos. O primeiro deles é o conceito de “direitos humanos”. A separação dos dois conceitos – “dignidade humana” e “direitos humanos” - pode ser realizada através do exame da filosofia dos direitos humanos e da filosofia da dignidade humana, como condição metodológica preliminar para chegarmos ao conceito de dignidade. Somente assim poderemos compreender que o conceito de dignidade humana situa-se em plano epistemológico distinto daquele onde se situam os de direitos humanos e com isto poderemos evitar a simplificadora identificação dos dois conceitos. O resultado dessa simplificação epistemológica terminaria por sujeitar o conceito de dignidade humana, que procuramos definir, ao conceito de direitos humanos, que se encontra juridicamente estabelecido.

Essa construção conceitual poderá ser realizada na medida em que atentarmos para uma constatação básica, a de que a dignidade humana encontra-se fora da esfera conceitual, no qual se encontram definidos os direitos humanos. Assim, poderemos concluir como a dignidade humana, na sua acepção jurídica, não pode ficar restrita a campos definidos pelo direito positivo, mas pressupõe para a sua materialização jurídica perspectivas mais amplas do que permite o espaço jurídico positivado.

9.2 Direitos Humanos e Dignidade Humana

As constituições e declarações de direitos do estado liberal fundamentavam-se mais sobre as noções de liberdade e de igualdade do que de dignidade. Os direitos fundamentais eram identificados como o espaço jurídico dentro do qual era garantida a propriedade, espinha dorsal da sociedade liberal, que junto com o contrato e a família constituíam os três pilares institucionais da sociedade liberal burguesa.

Enquanto os direitos fundamentais declaravam aqueles direitos considerados básicos em determinado Estado, os direitos humanos apontavam para uma dimensão propriamente humana do cidadão, não restrito ao direito positivo nacional. Por essa razão, diversos autores argumentaram que a dignidade era um “princípio matricial” por excelência, seria o alicerce sobre o qual seria construída a filosofia dos direitos humanos.¹⁹⁰ A necessária diferenciação entre as ideias de “dignidade humana” e “direitos humanos” somente poderá ser realizada se estabelecemos como ambas as ideias situam-se no mesmo patamar epistemológico, mas guardam entre elas nítidas diferenciações.

Ambos os conceitos situam-se no mesmo plano, a saber, referem-se à pessoa humana. Mas nesse plano a dignidade de alguma forma situa-se em nível mais profundo na essência do homem, de modo que a liberdade lhe será subsumida. Essa constatação sobre a natureza última da “dignidade humana”, escreve Edelman, constituiu-se numa “descoberta maior” do que aquela dos próprios direitos humanos. Essa constatação de que, no substrato dos direitos humanos, encontra-se um valor moral, apareceu em função de dois fenômenos sociais políticos, peculiares e ocorridos no século XX: a barbárie nazista e a biomedicina. Ambas suscitaram um temor – o de que o exercício do poder e a aplicação do conhecimento científico poderiam destruir a própria vida humana em sua essência – e, também, possibilitaram a explicitação de uma defesa – a proteção do ser homem através do reconhecimento de sua dignidade. Em outras palavras, a dignidade humana designaria não o ser homem, o indivíduo, mas a humanidade que se encontra em todos os seres humanos.¹⁹¹ Enquanto os direitos humanos representaram a defesa da liberdade diante do despotismo, a dignidade humana significou a marca da humanidade diante da barbárie.

190 MATHIEU, B. Apud: EDELMAN, Bernard. *La personne en danger*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999, p. 507.

191 EDELMAN, Bernard. *La personne en danger*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999, p. 507.

9.3 Os Fundamentos da Dignidade Humana

Os direitos humanos têm a ver com a defesa do indivíduo contras as arbitrariedades do exercício do poder, principalmente, do poder do Estado. O sistema jurídico tem por objetivo principal assegurar a preservação da liberdade do indivíduo diante da ameaça constante de sua negação. A liberdade torna-se assim no conceito fundador dos direitos humanos, da liberdade política e de todos os direitos que asseguram ao homem o pleno exercício de uma vida política.

Uma leitura dos direitos humanos sob a perspectiva da sociedade também pressupõe o exercício da liberdade. Isto porque a igualdade entre os homens somente poderá ser logicamente compreendida se for realizada em liberdade. A igualdade, portanto, representa uma condição para a concretização da liberdade. Logo, os direitos humanos representam a garantia de que a sociedade, constituída de iguais, que permitem as relações entre si, e também do “ego”, do indivíduo, possibilita a junção desses dois espaços jurídicos.

O argumento de Edelman que pode ser avaliado de uma perspectiva crítica é o de que o conceito de “dignidade humana” situa-se em outro plano epistemológico. Ela não designa nem mais nem menos a essência do homem, como formulada nos direitos humanos, mas atribui outro significado a essa essência.¹⁹² A dignidade humana situa-se no cerne da luta contra o risco da desumanização, conseqüência do desenvolvimento desmesurado da tecnociência e do mercado. O inimigo não é mais unicamente e exclusivamente o poder do Estado, mas também o próprio produto do conhecimento humano e do sistema produtivo.

Verifica-se então como a dignidade humana encontra-se referida à questão não do indivíduo, mas da humanidade. O homem dos direitos humanos representa, juridicamente, o indivíduo universal no exercício de sua liberdade também universal. A humanidade, por sua vez, é a reunião simbólica de todos os homens enquanto seres humanos. Reconhece-se a pessoa como pertencente a

192 EDELMAN, Bernard. *La personne en danger*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999, p. 508.

um mesmo gênero, o “gênero humano”.

A dignidade se apresenta como um qualificativo do gênero humano, que torna possível identificar todos os homens como pertencentes a um mesmo gênero. A identificação que faz com que todos os homens façam parte da humanidade reside no fato de que todos têm uma mesma qualidade de dignidade no quadro da humanidade. Os humanos são assim considerados porque todos são dotados de uma mesma dignidade, que é o critério último de reconhecimento. Como resume Edelman, “se a liberdade é a essência dos direitos humanos, a dignidade é a essência da humanidade”.¹⁹³

A dignidade humana de princípio moral ganhou também estatuto jurídico tendo em vista ao que Fabre-Magnan chamou da desconstrução progressiva de categorias jurídicas na modernidade.¹⁹⁴ A autora exemplifica com o conceito de ordem pública, que serviu como instrumento de uma forma de estado nacional; outro conceito jurídico que se perdeu é o de bons costumes. Ambos não podem ser estabelecidos como direito fundamental supranacional. No entanto, a ideia de dignidade tem servido a diversas decisões de cortes internacionais e comunitárias, o que mostra a sua consistência jurídica.

Na filosofia contemporânea a ética da discussão (Apel e Habermas) pressupõe a explicitação no seio de uma sociedade democrática, plural e dialogal de todas as razões, inclusive as razões últimas, como condição de sobrevivência da comunidade. A dignidade humana encontra-se progressivamente no núcleo do direito e da dogmática contemporânea, mas, entretanto, ela é da ordem do indizível, como pretendia Pierre Legendre.¹⁹⁵ A dignidade humana encontra-se na ordem daquilo que não é demonstrável, mas que existe como pré-condição.

193 EDELMAN, Bernard. *La personne en danger*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999, p. 509.

194 FABRE-MAGNAN, Muriel. “Dignité Humaine”, in *Dictionnaire des Droits de l’Homme*. Orgs. Andriantsimbazovina, Joël; Gaudin, Helene; Marguénaud, Jean-Pierre; Rials, Stéphane; Sudre Frédéric. Paris : PUF, 2008.

195 LEGENDRE, Pierre. *Sur la question dogmatique en Occident*. Paris : Fayard, 1999.

Fabre-Magnan propõe uma instigante equiparação entre o papel da dignidade humana no corpo do direito e os enunciados das ciências físico-matemáticas. A analogia, escreve Fabre-Magnan¹⁹⁶, aparece claramente quando consideramos a palavra grega para a ideia de dignidade, *axios* (aquilo que é conveniente, o que merece) e que originou a palavra “axioma”. Assim como nas ciências matemáticas não existe raciocínio lógico-dedutivo sem um postulado inicial não demonstrado e não discutido, da mesma forma o direito repousa sobre algumas verdades indemonstráveis que devem ser admitidas por todos.

Nesse contexto é que pode situar o princípio da dignidade humana em toda a sua importância jurídica. Precisamente porque o princípio da dignidade encontra-se como primeiro princípio, fonte de todos os demais, ele deve permanecer subsidiário. A sua utilização deverá restringir-se às questões em que nenhum outro princípio ou conceito jurídico possa ser utilizado, sob pena de ocorrer a dissolução de todo direito na dignidade. Tudo passa a ser então questão de dignidade e com isto o sistema jurídico esvazia-se de qualquer sentido normativo. A proliferação do uso indiscriminado do princípio da dignidade humana na argumentação judicial faz com que se encontre onipresente, mesmo quando o próprio texto da lei atende às necessidades da ordem jurídica.

Essa diferenciação entre dignidade humana e direitos humanos pode ser apreciada em alguns casos onde se fundamentavam o processo e a sentença nesses dois conceitos. Um *affaire célèbre*, o processo contra o criminoso nazista Barbie, o chamado “carrasco de Lyon”, na França, permite que se tenha um entendimento sobre os dois níveis em que se podem encontrar a dignidade humana e os direitos humanos. A defesa de Barbie argüia que de acordo com o direito francês, os crimes praticados durante a ocupação nazista tinham sido prescritos, e, portanto, o processo representava uma violação dos direitos humanos. Os juízes de Lyon sustentaram que os crimes contra a humanidade não se beneficiavam do direito à aquisição da prescrição, não sendo considerados, portanto, como participando da categoria dos direitos humanos. Isto porque a incriminação dos crimes contra a humanidade achava-se de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas e, assim, a aquisição da prescrição

196 FABRE-MAGNAN, Muriel. op. cit. p. 287.

nos crimes contra a humanidade não se constituía em direitos humanos. Com isto, pode-se concluir que a ideia de humanidade situa-se em outro patamar do que a dos direitos humanos e que a dignidade humana encontra-se fora da esfera dos direitos humanos.

9.4 Genealogia do Conceito de Dignidade Humana

A dignidade humana pode três tipos de acepção: social, honorífica e moral. As duas primeiras acepções referem-se a como a dignidade humana é atribuída pela sociedade a um indivíduo. A construção do conceito moral, no entanto, que irá fundamentar o conceito jurídico de dignidade, resultou de um longo processo de sedimentação teórica fruto da obra de diferentes autores, em diferentes períodos históricos.

Na sua acepção moral a dignidade representa, ou encontra-se vinculada, ao respeito a si mesmo, à auto-estima. O indivíduo não pode considerar-se como desqualificado, sem poder olhar-se no espelho a cada manhã e sentir vergonha daquilo que se tornou. Pode-se mesmo sustentar que essa acepção de dignidade tem mais uma conotação psicológica do que propriamente moral. A acepção moral implica em reconhecer no indivíduo uma pessoa, que se diferencia dos animais e das coisas. Essa segunda acepção fornece os alicerces para a conceituação jurídica da dignidade humana. A pessoa estaria dotada de qualidades que impedem que seja tratada como meio, tendo um valor em si mesmo. Por essa razão, pode-se dizer na primeira acepção que a pessoa perdeu a sua dignidade, mas não no segundo caso, pois a dignidade encontra-se vinculada à própria pessoa.

O que ficou deixado de lado na cultura jurídica brasileira foi a análise dessa natureza ontológica da dignidade. Como pergunta Baertschi, qual o sentido de referirmo-nos à dignidade no sentido ontológico? O que a ideia de dignidade acrescenta ao conteúdo de pessoa? E responde de que nada de muito substancial, pois é um vocábulo honorífico que utilizamos para marcar o valor particular da pessoa em relação aos outros seres.¹⁹⁷ Mas a relativa importância

197 BAERTSCHI, Bernard. Ensaio Filosófico sobre a dignidade. São Paulo: Edições

desse relacionamento é que o torna essencial na medida em que permite que se situe a pessoa como tendo um valor que lhe é essencial.

Para a construção do conceito de dignidade humana, como o consideramos na atualidade, devemos atentar para alguns autores que estabeleceram, a meu ver, os alicerces de uma teoria da dignidade humana. Desde o uso da expressão “*dignitas*” no direito romano, com o significado de posição social do indivíduo e o reconhecimento pela sociedade, até o conceito contemporâneo de dignidade humana, processou-se um longo processo lógico-conceitual.

Em Tomás de Aquino a ideia de dignidade humana constrói-se em função da natureza divina. Argumenta que a “dignidade significa o valor que cada um possui em razão de si mesmo”.¹⁹⁸ Essa dignidade própria dos seres humanos reflete uma dignidade mais alta, aquela que Tomás de Aquino retrata como sendo de Deus: “O Pai e o Filho têm a mesma e única essência ou dignidade” e, adiante, especifica “a dignidade da natureza divina supera toda dignidade”.¹⁹⁹ Logo, a transmissão da ideia de dignidade humana do pensamento escolástico para o pensamento moderno trouxe consigo uma conceituação de dignidade propriamente ontológica e não mais social ou jurídica como a encontrada no direito romano.

O grande autor que situou a questão da dignidade humana no corpo social e político foi Francisco de Vitoria, que no século XVI, analisando a questão dos indígenas da América e suas relações com o conquistador espanhol, mostrou a importância do reconhecimento do outro como igual. Vitoria tratou da questão da igualdade dos indivíduos em função de uma abordagem especificamente jurídica. Vitoria argumentava, contra o colonizador espanhol, que o fato dos indígenas não serem cristãos, não significava que não tivessem direitos, pois

Loyola, 2009, p. 190.

198 TOMÁS DE AQUINO, Comentários sobre as sentenças. Liv. 3, d.35, q.1 a.4, q. 1c., apud BAERTSCHI, ob.cit., p.191.

199 TOMÁS DE AQUINO, Suma Teológica. Ia, q. 42, a. 4, ad 2 e Ia, q.79, a. 3, ad 2., Suma Teológica, ed.bras. coordenação geral : Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira, OP. São Paulo: Edições Loyola, 2ª. Ed., 2003.

eram, em princípio, livres e iguais.²⁰⁰

O termo “dignidade humana” foi referido pela primeira vez por Picco Della Mirandola no seu texto *Discurso sobre a dignidade do homem - De hominis dignitate*.²⁰¹ Esse texto clássico do humanismo constitui a introdução a uma obra mais abrangente, intitulada *Conclusiones philosophicae, cabalisticæ et theologicae* (1486), constituída de 900 teses, destinadas a demonstrar que todas as escolas filosóficas e todos os pensadores expressaram um aspecto da verdade. Portanto, concluía Picco Della Mirandola, a verdade é única e em conseqüência o pensamento humano é unitário. Na introdução, o autor enfatiza a condição especial do ser humano no cosmos. Sustenta que no universo o homem goza de uma condição privilegiada em relação às demais criaturas.

Encontramos em Picco Della Mirandola a identificação do carácter nuclear da pessoa, que se encontrava na liberdade do indivíduo em determinar-se. Enquanto os demais seres vivos, escrevia Della Mirandola, tem uma natureza bem definida refreada pelas leis divinas, o homem não se acha constrangido por nenhuma limitação. Nas palavras de Della Mirandola: “não te fizemos celeste nem terreno, nem mortal, nem imortal, a fim de que tu, árbitro e soberano artífice de ti mesmo, te plasmasses e te informasses, na forma que tivesses seguramente escolhido. Poderás degenerar até ao seres que são as bestas, poderás regenerar-te até às realidades superiores que são divinas, por decisão do teu ânimo”.²⁰² A dignidade do ser humano encontra-se, portanto, nessa autonomia da vontade, que será o modo pelo qual os indivíduos poderão se aperfeiçoar ou degenerar. A dignidade humana aparece como o sustentáculo sobre o qual os indivíduos poderão realizar-se como pessoas, agentes morais dotados de autonomia da vontade e arbitrio, valores esses que se constituiriam em limites ao poder do monarca.

200 VITORIA, FRANCISCO DE. *Relecciones de Índios y del Derecho de la Guerra*. Trad. Marques de Olivart. Madrid: Espasa- Calpe, S.A., 1928.

201 PICCO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a Dignidade do Homem*. Trad. Maria de Lurdes Sigardo Ganho. Lisboa: Edições 70, 1989.

202 *Ibidem*, p. 53.

9.5 A Concepção Moderna da Dignidade Humana

A construção do conceito de dignidade humana na cultura contemporânea deita suas raízes, principalmente, no pensamento de Immanuel Kant. Como escreve Sarlet, é no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais relevante irá encontrar as raízes para uma conceituação da dignidade da pessoa humana.²⁰³ Encontramos diferentes definições de dignidade humana na obra kantiana, que nos permitem destacar, como propõe Klein, sete conceitos que constituem o cerne da dignidade humana para Kant.²⁰⁴ Esses conceitos que formam a teia que nos permite mergulhar no sentido último da expressão “dignidade humana” encontram-se em dois textos de Kant

O primeiro deles, o mais conhecido e citado, encontra-se na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*: “no reino dos fins [aquele que Kant se refere como sendo a ligação sistemática de vários seres racionais por meio de leis comuns] tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vês dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade...aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor intrínseco, isto é dignidade.”²⁰⁵

Entre outros textos, destaca-se o encontrado na *Doutrina da Virtude*: “no sistema da natureza o homem (*homo phaenomenon, animal rationale*) é um ser de menor importância e possui com os outros animais, enquanto produtos da terra, um valor vulgar (*pretium vulgare*). Mas considerado como *pessoa*, quer dizer como sujeito de uma razão moralmente prática, o homem encontra-se acima de qualquer preço; assim, como tal, ele não pode ser considerado unicamente como um meio para os fins dos outros, e nem para os seus próprios, mas sim como

203 SARLET, Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001, p. 34.

204 KLEIN, Zivia. La notion de dignité humaine dans la pensée de Kant et de Pascal. Paris : Librairie Philosophique J. VRIN, 1968. p. 52.

205 KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica. op. cit. p. 77.

um fim em si mesmo, quer dizer que ele possui uma *dignidade* (um valor interior absoluto), através do qual ele obriga o *respeito* de si mesmo por todas as outras criaturas racionais e que lhe permite comparar-se com todas as criaturas da espécie e de se considerar em pé de igualdade”.²⁰⁶

Esses dois textos são completados por um terceiro, o que irá permitir uma visão abrangente da estrutura lógico-conceitual sobre a qual se baseia a conceituação kantiana da dignidade humana: “pois coisa alguma tem outro valor senão aquele que a lei lhe confere. A própria legislação, porém, que determina todo o valor, quer dizer um valor incondicional, incomparável, cuja avaliação, que qualquer ser racional sobre ele faça, só a palavra *respeito* pode exprimir convenientemente. *Autonomia* é pois o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”.²⁰⁷

Kant considera a dignidade da pessoa, como sendo o traço distintivo da pessoa em relação aos outros seres vivos. No texto da *Doutrina da Virtude* atribui um estatuto valorativo à pessoa semelhante ao atribuído por Della Mirandola, onde se considera o ser humano como um agente moral, um ser dotado de autonomia e, por essa razão, em situação hierárquica superior aos demais seres criados. Tanto Kant, quanto Della Mirandola, atribuem à pessoa a possibilidade de criar, aperfeiçoar-se ou então degradar-se, sujeitando-se à lei da heteronomia, externa à consciência da pessoa.

Pode-se, então, retirar das três citações acima o núcleo da ideia kantiana da dignidade humana, que se expressa através de sete conceitos interligados por uma cadeia argumentativa: ser racional, *homo noumenon*, personalidade, fim em si mesmo, moralidade, autonomia e liberdade. Esses conceitos sucedem-se e complementam-se o que irá permitir a conceituação final de dignidade humana.

A racionalidade torna-se uma exigência no sistema kantiano para que possa haver condições de moralidade, pois somente assim as leis morais

206 KANT, Immanuel. *Doctrine de la Vertu*. Paris : Librairie Philosophique J.VRIN, 1985. p. 108-109.

207 KANT, I. *Fundamentação da Metafísica*. op. cit. p. 79.

poderão ter o valor de universalidade. Com isto Kant estabelece a condição inicial para que se possa desenvolver o segundo conceito que é o de *homo noumenon*. Essa expressão *noumenon*, criada pelo próprio Kant, origina-se da distinção entre o mundo sensível e o mundo da razão ou inteligível. No mundo sensível, as criaturas são submetidas às leis da causalidade natural, da física, segundo a qual cada efeito pressupõe uma causa e assim até o infinito sem que se encontre uma causa primeira. No mundo inteligível, o mundo das coisas em si, independentes de qualquer fator externo a elas próprias, torna-se necessário admitir outra causalidade, a causalidade das leis da razão. Kant argumenta que a razão não sendo sujeita ao mundo sensível, ela "... mostra sob o nome das ideias uma espontaneidade tão pura que por ela ultrapassa de longe tudo o que a sensibilidade pode fornecer ao entendimento; e mostra a sua mais elevada função na distinção que estabelece entre mundo sensível e mundo inteligível, marcando também assim os limites ao próprio conhecimento".²⁰⁸

E o homem, ser finito, temporal, é submetido como os demais seres às leis da natureza. No entanto, ele possui uma faculdade que o diferencia de todas as demais coisas no universo, essa faculdade é a razão: "Ela é, a razão, presente e idêntica em todas as ações realizadas pelo homem em todas as circunstâncias do tempo, mas não se encontra, ela própria, no tempo e não cai, por assim dizer, em novo estado no qual não se encontrava anteriormente; ela é *determinante*, mas não determinável em relação a todo estado novo".²⁰⁹ O homem, portanto, pertence também ao mundo inteligível, ou seja, é um noumeno, uma coisa em si mesmo. Kant no seu segundo passo em direção à conceituação de dignidade humana sustenta que o ser humano é algo em si mesmo.

A ideia de pessoa não é suficiente quando considerada no patamar da razão pura. A pessoa moral, que se constitui no epicentro do sistema da moralidade kantiana, deverá objetivar-se na realidade. Assim, Kant considera que a personalidade identificada com a dignidade humana poderá ser definida

208 KANT, I. Fundamentação da Metafísica. op. cit. p. 101-102.

209 KANT, I. Critique de la Raison Pure. Trad. A. Tremesaygues et B.Pacaud. Pris : Libririe Félix Alcan, 1927. p. 468.

como “o sujeito de uma razão moralmente prática”.²¹⁰ A personalidade para Kant tem um caráter universal, que não reflete as nossas necessidades e inclinações, próprias do mundo sensível. A personalidade é antes de tudo uma ideia e como ideia tem uma função reguladora.

Mas para o exercício dessa função reguladora, ideia de personalidade deverá receber um conteúdo que lhe possa ser atribuído e que lhe assegure um valor absoluto. Esse valor será representado por um ser que tenha um valor em si mesmo e que possa atuar como princípio de leis determinadas. A personalidade ²¹¹ se expressa através da liberdade e independência em relação à natureza, consideradas como o poder de se encontrar submetidas às leis da razão, que são próprias do homem. Toda a humanidade torna-se assim um fim em si mesmo.

Torna-se necessário dotar a ideia de dignidade humana de conteúdo. A etapa seguinte do raciocínio kantiano leva-nos ao conceito de moralidade. Como escreve Klein e nesse conceito que reside todo o significado da doutrina kantiana.²¹² A moralidade consiste para Kant na “... relação das ações com a autonomia da vontade, isto é, com a legislação universal possível por meio de suas máximas”.²¹³ O agir moral será então a expressão da manifestação de uma vontade autônoma e livre.

O conceito de autonomia aparece então para substantivar o agir moral. Kant define a autonomia: “autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente no querer mesmo, como lei universal”.²¹⁴ A manifestação da vontade expressa a dependência do agente moral à lei universal, vale dizer, à moralidade como condição de materialização das relações dos indivíduos em sociedade. A participação no reino

210 KANT, I. *Doctrine de la Vertu*. op. cit. p. 96.

211 EISLER, Rudolf. *Kant-Lexikon*. Paris : Gallimard, 1994, p. 795.

212 KLEIN, op. cit. p. 34.

213 KANT, I. *Fundamentação da Metafísica..* op. cit. p. 84.

214 *Ibidem*. p. 85.

dos fins pressupõe essa adequação à moralidade, que irá se concretizar através de vontades autônomas, que para serem autônomas necessitam da liberdade.

O conceito da liberdade é chave no pensamento kantiano e com ele se pode chegar à definição de dignidade humana. Kant considera que o homem como pertencente ao mundo inteligível somente pode considerar o exercício de sua vontade sob o signo da liberdade, independente, portanto, das causas determinantes do mundo sensível. Escreve Kant: “Ora à ideia da liberdade está inseparavelmente ligado o conceito de autonomia, e a este o princípio universal da moralidade, o qual na ideia está na base de todas as ações de seres *racionais* como a lei natural está na base de todos os fenômenos”²¹⁵. Dessa forma Kant chega à definição de dignidade como sendo o resultado de uma seqüência que se inicia em considerar pessoa como ser racional para se chegar definir a pessoa como ser dotado de autonomia na liberdade. A dignidade humana para Kant consiste, assim, na faculdade que tem a pessoa de estabelecer leis universais de comportamento as quais ela própria deve submeter-se.

Em cada pessoa reside, portanto, a humanidade, que se constitui no objeto de respeito a ser exigido de todos os outros homens. A dignidade se encontra no respeito antes de tudo que cada pessoa tem para consigo mesma, como pessoa em geral e como homem, nas palavras de Kant, “como uma pessoa tendo deveres para consigo mesma, que lhe são determinados por sua razão, mas o seu pouco valor como *homem animal* não pode prejudicar a sua dignidade como *homem racional*, e ele não deve renunciar à estima moral de si sob esse último ponto de vista.”²¹⁶ Essa valoração de si mesmo representa o caráter sublime da constituição moral do ser humano, sendo que a dignidade humana reside em última análise na preservação pelo homem da dignidade da humanidade.²¹⁷

215 Ibidem. p. 102.

216 KANT, I. *Doctrine da la.* op. cit. p. 109.

217 Ibidem. p. 109.

9.6 O Conteúdo do Princípio da Dignidade Humana

A contribuição kantiana para a definição do princípio da dignidade humana foi determinante, tendo em vista que a discussão que se processa na contemporaneidade em torno do assunto tem como interlocutor precisamente o filósofo iluminista. Quando buscamos o conteúdo do princípio da dignidade humana estamos fazendo referência antes de tudo a uma conceituação propriamente filosófica, como aquela sustentada por Kant. Essa concepção é que irá assegurar a transição lógico-conceitual entre o patamar da reflexão racional e o espaço da empiria jurídico-constitucional, processo esse essencial para a própria leitura do texto constitucional.

A forma jurídico-constitucional adquirida pelo princípio da dignidade humana pressupõe para sua objetivação um entendimento das raízes filosóficas do princípio. No entanto, não basta para que ela se torne efetiva e sirva como princípio moral, antes do que jurídico, a simples consideração dos conceitos que se adensam para formar concretamente a ideia de dignidade humana. É necessário então transmitir para o mundo jurídico-constitucional a substantivação jurídica de um princípio de moralidade. Delimitado o campo do seu conteúdo pode-se então caminhar para o exame da natureza propriamente jurídica do princípio da dignidade humana.

O conteúdo do princípio da dignidade humana pode desdobrar-se em duas máximas: *não tratar a pessoa humana como simples meio e assegurar as necessidades vitais da pessoa humana*. Ambas as máximas deitam suas raízes na teoria moral de Kant e podem servir como bases para justificar a natureza jurídica da dignidade humana. Com isto, contornamos a armadilha na qual se aprisionam alguns juristas ao tratar o princípio da dignidade humana como simples *petitio principii*, que se justifica por si mesmo, pois empregado como argumento de autoridade sem qualquer justificativa que demonstre como e porque o princípio da dignidade aplica-se a determinado caso.

Quando examinamos a primeira máxima, identificamos a sua fonte original no imperativo categórico de Kant, que estabelece que a pessoa não seja nunca utilizada como um meio da vontade de outra pessoa, mas sempre, e ao

mesmo tempo, como tendo uma finalidade em si mesma. O princípio da dignidade humana impede, portanto, que se reifique o ser humano, utilizando-o como uma coisa inteiramente sujeita a um fim que não seja ele mesmo.

Significa que não se pode tratar o ser humano como um animal ou objeto. As condições de trabalho muitas vezes produzem um tratamento indigno da pessoa e por essa razão o princípio da dignidade humana foi pela primeira vez referida nas declarações internacionais sobre o direito do trabalho. O trabalho tem a uma natureza ambivalente, pois pode ser fator de aviltamento da condição humana, como também, condição de realização do ser humano como pessoa. Dessa ambivalência é que a legislação proíbe, por exemplo, algumas utilizações da pessoa humana: os contratos de barriga de aluguel; os contratos de prostituição; ou no caso célebre do jogo chamado “lançar anões”.

A máxima referida acima implica ainda na consideração de que não se pode tratar o ser humano como um conjunto de peças destacáveis ou materiais biológicos. O desafio da bioética reside em estabelecer limites e regular o uso de órgãos e produtos do corpo humano, principalmente, células e embriões, fazendo com que o progresso da medicina não se processe com a redução do ser humano a simples instrumento de satisfação das necessidades do outro.

A segunda máxima leva-nos a ter uma leitura mais abrangente do conceito de dignidade humana. Enquanto a primeira máxima refere-se à interdição de se tratar o corpo humano como um objeto, a segunda máxima implica que o princípio da dignidade humana exige que não se trate o ser humano como espírito puro. A pessoa é um ser encarnado em um corpo com necessidades, que necessitam serem atendidas para livrá-la da sujeição e da degradação. Nesse contexto, a dignidade da pessoa exige para sua preservação o acesso a um trabalho decente, à moradia e aos cuidados relativos à saúde.

O princípio da dignidade exige pressupõe também o acesso aos bens espirituais, como a educação e a cultura, e o respeito a “sentimentos propriamente humanos”.²¹⁸ A questão, por exemplo, da pornografia ou da nudez evidencia a

218 FABRE-MAGNAN, op. cit. p. 290.

necessária preservação de sentimentos de pudor, evidencia como, em certas circunstâncias, a proibição de manifestações daquilo que se contraria o legítimo pudor das pessoas. Sob outro aspecto, o princípio da dignidade humana protege também a pessoa na sua integridade física e mental, com vistas a coibir a tortura mental, que podem assumir diversas formas, como a ameaça que provoca o medo, a privação do sono ou de condições de higiene mínimas.

9.7 A Natureza Jurídica do Princípio da Dignidade Humana

No quadro de teoria do direito, o princípio da dignidade humana tornou-se recentemente um conceito jurídico, que deita as suas raízes na reflexão ético-filosófica. A primeira constatação a ser feita ao considerar a natureza jurídica da dignidade humana é a de que não se trata de um direito subjetivo, mas ela pode exigir que esses direitos sejam reconhecidos pra o indivíduo.

A dignidade humana é, principalmente, um direito do homem que surge em função da necessidade do reconhecimento de outros direitos da pessoa, que se situem para além dos direitos individuais. Essas novas categorias de direitos fundamentais, reconhecidos nos textos constitucionais, aparecem paralelamente ao surgimento de ideias jurídicas como a de humanidade ou de espécie humana.

O princípio da dignidade humana constitui, também, a fonte legitimadora de todos os demais direitos fundamentais. Esse entendimento torna-se, progressivamente, pela legislação, como se encontra estabelecido no art.1º, do anexo da Carta dos direitos fundamentais da União Européia: “A dignidade da pessoa humana não é somente um direito fundamental em si, mas constitui a própria base dos direitos fundamentais... Resulta, notadamente, que nenhum dos direitos estabelecidos por esta Carta pode ser utilizado de modo a atentar contra a dignidade de alguém”.

Mas a dignidade do ponto de vista jurídico pode ser pensada como um dever e um encargo. Como escreve Ricoeur “a dignidade humana é semelhante

a uma responsabilidade confiada”.²¹⁹ Isto significa que não se pode abrir mão da dignidade que nos é atribuída, como escreveu Picco Della Mirandola, pela nossa condição nativa.²²⁰ Em outras palavras a dignidade é um respeito que se deve antes de tudo a si mesmo. Por essa razão, ninguém pode submeter-se voluntariamente à violência ou desrespeitar-se. No caso do lançamento do argumentou-se que “o respeito da dignidade da pessoa humana, conceito absoluto, não poderia acomodar-se a quaisquer concessões em função de considerações subjetivas que cada um pode ter sobre o assunto. Da mesma forma, por exemplo, que a submissão voluntária de uma vítima à ações de violência não tem como conseqüência, de acordo com a jurisprudência, de excluir o caráter penalmente repreensível, o consentimento do anão ao tratamento degradante que ele se submeteu parece-nos que é juridicamente indiferente”.²²¹

O que se encontra em discussão são os próprios limites impostos pela dignidade humana ao exercício da liberdade individual. No caso do anão, que se deixou maltratar voluntariamente, a livre manifestação da vontade terminou por violar o espaço da dignidade, que foi desconsiderada. Como escreve Fabre-Magnan “a liberdade do homem é essencial para a sua dignidade, mas não é suficiente, pois a liberdade é precisamente também a liberdade da desumanidade”.²²²

Constata-se, portanto, na problemática suscitada pela dignidade humana que nos encontramos em face de um duplo desafio. Como conciliar a liberdade individual e o princípio que lhe é fundamental? Por outro lado, transferindo a questão para o patamar das relações sócio-políticas, como estabelecer os limites para as ações do poder público, que visam em princípio o bem da coletividade, diante desse manto protetor de valores que se encontram implícito na própria natureza humana e que se expressam pelo princípio da dignidade humana? Talvez a resposta encontre-se em se aceitar que a natureza do princípio da dignidade humana nos força reconhecer que o seu conteúdo, expresso nas máximas a que

219 RICOUER, Paul. *Éthique et philosophie de la biologie chez Hans Jonas*. In : *Lectures 2. La contrée des philosophes*. Paris ; Le Seuil, 1999. p. 314.

220 PICCO DELLA MIRANDOLA, apud FABRE-MAGNAN, op. cit. 290.

221 Apud FABRE-MAGNAN, op.cit. p. 291.

222 Ibidem. p. 291.

nos referimos, são os verdadeiros núcleos péticos da vida humana, regulando de forma absoluta as relações interindividuais e entre a coletividade e os indivíduos. Por essa razão, torna-se necessário a constante adequação lógico-racional do princípio da dignidade humana a cada caso, retirando o mesmo do invólucro adjetivo em que foi envolvido pela prática jurídica.

10. PERSPECTIVAS ÉTICAS DA RESPONSABILIDADE JURÍDICA

10.1 Duas Responsabilidades e uma Problemática Comum

Quando falamos em responsabilidade estamos fazendo referência a dois tipos de conceitos: um moral e outro jurídico. Em ambos, entretanto, encontra-se a ideia de que os seres humanos consideram-se uns aos outros como agentes morais, ou seja, seres capazes de aceitarem regras, cumprirem acordos e de agirem obedecendo a essas determinações. Em torno desses compromissos, é que se constitui o tecido de direitos e obrigações regulatório da vida social humana, que tem na pessoa o seu epicentro.

A vida social é objetivada através de atos individuais, que expressam a vontade do indivíduo, agente moral dotado de racionalidade e autonomia. Por essa razão, os atos humanos caracterizam-se por uma necessária dimensão de responsabilidade, que se constitui no eixo das relações sociais e as torna possíveis e previsíveis. A responsabilidade constitui-se, assim, na categoria central do sistema social e jurídico e serve como parâmetro de imputação dos atos individuais. O tema da responsabilidade, por perpassar a multiplicidade dos atos humanos pode ser analisado sob três perspectivas diferenciadas: a responsabilidade moral, a responsabilidade jurídica e a responsabilidade coletiva.²²³

Quando Nietzsche refere-se à longa história da responsabilidade humana, acentua o fato de que se tratou de um processo no qual se procurou responder ao desafio de “tornar o homem até certo ponto necessário, uniforme, igual entre

223 RIBEIRO, Luiz Antônio Cunha. “Responsabilidade”. In: Dicionário de Filosofia do Direito. São Leopoldo/ Rio de Janeiro, Editora UNISINOS e Editora Renovar, 2006; NEUBERG, Marc. “Responsabilité”. In: Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale, sous la direction de Monique Canto-Sperber. Paris, PUF, 2003.

iguais, constante, e, portanto, confiável”.²²⁴ A construção da moralidade surge neste contexto no qual o homem em período pré-histórico consegue tornar-se confiável. O argumento de Nietzsche é o de que o homem, apesar de conservar na sua personalidade características de tirania, dureza, estupidez e idiotismo, passou a ser confiável através da ajuda da moralidade e da camisa-de-força social.²²⁵ Em torno da confiança, portanto, de uma relação moral, o indivíduo abandona o seu estado primitivo pré-histórico e passa a participar de relações com os seus semelhantes, pautadas em valores definidos no patamar da moralidade.

A vida humana, portanto, é viável na medida em que cada indivíduo possa ser considerado responsável moralmente por atos praticados, que tenham repercussões em suas relações sociais. Esses atos são considerados morais porque expressam a manifestação da vontade autônoma do indivíduo, e permitem a atribuição de responsabilidade moral a cada um. A responsabilidade resulta, assim, da aplicação de critérios racionais sobre o que é o “certo” ou o “errado” em face de atos praticados pelos indivíduos. O julgamento moral, portanto, ocorre no âmbito da reflexão ético-filosófica, somente sendo inteligível em virtude da pessoa humana ser caracterizada como agente moral, dotado de autonomia da vontade e da liberdade de escolha.

Nietzsche, entretanto, sustentou a tese oposta a aquela encontrada na tradição da filosofia e da moral do Ocidente. Essa tese argumentava que a origem da imputação de ações a agentes encontrava-se no espaço da liberdade do arbítrio. O argumento do filósofo alemão, *a contrario sensu*, considerava que o vínculo da imputação, em virtude da liberdade humana, consistia numa forma pela qual os homens foram considerados como “livres” para que pudessem ser julgados, punidos e considerados como culpados. Na frase de Nietzsche: “os homens foram pensados como “livres” para que pudessem ser julgados e punidos – para que pudessem ser *culpados*”²²⁶.

224 NIETZSCHE, Friedrich. Genealogia da Moral. São Paulo, Companhia das Letras, 2005, p. 48.

225 *Ib.*, p. 29.

226 NIETZSCHE, Friedrich. Crepúsculo dos ídolos: Os quatro grandes erros. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 2000, p. 154.

Na filosofia moral encontramos duas justificativas teóricas diferentes para a ideia de responsabilidade moral. De um lado, a proclamação da liberdade e da autonomia individual como o núcleo caracterizador dos agentes morais; de outro, o argumento de Nietzsche que procura demonstrar como o livre arbítrio é uma armadilha do racionalismo, armada com vistas à culpabilização do indivíduo. Essa tensão será tentativamente superada por Kant ao erigir uma concepção positiva de liberdade, onde haverá uma referência obrigatória da vontade humana – evidência da vontade de um ser racional – à lei moral. Como escreve Giacoia²²⁷ é essa relação de causalidade possível entre as ideias da razão e as ações humanas que permite que essas ações sejam pensadas como podendo e devendo ser determinadas pela razão e não por causas empíricas, externa à vontade humana. Dessa forma, a vontade humana manifesta-se através da autonomia que a capacita a provocar uma série de eventos. Com isto torna-se possível a conceituação de uma responsabilidade jurídica que tenha ao mesmo tempo uma justificativa propriamente moral para suas imputações.

A responsabilidade jurídica moderna irá, por sua vez, ser definida em dois momentos históricos: no primeiro, quando no quadro do estado de direito limita-se a refletir uma regulação especificamente jurídica, sendo consagrada na ordem jurídica do estado liberal; o segundo momento, quando, como é o caso da Constituição de 1988, a própria carta magna remete a aplicação do sistema jurídico a um conjunto de valores éticos, sociais e políticos, que caracterizam o momento do estado democrático de direito. Deitando, assim, as suas raízes na tensão provocada no corpo da cultura ocidental pelas duas concepções antagônicas da natureza do ato moral, como vimos acima, a responsabilidade jurídica na contemporaneidade pressupõe a definição do sujeito de direito como sendo, antes de tudo, um agente moral, passível de ser responsabilizado em virtude da manifestação de uma vontade racional.

A responsabilidade jurídica tem características próprias, que irão diferenciá-la da responsabilidade moral. Isto porque ela se objetiva no contexto de instituições sociais e sistemas de normas jurídicas, exigindo para a sua

227 GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. “Livre arbítrio e responsabilidade”. In: Filosofia UNISINOS, v. 8, n.1, janeiro/abril, 2007. p. 23 -24.

concretização o estabelecimento de critérios específicos, através de normas que determinem os contornos próprios desse tipo de responsabilidade. A hipótese que se pretende desenvolver neste texto é a de que, em primeiro lugar, existe uma ligação estreita entre a responsabilidade moral e a responsabilidade jurídica, e, em segundo lugar, que essa ligação somente poderá ser racionalmente explicável no quadro de uma nova teoria da responsabilidade.

Na teoria da responsabilidade jurídica distinguem-se dois tipos de responsabilidade, já referidos por Aristóteles²²⁸: uma que ocorre na relação entre indivíduos e que serve como critério resolutorio de litígios ou nas questões indenizatórias; outra forma de responsabilidade jurídica é a responsabilidade penal, quando o ato do indivíduo confronta-se com as normas de toda uma sociedade. A tese problemática que se discute no campo penal, consiste em afirmar-se que uma decisão penal para ser justa, moralmente certa, necessita originar-se de uma responsabilidade moral, mesmo quando atende às finalidades específicas do sistema jurídico.

10.2 As Transformações do Agir Humano e a Responsabilidade

Ainda que a questão da responsabilidade moral tenha se encontrado presente, desde os primórdios da elaboração ético-filosófica na Grécia clássica, somente a partir da sua tipificação como categoria jurídica é que iremos ter condições de falar de uma teoria da responsabilidade moral e jurídica. Essa possibilidade tornou-se possível na medida em que o próprio agir humano sofreu no curso da história radicais transformações, fazendo com que o âmbito da moral ficasse diferenciado do âmbito do direito. A distinção entre a teoria da virtude e a teoria do justo²²⁹, que perpassa a história do pensamento filosófico, expressa a progressiva separação entre dois tipos de sistemas normativos, ainda que o estado democrático de direito pressuponha a necessária complementaridade entre a moralidade e o direito.

228 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. V, 5, 1131 a 3. In: *Obras*. Madrid: Aguilar, 1964.

229 O'NEIL, Onora. *Em direção à justiça e à virtude*. Leopoldo: Editora UNISINOS, 2006.

A etimologia da palavra “responsabilidade” mostra como se considerava “responsável” todo o indivíduo que pudesse ser convocado pelos tribunais em virtude de sobre ele pesar certa “obrigação”, dívida procedente, ou não, de um ato de vontade livre. Esse é o significado jurídico original da palavra, encontrado no direito romano. Tratava-se, portanto, de uma prestação determinada pela lei e que seria finalmente resolvida nos tribunais, caracterizando-se, assim, a responsabilidade como referida ao futuro, mas conseqüência de um ato pretérito.

O cristianismo incorporou o termo jurídico em universo conceitual mais amplo. Estabeleceu-se, então, o vínculo da categoria jurídica de responsabilidade com a moral do cristianismo²³⁰. Procurou-se justificar teologicamente essa relação, partindo-se da aceitação de que existia uma prioridade hierárquica da lei divina no sistema normativo da sociedade humana. A lei divina legitimaria a lei humana e traria consigo sanções que estabeleceriam os critérios básicos para o julgamento das ações individuais. Ao contrário da justiça humana, que tem por finalidade decidir litígios entre diversos sujeitos de direito, sejam eles indivíduos, grupos sociais ou sociedade, a justiça divina ocupa-se, exclusivamente, de um único sujeito. A originalidade do cristianismo consistiu, assim, em considerar, em primeiro lugar, a responsabilidade como sendo o elo entre um único indivíduo e o Criador, numa relação bilateral em que a pessoa tinha uma posição dependente e subordinada; em segundo lugar, o cristianismo estabeleceu critérios para considerar alguém responsável por atos a serem definidos em função da intenção subjetiva desse indivíduo em sua relação de consciência com Deus.

A responsabilidade deixa o campo estrito da juridicidade, como até então fora considerada pelo direito romano, e vai encontrar a sua morada na consciência da pessoa, sendo um dos componentes da “lei moral natural”. Escreve Villey que o homem passou a ser responsável diante da sua consciência, da sociedade e do futuro, “esses substitutos de Deus”.²³¹ Constatou-se, assim, o surgimento de uma responsabilidade metaindividual, característica da sociedade tecnocientífica e que provoca no campo das engenharias genéticas indagações de caráter, ao

230 VILLEY, Michel. “Esquisse historique sur le mot responsable”. In: *Archives de Philosophie du Droit*, 1977. tome 22.

231 *Ib.*, p. 54

mesmo tempo, éticos e jurídicos.

Como o homem destina-se por natureza a conviver com os seus semelhantes, a função primordial da norma jurídica seria regular deveres mútuos, que tornassem possível essa convivência social. O direito passa a ser formulado e aplicado como um sistema de normas destinado a governar a conduta humana. Para que tal sistema pudesse funcionar, o direito passou a utilizar alguns conceitos e categorias, que forneceriam uma base racional para a solução dos conflitos. A ideia clássica de justiça ou da justa distribuição de bens, como se encontrava no direito romano, esvaziou-se progressivamente do seu sentido original. A responsabilidade passou a ser estabelecido em função da “imputabilidade” da ação do indivíduo ao que se encontrava previsto em lei. Introduziu-se no conceito original a dimensão da subjetividade, que iria resguardar o exercício da autonomia e da liberdade individual. A atribuição de imputabilidade provocará uma consequência lógica na aplicação da lei, qual seja a de que os atos imputáveis ao indivíduo trazem consigo uma obrigação.

Por sua vez, a responsabilidade penal, que até o Iluminismo era determinada em função de leis morais, ganhou autonomia própria. A pena justificava-se, desde os Dez Mandamentos, como um ressarcimento à violação de uma lei divina, enquanto lei em matéria penal copiava a lei divina. A influência do Iluminismo no corpo do Direito Penal provocou uma revolução copernicana no Direito e na legislação. O indivíduo tornou-se o responsável único por seus atos, sendo que a pena passou a ser aplicada na sua pessoa e nela extinguindo-se, eliminando-se as penas extensivas a familiares. A pena passou a ser aplicada em obediência ao princípio moral de que a responsabilidade tem a ver com ações, que são manifestações do exercício consciente da vontade do indivíduo, no uso e gozo de suas faculdades mentais.

O direito civil moderno ordenou-se como um prolongamento desse sistema de moralidade. Neste contexto, o jusnaturalismo representou um conjunto sistemático de preceitos morais a serem consagrados pelo sistema jurídico; assim, a regra cristão-estóica de que cada indivíduo deve cumprir a palavra empenhada, irá servir de fundamento para a lei dos contratos – *pacta sunt servanda*. As raízes morais da responsabilidade civil encontram-se sistematizadas em regras jurídicas

medievais e no pensamento de filósofos, como por exemplo, Tomás de Aquino²³², seguida pelos escolásticos espanhóis e os moralistas do século XVII. Em todos, determinava-se que cada indivíduo tinha a obrigação de “restituir” ou reparar os danos provocados por atos culposos ou dolosos.

Esse preceito de natureza estritamente moral foi consagrado como regra de direito. Assim, por exemplo, Grotius estabelece que entre os três axiomas a que se reduz o direito propriamente dito encontra-se o de reparar o dano provocado por sua culpa (*Prolegomenos*: § 8)²³³. O *Código de Napoleão*, no art. 1382, incorporou a fórmula grociana e evita mesmo a palavra “responsabilidade”. Somente durante as primeiras décadas do século XIX é que a doutrina jurídica irá elaborar uma teoria da responsabilidade civil, especificamente jurídica, liberta de seus vínculos morais.

10.3 A Responsabilidade como Questão Filosófica: a Resposta Kantiana

A responsabilidade, entretanto, antes de ser jurídica, permanece como uma questão filosófica, pois suscita a indagação a respeito da unidade da pessoa, sobre a identidade pessoal, a respeito de quais são os limites da autonomia racional e como se situa a questão da alteridade. A ideia de responsabilidade justifica-se como sendo a espinha dorsal da vida social em virtude da qual os homens concebem-se uns aos outros como pessoas morais, i.e., seres capazes de atos racionais que se formalizam através de direitos e deveres. Considerar alguém responsável, ou não, por um ato, consiste em estabelecer o núcleo moral pétreo da vida social, que se molda por atitudes de aprovação ou reprovação em relação ao outro. O problema filosófico dos fundamentos da responsabilidade encontra-se, assim, em verificar se os critérios sobre os quais atribuímos responsabilidades podem ser considerados como critérios morais, racionalmente estabelecidos.

232 TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, 2-2. q. 62., ed. Cit.

233 GROTIUS, Hugo. *Del derecho de la Guerra y de la Paz*. Madrid, Editorial Reus, 1925.

A responsabilidade legal parece necessitar de uma justificativa moral. O problema da responsabilidade legal, principalmente aquela necessária em virtude das aplicações científicas e técnicas da contemporaneidade, necessita de um horizonte hermenêutico mais amplo. O papel organizador dos sistemas jurídicos na sociedade exige o estabelecimento de critérios específicos para que se determinem os níveis e características da responsabilidade, critérios esses a serem positivados em lei. A positivação legal dos critérios de responsabilização representou o passo definitivo dado pela teoria positivista do direito, que rompeu com a tradição, onde as raízes da responsabilidade encontravam-se na moralidade.

Neste contexto, a teoria do direito prevê três tipos de responsabilidade legal – civil, penal e coletiva – que suscitam problemas diferenciados para a justificativa dos seus fundamentos. A responsabilidade, entretanto, não consegue separar-se como pretende o positivismo jurídico em duas esferas de atuação nitidamente separadas, pois mantém uma dupla função: submete a pessoa livre ao julgamento de sua consciência ou faz com que o sujeito de direito responda pelas conseqüências de suas ações nas relações sociais. Tanto a responsabilidade moral, como a responsabilidade jurídica, terminam por encontrar sua justificativa comum na possibilidade de comunicação entre os homens.

A noção de responsabilidade subjacente, na obra de Kant, supõe uma ideia de inter-subjetividade, que rompe os quadros do individualismo abstrato, argumento principal da crítica ao filósofo alemão. A responsabilidade será determinada pela imputação de um ato a um indivíduo. Ocorre a imputação quando o sujeito é considerado como causa livre de uma ação. A imputação jurídica implica na atribuição de efeitos jurídicos, previstos em lei, à ação individual. A ideia de responsabilidade moral, argumenta Kant, refere-se ao princípio do querer, que é bom em si mesmo²³⁴, enquanto que a ideia de responsabilidade jurídica implica na qualificação de um ato interpretado como um fato conforme ou não ao estabelecido na lei positiva.

A ideia de responsabilidade torna-se impensável quando ignoramos a definição de pessoa formulada por Kant: “uma pessoa é um sujeito cujas ações

234 KANT, Immanuel. *Métaphysique des Moeurs. Doctrine du Droit*. Paris, 1971. p. 93.

são suscetíveis de imputação”, enquanto as coisas são tudo aquilo que não é suscetível de imputação.²³⁵ A imputação moral faz a pessoa responsável por um ato bom ou mau, enquanto, essencialmente, ela seja a causa livre e suscetível de ser determinada, a não ser por si mesma. A imputação jurídica, por sua vez, faz a pessoa responsável por um ato justo ou injusto na medida em que transgrida ou não aquilo que deve estar de acordo com a norma jurídica. A responsabilidade moral remete-nos, portanto, a constatação da livre subjetividade do agente.

Em consequência dessa ideia de pessoa humana, a responsabilidade jurídica tem por condição a possibilidade de mediação de uma legislação externa, mais precisamente, escreve Kant, a mediação realizada através de leis positivas, que exclui todo elemento de moralidade.²³⁶ Kelsen sustenta que em virtude da operação de “qualificação” pela qual as normas jurídicas servem de esquema de interpretação e de avaliação dos fatos, somente essas normas conferem a qualidade de atos legais ou atos classificados como contra o direito.²³⁷

A nítida separação entre o direito e a moral, operada por Kelsen, tem como consequência que: “O julgamento (*Urteil*) que afirma ser um comportamento concreto justo ou injusto representa um julgamento (*Be-urteilung*), portanto, uma avaliação do comportamento. O comportamento que é um fato natural (*Seins-faktum*), existente no tempo e no espaço, é confrontado com uma norma de justiça que estabelece um dever (*Sollen*). O resultado é um julgamento que declara ser o comportamento de tal ordem que está de acordo com a norma de justiça, quer dizer, esse comportamento tem um valor, a saber, um valor de justiça positiva; ou então, pelo contrário, o comportamento não é de tal ordem que possa estar de acordo com a norma de justiça, mas é justamente contrário a ela, permite afirmar que esse comportamento é estranho a qualquer valor, possuindo, assim, unicamente um valor de justiça negativa”.²³⁸ Na continuação, Kelsen sustenta que somente a realidade pode ser valorada, somente ela terá ou não terá valor.

235 KANT, Immanuel. op .cit. p. 98.

236 Ibidem. § E

237 KELSEN, Hans. The Pure Theory of Law. op. cit., cap. II.

238 KELSEN, Hans. “Justicia y Derecho Natural”. In: *Crítica del Derecho Natural*. Madrid: Taurus, 1966, p. 31

Essa definição da responsabilidade jurídica, determinada no contexto restrito das relações de imputação, termina, como escreve Goyard-Fabre, por colocar entre parênteses a interioridade da pessoa, pois o ato acaba sendo examinado somente em função de sua conformidade ou não conformidade exterior a uma norma legal positiva.²³⁹

10.4 A Teoria da Responsabilidade e a Problemática da Justiça

A insuficiência da fundamentação clássica da teoria da responsabilidade, no âmbito da teoria do direito, evidencia-se pelos impasses encontrados na aplicação das normas jurídicas na sociedade tecnocientífica contemporânea. A reflexão jusfilosófica enfrenta, assim, o desafio de recuperar a dimensão perdida da ideia de responsabilidade e situá-la no espaço da moralidade, que lhe é próprio. Dessa forma, o debate sobre a teoria da justiça contemporânea poderá ser significativamente enriquecido e contribuir para a reformulação da teoria da responsabilidade.

Uma contribuição relevante neste sentido encontra-se no pensamento de Paul Ricoeur. A reflexão de Ricoeur sobre o tema da responsabilidade ganha importância para a cultura jurídica, na medida em que se possam estabelecer as suas relações com uma teoria da justiça, no quadro do estado democrático de direito. As questões analisadas pela bioética pressupõem, também, essa inserção.

Situando-se na vertente kantiana, Ricoeur, como Kant, parte da ideia de pessoa moral, considerada o ente capaz de assumir responsabilidades em virtude do exercício de uma vontade autônoma e racional. Em consequência, essas ações, manifestação dessa vontade autônoma, portanto, moral, poderá ser encontrada em duas dimensões diferentes. Na teoria kantiana da responsabilidade, a questão é analisada em duas dimensões. Em primeiro lugar, ao investigar as suas raízes morais e, ao mesmo tempo, tendo o cuidado de diferenciar a responsabilidade

239 GOYARD-FABRE, Simone. "Responsabilité morale et responsabilité juridique selon Kant". In : Archives de Philosophie du Droit, tome 22, 1977. p. 120.

moral da responsabilidade jurídica. Trata-se, entretanto, de uma diferenciação e não de uma separação radical entre duas ordens normativas, que se excluem. Pelo contrário, no pensamento kantiano ocorre uma relação de complementaridade entre a moral e o direito.

No entanto, a teoria kantiana não desenvolveu o argumento sobre a possível vinculação da ideia de responsabilidade, como formulada por Kant, e a ideia de uma ordem jurídica justa. Essa limitação da teoria kantiana tem a ver com o entendimento de que a questão da responsabilidade encontra-se no espaço do indivíduo e das relações intersubjetivas. A própria concepção kantiana do direito leva-nos, entretanto, ainda que, implicitamente, a considerar a responsabilidade moral e jurídica como constituindo o fator determinante da justiça social.²⁴⁰

A fundamentação kantiana, lida de uma ótica social ou coletiva, e não individualista, pode ser utilizada no quadro do projeto de Paul Ricoeur, permitindo que se faça, sob a perspectiva da teoria da justiça, uma nova leitura da responsabilidade moral e jurídica. Na verdade, como procuraremos demonstrar, Ricoeur possibilita, através da análise da ideia de responsabilidade, uma abordagem original da teoria da justiça. Para que se possa chegar ao pleno entendimento do conceito de responsabilidade e suas repercussões para uma teoria da justiça, torna-se necessário atentar para a indagação preliminar de Ricoeur: “quem é o sujeito de direito?”²⁴¹

A tradição do dogmatismo jurídico define o sujeito como a pessoa física ou jurídica capaz de assumir direitos e obrigações, definidos em lei. A crítica preliminar de Ricoeur consiste em desconsiderar essa definição, pois, a seu ver, ela é insuficiente para a construção de uma teoria da responsabilidade, que atenda às exigências da sociedade contemporânea. Por essa razão, procura demonstrar como uma leitura contemporânea da teoria da responsabilidade pressupõe uma investigação prévia sobre a especificidade do sujeito de direito no plano da antropologia filosófica.

240 Ver a propósito, o argumento de HÖFFE, Otfried. *Les Principes du Droit*. op. cit.

241 RICOEUR, Paul. *Le Juste*. Paris: Éditions Esprit, 1995.

O sujeito de direito, do ponto de vista antropológico, tem por sua própria natureza um conjunto de valores, consubstanciados no princípio da dignidade humana, que o tornam digno de respeito; ao mesmo tempo, e, também, por sua própria natureza, tem diferentes níveis de capacidade. Segundo Ricoeur, essas capacidades do sujeito de direito podem determinar-se, não exclusivamente, em razão do disposto na lei positiva, mas também, e principalmente, em função da resposta que se dê à seguinte questão geral: “a quem se pode imputar a ação humana?”. Note-se, nesse passo, que Ricoeur abandona o espaço restrito da legalidade jurídica – onde sujeito de direito é o ente capaz de direitos e deveres na ordem civil (art. 1º, *Novo Código Civil Brasileiro*) - e remete a questão para uma indagação mais geral e abrangente.

A própria pergunta implica na ressalva de que existem pessoas que não podem ser responsabilizadas por seus atos ou omissões. Dessa forma, a reflexão ético-filosófica parte da constatação de que a pessoa, precisamente por não ser um ente imutável no tempo histórico, somente pode ser concebida no quadro de sua evolução moral. Na análise das raízes da responsabilidade, Ricoeur identifica o tema central em torno do qual se pode acompanhar e avaliar a lenta evolução da consciência moral do ser humano.

O processo de evolução da moralidade iniciou-se, na história da humanidade, quando o homem deu o primeiro passo em direção ao seu aperfeiçoamento moral. Esse aperfeiçoamento formalizou-se, principalmente, na substituição dos procedimentos de vingança por exigências mais complexas da justiça, que irão se evidenciar na adoção do critério da reparação dos danos sofridos, em virtude da ação de outrem. A passagem do estado vingatório para um estado de justiça - descrito por Êsquilo na trilogia *Oréstia*, escrita no século V a.C. - representou o que Ost²⁴² chamou de “ato fundador do direito”.

A peça de Êsquilo foi representada para uma platéia ateniense, quando Atenas estabelecia as origens da democracia e substituía a lei do talião por um sistema de justiça construído através de argumentos racionais, que exigia

242 OST, François. *Contar a Lei – as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

provas fáticas dos atos a serem julgados no contexto de uma lei comum. Nesse contexto, é que se pode constatar como nas origens da ordem jurídica do Ocidente encontra-se a ligação umbilical entre o Direito, a Moral e o Estado Democrático de Direito.²⁴³

Esse momento da história da humanidade representa, assim, a superação do período da culpa grupal e a inauguração do período da personalização da responsabilidade, definida em função e como critério de avaliações, antes de tudo morais. Essas referências pressupõem, entretanto, duas condições de possibilidade para a sua concretização: a aceitação do outro, como tendo finalidades em si mesmo, e um sistema de direitos e obrigações pré-definidos. O agente moral passa então a ser o indivíduo definido, preliminarmente, como aquele que tem na igualdade o critério valorativo básico para exercer direitos e assumir obrigações.

A análise de Ricouer se desenvolve, no primeiro momento, levando em conta a ideia clássica de responsabilidade, investigando-se o conceito fundador, procurando demonstrar que o mesmo extrapola o campo jurídico-conceitual e situa-se, na realidade, no campo da filosofia moral, fora do qual não terá consistência lógico-argumentativa. No segundo momento, Ricouer trilha o caminho oposto, ao partir do conceito jurídico e constatar como as interpretações realizadas pela doutrina do direito, tornaram a ideia de responsabilidade desenraizada no contexto social, econômico e político da sociedade tecnocientífica contemporânea.

A ideia de responsabilidade, por sua vez, desenvolveu-se no direito moderno em duas variantes: a primeira, no direito civil, onde a responsabilidade foi definida como a obrigação de reparar a perda (pré-juízo) causada por uma falta pessoal e determinada em lei; a segunda vertente, no direito penal, define a responsabilidade como a obrigação de receber a punição prevista legalmente em virtude de atos delituosos. Ricouer, para demonstrar a necessidade da teoria da responsabilidade ser repensada, argumenta no sentido de que o termo da linguagem jurídica não repercute na linguagem corrente, onde se emprega

243 ROMILLY, Jacqueline de. *La Loi dans la Pensée Grecque*. Paris : Les Belles Lettres, 2002.

a palavra de forma imprecisa e abrangente, abarcando diferentes tipos de situações, que não são necessariamente jurídicas. Entretanto, apesar de toda essa elasticidade em seu emprego, a palavra responsabilidade conserva uma referência comum à obrigação, que, na concepção de Ricoeur, excede o quadro da reparação civil e da punição penal.

Na filosofia moral contemporânea, a expressão responsabilidade aparece, por sua vez, como tema central no pensamento de diversos autores. Hans Jonas consagra o “princípio responsabilidade”,²⁴⁴ H. L. A. Hart²⁴⁵ analisa as raízes morais da punição e suas relações com a questão da responsabilidade; Ronald Dworkin²⁴⁶ se refere à responsabilidade coletiva; Jean-Marie Domenach²⁴⁷ situa o conceito de responsabilidade como o fundamento de uma nova civilidade. A responsabilidade, portanto, escreveu Henri Batifol, supõe questões de ordem filosófica, que ultrapassam as possibilidades da teoria jurídica, já que se trata de uma noção que extrapola o próprio direito; isto porque essa ideia pressupõe a ideia de liberdade e suscita a questão da causalidade, que obriga, inelutavelmente, a consideração da problemática da justiça.²⁴⁸ Ocorre, então, a evidência da necessária complementação entre a moral e o direito.

Ricoeur procura reformular o conceito jurídico e o conceito moral de responsabilidade, levando em consideração a realidade social e econômica do final do século XX. Desde o ponto de vista do direito, a responsabilidade civil perdeu o caráter de punição do culpável, dando lugar à “responsabilidade sem culpa”, nas palavras do filósofo francês²⁴⁹, fundamentada na ideia de solidariedade, muito mais do que na necessidade de punição, que atende unicamente o objetivo de seguridade social. Em consequência, a imputação da responsabilidade, que no passado se restringia ao autor do ato imputável, na atualidade se volta para a vítima, privilegiando-a e garantindo o direito de indenização. Essa mudança na

244 JONAS, Hans. *Le Principe Responsabilité*. Paris: Les Éditions du Cerf, 1995.

245 HART, H.L.A. *Punishment and Responsibility*. Oxford: Clarendon Press, 1970.

246 DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. op.cit..

247 DOMENACH, Jean-Marie. *La Responsabilité*. Paris. Hairwe, 1994.

248 BATIFOL, Henri. “Préface”. In : *Archives de Philosophie du Droit*. 1977, tome 22.

249 RICOEUR. op. cit. p. 58.

ênfase da ideia de responsabilidade jurídica expressa a repercussão no campo da teoria do direito de uma transformação no conceito moral de responsabilidade.²⁵⁰

No plano jurídico, o agente torna-se responsável, preliminarmente, por outra pessoa. Desloca-se, portanto, o foco da responsabilidade daquele que é responsável pela ação, para um novo objeto, vale dizer, para aquele que é vítima da ação; já não se menciona a culpa, tampouco, pela via de consequência da responsabilidade pessoal, senão da responsabilidade frente ao outro. Dentro dessa perspectiva da moralidade é possível enquadrar a responsabilidade moral de uma geração para outra, uma responsabilidade que não se personaliza, mas que, na expressão de Ricoeur, “se inflaciona”. Todas as questões relativas ao meio ambiente, engenharia genética e energia nuclear, podem assim, ganhar sentido moral e repercussão jurídica quando interpretadas sob este ângulo.

Essa nova ideia da responsabilidade traz consigo três tipos de dificuldades, que, ao serem analisadas, permitem estabelecer uma ponte entre a teoria moral e jurídica da responsabilidade e as teorias contemporâneas da justiça. Ricoeur propõe três tipos de aporias: na nova ideia de responsabilidade torna-se difícil identificar o autor do ato; a segunda dificuldade consiste na manutenção da relação com a determinação no espaço e o tempo de uma responsabilidade que apresenta autores identificáveis e que a assuma, o que remete às dimensões planetárias e cósmicas em que vive o homem contemporâneo; finalmente, como assegurar uma reparação quando não existe uma relação de causa e efeito subjetiva entre o autor do ato e suas vítimas. As bases da teoria clássica da responsabilidade jurídica mostram-se claramente insuficientes para responder aos problemas de uma sociedade multicultural, pluralista e democrática, como é a sociedade contemporânea. O desafio para a reflexão jurídica da atualidade consiste, assim, em elaborar uma nova teoria da responsabilidade, que se volte para a realidade social objetiva e estabeleça a sua legitimação moral e jurídica.

As três aporias aqui apresentadas tiveram na teoria clássica respostas diretas e imediatas. No que se refere à identificação do responsável pela ação, o direito civil estabelecia uma relação de causa e efeito entre a ação e seus efeitos

250 HUSSON, Leon. *Les Transformations de la Responsabilité*. Paris: PUF, 1947..

danosos. Entretanto, a complexidade das relações sociais contemporâneas fez com que, tal ideia da individualização da responsabilidade, em muitas situações, tenha se tornado problemática, pois a vida cotidiana é tecida através de uma infinidade de pequenos atos, micro-decisões, que se processam dentro de estruturas impessoais e imensas; como o sistema ecológico, a burocracia, tanto estatal como privada e a rede do sistema financeiro, provocando o surgimento da figura jurídica, todavia pouco estudada, da responsabilidade anônima.

No tocante às repercussões da responsabilidade no tempo e no espaço, Ricoeur recorda a observação de Kant, de que a cadeia dos efeitos empíricos de nossos atos é virtualmente infinita. Essa observação se adapta com perfeição aos tempos modernos, onde as decisões adquirem uma escala cósmica e cujas conseqüências poderão prolongar-se por muitos séculos. O que resulta da ideia de reparação quando não existe relação objetivada entre o autor ou os autores de atos delituosos e as vítimas, desaparecendo aquilo que os juristas chamam de nexos de causalidade? Essa, talvez seja a grande interrogação que se faz a respeito da ciência e da técnica no campo das ciências da vida.

Neste contexto, pode-se delimitar a temática da justiça, incorporando-se na análise do tema as reflexões de Ricoeur sobre o conceito de responsabilidade. À medida que o conceito jurídico e moral de responsabilidade tornam-se insuficientes em seu marco clássico para solucionar os problemas da sociedade complexa e pluralista, fica evidente a necessidade de que sejam repensados. Desde o ponto de vista jurídico, buscou-se substituir a ideia da falta e a pena conseqüente, em virtude da própria impossibilidade objetiva de determiná-las, pela ideia do risco e do seguro a ser pago. Essa noção aparentemente simples, que se encontra na base dos sistemas securitários da atualidade, permitiu que as questões referentes à justiça fossem consideradas de outra maneira. Alguns autores, como, por exemplo, François Ewald²⁵¹, sustentam que, enquanto a ideia de responsabilidade individual constituiu para o estado liberal o princípio de sua regulação social, política e econômica, a ideia de solidariedade, como critério para determinação da responsabilidade, servirá como o núcleo moral do estado do bem-estar social.

251 EWALD, François. *Histoire de l'État Providence*. Paris: Grasset, 1996.

Contudo, corre-se o risco de que o direito e a moral busquem superar as deficiências encontradas pela teoria clássica da responsabilidade, através de uma desculpabilidade individual absoluta, o que terá como consequência o surgimento de uma sociedade de vítimas, em busca de culpados institucionais e de indenizações para compensar situações socialmente injustas. Assim sendo, trata-se de reavaliar a ideia de que a responsabilidade nasce na obrigação moral individual e de que se realiza, exclusivamente, no campo de uma relação intersubjetiva de onde se poderia determinar a relação de causa e efeito entre o ato, o agente e a vítima.

É a resposta à terceira aporia que permite a introdução da ideia de solidariedade na reflexão de Ricoeur. O filósofo francês emprega a distinção entre efeitos pretendidos da ação e efeitos não pretendidos ou imprevistos; alguns sociólogos chamam esses efeitos de “perversos”²⁵², pois seriam consequências de ações públicas que se destinavam, não à criação de problemas, senão a suas soluções. A questão consiste em distinguir na ação humana dois tipos de atitude moral: o primeiro, atribuindo à boa intenção ou boa vontade a razão suficiente para que se desculpem todas as consequências danosas; e coincide com a clássica atitude dos radicalismos contemporâneos, nos quais as boas causas terminam por justificar a negação dos bons objetivos. Por outra parte, escreve Ricoeur, a assunção de todas as consequências de forma indiscriminada retorna para o agente, no limite, tornando-o totalmente irresponsável. Esse fatalismo encontra sua expressão na denúncia da premissa terrorista: “Todos são responsáveis por tudo e culpáveis por tudo!”.

A solução de Ricoeur para o problema da responsabilidade no tempo parte da aceitação do fato de que não é suficiente a extensão do imperativo kantiano às gerações futuras, isto porque a vontade do homem tem sua origem no foro interior da pessoa, mas se realiza através de atos que modificam uma dada existência atual, sendo a vontade responsável. Em consequência, escreve Ricoeur, a ação humana apenas será possível quando for considerada a dimensão de suas consequências previsíveis e, ao mesmo tempo, contemplar uma visão

252 BOUDON, Raymond. *Efeitos Perversos e Ordem Social*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.

de longo alcance: “a completa negligência dos efeitos laterais da ação a torna desonesta, mas uma responsabilidade ilimitada torna a ação impossível”.²⁵³

A contribuição de Ricoeur para a teoria contemporânea da justiça talvez consista na possibilidade de aplicação do conceito de responsabilidade em sua dupla dimensão ao tema. A mais relevante elaboração teórica sobre a questão – que pode ser encontrada na obra de John Rawls²⁵⁴ – propõe um modelo procedimental que, na análise de Ricoeur, busca articular uma perspectiva deontológica com uma perspectiva contratualista. Mas, exatamente, o caráter formal da teoria da justiça de Rawls faz que os dois princípios da justiça – nas palavras de seu formulador, “um ponto arquimediano para avaliar as instituições existentes, assim como os desejos e as aspirações por elas produzidas”²⁵⁵ – necessitem de categorias jurídicas para que possam ser aplicados. Assim, torna-se necessário a construção de novos conteúdos jurídicos que não se podem ser identificar no quadro da teoria geral do direito civil clássico.

Talvez o conceito de responsabilidade de Ricoeur sirva para se ter uma ponte entre a moral e a política, onde uma concepção do homem e da sociedade, que contemple o individual e o coletivo de maneira integral, venha a ser o conceito fundador dessa ordem jurídica do século XXI. Assim, o princípio da solidariedade ganha um conteúdo jurídico, visto que é em função deste que o outro, o nosso semelhante, surge como uma pessoa com finalidade em si mesma, a ser garantida através da ordem jurídica, que deixa de ser estritamente individualista e incorpora a dimensão da pessoa como agente moral, membro de uma coletividade e, portanto, sujeito da vontade coletiva. Não se pode esquecer e considerar o fato de que a própria crise da teoria da responsabilidade clássica foi provocada tendo em vista novas realidades sociais e econômicas, que passaram a exigir a reavaliação da ordem jurídica individualista da sociedade liberal burguesa.

A reflexão de Ricoeur aproxima-se da análise de poucos teóricos do direito que perceberam a insuficiência da resposta dogmática clássica para a

253 RICOUER, op. cit., p. 68.

254 RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Massachusetts: Harvard University Press, 1972.

255 *Ibidem*, p. 520.

questão da responsabilidade na contemporaneidade. Civilistas perceberam as “transformações da responsabilidade”²⁵⁶ no direito moderno, ensinando como a sua concepção, herdada do direito romano, através do *Código de Napoleão*, não lograva responder aos desafios sociais e econômicos encontrados na sociedade pluralista e democrática do mundo contemporâneo. Pode-se mesmo explicar a chamada crise do direito contemporâneo como uma crise do conceito fundamental da responsabilidade, que se evidencia nos obstáculos encontrados pela teoria do direito ao tentar utilizar um conceito esgotado na solução dos novos e complexos problemas da pós-modernidade. O direito contemporâneo abre-se, assim, para comportamentos jurídicos valorados, provocando um “corte não vertical, mas transversal do fenômeno jurídico”.²⁵⁷

A crise conceitual, e por conseqüência normativa, para Ricouer, poderá ser superada na medida em que se busquem soluções fora do âmbito restrito da dogmática jurídica. A responsabilidade assume, no pensamento do filósofo, a posição de um dos vetores essenciais na construção de uma ordem justa, e, portanto, adquire sentido somente no quadro de uma reflexão moral para que possa, inclusive, servir como categoria jurídica.

10.5 As Novas Dimensões da Responsabilidade

As biotecnologias ao mesmo tempo em que abrem perspectivas de melhoria da vida humana, também podem trazer efeitos nefastos para a vida humana. Técnicas que tinham por objetivo principal a melhoria da saúde do homem produziram, no exercício da medicina e nas possibilidades que abriram para manipulações, uma gama de intervenções que em vez de serem curativas, tornaram-se fonte de patologias. A inquietação provocada pela aplicação de técnicas com conseqüências contraditórias fez com que se procurasse um equacionamento ético que servisse na regulação dessas novas relações sociais. Os avanços da biotecnologia trouxeram consigo uma gama de questionamentos

256 HUSSON, Leon. op. cit.

257 FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p. 304.

éticos, que terminaram por demonstrar a insuficiência teórica dos fundamentos da teoria clássica da responsabilidade e da justiça.

A ideia de justiça serviu como eixo regulador das relações sociais na sociedade liberal, sendo a sua concepção a justificativa ideológica da sociedade e do direito no estado liberal. O paradigma ético da justiça – próprio dessa ideia de justiça - constituiu-se, historicamente, em função de três valores fundamentais: a autonomia individual, a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos. Os desafios morais encontrados na sociedade tecnocientífica exigiram, entretanto, uma nova abordagem do julgamento dos atos sociais e de suas conseqüências jurídicas, e, portanto, do sistema de responsabilização.

A teoria ética da justiça encontra-se contestada por essa realidade tecnocientífica, produzida pela própria sociedade liberal moderna. Isto porque, o paradigma da teoria da responsabilidade clássica tem como núcleo central os direitos individuais, o contrato entre duas partes e a propriedade individual. As questões éticas na contemporaneidade transcendem o espaço restrito das relações inter-individuais, pois em virtude da tecnociência refletem os problemas encontrados no âmbito da ecologia, da natureza humana e do futuro da espécie humana. As teorias clássicas, como a mais significativa dentre elas, a teoria da justiça de Rawls, não respondem aos questionamentos surgidos na consciência do homem contemporâneo, e, portanto, a ideia de responsabilidade empregada até então se torna defasada. Alguns autores têm demonstrado como a teoria da justiça liberal esta a exigir uma substantivação, para além do espaço da autonomia e dos direitos individuais.²⁵⁸

Em conseqüência, o processo de responsabilização também será atraído por dois pólos. De um lado a realidade tecnocientífica e de outro a judicialização da responsabilidade em dimensões coletivas. A ideia de responsabilidade pode ser desmembrada em três componentes: a imputação, o sentimento e a judicialização. A responsabilidade implica um agente moral, fazendo com que a vida ética, própria dos seres morais, seja caracterizada em função da atribuição de responsabilidades

258 NUSSBAUM, Martha C. *Frontiers of Justice*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

específicas atribuíveis a cada agente moral. Essa responsabilidade ética torna-se evidente em três tipos de situações: a) podemos ser responsáveis em relação a nós mesmos; b) podemos ser responsáveis em relação a outrem; c) podemos ser responsáveis em relação a um estado de coisas.²⁵⁹

O problema moral central na contemporaneidade talvez se encontre no cerne das indagações éticas a respeito do progresso científico e técnico, principalmente, no campo das ciências da vida. E esse problema nuclear consiste no embate entre duas concepções de responsabilidade. Trata-se da construção de uma concepção humanista da ética, que seria caracterizada pela subsistência de duas responsabilidades, que não seriam excludentes, a responsabilidade do bem – que obriga a preservação - e a responsabilidade do melhor – que determina o progresso ou o aperfeiçoamento qualitativo da vida humana.²⁶⁰

Dessa forma, teríamos uma ética que refletisse e fornecesse argumentos para preservar o ritmo do progresso científico e técnico, próprio da contemporaneidade, e o bem maior que reside na qualidade de vida da pessoa humana. O componente propriamente ético dessa cultura, que se constrói em torno da ciência, servirá, assim, não como limitador do progresso científico, mas como elemento humanizador. A teoria da responsabilidade contemporânea, especificamente levando em conta a realidade tecnocientífica, deverá privilegiar essas duas faces de uma mesma moeda.

A tentativa de normatizar o progresso e o bem no contexto da sociedade tecnocientífica, através dos princípios clássicos da bioética – beneficência, autonomia e justiça – torna-se insuficiente, pois esses princípios correm o risco de serem aplicados de forma mecânica ou dogmática. O processo de subsunção próprio da aplicação do sistema jurídico, quando usados no julgamento ético esvaziam o mesmo de sua dimensão maior. A bioética principialista termina por ser uma tentativa de dogmatizar aquilo que não pode ser dogmatizado, vale dizer,

259 LADRIÈRE, Jean. *L'Éthique dans l'Univers de la Rationalité*. Québec: Éditions Fides, 1997. p. 155.

260 CASTILLO, Monique. *La Responsabilité des Modernes. Essai sur l'universalisme kantien*. Paris : Éditions Kimé, 2007, p. 245.

o comportamento de um agente moral. Falta na bioética principialista uma teoria propriamente ética, que possibilite uma unidade sistemática na sua aplicação, isto porque esses três princípios originam-se em três matrizes diferentes da filosofia moral: o da beneficência nasce do utilitarismo de Stuart Mill; o da autonomia, da filosofia moral de Emanuel Kant e o da justiça, do contratualismo de John Rawls.

Torna-se vã a tentativa de ordenar e prever todas as situações humanas em torno de princípios abstratos, desencarnados da real situação da pessoa humana. A determinação da responsabilidade pressupõe, assim, um procedimento racional que não se satisfaz com a subsunção, mas é mais sofisticado, pois exige a consideração de dois momentos. O primeiro momento considera um princípio moral universal: a ação para ser moral deve ser universalizável não negando o respeito devido a todos os indivíduos; o segundo momento considera que as ações somente serão responsáveis e boas quando avaliam as condições e as possíveis conseqüências da intervenção no mundo da vida.²⁶¹

Esse paradigma ético, que Junges ressalta deitar as suas raízes no personalismo, mostra um novo caminho para o estabelecimento da responsabilidade no campo da engenharia genética. Não se trata mais na fixação da responsabilidade através de um processo de subsunção do caso a um princípio abstrato. O procedimento exigido é mais sofisticado, pois se volta para a prática da virtude ou da atitude moral que se assume diante da pesquisa, do paciente e da natureza. Abandona-se, portanto, a casuística dos comitês de bioética, e constrói-se em seu lugar um modelo em que a prática das virtudes substitua os mecanismos abstratos e intelectuais. Esse é o grande desafio para a teoria da responsabilidade na sociedade tecnocientífica: considerar a dignidade da pessoa humana como a categoria primordial da Bioética, a servir como princípio em torno do qual se procura responder à pergunta sobre o tipo de pessoa que queremos ser e qual a sociedade que pretendemos construir.

261 JUNGES, José Roque. Bioética, perspectivas e desafios. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999, p. 69-70.

PARTE II – ESTUDO DE CASOS CONCRETOS DE APLICAÇÕES DA FILOSOFIA DO DIREITO NAS DECISÕES JUDICIAIS

11. A DECISÃO DO STJ SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE, NO CASO DA FAVELA DO PULLMAN, VISTA SOB A FUNDAMENTAÇÃO DE TOMÁS DE AQUINO

11.1 Considerações Iniciais

A função social da propriedade é um dos temas tormentosos do direito civil. Rios de tinta já foram gastos para tentar definir os contornos do que seria essa função social. Sendo o nosso um sistema jurídico de viés eminentemente voluntarista, centrado no instituto do direito subjetivo, a função social da propriedade aparece primordialmente como uma limitação externa ao direito, mais do que algo que seja inerente à estrutura do próprio direito.

O presente tópico procura, a partir de um acórdão do Superior Tribunal de Justiça, já transitado em julgado, em que se reconheceu a prevalência da posse com função social sobre a propriedade sem função social na Favela do Pullman, em São Paulo, discutir os fundamentos teóricos da função social da propriedade, tal como esta vem estabelecida na Constituição da República, verificando em que medida e sob que argumentos a propriedade obriga.

Para tanto, buscou-se um referencial teórico-filosófico no pensamento de Tomás de Aquino acerca da propriedade e da função social da apropriação dos bens exteriores. Intenta-se aqui responder a quatro perguntas básicas: a) existe uma função social dos bens?; b) existe um direito dos homens à apropriação em comum dos bens exteriores, sem especificação de direito de propriedade

particular por parte de indivíduos, famílias ou grupos, ou seja, os bens exteriores devem se destinar a uma finalidade comum?; c) se os bens exteriores são destinados aos homens em comum, quais são os fundamentos pelos quais é lícito possuir as coisas como próprias?; d) válidas as duas afirmativas anteriores, essas assertivas se aplicam a toda sorte de bens ou somente àqueles que não fossem bem administrados, supérfluos ou que, por qualquer razão, pela extensão ou pelo mau uso, prejudicarem a outrem?

No item 9.2 do tópico, far-se-á uma apresentação do acórdão, sua diminuta fundamentação e as perplexidades que ele encerra. No item 9.3, discute-se o ponto de partida da nossa reflexão, ou seja, a teoria aristotélica da propriedade e sua fundamentação na sociedade política. No item 9.4, far-se-á a apresentação teórica do pensamento de Tomás de Aquino acerca da propriedade e, finalmente, no item 9.5, serão apresentados os fundamentos teóricos a nosso ver mais relevantes para a função social da propriedade, superando-se um certo anacronismo teórico que ainda concebe o direito de propriedade como um direito meramente subjetivo.

11.2 Um Caso Paradigmático: a Prevalência da Posse com Função Social Sobre a Propriedade sem Função Social na Favela do Pullman, em São Paulo

A mudança cada vez mais vertiginosa das relações sociais e dos processos produtivos acarreta a rápida obsolescência das regras fixas, a reger realidades que já se transmudaram e não se compatibilizam mais à previsão legal.

Um caso paradigmático para a fixação das balizas do que seriam os fundamentos teóricos do direito de propriedade é o ocorrido na favela do Pullman, em São Paulo, em que o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou que, naquele caso, haveria uma prevalência da posse com função social sobre a propriedade sem função social, decisão posteriormente confirmada pelo Superior Tribunal de

Justiça e transitada em julgado ²⁶².

Na hipótese se propôs uma ação de reivindicação para obter a desocupação de vários lotes de terreno urbano ocupados, nos quais foram erguidas habitações e realizadas benfeitorias para fins de moradia. Eram objetos do direito de propriedade reivindicado nove lotes situados em uma favela consolidada, a chamada Favela do Pullman, cuja ocupação fora iniciada vinte anos antes. Esses terrenos estavam destinados originalmente para loteamento - Loteamento Vila Andrade - inscrito em 1955, com previsão de serviços de luz e água. Não se aplicava a esta situação jurídica a usucapião especial urbana porque, quando se instaurou a nova ordem constitucional, a ação reivindicatória já estava proposta havia três anos. No caso em questão, o juiz deveria analisar a demanda com fundamento no Código Civil de 1916, que estava em vigor à época. Não podendo excepcionar esgrimindo a futura usucapião especial, a lógica jurídica estritamente civil e exegética obrigou o juiz a emitir uma sentença para ordenar a desocupação do imóvel, somada ao pagamento relativo à indenização e sem que os destinatários tivessem o direito a transacionar as obras e melhoria que haviam realizado nos terrenos.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não obstante, afastando-se do esquema jurídico civilístico tradicional, reformou a sentença e deu ganho de causa aos apelantes, argumentando:

“Loteamento e lotes urbanos são fatos e realidades urbanísticas. Só existem, efetivamente, dentro do contexto urbanístico. Se são tragados por uma favela consolidada, por força de uma certa erosão social deixam de existir como

262 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 75.659-SP. Civil e Processual. Ação Reivindicatória. Terrenos de Loteamento situados em área favelizada. Perecimento do direito de propriedade. Abandono. CC, arts. 524, 589, 77 e 78. Matéria de fato. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. I. O direito de propriedade assegurado no art. 524 do Código Civil anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística, consubstanciando a hipótese prevista nos arts. 589 *o/c* 77 e 78, da mesma lei substantiva. II. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” - Súmula n. 7-STJ. III. Recurso especial não conhecido. Brasília, 21 de junho de 2005. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 18.05.2008.

loteamento e como lotes.

A realidade concreta prepondera sobre a 'pseudo realidade jurídico-cartorária'. Esta não pode subsistir, em razão da perda do objeto do direito de propriedade. Se um cataclisma, se uma erosão física, provocada pela natureza, pelo homem ou por ambos, faz perecer o imóvel, perde-se o direito de propriedade.

É o que se vê do art. 589 do Código Civil, com remissão aos arts. 77 e 78.

Segundo o art. 77, perece o direito perecendo o seu objeto. E nos termos do art 78, I e III, entende-se que pereceu o objeto do direito quando perde as qualidades essenciais, ou o valor econômico; e quando fica em lugar de onde não pode ser retirado.

No caso dos autos, os lotes já não apresentam suas qualidades essenciais, pouco ou nada valem no comércio; e não podem ser recuperados, como adiante se verá.

É verdade que a coisa, o terreno, ainda existe fisicamente.

Para o direito, contudo, a existência física da coisa não é o fator decisivo, consoante se verifica dos mencionados incisos I e III do art. 78 do CC. O fundamental é que a coisa seja funcionalmente dirigida a uma finalidade viável, jurídica e economicamente.

Pense-se no que ocorre com a denominada desapropriação indireta. Se o imóvel, rural ou urbano, foi ocupado ilicitamente pela Administração Pública, pode o particular defender-se logo com ações possessórias ou dominiais. Se tarda e ali é construída uma estrada, uma rua, um edifício público, o esbulhado não conseguirá reaver o terreno, o qual, entretanto, continua a ter existência física. Ao particular, só cabe ação indenizatória.

Isto acontece porque o objeto do direito transmudou-se. Já não existe mais, jurídica, econômica e socialmente, aquele fragmento de terra do fundo rústico ou urbano. Existe uma outra coisa, ou seja, uma estrada ou uma rua, etc. Razões econômicas e sociais impedem a recuperação física do antigo imóvel.

Por outras palavras, o *ius reivindicandi* (art. 524, parte final, do CC) foi suprimido pelas circunstâncias acima apontadas. Essa é a doutrina e a jurisprudência consagradas há meio século no direito brasileiro.”

Prossegue o acórdão afirmando que:

No caso dos autos, a retomada física é também inviável.

O desalojamento forçado de trinta famílias, cerca de cem pessoas, todas inseridas na comunidade urbana muito maior da extensa favela, já consolidada, implica uma operação cirúrgica de natureza ético-social, sem anestesia,

inteiramente incompatível com a vida e a natureza do Direito. É uma operação socialmente impossível.

E o que é socialmente impossível é juridicamente impossível. (...) Por aí se vê que a dimensão simplesmente normativa do Direito é inseparável do conteúdo ético-social do mesmo, deixando a certeza de que a solução que se revela impossível do ponto de vista social é igualmente impossível do ponto de vista jurídico.

9- O atual direito positivo brasileiro não comporta o pretendido alcance do poder de reivindicar atribuído ao proprietário pelo art. 524 do CC.

A leitura de todos os textos do CC só pode se fazer à luz dos preceitos constitucionais vigentes. Não se concebe um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal, ou que se desenvolva paralelamente a ela.

As regras legais, como se sabe, se arrumam de forma piramidal.

Ao mesmo tempo em que manteve a propriedade privada, a CF a submeteu ao princípio da função social (arts. 5º, XXII e XXIII; 170, II e III; 182, 2º; 184; 186; etc.).

Esse princípio não significa apenas uma limitação a mais ao direito de propriedade, como, por exemplo, as restrições administrativas, que atuam por força externa àquele direito, em decorrência do poder de polícia da Administração.

O princípio da função social atua no conteúdo do direito. Entre os poderes inerentes ao domínio, previstos no art. 524 do CC (usar, fruir, dispor e reivindicar), o princípio da função social introduz um outro interesse (social) que pode não coincidir com os interesses do proprietário.

(...) Assim, o referido princípio torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio, cabendo ao Judiciário dar-lhe a necessária e serena eficácia nos litígios graves que lhe são submetidos.

10 - No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercitado, pelos autores e por seus antecessores, de forma anti-social. O loteamento - pelo menos no que diz respeito aos nove lotes reivindicados e suas imediações - ficou praticamente abandonado por mais de 20 (vinte) anos; não foram implantados equipamentos urbanos; em 1973, havia árvores até nas ruas; quando da aquisição dos lotes, em 1978/9, a favela já estava consolidada. Em cidade de franca expansão populacional, com problemas gravíssimos de habitação não se pode prestigiar tal comportamento de proprietários.

O *ius reivindicandi* fica neutralizado pelo princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece a eventual pretensão indenizatória em favor dos proprietários, contra quem de direito.

O Superior Tribunal de Justiça, referendando a decisão da segunda instância paulista, considerou que o artigo 524 do Código Civil de 1916 tinha de ser interpretado em consonância com os artigos 589, 77 e 78 do mesmo Código, os quais prevêm que se perde a propriedade imóvel pelo abandono, arrecadando-se esse como bem vago, passando ao domínio do Estado em que se achar; e que perece o direito, perecendo seu objeto, entendendo-se que pereceu o objeto quando este perde suas qualidades essenciais ou o seu valor econômico.

Entendeu aquele Tribunal que, quando do ajuizamento da ação reivindicatória, era impossível reconhecer, realmente, que os lotes ainda existiam em sua configuração original, em face do abandono, desde a criação do loteamento. Deste modo, perdida a identidade do bem, o seu valor econômico, a sua confusão com outro fracionamento imposto pela favelização, resultava então a impossibilidade de sua reinstalação como bem jurídico no contexto atual, sendo o caso, indubitavelmente, de perecimento do direito de propriedade. Considerou ainda o Superior Tribunal de Justiça que, embora o art. 589, parágrafo 2º do Código Civil de 1916, falasse em “arrecadação do bem vago” em proveito do Estado, esse procedimento formal cederia à realidade fática em proteção aos posseiros. Na prática, considerou o Tribunal que desapareceu a propriedade dos autores da reivindicatória, subsistindo tão-somente a possibilidade de, porventura, uma pretensão indenizatória contra eventuais terceiros obrigados não participantes da demanda.

Como é corrente nas decisões dos Tribunais brasileiros, o importante acórdão não discorre sobre aquilo que está implícito na decisão: uma nova teoria da proteção possessória que é o coerente desenvolvimento de uma nova teoria da posse na qual a valorização do elemento subjetivo contribui para a teorização de uma autonomia da posse em relação à propriedade. A posse, como instituto autônomo, não dependente da propriedade (como imaginava Ihering em sua teoria “objetiva”), mas responde às novas exigências sociais, criando uma janela através da qual o fato vem reconhecido no ordenamento jurídico e valorado em relação à exigência básica, existencial do indivíduo. O acórdão, intuindo não obstante essas considerações sociais e existenciais, aferra-se ao formalismo da perda da realidade jurídica do loteamento e, por decorrência, a própria perda do objeto do direito de propriedade pelo abandono, considerando-se que perece o

direito quando perecem as qualidades ou o valor econômico do objeto.

Entretanto, as perguntas que devem ser feitas, para a plena inteligibilidade do *decisum*, são aquelas relativas aos fundamentos teóricos da função social da propriedade. A primeira delas é a concernente a se saber se existe um direito dos homens à apropriação em comum dos bens exteriores, sem especificação de direito de propriedade particular por parte de indivíduos, famílias ou grupos, ou seja, se os bens exteriores devem se destinar a uma finalidade comum. O acórdão quer fazer crer que sim, ao dispor que, para o direito, a existência física da coisa não é o fator decisivo, mas sim que a coisa seja funcionalmente dirigida a uma finalidade viável, jurídica e economicamente. Exemplifica ao dizer que, na desapropriação indireta, se o imóvel é ocupado pela Administração Pública, mesmo que ilicitamente, e ali é construída uma estrada, uma rua, um edifício público, não é possível ao particular reaver mais o terreno, porque ali ele foi destinado a uma finalidade coletiva, cabendo a este tão-somente o direito à indenização. O objeto do direito transmuda-se. Não existe mais, jurídica, econômica e socialmente, aquele fragmento de terra do fundo rústico ou urbano. Existe uma outra coisa, ou seja, uma estrada ou uma rua, etc. Razões econômicas e sociais impedem a recuperação física do antigo imóvel. O *ius reivindicandi* impossibilita-se.

Analogamente, se um terreno deixa de ser utilizado pelo proprietário por mais de 20 anos e é ocupado por trinta famílias que aí moram, valorizam-no pelo trabalho e realizam benfeitorias, deixa de existir como realidade jurídica:

Loteamento e lotes urbanos são fatos e realidades urbanísticas. Só existem, efetivamente, dentro do contexto urbanístico. Se são tragados por uma favela consolidada, por força de uma certa erosão social deixam de existir como loteamento e como lotes.

A realidade concreta prepondera sobre a 'pseudo realidade jurídico-cartorária'. Esta não pode subsistir, em razão da perda do objeto do direito de propriedade.

Caracterizado que a finalidade comum é insita ao direito de propriedade, a pergunta a ser respondida a seguir é a de que, sendo a primeira premissa verdadeira, de que os bens exteriores são destinados aos homens em comum, quais são os fundamentos pelos quais é lícito possuir as coisas como próprias? O acórdão parece indicar que determinada forma de uso não legitimaria o direito à propriedade:

Assim, o referido princípio torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio, cabendo ao Judiciário dar-lhe a necessária e serena eficácia nos litígios graves que lhe são submetidos.

No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercitado, pelos autores e por seus antecessores, de forma anti-social. O loteamento - pelo menos no que diz respeito aos nove lotes reivindicados e suas imediações - ficou praticamente abandonado por mais de 20 (vinte) anos; não foram implantados equipamentos urbanos.

Por outro lado, outra forma de atuação sobre a coisa legitimaria a sua apreensão como própria:

No caso dos autos, a coisa reivindicada não é concreta, nem mesmo existente. É uma ficção.

Os lotes de terreno reivindicados e o próprio loteamento não passam, há muito tempo, de mera abstração jurídica. A realidade urbana é outra. A favela já tem vida própria, está, repita-se dotada de equipamentos urbanos. Lá vivem muitas centenas, ou milhares, de pessoas. Só nos locais onde existiam os nove lotes reivindicados residem 30 famílias. Lá existe uma outra realidade urbana, com vida própria, com os direitos civis sendo exercitados com naturalidade. O comércio está presente, serviços são prestados, barracos são vendidos, comprados, alugados, tudo a mostrar que o primitivo loteamento hoje só tem vida no papel.

Respondidas essas indagações, deve-se esclarecer se tais premissas aplicar-se-iam a toda sorte de bens ou somente àqueles que não fossem bem administrados, supérfluos ou que, por qualquer razão, pela extensão ou pelo mau uso, prejudicarem a outrem.

Deste modo, resumindo o anteriormente dito, o esclarecimento acerca de quais são os fundamentos teóricos da função social da propriedade passa pela resposta a esses quatro questionamentos: a) existe uma função social dos bens?; b) existe um direito dos homens à apropriação em comum dos bens exteriores, sem especificação de direito de propriedade particular por parte de indivíduos, famílias ou grupos, ou seja, os bens exteriores devem se destinar a uma finalidade comum?; c) se os bens exteriores são destinados aos homens em comum, quais são os fundamentos pelos quais é lícito possuir as coisas como próprias?; d) válidas as duas afirmativas anteriores, essas assertivas se aplicam a toda sorte de bens ou somente àqueles que não fossem bem administrados, supérfluos ou

que, por qualquer razão, pela extensão ou pelo mau uso, prejudicarem a outrem?

Para que seja possível responder a tais indagações, é necessário, quero crer, retroagir aos pensadores que também procuraram, nas condições do passado mas com a perspectiva filosófica do futuro, fazer frente a tais perplexidades e, particularmente, à filosofia de Tomás de Aquino no que concerne à matéria da propriedade.

11.3 O Ponto de Partida Aristotélico

Para falar da concepção de direito e justiça em Tomás de Aquino, é mister retornar ao seu ponto de partida, a filosofia aristotélica e a concepção dos gregos acerca do direito.

Para os gregos, o direito é um objeto exterior ao homem, uma coisa, a mesma coisa justa (*ipsa iusta res*) que constitui o término do atuar justo de uma pessoa, a finalidade da virtude da justiça. A conduta justa do homem justo (*dikaiois*) é a justiça em mim, subjetiva, enquanto que o direito (*dikaion*) é a justiça fora de mim, no real, a própria coisa justa, objetiva. O direito está assim fora do homem, *in re*, nas coisas justas, de acordo com uma determinada proporção, o justo meio objetivo.

O direito é, desta forma, uma relação entre substâncias, por exemplo, entre casas e somas em dinheiro que, numa cidade, repartem-se entre seus proprietários. O direito é, com efeito, uma coisa exterior que se extrai de uma natureza relacional entre duas ou mais pessoas que disputam bens, encargos e honras.

Assim, em um litígio, o direito será a justa parte que corresponde a cada uma das pessoas envolvidas nele, o que significa reconhecer que não somente resulta impossível concebê-lo à margem das relações interpessoais (por exemplo, na solidão de Robinson Crusoe em sua ilha) senão que, também, este direito é

necessariamente finito, limitado (é a parte justa de uma relação concreta).²⁶³

Aristóteles intenta, em *Ética a Nicômaco*, formular uma definição universal de justiça (*dikaiosunē*). A justiça (*dikaiosunē*) pode ser definida em dois sentidos principais denominados justiça geral e justiça particular. Por justiça geral, designa-se por justo toda conduta que parece conforme à lei moral; e, nesse sentido, a justiça inclui todas as virtudes, é uma virtude universal. Aristóteles não rejeitou totalmente essa aceção ampla, antes mostrou a sua razão de ser por que podíamos ser levados a qualificar toda virtude, mesmo a temperança e a coragem, com a palavra justiça. O sentido geral de justiça corresponde, deste modo, à condição que os gregos chamavam *dikaios*, o homem justo. O qualificativo *dikaios* expressava a pessoa que possuía uma superioridade moral em relação à maioria das outras por ter adquirido o conjunto das virtudes morais.

Aristóteles observava que esse sentido geral de justiça não tinha uma relação direta com o direito, uma vez que não cabia aos juízes conduzir os cidadãos à perfeição moral, mas resolver os seus litígios relativos aos bens e cargas presentes na vida social. A justiça geral, nessa aceção larga, aplica-se a toda conduta conforme à lei moral; nesse sentido a justiça geral é a própria moralidade, inclui todas as virtudes, é a virtude universal.

A justiça particular, pelo contrário, é uma parte da justiça geral e, tomada nesse sentido, não se refere ao *dikaios* (o homem justo), mas ao *to dikaion* (a coisa justa). Uma pessoa teria a virtude da justiça em sentido particular se praticasse o justo, não se fosse justo: repetindo, o *dikaios* seria a justiça em mim, subjetiva; o *dikaion* é a justiça fora de mim, na realidade, objetiva. Da constatação e estudo da virtude da justiça particular à definição da tarefa judicial vai pouco espaço: analisar a justiça particular é definir a arte do direito.

O ato próprio da justiça particular é não ficar com mais, nem com menos do que lhe corresponde, de modo que seja bem realizada, numa comunidade social, a repartição dos bens e das cargas. Dizemos de um homem que ele é *justo*

263 CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi. La filosofía jurídica de Michel Villey. Pamplona : Universidad de Navarra, 1990, p. 158/160.

especialmente para significar que ele tem o hábito de não tomar mais do que a sua parte dos bens que se disputam em um grupo social ou menos que sua parte do passivo, dos encargos, do trabalho.

A definição do direito traça os três aspectos essenciais da tarefa judicial ou da arte do direito: 1) a repartição, b) os bens externos, c) o grupo social. A repartição é o objetivo da arte do direito; os bens externos a sua matéria; e o grupo social o seu campo de aplicação.

O *dikaion* (direito), em grego clássico, é uma palavra de gênero neutro, que indica uma coisa e não uma pessoa. Significa, portanto, a coisa justa, e não a pessoa justa. A coisa justa é aquela que deve ser atribuída à pessoa que a merece. A conduta justa do homem justo (*dikaios*) é a justiça em mim, subjetiva, o direito (*dikaion*) é a justiça fora de mim, no real, a própria coisa justa, objetiva. O direito está assim fora do homem, *in re*, nas coisas justas, de acordo com uma determinada proporção, o justo meio objetivo.

Em um litígio, o direito será a justa parte que corresponde a cada uma das pessoas envolvidas nele. Pode ser uma vantagem ou uma desvantagem. Na visão aristotélica, a atribuição de uma sanção é um direito. Por exemplo: o direito penal não tem por função - ainda que alguns o pretendam - proibir o homicídio, o roubo ou o infanticídio; essas proibições competem à moral. Um jurado ou o Código Penal repartem as penas, a cada um a pena que lhe corresponde.

O *to dikaion* é uma proporção (reconhecida como boa) entre coisas repartidas entre pessoas; um proporcional (termo neutro), um *analagon*. O direito consiste numa igualdade, um igual (*ison*).

Aristóteles acrescenta também ao *to dikaion* o justo meio (*meson*). O justo meio é o que exige maior esforço. É mais fácil deixar completamente de beber do que ficar na medida justa. O justo meio não é uma baixada, mas um pico, o mais difícil de atingir, entre dois lados de facilidade. A virtude da justiça está no justo meio: se sou justo é porque eu não sou nem muito ávido de aumentar minha parte, nem muito desleixado para não fazer valer meus direitos. O direito é, pois, um “meio”, um justo meio objetivo, nas coisas, *in re*.

Para os gregos, o *kosmos* é ordenado, implica uma ordem. O mundo não é somente constituído de causas eficientes ou por suas causas materiais, mas também por causas formais ou finais. Como o vaso do oleiro, ele é formado em função de uma finalidade. Pode-se dizer que cada ser particular tem uma natureza. E esta natureza é o que este deve ser, sua forma, seu fim, segundo o plano da Natureza. Como explica Aristóteles:

A sociedade que se formou da reunião de várias aldeias constitui a Cidade, que tem a faculdade de se bastar a si mesma, sendo organizada não apenas para conservar a existência, mas também para buscar o bem-estar. Esta sociedade, portanto, também está nos desígnios da natureza, como todas as outras que são seus elementos. Ora, a natureza de cada coisa é precisamente seu fim. Assim, quando um ser é perfeito, de qualquer espécie que ele seja - homem, cavalo, família -, dizemos que ele está na natureza. Além disso, a coisa que, pela mesma razão, ultrapassa as outras e se aproxima mais do objetivo proposto deve ser considerada a melhor. Bastar-se a si mesma é uma meta a que tende toda a produção da natureza e é também o mais perfeito estado²⁶⁴

Num sentido próximo, a palavra natureza pode também designar esse princípio, essa força, esse instinto inato que, segundo tal filosofia, impulsiona o ser a realizar seu fim. A observação da natureza é, portanto, mais que a observação dos fatos da ciência moderna. *Não é neutra e passivamente descritiva, implica o discernimento ativo dos valores.* Isso equivale a distinguir o que é justo segundo a natureza do que é, do mesmo ponto de vista, ruim e injusto.

Aristóteles distinguia duas fontes das quais o direito poderia provir: a natureza (*physis*) e o convênio humano (*nomos*). O direito natural é a coisa justa proveniente da natureza das coisas tomada em si mesma e também no modo em que se encontram dispostas na vida social. O direito positivo é a coisa justa posta, estabelecida socialmente pelo convênio humano, em consonância com o que se percebe na natureza. A solução jurídica de um caso concreto deve, normalmente, ser obtida através do recurso conjunto a estas duas fontes, que não são consideradas opostas, mas complementares: por um lado o estudo da natureza e, num segundo momento, a precisa determinação do legislador ou do juiz. Não há, portanto, oposição entre o justo natural e as leis escritas do Estado;

264 ARISTÓTELES. A Política. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 4.

ao contrário, as leis do Estado exprimem e completam o justo natural. O direito natural é um método experimental. O direito natural para Aristóteles é flexível, não tem conclusões rígidas, avança por posições flutuantes e mais ou menos vagas.

Aristóteles distingue as duas espécies de operações onde a justiça procura se exercer: a justiça distributiva e a justiça comutativa.

O ofício primeiro da justiça é o de proceder à distribuição dos bens, das honras e dos encargos públicos entre os membros da *polis*. Nas distribuições, o devido se determina em relação à finalidade do repartido e à relação dos sujeitos com essa finalidade. O que mede a igualdade da repartição é a proporção entre os sujeitos distintos e os bens repartidos. A igualdade no tratamento dos doentes não está em dar a todos eles os mesmos medicamentos, mas está em dar a cada um os medicamentos de que necessita. Essa é a igualdade proporcional, uma igualdade geométrica entre duas frações.

Na tarefa de atribuir um determinado benefício ou uma determinada carga a uma pessoa, é preciso, em primeiro lugar, atentar para o objetivo que aquele benefício ou carga vem a cumprir na conjuntura social em que se encontra e, num segundo momento, verificar se aquela pessoa ocupa uma situação social condizente com a finalidade inscrita ao benefício ou à carga naquela conjuntura social. Deste modo, a justiça distributiva consiste em tratar os verdadeiramente iguais como iguais e os desiguais como desiguais na medida em que se desigualam.

São os seguintes os critérios da distribuição: a) a condição; b) a capacidade das pessoas em relação aos encargos; c) a aporção de bens à coletividade e d) a necessidade.

A condição terá relevância quando em uma coletividade existam diversas formas ou tipos pertencentes a ela (classes e membros) Ex: é diferente na família a condição do pai e do filho. Ao pai se deve então coisas diversas (respeito, obediência etc.). Também em relação às funções diversas ocupadas pelos distintos membros da coletividade são pertinentes coisas diversas. Corresponde a cada qual o que pertence à sua função.

A proporção de justiça, no que atine à capacidade das pessoas em relação aos encargos, consiste em impor as cargas e distribuir as funções proporcionalmente à capacidade. Ex: correção da tabela de imposto de renda, não se taxando o mínimo existencial como renda tributável.

Na aporção de bens à coletividade é justo que quem mais aporta à coletividade deve receber mais. Ex: é justo que quem mais trabalha receba um maior salário.

Finalmente, na necessidade, é justo que receba mais quem mais o necessita. Mas só é justo esse critério quando a necessidade está em relação com a finalidade da coletividade e se combina com os restantes critérios. Quando não se dão as indicadas condições, o remédio da necessidade não é próprio da justiça, senão de outras virtudes como a solidariedade, a liberalidade ou a misericórdia.

A justiça comutativa é a outra espécie da justiça particular, a que zela pela retidão das trocas, pela igualdade aritmética em matéria de intercâmbio de bens. No intercâmbio de bens, a relação de igualdade dá-se quando a coisa que se deve dar é igual em quantidade e qualidade (ou valor) à que saiu da esfera do sujeito de atribuição. Na sanção em decorrência do intercâmbio de bens, o ofício do juiz é o de calcular uma restituição igual ao dano que foi suportado. A igualdade absoluta entre as coisas na justiça comutativa tem sua base na igualdade entre as pessoas, tal como se apresentam nessas relações de justiça. Em efeito, todas as pessoas se apresentam perante o outro em sua nuda condição, que é exatamente igual em todos. O campo de aplicação do justo é a cidade; para Aristóteles o direito se realiza levando-se em consideração o conjunto da cidade.

O direito antigo, assim pensado, não é rigorosamente individual; não supõe para o indivíduo somente um ativo, só vantagens; meu direito, isso que me deve ser dado, isso que eu mereço, não é “subjetivo”, não se refere somente a um indivíduo, implica necessariamente uma relação entre indivíduos. É o resultado de uma repartição. Na dicção de Aristóteles, o direito apenas é um atributo da minha pessoa, não é exclusivamente meu na medida em que é primordialmente o bem de outrem:

Considera-se que a justiça, e somente ela entre todas as formas de excelência moral, é o 'bem dos outros'; de fato, ela se relaciona com o próximo, pois faz o que é vantajoso para os outros, quer se trate de um governante, quer se trate de um companheiro da comunidade.²⁶⁵

O direito - o justo de cada um - emerge de uma repartição concreta, é uma proporção (justa, um igual [ison] ou analagon, termo gramaticalmente neutro). Essa igualdade expressa, consoante a matemática grega, uma cosmovisão integrada da totalidade, não a constatação de uma simples equivalência de fato entre quantidades, mas revela a harmonia, o valor do justo, uma certa ordem que se discerne no caso mesmo e que se acha em conexão, em última instância, com a ordem geral do mundo que é a matéria da justiça geral. O direito nesse contexto não é, senão, uma coisa exterior ao sujeito, uma certa igualdade que reside nas coisas, na realidade, in re, e que se extrai da observação da natureza:

É uma outra passagem da Ética, que trata do conhecimento do conteúdo da justiça. Sabe-se a primeira resposta de Aristóteles: nós extraímos, de resto, o justo da observação da natureza: ele é as leis constituídas segundo a natureza. Há um justo, há um direito natural. Ao método subjetivo, que pretende deduzir a justiça dos princípios da razão interna, vem se opor um outro método, que a procura fora de nós mesmos, no mundo exterior. Nós estamos aqui no coração da doutrina do direito natural (tradução livre).²⁶⁶

O direito não pode ser estimado senão do processo de interrogação da natureza, de tentar reencontrar a ordem que ela acolhe; ordem esta objetiva, e, portanto, jurídica. Para o direito antigo, só a natureza é suscetível de dar às questões dos juristas respostas substanciais.

No que concerne ao direito de propriedade, Aristóteles prevê três combinações entre a propriedade e o seu uso: a) propriedade privada e uso comum; b) propriedade comum e uso privado e c) propriedade e uso comuns.²⁶⁷ Ele não cogita da propriedade privada e de uso privado. Para Aristóteles, a justificação

265 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. Brasília : Universidade de Brasília, 2001, p. 93.

266 VILLEY, Michel. *Abrégé du droit naturel classique*. Archives de Philosophie du Droit. Paris, n. 06, p. 25-72, 1961, p. 45.

267 ARISTÓTELES. *A Política*. op. cit., p. 19-31.

da propriedade diz respeito à perspectiva da política, ou seja, ela é encarada como um requisito para a vida virtuosa do cidadão. Três são os argumentos desenvolvidos por Aristóteles na *Política* para justificar a propriedade. Na *Política*, I.4-10, ele defende a propriedade na perspectiva da casa; depois, na *Política* II.5, é discutido o sistema de propriedade que melhor convém à cidade; e, por fim, na *Política* VII.9-10, é estabelecida uma conexão entre propriedade e cidadania.

Na perspectiva da casa, Aristóteles apresenta uma justificação instrumental da propriedade: aquele que está à frente do governo da casa necessita da propriedade para desempenhar a sua função, a qual consiste em prover ao sustento desta. Três aspectos sobressaem no tratamento da propriedade nesse âmbito da casa: a propriedade é uma relação dominial, um dos poderes do senhor da casa sobre escravos, mulher e filhos; o segundo aspecto é o de que a propriedade é uma propriedade do senhor da casa, para realizar as funções desta e não do indivíduo enquanto tal; o terceiro aspecto é o de que essa aquisição da propriedade é natural em contraposição às aquisições artificiais, derivadas do comércio. Aristóteles contrasta a arte de aquisição que visa satisfazer às necessidades da casa e o caráter ilimitado das formas de aquisição próprias do comércio.²⁶⁸

Aristóteles condena a aquisição artificial ou crematística que ele identifica com o comércio. Esclarece que as coisas possuem dois usos, um que é próprio e conforme à sua destinação e outro desviado para algum outro fim. Para ele, o comércio é artificial e, assim, a propriedade deve assegurar uma vida boa e não se destina à troca ilimitada.²⁶⁹

Na *Política* II.5, Aristóteles justifica a propriedade já não no contexto da casa, mas no âmbito da cidade e intenta responder à seguinte pergunta: deve a propriedade ser tida em comum pelos cidadãos ou em privado?

268 BRITO, Miguel Nogueira de. A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional. Coimbra: Almedina, 2007, p. 69-71.

269 ARISTÓTELES. A Política. op. cit., p. 23.

Aristóteles justifica a sua preferência pela opção que consiste em combinar a propriedade privada e o uso comum com base nas seguintes razões: a) a propriedade comum dá origem a discussões e reclamações sobre o modo de distribuir as coisas; b) a propriedade comum favorece a negligência de cada um no tratamento das coisas de todos e, pelo contrário, a propriedade privada estimula que cada um se dedique ao que lhe é próprio; c) a propriedade privada estimula os prazeres naturais, em particular o amor próprio; d) a propriedade privada favorece a amizade, pelo prazer que constitui ajudar e obsequiar os amigos; e) a propriedade privada torna possível o exercício das virtudes, como a generosidade e a moderação.²⁷⁰

Deste modo Aristóteles professa o entendimento que a propriedade deve ser, de um modo geral, privada, mas comum quanto ao seu uso. O uso comum não altera a natureza essencialmente privada da propriedade, mas antes a pressupõe.

Assim, Aristóteles não é um defensor do caráter sagrado da propriedade privada. Impõem-lhe limites. Embora prefira, pelas razões apontadas atrás, a propriedade privada, combina-a com o uso comum e com a partilha não obrigatória do uso dos bens, assente no exercício da virtude da generosidade. Aliás, o Estado ideal de Aristóteles assegura alguns serviços públicos a todos os cidadãos, ricos ou pobres: educação, refeições, justiça e segurança. Cabe, também, aos cidadãos mais ricos a distribuição de uma parte das suas receitas pelos cidadãos mais pobres, não como uma exigência do Estado, mas como uma consequência dos bons costumes. Aristóteles dá o exemplo de Esparta, onde a posse da propriedade é individual, mas onde se faz o uso comum dela quando necessário. Aí, os escravos são usados em comum e, quando necessário, também os cavalos. Embora cada cidadão tenha a sua propriedade, uma parte dela é para uso dos amigos, outra parte para uso de todos e, por fim, uma terceira parte só para uso pessoal.

Finalmente, Aristóteles aponta uma outra razão de peso para explicar sua preferência pela propriedade privada dos bens e pelo seu uso comum: além do mais, há um imenso prazer gerado pela posse da propriedade. Outra razão

270 BRITO, Miguel Nogueira de. op. cit., p. 73.

derivada daquela é o prazer que os amigos tiram da ajuda prestada aos amigos. Aqui, Aristóteles invoca a importância da virtude da amizade para a vida boa e a *eudaimonia*. Sem propriedade privada, os amigos ver-se-iam incapazes de acudir às necessidades dos amigos e de colocar ao serviço deles alguns dos bens: um ponto adicional é que se tira grande prazer fazendo favores aos amigos, aos estranhos e aos sócios e isto só é possível quando se tem propriedade própria. Sem propriedades privadas, os cidadãos ficariam impedidos de exercer duas virtudes essenciais à vida boa: a amizade e a liberalidade.

Por fim, Aristóteles define o âmbito subjetivo da propriedade, ou seja, quem deve ser proprietário. Para Aristóteles, a cidadania deve ser restrita, no contexto da melhor cidade, àqueles que têm a capacidade natural, a virtude e a disponibilidade de desempenhar as funções militares e judicial-deliberativas. Segundo Aristóteles, é conveniente que as propriedades estejam em mãos dessas pessoas, pois é necessário que os cidadãos tenham uma abundância de recursos e estas pessoas (os militares e os que deliberam) são os cidadãos. As classes vulgares, dos trabalhadores manuais, não participam da cidadania. Por outro lado, a felicidade da cidade, necessariamente acompanhada da virtude, deve ser extensível a todos os cidadãos e não apenas a alguns. Assim, na cidade ideal, todos os cidadãos devem ser proprietários e apenas eles o devem ser, tanto mais que os membros das classes vulgares são escravos ou estrangeiros.²⁷¹

Para Aristóteles, a propriedade justifica-se no âmbito da política e os regimes políticos são naturais. Se a política tem como finalidade a vida justa e feliz, isto é, a vida propriamente humana digna de seres livres, então é inseparável da ética. É inconcebível para ele a ética fora da comunidade política, pois nela a natureza ou essência humana encontra sua realização mais alta. Aristóteles valoriza a *praxis* definindo-a como ação voluntária de um agente racional em vista de um fim considerado bom. A *praxis* por excelência é a política. Considerava ele na *Ética a Nicômaco*:

Se, em nossas ações, há algum fim que desejamos por ele mesmo e os outros são desejados só por causa dele, e se não escolhemos indefinidamente alguma coisa em vista de uma outra (pois, nesse caso, iríamos ao infinito e nosso

271 BRITO, Miguel Nogueira de. op. cit., p. 76/77.

desejo seria fútil e vão), é evidente que tal fim só pode ser o bem, o melhor dos bens. Se assim é, devemos abarcar, pelo menos em linhas gerais, a natureza do Bem e dizer de qual saber ele provém. Consideramos que ele depende da ciência suprema e arquetônica por excelência. Ora, tal ciência é manifestamente a política, pois é ela que determina, entre os saberes, quais são os necessários para as Cidades e que tipos de saberes cada classe de cidadãos deve possuir... A política se serve das outras ciências práticas e legisla sobre o que é preciso fazer e do que é preciso abster-se; assim sendo, o fim buscado por ela deve englobar os fins de todas as outras, donde se conclui que o fim da política é o bem propriamente humano. Mesmo se houver identidade entre o bem do indivíduo e o da Cidade, é manifestamente uma tarefa muito mais importante e mais perfeita conhecer e salvaguardar o bem da Cidade, pois o bem não é seguramente amável mesmo para um indivíduo, mas é mais belo e mais divino aplicado a uma nação ou à Cidade.²⁷²

Assim, Aristóteles subordina o bem do indivíduo ao bem da *polis*. Esse vínculo interno entre ética e política significava que as qualidades das leis e do poder dependiam das qualidades morais dos cidadãos e vice-versa, das qualidades da Cidade dependiam as virtudes dos cidadãos. Somente na Cidade boa e justa os homens poderiam ser bons e justos; e somente homens bons e justos são capazes de instituir uma Cidade boa e justa.

Deste modo, para Aristóteles não há virtude sem propriedade, mas, ao mesmo tempo, não há propriedade sem virtude. Para Aristóteles há um caráter inconciliável entre comércio e vida política e, pelo contrário, uma conexão íntima entre a casa como unidade econômica e a cidade. A aquisição ilimitada, característica do comércio, é inconciliável com a vida política orientada para a virtude.²⁷³

Portanto, Aristóteles coloca limites à propriedade privada, submetendo-a ao interesse comum. Aliás, toda a ética aristotélica constitui a defesa da primazia do bem comum face aos interesses particulares. Ele distancia-se de Platão ao estabelecer os requisitos para a unidade cívica da *polis*. Esta não passaria, como

272 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. op. cit., p. 17.

273 BRITO, Miguel Nogueira de. op. cit., p. 88.

para Platão, pelo estabelecimento de leis forçando o comunismo, mas por uma educação pública através da qual se forma o caráter dos cidadãos e, ao mesmo tempo, se permite que os mesmos atuem com independência, designadamente através do controle de sua propriedade. Uma vez que a educação ética constitui uma tarefa absolutamente necessária ao processo de aquisição das virtudes do caráter pelas novas gerações, tal empreendimento não pode ser deixado entregue apenas às famílias. Aristóteles defende que a educação deve ser uma tarefa da *polis* e que as leis devem ser um instrumento de promoção das virtudes do caráter, punindo, quando necessário, os comportamentos considerados vis e exortando as pessoas a obedecerem à retidão, impondo os necessários corretivos a quem se desviar dela.

Em conclusão, para Aristóteles a propriedade encontra-se subordinada à política, é condição necessária de existência da *polis* e, precisamente por esta razão, a cidade não pode violar as vidas privadas dos cidadãos e deve respeitar a sua propriedade, sob pena de subverter as bases de sua própria existência.²⁷⁴

11.4 A Propriedade em Tomás de Aquino

Resgatando o pensamento grego, Tomás de Aquino considera também que a natureza humana age em direção a um fim. Esse fim, porém, não é apenas a realização do homem na *polis*, a *eudaimonia*. O finalismo de Tomás de Aquino não termina na perfeição do Estado. Para Tomás, o animal vive e o homem *vive para*. Não apenas para a *polis*, mas para um destino superior e transcendente: o novo céu e a nova terra. É o prestígio, o engrandecimento e, ao mesmo tempo, a superação da filosofia grega. Para ele, a *civitas* é um meio, não um fim:

Sendo o fim último da vida humana a felicidade ou a beatitude (cujo objeto é o sumo bem, soberano e infinito - Q.2, art.VIII), há de por força, a lei dizer respeito, em máximo grau, à ordem da beatitude.

Demais a parte ordenando-se para o todo, como o imperfeito para o perfeito; e sendo cada homem parte da comunidade perfeita, necessária e propriamente, há de a lei dizer respeito

274 BRITO, Miguel Nogueira de. op. cit., p. 91.

à ordem para a felicidade comum.²⁷⁵

A referida ideia do homem como parte, estar subordinado ao todo social, é expressa em termos bastante semelhantes daqueles preconizados por Aristóteles. A subordinação moral do indivíduo à sociedade, a superioridade metafísica e moral do corpo social sobre o individual, do bem comum sobre o bem particular é perfeitamente fundamentada, eis que:

a sociedade desfruta, pois, de uma superioridade ontológica sobre o indivíduo. É graças a ela, com efeito, que o homem pode conservar-se, e expandir as fontes de sua natureza; o homem necessita do concurso da sociedade para ser plenamente homem. É graças a ela ainda que o homem pode desenvolver suas qualidades especiais e individuais como artesão, patrão, magistrado, homem político. Em uma palavra, a sociedade, na sua complexidade, realiza a perfeição máxima da espécie. Ela tem, pois, valor em si e por si; 'Ela é soberanamente digna de ser amada', e seu bem, sendo o bem da espécie, a coloca acima do bem dos indivíduos.²⁷⁶

Deste modo, em Tomás de Aquino não ocorre a diluição da pessoa dentro do contexto social. A superioridade do todo social só existe na medida em que proporciona às partes condições de, em conjunto, perfazendo o próprio todo, alcançar esse fim do modo mais perfeito. Assim, à autoridade social, na qualidade de representante desse todo, não é lícito exigir das partes subordinação naquilo que contrarie a ordem natural das mesmas partes relativamente aos fins a que se destinam. Entende assim Tomás de Aquino que toda lei contrária à razão é mais uma iniquidade que uma lei e, em tese, não obriga no foro da consciência:

As leis injustas podem sê-lo de dois modos. Um modo, por contrariedade ao bem humano... e o podem ser: pelo fim, como quando um chefe impõe leis onerosas aos súditos...; ou também pelo autor, quando impõe leis que ultrapassam o poder que lhe foi concedido; ou ainda pela forma, p. ex., quando impõe desigualdade, ônus ao povo... E estas são, antes, violências que leis, pois como diz Santo Agostinho, não se considera lei o que não for justo.

275 AQUINO, TOMÁS DE. *Suma Teológica*. I. II. v. 4. São Paulo: Edições Loyola, 2005, q. 90, a.2.

276 AQUINO, TOMÁS DE. *Suma Teológica*. I. II. v. 4. São Paulo: Edições Loyola, 2005, q. 50, 4.

Por onde tais leis não obrigam no foro da consciência, salvo, talvez, para evitar escândalo ou perturbações... (naturalmente, entendemos nós, quando isso venha a constituir um mal maior). De outro modo, as leis podem ser injustas por contrariedade com o bem divino... E tais leis de modo algum devem ser observadas, porque, como diz a Escritura, importa obedecer antes a Deus que aos homens.²⁷⁷

Na questão das relações entre o todo social e as pessoas que lhe são partes, o todo ali referido é do tipo prático, que se realiza em função de um fim, em virtude da consecução de um bem. Na verdade, é um conjunto de forças individuais, particulares, que se articulam e se unem sob uma ordem comum, na perspectiva de produzir um fim transcendente, superior a todas as energias particulares das quais ela é produto. Na verdade, seria a junção das partes, que se unem sob uma direção comum, formando um todo, visando uma realização coletiva. Assim, cada pessoa, sem renunciar à procura do seu próprio bem, contribui com a sua força, fornece parte da sua energia, submetendo-se consciente e voluntariamente ao conjunto e à sua finalidade.

A discussão da propriedade em Tomás de Aquino se dá nos quadros da lei natural, na qual tem a sua referência mais expressiva.

Consoante bem gizado por Daniel Pêcego, a definição tomista de lei é essencialmente “certa regra e medida dos atos, segundo a qual alguém é levado a agir ou apartar-se da ação”.²⁷⁸ Como a razão é a norma suprema dos atos humanos, cabendo a ela ordená-los ao fim, patenteia-se que a lei é algo pertencente à razão.

Nesse sentido, a lei natural nada mais é do que o exercício participativo da criatura racional na lei eterna, mediante certos princípios comuns. É natural porque não procede de fatores culturais, mas da estrutura psicológico-moral do ser humano. Por isso, pode ser dita universal e imutável. Pode ser definida como o

277 AQUINO, TOMÁS DE. Suma Teológica. I. II. v. 4. op. cit., q. 96, 4.

278 PÊCEGO, Daniel Nunes. A lei e a justiça na Suma Teológica. Revista Aquinate. Eletrônica. 2008, vol.6, p.160-178. ISSN 1808-5733. pp. 165/167. Disponível em <<http://www.aquinate.net/p-web/Revista-Aquinate/Artigos-pdf/Artigos-6-edicao/Artigo%209-Pecego.pdf>>. Acesso em 25.05.2008.

conjunto de leis racionais que expressam a ordem das tendências ou inclinações naturais aos fins próprios do ser humano, aquela ordem que é própria do homem enquanto pessoa. Por isso, Tomás poderá afirmar que os preceitos do Decálogo são os primeiros preceitos da lei, aos quais a razão natural presta imediato assentimento como aos princípios mais evidentes de todos.

O homem tem um ser objetivo e, na medida em que a ordem moral é a ordem do ser, a moralidade consiste em uma ordem objetiva e não um mero produto imanente da consciência. A lei natural expressa as exigências objetivas da natureza humana, necessidades de bem e de justiça. Essa lei natural tem papel semelhante, na razão prática, ao exercido pelos primeiros princípios indemonstráveis naturalmente conhecidos da razão teórica. A partir desses preceitos gerais da lei natural são produzidas conclusões para dispor mais particularmente das coisas. Uma das funções específicas da lei natural é de ser a base do ordenamento jurídico e da ordem política. Segundo Javier Hervada, o que é a Constituição para o sistema de leis positivas – critério de validade e inspiração – o é a lei natural em relação a todo o sistema.

Por isso também, a verdadeira lei, seja ela promulgada por toda a multidão, seja por quem lhe faz as vezes, sempre se ordena para o bem comum e não ao “fim do indivíduo enquanto tal”. Como ela é um ato da razão e apela à liberdade humana, demanda ser de algum modo conhecida, daí a necessidade de sua promulgação. A lei tem como efeito próprio tornar bons aqueles a quem ela é dada. Nesse sentido, é conveniente enumerar entre os atos próprios da lei o “ordenar” atos virtuosos, “proibir” atos viciados, “permitir” atos indiferentes e “punir”, induzindo a que seja obedecida.

O modo pelo qual o homem chega ao conhecimento da lei natural é assemelhado àquele pelo qual alcança o conhecimento dos primeiros princípios da razão especulativa. Não é um conhecimento infuso, inato ou dado por uma graça especial, nem mesmo um conhecimento dedutivo. São princípios auto-evidentes e indemonstráveis, cuja retidão a inteligência percebe imediatamente. O entendimento humano é capaz de conhecer verdadeiramente a lei natural ao conhecer a natureza humana e suas inclinações naturais.

Os meios de captação da lei natural não são o raciocínio e a argumentação, mas o conhecimento por evidência. A razão prática apenas transforma em preceito a inclinação natural. Assim, o que provém dos primeiros princípios por via de dedução é pertencente aos *ius gentium*. O que provém por determinação pertencerá à lei humana. A determinação é uma opção entre as distintas possibilidades que se abrem ao homem para cumprir muitos preceitos da lei natural. A conclusão dedutiva, porém, se dá através de um juízo silogístico prático.²⁷⁹

Embora apenas uma pequena seção da Suma Teológica seja especialmente consagrada ao tema da propriedade, a discussão desta se espraia, em oportunidades diversas, em todo o texto do Aquinate.

Como explicado, Tomás de Aquino afirma a base para o seu tratamento da lei natural em princípios auto-evidentes da prática consoante à reta razão. O primeiro princípio da razão prática é fundado sobre a noção de bem; o bem é o que todas as coisas procuram. Portanto, o bem é para ser feito e o mal evitado (*bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum*).²⁸⁰ Todos os outros preceitos da razão prática fundam-se nesse princípio. Esse princípio auto-evidente, interpretado pela razão prática dos homens, corresponde às inclinações naturais da humanidade. Deste modo, o homem, assim como todas as criaturas, visa à auto-preservação do seu próprio ser, consoante a sua natureza, e este preceito se coaduna com a lei natural.

Entretanto, naquilo que é pertinente à propriedade privada, a aplicação do princípio universal de fazer o bem e evitar o mal está sujeito às condições e às circunstâncias de cada caso. Em princípio, é justo e certo agir de acordo com a razão e a isso, por exemplo, segue-se que as mercadorias confiadas a outrem devem ser restituídas ao seu proprietário. Agora, isso é verdade para a maioria dos casos, mas pode acontecer que, em um caso específico, isso seria prejudicial e, por conseguinte, irrazoável. Deve-se arrestar, por exemplo, armamentos de estrangeiros, se eles são requeridos com a finalidade de lutar contra a pátria.²⁸¹

279 PÊCEGO, Daniel Nunes. *idem*.

280 AQUINO, TOMÁS DE. Suma Teológica. I. II. v. 4. *op. cit.*, q. 94, 2.

281 AQUINO, TOMÁS DE. Suma Teológica. I. II. v. 4. *op. cit.*, q. 94, 4.

Assim, há uma necessidade quanto aos bens de um exercício prático da sabedoria ou prudência, uma vez que os princípios gerais do direito natural não podem ser aplicados a todos os homens da mesma forma, tendo em vista a grande variedade de assuntos humanos e, conseqüentemente, surge a diversidade das leis positivas entre os diversos povos.

A propriedade e seus regimes podem variar muito devido à pluralidade das circunstâncias e condições humanas. Para Aquino, é a inclinação conatural, não aprioristicamente a dedução racional, mas um exercício da razão prática, conatural de conhecimento, aquilo que fornece as razões humanas para a descoberta dos preceitos do direito natural e que aprende a agir de acordo com esses princípios.

Para Tomás de Aquino, a propriedade não pertence à primeira categoria, aos princípios auto-evidentes. Sendo a justiça a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu, a regra de justiça corresponde às relações dos homens uns com os outros. Porém, toda justiça é concernente a certas relações externas, a saber, de distribuição e de troca de bens externos, quer sejam coisas ou obras. Dadas essas características, da natureza corpórea das trocas, é impossível conter esse “*meum*” e “*tuum*” (meu e teu) em termos puramente abstratos. Assim, a propriedade assumiu o seu lugar na ordenação humana das coisas.

Deste modo, o direito assume dois sentidos. Um absoluto primário, como o da relação dos pais para com os filhos, uma relação proporcional para a nutrição e o bem-estar das crianças, uma característica compartilhada com as outras criaturas inferiores, não racionais. Em seguida, outro sentido relativo secundário derivado do primeiro, como no caso da propriedade: uma coisa é naturalmente compatível com outra pessoa não considerada absolutamente, mas de determinada maneira em relação às outras.

Se um determinado lote de terras, considerado absolutamente, não tem nenhuma razão para pertencer a um homem mais do que a outro, considerado em relação à forma de uso da terra e à adaptabilidade à cultura agrícola, é certo que há uma certa proporção a ser de propriedade de um e não de outro homem, como Aristóteles demonstrou.

Assim, em Tomás de Aquino a instituição da propriedade deriva da lei natural, mas não se eleva a uma lei da natureza em si mesma porque não tem a qualidade de mútua imediação entre as pessoas, imediação esta que forma a base adequada para o direito natural.

Ao discutir a propriedade, Tomás de Aquino começa por indagar, na questão 66 da *Secunda secundae* da Suma Teológica, “se é natural ao homem possuir coisas externas”.²⁸² Frisa ele a natureza dupla das coisas externas. Em primeiro lugar diz que o domínio principal sobre todas as coisas pertence a Deus que, em sua providência, destinou ao homem o natural domínio dos bens externos dado que este, por sua razão, é capaz de utilizá-los para sua utilidade, uma vez que os seres menos perfeitos existem para os mais perfeitos. Isso significa que o homem, colocado em uma posição superior na ordem ontológica, tem uma natural soberania das coisas externas no que diz respeito a fazer a utilização das mesmas, que se destinam ao sustento do corpo do homem.²⁸³

No que se refere à relação do homem com os bens exteriores, a este compete uma dupla atribuição. A primeira, o poder de gerir e dispor dos bens. Tem o homem o poder de adquirir bens e distribuí-los e, assim, é lícito este possuir alguma coisa como própria. Constitui-se em princípio fundamental à vida humana por três razões. Primeiro é que cada um é mais solícito em administrar o que lhe pertence, do que o comum a todos. Segundo, as coisas humanas são mais bem cuidadas quando cada um emprega o seu cuidado em administrar uma coisa determinada. Terceiro, porque cada um cuidando do que é seu de maneira mais satisfatória, reina a paz entre os homens, uma vez que as querelas surgem com mais frequência onde não há divisão das coisas possuídas.²⁸⁴

Portanto, Aquino, seguindo Aristóteles, assegura, consoante a prudência, a legalidade e a necessidade da propriedade privada no âmbito da atual condição humana em termos de maior benefício para o bem comum e, ainda, na orientação dos bens para a ordem, eficiência, segurança e paz, não desconectada dos

282 AQUINO, TOMÁS DE. Suma Teológica. II. II. v. 6. São Paulo: Edições Loyola, 2005, q. 66, 1.

283 AQUINO, TOMÁS DE. Suma Teológica. II. II. v. 6. op. cit. p. 156.

284 AQUINO, TOMÁS DE. Suma Teológica. II. II. v. 6. op. cit. p. 158.

valores instrumentais da moderna liberdade. Assim, o estado de direito obriga à conclusão que o regime da propriedade privada provê, via de regra, o melhor meio para o florescimento da sociedade humana.

A segunda atribuição que compete ao homem em relação aos bens exteriores é quanto ao uso deles. Aqui, Tomás de Aquino reduz significativamente a extensão e o alcance do regime da propriedade privada da propriedade: “sob esse aspecto, o homem não deve ter as coisas exteriores como próprias, mas como comuns, neste sentido que, de bom grado, cada um as partilhe com os necessitados”.²⁸⁵ A ideia do Aquinate não é minar aquilo que foi dito antes sobre a natureza da propriedade privada, mas sim para colocá-la em um quadro equilibrado, no qual os poderes de utilização estejam em consonância com o bem-estar da comunidade, do qual o homem é parte. O tratamento da propriedade não é completo sem a direção externa e inclinação pela qual o direito de uso da propriedade está necessariamente obrigado - sua teleologia. Deste modo, a principal exigência da justiça, a de dar a cada um o que é seu, significa algo bem além de um libertário atomismo que ignora o bem comum: “os bens temporais outorgados por Deus ao homem são, certamente, de sua propriedade; o uso, ao revés, deve ser não somente seu, senão também de quantos possam sustentar-se com o supérfluo dos mesmos”.²⁸⁶

Assim, Aquino acrescenta ao *dictum* aristotélico que é melhor ter a propriedade privada, mas fazer o uso dela comum. Os princípios da filantropia e assistência de bem-estar humanitária surgem para Aquino não como uma chegada a uma teoria de governo, mas sim como uma característica da propriedade privada.²⁸⁷

285 AQUINO, TOMÁS DE. Suma Teológica. II. II. v. 6. op. cit. p. 158.

286 AQUINO, TOMÁS DE. Suma Teológica. II. II. v. 5. São Paulo: Edições Loyola, 2005, q. 32, 5.

287 Como bem se expressa, com fundamento no Aquinate, Leão XIII em 1891 em sua Encíclica Rerum Novarum: “E não se apele para a providência do Estado, porque o Estado é posterior ao homem, e antes que ele pudesse formar-se, já o homem tinha recebido da natureza o direito de viver e proteger a sua existência. Não se oponha também à legitimidade da propriedade particular o facto de que Deus concedeu a terra a todo o gênero humano para a gozar, porque Deus não a concedeu aos homens para que a dominassem confusamente todos juntos. Tal não é o sentido dessa verdade. Ela significa, unicamente, que Deus não assinou uma parte a nenhum homem em particular, mas quis deixar a limitação das

Portanto, o outro lado da moeda da posse privada dos bens externos era a obrigação, que Aristóteles também já tinha reconhecido, como a justificação primária da propriedade privada, de criar o espaço para o exercício das virtudes da caridade e da assistência aos desvalidos.

A legitimidade da propriedade se funda a partir da distinção entre o “poder” (*potestas*) de gerir as coisas e delas dispor e o dever moral de utilizá-las (*usus*) em proveito de todos. Ao estabelecer que é permitido e mesmo necessário que o homem possua as próprias coisas, Tomás faz da propriedade um verdadeiro “poder”, um verdadeiro direito, de tal modo que o roubo será caracterizado como uma injustiça, pois atenta contra esse direito. O “uso” (*usus*) exprime a finalidade a perseguir e a maneira de realizar o exercício desse poder. É porque possui o verdadeiro poder e o verdadeiro direito de possuí-los que o homem deve utilizar os bens como “sendo comuns”, numa disposição virtuosa de “compartilhá-los com os necessitados”. “Poder” e “uso” formam uma espécie de dupla instância do mesmo direito-dever do qual o homem está investido, no plano ético e jurídico.²⁸⁸

Nessa explicação compatibilística da propriedade, o interesse privado individual do proprietário e o maior interesse público da sociedade ocupam uma harmônica coexistência teórica. A *summa divisio* entre privado versus público aparece como uma falsa dicotomia fora da orientação da virtude que assegura a prevenção do colapso em um atomístico egoísmo.

propriedades à indústria humana e às instituições dos povos. Aliás, posto que dividida em propriedades particulares, a terra não deixa de servir à utilidade comum de todos, atendendo a que não há ninguém entre os mortais que não se alimente do produto dos campos. Quem os não tem, supre-os pelo trabalho, de maneira que se pode afirmar, com toda a verdade, que o trabalho é o meio universal de prover às necessidades da vida, quer ele se exerça num terreno próprio, quer em alguma parte lucrativa cuja remuneração, sai apenas dos produtos múltiplos da terra, com os quais ela se comuta. De tudo isto resulta, mais uma vez, que a propriedade particular é plenamente conforme à natureza. A terra, sem dúvida, fornece ao homem com abundância as coisas necessárias para a conservação da sua vida e ainda para o seu aperfeiçoamento, mas não poderia fornecê-las sem a cultura e sem os cuidados do homem. Ora, que faz o homem, consumindo os recursos do seu espírito e as forças do seu corpo em procurar esses bens da natureza? Aplica, para assim dizer, a si mesmo a porção da natureza corpórea que cultiva e deixa nela como que um certo cunho da sua pessoa, a ponto que, com toda a justiça, esse bem será possuído de futuro como seu, e não será lícito a ninguém violar o seu direito de qualquer forma que seja”.

288 AQUINO, TOMÁS DE. *Suma Teológica*. II. II. v. 6. op. cit. p. 158, nota d.

Os bens que alguns têm em superabundância são devidos assim, por direito natural, para o sustento dos pobres, como esclarece Aldo Francisco Migot:

Os bens que o homem tem são legítimos desde que tenham a finalidade de lhe garantir o um espaço vital digno e suficiente para a vida pessoal e social. Se os bens, por direito natural, pertencem a todos, cada indivíduo tem direito à sua parte, sem o que não se cumpriria a destinação universal, ao menos se se considerar que possuir e desfrutar tudo em comum não é prescrição de direito natural, nem é possível na prática. Tudo o que ultrapassa a necessidade do espaço vital e tudo aquilo que não é bem administrado ou que, por qualquer razão, pela extensão ou pelo mau uso, prejudicar a outrem, deve ser submetido aos critérios da comunidade, isto é, do bem comum. Salientando que o comum e o que é direito de todos, segundo Tomás, é sempre prioritário.²⁸⁹

Assim sendo, evidentemente, grande parte do argumento tomista de compatibilidade depende da manutenção de um curso aristotélico de moderação, definido dentro de uma ordem de valor, no qual o ganho de propriedade nunca é permitido se suficiente para tornar-se um fim em si mesmo, mantendo-se a finalidade da vida virtuosa sempre claramente em vista. Provavelmente, consoante Tomás de Aquino, a capacidade de qualquer Estado para implementar em suas leis as regras morais que conduzam à excelência irá mudar amplamente segundo “a grande variedade de assuntos humanos”. Mas desde que os direitos humanos sejam enquadrados tendo em vista toda a multidão de seres humanos, “a maioria dos quais não está em virtude perfeita”, as leis atingirão os seus objetivos e a propriedade será regulada conforme a natureza das coisas.

Para Tomás de Aquino, o sistema de propriedade privada subordinado a um regime de uso comum constitui a base da ordem política, como em Aristóteles. Nesse contexto, o princípio da propriedade privada enquanto princípio moral reclama a sua articulação com outro princípio moral, o dever dos membros da comunidade política concorrerem individualmente para o uso comum das coisas.²⁹⁰

289 MIGOT, Aldo Francisco. A propriedade: natureza e conflito em Tomás de Aquino. Caxias do Sul: EDUCS, 2003, p. 89.

290 BRITO, Miguel Nogueira de. op. cit., p. 173.

Tomás de Aquino, ao tratar na questão 32 da *Secunda secundae* do dever de privação em benefício de outrem esclarece que: 1) é dever de justiça pôr os bens supérfluos em comum com aqueles que se encontrem em extrema necessidade; 2) é dever de justiça suportar que quaisquer bens próprios sejam usados por alguém em situação de extrema necessidade; 3) é apenas ato supererogatório pôr em comum, ativa ou passivamente, o supérfluo em relação àqueles que estão em situação de necessidade, embora não extrema.²⁹¹

Há que se atentar também em Tomás de Aquino para a singularidade do objeto, a terra. A terra é um recurso que se pode explorar com exclusividade, mas não é propriamente uma mercadoria. Ela tem conotações sociais, culturais e ideológicas que a tornam singular.²⁹² Deste modo, não há possibilidade de se falar em uma propriedade da terra que leve a uma completa despersonalização e autonomização como mercadoria.

Mesmo no Ocidente, na antiga Atenas, a posse da terra e a cidadania estavam indissolúvelmente ligadas, pois apenas os cidadãos podiam possuir terras e apenas os donos de terras podiam ser cidadãos: não-cidadãos podiam se dedicar às finanças e ao comércio, arrendar terras e minas, mas não podiam possuir imóveis.²⁹³

291 BRITO, Miguel Nogueira de. op. cit., p. 176/177.

292 Como se vê em Fustel de Coulanges: “Como o caráter de propriedade privada está manifesto em tudo isso! Os mortos são deuses que pertencem apenas a uma família, e que apenas ela tem o direito de invocar. Esses mortos tomaram posse do solo, vivem sob esse pequeno outeiro, e ninguém, que não pertença à família, pode pensar em unir-se a eles. Ninguém, aliás, tem o direito de privá-los da terra que ocupam; um túmulo, entre os antigos, jamais pode ser mudado ou destruído; as leis mais severas o proibem. Eis, portanto, uma parte da terra que, em nome da religião, torna-se objeto de propriedade perpétua para cada família. A família apropriou-se da terra enterrando nela os mortos, e ali se fixa para sempre. O membro mais novo dessa família pode dizer legitimamente: Esta terra é minha. — E ela lhe pertence de tal modo, que lhe é inseparável, não tendo nem mesmo o direito de desfazer-se dela. O solo onde repousam seus mortos é inalienável e imprescritível. A lei romana exige que, se uma família vende o campo onde está o túmulo, continua no entanto proprietária desse túmulo, e conserva eternamente o direito de atravessar o campo para nele cumprir as cerimônias do culto” COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. São Paulo: Martins Fontes, 1987, cap. VI – O direito de propriedade.

293 PIPES, Richard. Propriedade e liberdade. São Paulo: Record, 2001, p. 129.

Em Tomás de Aquino, portanto, o reconhecimento da propriedade privada não exonera o proprietário da responsabilidade moral por exigências de justiça, que não é assim encarada como um problema exclusivo do sistema político.²⁹⁴

11.5 Os Fundamentos Teóricos da Função Social da Propriedade

Lançadas essas balizas conceituais, podemos agora com mais proficiência enfrentar os problemas concernentes aos fundamentos teóricos da função social da propriedade e, particularmente, esmiuçar os aspectos do acórdão paradigma antes proposto.

A propriedade, direito subjetivo por excelência na época contemporânea, é uma construção social. Construção que se expressa na vitória dos movimentos revolucionários liberais que culminaram com a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4 de julho de 1776, e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 26 de agosto do mesmo ano. Neles triunfa a ideia de propriedade como direito subjetivo, fruto maior da liberdade do homem. Mas também essa propriedade, culminante e absoluta nos Oitocentos, de características sumamente individualísticas, tem de se conformar à nova realidade social, na qual a irrupção das necessidades de uma sociedade de massas hipercomplexa torna necessárias mudanças profundas nesse direito. Não há que se falar mais em propriedade, mas sim em propriedades (cada qual com a diversidade de sua função):

Falar em propriedades significa, como ensina o mestre Paolo Grossi, recusar a absolutização da propriedade moderna, produto histórico de uma época, e, com isso, recusar a ideia de um fluxo contínuo e ininterrupto na história jurídica. A propriedade, 'modelo antropológico napoleônico-pandectista', consagração de uma visão individualista e potestativa, é apenas uma dentre as múltiplas respostas encontradas, nas múltiplas experiências jurídicas do passado e do presente, à eterna questão dos vínculos jurídicos entre homem e coisas. O termo singular, abstrato, formal, é inadequado

294 BRITO, Miguel Nogueira de. op. cit., p. 251.

para descrever a complexidade das múltiplas formas de apropriação da terra, que antecedem a formulação unitária, correspondente ao período das codificações.

Clavero ilustra, sob o paradigma da 'antropologia dominical', a pluralidade proprietária anterior à Revolução Francesa, e o inconveniente da projeção de nosso padrão unitário a tal realidade...

Nesta antropologia dominial são variadas as formas e as funções dos 'domínios', que não encontram correspondência no hodierno padrão da propriedade como direito subjetivo por excelência, arraigada em nossa cultura jurídica.

Não poderia ser de outro modo, num ordenamento que ainda desconhecia uma formulação unitária do direito subjetivo. O termo *jus*, matriz do direito subjetivo iluminista, aparece nos textos romanos com significados diversos, por vezes mesmo em contraposição a *dominium*. *Ius* refere-se ao objeto da justiça (às leis naturais, civis, feitos do pretor), à arte do justo, a obrigações... e, fundamentalmente, a uma noção semelhante à de mérito, status, condição, no sentido aristotélico de papel ocupado pela pessoa ou coisa no organismo social.

[...]

A equiparação entre *ius* (enquanto direito subjetivo) e *dominium*, ou a atribuição de caráter individualista e absoluto à propriedade romana, é fruto da construção da ciência jurídica moderna, que não guarda relação com o sentido originário da propriedade romana, tampouco com a leitura que dela faziam os juristas medievais.

[...]

Nesta mentalidade de plúrimas propriedades ou formas de apropriação dos bens, paradigmática é a figura do domínio útil, verdadeiro denominador comum da mentalidade proprietária de então. O adjetivo 'útil' indica a atribuição de um conteúdo ao conceito romano, conteúdo que se vincula à efetividade da utilização do bem. Atesta o reinado da efetividade e a impossibilidade de uma fórmula abstrata, de um vínculo puro de relações entre o homem e as coisas.²⁹⁵

É o momento em que por toda parte insurge-se a ideia de função social, proclamando-a as Constituições e realçando-lhe os aspectos singulares. Como a Constituição de Weimar, cujo art. 153 dispôs: "A Constituição garante a propriedade. O seu conteúdo e os seus limites resultam de lei. (...) A propriedade obriga e o seu uso e exercício devem, ao mesmo tempo, representar uma função

295 VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: A reconstrução do Direito Privado. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: RT, 2002, p. 732-736.

no interesse social”.²⁹⁶ Ou a Lei Fundamental da República Federal Alemã de 1949 que, por sua vez, dispõe no seu art. 14, 2, que a “propriedade obriga. Seu uso deve estar a serviço do bem comum”.

Ou ainda o texto da Constituição da Itália: “Art. 42. – A propriedade é pública ou privada. Os bens econômicos pertencem ao Estado, ou a entidades ou a particulares. A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina as suas formas de aquisição, de posse e os limites, no intento de assegurar sua função social e de torná-la acessível a todos.”

Não obstante todas essas proclamações, divergem os doutrinadores em conceituar quais são os fundamentos teóricos que fariam afinal com que este direito obrigasse, superando-se a noção de direito subjetivo, que, afinal, expressaria, mais do que o próprio direito em si, a liberdade do homem.

Há autores que, ainda no plano do subjetivismo, irão propor a transmutação moderna do conceito de direito subjetivo pelo de situação jurídica, como em Paul Roubier:

(...) Chegado a esse ponto de nossa exposição, nós começamos a tomar consciência, mais claramente do que não havíamos ainda visto até agora, do entrecruzamento de direitos e deveres que caracteriza a organização jurídica. É esse entrecruzamento que conduziu, nos autores contemporâneos, a tomar por base de suas construções a noção de situação jurídica mais do que aquela do direito subjetivo. A situação jurídica se apresenta a nós como constituindo um complexo de direitos e deveres; ora, esta é uma posição infinitamente mais freqüente que aquela de direitos existentes no estado de prerrogativas desimpedidas, ou de deveres aos quais não correspondam nenhuma vantagem (tradução livre)²⁹⁷

296 OPPENHEIMER, Heinrich. The Constitution of the Federal Republic of Germany. London : Stevens and Sons, Ltd., 1923, p. 213.

297 “Arrivés à ce point de notre exposé, nous commençons a prendre conscience, plus nettement qu'on ne l'a encore fait jusqu'ici, de l'entrecroisement des droits et des devoirs, qui caractérise l'organisation juridique. C'est cet entrecroisement qui a abouti, chez les auteurs contemporains, à prendre pour base de leurs constructions la notion de la situation juridique plutôt que celle de droit subjectif. La situation juridique se présente à nous comme constituant un complexe de droits et de devoirs; or, c'est là une position infiniment plus fréquente que celle de droits existant à l'état de prérogatives franches, ou

Também é o caso de Pietro Perlingieri:

no vigente ordenamento não existe um direito subjetivo - propriedade privada, crédito, usufruto - ilimitado, atribuído ao exclusivo interesse do sujeito, de modo tal que possa ser configurado como entidade pré-dada, isto é, preexistente ao ordenamento e que deva ser levada em consideração enquanto conceito, ou noção, transmitido de geração em geração. O que existe é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular²⁹⁸

Esse último autor classifica mesmo a propriedade como uma situação subjetiva complexa centro de interesses que enfeixa poderes, deveres, ônus e obrigações, e cujo conteúdo depende de interesses extraproprietários, apurados no caso concreto:

Em substância, portanto, a propriedade não é tão somente um poder da vontade, um direito subjetivo que compete sem mais nada a um sujeito, mas é, ainda mais, uma situação jurídica subjetiva complexa (tradução livre)²⁹⁹

Não obstante, esta abordagem, ao não aprofundar os fundamentos teóricos do porquê a propriedade obriga, resvala em uma solidariedade definida abstratamente e funda-se, em derradeiro, na positividade constitucional:

Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e no pleno desenvolvimento da pessoa (art. 2 Const.) o conteúdo da função social assume um papel do tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. E isso não se realiza somente finalizando a disciplina dos limites à função social. Esta deve ser entendida não como uma intervenção 'em ódio' à propriedade privada, mas torna-se 'a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado

de devoirs auxquels ne correspondrait aucun avantage". ROUBIER, Paul. *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963, p. 52.

298 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 121/122.

299 "In sostanza, quindi, la proprietà non è più soltanto un potere della volontà, un diritto soggettivo che spetta tout-court ad un soggetto, ma è ancor più di una situazione giuridica soggettiva complessa". PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della proprietà*. Camerino: Jovene, 1971, p. 101.

sujeito', um critério de ação para o legislador, e um critério de individuação da normativa a ser aplicada para o intérprete chamado a avaliar as situações conexas à realização de atos e de atividades do titular.³⁰⁰

Uma coisa é o problema da conformação do estatuto proprietário, outra é aquela da expropriação. [...] Não é possível, portanto, chegar a propor um estatuto proprietário conformativo que seja substancialmente expropriativo (fala-se em conformação da propriedade privada quando os limites legais não tocam o conteúdo mínimo; de 'expropriação' no caso oposto). A conclusão pela qual é preciso falar em conteúdos mínimos da propriedade deve ser interpretada não em chave jusnaturalista, mas em relação à reserva de lei prevista na Constituição, a qual garante a propriedade, atribuindo à lei a tarefa de determinar os modos de aquisição, de gozo e os limites, com o objetivo de assegurar a função social e torná-la acessível a todos.³⁰¹

Deste modo, cabe enfrentar o problema complexo da fundamentação teórica da função social da propriedade, tendo como elemento norteador e prático a nos impulsionar o acórdão antes referido.

Neste, cabe ressaltar que existe um conflito sobre bens e sobre os títulos de atribuição quanto ao uso destes. Como definido em Tomás de Aquino, a propriedade é propriedade segundo o uso e não segundo a substância mesma dos bens. Uma propriedade é legítima se está em conformidade com os limites impostos pelo bem comum, pela destinação universal, sempre anterior a qualquer uso particular. Deste modo, a função social existe, primeiramente, nos bens objeto do direito de propriedade, para depois se ver destacada e atingida plenamente com o exercício do direito de propriedade sobre eles, conforme o estatuto proprietário reconheça ou não a função social deste direito:

A terra é, reconhecidamente, bem de produção; e o que a terra produz ou pode produzir está intimamente ligado à sobrevivência dos seres. A obrigação de fazê-lo e o modo de atingir este desiderato estão na base do campo de atuação do Direito Agrário e, conseqüentemente, no fenômeno agrário. Começa-se com a denominada função social da terra, por alguns equivocadamente denominada função social da

300 PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. op. cit., p. 226.

301 Idem, p. 231.

propriedade, em Direito Agrário, trocando o continente pelo conteúdo, pois a função social da terra é o gênero, do qual a função social da propriedade é espécie, como o são também a função social da posse, a função social dos contratos etc.³⁰²

Cada coisa que existe na natureza tem uma função natural. A solução jurídica de um caso concreto deve, normalmente, ser obtida através do recurso conjunto a estas duas fontes, que não são consideradas opostas, mas complementares: por um lado o estudo da natureza e, num segundo momento, a precisa determinação do legislador ou do juiz. A função de cada bem expressa a ordem das tendências ou inclinações naturais aos fins próprios do ser humano, aquela ordem que é própria do homem enquanto pessoa. A terra visa a garantir ao homem um espaço vital digno e suficiente para a vida pessoal e social. Também os bens supérfluos de uma pessoa são todos tidos em comum, no sentido em que o respectivo dono tem o dever de justiça de dispor deles para o benefício daqueles em necessidade, como os pobres.³⁰³

A noção de função de um bem significa assim um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. Como explica Teori Zavascki:

Por função social da propriedade há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar que sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidas a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo. Bens, propriedades são fenômenos da realidade. Direito – e, portanto, direito da propriedade – é fenômeno do mundo dos pensamentos. Utilizar bens, ou não utilizá-los, dar-lhes ou não uma destinação que atenda aos interesses sociais, representa atuar no plano real, e não no campo puramente jurídico. A função social da propriedade (que seria melhor entendida no plural, ‘função social das propriedades’),

302 LIMA, Getúlio Targino. A posse agrária sobre bem imóvel, São Paulo: Saraiva, 1992, p.42.

303 FINNIS, John. Aquinas: moral, political and legal theory. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 191.

realiza-se ou não, mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, assim considerado no mais amplo sentido, seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse.³⁰⁴

O acórdão, pois, tratou o bem terra (lotes de terrenos) como ele efetivamente era, um bem destinado à moradia. Isso estava expresso na própria intencionalidade dos autores reivindicantes pois, originariamente, intentavam construir um loteamento - Loteamento Vila Andrade - inscrito em 1955, com previsão de serviços de luz e água. Sendo o bem indissociável de sua finalidade, se a realidade urbanística que ele preconizava – o loteamento – volatilizou-se, tragada por uma favela consolidada, por força de uma certa erosão social, deixou o bem de existir como loteamento e também como lotes. Como o acórdão bem dispôs, a realidade concreta prepondera sobre a ‘pseudo realidade juridico-cartorária’. Esta não pode subsistir, em razão da perda do objeto do direito de propriedade. Como pontua Judith Martins-Costa, a atribuição de função social aos bens enseja, em nossa mente antropocêntrica, centrada e concentrada na ideia de ‘direito subjetivo’, um verdadeiro giro epistemológico, para que passemos a considerar o tema a partir do bem, da *res*, e de suas *efetivas utilidades*.³⁰⁵

A segunda questão importante colocada pelo acórdão é se existe um direito dos homens a apropriação em comum dos bens exteriores, sem especificação de direito de propriedade particular por parte de indivíduos, famílias ou grupos. Por certo que sim, como salientam Aristóteles e Tomás de Aquino. A instituição da propriedade privada é do domínio do *ius gentium*, faz parte do direito comum das comunidades humanas, e está regulada pela política da cidade que pressupõe a necessidade da instituição da propriedade privada para uma vida social justa. Alguma divisão da propriedade entre grupos e indivíduos – mas ainda não uma divisão específica e detalhada a qual releva o direito positivo – é um requisito

304 ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: A reconstrução do Direito Privado. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 844.

305 MARTINS-COSTA, Judith. Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 148.

moral prévio à decisão humana.³⁰⁶ Darcy Bessone bem esclarece a função social das coisas e sua destinação em comum, demonstrando que as coisas têm a função social vinculada a si mesmas e não às prerrogativas, porventura egoísticas, que alguns homens entendem destinarem-se somente a eles:

Seria fácil intuir-se, ainda que os historiadores do direito se omitissem a respeito, que, antes de qualquer formulação jurídica, já as coisas se submetiam ao poder do homem, como condição de fato, para o uso e gozo delas.

Convenha-se, contudo, em que, mesmo antes de qualquer experiência de direito, antes do Estado e do ordenamento jurídico, o homem já usava, gozava e dispunha materialmente das coisas.

Então, pode-se concluir que o poder de fato sobre as coisas preexistiu ao de direito.

Aconteceu, contudo, que os bens necessários ou úteis ao homem não se ofereceram, na natureza, em condições de uso e em quantidade bastante. A insuficiência engendraria lutas terríveis e destruidoras, se não se encontrassem formas de apropriação e uso, convenientemente disciplinadas. A escassez dos bens lhes conferiu sentido econômico e exigiu técnicas jurídicas que ordenassem e disciplinassem a posição do homem, em face da coisa, e as relações entre os homens, a respeito dela.

O poder de fato erigiu-se, assim, em poder de direito.

Surgiu, obviamente, o direito de propriedade como um produto cultural, uma criação da inteligência, considerada adequada à organização da vida em sociedade, isto é, da vida social. Seria contraditório que o direito subjetivo de propriedade fosse anterior ao direito objetivo, pois, na conhecida definição de Ihering, entende-se por direito subjetivo o interesse protegido pela lei, o que quer dizer que a sua caracterização requer, além do elemento material – o interesse, o elemento formal, que a lei, o direito objetivo, estabelece. Até porque Adolfo Merkl aponta, como condição prévia e necessária do direito subjetivo, a presença do direito objetivo, pois aquele é conteúdo deste.

Se o poder de fato sobre as coisas precedeu o direito objetivo, o direito de propriedade, como direito subjetivo, é conteúdo e fruto dele, como forma técnica de ordenamento da vida social.³⁰⁷

306 FINNIS, John. *Aquinas: moral, political and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 200.

307 BESSONE, Darcy. *Direitos Reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.52-53.

A terceira questão é aquela que indaga que, se os bens exteriores são destinados aos homens em comum, quais são os fundamentos pelos quais é lícito possuir as coisas como próprias? Na hipótese, por quais fundamentos poderiam os proprietários reivindicar os lotes não utilizados e, ao revés, qual a quiddidade do direito dos posseiros aos mesmos bens. Trata-se do confronto entre a propriedade sem função social com a posse com função social.

Via de regra, em nosso sistema jurídico, concebidos os julgamentos de maneira estritamente formal, o direito positivo sempre tratou como digno de proteção definitiva o direito de propriedade, conferindo à posse uma proteção meramente provisória, reconhecido aos possuidores tão-somente o direito ao recebimento das benfeitorias e acessões realizadas na coisa.³⁰⁸

Para Tomás de Aquino os bens são originariamente destinados a todos em comum. Assim, concorrem a estes o proprietário reivindicante e os possuidores utilizadores. Sobre a propriedade é reconhecida, como qualidade intrínseca, uma função social, fundada e justificada precisamente pelo princípio da destinação universal dos bens. O homem realiza-se através da sua inteligência e da sua liberdade e, ao fazê-lo, assume como objeto e instrumento as coisas do mundo e delas se apropria. Neste seu agir, está o fundamento do direito à iniciativa e à propriedade individual. Mediante o seu trabalho, o homem empenha-se não só

308 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 1996.001.01195. 3ª Câmara Cível. Julgamento em 14 de maio de 1996. Ação reivindicatória. Cumulação com perdas e danos. Prova do domínio. Posse injusta caracterizada. Retenção por benfeitoria. Inadmissibilidade. Ausência de cerceamento de defesa e de julgamento “ultra petita”. Denúnciação da lide ao alienante. Descabimento. Apelos improvidos. O registro imobiliário prova o domínio e, sendo o imóvel devidamente individuado, procede a reivindicatória contra o terceiro que injustamente o detém, visto que tal ação deve ser proposta em face de quem quer que se oponha em antagonismo com o direito de propriedade, porquanto, na disputa entre a posse e a propriedade, prevalece o direito de propriedade (Codigo Civil, artigo 524). Evidenciada a invasão e a clandestinidade, justa não pode ser a posse, o que não autoriza a alegação de ignorância de se estar praticando o ato, para pretender o reconhecimento do direito de retenção por benfeitorias, inclusive em tais hipóteses, tanto mais quando já integrantes do bem imóvel reivindicado, assim como impõe-se aos invasores a obrigação de indenizar as perdas e danos decorrentes e pleiteadas. Nessas circunstancias, afastado fica o julgamento “ultra petita”, como também, porque desnecessária a prova pericial, inoccorre a alegação de cerceamento de defesa, descabendo, ademais, a denúnciação da lide ao alienante, uma vez que não se acha presente a hipótese do artigo 70, inciso I do CPC.

para proveito próprio, mas também para dos outros. O homem trabalha para acorrer às necessidades da sua família, da comunidade de que faz parte, e, em última instância, da humanidade inteira, além disso, colabora para o trabalho dos outros, numa cadeia de solidariedade que se alarga progressivamente. A posse dos meios de produção, tanto no campo industrial como agrícola, é justa e legítima, se serve para um trabalho útil; pelo contrário, torna-se ilegítima, quando não é valorizada ou serve para impedir o trabalho dos outros, para obter um ganho que não provém da expansão global do trabalho humano e da riqueza social, mas antes da sua repressão, da ilícita exploração, da especulação, e da ruptura da solidariedade no mundo do trabalho. Semelhante propriedade não tem qualquer justificação, e não pode receber tutela jurídica.

Portanto o direito de propriedade não é um absoluto formal, mas só se justifica se a ele é dado um uso social e na medida dessa justificação, mormente naquela classe de bens que não se destina primordialmente ao mercado, como é o caso da terra.

O cumprimento da função social da propriedade, deste modo, consubstancia um requisito preliminar, uma causa para o deferimento da tutela possessória; sem causa, inexistente garantia possessória constitucional à propriedade que descumpra sua função social:

A funcionalização da propriedade é introdução de um critério de valoração da própria titularidade, que passa a exigir atuações positivas de seu titular, a fim de adequar-se à tarefa que dele se espera na sociedade. (...) Pode-se dizer, com apoio na doutrina mais atenta, que a função social parece capaz de moldar o estatuto proprietário em sua essência, constituindo 'il titolo giustificativo, la causa dell'attribuzione' dos poderes do titular, ou seja 'il fondamento dell'attribuzione, essendo divenuto determinare, per la considerazione legislativa, il collegamento della posizione del singolo con la sua appartenenza ad un organismo sociale'.³⁰⁹

O próprio Código Civil de 2002 estabelece que o proprietário não tem o

309 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade e legalidade constitucional: anotações à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (AI 598.360.402 – São Luiz Gonzaga) Revista Direito, Estado e Sociedade. v. 09, n. 17, ago/dez de 2000, p. 48-49.

direito de não usar o bem. Isso se infere do art. 1.276, § 2º, do Código Civil, que diz que o imóvel que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições. Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais.

Portanto, no acórdão em referência, os proprietários, em cadeia sucessória, deixaram de utilizar os terrenos por dezenas de anos a fio; o loteamento do terreno data de 1955; os terrenos foram adquiridos em 1978/1979. Sobre esses terrenos constituiu-se uma situação possessória; trata-se de favela consolidada, com ocupação iniciada há cerca de 20 anos. Está dotada, pelo poder público, de pelo menos três equipamentos urbanos: água, iluminação pública e luz domiciliar. Nela os possuidores têm sua moradia habitual, realizaram melhorias como algumas obras de alvenaria, os postes de iluminação, um pobre ateliê de costureira, etc., tudo a revelar uma vida urbana estável, no seu desconforto. O comércio está presente, serviços são prestados, barracos são vendidos, comprados, alugados, tudo a mostrar que o primitivo loteamento só tem vida no papel.

Como preleciona Marcos Alcino de Azevedo Torres, o direito de propriedade é, em substância, a sua utilização, ou seja, a posse com o qual este é exercitado. O título gera o *ius possidendi* e não exercido, porque não foi transmitida a posse ou não havia posse para transmitir, ou tendo sido transmitida, não ocorreu a utilização da coisa pelo novo titular, sua posse será apenas civil, com base na espiritualização da posse que o direito civil admite. Enquanto permanecer a coisa sem utilização de terceiros, o título jurídico permitirá que o titular coloque em prática o direito à posse, transformando-o efetivamente em posse, possibilitando o cumprimento da função social da propriedade, antes descuidada. Essa posse artificial, meramente civil (normalmente posse do proprietário), em confronto com a posse real, efetiva (quando essa última for qualificada pela função social) deve ceder a esta.³¹⁰

310 TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007, p. 373.

O ganho de propriedade nunca deve ser permitido se suficiente para tornar-se um fim em si mesmo. Deve-se manter a finalidade da vida virtuosa sempre em vista e, deste modo, à propriedade que não exerce sua função em confronto com a posse com função social não se deve dar tutela jurídica.

Por último, resta responder, para a fundamentação teórica do acórdão, se assertivas acima expostas aplicam-se a toda sorte de bens ou somente àqueles que não fossem bem administrados ou supérfluos.

Para Tomás de Aquino, desenvolvendo o direito aristotélico, o conceito de direito é prioritariamente concebido como algo que pertence ao outro. Assim, existem preceitos de justiça, cada um impondo a mim e à minha comunidade um dever a todos sem discriminação.³¹¹ Deste modo os direitos de propriedade privada são válidos porque necessários para a prosperidade e o desenvolvimento, mas são sujeitos a um dever de distribuir, direta ou indiretamente, os *superflua* – isto é, tudo além do que alguém necessita para manter a si próprio e sua família em um estado de vida apropriado para ele e sua vocação. Pois os recursos do mundo são, “por natureza”, comuns; isto é, os princípios da razão não identificam qualquer um como tendo uma prerrogativa anterior a eles, a não ser em razão de algum plano costumeiro ou outro socialmente positivado para a divisão e apropriação de tais recursos. E tais planos não poderiam ser autorizativos moralmente, a menos que reconhecessem algum dever de que se distribuíssem os *superflua*.³¹²

Ruy Azevedo Sodré, em sua tese de doutorado na Faculdade de Direito da USP, esclarece a distinção entre o suficiente e o superabundante dos bens apropriados:

311 As virtudes anexas da justiça mandam pagar o que se deve a determinadas pessoas para com as quais se está obrigado por alguma razão especial. Da mesma maneira a justiça propriamente dita faz pagar a todos em geral o que lhes é devido. Após os três preceitos pertencentes à religião pelos quais se paga o que se deve a Deus; e após o quarto, que pertence à piedade, e que se faz pagar o que se deve aos pais e que inclui todas as dívidas procedentes de alguma razão especial; era necessário dar seqüência aos preceitos relativos à justiça propriamente dita, que obriga a render indistintamente a todos os homens o que lhes é devido. AQUINO, TOMÁS DE. *Suma Teológica*. II. II. v. 6. op. cit. p. 710.

312 FINNIS, John. *Direito natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2007, p. 55.

Todo homem tem direito absoluto à quantidade de bens necessários ao preenchimento dos deveres inerentes à sua condição social. É o que se denomina de propriedade humana. O direito à vida por parte do pobre é superior ao direito de superabundância do rico. É a única exceção ao direito de propriedade: *exceptio in rebus extremis*.

Na propriedade do superabundante, distinguem-se os dois elementos: o social – *usus* – os bens exteriores devem ser detidos em proveito da comunidade, e o individual – *procuratio et dispensatio* – isto é, fazê-los produzir e distribuí-los proporcionalmente às necessidades de cada um. Esta gerência é remunerada. É a propriedade ativa.³¹³

Deste modo, os lotes de terreno eram disputados pelos proprietários e pelos possuidores. Esses nada tinham além dos bens de moradia (barracos) edificadas sobre os terrenos (*A favela já tem vida própria, está, repita-se dotada de equipamentos urbanos. Lá vivem muitas centenas, ou milhares, de pessoas. Só nos locais onde existiam os nove lotes reivindicados residem 30 famílias. Lá existe uma outra realidade urbana, com vida própria, com os direitos civis sendo exercitados com naturalidade. O comércio está presente, serviços são prestados, barracos são vendidos, comprados, alugados*). Para todos os efeitos de direito estão em situação de necessidade extrema. Para os proprietários, os bens, ao revés, são evidentemente *superflua*. Não diligenciaram estes em reavê-los por anos a fio; jamais exerceram a posse efetiva dos mesmos para qualquer finalidade útil. Têm deles apenas a posse artificial, meramente civil.

Assim, o direito à propriedade dos bens pressupõe algum uso válido para estes no decorrer do tempo e quando confrontada a propriedade sem função social de bens supérfluos com a posse com função social desses mesmos bens, a propriedade deve ceder à posse porque, como asseverava Tomás de Aquino, só será ato supererrogatório pôr em comum, ativa ou passivamente, o supérfluo em relação àqueles que não estão em situação de necessidade extrema. Para todos os outros, em litígio, impõe-se o dever de justiça de distribuição dos bens.

313 SODRÉ, Ruy Azevedo. Função social da propriedade privada. Tese de Doutorado em Filosofia do Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Empresa gráfica da Revista dos Tribunais, s/d., p. 169.

11.6 Considerações Finais

A consideração final a ser extraída do presente tópico é a de que, como apontou o acórdão do Superior Tribunal de Justiça concernente à prevalência da posse com função social sobre a propriedade sem função social na favela do Pullman em São Paulo, encontramos-nos em um momento importante para o direito no qual se procede à progressiva substanciação do conteúdo dos direitos.

Como demonstrado no texto, o direito de propriedade não pode mais ser concebido como um puro direito subjetivo, um poder do sujeito que expressa e realiza a sua liberdade. Não, pelo contrário, ele tem de ser estudado em sua complexidade, na sua interação com a totalidade dos membros da sociedade, proprietários e não-proprietários. A função social da propriedade só é corretamente compreendida quando se superam as insuficiências do conceito de direito subjetivo como um poder do sujeito e as aporias das categorizações abstracionistas, como a das situações jurídicas complexas, e se intenta uma reflexão teórico-filosófica que dê conta da complexidade do que significa a funcionalização de um direito, necessariamente a pressupor uma objetividade correlata com a teoria da justiça.

Para nos ajudar nesse itinerário, recorremos ao magistério de Tomás de Aquino sobre a propriedade. Tomás de Aquino, como visto, tratou a propriedade de maneira objetiva, a partir da teoria da justiça. A legitimidade da propriedade se funda a partir da distinção entre o “poder” (*potestas*) de gerir as coisas e delas dispor, e o dever moral de utilizá-las (*usus*) em proveito de todos. Ao estabelecer que é permitido e mesmo necessário que o homem possua as próprias coisas, Tomás faz da propriedade um verdadeiro “poder”, um verdadeiro direito, de tal modo que o roubo será caracterizado como uma injustiça, pois atenta contra esse direito. O “uso” (*usus*) exprime a finalidade a perseguir e a maneira de realizar o exercício desse poder. É porque possui o verdadeiro poder e o verdadeiro direito de possuí-los que o homem deve utilizar os bens como “sendo comuns”, numa disposição virtuosa de “compartilhá-los com os necessitados”. “Poder” e “uso” formam uma espécie de dupla instância do mesmo direito-dever do qual o homem está investido, no plano ético e jurídico.

Os bens que o homem tem são legítimos desde que tenham a finalidade de lhe garantir o espaço vital digno e suficiente para a vida pessoal e social. Se os bens, por direito natural, pertencem a todos, cada indivíduo tem direito à sua parte, sem o que não se cumpriria a destinação universal, ao menos se se considerar que possuir e desfrutar tudo em comum não é prescrição de direito natural, nem é possível na prática.

Tudo o que ultrapassa a necessidade do espaço vital e tudo aquilo que não é bem administrado ou que, por qualquer razão, pela extensão ou pelo mau uso, prejudicar a outrem, deve ser submetido aos critérios da comunidade, isto é, do bem comum.

Fundado nesse sólido referencial teórico é possível conceber, como foi explanado no acórdão citado, que no confronto entre a propriedade sem função social com a posse com função social, o direito de propriedade é, em substância, a sua utilização, ou seja, a posse com o qual este é exercitado. O título gera o *ius possidendi* e não exercido, porque não foi transmitida a posse ou não havia posse para transmitir, ou tendo sido transmitida, não ocorreu a utilização da coisa pelo novo titular, sua posse será apenas civil, com base na espiritualização da posse que o direito civil admite. Enquanto permanecer a coisa sem utilização de terceiros, o título jurídico permitirá que o titular coloque em prática o direito à posse, transformando-o efetivamente em posse, possibilitando o cumprimento da função social da propriedade, antes descuidada. Essa posse artificial, meramente civil (normalmente posse do proprietário), em confronto com a posse real, efetiva (quando essa última for qualificada pela função social) deve ceder a esta.

Deste modo, temos esboçado aqui um instrumental bastante útil para tentar definir os contornos do que seria a função social da propriedade e sua correta aplicação pelos Tribunais nos litígios reivindicatórios e possessórios.

12. A IDEIA DE DIREITO OU O DIREITO JUSTO DE KARL LARENZ COMO FUNDAMENTO DA PROTEÇÃO DO DEVEDOR DECORRENTE DO *FAVOR DEBITORIS*

12.1 O Favor Debitoris no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O *favor debitoris* tem aplicação no direito material e no direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. Na primeira hipótese o *favor debitoris* se traduz em uma ratio ou dispositivos que têm o efeito de excluir a condição de devedor ou minorá-la de modo relevante, como nos casos das obrigações fundadas na boa-fé objetiva, o negócio realizado em estado de perigo, a ideia do abuso do direito na acepção objetivista, a limitação dos juros moratórios, quando não convencionados, o dispositivo de que o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal, a resolução dos contratos de execução continuada ou diferida por onerosidade excessiva, a lesão subjetiva, o preceito que estabelece que o devedor pode alterar o local pré-determinado para o pagamento, sempre que ocorrer motivo grave, a oneração da cobrança indevida, etc.

Na segunda hipótese se está tratando do *favor debitoris* como mecanismos assegurados pelo ordenamento processual para a proteção ao devedor ou normas de conduta obrigatória pelo exequente, como a impenhorabilidade das provisões de alimento e de combustível, necessárias à manutenção do devedor e de sua família durante 1 (um) mês; os livros, as máquinas, os utensílios e os instrumentos, necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; o imóvel rural, até um módulo, desde que este seja o único de que disponha o devedor, ressalvada a hipoteca para fins de financiamento agropecuário, o princípio da responsabilidade do exequente, o princípio da certeza e liquidez do direito, a regra impeditiva da penhora, se for evidente que o valor dos bens encontrados seria absorvido totalmente pelas custas da execução, a proibição da arrematação por preço vil e o art. 620 do CPC, no qual se estipula que, quando por vários meios o

credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

Afronta se saber consoante o Direito e o entendimento dos Tribunais em que perspectiva se possa referir ao *favor debitoris* como um princípio geral do direito das obrigações, estabelecer a natureza desse princípio e delimitar suas aplicações práticas.

12.2 O Sentido da Expressão Favor, Seus Limites Objetivos e Subjetivos

A expressão favor no direito romano assume o significado daquilo que se desvia do rigor do direito.³¹⁴

Moreira Alves considera que a expressão favor denota a atitude do legislador e da jurisprudência de favorecimento a uma situação especial que decorre de uma *causa favorabilis*, ou seja, a tendência a privilegiar esta situação, pela sua relevância e importância dentro do ordenamento jurídico, desde que a interpretação dada não seja absolutamente destoante da lógica jurídica.³¹⁵ É o caso do testamento, através do *favor testamenti*, pelo qual, na dúvida sobre uma disposição, a jurisprudência tem a tendência a favorecer o desejo do testador, da maneira mais ampla possível, com larguíssima interpretação, de modo a evitar a sucessão intestada.³¹⁶

314 Como se verifica nas palavras de Ulpiano em D. XL, 5, 24, 10.

315 MOREIRA ALVES, José Carlos. As normas de proteção ao devedor e o favor debitoris: do direito romano ao direito latino-americano. Notícia do Direito Brasileiro. Nova Série. Brasília, n. 3, jan./jul. 1997, p. 112/113

316 “Ha de señalarse que el favor testamenti del Derecho clásico llega a ser en el derecho posterior favor testantis, y los textos de Justiniano contienen muchas decisiones en las cuales se hace eficaz o lo que se entiende haber sido el deseo del testador, aunque esta interpretación no sea verdadero resultado de lo que él há dicho, o lo que sea necesario para evitar la sucesión intestada” BUCKLAND, W. W. & McNAIR, Arnold. D. Derecho romano y common law: uma comparación en esbozo. Madrid : Universidad Complutense, 1994, p. 160/161.

A *causa favorabilis* da qual decorre o favor pode ser compreendida como aquela que, em determinado ordenamento jurídico e época, possui um apreço de bem objetivo, é um bem fundamental, e, como tal, impõe a todos, o dever de favorecê-la e defendê-la.³¹⁷ A interpretação que decorre do favor deve levar em conta, sobretudo, o valor transcendente da *causa favorabilis* e, assim, excluir considerações que decorram da aplicação de outros princípios, mormente aqueles oriundos de aplicações mecânicas de caráter formal.

Deste modo, os limites da interpretação que decorre do favor são os mais amplos possíveis, tanto subjetiva quanto objetivamente. Do ponto de vista objetivo, dizer que há uma situação jurídica beneficiada por um favor significa considerar que esta realidade é merecedora de valorização em si mesma, tratando-se de um bem fundamental e que, como tal, deve ser privilegiada em confronto com outros argumentos jurídicos porventura relevantes.

Juan Ignacio Bañares, ao comentar o cânon 1060 do Código de Direito Canônico sobre o *favor matrimonii*, assevera que o favor iuris decorre sempre de uma realidade fática que o legislador considera em sua instauração e em seu desenvolvimento vital como um valor particularmente importante; que o

317 Como se verifica na lição de Sua Santidade João Paulo II no seu discurso aos membros do Tribunal da Rota Romana na inauguração do Ano Judiciário de 2004, ao defender o favor matrimonii: “Nesta perspectiva o favor matrimonii, afirmam, deveria ceder o lugar ao favor personae ou ao favor veritatis subiecti ou ao favor libertatis. Para avaliar correctamente as novas posições é oportuno, em primeiro lugar, reconhecer o fundamento e os limites do favor em questão. Na realidade, trata-se de um princípio que transcende enormemente a presunção de validade, dado que informa todas as normas canônicas, tanto substanciais como processuais, no que se refere ao matrimônio. Com efeito, o apoio ao matrimônio deve inspirar todas as actividades da Igreja, dos Pastores, dos fiéis e da sociedade civil, em síntese, de todas as pessoas de boa vontade. O fundamento desta atitude não é uma opção mais ou menos opinável, mas sim o apreço do bem objetivo, representado por toda a união conjugal e por cada família. Precisamente quando é ameaçado o reconhecimento pessoal e social de um bem tão fundamental, descobre-se mais profundamente a sua importância para as pessoas e para as comunidades. À luz destas considerações, manifesta-se com clareza que o dever de defender e favorecer o matrimônio cabe certamente, de maneira particular, aos Pastores sagrados, mas constitui também uma responsabilidade específica de todos os fiéis, sobretudo dos homens e das autoridades civis, cada qual segundo as suas próprias competências”. JOÃO PAULO II. Discurso aos membros do Tribunal da Rota Romana na inauguração do Ano Judiciário de 2004. Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/2004/january/documents/hf_jp-ii_spe_20040129_roman-rot_a_po.html. Acesso em: 20 nov. 2005.

ordenamento lhe outorga tal valor precisamente por sua conexão substancial e imediata com a *causa favorabilis* e que este valor deve ser entendido como informador de todo o sistema jurídico daquela ordem de relações.³¹⁸

Assim, nos exemplos citados acima, devem-se preferir as interpretações que conduzam à validade de um testamento do que as outras que resultariam numa situação intestada; no matrimônio, as disposições interpretativas assecuratórias da validade do laço jurídico preponderam em relação a justificações de caráter formal para determinação de nulidades. No que concerne ao aspecto subjetivo, todos os operadores do direito e partícipes das relações jurídicas são obrigados a implementar os valores institucionais veiculados através do favor e, nessa perspectiva, defender e proteger aquela situação jurídica.

O *favor*, em síntese, pode ser definido como o complexo de prerrogativas, quando não um verdadeiro e próprio privilégio, que atribui uma posição de vantagem a uma determinada pessoa, seja porque se leva em consideração a sua qualidade pessoal, seja porque a proteção do interesse individual é muito freqüentemente o único meio de satisfazer o interesse de ordem coletiva.

12.3 A Proteção do Devedor em Perspectiva Histórica, sua Recepção no Antigo Direito Lusitano e no Ordenamento Jurídico Brasileiro

12.3.1 A Proteção do Devedor no Direito Romano

A regulamentação jurídica de proteção do devedor no direito romano é um fenômeno típico do período pós-classico. No direito romano clássico havia um equilíbrio entre a pretensão do credor e a preocupação para com o devedor.³¹⁹

318 BAÑARES, Juan Ignacio. Comentario ao Canon 1060. In: MARZOA, A. MIRAS, J. & RODRÍGUEZ-OCAÑA. (Org.). Comentario exegético al Código de Derecho Canónico. Pamplona : EUNSA, 1997, p. 1083/1084.

319 “Il diritto della obbligazione si sviluppa secondo una linea di protezione del debitore;

Na época de Augusto, a *lex Iulia iudiciorum privatorum* instituiu a *cessio bonorum*. Esta autorizava o devedor que, sem culpa, encontrasse-se em desastrosa situação patrimonial, a se subtrair à execução em sua pessoa mediante a cessão de todos os seus bens ao credor, o qual não adquiria a propriedade mas era tão-somente legitimado a revendê-la e a satisfazer o seu crédito com o resultado. Tal medida evitava a infâmia que decorria da venda do devedor insolvente.³²⁰

No período clássico, surge também o *beneficium competentiae*, pelo qual alguns devedores somente podiam ser condenados, em determinadas circunstâncias, a pagar não a totalidade da dívida, mas apenas aquilo que estivesse dentro de suas possibilidades patrimoniais (*in id quod facere possunt*).³²¹

A proteção do devedor surgida no período clássico sob a influência da *humanitas*³²² consolida-se com os imperadores cristãos, ampliando-se as formas de tutela do devedor, considerado a parte mais fraca.

No período *justinianeus*, ampliam-se significativamente as disposições que tornam o exercício do direito de crédito menos inexorável do que era no período clássico. O *beneficium competentiae* muda o seu perfil. Admite-se a exclusão de alguns bens da execução patrimonial, com a finalidade de garantir a subsistência do devedor e evitar que este ficasse reduzido à indigência. É a *deductio ne egeat*, prevista em D. L. 17, 173 pr., estendida a todos os devedores que gozavam da condenação limitada³²³.

Sob a égide de Justiniano, foi proibido o anatocismo, fixando-se que, se alguém houvesse estipulado juros além da taxa estabelecida, ou juros dos juros,

ma pertutta l'epoca classica rappresenta un sapiente equilibrio tra la pretesa del creditore e la pietà verso il debitore." BIONDI, Biondo. Instituzioni di diritto romano. Milano: Giuffrè, 1972, p. 341.

320 SCHULZ, Fritz. Derecho romano clásico. Barcelona : Bosch, 1960, p. 203/204.

321 Sobre a matéria ver, no direito brasileiro, VELASCO, Ignácio M. Poveda. A execução do devedor no direito romano. São Paulo : Livraria Paulista, 2003

322 SCHULZ, Fritz. Principios del derecho romano. Madrid : Civitas, 1990, p. 211-242.

323 VELASCO, Ignácio M. Poveda. A execução do devedor no direito romano. São Paulo : Livraria Paulista, 2003, p. 17

tenha-se por não expresso aquilo que ilícitamente se expressou, e que se possa pedir apenas o que é lícito.³²⁴ Pela legislação justinianéa, não poderiam os juros ser inseridos em estipulação nem exigidos quando o capital já tivesse dobrado por conta de juros.³²⁵

Por razões de clemência, ainda que do desagrado dos credores, Justiniano concede a *datio in solutum necessaria* pela Novela IV, 3, do ano de 535 d.C. Nesta, determina-se que o devedor que não dispusesse de dinheiro para restituir a quantia que recebera em mútuo, mas que fosse proprietário de imóveis, poderia, por não encontrar comprador para eles, dirigir-se ao juiz competente e, feita escrupulosa avaliação deles, dar os melhores em pagamento.³²⁶

Moreira Alves cita diversas passagens nas quais o direito *justinianeum* elabora uma proteção reforçada ao devedor. Assim, nesse direito, o termo presume-se apostado ao negócio jurídico em favor do devedor; há também a concessão de prazo de graça para o devedor.³²⁷

Outro aspecto importante da proteção do devedor no direito romano é a vedação da *læsio enormis* através de rescrito de 285 d.C. do Imperador Diocleciano. Sob a rubrica *De rescindenda venditione*, este rescrito oferece ao vendedor a possibilidade de invocar a rescisão do contrato de compra e venda se o preço obtido com a venda da coisa tiver sido inferior à metade do verdadeiro preço. Ao comprador, porém, foi concedida a faculdade de evitar a rescisão mediante o oferecimento do que faltar para o justo preço, constituindo-se em efetivo mecanismo de proteção do devedor.

Em 320 d.C., uma lei de Constantino proíbe o pacto comissório pelo qual as partes avençam que o credor, no caso de a dívida não ser paga e não se extinguir de outra forma, possa, após o vencimento da mesma, obter a satisfação

324 D. XXII, 1, 29.

325 D. XII, 6, 26, 1.

326 Novela IV, 3, citada por MOREIRA ALVES, *As normas de proteção...*, cit., p. 116.

327 MOREIRA ALVES, *As normas de proteção...*, cit., p. 117.

na coisa penhorada.³²⁸

A proibição de adoção de providências vexatórias para a cobrança do crédito no direito romano é ressaltada por Moreira Alves em diversas passagens, como na *cessio in potentiolem*, na qual, por uma constituição dos imperadores Honório e Teodósio, estabelece-se a perda do crédito quando o credor o transferisse para pessoa mais poderosa. Considerava-se manifesta a voracidade dos credores que compram dívidas de outros para poder exercitar as correspondentes ações de execução.³²⁹

O Imperador Justiniano também estabeleceu regra cogente de que ninguém seria obrigado a ceder todos os seus bens por dívida. Considerando tal estado de coisas e, nas suas palavras, desejando render culto a Deus, proíbe aos magistrados reduzir, através da *cessio bonorum*, o devedor à miséria, quando este jurasse pelos evangelhos que não tinha em suas coisas outros bens ou dinheiro que pudessem satisfazer a dívida.

A interpretação do direito igualmente altera-se no direito justinianeu para estabelecer a maior proteção do devedor. Em D. L, 17, 34, nas Diversas Regras Gerais do Direito Antigo, estabelece-se, especialmente na parte final tida como interpolada, a elucidação de que, se for incerta a regra, deve-se preferir a interpretação que mais favoreça o devedor. A interpretação assume nítido benefício em favor do devedor, estabelecendo a regra iuris de que nas coisas obscuras atemo-nos sempre ao que é o menos.³³⁰

Assim, o *ius civile* romano desenvolve-se em um processo de crescente humanização, sob o influxo do estoicismo³³¹, pelo apreço da *humanitas*³³² e pela extraordinária benignidade do espírito cristão, culminando no estabelecimento

328 KASER, Max. Direito privado romano. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999, p. 187.

329 C. II, 13, 2.

330 D. L, 17, 9.

331 CÍCERO, Marco Túlio. Tratado dos deveres. Coleção Cultura Clássica. São Paulo: Edições Cultura Brasileira, s.d., cap. VII

332 SCHULZ, Fritz. Principios del derecho romano. Madrid: Civitas, 1990, p. 211-242.

de uma efetiva esfera diferenciada de proteção ao devedor, o que justifica pensar, a partir dele, em um verdadeiro *favor debitoris*.

12.3.2 A Proteção do Devedor no Direito Português Antigo

A recepção do direito *justinianeu* e da obra dos glosadores em Portugal dá-se a partir do século XIII. As Siete Partidas, sobretudo, influenciaram profundamente o direito das primeiras ordenações portuguesas – as Afonsinas – e possibilitaram a transmissão para o ordenamento português dos institutos de proteção ao devedor do direito romano.

No direito português antigo, são inúmeras as disposições de favorecimento do devedor recebidas do direito justinianeu. Paschoal José de Mello Freire, em seu Curso de Direito Civil Português, ao discorrer sobre as regras gerais de interpretação das leis, anuncia em sua primeira regra que, para explicar o sentido de uma lei, deve-se dar preferência àquele que ela tem tido no uso e prática do foro, e, se um sentido não tiver um uso preferido, deve-se preferir aquele em que menos rigor se der.³³³

A *cessio in potentiorum*, pela qual, por uma constituição dos imperadores Honório e Teodósio, estabelece-se a perda do crédito quando o credor o transferisse para pessoa mais poderosa³³⁴, foi recebida no direito português nas Ordenações Afonsinas, as quais previram que, se um credor tiver uma demanda contra um devedor e, antes da demanda começada, a ceder a uma pessoa mais poderosa em razão do Ofício, perderá todo o direito e ação que até então tinha.³³⁵ Igual disposição encontra-se nas Ordenações Manuelinas³³⁶ e nas Filipinas.³³⁷

333 FREIRE, Paschoal José de Mello. Curso de direito civil portuguez. Anotado por Antonio Ribeiro de Liz Teixeira. Coimbra : J. Augusto Orcel Editor, 1856, p. 33

334 C. II, 13, 2.

335 AFFONSO V. Ordenações Afonsinas, III, CXVIII. Fac-símile. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1984, p. 425.

336 Ordenações Manuelinas, III, 84.

337 Ordenações Filipinas, III, 39.

Moreira Alves relata que a *cessio bonorum*, que permite ao devedor ceder todos os seus bens aos credores para livrar-se da execução pessoal e, portanto, da servidão e do cárcere, é admitida pelas Ordenações Afonsinas e que, utilizando-se desse benefício, o devedor não deve ser preso pela dívida, mas continua obrigado pelo saldo, embora, se vier a adquirir novos bens, goze do *beneficium competentiae*.³³⁸

A disciplina da lesão, no direito lusitano, remonta às Ordenações Afonsinas (Livro IV, Título XLV) e Manuelinas (Livro IV, Título XXX), inspiradas indiscutivelmente no direito *justinianeus*, mas temperadas pela influência canônica.

Nas Ordenações Filipinas, a figura da lesão assumiu um caráter objetivo, de inspiração romana (*laesio ultra dimidium*). O campo de incidência era vasto, abrangendo as alienações de bens móveis ou imóveis. As Ordenações Filipinas³³⁹ previram, além da figura jurídica da lesão enorme (*laesio enormis*), a lesão enormíssima, que ocorria quando alguém recebesse somente a terça parte do justo valor da coisa.³⁴⁰ A *laesio enormissima* não foi conhecida no direito romano, havendo sido concebida pelos canonistas.

No que concerne à usura e ao anatocismo, as Ordenações proibiam-nos expressamente, como se deduz das Ordenações Afonsinas, IV, 19.³⁴¹ Este também era o prescrito nas Ordenações Manuelinas³⁴² e nas Ordenações Filipinas.³⁴³

338 MOREIRA ALVES, As normas de proteção..., cit., p. 144; ver também Ordenações Afonsinas, III, op. cit., p. 434.

339 Ordenações Filipinas, IV, 13, 10, in fine.

340 TELES, José Homem Corrêa. Digesto português. Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho, 1909, art. 253.

341 Ordenações Afonsinas, IV, 19, op. cit., p. 94 e 95.

342 Ordenações Manuelinas, IV, 14.

343 Ordenações Filipinas, IV, 67, Fac-simile. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1985, p. 871-874.

As penas convencionais no direito das ordenações também são limitadas em benefício do devedor e não podem exceder o principal.³⁴⁴

As Ordenações vedavam ainda a *lex commissoria* em se tratando de garantias reais, estabelecendo em síntese que era nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não fosse paga no vencimento.³⁴⁵

Relata igualmente Moreira Alves que as ordenações estabeleceram normas próprias de proteção ao devedor, que não se encontravam no direito romano. Assim, quando o credor cobrasse injustamente em juízo a dívida antes do tempo devido, a pena seria: “Haverá o reo todo aquelle tempo, que faltava, para haver de ser demandado, quando o autor primeiramente o demandou, como outro tanto”.³⁴⁶ Por outro lado, quem demandasse outrem por dívida já integralmente paga ou pela parte recebida seria condenado a dar em dobro o recebido, além de ser condenado no dobro das custas.³⁴⁷

Observa-se, portanto, no direito português antigo que a tradição do *favor debitoris* do direito romano foi substancialmente mantida e mesmo criadas novas situações jurídicas protetivas do devedor. Vejamos, agora, como tais orientações inseriram-se no direito brasileiro.

12.3.3 O Desenvolvimento da Proteção do Devedor no Direito brasileiro Anterior ao Código Civil de 2002

No Brasil Império e durante parte da Primeira República, permaneceram em vigor as Ordenações Filipinas e as leis extravagantes portuguesas, até o início da vigência do Código Civil em 1917.

344 Ordenações Filipinas, IV, 70, op. cit., p. 880/881.

345 Ordenações Afonsinas, IV, 39; Ordenações Manuelinas, IV, 26 e Ordenações Filipinas, IV, 56.

346 Ordenações Filipinas, III, 35, op. cit., p. 619.

347 MOREIRA ALVES, As normas de proteção..., op. cit., p. 150.

É expressa na Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, de 1850, (que atualizavam as Ordenações para os usos do Foro) a proteção ao devedor. O instituto da lesão está previsto no art. 359, que estatui que *todos os contratos, em que se dá, ou deixa, uma coisa por outra, podem ser rescindidos por ação da parte lesada, se a lesão for enorme; isto é, se exceder metade do justo valor da coisa*.³⁴⁸

Acrescenta esse autor que a presença da lesão enorme é ordinária no direito brasileiro e está admitida em nossos costumes. Em se tratando de compra e venda, a lesão pode ser invocada tanto pelo comprador quanto pelo vendedor.³⁴⁹

A lesão enormíssima também é admitida no art. 567: *“Mas, se a lesão for enormíssima, restituir-se-á a coisa precisamente, e com os frutos desde o dia da venda”*.³⁵⁰ São reprovadas nas escrituras as cláusulas que estabelecerem a renúncia à ação de lesão.³⁵¹

O pacto comissório, pelo qual as partes pactuam que o credor, no caso da dívida não ser paga e não se extinguir de outra forma, possa, após o vencimento da mesma, obter a satisfação na coisa penhorada é expressamente vedado pelo art. 769 da Consolidação.³⁵²

Subsistia a disposição de que as penas convencionais não podem exceder o valor da obrigação principal (art. 391).

348 FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das leis civis. 3. ed. Rio de Janeiro : H. Garnier Editor, 1896, p. 242.

349 A respeito do tema, esclarece Carlos de Carvalho que a lesão só pode ser contemporânea ao contrato (art. 1071). CARVALHO, Carlos Augusto de. Nova consolidação das leis civis. Rio de Janeiro : Livraria Francisco Alves, 1899, p. 318.

350 A mesma disposição é assente em Carlos de Carvalho (art. 1073, § 2º). CARVALHO, op. cit. p. 318.

351 FREITAS, op. cit. art. 390, p. 273.

352 A mesma regra se encontra em a Nova Consolidação das Leis Civis de Carlos de Carvalho (art. 681).

A *cessio bonorum* também persiste no direito das obrigações, na abalizada opinião de Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça em 1911.³⁵³ Pela extinção da *cessio bonorum* no direito brasileiro manifestava-se Teixeira de Freitas (Consolidação, art. 839, nota 24), porém, sem demonstrar a sua afirmativa.

A *datio in solutum necessaria*, com plenos efeitos para a quitação da dívida, foi admitida pelo Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890, como relata Carlos de Carvalho no art. 940 da sua Nova Consolidação das Leis Civis.³⁵⁴

Não se pode negar, à vista de todo esse panorama, que o *favor debitoris* constituía regra corrente no direito brasileiro anterior ao Código Civil de 1916. A imensa maioria da doutrina preconizava uma proteção reforçada aos despossuídos e vítimas de dívidas.³⁵⁵

E, por fim, há na Consolidação de Carlos Augusto de Carvalho a consagração do *favor debitoris* como princípio geral de interpretação dos atos jurídicos no direito das obrigações, preconizando que, nos casos duvidosos, em que não se possa resolver segundo as regras estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor (*favor debitoris*) (art. 288.).³⁵⁶

O Código Civil de 1916, impregnado pelo individualismo jurídico e pela doutrina do *laissez-faire*, pelo liberalismo econômico smithiano, não recepcionou muitas das medidas de proteção ao devedor acima expostas. Moreira Alves relata que não se encontram nesse código normas que admitam as moratórias, o *beneficium competentiae*, a *cessio bonorum* como meio de extinção do débito (que

353 MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. Doutrina e prática das obrigações. V. 1. 2. ed. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1911, nº 445, p. 744/747.

354 CARVALHO, op. cit., art. 940, p. 282.

355 Carlos Augusto de Carvalho era expresso ao afirmar que o direito romano justinianeu, de nítida inspiração protetiva, era fonte do direito civil de caráter subsidiário (art. 5º, II, a). Do mesmo modo fixava, fundado no Assentamento 321, de 02 de março de 1786, no Alvará de 23 de fevereiro de 1771 e no Alvará de 15 de julho de 1755 que, no que concerne à aplicação e interpretação das leis, as leis que tem em vista maior cômodo do Império se entendem extensivamente, uma vez que não fiquem mais onerosas às partes. CARVALHO, op. cit., art. 5, p. 4.

356 CARVALHO, op. cit., art. 288, p. 97.

se traduz numa verdadeira *datio in solutum* coativa) ou vinculada ao *beneficium competentiae*, a *querela* ou a *exceptio non numeratae pecuniae*, o benefício do inventário, a pena do credor que cobrasse judicialmente antes do prazo, a lesão enorme, a lesão enormíssima, o pagamento parcial coativo, bem como as que vedem a usura, o anatocismo e as cessões aos poderosos.³⁵⁷

O Código Civil de 1916, entretanto, manteve também dispositivos favoráveis ao devedor. Um deles é a proteção do bem de família, introduzida no Código por indicação do Senador Feliciano Pena, em 1912, e inspirado no *Homestead Act* norte-americano de 20 de maio de 1862.

No Código Civil de 1916, permaneceu a proibição do pacto comissório a todos os direitos reais de garantia no seu art. 765.³⁵⁸ O art. 920 do referido Código estabelece que o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal. Foi incluído por iniciativa da Comissão do Governo.³⁵⁹

O art. 9º do Decreto 22.626, de 07 de abril de 1933, previu, posteriormente, disciplinando todos os contratos (estipular em quaisquer contratos, art. 1º), que não é válida a cláusula penal superior à importância de 10% do valor da dívida.

Para o devedor que cumpriu em parte a obrigação, o Código (art. 924) previu a faculdade de o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de inadimplemento. Este é um relevante preceito protetivo do devedor, vez que permite ser aplicado, a título de redução da multa, a todas as situações em que o devedor inadimplente pede a extinção da obrigação; obtendo-a, a redução da cláusula penal que previa a perda das prestações garante ao devedor a devolução de uma parte do que pagou.

357 MOREIRA ALVES, As normas de proteção..., op. cit., p. 154.

358 BEVILÁQUA, Clóvis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. v. 3. 8. ed. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1951, art. 756, p. 358.

359 Ordenações Filipinas, IV, 4, 70, pr. e §2º, in fine, bem como Regimento nº 737, de 25 de novembro de 1850, art. 431; TEIXEIRA DE FREITAS, Consolidação, art. 391; CARLOS DE CARVALHO, Nova Consolidação, art. 246. BEVILÁQUA, Clóvis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. v. 4. 8. ed. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1950, art. 920, p. 68.

O art. 1531 do Código Civil de 1916 discorre que, aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação.³⁶⁰

No que concerne à legislação extravagante ao Código, o Decreto 22.262, de 1933, reintroduziu a usura no direito brasileiro ao prever que é vedado estipular, em quaisquer contratos, taxas de juros superiores a 12% ao ano e que é considerado delito de usura toda a simulação ou prática tendente a ocultar a verdadeira taxa do juro ou a fraudar os dispositivos do referido Decreto, para o fim de sujeitar o devedor a maiores prestações ou encargos, além dos estabelecidos no respectivo título ou instrumento. Também foi proibido nesse Decreto o anatocismo, dispondo este que é proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano (art. 4º). A Lei nº 1521, de 1951 (art. 4º) veio reforçar o instrumental jurídico protetivo do devedor, agora de natureza penal, ao dispor que constitui crime a usura pecuniária ou real.

Na alienação fiduciária em garantia da lei 4728, de 14 de julho de 1965, estabeleceu-se a proibição da *lex commissoria*, ao preceituar a norma legal que é nula a cláusula que autorize o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no seu vencimento (art. 66, § 7º).

Destarte, percebe-se que, embora sob uma perspectiva fortemente liberalizante e hipostasiada do princípio da autonomia da vontade, a legislação, nesse período, em diversos aspectos, sufragou a proteção do devedor, precipuamente na legislação extravagante.

360 Igualmente mantém-se nesse dispositivo a tradição, diferindo apenas a sanção, como exposto no direito das Ordenações, III, 36; TEIXEIRA DE FREITAS, Consolidação, art. 829 e CARLOS DE CARVALHO, Nova Consolidação, art. 872, § 2º.

12.3.4 A Proteção ao Devedor no Código Civil de 2002 e na Legislação Contemporânea

O Código Civil de 2002 retomou a tradição reinícola e brasileira de maior proteção ao devedor, afastando-se do exacerbado individualismo do Código de 1916. O Novo Código tem como princípios a socialidade, a eticidade e a operabilidade. Tais princípios espraiam-se em diversas regras protetivas no Código, como o art. 113, ao estabelecer que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé. A boa-fé objetiva, que os alemães definem por *Treu und Glauben* (lealdade e crença), é um dever global: dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade para não frustrar a confiança da outra parte.

A presunção de que devem ser mantidos, porque de boa-fé, os negócios ordinários que garantam a subsistência do devedor e de sua família (art. 164) é modificação importante porque altera o ordenamento anterior e fixa um patrimônio mínimo a ser assegurado para o devedor.

O Código de 2002 abrigou a ideia do abuso do direito na acepção objetivista. No que concerne à proteção do devedor esse instituto desdobra-se, por exemplo, na proibição do *venire contra factum proprium* que protege uma parte (via de regra, o devedor) contra aquela que pretenda exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente. Depois de criar uma certa expectativa, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há uma quebra dos princípios de lealdade e de confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto, com surpresa e prejuízo à contraparte.

Na senda de proteção ao devedor, o art. 412 dispõe que o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal. Mantém-se, assim, a tradição do Direito brasileiro.³⁶¹

361 Ordenações, IV, 70, pr. e §2º, in fine, Regimento nº 737, de 25 de novembro de 1850, art. 431, TEIXEIRA DE FREITAS, Consolidação, art. 391 e CARLOS DE CARVALHO, Nova Consolidação, art. 246, Código Civil de 1916, art. 920

No caso em que o montante da penalidade a ser cobrado do devedor for manifestamente excessivo, o art. 413 determina que a penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.³⁶²

O diploma de 2002 reintroduz também na legislação brasileira (arts. 478 a 480) a resolução dos contratos de execução continuada ou diferida por onerosidade excessiva, com base na superveniência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, capazes de comprometer o equilíbrio entre as prestações, tal como originalmente estabelecido pelos contraentes.

A lesão é prevista no art. 157 do Código Civil de 2002. No dispositivo em epígrafe, a lesão é definida como a exagerada desproporção de valor entre as prestações de um contrato bilateral, concomitante à sua formação, resultado do aproveitamento, por parte do contratante beneficiado, de uma situação de inferioridade em que então se encontrava o prejudicado.

Na proteção do devedor em matéria de pagamento avulta também o art. 329, estabelecendo que o devedor pode alterar o local pré-determinado para o pagamento, sempre que ocorrer motivo grave e desde que não haja prejuízo ao credor. Caberá ao juiz, em cada caso concreto, decidir sobre a gravidade do motivo. No mesmo diapasão o art. 330, pelo qual o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.

O art. 940 do Código Civil discorre que aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se

362 O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 11527 / SP, julgado em 01/04/1992, fixou o princípio de que a redução pelo juiz da pena convencional é norma de ordem pública, inderrogável por convenção das partes no sentido de ser a multa devida por inteiro em caso de inadimplemento parcial da obrigação. Esclarece o STJ que a moderna doutrina e atual jurisprudência se opõem à clássica doutrina civilística da autonomia da vontade preferindo optar pelo caráter social de proteção da parte presumidamente mais frágil. *Lex STJ*, v. 35, p. 185

houver prescrição.³⁶³

Portanto, o Novo Código Civil de 2002, como se verifica nessa apertada síntese, incrementa consideravelmente os dispositivos de proteção ao devedor, retomando institutos tradicionais de nosso direito e fundando novas diretrizes protetivas.

A legislação processual civil, no campo da execução, não obstante a pretensão de estrita cientificidade (aos moldes positivistas) do Código de Processo Civil de 1973, também assegura diversos mecanismos de proteção ao devedor.

O art. 649 do CPC estabelece que são absolutamente impenhoráveis as provisões de alimento e de combustível, necessárias à manutenção do devedor e de sua família durante 1 (um) mês; os livros, as máquinas, os utensílios e os instrumentos, necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; o imóvel rural, até um módulo, desde que este seja o único de que disponha o devedor.

Também é princípio específico da execução o fato de que esta sempre se realiza no interesse do credor (CPC, art. 612). Somente tem necessidade de promover a execução quem é sujeito de um título executivo que lhe atribua a exigir de outrem determinada prestação. E toda a atividade executória se dirige no sentido de realizar em concreto a satisfação do crédito do exequente.

Corolário desse princípio é a regra impeditiva da penhora, se for evidente que o valor dos bens encontrados seria absorvido totalmente pelas custas da execução (CPC, art. 659, § 2º).

Outro dispositivo processual de proteção do devedor é aquele que proíbe a arrematação por preço vil (CPC, art. 692), assim como a regra jurídica sobre poder o juiz conceder ao credor o usufruto de imóvel ou de empresa, se menos

363 Da mesma forma, mantém-se nesse dispositivo a tradição, diferindo apenas a sanção, como exposto no direito das Ordenações, III, 36; TEIXEIRA DE FREITAS, Consolidação, art. 829 e CARLOS DE CARVALHO, Nova Consolidação, art. 872, § 2º e Código Civil de 1916, art. 1531.

gravoso ao devedor e eficiente para a solução da dívida (CPC, art. 716).

E, finalmente, o art. 620 do CPC, no qual se estipula que, quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

Tratando do mesmo princípio protetivo no Código de Processo Civil de 1939, ao versar sobre o art. 903, Pontes de Miranda o define como *favor debitoris*, uma regra de interpretação das leis e dos atos jurídicos. Entre duas condutas possíveis de serem aplicadas na interpretação de um contrato ou de uma execução, o juiz determinará aquela menos gravosa (mais favorável) ao devedor.³⁶⁴

O Ministro Teori Albino Zavascki, do Superior Tribunal de Justiça, ressalta a existência no direito de uma tendência humanizadora da execução forçada que se faz sentir mediante a imposições de limites à patrimonialidade da execução prevista no art. 591 do CPC. Busca-se preservar o mínimo de dignidade do devedor e de sua família. Alcança-se tal meta através de vários dispositivos, como o dos bens impenhoráveis (CPC, art. 649 e 650), o bem de família (art. 1º, Lei 8009/90), a proibição de efetuar penhora quando inútil para o credor (CPC, art. 659, §2º), tudo isso compondo o princípio do *favor debitoris*.³⁶⁵

Candido Rangel Dinamarco salienta, em adendo, que:

“Pode-se mesmo dizer que existe um sistema de proteção do executado contra excessos, um favor debitoris inspirado nos princípios de justiça e equidade, que inclusive constitui uma das linhas fundamentais da história da execução civil em sua generosa tendência de humanização”.³⁶⁶

Teori Zavascki acentua que o preceito do artigo 620, veículo do *favor debitoris*, é típica regra de sobredireito, cuja função não é a de disciplinar situação

364 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao código de processo civil. Tomo XIII. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1961, p. 157/158.

365 ZAVASCKI, Teori Albino. Comentários ao código de processo civil. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, v. 8, p. 399

366 DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 307.

concreta e sim a de orientar a aplicação das demais normas do processo de execução, com a nítida finalidade de evitar atos executivos desnecessariamente onerosos para o devedor. Acrescenta ele que a riqueza do art. 620 reside, justamente, em consagrar um **princípio de direito**, que se caracteriza como tal, distinguindo-se de uma regra normativa comum pelo seu modo de atuar: enquanto a regra atua sobre a específica situação nela descrita, o princípio ocupa todos os espaços possíveis em que não encontrar oposição da ordem jurídica.³⁶⁷

Tal caráter principiológico do *favor debitoris* em matéria de execução vem sendo acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que em diversos julgados tem estabelecido nos processos de execução a excepcionalidade da penhora sobre o faturamento da empresa, sobretudo quando esta tenha apresentado outros bens passíveis de garantir a execução.³⁶⁸ A atuação do princípio na jurisprudência desse Tribunal é expressa para não inviabilizar a sobrevivência do devedor.³⁶⁹

Da mesma maneira, o STJ admitiu que o promissário-comprador inadimplente que não usufrui do imóvel tem legitimidade ativa “ad causam” para postular nulidade da cláusula que estabelece o decaimento de metade das prestações pagas e que este direito à devolução das prestações pagas decorre da força integrativa do princípio geral de direito privado “*favor debitoris*” (corolário, no Direito das Obrigações, do “*favor libertatis*”).³⁷⁰

Consagrada, pois, a recepção do *favor debitoris* na codificação de 2002 e na execução civil desde o Código de 1939, verifiquemos se este configura um princípio geral do direito das obrigações.

367 ZAVASCKI, op. cit. p. 400/401.

368 STJ, AgRg na MC 8911 / RJ, Data do Julgamento: 14/12/2004, Data da Publicação/ Fonte: DJ 21.03.2005 p. 214.

369 STJ, AgRg na MC 8275/RJ, Data do Julgamento: 29/06/2004 , Data da Publicação/ Fonte : DJ 23.08.2004, p. 119.

370 STJ, REsp 345725/SP, Data do Julgamento: 13/05/2003, Data da Publicação/ Fonte: DJ 18.08.2003, p. 202; RSTJ v. 181, p. 262.

12.4 A Ideia de Direito ou o Direito Justo de Karl Larenz como Fundamento da Proteção do Devedor Decorrente do Favor Debitoris como Princípio Geral do Direito das Obrigações

Para averiguar se a proteção do devedor que decorre do *favor debitoris* pode ser considerada um princípio geral do direito das obrigações é necessário antes distinguir princípios de regras.

Princípios são pautas diretivas de um determinado ramo ou fração do ordenamento. Estabelecem parâmetros, vetores, a partir dos quais as regras serão aplicadas. Os princípios são normas com grau de abstração relativamente elevado; as regras possuem abstração relativamente reduzida.

Os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz, etc.) enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta. Princípios são normas jurídicas de otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante condicionamentos fáticos e jurídicos; regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência. Princípios permitem um balanceamento de valores ou interesses; a regra não deixa espaço para qualquer outra solução pois se uma regra vale deve cumprir-se na exata medida de suas prescrições.

Princípios também têm importância estruturante dentro do sistema jurídico, revelando mesmo uma proximidade da ideia de direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados na ideia de justiça; as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

Os princípios são, deste modo, fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, função normogênica fundamentante e dispõem de uma capacidade deontológica de justificação.

Larenz define bem as características dos princípios ético-jurídicos e o processo de sua formação:

“Esses princípios possuem um conteúdo material de justiça; por esse motivo podem ser entendidos como manifestações e especificações especiais da ideia de Direito, tal como este se revela na ‘consciência jurídica geral’, neste estágio da evolução histórica. Enquanto ‘princípios’ não são regras imediatamente aplicáveis aos casos concretos, mas ideias diretrizes, cuja transformação em regras que possibilitem uma resolução tem lugar em parte pela legislação, em parte pela jurisprudência, segundo o processo de concretização e aperfeiçoamento de princípios mais especiais mediante a formação de grupos de casos. Alguns deles tem o escalão de normas constitucionais; outros, como o princípio da “boa-fé”, estão expressos nas leis ou infere-se delas, recorrendo à *ratio legis*, o fundamento justificante de uma regulação legal. Enquanto critérios ‘teleológicos-objetivos’ são coadjuvantes para a interpretação, bem como para a integração de lacunas; aqui constituem o fundamento para uma analogia global e, por vezes, também para uma redução teleológica. Trata-se de um desenvolvimento do Direito superador da lei de acordo com um princípio ético-jurídico, quando um tal princípio, ou também um novo âmbito de aplicação de tal princípio, é conhecido pela primeira vez e expresso de modo convincente. O motivo para isso constitui-o, as mais das vezes, um caso, ou uma série de casos de igual teor, que não pode ser solucionado de um modo que satisfaça a sensibilidade jurídica com os meios de interpretação da lei e de um desenvolvimento do Direito imanente à lei”.³⁷¹

Consoante Larenz, as normas jurídicas não estão desligadas umas das outras, mas estão numa conexão multimoda umas com as outras. De acordo com isto, toda a interpretação de uma norma tem de tomar em consideração a cadeia de significado, o contexto e a sede sistemática da norma, a sua função no contexto da regulamentação em causa. Além disso, o ordenamento jurídico no seu conjunto, ou pelos menos grande parte dele, está subordinado a determinadas diretivas, princípios ou pautas gerais de valoração. A sua função é justificar, subordinando-as à ideia de Direito, as decisões de valor que subjazem às normas, unificá-las, e, deste modo, excluir na medida do possível as contradições de valoração. Elas são de grande préstimo para a interpretação, mas ainda mais, porém, para o desenvolvimento do Direito imanente à lei e do Direito transcendente à lei. A descoberta das conexões de sentido em que as normas e regulações particulares

371 LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 2. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1989, p. 511.

se encontram entre si e com os princípios diretivos do ordenamento jurídico, e a sua exposição de um modo ordenado, que possibilite a visão de conjunto – quer dizer, na forma de um sistema – é uma das tarefas mais importantes da Jurisprudência científica.

A proteção do devedor certamente se insere nessa ideia de Direito assim concebida. A ideia de Direito abrange os fins últimos do Direito e entre estes está a manutenção da paz jurídica e a realização da justiça. A paz jurídica implica o senhorio do Direito na relação entre os homens. A paz efetiva se estabelece onde cada um pode contar que o outro se comportará com observância do Direito, não só nos contratos, senão em geral. Onde não domina o temor, senão a certeza, onde os homens não se comportam uns com os outros de forma inamistosa, senão cooperativa.³⁷²

Nesse sentido a redução do devedor à completa insolvência atenta contra a paz jurídica porque dissolve a cooperação que deve existir em sociedade. Elaborados os negócios deve-se garantir à parte que menos suporta seus encargos a possibilidade de continuar subsistindo com dignidade e entabular novas avenças.

Também o outro fim último do Direito consubstanciado na justiça expresso na ideia de Direito se realiza na proteção do devedor. Tratar o outro com justiça, dar a cada um o seu significa que deve se entender o “seu” como o que corresponde a um tendo em conta os interesses do outro.³⁷³ Significa dizer, na acepção que nos interessa, que o interesse do devedor, sua subsistência como ser moral dotado de vontade exequível deve também ser um interesse do credor.

Reduzir alguém à mais aviltante miséria apenas para a satisfação de um crédito não é e não pode ser o objetivo do sistema de direito. Por isso existe, por exemplo, a proteção do bem de família a situações iníquas, como as que ocorrem na execução de hipotecas nos EUA, em que se aviltam a própria paz social e a

372 LARENZ, Karl. Derecho justo: fundamentos de ética jurídica. Madri: Civitas, 1985, p. 45.

373 LARENZ, Karl. Derecho justo: fundamentos de ética jurídica. Madri: Civitas, 1985, p. 50.

segurança do direito. Também o devedor deve ser protegido para que a realização da justiça se faça de forma material e não meramente formal.

O sistema, como unidade de sentido de uma ordem jurídica concreta, de acordo com Larenz, comunga do modo de ser desta, quer dizer, assim como não é estático, mas dinâmico, apresenta, portanto, a estrutura da historicidade. Mas, se é assim, então todos os enunciados da Jurisprudência sobre este sistema estão sujeitos a uma dupla reserva: em primeiro lugar, estão, como os de toda a ciência, subordinados à reserva de conhecimentos futuros melhores; mas, por outro lado, estão também subordinados à salvaguarda da constância das pautas de valoração determinantes, que surgem sucessivamente na evolução histórica da cultura jurídica e que se podem modificar. Devido a esta sua abertura, o sistema interno assinalado à Jurisprudência distingue-se de qualquer sistema jusnaturalista e também de qualquer sistema quase jusnaturalista, como o foi o da Jurisprudência dos conceitos.³⁷⁴

Para Larenz, a missão do sistema científico é tornar visível e mostrar a conexão de sentido inerente ao ordenamento jurídico como um todo coerente. Para isso serve a descoberta dos princípios diretivos e a sua concretização nos conteúdos regulativos, a formação de conceitos determinados pela função e de tipos jurídico-estruturais. Para esse efeito, pressupõe-se sempre que as regras do Direito e os diferentes complexos de regulação estão de fato entre si numa tal conexão de sentido, quer dizer, que são algo mais do que uma aglomeração de normas particulares baseada na arbitrariedade do legislador ou noutros fatores mais ou menos causais. Que esta pressuposição é verdadeira, que a um dado ordenamento jurídico – abstraindo do seu condicionamento histórico e de algumas casualidades particulares – é inerente um sentido racional, não pode decerto provar-se em sentido exato, mas pode esclarecer-se mediante a descoberta dessa conexão de sentido.

Nesse sentido a historicidade da proteção do devedor também se coaduna com a ideia de Direito. A proteção do devedor é uma persistência histórica porque

374 LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005. p. 649.

concretiza um fim último do Direito, assegurando a paz jurídica e a realização da justiça.

A proteção do devedor é assim um princípio do direito das obrigações porque constitui uma pauta diretiva a partir da qual as regras serão criadas ou aplicadas. A doutrina e a jurisprudência eram uníssonas, na vigência do antigo Código Civil, em admitir a presunção de renúncia do direito de credor pela tolerância deste a comportamento diverso do devedor, o que acabou se positivando no art. 330 do novo Código Civil.³⁷⁵ A teoria da imprevisão, em benefício do devedor, foi admitida em nosso ordenamento³⁷⁶ apesar de não haver norma jurídica com essa previsão³⁷⁷ no Código anterior. Deste modo, como salienta Moreira Alves, tem-se o *favor debitoris* como uma pauta diretiva, fonte supletiva de direito a permitir que o juiz, na lacuna da lei e dos costumes, julgasse com base nele como princípio geral de direito, criando-se, posteriormente, por lei, o instituto que supriu essa lacuna.³⁷⁸

Legislações protetivas de um patrimônio jurídico mínimo que não inviabilize a existência condigna do devedor são da lógica do direito, consoante essa pauta diretiva.³⁷⁹ A extinção da prisão civil por dívidas fora das hipóteses constitucionais, a impenhorabilidade de tudo o que seja útil ou imprescindível ao

375 MOREIRA ALVES, José Carlos. O “favor debitoris” como princípio geral de direito. Revista Brasileira de Direito Comparado, n. 26, jan./jul. 2004, p. 3-23.

376 No Brasil, já em 1938, o Supremo Tribunal Federal reconhecia a possibilidade de se resolverem contratos por onerosidade excessiva, Revista dos Tribunais, n. 387, p. 177.

377 “Diante da alteração do ambiente objetivo no qual se formou o contrato, acarretando para o devedor uma onerosidade excessiva e para o credor um lucro inesperado, a solução só pode ser a resolução do vínculo, operando ex nunc, substituído para o credor o exercício, em forma específica, dos seus direitos, pelo respectivo valor econômico. Dá-se, assim, como que uma expropriação judicial dos direitos do credor, para evitar uma iniquidade, com plena salvaguarda de suas legítimas expectativas, quanto aos lucros que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação”. FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Caso fortuito e teoria da imprevisão. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943, p. 334/335.

378 MOREIRA ALVES, O favor debitoris como princípio geral de direito, op. cit., p. 11.

379 Como a lei 9533/97 que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituírem programas de renda mínima associados a ações socioeducativas.

exercício da profissão do devedor³⁸⁰, a impenhorabilidade do módulo rural e do bem de família, os diversos institutos jurídicos do Código Civil, têm a informá-los esse mesmo princípio da proteção ao devedor.

A proteção ao devedor constitui-se num princípio porque também configura uma norma jurídica de otimização, compatível com vários graus de concretização, consoante condicionamentos fáticos e jurídicos. Desta maneira, no caso do art. 413, quando a penalidade houver de ser reduzida equitativamente pelo juiz, são as condicionantes fáticas que a determinarão, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio. Na definição do que seja a superveniência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, capaz de comprometer o equilíbrio das prestações, a concretização condicional do princípio avulta com toda a sua força. A forma do art. 330 do Código Civil, ao prever que o comportamento concludente do credor insere-se no programa contratual para exonerar o devedor de modo de cumprimento do contrato anteriormente previsto, também evidencia que é ao princípio da proteção do devedor, na sua multifacetada configuração, que se está a recorrer.

No Código de Processo Civil, o art. 620 prevê que, quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor. É um princípio de ordem material mais do que processual, porque seu escopo último é o de assegurar o sinalagma da relação obrigacional. Deste modo, o princípio da proteção incide para, por exemplo, no caso da penhora *on line*³⁸¹, determinar que esta só se faça em última instância. A noção de obrigação informada pela boa-fé objetiva e sua realização através do *favor debitoris* preconiza que se deve proteger o interesse do credor, e proporcionar-lhe a satisfação de seu crédito o quanto antes, mas não se deve cegamente perseguir

380 “Na prática forense vem a impenhorabilidade sendo estendida ao direito de uso do telefone que sirva a médico, ou a vendedor autônomo, ou instalado em escritório de advocacia, ou a qualquer profissão autônoma ou mesmo em residência, desde que, em qualquer destes casos, necessário ou útil ao exercício da profissão”. FACHIN, op. cit., p. 233/234.

381 A penhora *on line* é utilizada nas Varas de Fazenda Pública, como meio de bloquear as contas bancárias de contribuintes em débito com o Fisco. Ela é o meio pelo qual o Poder Judiciário determina o bloqueio das contas correntes do executado, para assegurar a satisfação do crédito de eventual credor ou exequente.

tal pretensão e violar inúmeros direitos do devedor, ofendendo diversas normas e princípio éticos e jurídicos que regem a vida em sociedade.

A proteção ao devedor configura um princípio do direito das obrigações porque tem uma relação direta com a ideia de direito, atua como um *standard* juridicamente vinculante radicado na noção de justiça. A obrigação contemporânea, como visto, só pode ser pensada dentro de um quadro de cooperação com vistas ao adimplemento e esta cooperação só se torna possível quando se procura manter, na medida do possível, as condições de dignidade e o próprio sinalagma contratual com a parte mais fraca.

É da ideia de justiça (também presente em Karl Larenz), como assinalado em artigo do economista Pedro Malan (insuspeito de nutrir um viés protetivo para com os devedores), que decorre a noção de que não se pode priorizar o direito do credor em detrimento da própria viabilidade humana e econômica do devedor. Daí o *favor debitoris* como princípio, que pode chegar mesmo, em casos extremos, como os descritos, ao próprio perdão da dívida.³⁸²

A noção de que o *favor debitoris* como princípio do direito das obrigações funda-se na ideia de direito pode ser comprovada por todo o excursus histórico que realizamos. É do espírito de um ordenamento ao longo do tempo que se extrai - conclusão a que se chega pelo exame do conjunto de normas que, num mesmo âmbito, nele se encontram, ainda que possam sofrer exceção circunstancial -, a inspiração comum que o anima, os seus princípios, como o presente da proteção à debilidade jurídica ou econômica de uma das partes da relação obrigacional.³⁸³

De todas as normas particulares de proteção ao devedor, antes examinadas, extrai-se o espírito do ordenamento jurídico examinado. Da particularidade das leis se volve à universalidade do direito. O espírito que anima e envolve o direito obrigacional brasileiro é o de favorecer a liberdade, numa cooperação com vistas ao adimplemento e, como tal, impõe-se, historicamente e

382 MALAN, Pedro. Para entender a dívida externa. Disponível em <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/documentos/2000/pr000903.asp>>. Acesso em 17 de dezembro de 2005.

383 MOREIRA ALVES, O favor debitoris como princípio geral de direito, op. cit., p. 15.

como princípio a proteção do devedor decorrente do *favor debitoris*.

Como bem conceitua Moreira Alves, deve-se evitar o rigorismo do apego extremado à intangibilidade do *pacta sunt servanda*, quando ocorrerem situações subjetivamente iníquas para o devedor em decorrência da adoção de técnicas jurídicas especialmente para a proteção do credor, as quais, se admissíveis para as variações normais que se enquadrem nas oscilações previsíveis, não deverão sê-lo para as que resultem de situações acentuadamente anormais que venham a impossibilitar o pagamento do débito, impossibilidade que, sem essas circunstâncias, não ocorreria para o devedor.³⁸⁴

Por último, o caráter de princípio da proteção ao devedor decorrente do *favor debitoris* singulariza-se porque este é o fundamento de regras, constitui a *ratio* de regras jurídicas e possui uma capacidade deontológica de justificação.

Moreira Alves, em alentado artigo, discorre que o *favor debitoris* substancia a *ratio* das regras jurídicas obrigacionais concernentes ao devedor no direito visigótico, no *Fuero Juzgo*, no *Fuero Real*, nas *Siete Partidas*, na *Nueva Recopilación*, na *Novísima Recopilación*, no Código Civil espanhol de 1889, nos Códigos Civis do Chile, Argentina, Uruguai, Colômbia, Venezuela e também nos recentes Códigos Civis da Bolívia, Peru e Paraguai.³⁸⁵

Há, deste modo, no direito ibérico e no direito latino-americano, uma mesma tradição comum de proteção ao devedor que constitui a *ratio* de todas essas regras de direito civil e de direito processual nos diversos Códigos.

As Décimas Jornadas Nacionais de Direito Civil realizadas na Universidad Nacional del Nordeste, em Corrientes, na Argentina, em 1985, expressamente estabeleceram através de sua Comissão nº 02 que: 1) o *favor debitoris* é um princípio residual do direito civil que deve ser entendido no sentido da proteção da parte mais débil em um contrato; 2) em caso de que no contrato não exista

384 MOREIRA ALVES, O favor debitoris como princípio geral de direito, op. cit., p. 23.

385 MOREIRA ALVES, O favor debitoris como princípio geral de direito, op. cit., p. 109-165.

uma parte mais débil, a interpretação deve favorecer a maior equivalência das contraprestações; 3) o *favor debitoris* não se aplica às obrigações que têm sua origem em um fato ilícito.

Insofismável, em conclusão, que a proteção do devedor decorrente do *favor debitoris* constitui um princípio geral do direito das obrigações no direito brasileiro porque estabelece uma pauta diretiva a partir da qual as regras serão criadas ou aplicadas nesse ordenamento, requerendo para sua aplicação uma mediação concretizadora do juiz ou do legislador. Ainda que não positivado, funda-se na ideia de direito como o comprova o desenvolvimento histórico dos seus institutos, atenua os rigores do *pacta sunt servanda*, reequilibrando a noção de obrigação, e consubstancia a *ratio* e a justificação deontológica das regras protetivas do direito ibérico e latino-americano.

13. O CONCEITO JURÍDICO-FILOSÓFICO DE FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE COMO FUNDAMENTO DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL, NA NOVA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PROFERIDA NA ADI Nº 3378/DF

13.1 Considerações Iniciais

A definição e concretização dos direitos fundamentais de terceira geração, e, num particular, os direitos relacionados ao meio ambiente, vêm propondo novos desafios e impasses para o direito, muito porque tais direitos decorrem de um novo contexto social, cultural, econômico e histórico, de onde derivam novos problemas e demandas que até então nunca haviam sido enfrentados. Questões como o custo do uso dos recursos naturais, a plena reparabilidade dos danos ambientais, o direito ao meio ambiente saudável das gerações futuras, a equidade intergeracional, o objeto a ser preservado nos diversos ecossistemas, toda essa complexidade exige não só uma rigorosa definição do que seja a natureza e o gênero de direito a esta associado, mas também o debate e a proposta de soluções concretas para esses impasses – mesmo que num primeiro momento não possamos pretender oferecer soluções hermeticamente perfeitas, uma vez que ainda há pouca maturidade doutrinária capaz de sustentar tal pretensão.

Para os gregos antigos, a natureza expressava uma essência que, para realizar-se, precisava “ser-no-mundo”. Deste modo, ser – por essência – seria existir de uma determinada forma no mundo. Não havia uma separação entre ser e dever-ser, ou seja, a própria forma pela qual a natureza se organizava, no seu processo de composição e diferenciação, impunha a todos a maneira pela qual a totalidade social deveria ser organizada. Nesse sentido, a natureza é um conceito ou fenômeno cultural e filosófico que, como tal, não tem direitos em si – próprios e intrínsecos –, mas sim é preservada em função do logos harmônico que a informa. Do conjunto normativo que tutela os recursos hídricos, a atmosfera, os solos e

demais bens ambientais, não cabe a conclusão de que a natureza tem direitos que se afirmam em relação ao homem e são independentes das necessidades humanas. No entanto, se concebermos o direito como os gregos, ou seja, como algo decorrente da ordem da natureza e ordenado por um determinado princípio e, mais do que isso, como aquilo que cabe a uma determinada sociedade segundo uma apropriação resultante da disciplina da polis, um produto ou resultado, de acordo com uma justa medida – nem mais, nem menos, do que lhe corresponde no todo social –, podemos vislumbrar um princípio de resposta à questão das externalidades ambientais.

Em outras palavras, muito embora o meio ambiente não se configure como um titular autônomo de direitos, o seu uso – cada vez mais exaustivo e exponencialmente degradante – leva à reflexão acerca da atribuição de uma justa medida do uso dos bens ambientais, que na grande maioria das vezes não consegue ser adequadamente resguardado através dos instrumentos jurídicos tradicionais disponíveis. Assim, a disciplina da compensação ambiental, mesmo sem estar precisamente delineada teoricamente, vem se afigurando doutrinariamente como uma retribuição adequada pelo exercício concentrado e particular de um direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF/88). A lógica do instituto decorre, fundamentalmente, do reconhecimento de que a propriedade possui uma função socioambiental, capaz de instruir e conformar a noção de “usuário pagador”.

A função socioambiental da propriedade, como se mencionou e se irá discorrer ao longo deste tópico, funcionaliza o exercício do direito de propriedade a interesses extra-proprietários, como a preservação do meio ambiente, consoante o que dispõe o *caput* do artigo 1.228 do Código Civil. Nesse sentido, entende-se que os custos devem integrar previamente a própria concepção do direito (subjeto) fundamental, isto é, os custos devem ser trazidos para o respectivo conceito, conduzindo a uma noção pragmática de direito subjetivo fundamental. O reconhecimento de que todos os direitos envolvem custos quase sempre elevados e de que os recursos públicos são insuficientes para a promoção de todos os ideais sociais – impondo-se o sacrifício de alguns deles –, implica também o reconhecimento de que tais direitos devem ser exercitados com responsabilidade.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão paradigmática sobre o tema na ADI n.º 3.378/DF, assentou que o direito de propriedade opera-se em função do direito de toda a coletividade a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, se o exercício do direito de propriedade, através da construção de um grande empreendimento, causa um significativo impacto ambiental, tornando mais escassa a fruição do meio ambiente pela coletividade presente e pelas gerações futuras, exsurge para o proprietário o dever de compensação. A Corte posicionou-se no sentido de que a compensação ambiental não decorreria da contrariedade absoluta à regra jurídica ambiental, quando então poderíamos falar em ato ilícito *stricto sensu* e responsabilidade civil, mas sim da desconformidade para com o fim econômico-social para o qual o direito de propriedade foi instituído. Como os direitos têm custos, como estes custos fazem parte do conteúdo do direito, e como a propriedade é uma função socioambiental, correlacionada e funcionalizada ao direito difuso de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, deve-se valorar esses custos desse direito difuso, atingido pelo uso desmesurado de um em detrimento dos outros (impacto ambiental) e compensá-lo devidamente.

No presente tópico, procurar-se-á identificar e destacar os principais aspectos da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI n.º 3.378/DF, explicitando como tal decisão, fundando-se na interpretação de que a propriedade cumpre também uma função socioambiental, contribui para a construção da noção de compensação ambiental como uma decorrência do princípio do usuário-pagador. Deste modo, será enfrentado o problema da conceituação e classificação dos bens ambientais, a questão da complexidade de configuração do dano ambiental, e, por via de consequência, a distinção entre a compensação ambiental e demais institutos relacionados à responsabilidade civil. Por fim, partindo-se da configuração da função socioambiental da propriedade, será analisado de que forma pode-se construir o instituto da compensação ambiental, e de que forma a decisão do Supremo Tribunal Federal contribui com tal empresa.

13.2 A Nova Interpretação da Compensação Ambiental pelo Supremo Tribunal Federal

A disciplina da compensação ambiental – instituto que prevê mecanismos compensatórios quando da realização de empreendimento causador de significativo impacto ambiental – foi substancialmente alterada pela decisão do pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ADI n.º 3.378/DF, que tinha por objeto a declaração da inconstitucionalidade do art. 36 e seus §§ 1º, 2º e 3º, da Lei n.º 9.985/2000.³⁸⁶

A compensação ambiental foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Resolução CONAMA n.º 10/1987 – a qual, quase 10 anos depois, foi revogada e substituída pela Resolução CONAMA n.º 02, de 18 de abril de 1996. De início a compensação ambiental tinha um alcance menor do que o atual,

386 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.378-DF. Acórdão de 08 de abril de 2008. DJ n. 112, 20.06.2008. Constitucionalidade da compensação devida pela implantação de empreendimentos de significativo impacto ambiental. Inconstitucionalidade parcial do § 1º do art. 36.

1. O compartilhamento-compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985/2000 não ofende o princípio da legalidade, dado haver sido a própria lei que previu o modo de financiamento dos gastos com as unidades de conservação da natureza. De igual forma, não há violação ao princípio da separação dos Poderes, por não se tratar de delegação do Poder Legislativo para o Executivo impor deveres aos administrados.

2. Compete ao órgão licenciador fixar o quantum da compensação, de acordo com a compostura do impacto ambiental a ser dimensionado no relatório - EIA/RIMA.

3. O art. 36 da Lei nº 9.985/2000 densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica.

4. Inexistente desrespeito ao postulado da razoabilidade. Compensação ambiental que se revela como instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional. Medida amplamente compensada pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido em sua higidez.

5. Inconstitucionalidade da expressão “não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento”, no § 1º do art. 36 da Lei nº 9.985/2000. O valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa. Prescindibilidade da fixação de percentual sobre os custos do empreendimento.

6. Ação parcialmente procedente. Acórdão de 08 de abril de 2008. DJ n 112, 20.06.2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 29 de janeiro de 2009.

sendo exigida apenas dos empreendimentos que pudessem destruir florestas e outros ecossistemas (e não o meio ambiente como um todo, o que deixava de lado, por exemplo, o meio ambiente cultural e do trabalho), em favor da implantação de uma Estação Ecológica (e não das unidades de conservação do grupo de proteção integral).³⁸⁷ Nesse sentido, a Resolução CONAMA n.º 02/1996 ampliou o objeto da compensação ambiental, permitindo que os recursos desembolsados pelo empreendedor a esse título fossem aplicados em outras unidades de conservação públicas de proteção integral (de uso indireto) que não, exclusivamente, as estações ecológicas.³⁸⁸

387 Resolução CONAMA n.º 10, de 03 de dezembro de 1987.

Art. 1.º - Para fazer face à reparação dos danos ambientais causados pela destruição de florestas e outros ecossistemas, o licenciamento de obras de grande porte, assim considerado pelo órgão licenciador com fundamento no RIMA terá sempre como um dos seus pré-requisitos, a implantação de uma estação Ecológica pela entidade ou empresa responsável pelo empreendimento, preferencialmente junto à área.

Art. 2.º - O valor da área a ser utilização e das benfeitorias a serem feitas para o fim previsto no artigo anterior, será proporcional ao dano ambiental a ressarcir e não poderá ser inferior a 0,5% (meio por cento) dos custos totais previstos para a implantação dos empreendimentos.

Art. 3.º - A extensão, os limites, as construções a serem feitas, e outras características da Estação Ecológica a implantar, serão fixados no licenciamento do empreendimento, pela entidade licenciadora.

388 Resolução CONAMA n.º 02, de 18 de abril de 1996.

Art. 1.º Para fazer face à reparação dos danos ambientais causados pela destruição de florestas e outros ecossistemas, o licenciamento de empreendimentos de relevante impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente com fundamento do EIA/RIMA, terá como um dos requisitos a serem atendidos pela entidade licenciada, a implantação de uma unidade de conservação de domínio público e uso indireto, preferencialmente uma Estação Ecológica, a critério do órgão licenciador, ouvido o empreendedor.

§ 1.º Em função das características da região ou em situações especiais, poderão ser propostos o custeio de atividades ou aquisição de bens para unidades de conservação públicas definidas na legislação, já existentes ou a serem criadas, ou a implantação de uma única unidade para atender a mais de um empreendimento na mesma área de influência.

§ 2.º As áreas beneficiadas deverão se localizar, preferencialmente, na região do empreendimento e visar basicamente a preservação de amostras representativas dos ecossistemas afetados.

Art. 2.º O montante dos recursos a serem empregados na área a ser utilizada, bem como o valor dos serviços e das obras de infra-estrutura necessárias ao cumprimento do disposto no artigo 1.º, será proporcional à alteração e ao dano ambiental a ressarcir e não poderá ser inferior a 0,50% (meio por cento) dos custos totais previstos para implantação do empreendimento.

Finalmente, o art. 36 da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000 (que institui o Sistema Nacional das Unidades de Conservação – SNUC), disciplinou o instituto da compensação, em termos legais.³⁸⁹ A regulamentação deste artigo veio pelo Decreto n.º 4.340, de 22 de agosto de 2002 e pela Resolução do CONAMA n.º 371, de 05 de abril de 2006 (que, inclusive, revogou expressamente a Resolução CONAMA 02/1996). Cumpre mencionar também os atos normativos baixados pelo Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) com vistas à criação e implantação da Câmara de Compensação Ambiental (Portaria n.º 7, de 19 de janeiro de 2004, e Portaria n.º 44, de 22 de abril de 2004) e gestão da compensação ambiental (Instrução Normativa n.º 47-N, de 31 de agosto de 2004).

Uma das maiores preocupações atuais entre os empreendedores refere-se a identificar quais empreendimentos devem ou não apresentar EPIA/RIMA.³⁹⁰

389 BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 jul. 20000. Seção 1.

Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA373, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.

§1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.

§2º Ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades de conservação.

§3º Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o caput deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.

390 O Estudo Prévio de Impacto Ambiental consiste em estudo multidisciplinar que indica os pontos favoráveis e desfavoráveis de determinado empreendimento e sugere medidas de mitigação dos impactos ambientais. Este estudo materializa o princípio da prevenção. O Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente O RIMA deverá conter as conclusões do estudo, demonstrando em linguagem acessível à toda a comunidade todas as vantagens e desvantagens, ambientais, sociais e econômicas. Deve-se valer de quadros, tabelas, audiovisuais e simulações que facilitem a sua compreensão. Como norma, ficarão à disposição das pessoas interessadas.

Isto porque, no critério adotado atualmente pela Lei n.º 9.985/2000, só se cogita a exigência da compensação ambiental para aqueles empreendimentos de significativo impacto ambiental que, no procedimento de licenciamento ambiental, devem promover o EPIA/RIMA. No entanto, a confusão não procede, vez que, como se destacou, a lei determina que os empreendimentos que realizarem EPIA/RIMA estão sujeitos à compensação ambiental, de modo que, a *Contrario sensu*, aqueles empreendimentos dispensados do EPIA/RIMA não precisam se preocupar com a compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei do SNUC.

Na ADI n.º 3.378/DF, a Confederação Nacional da Indústria (CNI), Autora da referida ação, alegou, em síntese, que:

- o art. 36 da Lei n.º 9.985/2000 fere o princípio da legalidade, pois delegava a órgão administrativo a fixação da compensação ambiental devida pelo empreendedor;
- essa delegação promovida pelo ato normativo questionado seria ilegítima, pois estaria violando o princípio da divisão e harmonia entre os poderes;
- a compensação seria paga apenas por empreendimentos que conseguiram licenciamento ambiental, ou seja, aqueles em que não há dano significativo, não sendo razoável a cobrança da compensação;
- a indenização representa reparação pelos danos causados, sendo imprescindível a prévia ocorrência e a prévia valoração desses danos sob pena de locupletação por parte do Estado, com violação ao princípio da proporcionalidade; e
- haveria ofensa aos arts. 5º, II, e 37, *caput*, da CF/1988.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, cuja lavra é de autoria do Ministro Carlos Ayres Britto, começa por salientar que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225, *caput*, da CF). Deste modo, os bens, embora tenham titularidades específicas (públicas

ou particulares), em seu aspecto ambiental são de utilização comum de todos³⁹¹, o que se coaduna com sua natureza de direito difuso³⁹². Portanto, sendo o uso dos bens, ambientalmente considerados, comum a todos, incumbe a todos os envolvidos (particulares e Poder Público) compartilhar as despesas concernentes à prevenção do significativo impacto ambiental decorrente do empreendimento, a par das medidas oficiais também adotadas para tal fim.

Isso porque a responsabilidade incumbe, na forma da Constituição, simultaneamente ao Poder Público e ao particular, se este utilizou os recursos naturais do entorno ou afetou o ecossistema mais intensamente, a ponto de construir empreendimento que cause significativo impacto ambiental. Cabe ao particular, na proporção da atividade por ele despendida, apurada através EPIA/RIMA, reinternalizar tais custos no bojo de seu empreendimento, por meio do respectivo compartilhamento ou compensação, na medida de sua utilização maior, em detrimento dos demais titulares do mesmo direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e das futuras gerações.

A compensação-compartilhamento será estabelecida por arbitramento do órgão ambiental licenciador e foi instituída pela própria lei, não havendo assim que se falar em contrariedade ao princípio da legalidade. A compensação ambiental,

391 “O proprietário do bem socioambiental, ou seja, daquele bem essencial para a manutenção da vida de todas as espécies e de todas as culturas, fica sujeito aos comportamentos apontados. Há um direito à preservação do bem, que é superior ao direito individual de propriedade. É o que chamamos de direito socioambiental de titularidade difusa. A proteção volta-se para o bem, pouco importando a sua titularidade no caso concreto. Por isso, o bem público está sujeito às mesmas regras do bem privado e os direitos socioambientais são exercidos sobre bens alheios.

O bem socioambiental comporta dupla titularidade, a do próprio bem considerado materialmente e a sua representatividade em relação aos demais, compondo o chamado meio ecologicamente equilibrado. Teremos um direito de titularidade individual, o direito de propriedade, e o direito difuso para garantia socioambiental. Tais direitos devem conviver em harmonia”. LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário: análise do nexos causal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 82.

392 São direitos difusos os direitos supra-individuais, que pertencem a um número indeterminado e praticamente indeterminável de pessoas, as quais não têm entre si nenhuma relação definida, encontram-se em uma mesma situação ligadas por circunstâncias de fato, muitas vezes acidentalmente. Por isso, diz-se que seu objeto é indivisível, sua proteção beneficia a todos os indivíduos da sociedade e sua agressão prejudica a todos.

no dizer do acórdão do STF, densifica o princípio do usuário-pagador³⁹³, que representa um mecanismo de assunção da responsabilidade social partilhada pelos custos ambientais derivados da atividade econômica.

Do mesmo modo, o Tribunal afastou a alegação de delegação ilegítima de poderes ao Poder Executivo para fixação do quantum da compensação, importando no estabelecimento de obrigação ao particular sem amparo em lei. Isto se deve ao fato de que a compensação-compartilhamento, além de realizar a finalidade prevista no art. 225, caput, CF/1988, não seria fixada de modo arbitrário pelos órgãos ambientais do Poder Executivo, mas estaria quantificada objetivamente, de acordo com a compostura (retribuição da maior utilização, como se vê) do impacto ambiental que vier a ser dimensionado estritamente nos dados técnicos do EPIA/RIMA. Portanto, a própria lei criou um critério objetivo, o quantum de impacto ambiental, que não é determinado a priori, mas é determinável a partir do estudo técnico do EPIA/RIMA.

Insiste o aresto que a inexistência de efetivo dano ambiental não importa em isenção do empreendedor de obrigação de partilha dos custos de medidas preventivas. Isto ocorre porque o princípio do usuário pagador implica que o só fato da alteração ambiental negativa da totalidade do meio ambiente circundante em decorrência do empreendimento, já importa em utilização diferenciada, e, conseqüentemente, no dever de compensar os demais, dado o caráter de compartilhamento indivisível do meio ambiente entre todos e também com as próximas gerações. Em um empreendimento que cause significativo impacto ambiental, tem-se o conflito entre dois direitos fundamentais, o direito à livre iniciativa/desenvolvimento econômico e o direito ao meio ambiente

393 O princípio do usuário pagador está expresso na Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997 que prevê que os recursos ambientais são escassos (art. 1) e que, aquele que os utiliza mais, em detrimento dos demais, deve arcar com o correlativo ônus pelo seu uso intensivo: Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997

Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:

(..)

II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico.

Art. 5º São instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos:

(..)

IV - a cobrança pelo uso de recursos hídricos.”

ecologicamente equilibrado. Da composição necessária entre esses dois direitos resulta uma situação jurídica que implica na consecução da obra, mas, também, na alteração adversa das características do meio ambiente que existia anteriormente. Esse desnível entre a realidade ambiental antes existente e a atual deve ser compensado. Nestes casos, o impacto ambiental é significativo e o meio ambiente deve ser recomposto. Assim, no entendimento do Supremo Tribunal, a alegação de irrazoabilidade da situação e quebra de isonomia porque a compensação seria paga apenas por empreendimentos que conseguiram licenciamento ambiental (ou seja, aqueles em que, em princípio, o dano poderia ser mitigado) não tem procedência, dado que mesmo sendo lícita a atividade, existe o dever de compensação. Inspirando-se na decisão, é de se cogitar que ainda que a atividade seja lícita, como na construção de obras públicas, por exemplo, quando esta atinge o direito de alguns de igualdade na distribuição dos encargos públicos, é gerado o dever de ressarcimento. Do mesmo modo, em se tratando de um direito difuso de todos ao meio ecologicamente equilibrado, quando o direito da coletividade se vê diminuído pela alteração adversa das características do meio ambiente, embora lícita, há o dever de compensação que se instrumentaliza pela compensação ambiental legal. O usufruto maior do meio ambiente por parte de alguns importa no usufruto menor por parte dos demais, daí a obrigação de compensação devido ao compartilhamento do mesmo direito.

Ressalta o acórdão a eficácia do meio empregado, o compartilhamento, para densificar a responsabilidade do empreendedor perante a coletividade difusa, titular do mesmo direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo o desiderato de tudo a permanência da higidez do meio ambiente, apesar das necessidades próprias ao desenvolvimento humano.

A decisão rejeitou expressamente a argumentação do Ministro Marco Aurélio de que a compensação ambiental tenha natureza indenizatória. Sua natureza é compensatória, dado que visa à preservação do meio ambiente, no sentido de um desenvolvimento sustentável. O montante de recursos a ser destinado deve ser fixado de acordo com o grau de impacto ambiental, revelado em perícia técnica (EIA/RIMA), que permita escaloná-lo, sem relação necessária com o custo total do empreendimento. A decisão também previu que deve haver um nexo de causalidade entre a preservação almejada e o impacto ambiental

gerado pelo empreendimento. O Supremo considerou, assim, não procedente a alegação de que a compensação tivesse natureza indenizatória. Logo, para a imposição legal da compensação ambiental, não seria imprescindível a prévia ocorrência e valoração dos danos ambientais, uma vez que esta não representa reparação pelos danos causados.

Assim, na nova interpretação do Supremo Tribunal Federal, a compensação ambiental tem um limite material no potencial de impacto ambiental e na suscetibilidade ambiental da área de localização do empreendimento ou atividade. A decisão do Supremo, ainda a ser esclarecida mediante apreciação de Embargos de Declaração, direciona-se no sentido da conciliação entre o direito ao desenvolvimento e a preservação do meio ambiente, constituindo a compensação em medida mitigadora quando a prevenção de impactos não é possível e a minimização dos mesmos não é suficiente. Uma vez que o empreendimento precisa utilizar-se dos recursos ambientais de maneira mais intensa para ser realizado, o que fragiliza a fruição do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado dos demais titulares do mesmo direito difuso indivisível, cabe ao empreendedor compartilhar os custos desse ônus, imposto a toda a coletividade, através da compensação ambiental.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, através de uma declaração parcial de inconstitucionalidade com redução de texto suprimiu, ainda, a apriorística fixação de percentual mínimo sobre o custo do empreendimento, no montante de meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, prevista no parágrafo primeiro do art. 36 da Lei n.º 9.985/2000. Tal disposição permite que o órgão licenciador defina o valor do financiamento compartilhado em estrita conformidade com os dados técnicos do EIA/RIMA, aptos a apurar, com a necessária precisão, o grau de impacto ambiental provado pela implantação do empreendimento. Entendeu o Pretório Excelso que o custo do empreendimento não é o critério adequado para a determinação do quantum da compensação ambiental, mas sim o impacto (perda) do meio ambiente, apurável através do EPIA/RIMA. Por fim, ficou assim ementado o acórdão do Supremo Tribunal Federal, na ADI n.º 3.378/DF, que tinha por objeto a declaração da inconstitucionalidade do art. 36 e seus §§ 1º, 2º e 3º, da Lei n.º 9.985/2000:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 36 E SEUS §§ 1º, 2º E 3º DA LEI N.º 9.985, DE 18 DE JULHO DE 2000. CONSTITUCIONALIDADE DA COMPENSAÇÃO DEVIDA PELA IMPLANTAÇÃO DE EMPREENDIMENTOS DE SIGNIFICATIVO IMPACTO AMBIENTAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO § 1º DO ART. 36.

1. O compartilhamento-compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei n.º 9.985/2000 não ofende o princípio da legalidade, dado haver sido a própria lei que previu o modo de financiamento dos gastos com as unidades de conservação da natureza. De igual forma, não há violação ao princípio da Separação dos Poderes, por não se tratar de delegação do Poder Legislativo para o Executivo impor deveres aos administrados.

2. Compete ao órgão licenciador fixar o quantum da compensação, de acordo com a compostura do impacto ambiental a ser dimensionado no relatório - EIA/RIMA.

3. O art. 36 da Lei n.º 9.985/2000 densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica.

4. Inexistente desrespeito ao postulado da razoabilidade. Compensação ambiental que se revela como instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional. Medida amplamente compensada pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido em sua higidez.

5. Inconstitucionalidade da expressão “não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento”, no § 1º do art. 36 da Lei n.º 9.985/2000. O valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa. Prescindibilidade da fixação de percentual sobre os custos do empreendimento.

6. Ação parcialmente procedente.

Contudo, a importante decisão não discorre sobre aquilo que está implícito na decisão: o reconhecimento de que a compensação ambiental representa uma contrapartida, financeira ou de outra natureza, pelo impacto nos bens ambientais decorrente do desenvolvimento de um empreendimento ou de uma atividade econômica. Além disso, a compensação cumpre o papel de compensar os demais titulares do direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pelas externalidades provocadas pela nova instalação. Em suma,

trata-se de um instrumento econômico, imposto por norma legal, de gestão do meio ambiente.

O julgamento do Supremo reconhece implicitamente, entretanto, que o direito subjetivo, nesse diapasão, deve incluir a perspectiva dos custos. A função socioambiental da propriedade funcionaliza o exercício do direito de propriedade a interesses extra-proprietários, como a preservação do meio ambiente, consoante o que dispõe o *caput* do art. 1.228 do Código Civil. Os custos devem integrar previamente a própria concepção do direito (subjetivo) fundamental, isto é, os custos devem ser trazidos para o respectivo conceito, conduzindo a um conceito pragmático de direito subjetivo fundamental. O reconhecimento de que todos os direitos possuem custos quase sempre elevados, sendo custeados por escassos recursos captados na coletividade de indivíduos singularmente considerados, e de que os recursos públicos são insuficientes para a promoção de todos os ideais sociais – impondo o sacrifício de alguns deles –, implica também o reconhecimento de que os direitos devem ser exercitados com responsabilidade.³⁹⁴

O acórdão, não obstante intua as considerações sociais e existenciais acerca da função socioambiental da propriedade, aferra-se na discussão do tema da existência prévia de dano, como se de responsabilidade civil se tratasse. Na verdade, o tema é outro. Trata-se da apuração pelo EPIA/RIMA dos custos do direito difuso ao meio ambiente. Se o empreendimento necessariamente provoca um impacto ambiental negativo significativo e se este não pode ser prevenido ou mitigado sem que o próprio empreendimento não se desfaça (pense-se em uma hidrelétrica), a totalidade da coletividade – detentora do mesmo direito difuso ao meio ambiente – deve ser compensada. Isto deverá se dar em consonância com os custos desse direito, que nada mais são do que a diferença entre o que existia anteriormente e o impacto ambiental gerado pelo empreendimento.

Desse modo, as perguntas que devem ser feitas, para a plena inteligibilidade do *decisum*, são aquelas relativas aos fundamentos teóricos da função socioambiental da propriedade. A primeira delas concerne à existência

394 GALDINO, Flávio. Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 213-214.

de um direito dos homens à apropriação em comum dos bens ambientais e à destinação de tais bens a uma finalidade comum a partir da função socioambiental da propriedade. A seguir, caracterizado que a finalidade comum e preservação do meio ambiente são ínsitas ao direito de propriedade e que a sua consubstanciação é a fruição igualitária em comum do mesmo direito transindividual e indivisível, a segunda pergunta a ser respondida pode ser assim formulada: sendo a primeira premissa verdadeira, por que a compensação ambiental não seria um instituto de responsabilidade civil, como parece indicar o voto do Ministro Marco Aurélio no mencionado acórdão?

De início surge o conflito do § 1º do artigo 36 da Lei n.º 9.985/2000 com o § 2º e o § 3º do artigo 225 da Carta Federal. Enquanto estes versam situações já ocorridas – a circunstância de a atividade desenvolvida pela pessoa natural mostrar-se agressiva ao meio ambiente, contendo o § 3º a alusão até mesmo a infratores, a sanções penais e administrativas, a indenizações por danos causados – a norma atacada despreza, por completo, esses fatos geradores do ônus a ser imposto, que ganha contornos compensatórios. Prevê que o empreendedor, na fase embrionária do planejamento da atividade, visando à obtenção de licença, destinará recursos para implantação e manutenção de unidade de conservação do grupo de proteção integral, sendo o dispêndio realizado segundo preceitos da lei e o regulamento respectivo. Em síntese, há imposição de desembolso para obter-se a licença, sem mesmo saber-se da extensão de danos causados. Mais do que isso, em desprezo total ao princípio da razão suficiente, estabelece, como base de incidência do percentual a ser fixado pelo órgão licenciador, os custos totais previstos para a implantação do empreendimento e não o possível dano verificado (fls. 259).

Apesar de o voto do ilustre Ministro apontar nesse sentido, a conclusão do acórdão é peremptória em outro, como expresso no voto do Ministro Relator:

Entendo que o art. 36 da lei n.º 9.985/00 densifica o princípio do usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção da responsabilidade social (partilhada, insiste-se) pelos custos ambientais derivados da atividade econômica. (...)

Nessa ampla moldura, é de se inferir que o fato de, aqui e ali, inexistir efetivo dano ambiental não significa isenção do empreendedor em partilhar os custos das medidas preventivas. Isto porque uma das vertentes do princípio usuário-pagador é a que impõe ao empreendedor o dever de

também responder pelas medidas de prevenção de impactos ambientais que possam decorrer, significativamente, da implementação de sua empreitada econômica. (..) Porque a compensação ambiental se revela como instrumento adequado ao fim visado pela Carta Magna: a defesa e a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, respectivamente... não há outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional senão impondo ao empreendedor o dever de arcar, ao menos em parte, com os custos da prevenção, controle e reparação dos impactos negativos ao meio ambiente.... porque o encargo financeiro imposto (a compensação ambiental) é amplamente compensado pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido na sua higidez (fls. 252).

Respondidas essas indagações, deve-se esclarecer, ainda, em que consiste a noção do usuário pagador – consoante a análise econômica do direito –, qual a natureza jurídica da compensação ambiental e, por fim, como esta se constitui em um instituto concretizador da função socioambiental da propriedade.

13.3 A Complexidade dos Bens Ambientais e a Função Socioambiental da Propriedade

A questão da compensação ambiental quando da implantação de empreendimento causador de significativo impacto ambiental e de sua disciplina jurídica passa necessariamente por uma discussão acerca da natureza dos bens ambientais. Há que se distinguir *coisa* e *bem*. A *coisa* é uma individualização factual dos objetos da realidade, constituindo-se o elemento material do conceito jurídico de *bem*. O *bem* é a *coisa* em sua consideração pelo ordenamento jurídico, ou seja, é o bem da vida que, objeto de um interesse humano, é submetido a uma tutela do direito que conforma uma situação jurídica, identificando um titular para assegurá-la. Dessa maneira, o direito só leva em conta as coisas após serem objeto de uma apropriação, isto é, de adquirirem uma titularidade jurídica. Antes disso, a coisa é considerada como coisa sem dono – *res nullius* – que não pertence a quem quer que seja, mas acha-se à disposição do primeiro que a tomar. Assim, a caça solta ou o peixe na água são apropriados por aquele que os abate ou pesca, tornando-se, então, objeto de relação jurídica, cujo sujeito é o caçador ou

pescador que a uma ou outro conquistou.³⁹⁵ Antes disso, estes bens não possuem um titular, sendo patrimoniais somente em potência. Eles se tornarão um direito a partir do momento em que uma pessoa puder exercer sobre eles direitos de propriedade.

13.3.1 Histórico da Classificação dos Bens Ambientais no Direito Brasileiro

Os bens ambientais, no direito brasileiro, ora são considerados como *res nullius* – coisa sem dono, passíveis de livre apropriação –, ora como *res communes* – bens de uso comum do povo, gratuito ou retribuído, conforme a sua escassez. Em ambos os casos, a apropriação subjetivista e patrimonial não oferece um regime adequado de proteção, como veremos a seguir.

O Foral e Doação da Capitania de Pernambuco a Duarte Coelho, de 24 de setembro de 1534, estabelecia que a capitania constituía-se em 60 léguas de costa, começando no Rio São Francisco e acabando no Rio Santa Cruz, sem fixação de limites terra a dentro. O donatário possuiria para si e seus herdeiros 10 léguas de terra, devendo as outras terras ser distribuídas em sesmarias a qualquer pessoa que fosse cristã, sem foro nem direito algum, exceto o dízimo devido à Ordem do Mestrado de Nosso Senhor Jesus Cristo. A Coroa reservava para si o domínio pleno de todas as minas de metais e pedras preciosas, bem como do pau-brasil e especiarias, cujo comércio por particulares é proibido a duras penas:

Dom João etc. A quantos esta minha carta virem faço saber que eu fiz ora doação (...) é conteúdo e declarado na carta de doação que da dita terra lhe tenho passada, e por ser muito necessário haver aí foral dos direitos, foros e tributos e coisas, que se na dita terra hão de pagar, assim do que a mim e à coroa de meus reinos pertencerem, como do que pertencerem ao dito capitão, por bem da dita sua doação, eu havendo respeito à qualidade da dita terra e a se ora novamente ir morar, povoar e aproveitar, e porque se nisto melhor e mais cedo faço, sentindo assim por serviço de Deus

395 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v. 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 255.

e meu e bem do dito capitão e moradores da dita terra, e por folgar de lhes fazer mercê, houve por bem de mandar ordenar e fazer o dito foral na forma e maneira seguinte
Item primeiramente, o Capitão da dita capitania e seus sucessores, darão e repartirão todas as terras dela de sesmaria, a quaisquer pessoas de qualquer qualidade e condições que sejam, contanto que sejam cristãos, livremente sem foro nem direito algum, somente o dizimo, que serão obrigados a pagar à Ordem de mestrado de nosso Senhor Jesus Cristo (..)
Item o pau do brasil da dita Capitania, e assim qualquer especiaria ou drogaria de qualquer qualidade que seja, que nela houver, pertencerá a mim, e será tudo sempre meu e de meus sucessores, sem o dito Capitão, nem outra alguma pessoa poder tratar nas ditas cousas, nem em alguma delas, lá na terra, nem as poderão vender nem tirar para meus Reinos ou senhorios, nem para fora deles, sob pena de quem o contrário fizer perder, por isso, toda a sua fazenda para a Coroa do Reino, e ser degredado para a Ilha de São Tomé, para sempre.³⁹⁶

O Regimento do Pau Brasil, de 12 de dezembro de 1605, determinava que o pau-brasil, empregado em tinturaria, seria propriedade da Coroa e que para cortá-lo era necessária ordem do Provedor-Mor da Fazenda, que só a concederia à pessoa idônea que não o descaminhasse. O corte não poderia exceder o permitido e, se o excedesse em dez quintais, daria lugar à multa de cem cruzados; em cinqüenta quintais, a açoite e degredo; e, em cem quintais, à pena de morte e de perda de toda a fazenda:

Parágrafo 1'. Primeiramente Hei por bem, e Mando, que nenhuma pessoa possa cortar, nem mandar cortar o dito páo brasil, por si, ou seus escravos ou Feitores seus, sem expressa licença, ou escrito do Provedor mór de Minha Fazenda, de cada uma das Capitánias, em cujo districto estiver a mata, em que se houver de cortar; e o que o contrário fizer encorrerá em pena de morte e confiscação de toda sua fazenda.

Parágrafo 2'. O dito Provedor Mór para dar a tal licença tomará informações da qualidade da pessoa, que lha pede, e se delia ha alguma suspeita, que o desencaminhará, ou furtará ou dará a quem o haja de fazer.

Parágrafo 4'. E toda a pessoa, que tomar mais quantidade

396 Mendonça, Marcos Carneiro de. Raízes da Formação Administrativa do Brasil.. Foral de Duarte Coelho. Rio de Janeiro: IHGB/Conselho Federal de Cultura, 1972, tomo I, regimento III-B, p. 125/126.

de pão de que lhe fôr dada licença, além de o perder para Minha Fazenda, se o mais que cortar passar de dez quintaes, incorrerá em pena de cem cruzados, e se passar de cincoenta quintaes, sendo peão, será açoutado, e degradado por des annos para Angola, e passando de cem quintaes morrerá por elle, e perderá toda sua fazenda.³⁹⁷

O Código Civil de 1916 considera duas classes de bens: os bens privados (primordiais) e os bens públicos (residuais). A natureza, nesse Código, é concebida, via de regra, como uma totalidade que não se encerra nessas categorias e é considerada coisa de ninguém.³⁹⁸ Na tradição do direito brasileiro, dispunha o Código Civil de 1916, em seus arts. 65 e 66, que a *res nullius* não consistia em propriedade de ninguém, mas, por direito público, seria objeto de direito de uso do povo. Daí a tendência errônea em se conceber a ocupação como exercício de direito (público) a adquirir a propriedade.³⁹⁹ A tradição reinícola, da qual derivou o Foral de Duarte Coelho, se manteve nesse Código de acentuado viés subjetivo e privatista, e veio a legitimar a ocupação dos bens ambientais em tudo aquilo que não contrariasse os interesses do Estado.

O bem ambiental poderia ainda, nesse Código, ser considerado, enquanto macrobem (como totalidade e não recurso natural), como bem público de uso comum do povo. É o que dispunha o art. 66, I, do Código Civil, ao prever que são bens públicos de uso comum do povo os mares, rios, estradas, ruas e praças. Segundo o art. 66, I, portanto, o titular do meio ambiente era o povo.⁴⁰⁰

397 Mendonça, Marcos Carneiro de. *Raízes da Formação Administrativa do Brasil.. Foral de Duarte Coelho*. Rio de Janeiro: IHGB/Conselho Federal de Cultura, 1972, tomo I, regimento III-B, p. 361.

398 SILVA, José Robson da. *Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

399 FREITAS, Teixeira de. *Esboço*, art. 327, apud MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. Bens. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, 1954, § 150, 1.

400 FREITAS, Teixeira de. *Esboço*, nota ao art. 331, in fine, apud MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. Bens. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, § 150, 3: “Ordenações Afonsinas, Livro II, Título 24, § 5: ‘Estradas e ruas pruvicas antiguamente usadas, e os rios navegantes e aqueles, de que se fazem os navegantes, se som cabedaaes, que correm continuamente em todo o tempo, pero que o uso assy das estradas, e ruas pruvicas. como dos rios seja igualmente cõmuu a toda gente, e qualquer outra coisa animada, ficando sempre a propriedade dêles no Patrimonio Fiscal’;

Tal disciplina não se alterou substancialmente no direito civil com o advento do Código Civil de 2002, que manteve substancialmente os mesmos dispositivos, em seus arts. 98 e 99.

A concepção de alguns bens ambientais como *res nullius*, como é notório, favoreceu a sua degradação. Imaginava-se a natureza como uma fonte inesgotável de bens (Foral de Duarte Coelho, “por bem da dita doação ir morar, povoar e *aproveitar*”) e os recursos naturais como livremente apropriáveis, sem que fosse preciso prestar contas a ninguém: aquele que primeiro se apossasse, assenhorear-se-ia das coisas. Tal regime não oferecia nenhuma garantia de proteção e, não tendo os recursos naturais um preço, suas comodidades eram usufruídas privadamente por aqueles que dispunham de mais recursos, sendo os excedentes descartados na natureza – o que onerava a coletividade –, também sem quaisquer custos.

O *status* de *res nullius* opera, assim, como um indutor econômico à exploração predatória da natureza. O historiador e brasilianista norte-americano Warren Dean, em seu clássico livro “*A ferro e fogo: a história e a devastação da Mata Atlântica Brasileira*”⁴⁰¹, discorre, nos 15 capítulos que compõem sua obra, sobre a história das relações entre o homem e um dos mais importantes ecossistemas mundiais, a Mata Atlântica. Sua avaliação, realizada através de um estudo pioneiro, perpassa as várias fases da interferência humana sobre esse ecossistema único, apontando as trágicas, e muitas vezes irreversíveis, conseqüências do processo. Tal panorama, conforme mostra o autor, só começou a se modificar recentemente, com o movimento universal de conscientização ecológica, que tem induzido à criação de legislação de proteção e programas de reflorestamento, educação ambiental e manejo da floresta. A continuada devastação do bioma Mata Atlântica acabou por reduzir sua constituição original

Ordenações Manuelinas, Livro II, Título 15, ‘Real’ em vez de ‘Fiscal’; Ordenações Filipinas, Livro II, Título 26, § 8, ‘Real’, em vez de ‘Fiscal’). Se o mar, ou o ar, ou ser semelhante, não é do território de nenhum Estado, é do Homem, ‘de todo o gênero humano’ (Manuel Borges Carneiro. Direito Civil de Portugal, IV, 3). Se é parte de território estatal, mas inapropriável, pertence ao povo do Estado”.

401 DEAN, Warren. *A ferro e fogo: a história e a devastação da Mata Atlântica Brasileira*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

a menos de 10% da área coberta originalmente, o que, independentemente de perdas relativas à sua fitofisionomia e diversidade zoológica, provocou também severas alterações climáticas e pedológicas, notadamente na região nordestina.

A efetiva proteção dos bens ambientais também não se configurou com precisão pelo fato de outros bens ambientais terem assumido, desde logo no direito brasileiro, uma estrutura publicística. Como visto no Foral de Duarte Coelho e no Regimento do Pau Brasil, o regime de proteção maior e valoração dos bens ambientais decorrente da dominialidade pública como bens de uso comum do povo destinou-se a facilitar uma maior e mais efetiva exploração econômica por parte da Coroa, degradando, igualmente, a natureza. Como se nota, a patrimonialização (pública) carrega consigo paradoxos. Com ela se combate a apropriação desmedida dos recursos ambientais, mas somente na medida em que houver um controle social da implementação da gestão desses recursos naturais, uma vez que, do contrário, o Estado pode privilegiar a concentração de riquezas e impedir o acesso da população aos recursos ambientais.⁴⁰²

Melhor sorte não tiveram os animais silvestres, também considerados como bens públicos, sendo proibida, no entanto, a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha (Lei n.º 5.197/67, art. 1º). Ainda assim, mais de 218 espécies de animais silvestres já se encontram na lista dos animais em extinção e pelo menos 7 dessas espécies são consideradas extintas, não sendo registrada sua presença nos últimos 50 anos. As principais causas da redução de espécies são a destruição de *habitat* naturais por corte de vegetação, a ocupação humana e a exploração econômica, seguidas do tráfico de animais silvestres. Calcula-se que cerca de 12 milhões de animais são retirados anualmente do país de forma ilegal, através do tráfico. A caça também é um dos fatores que exercem grandes impactos na fauna silvestre. Os animais, embora qualificados como propriedade do Estado, são apreendidos e utilizados, sem que o Estado atue com eficiência na tutela desse patrimônio.

402 SILVA, José Robson da. Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 65-66.

A partir dos anos 80 do século XX, contudo, esse quadro patrimonialista e privatista assume uma configuração substancialmente diversa. A Constituição da República de 1988, em seu art. 225, qualifica o meio ambiente como um bem de uso comum do povo, um macrobem⁴⁰³, ao disciplinar que: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, *bem de uso comum do povo* e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. O artigo 2º, I, da Lei n.º 6.938/81, atribui ao meio ambiente a qualidade de *patrimônio público*, ressaltando a sua dominialidade como *pertencendo à sociedade* e não aos indivíduos ou às pessoas de direito público interno, ou seja, como um bem público de uso comum.

13.3.2 A Moderna Configuração de Bem Ambiental e suas Conseqüências Jurídico-Conceituais

Esse novo desenho institucional é pleno de conseqüências jurídicas. O bem ambiental pode ser conceituado agora como um direito difuso, de natureza pública e imaterial, que todos detêm em comum, inapropriável em termos de fruição individualizada, envolvendo uma relação de equilíbrio complexa, transtemporal (para as presentes e futuras gerações), cuja defesa é aberta à titularidade de toda a coletividade. A noção de ambiente é, assim, unitária e geral, e requer proteção jurídica, dado que sua conservação se considera fundamental para o desenvolvimento da pessoa.

Isso implica, inicialmente, uma superação do modelo de pensar hobbesiano – que é o nosso, de compreender a realidade a partir do sujeito –, que decompõe o sistema social numa perspectiva individualista e esquemática para, só então, reconstruí-lo a partir dos seus supostos elementos fundantes.⁴⁰⁴

403 De acordo com Antônio Herman V. Benjamin, o bem ambiental, enquanto objeto de interesse ambiental, é um “macrobem”, ou seja, gênero amplo, categoria única, global e abstrata que “[...] acolhe uma infinidade de outros bens [...] menos genéricos e mais materiais (microbens): a atmosfera, águas, o solo etc. BENJAMIN, Antonio Herman V. (Coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 60.

404 Um acontecimento que marca a obra de Hobbes é, sem dúvida, em definitivo, o

O pensamento dessa nova realidade do bem ambiental não pode deixar de ser um pensamento da complexidade, holístico, totalizante, atento a um esforço de compreensão multidimensional e de complexas interações. Há que se ultrapassar os princípios da física social hobbesiana (ordem, clareza, distinção e disjunção) – que constituem a ciência da simplificação e cujo paradigma domina o Ocidente. Em outras palavras, há que se superar a oposição entre homem e natureza, a disjunção entre sujeito e objeto, entre espírito e matéria.⁴⁰⁵

A compreensão de complexas interações implica que se situe o foco da análise jurídica na totalidade, na interrelação entre o sistema interno (o direito) e o complexo ecossistema da relação homem/natureza/sociedade. Menezes Cordeiro, na introdução à obra de Canaris, ressalta essa correlação entre o subsistema jurídico e a totalidade, impondo modificações necessárias:

O Direito - qualquer Direito - depende de uma aprendizagem, sofrida pelos membros da comunidade jurídica; tal como a própria Moral, há sempre um ministrar de códigos de conduta, do qual depende a subsistência e a reprodução dos dados normativos.

Numa sociedade primitiva, de estruturação normativa simplificada, essa aprendizagem poderia ser ministrada de modo empírico, isto é, fazendo corresponder, em termos descritivos, às situações típicas da vida, determinadas

reencontro com a ciência moderna. Primeiramente a descoberta de Euclides: Hobbes intenta seguir Euclides construindo o corpo político como a geometria constrói suas figuras, com a mesma lógica pura.

Depois o contato em Pádua, com Galileu e o método de Pádua: o famoso método denominado “resolutivo-compositivo”, que procede pela análise das coisas em elementos primeiros, depois recompõe os fenômenos a partir desses elementos, o mecanismo que percebe a gênese dos fenômenos pelos movimentos de seus particulares. Também Hobbes tem a ambição de transportar esse método da física galileana para a filosofia civil e social (a moral e a política).

Deste modo, só pode ser da unidade primeira, o homem, e sua expressão de agir, o movimento, que se deve inferir a física social. É das necessidades inatas do homem, de seu conatus, do correspondente instinto de conservação que se deve construir a explicação do arcabouço social.

Para Hobbes o indivíduo é o cerne da sociedade, o direito é concebido como uma função do sujeito (do equilíbrio entre a realização do seu conatus e o seu instinto de conservação) o que o leva a criar a sociedade civil que limite a luta de todos contra todos. Na sociedade civil, se constituirá, finalmente, do direito de cada indivíduo, um sistema de direitos subjetivos.

405 PENA-VEJA, Alfredo. O despertar ecológico: Edgar Morin e a ecologia complexa. 2. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 73.

conseqüências jurídicas. Atingido, porém, um determinado patamar de desenvolvimento social, a aprendizagem requer reduções dogmáticas, isto é, generalizações simplificadas que facultem a transmissão de conhecimentos crescentemente complexos. O fenômeno é perceptível, com clareza, no próprio Direito romano. O sistema externo, antes dispensável, adquire, em tais condições, um relevo crescente: só o seu manuseamento permite conhecer as conexões materiais internas do Direito. E deve-se ter presente que tais conexões, a serem desconhecidas, não integram a cultura nem são Direito.

O sistema externo torna-se necessário e imprescindível. E quando isso suceda, ele vai bulir, de modo fatal e compreensível, com o próprio sistema interno. O universo das realidades jurídicas, nas suas previsões e nas suas conseqüências é, pela natureza cultural, logo espiritual ou imaterial, do Direito, um conjunto de possibilidades linguisticamente descritas, relativizadas mesmo à própria linguagem utilizada., As cadeias linguísticas - mesmo quando não passem por estruturas materiais - vêm, afinal, a consubstanciar as conexões propriamente jurídicas: estas dependem daquelas, no seu conhecimento como na sua própria onticidade.

A ordenação exterior, imprimida à realidade jurídica com puras preocupações de estudo e aprendizagem, vai moldar, em maior ou menor grau, seja as próprias proposições jurídicas, seja o pensamento geral de que vai depender a sua concretização ulterior.⁴⁰⁶

Somente assim é possível integrar ao direito os problemas da qualidade de vida (e de sua partição justa), dos limites do crescimento (como crescer sem prejudicar a todos) da reconsideração da ideia de progresso, das hipercentralizações e das hiperconcentrações (megalópoles, gigantismo industrial, hipercentralização do Estado). Por exemplo, no que concerne à questão do desenvolvimento, é necessário basear a análise do desenvolvimento sustentável numa atitude diferente em relação ao tempo histórico. Não se pode mais supor que este seja juridicamente sem validade, visto que hoje se consideram os direito da presente e futuras gerações. A temporalidade humana deverá ser congruente com a temporalidade da biosfera e a temporalidade ética. Haverá que se fazer a

406 CANARIS, Claus-Wilhem. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. LXVII/LXIX.

correlação entre a incerteza ambiental e escolhas sociais⁴⁰⁷, decidir-se a partição do justo.

Entramos, assim, em outro campo do direito quando falamos de bens ambientais: aquele que compreende o direito não como uma função de um poder do sujeito, mas o que o percebe como uma partição social, como a justa medida dos bens que existem para serem distribuídos, segundo o melhor processo heurístico para fazê-lo.

O direito é, nessa perspectiva, um objeto exterior ao homem, uma coisa. Trata-se da mesma coisa justa (*ipsa iusta res*) que constitui o término do atuar justo de uma pessoa, a finalidade da virtude da justiça. A conduta justa do homem justo (*dikaïos*) é a justiça em mim, subjetiva, enquanto o direito (*dikaion*) é a justiça fora de mim, no real, a mesma coisa justa, objetiva. O direito está, assim, fora do homem, *in re*, nas coisas justas, de acordo com uma determinada proporção, o justo meio objetivo.

Deve-se acrescentar também ao *to dikaion* o justo meio (*meson*). O justo meio é o que exige maior esforço. É mais fácil deixar completamente de beber do que ficar na medida justa. O justo meio não é uma baixa, mas um pico, o mais difícil de atingir, entre dois lados de facilidade. A virtude da justiça está no justo meio: se sou justo é porque eu não sou nem muito ávido por aumentar minha parte, nem muito desleixado para não fazer valerem meus direitos. O direito é, pois, um “meio”, um justo meio objetivo, nas coisas, *in re*.

O direito, assim pensado, não é rigorosamente individual, não supõe para o indivíduo somente um ativo, apenas vantagens; o direito de uma pessoa, isso que lhe deve ser dado, aquilo que ela merece, não é “subjetivo”, não se refere somente a um indivíduo, mas implica necessariamente uma relação entre indivíduos. É o resultado de uma repartição. O direito é apenas um atributo da pessoa, não é exclusivamente seu na medida em que é primordialmente o bem de outrem.

407 PENA-VEJA, Alfredo. O despertar ecológico: Edgar Morin e a ecologia complexa. 2. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 97-98.

Consoante esses aspectos, é possível se estabelecer as características dessa categoria *sui generis* de bem, o bem ambiental.

O meio ambiente é uma totalidade, nesse sentido se constitui, como vimos, num macrobem. Sua natureza é a de uma coisa comum a todos (*communium omnium*). Os bens ambientais⁴⁰⁸ (“microbens”) como elementos que constituem o meio ambiente (macrobem), possuem a mesma natureza pública de uso comum (*communes omnium*). Logo, a dupla afiliação vai dar ensejo a um regime de responsabilidade igualmente duplo. Uma ação degradadora está provocando danos ao mesmo tempo ao macrobem e ao microbem, e a reparação deve ser de tal magnitude que possibilite a recuperação da *res* (ou das *res*) afetada individualmente e também do meio ambiente.⁴⁰⁹

O meio ambiente é indisponível, ele não pode ser negociado. Sendo *res omnium*, não está na titularidade do Poder Público poder dispor dele. Deve-se ter, contudo, cuidado ao expressar essa característica. Sendo algo próprio ao interesse de todos, é claro que deverá atender a todos. Um número muito maior de indivíduos habitando a biosfera significará um novo nível de equilíbrio ambiental, por vezes, menor do que existia anteriormente.

Neste sentido, pressupor uma ordem de natureza significa dizer que o tempo é uma dimensão crítica das formas de reparação. Por isso, sendo a humanidade parte integrante da natureza, estando submetida às mesmas leis ecológicas de outras espécies, o que cabe preservar, para a sobrevivência e frutificação da espécie, é a manutenção dos grandes equilíbrios naturais e não de quaisquer espécies ou mesmo de certos ecossistemas. Do mesmo modo, o horizonte temporal limita a linguagem daquilo que podemos considerar direito. Só pode ser inferida uma compensação naquilo que expresse um horizonte geracional previsível e necessário. Não se pode impor custos a uma sociedade por aqueles que sequer estão em uma perspectiva temporal exequível.

408 Também denominados, nessa acepção de microbens, recursos naturais.

409 BENATTI, José Helder. O meio ambiente e os bens ambientais. In: RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; IRIGARAY, Carlos Teodoro Huguency. O direito e o desenvolvimento sustentável. São Paulo – Petrópolis: Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005, p. 207.

Outro aspecto relevante é a indivisibilidade e a não exclusão dos benefícios: o bem ambiental não pode ser dividido entre aqueles que o utilizam, não podendo ocorrer sua apropriação privada, devido ao caráter difuso da titularidade. Todos os indivíduos têm direito ao meio ambiente, até mesmo as gerações futuras.⁴¹⁰

Assim sendo, a complexidade do conceito de bem ambiental, seu caráter holístico, irão suscitar novas soluções de direito. Superado o entendimento do meio ambiente como *res nullius* e revelada a insuficiência da simples patrimonialização pública sem controle de gestão dos usos do bem ambiental, cabe agora repensá-lo a partir de seu escopo, de sua função, protegendo-o em vista de suas finalidades.

13.3.3 A Função Socioambiental da Propriedade

Estabelecidas essas categorias, estamos em condições de definir o que seja a função socioambiental da propriedade e como, a partir dela, podemos pensar a questão da compensação ambiental.

A palavra *função*, em Direito, tem sido usada em mais de um sentido. No entanto, há para ela uma acepção própria, um sentido nuclear, que, mais que outros, merece ser explorado. Existe função, em Direito, quando alguém dispõe de um poder à conta de um dever, para satisfazer o interesse de outrem, isto é, um interesse alheio.⁴¹¹ Assim, função é toda atividade (como conjunto de atos finalisticamente orientados) exercida no interesse geral ou no interesse alheio.

Como vimos, uma propriedade é legítima se está em conformidade com os limites impostos pelo bem comum, pela destinação universal, sempre anterior a qualquer uso particular. Deste modo, a função social existe, primeiramente, nos bens objeto do direito de propriedade, para depois se ver destacada e atingida

410 BENATTI, José Helder. O meio ambiente e os bens ambientais. In: RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; IRIGARAY, Carlos Teodoro Huguency. O direito e o desenvolvimento sustentável. São Paulo – Petrópolis: Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005, p. 207.

411 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O desvio de poder. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 172, abr.-jun., 1988.

plenamente com o exercício do direito de propriedade sobre eles, conforme o estatuto proprietário reconheça ou não a função social deste direito:

A terra é, reconhecidamente, bem de produção; e o que a terra produz ou pode produzir está intimamente ligado à sobrevivência dos seres. A obrigação de fazê-lo e o modo de atingir este desiderato estão na base do campo de atuação do Direito Agrário e, conseqüentemente, no fenômeno agrário. Começa-se com a denominada função social da terra, por alguns equivocadamente denominada função social da propriedade, em Direito Agrário, trocando o continente pelo conteúdo, pois a função social da terra é o gênero, do qual a função social da propriedade é espécie, como o são também a função social da posse, a função social dos contratos etc.⁴¹²

Cada coisa que existe na natureza tem uma função natural. A solução jurídica de um caso concreto deve, normalmente, ser obtida através do recurso conjunto a estas duas fontes, que não são consideradas opostas, mas complementares: por um lado o estudo da natureza e, num segundo momento, a precisa determinação do legislador ou do juiz. A função de cada bem expressa a ordem das tendências ou inclinações naturais aos fins próprios do ser humano, aquela ordem que é própria do homem enquanto pessoa. A terra visa a garantir ao homem um espaço vital digno e suficiente para a vida pessoal e social. A noção de função de um bem significa assim um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. Como explica Teori Zavascki:

Por função social da propriedade há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar que sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidas a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo. Bens, propriedades são fenômenos da realidade. Direito – e, portanto, direito da propriedade – é fenômeno do mundo dos pensamentos. Utilizar bens, ou não utilizá-los, dar-lhes ou não uma destinação que atenda aos interesses sociais, representa atuar no plano real, e não no campo puramente jurídico. A função social da propriedade (que seria melhor

412 LIMA, Getúlio Targino. A posse agrária sobre bem imóvel, São Paulo: Saraiva, 1992, p.42.

entendida no plural, 'função social das propriedades'), realiza-se ou não, mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, assim considerado no mais amplo sentido, seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse.⁴¹³

O direito de propriedade não é um absoluto formal, mas só se justifica se a ele é dado um uso social e na medida dessa justificação. Assim, o cumprimento da função social da propriedade consubstancia um requisito preliminar, uma causa para o deferimento da tutela da propriedade. Trata-se da própria razão pela qual o direito de propriedade é atribuído a um determinado sujeito:

A funcionalização da propriedade é introdução de um critério de valoração da própria titularidade, que passa a exigir atuações positivas de seu titular, a fim de adequar-se à tarefa que dele se espera na sociedade. (...) Pode-se dizer, com apoio na doutrina mais atenta, que a função social parece capaz de moldar o estatuto proprietário em sua essência, constituindo 'il titolo giustificativo, la causa dell'attribuzione' dos poderes do titular, ou seja 'il fondamento dell'attribuzione, essendo divenuto determinare, per la considerazione legislativa, il collegamento della posizione del singolo con la sua appartenenza ad um organismo sociale.⁴¹⁴

Deste modo, o proprietário do bem socioambiental, ou seja, daquele bem essencial para a manutenção da vida das espécies, fica obrigado a um comportamento ativo, que envolve defender, reparar e preservar o meio ambiente.⁴¹⁵ O proprietário não pode exercer o seu direito de forma contrária aos

413 ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). A reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 844.

414 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade e legalidade constitucional: anotações à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (AI 598.360.402 – São Luiz Gonzaga) Revista Direito, Estado e Sociedade. v. 09, n. 17, ago/dez de 2000, p. 48-49.

415 Verifique-se que a função social é inerente ao bem socioambiental, tanto que, consoante pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, a obrigação de conservação ambiental transfere-se com a propriedade do bem, e o novo proprietário passa a responder por ela, ainda que não tenha sido ele o causador do dano ambiental: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial nº 217858-PR. Recurso Especial. Alíneas “a” e “c”. Propriedade rural. Atividade agropastoril. Reserva legal. Terreno adquirido pelo recorrente já desmatado. Ação civil pública. Legitimidade passiva

interesses da presente e das futuras gerações, causando danos à qualidade de vida e conseqüentemente ao próprio direito fundamental à vida.⁴¹⁶

A função socioambiental da propriedade está claramente contemplada nos arts. 225 e 170 da Constituição Federal. Consoante o art. 225, CF, todo bem considerado essencial para a manutenção da qualidade de vida deve ser especialmente preservado, exigindo-se do seu proprietário, medidas positivas e negativas para tanto, consubstanciando-se, assim, a função socioambiental da propriedade. Da mesma maneira, conforme o art. 170, CF, o uso da propriedade para finalidades econômicas deve se harmonizar com a preservação da utilização racional dos recursos ambientais:

Função social e proteção ambiental passam a integrar o próprio conteúdo do direito de propriedade. O uso da propriedade no desenvolvimento de atividades econômicas deverá, além de atender às necessidades particulares do proprietário, coadunar-se aos interesses da sociedade e harmonizar-se com a preservação dos recursos ambientais nela existentes. O direito à livre iniciativa da atividade econômica é limitado no interesse da coletividade e da utilização racional dos recursos ambientais.⁴¹⁷

É preciso conciliar, no exercício do direito de propriedade, vantagens individuais do proprietário e benefícios sociais e ambientais, a fim de e que tal direito receba proteção

ad causam do adquirente do imóvel. Existência de ofensa aos arts. 16, alínea “a” e § 2º da Lei n 4.771/65; 3º e 267, IV, DO CPC. Ausência de violação ao art. 535, II, DO CPC. Divergência jurisprudencial não configurada. Tanto a faixa ciliar quanto a reserva legal, em qualquer propriedade, incluída a da recorrente, não podem ser objeto de exploração econômica, de maneira que, ainda que se não dê o reflorestamento imediato, referidas zonas não podem servir como pastagens. Aquele que perpetua a lesão ao meio ambiente cometida por outrem está, ele mesmo, praticando o ilícito. A obrigação de conservação é automaticamente transferida do alienante ao adquirente, independentemente deste último ter responsabilidade pelo dano ambiental. Na linha do raciocínio acima expandido, confira-se o Recurso Especial n. 343.741/PR, cuja relatoria coube a este signatário, publicado no DJU de 07.10.2002. Recurso especial provido para afastar a ilegitimidade passiva ad causam do requerido e determinar o retorno dos autos à Corte de origem para exame das demais questões envolvidas na demanda. Brasília, 03 de novembro de 2003. DJ. 19.12.2003, p. 386. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 20.01.2009.

416 LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário: análise do nexos causal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 82.

417 CAVEDON, Fernanda de Salles. Função social e ambiental da propriedade. Florianópolis: Visualbooks, 2003, p. 67.

constitucional. Conforme expõe DERANI 'a produção privada de riqueza não pode estar no Estado brasileiro dissociada do proveito coletivo'. Esta condição decorre justamente do disposto no citado artigo 170.

Dessa forma, provê-se a uma justa distribuição de benefícios e encargos a partir do momento em que indivíduo e sociedade desfrutam das vantagens advindas da atividade econômica, entenda-se do uso da propriedade, ao mesmo tempo em que os encargos decorrentes do gozo dos benefícios sociais são distribuídos igualmente entre todos.

Dentre tais encargos estão as limitações à propriedade privada decorrentes do cumprimento de sua função social e do atendimento o princípio de defesa do meio ambiente. Essa noção coaduna-se à ideia de justiça social, citada no caput do art. 170, visto que RALWS, ao referir-se aos princípios da justiça social, afirma que 'eles proverão a determinação de direitos e deveres das instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social'.⁴¹⁸

13.3.4 A Função Socioambiental da Propriedade e a Compensação Ambiental

Considerando-se, portanto, a função socioambiental da propriedade, e correlacionando-a com o instituto da compensação ambiental, verifica-se que o direito de propriedade deverá ser exercido em função do direito de toda a coletividade a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Este só merecerá tutela jurídica enquanto funcionalizar esse direito difuso de todos. Assim, se o exercício do direito de propriedade, através da construção de um grande empreendimento, causa um significativo impacto ambiental, tornando mais escassa a fruição do meio ambiente pela coletividade presente e pelas gerações futuras, exsurge para o proprietário o dever de compensação.

A compensação ambiental não decorre da contrariedade absoluta à norma jurídica ambiental peremptória, quando então poderíamos falar em ato ilícito *stricto sensu* e responsabilidade civil, mas sim da desconformidade para com o fim econômico-social para o qual o direito de propriedade foi instituído.

418 CAVEDON, Fernanda de Salles. Função social e ambiental da propriedade. Florianópolis: Visualbooks, 2003, p. 68.

Como os direitos têm custos, como estes custos fazem parte do conteúdo do direito, e como a propriedade é uma função socioambiental, correlacionada e funcionalizada ao direito difuso de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, deve-se valorar o custo desse direito difuso, atingido pelo uso desmesurado de um em detrimento dos outros (impacto ambiental) e compensá-lo devidamente. A fundamentação dessa decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deixa ver o entendimento de que a perda da qualidade de vida pela coletividade tem valor e deve ser ressarcida:

Uma coisa é o dano material consistente na poda de árvores e na retirada do sub-bosque cuja reparação foi determinada com o plantio de 2800 árvores. Outra coisa é o dano moral consistente na perda dos valores ambientais pela coletividade.

O dano moral ambiental tem por característica a impossibilidade de mensurar e a impossibilidade de restituição do bem ao estado anterior.

Na hipótese é possível estimar a indenização, pois a reposição das condições ambientais anteriores, ainda que determinado o plantio de árvores, a restauração ecológica só se dará, no mínimo dentro de dez a quinze anos. Conforme atestam os laudos, nesse interregno a degradação ambiental se prolonga com os danos evidentes à coletividade, pela perda de qualidade de vida nesse período.

Os danos ao meio ambiente vêm sendo cada vez mais perpetrados, resultando da insensibilidade dos perpetradores, por isso que devem ser reprimidos a benefício da coletividade.

Assim sendo, de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade norteadoras da fixação do valor, (..) dá-se provimento ao apelo, para condenar o apelado ao pagamento de danos morais ambientais, no equivalente a duzentos salários mínimos nessa data, revertidos em favor do Fundo previsto no artigo 13 da Lei n.º 7.347/85.⁴¹⁹

No Brasil, o atendimento à função socioambiental da propriedade instrumentaliza-se na Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, que fixa a Política Nacional do Meio Ambiente e visa a promover, dentre outros objetivos, “à imposição, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos” e “à imposição ao poluidor e ao predador” da obrigação de

419 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Acórdão de 06 de março de 2002. Disponível em <www.tj.rj.gov.br> Acesso em 20 de janeiro de 2009.

recuperar e/ou indenizar os danos causados” (art. 4º, VII). Também o art. 36 da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000 (que institui o Sistema Nacional das Unidades de Conservação – SNUC), dispõe no mesmo sentido, com a compensação ambiental.

Consoante a compensação ambiental e o princípio usuário-pagador nela inserido, o utilizador do recurso ou promotor do impacto ambiental deve suportar o conjunto dos custos destinados a tornar possível a utilização do recurso ou a compensação do impacto que não puder ser evitado.

A compensação ambiental tem por objetivo fazer com que estes custos não sejam suportados nem pelo Poder Público, nem por terceiros, mas pelo utilizador. De outro lado, o limite da compensação será o custo real do impacto ambiental (as externalidades ambientais negativas), apurado consoante o EPIA/RIMA, podendo esse custo ser compartilhado com o Poder Público quando o empreendimento for também do interesse direto da coletividade.

A compensação ambiental, através do usuário-pagador, não é uma punição, pois mesmo não existindo qualquer ilicitude no comportamento do pagador poderá ser implementada. Assim, para tornar obrigatório o pagamento pelo uso do recurso, pela sua poluição ou degradação não há necessidade de ser provado que o usuário e o poluidor estão cometendo faltas ou infrações. O órgão que pretenda receber o pagamento deve provar o efetivo uso do recurso ambiental ou a sua degradação/poluição. A existência de autorização administrativa para poluir, segundo as normas de emissão regularmente fixadas, ou a tolerância a algum grau de degradação ambiental em face do benefício do empreendimento, não isenta o poluidor de pagar pela poluição por ele efetuada, nem o degradador de ressarcir a coletividade lesada, consoante o impacto ambiental apurado.

Portanto, a função socioambiental da propriedade, entendida como insita ao próprio direito de propriedade, é o fundamento pelo qual é possível se falar em compensação ambiental no bojo do próprio direito difuso de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

13.4 Compensação Ambiental e Responsabilidade Civil: entre Convergências e Divergências

Caracterizada a complexidade do conceito de bem ambiental e sua determinabilidade a partir da função socioambiental da propriedade devemos, em seguida, para aferição da natureza da compensação ambiental, explicar por que esta não é um simples instituto de responsabilidade civil. Para tanto, será necessário qualificar o que seja o dano ambiental e as suas formas de composição.

13.4.1 A Evolução Histórica dos Conceitos de Reparação e Prevenção na Responsabilidade Civil

A composição do dano envolve duas funções primordiais: a função reparadora e a função preventiva. A reparação, na responsabilidade civil, vem se alterando substancialmente. No direito romano, sob a égide da *Lex Aquilia*, no primado de que o direito é a partição justa das coisas, a injúria no *damnum injuria datum* – dano inferido a alguém a quem se outorgava o direito à reparação – era apenas aquele dano perpetrado não com culpa, mas apenas sem direito por parte do agente, o que é coisa bem diversa. Tratava-se de responsabilização objetiva.⁴²⁰ Na Idade Média, Tomás de Aquino define em sua *Suma Teológica* que, quando alguém se apodera injustamente do que é alheio, lhe cabe, por justiça, se proceder à restituição, restabelecendo-se a igualdade, não tendo o âmbito da culpa efeitos para esse fim, salvo se também infringida a lei penal, quando o remédio será a imposição da pena.⁴²¹ Na Idade Moderna, influenciado pelo direito natural moderno, Hugo Grotius, em seu *O Direito da Guerra e da Paz*, já salienta um papel incipiente para a culpa. Trata-se do dano injusto, objetivo, que gera o dever de indenizar e este dever deve corresponder ao equivalente daquilo que foi tirado à vítima. Perquire-se também a razão do homicida injusto, isto é, daquele

420 MASELLA, Blas E. Rossi. *La Lex Aquilia y la responsabilidad em el derecho romano y su proyección em el derecho civil uruguayo*. Montivideo: Universidad de Montivideo, 1951, p. 371.

421 AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Vol. VI. São Paulo: Edições Loyola, 2005, Questão 62, Artigo 4, p. 111.

que não teve o direito de fazer aquilo de que decorre a morte.⁴²²

Com o triunfo das ideias da Revolução Francesa, a responsabilização funda-se definitivamente na ideia de culpa, na liberdade pessoal de cada homem. Assume relevo a noção de uma conduta antijurídica, danosa e culpável, imputável ao agente. Essa responsabilidade civil, hegemônica pela culpa, será preponderante até o final do século XIX.

No século XX, a civilização industrial trouxe uma multiplicidade de perigos, acarretando um processo de crescente objetivação da responsabilidade pelo risco criado. Louis Jossierand constata, em 1936, que a responsabilidade tende a se objetivar. O legislador, a doutrina e a jurisprudência se esforçam por meios variados para vir em socorro das vítimas, assegurando, do ponto de vista da prova e da luta judiciária, uma situação tão favorável quanto possível.⁴²³ A conduta reprovável deixou de ser o alicerce da responsabilidade e seu foco transferiu-se para o dano e sua extensão.⁴²⁴

Hoje assistimos a uma expansão das hipóteses dos riscos tuteláveis. Para além dos atos ilícitos, a licitude também é colocada em questão. Boris Starck expressa a consideração de que é a partir do dano injusto que se pode auferir o direito à reparação, e que mesmo as atividades lícitas devem ser cotejadas, no caso concreto, com os valores que estas visam a assegurar.⁴²⁵ Nesse diapasão, incluem-se os danos contra a pessoa humana e a integridade psicofísica.⁴²⁶

422 GROTIUS, Hugo. O Direito da Guerra e da Paz. v.1. Ijuí: Editora Unijuí, 2004, p. 719.

423 JOSSERAND, Louis. Évolutions et actualités. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1936, p. 49.

424 Ver, por todos, para a história da responsabilidade civil, da culpa ao risco: SILVA, Wilson Mello da. Responsabilidade sem culpa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

425 STARCK, Boris. Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Paris: L. Rodstein Editeur, 1947, p. 496.

426 Na França a 2ª Câmara Cível da Corte de Cassação, em acórdão de 8 de dezembro de 1971, invalidou um acórdão de uma Corte de Apelação que tinha recusado ao marido reparação de seu prejuízo moral em consequência de um acidente de trânsito do qual sua esposa havia sido vítima, por não ter ele provado que “a natureza dos ferimentos de sua esposa tinham acarretado um distúrbio na paz e no equilíbrio do casal”. A Corte de Cassação enunciou, em consideração de princípio, que o art. 1382 do Código Civil, “pela

Surge também, nessa mesma linha de raciocínio, uma preocupação não só com os danos injustamente causados, mas também com os que, não tendo sido “causados injustamente”, são “injustamente sofridos”. Isso determina uma passagem do direito de responsabilidade para o *direito de danos*; o primeiro, preocupado pelo responsável, o segundo, pela vítima.

Também os danos causados de forma coletiva são objeto de atenção. Os direitos difusos passam a receber proteção, não havendo nessas hipóteses personalização do dano, o que induz à socialização e solidarização dos danos.

13.4.2 A Complexidade do Dano Ambiental

Feito este breve intróito sobre a evolução da responsabilidade civil, concentremo-nos na complexidade do dano ambiental.

O dano ambiental é um conceito polissêmico. Pode designar tanto o dano que recai sobre o patrimônio ambiental, comum à coletividade, como o dano efetuado por intermédio do meio ambiente ou, ainda, o dano em ricochete a interesses legítimos de uma determinada pessoa, configurando um dano particular que ataca um direito subjetivo e legitima o lesado a uma reparação pelo prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial.⁴²⁷

Deste modo, a concepção naturalística de dano ambiental não expressa necessariamente o seu conteúdo jurídico. É necessário examinar à luz de cada ordenamento jurídico de que acepção de danos se está falando: danos individuais ou ao patrimônio ambiental.

A lei brasileira conceitua dano ambiental em sentido amplo como sendo a degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente (Lei n.º 6.938/81), distinguindo-se da poluição, que consiste

generalidade de seus termos se aplica tanto ao dano moral quanto ao dano material; é preciso e é suficiente que o dito dano seja pessoal, direto e certo”.

427 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 117.

na degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que, direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Nesse sentido, o dano ambiental abrange o dano ecológico puro e o dano imposto aos indivíduos. Estes danos não se confundem, pois o primeiro atinge o bem em sua integridade enquanto bem ambiental – a sua razão de ser ambiental, a sua característica de insubstituível, de essencial, de representativo, de evocativo –, e segundo atinge o patrimônio de uma pessoa, o conjunto dos seus bens e direitos individuais, mesmo que a ofensa seja moral.⁴²⁸

O dano ambiental na sua acepção de dano ecológico puro afeta os recursos naturais e o equilíbrio do ecossistema, ou seja, atinge o valor intrínseco do meio ambiente. Aí reside o primeiro problema para a teoria do direito. Esta tem por parâmetro a noção de que a reparação deve ser satisfeita na presença de um dano certo, de um nexo de causalidade definido entre a ação do agente e o dano, devendo haver, ainda, um beneficiário preciso para o ressarcimento. Mais do que isso, a reparação visa a tutelar um direito subjetivo, isto é, o liame jurídico, a relação objetiva, que liga um sujeito a um bem da vida.

Nada disso se encontra presente no dano ambiental nessa perspectiva. Em primeiro lugar, segundo esta visão, assume relevo a ideia de prevenção ao invés da de reparação, importando mais o dano-evento do que o dano-conseqüência. O dano ambiental é irreversível, na maioria dos casos, devendo, assim, ser muito mais prevenido do que reparado. Isto não se coaduna com a ideia básica da responsabilidade civil de que não há responsabilidade sem efetivo prejuízo.

A reparação do dano ao meio ambiente, deve, portanto, ocorrer antes do prejuízo, de maneira preventiva, evitando que o mesmo ocorra, dado o seu caráter

428 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 123.

de irreversibilidade. Em todos os setores econômicos observa-se um esforço no sentido da adoção de instrumentos e mecanismos de mercado que possibilitem a transição para uma sociedade mais sustentável, em lugar das regras e normas meramente restritivas e proibitivas, como a responsabilidade civil.

A função precípua da compensação ambiental não é a reparação dos danos causados, “voltada para o passado”, própria da responsabilidade civil, mas a prevenção de danos grave e, por vezes, irreversíveis, orientada para o futuro.

Deve-se entender, em termos de prevenção, que a compreensão de que os recursos naturais são considerados bens livres e de acesso irrestrito por parte de todos acelera a escalada da degradação do meio ambiente, frente ao processo de utilização abusiva destes recursos. E, um dos fatores que contribuem para a escassez dos bens ambientais é a economia do desperdício, porque não há limitação monetária para a utilização dos recursos naturais e nem um sistema de regeneração dos mesmos. A função preventiva da compensação ambiental visa a alterar esse estado de coisas.

13.4.3 Distinções Conceituais Entre Responsabilidade Civil e Compensação Ambiental

Na compensação ambiental, ao contrário da simples responsabilidade civil, há uma preponderância do aspecto econômico, uma vez que a atuação principal está ligada ao princípio da contabilização dos custos, através do qual deve arcar com os custos aquele que, pelo uso, provoca a deterioração dos recursos naturais. Deve-se proceder, portanto, a uma internalização dos custos sociais externos.

Outra diferença relevante entre a compensação ambiental e a simples responsabilidade civil é a questão da atribuição de responsabilidades. Na compreensão da responsabilidade civil, se não há um sujeito determinado no dano ao meio ambiente, como considerar que houve um prejuízo? Sérgio Cavalieri Filho, examinando o art. 927 do Código Civil (no que concerne à atividade desenvolvida pelo autor do dano que implicar, por sua natureza, risco para os

direitos de outrem) procura dar um sentido para esse dano-evento em razão do risco criado, aparentemente sem prejuízo. Mas o faz, contudo, a partir de uma noção subjetivista. Argumenta esse autor que o risco, por si só, ainda que inerente, não basta para gerar a obrigação de indenizar. A responsabilidade, diz ele, surge quando o exercício da atividade perigosa causa dano a outrem. Em sede de responsabilidade objetiva, o dever de indenizar tem por fundamento a violação de um dever jurídico e não apenas o risco. Para Cavalieri, o dever jurídico violado é o dever de segurança, ou seja, a violação em si já é considerada um dano no exercício de atividade perigosa, porque inadimplido um dever de segurança.⁴²⁹ O sistema continuaria, para ele, subjetivo, ainda que às custas da despersonalização total de outrem, reduzido a ser um suporte abstrato de um dever de segurança.

Na realidade, a solução do paradoxo só pode ser concebida a partir da categoria de dano injusto. Conforme se asseverou anteriormente, o direito não é uma função, um poder do sujeito, mas sim uma partição social, a justa medida dos bens que existem para serem distribuídos e o processo heurístico de fazê-lo. Portanto, no dano ambiental é atingida a ordem das coisas, a partição do meio ambiente como um bem de uso comum do povo, ao qual todos têm igual direito. Considera-se que todos têm direito a uma partilha ecologicamente equilibrada, que garanta a sadia qualidade de vida e que possa ser preservada para as presentes e as futuras gerações. Analogamente à hipótese estudada por Cavalieri, se a atividade de risco desenvolvida continuamente provoca risco ao meio ambiente, é claro que o direito de todos de fruírem em comum o bem ambiental se encontra fragilizado. A fruição indivisível, indisponível e inapropriável individualmente foi atingida, havendo uma diminuição do patrimônio comum, do patrimônio ambiental. O ato é injusto, viola o direito de todos à igual fruição e, por isso, deve ser indenizado. O *quantum* da indenização será estimado pelo decréscimo efetivo do patrimônio comum, desta e das futuras gerações. A reparação será também ela difusa, a restauração do bem de uso comum de todos, do povo, como expressa o art. 225 da Constituição Federal.

429 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 185/186.

Estamos a falar aqui em um empreendimento cuja construção implica a fragilização do direito difuso de todos à fruição do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se, então, da utilização de um bem, em desconformidade com a sua finalidade econômico-social, ou seja, a função socioambiental da propriedade. A compensação decorre dessa funcionalização do direito de propriedade, o que não se confunde propriamente com a responsabilidade civil.

Outro complicador no entendimento da compensação ambiental como um instituto de responsabilidade civil diz respeito à relevância do dano. No dano ambiental, via de regra, este deve ser relevante para se determinar o direito à reparação. Como bem expõe Ricardo Lorenzetti:

Em termos jurídicos, do nosso ponto de vista, a lesão ao meio ambiente supõe dois aspectos. O primeiro é que a ação deve ter como consequência a alteração do princípio organizativo; isto é, alterar o conjunto. De tal maneira excluem-se aquelas modificações ao ambiente, que não têm tal efeito substantivo. Este critério serve para delimitar aqueles casos em que a atividade produtiva, transformando o meio ambiente, não resulta lesiva. Desta forma, a ação lesiva comporta uma “desorganização” da lei da natureza. O segundo aspecto é que essa modificação substancial do princípio organizativo repercute naqueles pressupostos do desenvolvimento da vida. O meio ambiente relaciona-se então com a vida, em sentido amplo, compreendendo os bens naturais e culturais indispensáveis para sua subsistência.⁴³⁰

Essa relevância em responsabilidade civil é considerada como uma situação de anormalidade que acarreta um grave prejuízo, medida em geral pelo senso comum das pessoas ou pela atitude do chamado *bonus pater familias*. No dano ambiental tal processo, em geral, é inócuo porque a estimativa do senso comum da coletividade é incerta e cambiante.

Cass R. Sunstein, em seu livro intitulado “*Laws of fear: beyond the precautionary principle*” esclarece que as pessoas, consideradas individualmente ou coletivamente, aproximam-se de assuntos ligados ao risco ambiental de um modo que sistematicamente falha na maximização da sua utilidade ou da

430 LORENZETTI, Ricardo Luiz. Teoria geral do dano ambiental moral. Revista de direito ambiental. São Paulo, v. 28, p. 139, out. - dez., 2002, p. 142.

assunção de riscos. Segundo esse autor, alguns estudos baseados na psicologia social e na economia comportamental (“behaviourista”) catalogaram uma ordem vasta de limitações cognitivas e defeitos que distorcem as percepções populares de risco. Assim, os indivíduos têm uma disposição a superestimar de modo considerável a magnitude de riscos altamente evocativos (por exemplo, de um acidente com energia nuclear) e ignorar riscos menos evocativos (como de desenvolver câncer pela ingestão de pasta de amendoim). Assim, a energia nuclear causa alarme por causa da notoriedade dos acidentes em Three Mile Island e Chernobyl; os perigos de lixo tóxico assumem proporções volumosas por causa da publicidade que cercou o caso do Canal Love; níveis de arsênico na água potável geram apreensão porque arsênico é um veneno popularmente conhecido (em parte devido ao clássico filme sobre envenenamento, “Arsenic and Old Lace”). A influência da disponibilidade heurística pode distorcer o julgamento público facilmente, partindo do ponto que infortúnios calamitosos, ainda que isolados, apresentam muito maior probabilidade de chamar a atenção da mídia e de aderir à memória pública que a miríade de exemplos nos quais tecnologias arriscadas, processos, ou substâncias químicas geram benefícios para a sociedade.⁴³¹

Deste modo, a presunção *hominis*, baseada nas regras de experiência, tradicional na responsabilidade civil, de pouca serventia se apresenta na determinação do que seja um dano ambiental.

A quantificação disto exige uma normatização técnica e discricionária na norma que, passo a passo, por determinação, estabeleça os padrões de tolerabilidade além dos quais se situa a responsabilidade. Como o fez o Protocolo de Kioto e a lei de Bases do Ambiente portuguesa:

Artigo 41.º

Responsabilidade objectiva

1 - Existe obrigação de indemnizar, independentemente de culpa, sempre que o agente tenha causado danos significativos no ambiente, em virtude de uma acção especialmente perigosa, **muito embora com respeito do normativo aplicável.**

2 - O quantitativo de indemnização a fixar por danos causados no ambiente será estabelecido em legislação complementar.

431 SUNSTEIN, Cass R. *Laws of fear: beyond the precautionary principle*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Nessas hipóteses de mero descumprimento das normas de emissão como suficientes para responsabilização do infrator, os autores irão falar em utilização de presunção de danos⁴³² por violação do equilíbrio garantido pelo art. 225 da Constituição Federal, o que se afasta em muito da noção corrente de responsabilidade civil.

Frise-se que presunção de danos nessa hipótese é algo muito diferente da presunção de danos usual na responsabilidade civil, que é a aquela decorrente do dano moral. Como bem aduz Wladimir Reale, os danos morais se provam através das chamadas presunções *hominis*, também ditas simples ou comuns, que se formam na consciência do juiz, como homem criterioso, quando, atendendo ao que ordinariamente acontece (*quod plerumque accidit*), extrai dos fatos da causa ou de suas circunstâncias, sua conclusão, assentando sua convicção quanto ao fato probando baseado em certos *standards* jurídicos:⁴³³

“(...) nessa matéria de prova do dano moral não se poderá exigir prova direta. Não será evidentemente com atestados médicos ou com o depoimento de duas ou três testemunhas, que se demonstrará a dor, o sofrimento, a aflição, em suma, o dano moral que justifica a reparação. Admissível, por conseguinte, que o dano moral seja demonstrado por meio de presunções *hominis*.

Para tanto, o juiz, na falta de regras jurídicas particulares, poderá aplicar as regras da experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, como expressamente o autoriza o art. 335 do Código de Processo Civil”⁴³⁴

Essas presunções *hominis* não têm caráter de presunção absoluta, em que a verdade presumida seria indestrutível: ela é relativa, ou *juris tantum*, admitindo prova em contrário.

432 SAMPAIO, Francisco José Marques. Evolução da responsabilidade civil e reparação dos danos ambientais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 271/272.

433 VALLER, Wladimir. A reparação do dano moral no direito brasileiro. 3. ed. Campinas: E. V. Editora, 1995, p. 309.

434 VALLER, Wladimir. A reparação do dano moral no direito brasileiro. 3. ed. Campinas: E. V. Editora, 1995, p. 310.

No dano ambiental estamos tratando de danos materiais, apenas não aferíveis com precisão porque custosos os equipamentos técnicos e os recursos humanos necessários à sua plena quantificação. O raciocínio não pode ser o mesmo da presunção de danos no dano moral, porque neste o dano não é aferível, não há como se perquirir o âmago interior do sujeito, apenas podemos estimar a sua dor e sofrimento pelas regras da experiência. No dano ambiental, por outro lado, trata-se de dano material, porém difuso, cuja aferição é extremamente difícil e custosa, porém não impossível. A opção pela estimativa de danos (presunção) e não pela certeza se dá pela transcendência do bem tutelado (meio ambiente). Estamos, assim, além do domínio da responsabilidade civil, embora a linguagem e os conceitos aparentemente nos remetam a esta.

Outra questão primordial nessa matéria, se pensarmos em dano ambiental, é o chamado tempo do dano. Via de regra, em meio ambiente é o longo prazo que pauta as modificações ecológicas.

Ressalte-se, neste ponto, as funções de precaução e prevenção de danos do direito ambiental. Na precaução, a imposição de gravames deve ser realizada antes mesmo da absoluta certeza científica sobre se tal situação configuraria uma ameaça real ao meio ambiente, bastando a plausibilidade, fundada nos conhecimentos científicos disponíveis na época. O princípio da precaução traz, antes de tudo, uma exigência de cálculo precoce dos potenciais perigos para a saúde ou para a atividade de cada um, quando o essencial ainda não surgiu.⁴³⁵ Corre-se o risco, sob o impacto de notícias desconstruídas e cientificamente incertas que recaem em um público sugestionável e leigo – os consumidores –, da adoção de medidas radicais e desarrazoadas para enfrentar a situação. O princípio da prevenção atua, por outro lado, quando existe certeza científica de que a ocorrência de tal evento causará uma degradação significativa no meio ambiente. Este princípio consagra o dever jurídico de se evitar a consumação de danos ao meio ambiente, isto é, a prioridade que deve ser dada às medidas que evitem o nascimento de atentados ao ambiente. Determina, pois que, no lugar

435 GODARD, Olivier. O princípio da precaução frente ao dilema das traduções jurídicas das demandas sociais: lições de método decorrentes do caso da vaca louca. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Coords.). Princípio da precaução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004: Del Rey, 2004, p. 164.

de contabilizar e tentar reparar os danos, sejam tomadas medidas para evitar sua ocorrência. Em ambos os casos não há dano ambiental ainda configurado e, assim, não estamos tratando de responsabilidade civil em seu sentido tradicional.

O mesmo impasse ocorre quando se trata de danos ocorridos que, no entanto, só se manifestarão no futuro. Dano futuro é o dano certo, mas ainda não concretizado, quando da elaboração da perícia sobre o local impactado. Trata-se do prolongamento inevitável e natural de uma situação atual. Tal tipo de dano, também denominado “dano consecutivo” ou “dano evolutivo” deve ser aferido a partir de um juízo de alta probabilidade científica sobre a sua ocorrência.⁴³⁶

A solução mais tradicional dada à matéria é aquela prevista no art. 1226 do Código Civil da Itália que prevê que, se o dano não pode ser provado no seu respectivo montante, este é liquidado através de juízo de valoração equitativa:

“Art. 1226 Valutazione equitativa del danno

Se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa (2056 e seguenti).”

No direito português, alguns dispositivos prevêem a possibilidade de compensações pecuniárias por danos ao meio ambiente. É o que sucede, por exemplo, no art. 73 do DL n.º 236/98, de 1º de agosto, quanto à indenização de danos à água, e no art. 5º do Decreto Regulamentar n.º 38/90, de 27 de novembro, no que toca aos danos causados em consequência de infração ao regime jurídico da avaliação de impacto ambiental. Quando não for possível determinar, com precisão, o quantitativo da indenização por danos ao ambiente, permite-se que o tribunal fixe o montante da indenização com recurso a critérios de equidade.

Alguns autores brasileiros irão postular a tese de que a reparação de danos futuros possa ser dada através de presunções fáticas de ocorrência de danos ambientais, desde que indícios justifiquem a sua adoção por meio de aplicação de máximas ou de regras da experiência.⁴³⁷

436 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 144.

437 SAMPAIO, Francisco José Marques. Evolução da responsabilidade civil e reparação dos danos ambientais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 258/259.

Nos dois casos estamos no terreno da equidade, para além da responsabilidade civil. A equidade, como sabemos, é um corretivo da justiça legal. Quando a lei estabelece uma regra geral, e aparece em sua aplicação um caso não previsto por esta regra, então é correto, onde o legislador é omissivo e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão, dizendo o que o próprio legislador diria se estivesse presente, e o que teria incluído em sua lei se houvesse previsto o caso em questão. Então o equitativo é, por sua natureza, uma correção da lei onde esta é omissiva por sua generalidade.⁴³⁸ Deste modo, a compensação ambiental transcende a noção de responsabilidade civil, com os contornos que lhe são inerentes. Também não se coaduna com a compensação ambiental, a compreensão tradicional de nexo de causalidade na responsabilidade civil.

Via de regra, na responsabilidade civil, só existe obrigação de reparar danos quando demonstrado expressamente o nexo de causalidade entre a conduta de um agente e o dano ocorrido.

No direito brasileiro, o artigo 403 do Código Civil adotou a teoria da causa direta e imediata, pela qual as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato. Essa teoria só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva. Os danos indiretos ou remotos não se excluem, só por isso. Em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas. Suposto estas não existam, aqueles danos são indenizáveis⁴³⁹. Portanto, no direito brasileiro, o fundamental é a necessidade da causa para a deflagração da responsabilidade civil.

Naquilo que pertence ao direito ambiental, a necessidade da causa se apresenta confusa pela própria natureza do objeto invocado. Primeiramente, há uma distensão da causalidade: um alongamento do tempo entre a superveniência

438 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 4. ed. Brasília: UNB, 2001, p. 109.

439 ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 326.

do fato gerador e o do dano, que deve levar em conta o tempo das gerações futuras. Depois, há a multiplicidade dos efeitos, que é característica do meio ambiente. Uma pequena causa (a erradicação de uma espécie de joaninhas)⁴⁴⁰ pode desencadear grandes efeitos no meio ambiente, através de reações em cadeia amplificadoras no ecossistema.

Por vezes, a identificação dos autores do dano ambiental é difícil por serem múltiplos os degradadores do meio ambiente e, aparentemente, existem causas concomitantes – todas responsáveis pelo evento danoso –, sem que se logre determinar qual dentre essas causas foi predominante para a ocorrência do dano. O meio ambiente também implica uma causalidade circular⁴⁴¹ ou em espiral na qual há inseparabilidade e interdependência entre fatores e danos.

Há, por fim, o problema da identificação da causa na causalidade meramente provável decorrente de matérias nas quais predomina a incerteza científica e na causalidade insuspeita aplicável aos riscos do desenvolvimento.

13.4.4 A Responsabilidade Civil por Danos Causados ao Meio Ambiente no Direito Brasileiro: as Teorias do Risco Integral e do Risco Criado

Todas essas características tornam a teoria da responsabilidade civil inadequada para responder aos problemas colocados pela reparação do meio ambiente. Senão vejamos.

440 O primeiro caso de sucesso de controle biológico clássico foi obtido com a importação da joaninha *Rodolia cardinalis* pelos EUA da Austrália, sendo introduzida em 1988 nos pomares de citros da Califórnia para o controle da cochonilha *Icerya purchasi*. Tal foi o sucesso que em menos de dois anos após a liberação dessa joaninha, o controle dessa praga já havia sido alcançado.

441 Os seres vivos são sistemas moleculares que existem como organismos na contínua produção de si mesmos. O conceito de autopoiese proposto pelos biólogos Humberto Maturana e Francisco Varela conota isso. Todo ser vivo é um sistema autopoietico já que constitui a si e a seu mundo no ato cognitivo. Como sistemas autopoieticos os seres vivos existem somente na produção de si mesmos, sendo sistemas fechados na sua dinâmica de estados. Como organismos, os seres vivos existem em interações em um meio que surge com eles no seu fazer e não preexiste ao seu viver.

A legislação brasileira previu a responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente como uma responsabilidade objetiva. Neste sentido, estabelece o art. 14, § 1º, da Lei n.º 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente:

Art. 14. § 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente..

O artigo em tela foi recepcionado pela Constituição Federal, que estabelece em seu art. 225, § 3º:

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão aos infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Duas são as teorias acerca dos limites e possibilidades de assunção de riscos por aqueles que degradam o meio ambiente. A primeira, a teoria do risco integral, mediante a qual todo e qualquer risco conexo ao empreendimento deverá ser integralmente internalizado pelo processo produtivo, devendo o responsável reparar quaisquer danos que tenham conexão com sua atividade. A segunda, a teoria do risco criado, a qual procura vislumbrar, dentre todos os fatores de risco, apenas aquele que, por apresentar periculosidade, é efetivamente apto a gerar as situações lesivas, para fins de imposição de responsabilidade.⁴⁴²

442 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 198.

Os autores brasileiros como Leme Machado⁴⁴³, Sérgio Ferraz⁴⁴⁴, Cavaliere Filho⁴⁴⁵, Milaré⁴⁴⁶, Nery Jr.⁴⁴⁷, vêm sustentando a aplicabilidade da teoria do risco integral sob diversos fundamentos.

443 “A atividade poluente acaba sendo uma apropriação pelo poluidor dos direitos de outrem, pois na realidade a emissão poluente representa um confisco do direito de alguém em respirar ar puro, beber água saudável e viver com tranqüilidade. Por isso, é imperioso que se analisem oportunamente as modalidades sendo de reparação do dano ecológico, pois muitas vezes não basta indenizar, mas fazer cessar a causa pelo mal, pois um carrinho de dinheiro não substitui o sono recuperador, a saúde dos brônquios, ou a boa formação do feto”. LEME MACHADO, Paulo Afonso. *Direito ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 336.

444 “em termos de dano ecológico, não se pode pensar em outra colocação que não seja a do risco integral. Não se pode pensar em outra malha, que não seja a malha realmente bem apertada, que possa, na primeira jogada da rede, colher todo e qualquer possível responsável pelo prejuízo ambiental. É importante que, pelo simples fato de ter havido omissão, já seja possível enredar agente administrativo e particulares, todos aqueles que de alguma maneira possam ser imputados ao prejuízo provocado para a coletividade”. FERRAZ, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Dano Ecológico*. *Revista de Direito Público*, São Paulo, 1979, v. 49/50, pag. 38.

445 “o artigo 225 § 3º, da Constituição, recepcionou o art. 14 § 1º, da Lei 6.938/81, criando a responsabilidade objetiva baseada no risco integral, ou seja, na teoria segundo a qual não se admitem excludentes de responsabilidade. Se fosse possível invocar o caso fortuito ou a força maior como causas excludentes de responsabilidade civil por dano ecológico, ficaria fora da incidência da lei a maior parte dos casos de poluição ambiental CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 154.

446 “Além da prescindibilidade da culpa, uma segunda conseqüência da adoção da responsabilidade objetiva sob a modalidade do risco integral consiste na irrelevância da licitude da atividade. Ou seja, no direito brasileiro, ao contrário do que sucede em outros sistemas (o italiano, p. ex.), a responsabilidade civil pelo dano ambiental não é típica, independe de ofensa a standard legal ou regulamentar específico, já que não tem o Poder Público, em nosso caso, ‘o direito de consentir na agressão à saúde da população através do controle exercido pelos seus órgãos”. MILARÉ, Edis. *Ação Civil Pública*. 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 150.

447 “Pela teoria do risco integral, a indenização é devida independentemente de culpa, (...), dessa maneira, não se operam, como causas excludentes de responsabilidade, o caso fortuito e a força maior. Ainda que a indústria tenha tomado todas as precauções para evitar acidentes danosos ao meio ambiente, se, por exemplo, explode um reator controlador da emissão de agentes químicos poluidores (caso fortuito), subsiste o dever de indenizar. Do mesmo modo, se por um fato da natureza ocorrer derramamento de substância tóxica existente no depósito de uma indústria (força maior), pelo simples fato de existir a atividade há o dever de indenizar”. NERY JR., Nelson. *Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública*. *Justitia*. v. 126. São Paulo, 1984, p. 172.

Pela teoria do risco integral, a indenização é devida independentemente de culpa. Dessa maneira, não se operam, como causas excludentes de responsabilidade, o caso fortuito, o fato de terceiro e a força maior.

Alguns Tribunais vêm aplicando essa teoria, na modalidade do risco integral, como o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no caso de responsabilidade pós-consumo de embalagens tipo *pet*:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANO AMBIENTAL - LIXO RESULTANTE DE EMBALAGENS PLÁSTICAS TIPO PET (POLIETILENO TEREFALATO) - EMPRESA ENGARRAFADORA DE REFRIGERANTES - RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELA POLUIÇÃO DO MEIO AMBIENTE - ACOLHIMENTO DO PEDIDO - OBRIGAÇÕES DE FAZER - CONDENAÇÃO DA REQUERIDA SOB PENA DE MULTA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, LEI N.º 7347/85, ARTIGOS 1º E 4º DA LEI ESTADUAL N.º 12.943/99, 3º e 14, § 1º DA LEI N.º 6.938/81 - SENTENÇA.

PARCIALMENTE REFORMADA. Apelo provido em parte. 1. Se os avanços tecnológicos induzem o crescente emprego de vasilhames de matéria plástica tipo PET (polietileno tereftalato), propiciando que os fabricantes que delas se utilizam aumentem lucros e reduzam custos, não é justo que a responsabilidade pelo crescimento exponencial do volume do lixo resultante seja transferida apenas para o governo ou a população. 2. A chamada responsabilidade pós-consumo no caso de produtos de alto poder poluente, como as embalagens plásticas, envolve o fabricante de refrigerantes que delas se utiliza, em ação civil pública, pelos danos ambientais decorrentes. Esta responsabilidade é objetiva nos termos da Lei n.º 7347/85, artigos 1º e 4º da Lei Estadual n.º 12.943/99, e artigos 3º e 14, § 1º da Lei n.º 6.938/81, e implica na sua condenação nas obrigações de fazer, a saber: adoção de providências em relação a destinação final e ambientalmente adequada das embalagens plásticas de seus produtos, e destinação de parte dos seus gastos com publicidade em educação ambiental, sob pena de multa.”⁴⁴⁸

Assim, o Tribunal julgou que, embora não tenha sido o fabricante quem descartou as embalagens tipo *pet*, ele se torna responsável pelo seu recolhimento e destinação final, na medida em que expôs a sociedade ao risco de que terceiros

448 PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível n° 118.652-1, Data do julgamento: 05/08/2002. Disponível em <www.tj.pr.gov.br>. Acesso em 08/10/2006.

venham a fazê-lo, a partir do fato de que o produto existe. Ou seja, a existência do produto tornou-se um fator de risco e condição do dano ambiental.

A solução preconizada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, sob o pretexto da aplicação da responsabilidade objetiva, na realidade afasta a própria causalidade direta e imediata do ato que é um dos requisitos da responsabilidade consoante o ordenamento jurídico brasileiro. Agostinho Alvim assim concebia a necessidade da causa para a definição do dano direto e imediato:

A escola que melhor explica a teoria do dano direto e imediato é a que se reporta à necessidade da causa. (...)

Para explicar a teoria do dano direto e imediato nós aceitamos a teoria ou subteoria da necessidade da causa, que procuraremos explicar, formular e defender, de acordo com as considerações que se seguem.

Suposto certo dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente.

Ela é causa necessária desse dano, porque a ela ele se filia necessariamente; é causa exclusiva, porque opera por si, dispensadas outras causas.

Assim, é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da inexecução. Ora, a análise destes termos mostra, iniludivelmente, que a lei impõe a existência de um liame entre o inadimplemento da obrigação e o dano, de modo que ao inadimplemento se atribua, com exclusividade, a causa do dano⁴⁴⁹

Considera-se que o dano tenha sido causado pelo agente se foi o efeito necessário da omissão deste e não resultante de concausas sucessivas⁴⁵⁰.

449 ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 380-381.

450 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido varios meses antes. - A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no paragrafo 6. do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. - Em nosso sistema juridico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade e a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da

Portanto, na hipótese em apreço, a causa da poluição, que por si só produziu o resultado, foi o descarte das garrafas *pet* por parte dos consumidores, rompida a necessariedade da causa anterior (a produção das garrafas). Não há mais necessariedade da causa primeira (a produção de garrafas *pet*), porque a intervenção de causa superveniente (do consumidor que se utiliza do conteúdo da embalagem e a descarta no meio ambiente) por si só produziu o resultado (o lixo degradador do meio ambiente).

De particular auxílio para nós nesse desiderato, de compreensão da limitação da noção de responsabilidade civil para a prevenção de danos ambientais, ainda que entendida em uma acepção ampliada, é a lei de responsabilidade ambiental alemã. A *Umwelthaftungsgesetz* estabelece uma responsabilidade objetiva por danos causados por pessoas ou bens através do meio ambiente (os danos puramente ecológicos não são cobertos) aplicável no caso de instalações poluidoras. Prevê a lei ambiental alemã uma responsabilidade que prescinde de culpa, apenas exigindo, para haver imputação, que os efeitos ambientais gerados sejam causa do dano cujo ressarcimento se pretende. Para determinação dessa causa estipula aquele texto legal uma presunção de causalidade quando uma instalação, de acordo com o caso concreto, for apta a causar o dano. *In verbis*:

§ 6º - Presunção de causalidade

- (1) Se, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, uma instalação for apta a causar o dano em causa, presume-se que o dano foi causado por esta instalação. [...]
- (2) o parágrafo (1) não se aplica se a instalação tiver

codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. - No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e inequívoco que o nexo de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade do Estado. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido. Recurso Extraordinário nº 130764/PR. Brasília, 12 de maio de 1992. Publicado no Diário de Justiça de 07-08-1992, p. 11782 e Revista Trimestral de Jurisprudência do STF, vol. 143, I, p. 270.

sido corretamente operada. A instalação considera-se corretamente operada se os deveres especiais de funcionamento tiverem sido cumpridos e não tiver havido nenhuma perturbação do funcionamento.

(...)

§ 7º - Afastamento da presunção

(1) Se várias instalações são aptas a causar o dano, não se aplica a presunção, quando outra circunstância, de acordo com a realidade do caso concreto, for adequada a causar o dano. A aptidão para causar o dano num caso concreto afere-se em função do tempo e do lugar em que ocorreu o dano, a natureza do dano, bem como todas as outras circunstâncias que apontam para ou contra a causação do dano.

(2) Se apenas uma instalação for apta a causar o dano, a presunção não se aplica se outra circunstância, tendo em conta a realidade do caso concreto, for apta a causar o dano.

Deste modo, a presunção de causalidade apenas atua se a vítima for capaz de demonstrar que a instalação é apta, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto a causar o dano. Exige-se a aptidão concreta, não sendo a aptidão abstrata suficiente para fazer atuar a presunção. A presunção de causalidade só atua, portanto, uma vez convencido o juiz da aptidão para causar o dano daquela instalação, funcionando naqueles moldes, utilizando e libertando aqueles materiais, naquelas condições meteorológicas e naquelas circunstâncias de tempo e lugar.⁴⁵¹ Assim, na lei ambiental alemã, a imputação dos danos ambientais passa pela insusceptibilidade de se tomar como causa da imputação uma causalidade naturalística, como a do dano direto e imediato.

No direito ambiental alemão, a causalidade deve ser jurídica ou normativa, atendendo a dois requisitos básicos: primeiro, deve ser valorativamente adequada, maxime deve cumprir a finalidade de seleção dos danos a atribuir ao agente, limitando a respectiva responsabilidade; em segundo lugar, o critério de imputação deve ser juridicamente operativo, ou seja, deve funcionar como efetivo instrumento jurídico útil na tarefa de identificação do nexo de causalidade no caso concreto.⁴⁵²

451 OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental. Coimbra: Almedina, 2007, p. 35-40.

452 OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental. Coimbra: Almedina, 2007, p. 67-69.

Deve-se partir da ideia de risco, ou seja, da prevenção. Parte-se da noção de que serão normativamente imputáveis os danos derivados de um risco específico criado ou aumentado pelo agente. Em outras palavras, serão normativamente imputados os danos que excederem a confiança, a ideia de risco aceitável pela comunidade. Por essa teorização, deve-se fazer a imputação dos danos ao agente através da demarcação de áreas de risco, de tal maneira que haveria que se separar os danos que resultam do “risco geral da vida” – os quais não seriam imputáveis ao agente – e os danos derivados de um risco específico ou aumentado pelo agente – susceptíveis de lhe serem imputados.⁴⁵³

Nesse diapasão, esclarece Ana Perestrelo de Oliveira, no que concerne ao dano ambiental:

Nesta linha, devemos considerar que o dano ambiental (seja em sentido amplo ou estrito) é imputável ao agente quando a conduta deste cria ou aumenta um risco não permitido ou previsto na *fattispecie legal*, sendo o resultado ou evento danoso materialização ou concretização desse risco.

Assim, exige-se, desde logo, a criação ou aumento de um risco sendo certo que esta exigência vale tanto para a responsabilidade civil subjectiva como objectiva, o que, como é bom de ver, implica a precisão acima apontada: criação/aumento de um «risco não permitido» (responsabilidade subjectiva) ou de um «risco previsto na «*fattispecie legal*» (responsabilidade objectiva).

Note-se que exigir a demonstração da criação/aumento do risco é algo de essencialmente diverso de exigir a demonstração da *conditio sine qua non*. A *conditio* não interfere aqui sequer ao nível da base de imputação dos danos ambientais. Bem longe de se exigir a demonstração de uma causalidade naturalística, exige-se - o que é bem menos - a demonstração da criação/aumento do risco⁴⁵⁴

O conceito de risco só pode substituir a causalidade puramente naturalística através de uma apreciação que tenha em conta todas as circunstâncias do caso concreto. A susceptibilidade de, em termos abstratos, determinada instalação provocar a lesão do bem jurídico não é suficiente para se

453 OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental. Coimbra: Almedina, 2007, p. 73.

454 OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental. Coimbra: Almedina, 2007, p. 75.

atribuir juridicamente aquele resultado concreto ao agente. Pode, naturalmente, uma instalação em abstrato criar ou aumentar o risco de lesão do bem jurídico e em concreto não o ter criado ou aumentado.⁴⁵⁵ O resultado só será imputável ao agente se, concretamente, este tiver defraudado a confiança, ou seja, o risco aceitável pela sociedade.

De toda essa análise quanto ao nexo de causalidade, verifica-se a insuficiência do conceito de responsabilidade civil, ainda que ampliada, como na lei alemã, para dar conta da necessidade de reinternalização dos custos sociais que é própria do direito ambiental. Ainda permanece preponderante a noção de ato ilícito para justificar a reparação, o que, como vimos, é insuficiente para a efetiva garantia do meio ambiente. Só a consideração, a partir da função socioambiental da propriedade, atribuindo um valor efetivo aos bens ambientais, baseado em pressupostos econômicos, pode garantir a plena proteção da qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

13.5 A Natureza Jurídica da Compensação Ambiental

Controversa se apresenta na doutrina a natureza jurídica da compensação ambiental prevista na Lei n.º 9.985/2000, regulamentada pelo Decreto n.º 4.340/2002. Dissentem os autores em classificá-la como preço público, tributo ou indenização.⁴⁵⁶

Inicialmente cabe excluir a ideia de simples responsabilidade civil, na modalidade reparação de danos antecipada, porque, como vimos, a compensação ambiental vai muito além desse instituto, abrangendo também a precaução, a prevenção e o diferimento do dano no tempo.

455 OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental. Coimbra: Almedina, 2007, p. 78.

456 GUERRA, Sérgio. Compensação ambiental nos empreendimentos de significativo impacto. In: WERNECK, Mário et alli (Coords.). Direito ambiental visto por nós advogados. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 135-145.

13.5.1 A Compensação Ambiental Como Preço Público

Ricardo Carneiro defende a tese de que a compensação ambiental seria um preço público, pelo qual o empreendedor estaria remunerando a União Federal pela exploração ou pelo uso de um bem a ela pertencente.⁴⁵⁷

Teríamos, então, uma modalidade de compensação financeira pelo uso do patrimônio público, com a mesma natureza (preço público) da Compensação Financeira pela Extração Mineral – CFEM, prevista no art. 20 da Constituição Federal. Nos termos da lei, assegura-se aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.⁴⁵⁸

Preço público, na realidade, é receita originária, que provém da exploração do patrimônio público ou do desempenho de atividades comerciais, financeiras ou industriais, direta ou indiretamente, pelos órgãos da Administração Pública,

457 CARNEIRO, Ricardo. A reserva particular do patrimônio natural – RPPN como beneficiária da compensação ambiental prevista na Lei 9.985/2000. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Coord.). Direito Ambiental em debate. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004, v. 1, p. 279-289.

458 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 228.800-DF. Acórdão de 24 de setembro de 2001. DJ 16/11/2001. p. 021. Bens da União: (recursos minerais e potenciais hídricos de energia elétrica): participação dos entes federados no produto ou compensação financeira por sua exploração (CF, art. 20, e § 1º): natureza jurídica: constitucionalidade da legislação de regência (L. 7.990/89, arts. 1º e 6º e L. 8.001/90). 1. O tratar-se de prestação pecuniária compulsória instituída por lei não faz necessariamente um tributo da participação nos resultados ou da compensação financeira previstas no art. 20, § 1º, CF, que configuram receita patrimonial. 2. A obrigação instituída na L. 7.990/89, sob o título de “compensação financeira pela exploração de recursos minerais” (CFEM) não corresponde ao modelo constitucional respectivo, que não comportaria, como tal, a sua incidência sobre o faturamento da empresa; não obstante, é constitucional, por amoldar-se à alternativa de “participação no produto da exploração” dos aludidos recursos minerais, igualmente prevista no art. 20, § 1º, da Constituição. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 25 de janeiro de 2009.

com arrimo no artigo 173, da Constituição. A compensação ambiental, contudo, não objetiva a cobrança pelo uso de um bem público, pois o meio ambiente não é um bem do Poder Público, mas sim um direito fundamental de todos, intangível, cuja alteração gera uma obrigação de reparação do direito comum compartilhado.

Não caberia também se falar em preço público porque há uma diferença marcante entre a compensação ambiental (art. 36 da Lei n.º 9.985/2000) e a figura chamada pela Lei n.º 7.990/1989 de “compensação financeira”. No caso da exação prevista na Lei n.º 7.990/1989, a obrigação é de recolher determinada quantia aos cofres públicos (preço), enquanto a compensação ambiental, conforme interpretação do STF, engendra uma obrigação que pode ser cumprida sem que recursos do empreendedor sejam recolhidos diretamente ao erário. A obrigação do empreendedor é de *apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação* (art. 36, *caput*, da Lei n.º 9.985). Após, quantificada em dinheiro essa obrigação (aliquota definida de acordo com o grau de impacto ambiental), a mesma pode ser cumprida diretamente pelo empreendedor (sem o ingresso de recursos nos cofres públicos) mediante “*elaboração, revisão ou implantação de plano de manejo*”, “*aquisição de bens e serviços necessários à implantação, gestão, monitoramento e proteção da unidade, desenvolvimento de estudos etc.*” (art. 33 do Decreto n.º 4.340/2002). Tudo isso é incompatível com a noção de preço público.

13.5.2 A Compensação Ambiental como Tributo

Também não se coaduna a compensação ambiental com natureza de taxa. Consoante o art. 77 do Código Tributário Nacional, taxa é espécie do gênero tributo, cujo fato gerador é o exercício do poder de polícia ou a utilização efetiva ou potencial de serviços públicos efetivos ou divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição. Como a compensação ambiental é exigida no âmbito do licenciamento ambiental, alguns autores a entendem como tributo, passível de enquadramento como taxa de polícia.⁴⁵⁹ Isso ocorre porque

⁴⁵⁹ “Diante todo exposto, podemos chegar à conclusão de que a “compensação ambiental” criada pela Lei n.º 9.985/2000, e regulamentada pelo Decreto n.º 4.340/2002,

o licenciamento ambiental é uma atividade de polícia do Estado e, como tal, tem seu custo repassado para o empreendedor – para todo empreendedor, não apenas para aqueles cujo empreendimento seja causador de impacto significativo não mitigável/não evitável e sujeito ao EPIA/RIMA –, mediante cobrança da taxa de polícia que, no âmbito federal, é chamada de custo de análise.

Não obstante, o valor pago a título de compensação ambiental não se confunde com a taxa de polícia cobrada pelo licenciamento ambiental, já que não é exigida dos empreendedores pelo fato de utilizarem a “máquina estatal” de polícia, mas em virtude de gerarem, com sua atividade, impacto ambiental significativo e inafastável.

O licenciamento ambiental, sim, é uma atividade compulsória, de controle e regramento do uso dos recursos ambientais, ou seja, exercício regular do poder de polícia administrativo. Logo, a contraprestação paga pelo contribuinte quando apresenta o projeto para licenciamento, tem natureza jurídica de taxa. A compensação ambiental, ao revés, não tem o caráter retributivo próprio das taxas, haja vista se tratar de uma forma de reparação de danos a que está sujeito o empreendedor e não uma forma de remuneração do Poder Público por atividade por ele exercida.

Do mesmo modo a compensação ambiental não se reveste da natureza jurídica de taxa de serviço.

As taxas de serviço devem ter como fato gerador serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição. Serviços específicos são aqueles que podem ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade públicas; e divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos usuários.

é um verdadeiro tributo, haja vista se tratar de uma prestação exigida por lei, de caráter pecuniário, compulsória, decorrente de expedição de licenciamento ambiental com significativo impacto, ainda que nos meandros da licitude, e cobrada por um órgão público ambiental”. SALIBA, Ricardo Berzosa. A natureza jurídica da “compensação ambiental”: vícios de inconstitucionalidades. Revista Interesse Público. Porto Alegre: Notadez, n. 29, 2005, p.197-214.

Se a taxa de serviço só pode ser instituída para remunerar um serviço público singular e divisível, onde não houver serviço público não haverá causa para a cobrança da taxa correspondente. Deste modo, a compensação ambiental não é uma taxa de serviço porque não se vislumbra a prestação de serviço público propriamente dito nem no licenciamento ambiental, nem tampouco no ato da exigência da compensação ambiental. Se a compensação ambiental, conforme se demonstrou, não configura serviço público capaz de ensejar cobrança de taxa, muito menos ainda nos casos de implantação de unidades de conservação, tendo em vista que este se trata de um serviço público prestado pelo Estado, mais precisamente pelo órgão de meio ambiente, que possui caráter geral e indivisível, posicionando-se, desse modo, no extremo oposto dos casos de incidência de taxa.

Outros autores defendem a tese de a compensação ambiental seria uma modalidade de contribuição de intervenção no domínio econômico – CIDE, de competência exclusiva da União, cuja previsão está disciplinada no artigo 149 da Constituição Federal. Essa espécie tributária teria uma função de estímulo de determinado setor econômico, num dado momento em que se entenda necessária a presença interventiva do Estado. Por isso, inclusive, sua cobrança deve ser temporária, e não contínua, até porque, como se sabe, na própria Constituição não há nenhum dispositivo que prescreva seja esse tributo cobrado para a manutenção duradoura de alguma ordem. Tal contribuição serve, precipuamente, como um instrumento de intervenção e não de financiamento.

Defendem Édis Milaré e Priscila Santos Artigas que, se uma categoria de empreendimentos cujo conjunto se integra em decorrência de causarem significativos impactos ao meio ambiente, formando um conjunto específico capaz de afrontar o princípio da defesa do meio ambiente (insculpido no art. 170, VI, da Constituição Federal), legitima-se a intervenção do Estado a exigir a contribuição estampada no art. 149 da Carta Magna. Isso se enquadraria perfeitamente no princípio do poluidor pagador, ao determinar que dado setor econômico, ao arcar com a CIDE, insira em sua cadeia produtiva os custos dos impactos causados ao meio ambiente.

De todo modo, entendem os autores que para a instituição desse tributo inominado é exigida a edição de lei complementar, bem como o respeito aos

princípios da legalidade e da tipicidade da tributação, incompatíveis com a possibilidade e liberdade de fixação das alíquotas pelo Poder Executivo, previstas no art. 36 da Lei n.º 9.985/2000, e com a adoção de conceitos indeterminados em matéria de fato gerador e base de cálculo.⁴⁶⁰

Sérgio Guerra, em idêntico diapasão, preconiza que não há como se afastar que o instituto da compensação ambiental possua caráter tributário, de contribuição de intervenção ambiental, porque utilizada como meio de intervenção e regulação da livre iniciativa e limitada ao grupo atingido pela exação.⁴⁶¹

Entretanto, a CIDE não pode ser instituída relativamente a todas as formas de intervenção do Estado na economia, mas apenas quando se tratar de uma intervenção na modalidade de *incentivo*, entendido este como a indução e estímulo à prática de certos comportamentos, visando a implementar finalidades previstas na Constituição.⁴⁶²

Como bem ressalta Érika Bechara, não se pode dizer que a utilização de recursos financeiros de empreendimentos poluidores, na criação e manutenção de unidades de conservação (compensação ambiental), seja uma forma de fomentar a intervenção do Poder Público no domínio econômico, especialmente sob a modalidade de incentivo – que é a que justifica a CIDE. Isto porque, ao determinar a aplicação de recursos na melhoria das condições ambientais de espaços territoriais especialmente protegidos, o Estado não está buscando meios financeiros para promover uma intervenção na ordem econômica, mas sim – e simplesmente – obrigando o causador de um impacto ambiental a compensar o

460 MILARÉ, Edis; ARTIGAS, Priscila Santos. Compensação ambiental: questões controvertidas. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 43, jul.-set., 2006, p. 101-114.

461 GUERRA, Sérgio. Compensação ambiental nos empreendimentos de significativo impacto. In: WERNECK, Mário et alli (Coords.). Direito ambiental visto por nós advogados. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 139-145.

462 “Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.”

ambiente e a coletividade pelo mal causado pela sua atividade poluidora.

Nem toda atuação do Estado em prol do meio ambiente deve ser classificada como intervenção no domínio econômico, na modalidade incentivo. No mais das vezes, representarão o exercício de seu poder de polícia ou de outros deveres e poderes constitucionais.

Ainda que o ato de exigir a compensação ambiental possa ser entendido como uma manifestação do poder de polícia do Estado – nesta situação agindo como interventor da ordem econômica –, a compensação não pode assumir a forma jurídica de uma CIDE. Aquilo que justifica a cobrança desta última não é o fato gerador do tributo (exercício do poder de polícia), mas a destinação dos recursos a uma atividade interventiva – e na forma de incentivo. Se a exigência da compensação ambiental pode ser uma atividade interventiva, a implementação, manutenção e gestão de unidades de conservação (para as quais o dinheiro da compensação será revertido) não o são. A CIDE só se justifica se os recursos por ela gerados forem usados numa atividade interventiva. Não sendo a implantação de Unidades de Conservação uma atividade interventiva – e de fato não o é, pois se trata, em verdade, do cumprimento de uma meta política ou de um dever constitucional –, não atende ela ao requisito essencial da CIDE.

A compensação ambiental somente se constituiria em uma CIDE se o Poder Público exigisse de indústrias e demais atividades econômicas sujeitas ao licenciamento ambiental (segmento produtivo) o pagamento de valores monetários (CIDE) pelo fato de desenvolverem atividades econômicas altamente degradadoras (fato gerador), com o objetivo de empregar os valores amealhados no custeio de sua intervenção na ordem econômica, na modalidade incentivo, para benefício ou controle do mesmo segmento produtivo que pagou o tributo, mas não é esse o caso.

Mesmo se entendendo que as contribuições de intervenção no domínio econômico são utilizadas pela União para direcionar os contribuintes a certos comportamentos, comissivos ou omissivos, úteis ao interesse coletivo, como instrumento de extrafiscalidade, não se pode aceitar a compensação ambiental como uma CIDE.

A compensação ambiental não quer direcionar ou desestimular nenhum comportamento do empreendedor. Sua finalidade é diminuir de alguma forma o prejuízo suportado pela coletividade em virtude dos impactos ambientais não mitigáveis de seu empreendimento. A compensação não quer, por exemplo, fazer o empreendedor desistir do empreendimento, alterar a sua natureza ou reduzi-lo de tamanho para, com isso, evitar os impactos ambientais. Pelo contrário, considerando que o empreendimento será mesmo concretizado, buscará remediar as suas conseqüências inafastáveis – aquelas que, mesmo com todas as medidas mitigadoras existentes, verificar-se-ão no caso concreto.⁴⁶³

13.5.3 A Compensação Ambiental como Obrigação Econômica Decorrente do Conceito Jurídico-Filosófico de Função Socioambiental da Propriedade

A compensação ambiental, na realidade, tem natureza jurídica de obrigação econômica de reparação pelo uso do meio ambiente, entendido esse como um direito intangível de todos a determinada qualidade de vida, à preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Isso está expresso no *caput* do art. 225 da Constituição Federal, que prevê que todos têm direito ao *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, bem de uso comum do povo e *essencial à sadia qualidade de vida*, impondo-se ao Poder Público e à *coletividade* o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Expressa ainda o mesmo artigo, em seu parágrafo terceiro, que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores à obrigação de reparar os danos causados.

A compensação ambiental se subsume no âmbito do princípio do usuário pagador.⁴⁶⁴ O princípio do usuário-pagador consiste no fato do usuário dos

463 BECHARA, Érika. Uma contribuição ao aprimoramento do instituto da compensação ambiental na Lei 9.985/2000. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2007, p. 209-212.

464 Dispõe o art. 4º, inc. VII da Lei 6.938/1981 que a Política Nacional do Meio Ambiente visará à imposição “ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”.

recursos naturais sofrer a incidência de um custo (instrumento econômico) devido à utilização dos bens naturais. Os recursos naturais são bens da coletividade e o uso destes garante uma compensação financeira para a mesma, não importando se o meio ambiente corre risco ou não de ser poluído. Quando alguém usa um bem que não lhe pertence – e os bens ambientais, por pertencerem a todos, não pertencem a ninguém com exclusividade – deve dar uma retribuição aos titulares deste bem ou, no caso de bens difusos, aos seus gestores.

Sendo os bens ambientais de uso comum de todos, aquele que se utiliza dos componentes ambientais de forma incomum deverá pagar a conta pelo uso invulgar, ainda que “devolva” o componente ambiental nas mesmas ou em melhores condições do que quando o tomou por empréstimo. Considera-se que, pelo menos por algum momento, teria havido um cerceamento do uso normal do bem ambiental ou, por outro lado, se privilegiou para algum usuário o uso invulgar de um bem que a todos pertence.⁴⁶⁵

Antonio Herman Benjamin esclarece que o usuário deve pagar pelo uso do bem ambiental que é de todos para evitar a situação que chama de “subsídio”. Isso porque, se o recurso é coletivo e uns poucos o estão utilizando sem qualquer compensação pelo seu esgotamento ou uso, então a conta está sendo coberta pelo público em geral. E, ainda mais grave, a mesma coletividade que não está sendo compensada pelo uso do bem, está suportando as despesas com medidas destinadas a protegê-los.⁴⁶⁶

Consoante a análise econômica do direito, qualquer atividade econômica tem custos, mas somente os custos privados (custos de matéria prima, mão de obra, insumos, etc.) seriam internalizados pelo agente, absorvendo parte dos seus custos sociais. Por outro lado, existiriam outros custos, a exemplo da poluição decorrente do exercício da atividade industrial, que não estariam sendo contabilizados como custos pelo agente poluidor, mas estariam sendo impostos

465 RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito ambiental. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 228.

466 BENJAMIN, Antonio Herman V. e. Responsabilidade civil por dano ambiental. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3, 1998, p. 19.

a outros agentes. Assim, haverá externalidade negativa se a atividade de um agente, como um empreendimento, ferir o bem-estar de outros. Isso ocorrerá, por exemplo, quando a poluição da água por agro-tóxicos torná-la imprópria para consumo humano, bem como para a dessedentação de animais, se essa perda não for compensada de alguma forma, a exemplo do pagamento de indenizações, multas, ou qualquer outra forma de ressarcimento dos prejuízos sofridos. Deve ser diferenciado, contudo, o direito de uso de determinados bens ambientais tangíveis e o direito intangível de todos à higidez do meio ambiente equilibrado.

Esses direitos de uso de bens ambientais tangíveis, como o direito sobre os recursos hídricos e o subsolo, são direitos difusos, de toda coletividade – portanto nem públicos, nem privados –, pertencentes indivisivelmente a um número indeterminável de pessoas, ligadas entre si por circunstâncias de fato. Porém, embora sejam difusos esses direitos, incumbindo ao Poder Público e à coletividade o dever de preservá-los (art. 225, CF), a Constituição atribuiu a dominialidade dos bens que lhes servem de suporte fático ao Poder Público, como é o caso da água (art. 20, III, CF, que trata da União, art. 26, I, CF, que trata dos Estados-membros, e art. 1º, I, da Lei n.º 9.433/1997) e do subsolo (art. 176, CF). Deste modo, dada a dominialidade do bem tangível, em relação a esses bens o Poder Público pode estabelecer um preço público pelo seu uso e gerir e administrar esses recursos para fazer frente às suas obrigações de preservação dos recursos ambientais (art. 225, *caput*, CF).

É o que ocorre no caso da Lei n.º 9.433/1997, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e que estabelece a cobrança pelo uso da água – cobrança com a natureza de preço público – para que a água seja vislumbrada como bem econômico e tenha reconhecido seu real valor, para incentivar a racionalização de seu uso e, por fim, para obter recursos para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos (arts. 12 e 19 da Lei n.º 9.433/1997).

Também é a hipótese prevista no Código de Mineração (Decreto-lei n.º 227/1967, alterado pela Lei n.º 9.314/1996), em seu art. 20, II, que institui a “taxa anual por hectare” que, apesar do nome, nada mais é do que um preço público exigido para autorização de pesquisa em jazida, decorrente do uso

especial do bem público da União.⁴⁶⁷

Em ambas as situações, como a Constituição estabelece a dominialidade dos bens que servem de suporte fático ao direito difuso da coletividade sobre os recursos naturais ao Poder Público, justifica-se a cobrança de preço público (por exploração do uso do patrimônio atribuído), cobrança esta que constitui ingresso em pecúnia nos cofres públicos.

Situação distinta é a do direito difuso de todos à higidez do meio ambiente (art. 225, *caput*, CF) porque nessa hipótese trata-se de um bem jurídico intangível, um direito, ausente toda espécie de patrimonialidade. O direito em referência é atribuído a todos, incumbindo ao Poder Público e à coletividade a sua guarda (art. 225, *caput*, CF). Deste modo, sendo um direito difuso cuja atribuição é dada a todos e a responsabilidade pela guarda é uma responsabilidade de todos, a atuação do princípio do usuário pagador sobre esse direito se apresenta de maneira diversa. A violação do direito difuso de todos à higidez do meio ambiente ocorre quando um dos co-obrigados utiliza-se do direito comum de maneira desarrazoada, ocasionando um significativo impacto ambiental e, deste modo, compromete o direito dos demais titulares à mesma fruição. Trata-se, como bem salientou a decisão do Supremo Tribunal Federal, de uma obrigação de compartilhamento de direito difuso comum⁴⁶⁸, a ensejar o dever de ressarcimento dos demais, o que

467 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n 2586-DF. Taxa: Conceito. Código de Mineração. Lei 9.314, de 14.11.96. Remuneração pela exploração de recursos minerais. Preço público. I. - As taxas decorrem do poder de polícia do Estado, ou são de serviço, resultantes da utilização efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição (C.F., art. 145, II). O poder de polícia está conceituado no art. 78, CTN. II. - Lei 9.314, de 14.11.96, art. 20, II e § 1º, inciso II do § 3º: não se tem, no caso, taxa, no seu exato sentido jurídico, mas preço público decorrente da exploração, pelo particular, de um bem da União (C.F., art. 20, IX, art. 175 e §§). III. - ADIn julgada improcedente. Acórdão de 15 de maio de 2002. DJ 01.08.2003, p. 101. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 27 de janeiro de 2009.

468 Como expresso no voto do Ministro Relator: “entendo que o art. 36 da lei nº 9.985/00 densifica o princípio do usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção da responsabilidade social (partilhada, insiste-se) pelos custos ambientais derivados da atividade econômica”. “Nessa ampla moldura, é de se inferir que o fato de, aqui e ali, inexistir efetivo dano ambiental não significa isenção do empreendedor em partilhar os custos das medidas preventivas. Isto porque uma das vertentes do princípio usuário-pagador é a que impõe ao empreendedor o dever de também responder pelas medidas de prevenção de

ocorre através do mecanismo da compensação ambiental, como a prevista no art. 36 da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000.

Nessa perspectiva, deve-se pensar o custo como parte do conteúdo do próprio direito. Se a finalidade do direito é assegurar a sobrevivência da humanidade em longo prazo, com uma efetiva higidez do meio ambiente assegurada a todos, caberá ao princípio ecológico orientar a noção de segurança jurídica e liberdade social. O Estado deverá estabelecer mecanismos de uso sustentável do meio ambiente, que, simultaneamente, assegurem as necessidades dos cidadãos atuais sem sacrificar as necessidades das gerações vindouras; sob pena de acentuar a precariedade das condições de vida.

As considerações sobre os custos dos direitos ambientais e o princípio do usuário pagador estão presentes, por exemplo, no caso das águas, no item 18.8 da Agenda 21⁴⁶⁹, que recomenda que, ao desenvolver e usar os recursos hídricos, deve-se dar prioridade à satisfação das necessidades básicas e à proteção dos

impactos ambientais que possam decorrer, significativamente, da implementação de sua empreitada econômica”. “porque a compensação ambiental se revela como instrumento adequado ao fim visado pela Carta Magna: a defesa e a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, respectivamente... não há outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional senão impondo ao empreendedor o dever de arcar, ao menos em parte, com os custos da prevenção, controle e reparação dos impactos negativos ao meio ambiente.... porque o encargo financeiro imposto (a compensação ambiental) é amplamente compensado pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido na sua higidez.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3378-DF. Acórdão de 08 de abril de 2008. DJ n. 112, 20.06.2008. Disponível em <<http://stf.jus.br>> Acesso em 29 de janeiro de 2009.

469 Agenda 21

“18.7. O objetivo global é satisfazer as necessidades hídricas de todos os países para o desenvolvimento sustentável deles.

18.8 O manejo integrado dos recursos hídricos baseia-se na percepção da água como parte integrante do ecossistema, um recurso natural e bem econômico e social cujas quantidade e qualidade determinam a natureza de sua utilização. Com esse objetivo, os recursos hídricos devem ser protegidos, levando-se em conta o funcionamento dos ecossistemas aquáticos e a perenidade do recurso, a fim de satisfazer e conciliar as necessidades de água nas atividades humanas. Ao desenvolver e usar os recursos hídricos, deve-se dar prioridade à satisfação das necessidades básicas e à proteção dos ecossistemas. No entretanto, uma vez satisfeitas essas necessidades, os usuários da água devem pagar tarifas adequadas”. APASC. Agenda 21. Disponível em <<http://www.apasc.org.br/ag21/Default.htm>>. Acesso em 29 de janeiro de 2009.

ecossistemas. Porém, uma vez satisfeitas estas necessidades, os usuários devem pagar tarifas necessárias.

Deste modo, ocorre uma profunda mudança paradigmática na proposição da Agenda 21 sobre a natureza jurídica do direito à água. Esse direito envolve custos, implica uma postura ética na fixação de limites ao seu consumo, capaz de assegurar a todos uma quantidade/qualidade razoável. Tal mudança envolve, também, uma rediscussão dos valores morais que irão fixar o próprio direito de acesso a água. Consoante à Agenda 21, que em seu item 18.58⁴⁷⁰ entende por *uso insignificante* o consumo de até 40 litros por dia, poder-se-ia ter configurado um limite médio de gratuidade. A partir desse consumo, para maiores quantidades, seria necessário se proceder ao pagamento pelo uso excessivo, de modo a permitir a compensação ambiental dos outros titulares da fruição do mesmo direito.

Verifica-se, então, que o direito de propriedade dos empreendimentos está funcionalizado, consoante os arts. 170, VI e 225, § 3º, da Constituição Federal, a interesses extraproprietários, sobretudo o interesse difuso de todos à higidez do meio ambiente. Este é o sentido da chamada função socioambiental da propriedade. Seu uso só é permitido naquilo que não implique um significativo impacto ambiental, conforme estabelece o art. 170 da CF/88.⁴⁷¹ Ocorrido este,

470 “18.58. Todos os Estados, segundo sua capacidade e recursos disponíveis, e por meio da cooperação bilateral ou multilateral, inclusive com as Nações Unidas e outras organizações pertinentes, quando apropriado, podem estabelecer as seguintes metas:

(a) Até o ano 2000, garantir que todos os residentes em zonas urbanas tenham acesso a pelo menos 40 litros per capita por dia de água potável e que 75 por cento da população urbana disponha de serviços de saneamento próprios ou comunitários;

(b) Até o ano 2000, estabelecer e aplicar normas quantitativas e qualitativas para o despejo de efluentes municipais e industriais;

(c) Até o ano 2000, garantir que 75 por cento dos resíduos sólidos gerados nas zonas urbanas sejam recolhidos e reciclados ou eliminados de forma ambientalmente segura. APASC. Agenda 21. Disponível em <<http://www.apasc.org.br/ag21/Default.htm>>. Acesso em 29 de janeiro de 2009.

471 “Art. 170. 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, observados os seguintes princípios: (..)

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

existe o dever de ressarcimento dos demais co-obrigados, atingidos em seu direito difuso à higidez do meio ambiente.

Portanto, a compensação ambiental tem natureza jurídica de obrigação econômica de reparação pelo uso do meio ambiente, entendido esse como um direito intangível de todos a determinada qualidade de vida, à preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ela decorre da função socioambiental da propriedade e será devida toda vez que o uso da propriedade ultrapassar um determinado nível, causando um impacto ambiental significativo, violando, dessa maneira, o direito de todos à higidez do meio ambiente. Esse significativo impacto ambiental será apurado através do EPIA/RIMA, facultando aos proprietários todas as garantias do contraditório e da ampla defesa na apuração desse impacto ambiental.

A compensação ambiental do art. 36 da Lei n.º 9.985/2000 é devida no caso de *dano ambiental inevitável e irreversível*, devidamente constatado no licenciamento ambiental. A compensação é devida porque o uso intensivo do meio ambiente exige, desde logo, uma reparação – mesmo porque não será possível exigir, mais adiante, depois da concretização do impacto negativo, a reversão ao quadro anterior, ou seja, a reparação *in natura*.

Sendo uma limitação ao exercício da propriedade, decorrente de causas distintas de aplicação do princípio do usuário pagador, a compensação ambiental é cumulável com o preço público cobrado pelo uso do bem ambiental. Assim, o empreendedor pode ser forçado a pagar uma determinada quantia (preço público) como usuário-pagador de um bem ambiental e, concomitantemente, um outro *quantum* como causador de impacto ambiental significativo não evitável (compensação ambiental). É o caso, por exemplo, de uma indústria potencialmente poluidora que despeja seus efluentes líquidos, após o devido tratamento, nos corpos d'água receptores. Por este despejo, pagará à Agência Nacional das Águas – ANA uma certa quantia, a título de retribuição pelo uso da água; pelos impactos não elimináveis apurados no licenciamento ambiental, pagará a retribuição pelo uso do bem ambiental, que não é mais gratuito. Na segunda hipótese, a forma de

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).”

exercício do direito de propriedade, dificulta a todos a fruição do direito difuso ao meio ambiente hígido e obriga ao ressarcimento. A avaliação do *quantum* a ser ressarcido é determinada pelo valor do direito ambiental, mas só na medida do impacto causado.

Sendo uma obrigação de caráter econômico e com função de prevenção de danos que podem se mostrar irreversíveis, é irrelevante o fato de ainda não ter ocorrido o dano. O exercício do direito de propriedade do empreendimento só é permitido se ele se compatibilizar com a sua função socioambiental. Não é possível exercitar um direito de propriedade se este causa significativo impacto ambiental não mitigável. Se, em decorrência da implementação de um empreendimento, e mesmo após a adoção de medidas de minimização e mitigação de danos ambientais, ainda restarem significativos impactos ambientais não mitigáveis, tal forma de exercício do direito de propriedade só poderá ser permitida se efetuada a devida compensação dos co-titulares do direito à higidez do meio ambiente (a coletividade). Tal direito, sendo funcional em relação ao direito de propriedade, se liga de modo indelével a ele, limitando os usos permitidos ou, alternativamente, obrigando à compensação ambiental. Deste modo, como obrigação civil de caráter econômico decorrente da função socioambiental da propriedade, a compensação ambiental apresenta as seguintes características: a) o proprietário/empreendedor é o responsável pela sua implementação; b) a legitimidade do projeto deve ser estabelecida antes das medidas compensatórias serem consideradas, ou seja, o empreendimento deve estar em consonância com todas as medidas legais exigíveis de proteção do meio ambiente; c) os impactos deverão ser evitados sempre quando possível ou então mitigados, ou, como última alternativa, compensados, de modo que não há que se falar em compra do direito de poluir (que não existe); d) os impactos deverão ser compensados em *habitats* de qualidade equivalente; e e) deve-se preferir sempre a compensação física, se esta não for possível, torna-se necessário compensar financeiramente.

Essa natureza de obrigação civil de caráter econômico decorrente da função socioambiental da propriedade é bem caracterizada nas Informações prestadas pelo Congresso Nacional ao Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.378, proposta pela Confederação Nacional da Indústria:

Sobre a questão, é crucial fixar-se aqui que a natureza dos recursos obtidos no molde do art. 36 da Lei n.º 9.985/2000 não é de indenização, como quer fazer crer a Autora. O dispositivo não prevê a ocorrência necessária de dano sobre o qual deva recair a correspondente contraprestação reparadora, mas sim em empreendimento que implique em “significativo impacto ambiental”, que não necessariamente comporta a noção de dano e que, fundado em estudo e parecer técnico, obriga o empreendedor a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral.

Inclusive, o dano ao meio ambiente tem implicações de ordem penal e administrativa, de espectro muito mais amplo e de caráter diverso daquele que foi objeto de regulamentação pela Lei n.º 9.985/2000, encontrando-se previsto na Constituição no § 3º do art. 225, dispondo que: ‘as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados’.

Portanto, ao invés de indenização, cujo conceito prevê uma relação de causalidade que importa na caracterização de dano e tem implicações penais e administrativas, o que temos na Lei n.º 9.985/2000 é o financiamento da implantação e manutenção de unidades de conservação ambiental, como parte de um sistema de proteção, financiamento que, ao final, redundará na valorização do próprio patrimônio do empreendedor, devendo-se salientar que tal financiamento, conforme o § 1º do dispositivo legal inquinado, se dará de acordo com o grau de impacto ambiental causado.

Além disso, deve-se frisar que a ideia de financiamento, em casos como o que ora debruçamos, encontra amplo respaldo na própria Constituição que, no dispositivo que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, confere à propriedade utilidade que atenda a sua função social (art. 5º, inciso XXIII).⁴⁷²

Cabe, portanto, quanto à natureza jurídica da compensação ambiental, afastar as considerações que a entendem como reparação de danos ambientais

472 BRASIL. Congresso Nacional. Informações prestadas ao Supremo Tribunal Federal, em cumprimento ao artigo 12º da Lei n.º 9.868/99, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.378, proposta pela Confederação Nacional da Indústria, em arguição ao art. 36 e respectivos parágrafos, da Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000, que regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, instituindo o Sistema Nacional de Unidade de Conservação da Natureza, e dá outras providências. Brasília. Informações de 12.01.2005. Disponível em <<http://senado.gov.br>>. Acesso em 03 de fevereiro de 2009.

futuros, ou seja, uma reparação antecipada ou *ex ante*, devida em virtude de danos não mitigáveis/não evitáveis, identificados, porém, antes mesmo de sua ocorrência concreta.⁴⁷³

Para os adeptos dessa corrente, o sistema da responsabilidade civil comporta a reparação de danos futuros, ainda não causados, porém de ocorrência certa, devidamente antevista. Danos futuros não seriam meros riscos, que podem ou não se concretizar. São danos certos, porém, ainda não concretizados. Naturalmente, para esses autores, a “certeza” do dano futuro não tem a mesma força do dano atual, pois este já existe, podendo ser conhecido no concreto. Por isso, a reparação do dano futuro não se daria apenas mediante a certeza absoluta de sua ocorrência, mas sim a partir de uma certeza “mitigada”, ou seja, de uma fortíssima e robusta probabilidade, que, no caso dos danos ambientais, será demonstrada pelo estudo completo, baseado em dados técnicos fornecidos por equipe multidisciplinar e contrastados com análises do órgão ambiental no procedimento de EPIA-RIMA.

O dano ambiental futuro, na perspectiva da responsabilidade civil, é a expectativa de dano de caráter individual ou transindividual ao meio ambiente. Por se tratar de risco, não há dano atual nem certeza científica absoluta de sua ocorrência futura, mas tão-somente a probabilidade de dano às futuras gerações. Nestes casos, a constatação de alta probabilidade ou probabilidade determinante de comprometimento futuro da função ecológica ou da capacidade de uso humano dos bens ecológicos, ensejaria a condenação do agente às medidas preventivas necessárias (obrigações de fazer ou não fazer), a fim de evitar danos ou minimizar as conseqüências futuras daqueles já concretizados. Trata-se, portanto, de um meio de comunicação voltado para tomadas de decisão jurídica com o escopo

473 É esta a posição dos seguintes doutrinadores: MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 791; RODRIGUES, Marcelo Abella. Aspectos jurídicos da compensação ambiental. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 46, 2007, p. 130-145, 2007, p. 135 e ss.; MELO, Ana Alice Moreira de. Compensação ambiental. Dissertação de Mestrado. Nova Lima/MG: Faculdade de Direito Milton Campos, 2006, p. 41; SOUZA, Paula da Rin; DORNELLES, Lia D. Chagas. Parecer/AGU/PGF/IBAMA/PROGE n° 286, de 20 de junho de 2003, p. 5; BECHARA, Érika. Uma contribuição ao aprimoramento do instituto da compensação ambiental na Lei 9.985/2000. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2007, p. 209-212, p. 226 e ss.

de prevenção, controle, observação e formação de vínculos obrigacionais com o futuro (interesses das futuras gerações).⁴⁷⁴

Verifique-se que, na hipótese, não se trata mais de reparação de dano, objeto precípua da responsabilidade civil, mas de prevenção de dano, o que é coisa diversa. A atribuição de responsabilização civil objetiva funda-se na teoria do risco concreto, que exige a concretização de danos atuais e concretos. Não há que se falar em responsabilidade civil, em uma efetiva atribuição de responsabilidade pela produção do risco, que seja fundada na probabilidade determinante da ocorrência de dano no futuro.

Pensar em responsabilidade civil nessa hipótese significaria cogitar de uma responsabilização fundada na formação de uma nova teoria do risco, o risco abstrato, em que as decisões jurídicas tivessem como problema a produção de riscos, e cujo único elemento passível de avaliação consistisse nas probabilidades ou improbabilidades de seu potencial lesivo. A toda evidência, a matéria, embora tenha contatos com a noção de responsabilidade civil, visa coisa diversa: a precaução e prevenção do dano ambiental ainda não ocorrido.

Nessa hipótese, estar-se-ia saindo do campo da responsabilidade civil objetiva, que incide tão-somente após a concretização do dano ambiental, ou seja, que tem uma propulsão *post factum*, para se preconizar a adoção de uma teoria do risco abstrato, que tem a finalidade e a função sistêmica de permitir a tomada de decisão antes da concretização dos danos, com base na superação da distinção risco/segurança para a distinção risco/perigo (e as distinções subseqüentes à face do risco, ou seja, probabilidade/improbabilidade). Teríamos então uma imputação objetiva do dano, matéria que já não poderia estar além da responsabilidade civil.

Há, portanto, para o Direito, além da reparação de danos, uma nova tarefa de investigação, avaliação e gestão de riscos ambientais. A investigação é concretizada na realização de perícias ambientais no processo judicial, enquanto

474 CARVALHO, Délton Winter de. Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 127-128.

a avaliação dos riscos se dá pela integração entre os conhecimentos científicos e o Direito, formando uma avaliação jurisdicional probabilística destes riscos e de sua tolerabilidade. Já a gestão do risco ambiental se dá pela imposição ao agente de obrigações de adoção de medidas preventivas ou compensatórias com o escopo de evitar a ocorrência de danos ambientais futuros ou equilibrá-los, quando inevitáveis.

Tudo isso a exigir a compreensão da compensação ambiental como uma obrigação econômica que decorre da função socioambiental da propriedade e visa a garantir o direito de todos à higidez do meio ambiente e não um simples instituto de responsabilidade civil. Considerado como obrigação econômica, esse instituto tem, pelo menos, duas funções estranhas à responsabilização civil: a função de incentivo (modificando previamente os custos e os preços da intervenção no meio ambiente) e a função de redistribuição (uma vez que as receitas vão ser utilizadas para financiar despesas públicas de proteção do ambiente).⁴⁷⁵

13.6 A Compensação Ambiental como Instituto Concretizador do Conceito Jurídico-Filosófico de Função Socioambiental da Propriedade na Nova Interpretação do Supremo Tribunal Federal

Conforme exposto anteriormente, os bens ambientais são originariamente destinados pela Constituição a todos em comum. Assim, concorrem a estes o empreendedor e todos os demais, que são utilizadores do mesmo direito difuso. Sobre a propriedade é reconhecida, como qualidade intrínseca, uma função social, fundada e justificada precisamente pelo princípio da destinação universal dos bens. O homem realiza-se através da sua inteligência e da sua liberdade e, ao fazê-lo, assume como objeto e instrumento as coisas do mundo e delas se apropria. Neste seu agir, está o fundamento do direito à iniciativa e à propriedade individual. Mediante o seu trabalho, o homem empenha-se não só para proveito

475 ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 115.

próprio, mas também para dos outros. O homem trabalha para acorrer às necessidades da sua família, da comunidade de que faz parte, e, em última instância, da humanidade inteira, colaborando, além disso, para o trabalho dos outros, numa cadeia de solidariedade que se alarga progressivamente.

A posse dos meios de produção, tanto no campo industrial como agrícola, é justa e legítima, se serve para um trabalho útil; pelo contrário, torna-se ilegítima, quando não é valorizada ou serve para impedir o trabalho dos outros, para obter um ganho que não provém da expansão global do trabalho humano e da riqueza social, mas antes da sua repressão, da ilícita exploração, da especulação, e da ruptura da solidariedade no mundo do trabalho. Semelhante propriedade não tem qualquer justificação, e não pode receber tutela jurídica. Portanto o direito de propriedade não é um absoluto formal, mas só se justifica se a ele é dado um uso social e na medida dessa justificação, mormente naquela classe de bens que não se destinam primordialmente ao mercado, como é o caso dos bens ambientais.

Nesse sentido, os bens ambientais são necessários ou úteis ao homem e não se oferecem, na natureza, em condições de uso e em quantidade bastante. A insuficiência gera a necessidade de se encontrar formas de apropriação e uso, convenientemente disciplinadas. A escassez dos bens lhes conferiu sentido econômico e exigiu técnicas jurídicas que ordenassem e disciplinassem a posição do homem, em face da coisa, e as relações entre os homens, a respeito dela. Assim, o direito de propriedade é um produto cultural, uma criação da inteligência, considerada adequada à organização da vida em sociedade, isto é, da vida social.

É na esteira deste raciocínio que se baseia a decisão do Supremo Tribunal Federal, que no percuciente voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto na ADI n.º 3.378, estabeleceu que o art. 36 da Lei n.º 9.985/00 – que instituiu a compensação ambiental para os empreendimentos que causem significativo impacto ambiental – densifica o princípio do usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção da responsabilidade social partilhada pelos custos ambientais derivados da atividade econômica. Conforme se observou oportunamente, o STF entendeu que a compensação-compartilhamento não seria fixada discricionariamente pelos órgãos públicos ambientais, mas estaria quantificada objetivamente, de acordo com a compostura do impacto ambiental

que vier a ser dimensionado estritamente nos dados técnicos do EPIA/RIMA.

O que significa essa partição de custos ambientais dentro do direito difuso de todos à higidez do meio ambiente e como interpretar essa decisão? A compensação-compartilhamento decorrente do princípio do usuário-pagador ocorre em função da existência, na espécie, de uma externalidade ambiental negativa. As externalidades negativas têm lugar quando a utilização do meio ambiente por um agente econômico tem resultados danosos para a atividade de um outro agente (no caso, os demais titulares do direito à higidez do meio ambiente), sem que haja um mecanismo de mercado de compensação financeira que obrigue o primeiro a indenizar os demais pelos danos sofridos. Como conseqüência, o primeiro agente tira proveito do meio ambiente, por exemplo, afetando um manguezal com o seu empreendimento, sem arcar com os custos engendrados por essa utilização. Nesse caso, os custos que correspondem aos danos que não podem ser evitados devem ser compensados à coletividade. Essa é a compreensão da compensação ambiental na dicção do Supremo Tribunal Federal.

Até a decisão do Supremo, os danos ambientais que não pudessem ser evitados através de medidas mitigadoras no processo de licenciamento ambiental restavam irrisarcidos ou insuficientemente compensados através da precificação em 0,5% do valor do empreendimento, percentual arbitrário que não tinha conexão com o impacto causado. Isso ocorria devido à particular interpretação que se dava até então a esse bem de uso comum do povo. O caráter de bem público coletivo do meio ambiente advém do fato de que seu acesso é livre em razão da inexistência de direitos claros de propriedade e do fato de que seu “consumo” por um indivíduo não impede que ele também seja utilizado por outros. Aliás, os bens e serviços ambientais são freqüentemente gratuitos. Não tendo um preço, esses bens e serviços não podem ser objeto de uma alocação ótima e acabam por ser superexplorados e degradados. No caso dos bens públicos coletivos, com essa compreensão, a ausência de um “sinal-preço” impede a internalização dos custos de utilização do meio ambiente nos cálculos dos agentes. Atribuir preços aos bens e serviços ambientais é, portanto, necessário para que os agentes possam internalizar seus custos em seus cálculos privados. Essa atribuição é também tarefa tomada pelos economistas, através da chamada “valoração econômica do

meio ambiente”.

Por isso a importância da decisão tomada, que inclui o custo na estrutura do direito difuso à higidez do meio ambiente. O problema, então, do princípio do usuário pagador, no que se refere não aos bens ambientais diretamente utilizados (como é o caso da compensação financeira pelo uso da água), mas sim àqueles indiretamente atingidos (pelo impacto ambiental), é a quantificação do seu valor, que é o valor do não uso.

Na área ambiental, a compensação do dano não deve se limitar ao valor patrimonial do meio ambiente afetado, mas deve compreender também a estimativa do valor dos serviços que o patrimônio atingido estaria produzindo ou proporcionando à comunidade, a teor análogo ao do art. 944 do Código Civil, que dispõe que a indenização mede-se pela extensão do dano, na perspectiva do desenvolvimento sustentável.

Há que se pensar a ideia de sustentabilidade no âmbito de uma Economia Ecológica.⁴⁷⁶ A sustentabilidade assim concebida pode ser definida como a

476 Na perspectiva da sustentabilidade ambiental, o tipo de processo econômico que importa é aquele que produz bens e serviços levando em conta simultaneamente todos os custos que lhes são inevitavelmente associados (conciliação/compromisso de crescimento econômico com manutenção de sistemas ecológicos). Todavia, na compreensão econômica clássica, tem-se em vista apenas a geração de benefícios pelas atividades produtivas. Os custos normalmente considerados são os internos a essas atividades, ou seja, os que dizem respeito à sua contabilidade interna (custos privados) – outros custos, como os da destruição de uma paisagem bonita ou da extinção de uma espécie, constituem externalidades que se excluem do cálculo econômico. Um olhar para as evidentes interconexões do sistema econômico com o ecológico, não isolando um do outro, permite perceber de que modo é possível chegar-se a um ambiente (sustentável) onde a vida não se veja ameaçada de extinção (nem considerada como uma externalidade). Esta é a tarefa para uma proposta de campo de pesquisa ainda em construção, muitas vezes considerada utópica, que se convencionou chamar de economia ecológica.

A tarefa de uma ciência da economia de fundamentos ecológicos que vê o sistema econômico como um subsistema de um sistema maior que o contém, impondo uma restrição absoluta à sua expansão. Capital (K) e recursos naturais (RN) são, neste caso, essencialmente complementares. O progresso científico e tecnológico é visto como fundamental para aumentar a eficiência na utilização dos recursos naturais em geral (renováveis e não renováveis) e, nesse aspecto, esta corrente partilha com a primeira a convicção de que é possível instituir uma estrutura regulatória baseada em incentivos econômicos capaz de aumentar esta eficiência.

A questão central para esta corrente de análise é, neste sentido, como fazer com que a economia funcione considerando a existência dos limites dos recursos naturais. O mecanismo de ajuste proposto pelo esquema analítico neoclássico desconsidera, por definição, a existência destes limites, supondo a possibilidade de substituição ilimitada dos

relação entre sistemas econômicos dinâmicos e sistemas ecológicos dinâmicos, orientada pelos seguintes requisitos: a) que a vida humana possa continuar indefinidamente; b) que o ser humano possa crescer; c) que as culturas humanas possam se desenvolver; e d) desde que os efeitos das atividades humanas permaneçam dentro de limites que impeçam a destruição da diversidade e da complexidade do contexto ambiental.⁴⁷⁷ Isso traz a discussão para o âmbito da teoria do valor, ou seja, o de se saber qual a medida de valor aceitável para se quantificar economicamente os fenômenos ecológicos, ou seja, qual o custo do direito ao meio ambiente hígido.

Não obstante as incertezas que decorrem, sobretudo, das ambigüidades da ideia de valor e, mais ainda, do valor dos bens ambientais, como bens públicos coletivos não precificados, a estimativa aproximativa ou mesmo eqüitativa não é estranha à ideia de Direito. Deve ser lembrada aqui a história da indenização por dano moral. Na França, onde primeiro se admitiu a indenização por dano moral, a jurisprudência hesitou muito, durante longo tempo, a admitir que a perda de afeição – a dor moral que causa aos parentes próximos o desaparecimento de um ente querido –, pudesse dar abertura a uma ação de danos-interesses fundada no art. 1382 do Código Civil. As primeiras decisões que se pronunciaram nesse sentido subordinavam a aceitação da ação pelos tribunais à existência de uma

recursos que se tornam escassos por recursos abundantes.

No caso dos bens ambientais disponíveis no mercado, a abordagem neoclássica pressupõe que a escassez crescente de um determinado bem eleva seu preço, o que induz a introdução de inovações (tecnologia) que permitem poupá-lo, substituindo-o por outros recursos mais abundantes cujos estoques são, via de regra, conhecidos. Os preços refletem a disponibilidade de cada recurso independentemente do estoque total de recursos, o que impede que eles possam servir para sinalizar um processo de extração ótima do ponto de vista da sustentabilidade.

No caso dos serviços ambientais não transacionados no mercado devido sua natureza de bens públicos, o mecanismo de ajuste proposto não leva em conta princípios ecológicos fundamentais para garantir a sustentabilidade, na medida em que este mecanismo é baseado no cálculo de custo e benefício feito pelos agentes econômicos visando a alocação de recursos entre investimentos, por exemplo, em controle da poluição e pagamentos de taxas por poluir de modo a minimizar o custo total. O cálculo das taxas, por sua vez, será baseado num conjunto de metodologias de valoração econômica que mensuram direta ou indiretamente a disposição a pagar dos indivíduos por bens e serviços ambientais.

A economia ecológica, ao revés, enfrenta o fato de que os recursos naturais são escassos e constituem um direito de todos e propõe a sua valoração holística, internalizando as externalidades pelos custos sociais ou coletivos que elas acarretam.

477 LIMA, Luiz Henrique. Controle do patrimônio ambiental brasileiro: a contabilidade como condição para o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2001, p. 140.

obrigação alimentar entre a vítima e o demandante.

O *leading case* da nova orientação foi o pronunciado no caso *Lejars c. Consorts Templier* em 13 de fevereiro de 1923⁴⁷⁸, no qual o Tribunal reconheceu que tendo sido o sr. Templier mortalmente ferido por um cavalo que pertencia ao sr. Lejars era devido aos três filhos e à filha de Templier uma indenização compreendendo, além do prejuízo material, a indenização do dano moral resultante da dor provocada nos menores pela morte de seu pai.⁴⁷⁹ Posteriormente, a Corte de Cassação decidiu⁴⁸⁰ que, ainda que o art. 1382 do Código Civil se aplicasse tanto ao dano moral quanto ao dano material, a ação de indenização, intentada à razão somente do prejuízo moral, deveria se fundar sobre um interesse de afeição nascido de um laço de parentesco ou de uma aliança que unisse a vítima do fato danoso àqueles que demandavam a reparação. Essa condição excluía a ação em reparação do prejuízo moral intentada pelos noivos.⁴⁸¹ Contraditoriamente, certas decisões de cortes civis reconheceram que proprietários de animais, em condições especiais, tinham direito à reparação do “*prejuízo de ordem subjetiva e afetiva*” que lhes causaram a morte dos animais.⁴⁸²

478 CAPITANT, Henri (Coord.). Les grands arrêts de la jurisprudence civile. 6. ed. Paris: Dalloz, 1973, p. 389 (Civ. rej. 13 févr. 1923, D, P. 1923.1.52, note de M. Lalou, S. 1926.1.325).

479 CAPITANT, Henri (Coord.). Les grands arrêts de la jurisprudence civile. 6. ed. Paris: Dalloz, 1973, p. 389.

480 CAPITANT, Henri (Coord.). Les grands arrêts de la jurisprudence civile. 6. ed. Paris: Dalloz, 1973, p. 390 (Req. 2 févr. 1931, D.P. 1931.1.38, rapport du conseiller Pilon, S. 1931.1.123).

481 CAPITANT, Henri (Coord.). Les grands arrêts de la jurisprudence civile. 6. ed. Paris: Dalloz, 1973, p. 390 (Civ. 19 oct. 1943, D.C. 1944.14, note Lalou, S. 1945.1.1, note Chartrou, J.C.P. 1945.II.2893, note Rodière; mais V. en sens contraire: Rouen, 9 juill. 1952, D. 1953.13; Crim. 5 janv. 1956, D.1956.216, J.C.P. 1956.II.9146; Nimes, 20 avril 1961, Rec. Gaz. Pal. 1961.2.202).

482 CAPITANT, Henri (Coord.). Les grands arrêts de la jurisprudence civile. 6. ed. Paris: Dalloz, 1973, p. 390 (Cour de Cassation, 1ere, sect. civ. 16 janvier 1962, D. 1962. 199, note Rodière, J.C.P. 1962.II.12557; Comp. Trib. gr. inst. Caen, 30 oct. 1962, D. 1963.92, J.C.P. 1962.II. 12954, acordando a reparação da dor causada pela morte de um cachorro; mas v. Trib. corr. Le Mans, 14 oct. 1966, Rec. Gaz. Pal. 1967,1.29, recusando a reparar a aflição causada pela degradação de um automóvel).

Aos poucos uma evolução se desenha num senso mais favorável à reparação do prejuízo moral, como se deu nos seguintes casos: acatando-se a reparação do dano causado a uma pessoa pelo falecimento de seu noivo⁴⁸³; tratando-se a “mãe de fato” como “mãe de direito”⁴⁸⁴; reconhecendo-se o direito da esposa putativa aos danos-interesses, sem se limitar a justificar a solução pela não-retroatividade da nulidade⁴⁸⁵; e reparando-se o prejuízo moral sofrido por um pupilo em decorrência da morte de seu tutor.⁴⁸⁶ Assim, os tribunais, em secular evolução, pelo desenvolver da jurisprudência foram determinando não só a extensão progressiva da indenização à totalidade dos casos de danos morais, mas também os parâmetros pelos quais estes poderiam ser estimados e avaliados.

Idêntica situação se apresentará agora na compensação ambiental na determinação da valoração dos bens ambientais através do princípio do usuário pagador. Caberá ao Poder Judiciário, paulatinamente, em cada caso, desenvolver um instrumental adequado de quantificação monetária do dano ambiental, tal como hoje existe para o dano moral. É sabido que estes parâmetros jamais poderão ser rígidos e inflexíveis, tais como não o são os parâmetros de quantificação do dano moral.

Não obstante, pela prática jurídica, é possível se estabelecer parâmetros de valoração que recebam a aceitação regular dos estamentos jurídicos e que, pela consensualidade, possam ser identificados como válidos nos Tribunais. Os conceitos jurídicos indeterminados são inerentes ao direito ambiental. A lei não é o instrumento adequado para fixar a compensação de um dano ambiental, visto que a proporcionalidade não pode jamais ser congelada pela norma. Sua aferição

483 CAPITANT, Henri (Coord.). Les grands arrêts de la jurisprudence civile. 6. ed. Paris: Dalloz, 1973, p. 390 (Crim. 2 févr. 1952, J.C.P. 1953.II. 7354).

484 CAPITANT, Henri (Coord.). Les grands arrêts de la jurisprudence civile. 6. ed. Paris: Dalloz, 1973, p. 391 (Crim. 30 janv. 1958, Rec. Gaz. Pal. 1958.1.367).

485 CAPITANT, Henri (Coord.). Les grands arrêts de la jurisprudence civile. 6. ed. Paris: Dalloz, 1973, p. 391 (Crim. 6 mars 1958, Rec. Gaz. Pal. 1958.2.72).

486 CAPITANT, Henri (Coord.). Les grands arrêts de la jurisprudence civile. 6. ed. Paris: Dalloz, 1973, p. 391 (Civ. 2e sect. civ. 20 janv. 1967 Bull. civ. 1967, II, n 30; Rev. trim. dr. civ. 1967.815).

dar-se-á casuisticamente, de acordo com o caso concreto, sempre guardando uma pertinência lógica entre o impacto e a compensação, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa.

A decisão do Supremo Tribunal Federal relativizou o poder discricionário dos órgãos ambientais, abrindo uma maior oportunidade para que o empreendedor interessado possa questionar os critérios adotados. Suprimidos os limites mínimos e máximos fixados pela norma, terá o empreendedor maior espaço para dialogar na escolha das medidas compensatórias da sua atividade, assim como, por outro lado, confere-se ao órgão ambiental a tarefa de decidir com base em critérios técnicos razoáveis e proporcionais. Na prática, a determinação do STF reforça a importância do Estudo Prévio de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental (EPIA/RIMA), uma vez que cabe ao órgão licenciador – municipal, estadual ou federal – definir o valor da compensação, de acordo com o impacto ambiental a ser dimensionado no EPIA/RIMA. Ainda segundo o STF, o órgão ambiental *“não poderá, arbitrariamente, definir o valor (da compensação), uma vez que deverá agir sob o manto da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Deve, isto sim, fixar o quantum compensatório em estrita conformidade com os dados técnicos do EIA/RIMA”*.

O consenso em torno da metodologia da valoração dos bens ambientais na aplicação em cada caso do princípio do usuário pagador se fará então, paulatinamente, (como na determinação do dano moral), sempre com o direito ao contraditório e à ampla defesa, através de uma interação dialética entre o Poder Público, os empreendedores e as organizações da sociedade civil, até que se possa estabelecer uma razoável unidade em torno dos parâmetros de valoração.

13.7 Considerações Finais

A disciplina da compensação ambiental – instituto que prevê mecanismos compensatórios quando da realização de empreendimento causador de significativo impacto ambiental – foi substancialmente alterada pela decisão do pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ADI n.º 3.378/DF, que tinha por objeto a declaração da

inconstitucionalidade do art. 36 e seus §§ 1º, 2º e 3º, da Lei n.º 9.985/2000.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, cuja lavra é de autoria do Ministro Carlos Ayres Britto, começa por salientar que *todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações* (art. 225, *caput*, da CF). Deste modo, os bens, embora tenham titularidades específicas (públicas ou particulares), em seu aspecto ambiental são de utilização comum de todos, o que se coaduna com sua natureza de direito difuso. Portanto, sendo o uso dos bens, ambientalmente considerados, comum a todos, incumbe a todos os envolvidos (particulares e Poder Público) compartilhar as despesas concernentes à prevenção do significativo impacto ambiental decorrente do empreendimento, a par das medidas oficiais também adotadas para tal fim. Assim, na nova interpretação do Supremo Tribunal Federal, a compensação ambiental tem um limite material no potencial de impacto ambiental e na suscetibilidade ambiental da área de localização do empreendimento ou atividade. A decisão do Supremo, ainda a ser esclarecida mediante apreciação de Embargos de Declaração, direciona-se no sentido da conciliação entre o direito ao desenvolvimento e a preservação do meio ambiente, constituindo a compensação em medida mitigadora quando a prevenção de impactos não é possível e a minimização dos mesmos não é suficiente.

Como visto, o meio ambiente é uma totalidade e, nesse sentido, se constitui num macrobem, sendo sua natureza é a de uma coisa comum a todos (*communium omniium*). Desta forma, a complexidade do conceito de bem ambiental, seu caráter holístico, irão suscitar novas soluções de direito. Superado o entendimento do meio ambiente como *res nullius* e revelada a insuficiência da simples patrimonialização pública sem controle de gestão dos usos do bem ambiental, cabe agora repensá-lo a partir de seu escopo, de sua função, protegendo-o em vista de suas finalidades. Atualmente entende-se que o proprietário do bem socioambiental, ou seja, daquele bem essencial para a manutenção da vida das espécies, fica obrigado a um comportamento ativo, que envolve defender, reparar e preservar o meio ambiente. O proprietário não pode exercer o seu direito de forma contrária aos interesses da presente e das futuras gerações, causando danos à qualidade de vida e conseqüentemente ao próprio

direito fundamental à vida.

O conceito jurídico-filosófico de função socioambiental da propriedade está claramente contemplado nos arts. 225 e 170 da Constituição Federal. Correlacionando-o com o instituto da compensação ambiental, verifica-se que o direito de propriedade deverá ser exercido em função do direito de toda a coletividade a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Este só merecerá tutela jurídica enquanto funcionalizar esse direito difuso de todos.

A compensação ambiental decorreria, nesse aspecto, da desconformidade para com o fim econômico-social para o qual o direito de propriedade foi instituído. Através da noção de usuário-pagador, a compensação ambiental não se caracteriza, portanto, como uma punição, pois mesmo não existindo qualquer ilicitude no comportamento do pagador poderá ser implementada. Assim, para tornar obrigatório o pagamento pelo uso do recurso, pela sua poluição ou degradação não há necessidade de ser provado que o usuário e o poluidor estão cometendo faltas ou infrações.

Assim, a função precípua da compensação ambiental não é a reparação dos danos causados, “voltada para o passado”, própria da responsabilidade civil, mas a prevenção de danos graves e, por vezes, irreversíveis, orientada para o futuro. Deve-se entender, destarte, em termos de prevenção, que a compreensão de que os recursos naturais são considerados bens livres e de acesso irrestrito por parte de todos acelera a escalada da degradação do meio ambiente, frente ao processo de utilização abusiva destes recursos. E um dos fatores que contribuem para a escassez dos bens ambientais é a economia do desperdício, porque não há limitação monetária para a utilização dos recursos naturais e nem um sistema de regeneração dos mesmos. A função preventiva da compensação ambiental visa a alterar esse estado de coisas.

14. A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CONFIANÇA DE NIKLAS LUHMANN NA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICO-FILOSÓFICA DA APARÊNCIA DE DIREITO

14.1 A Ideia de Aparência de Direito

A aparência é o estado daquilo que parece exteriormente, do que se manifesta por signos exteriores. Podemos assim dizer, em geral, de uma qualidade, de um direito, que eles são aparentes quando parecem existir, quando se reencontram as características exteriores pelas quais se anuncia, de ordinário, a existência desse direito ou dessa qualidade. O vocábulo “aparência” deriva do latim *apparentia* e, segundo o Dicionário Lello Universal⁴⁸⁷, significa “*aquilo que se mostra à primeira vista, o aspecto exterior*”; “*probabilidade, exterioridade ilusória*”.

Aqui resulta uma primeira ideia acerca desse conceito: a da dualidade de coincidência ou “incoincidência” entre a manifestação exterior e a essência do objeto manifestado. A aparência implica, destarte, na existência de duas realidades: uma exterior e outra interior. Esta é a realidade demonstrada mediadamente pelo fenômeno manifestante⁴⁸⁸, enquanto aquela compreende a exteriorização de um fato, de uma realidade visível e imediatamente apreendida, que é o fenômeno manifestante ou aparente. A aparência de direito somente se dá quando um fenômeno manifestante faz aparecer como real aquilo que é irreal, ou seja, quando há uma coincidência absoluta entre o fenômeno manifestante e a realidade manifestada.

Como bem lembra Mariano D’Amélio, no mundo jurídico o estado de fato nem sempre corresponde ao estado de direito; mas o estado de fato, por

487 João GRAVE LELLO UNIVERSAL (org.), Novo Dicionário Enciclopédico Luso-Brasileiro, 2ª ed., Lello e Irmão Editores, 1950, v. I, p. 148.

488 Álvaro MALHEIROS, Aparência de direito, in Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Comercial. São Paulo, nº 6, out./dez., 1978, p. 45.

si, tendo em vista considerações de ordem diversa, pode receber o mesmo respeito do estado de direito e, em determinadas condições e em resguardo de determinadas pessoas, gera conseqüências não diferentes daquelas que derivariam do correspondente estado de direito. Deste modo, a situação geral pela qual alguém tenha racionalmente confiado em uma dada manifestação jurídica e se comportado coerentemente a esta, lhe dá direito de contar com ela, ainda que tal manifestação não corresponda à realidade.⁴⁸⁹

A aparência de direito, como salientado, é um instituto jurídico precipuamente relevante na modernidade. O advento da Revolução Industrial, as acelerações do comércio e das necessidades sempre prementes da vida dos negócios provocaram um desabrochar da teoria da aparência em sua acepção clássica. O ordenamento jurídico, atendendo à conveniência de imprimir segurança e celeridade ao tráfego jurídico e à necessidade de dispensar proteção aos interesses legítimos, ampara, por vezes, a aparência antes da realidade, reconhecendo como válidos alguns atos aparentemente verdadeiros e dando a estes os efeitos jurídicos que a lei atribui aos atos reais. Tudo isso visando tornar as relações jurídicas intrinsecamente justas e justificadas, a despeito das aparências.

A segurança das transações exige que uma aquisição em aparência regular não possa ser colocada em questão. Se o adquirente tomou todas as precauções não deve se inquietar. A regra protege assim não só estes, mas também os proprietários verdadeiros porque, sem tal dispositivo, os adquirentes hesitariam em contratar, prejudicando a circulação econômica dos bens.⁴⁹⁰

A complexidade cada vez maior das relações jurídicas impõe-nos confiar na feição externa da realidade com a qual nos deparamos. A rapidez e a segurança do comércio, a quantidade de negócios travados diariamente, os compromissos que se avolumam constantemente, o condicionamento da vida a uma dependência

489 Mariano D'AMÉLIO, *Apparenza del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1958, v. I, p. 714.

490 Henri MAZEAUD, Léon et Jean, *Leçons de droit civil*, 5^a.ed., Éditions Montchrestien, 1975, t. II, p. 140.

de relações contratuais inevitáveis, entre outros fatores, justificam as razões que levam o homem a não dar tanta importância ao conteúdo dos atos que realiza, prendendo-o ao aspecto exterior dos eventos que se apresentam⁴⁹¹.

Angelo Falzea⁴⁹² define a aparência de direito como “*a situação de fato que manifesta como real uma situação jurídica não real. Este aparecer sem ser coloca em jogo interesses humanos relevantes que a lei não pode ignorar*”. Álvaro Malheiros⁴⁹³, em complemento, assim conceitua a aparência de direito:

Nela, um fenômeno materialmente existente e imediatamente real manifesta um outro fenômeno - não existente materialmente nem imediatamente real - e o manifesta de modo objetivo, através de sinais, de signos aptos a serem apreendidos pelos que dele se acercarem; não através de símbolos, mas pelos próprios fatos e coisas, com base num comportamento prático, normal. Manifesta-o como real, conquanto não o seja, porque essa base de relações e de ações, abstratamente verificável na generalidade dos casos, vem a falhar no caso concreto.

Nessas definições resumem-se os aspectos mais importantes da ideia de aparência de direito. Primeiro o fato da predominância da justiça do direito: uma das razões fundamentais da importância atribuída ao fenômeno da aparência está no fato de que à realidade jurídica escapa normalmente a possibilidade de uma averiguação segura do direito que requer, comumente, indagações longas e complexas. São os casos de exteriorização material nos quais não existe a correspondência entre a atividade do indivíduo e a realidade dos atos que pratica. Por isso terceiros de boa-fé podem ter em conta a exteriorização e ignorar a realidade oculta. O segundo aspecto relevante da definição é a restrição dos casos de aparência de direito às situações de fato que manifestam como real uma situação jurídica não real, assim abstratamente considerada pelo ordenamento. Sempre que estivermos em presença de situações de aparência para as quais o direito já tenha assegurado tutela, não se trata de situações regidas pelos

491 Arnaldo RIZZARDO, Teoria da Aparência, *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, mar. 1982, v. 9, n° 24, p. 222-231.

492 Angelo FALZEA, *Apparenza*, in *Enciclopedia Del Diritto*, Giuffrè, 1958, v. II, p. 685.

493 Álvaro MALHEIROS, Aparência de direito, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, out./dez. 1978, n° 6, p. 4.

cânones da aparência de direito, mas por princípios jurídicos outros que buscam sua realidade em outras formas jurídicas específicas.

14.2 Elementos da Aparência de Direito

Conforme visto acima a aparência de direito pode ser definida como uma relação entre dois fenômenos, o primeiro uma situação de fato, imediatamente presente e real, que manifesta por ilação ou reenvio uma segunda situação jurídica, fazendo-a aparecer como real, quando na realidade não existe, ou existe com modalidade diversa daquela assinalada.

A proteção da aparência não se baseia na vontade privada. Trata-se, bem definida, de assegurar situações não consolidadas, fazendo com que se aperfeiçoem ou se consumem. Necessidade que é de ordem pública e se constitui mediante normas imperativas que fazem com que os benefícios que concedem sejam indisponíveis. Assim, não poderá quem, em virtude de posse de estado, tiver acedido a algo determinado, renunciá-lo. Nem cabe a renúncia do cônjuge de boa-fé no matrimônio putativo aos efeitos favoráveis deste, que se produzem inexoravelmente.⁴⁹⁴

Importa agora analisar os elementos que configuram a chamada situação de aparência jurídica e que dão a esta a sua eficácia na tutela da confiança despertada em terceiro.

O art. 1.189 do CC/italiano⁴⁹⁵ que trata do pagamento feito ao credor aparente define o primeiro desses elementos: é necessário que a aparência tenha sido criada de acordo com *circunstâncias unívocas* capazes de gerar uma apreensão errônea da realidade.

494 J. Ignacio Cano Martinez, La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia, Bosch, 1990, p. 59.

495 “Art. 1.189. O devedor que realiza o pagamento a quem aparenta ter qualidade para recebê-lo de acordo com circunstâncias unívocas, fica liberado se provar ter estado de boa-fé.” (trad. livre)

Assim, a aparência, embora aproximada ao erro, com este não se confunde. O erro é um fenômeno individual e subjetivo. A aparência é um fenômeno social e objetivo. Consoante Falzea é o erro coletivo possível, ou seja, no sentido de que se trata de uma *situação social* que, segundo o comum sentir social de pessoa de média diligência em um dado momento, a interpreta com um dado significado, que não corresponde ao real. Coloca-se em relevo aqui, mais do que a percepção do sujeito, a causa idônea a produzir o erro, sendo esta evidentemente objetiva.⁴⁹⁶ A essa causa, fatos objetivos externamente perceptíveis, denominam-se *circunstâncias unívocas*, elemento da situação de aparência jurídica.

Quais são essas circunstâncias unívocas passíveis de gerar a aparência jurídica e como determina-las? É preciso verificar cada caso e argüir se, de fato e em concreto, elas são capazes de acarretar objetivamente a aparência jurídica.

A Corte de Cassação italiana faz, por exemplo, uma interessante distinção entre circunstâncias unívocas na aparência pura e simples e na aparência culposa para estabelecer que, em certos casos, se considera que estas só estão presentes na aparência culposa, como são as hipóteses da representação aparente.⁴⁹⁷

496 Angelo Falzea, *Apparenza*, Enciclopedia del diritto, cit., p. 694.

497 “La cosiddetta apparenza di diritto non costituisce una fattispecie giuridica autonoma, un istituto generale caratterizzato da connotazioni definite e precise, ma rappresenta un concetto operativo nell’ambito dei singoli atti e negozi giuridici secondo il grado di tolleranza dei medesimi in ordine alla prevalenza di uno schema apparente su quello reale in vista del riconoscimento di effetti pratici contrastanti o diversi da quelli derivabili dalla situazione reale (...).L’apparenza del diritto può presentarsi nelle forme di apparenza pura e semplice o colposa: entrambe postulano l’errore di chi abbia confidato nello schema apparente e la scusabilità dell’errore, non determinato da colpa o da inosservanza di oneri legali di conoscenza o di attività da parte del soggetto caduto in errore; in ordine però alla rappresentanza è irrilevante l’apparenza pura e semplice, ma è rilevante l’apparenza colposa qualora un malizioso o negligente comportamento del preteso rappresentato abbia fatto presumere la volontà di conferire poteri rappresentativi mentre gli mancava la reale volontà corrispondente.”(Cass., 17.03.1975, n. 1.020, in Foro italiano., 1975, I, 2.267, nota de Di Lalla).

“Il principio dell’apparenza del diritto, riconducibile a quello più generale della tutela dell’affidamento incolpevole, può essere invocato in tema di rappresentanza, nei confronti dell’apparente rappresentato, dal terzo che abbia in buona fede contratto con persona sfornita di procura, allorché l’apparente rappresentato abbia tenuto un comportamento colposo, tale da giustificare nel terzo la ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza sia stato

Nas hipóteses de representação aparente considera a Corte de Cassação italiana que o terceiro tem o ônus legal de verificar os poderes do representante e se mesmo assim é induzido em erro é porque um comportamento culposos do aparente representado possibilitou tal aparência. Deste modo, nessas situações só seriam circunstâncias unívocas capazes de gerar, de modo eficiente, a falsa impressão quanto aos poderes do representante, aquelas decorrentes de atitudes culposas do aparente representado. Embora a solução da culpa do aparente representado não seja a melhor resposta para a imputabilidade como elemento da aparência, como veremos a seguir, os acórdãos da Corte de Cassação italiana ilustram bem a ideia do que seriam condições unívocas ensejadoras da aparência de direito.

As circunstâncias unívocas podem decorrer não só da valoração e sopesamento dos fatos externos naturais, mas também de fatos externos artificiais, como sistemas de publicidade de atos jurídicos. Quando a lei prescreve específicos meios de publicidade para se fixar a existência e o conteúdo de uma situação jurídica, se está diante de uma circunstância unívoca para a configuração da aparência de direito. Não cabe falar em presunção absoluta de veracidade do registro ao qual se dá publicidade, apta a excluir a aplicação da teoria da aparência. Isto porque, em tema de imóveis, por exemplo, nosso ordenamento não agasalhou o princípio da presunção absoluta (da fé pública registral), tal qual ocorre na Alemanha e como corolário dessa assertiva, pode-se dizer que

effettivamente e validamente conferito al rappresentante aparente.” (Cass., 29.04.1999, n. 4.299, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 972)

“Il principio dell’apparenza del diritto, riconducibile a quello più generale della tutela dell’affidamento incolpevole, può essere invocato con riguardo alla rappresentanza, allorché, indipendentemente dalla richiesta di giustificazione dei poteri del rappresentante a norma dell’art. 1.393, non solo vi sia la buona fede del terzo che abbia concluso atti con il falso rappresentante, ma vi sia anche un comportamento colposo del rappresentato, tale da ingenerare nel terzo la ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente e validamente conferito al rappresentante aparente.” (Cass., 18.02.1998, n. 1.720, *ivi*, 1998, 366)

“La rappresentanza aparente è un’ipotesi di c.d. apparenza di diritto colposa perché ne sono elementi non solo l’apparente esistenza, in un soggetto, del potere di rappresentare altro soggetto e l’assenza di colpa nel terzo al quale il potere di rappresentanza appare, ma anche un comportamento colposo del soggetto apparentemente rappresentato che determina l’insorgere dell’apparenza.” (Cass., 19.01.1987, n. 423, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1987, I, 486, nota de Ceccherini).

a presunção de veracidade do registro é relativa, podendo ser destruída em determinadas hipóteses. Igualmente isso ocorre em outras situações nas quais a lei impõe a publicidade.

Vicente Ráo⁴⁹⁸ sintetiza assim esses pressupostos para a caracterização da aparência de direito:

“São seus requisitos essenciais objetivos: a) uma situação de fato cercada de circunstâncias tais que manifestamente a apresentem como se fora uma situação de direito; b) situação de fato que assim possa ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas; c) e que, nas mesmas condições acima, apresente o titular aparente como se fora titular legítimo, ou o direito como se realmente existisse.”

Outro elemento que integra a aparência jurídica é o erro no qual incide aquele que, pela aparência, considera verdadeiro o que não é. Erro é um vício do consentimento ocasionado por uma representação falsa da realidade, seja por carência de elementos, seja por má apreciação destes.

Para acarretar a anulabilidade do negócio jurídico, que é o que primordialmente nos interessa em termos de aparência de direito, as declarações de vontade devem emanar de um erro substancial: será substancial sempre que da própria declaração de vontade ou do próprio conteúdo do negócio resulte que este não teria se efetuado, se não fora o erro.

Da necessidade de substância para a configuração de erro apreciável em direito resulta a noção de sua escusabilidade: se houver falta injustificável da parte de quem caiu no erro, o contrato subsiste. O direito não protege o erro grosseiro, que poderia ser percebido por uma pessoa rústica, sem grandes conhecimentos ou cultura. Divergiam os autores acerca do grau de intensidade do erro escusável. Para Clóvis Beviláqua, não basta que o erro seja substancial, sendo necessário que seja, ainda, escusável, ou seja, baseado em uma razão plausível, ou ser tal que uma pessoa de inteligência comum e atenção ordinária possa cometê-lo.⁴⁹⁹

498 Vicente Ráo, *Ato jurídico*, 3. ed., Revista dos Tribunais, 1994, p. 204.

499 Clóvis Beviláqua, *Código Civil comentado*, 10. ed., Francisco Alves, 1953, p. 269. Em

Como determinar, porém, esse padrão? Seria o da efetividade do ato, segundo as condições pessoais da parte que o alega ou o do homem médio diligente em seus negócios. No Brasil, o Código Civil de 2002 veio espocar essas dúvidas definindo o erro escusável como aquele que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio. Trata-se da adoção de um padrão médio objetivo do homem comum – o *vir medius* –, temperado pelas circunstâncias do negócio, para a aferição da escusabilidade.⁵⁰⁰ A norma é assim a conduta do homem médio, porém considerando as circunstâncias do negócio. Assim, um profissional liberal, de elevado grau de escolaridade e padrão cultural, poderia obrar em erro quando, por exemplo, realizasse negócios agrícolas. A conduta do agente e as circunstâncias do negócio deverão em conjunto ser aferidas objetivamente para se determinar se se trata ou não de erro escusável.⁵⁰¹

O erro capaz de fazer incidir a tutela da aparência é também aquele erro objetivo, escusável, erro que incidiria qualquer pessoa prudente⁵⁰² nas mesmas condições. Como expõe Angelo Falzea,⁵⁰³ “a lei requer que o errôneo convencimento tenha sido causado por uma situação de fato tal que qualquer sujeito médio da coletividade teria incidido no mesmo erro”.

Há que se diferenciar essa modalidade de erro daquela do erro *communis* ou ainda erro invencível de que falava a doutrina francesa como fundamento da

idêntico sentido, cf. F. Amaral, *Direito civil: introdução*, 2. ed., Renovar, 1998, p. 487; J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, 8. ed., Freitas Bastos, 1961, v. 3, p. 297.

500 José Carlos Moreira Alves, *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*, Saraiva, 1986, p. 110.

501 “Enquanto que o erro escusável apóia-se, preferencialmente, no aspecto objetivo, à semelhança do ocorrido com a mudança havida no instituto da responsabilidade civil, que saiu do terreno subjetivo (noção de culpa) para o objetivo (risco do empreendimento)”. Hélio Borghi, *Ausência e aparência de direito, erro e a simulação*, RT 734/736, *Revista dos Tribunais*, dez. 1996.

502 “Concluindo, em todas as hipóteses importa se dê proteção aos terceiros, exigindo-se, somente, que seu erro provenha de circunstâncias aptas para enganar o indivíduo médio. A aparência substitui a realidade em favor do que agiu levado por bons princípios e honestamente.” Arnaldo Rizzardo, *Teoria da aparência*, in *Ajuris*, cit., p. 222-231.

503 Trad. livre de Angelo Falzea, *Apparenza*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 697.

aparência de direito no adágio *error communis facit ius*.

Segundo Henri Mazeaud, o princípio da máxima latina era o de que toda vez que um erro de fato ou de direito fosse invencível, isto é, não houvesse possibilidade de escapar-se de cometê-lo, e que esse entendimento errôneo fosse compartilhado por todos ou pela maioria das pessoas de conhecimento e compreensão normais, dever-se-ia aplicar o adágio. Isto é, como uma regra de ordem pública, protetora do interesse social, contra o princípio da autoridade da lei. Nesses casos, a aparência invencível é colocada no mesmo plano que a realidade.⁵⁰⁴

A origem do *error communis* deve-se aos glosadores, que pretendem descobri-lo no *Digesto*: ele estava em seu espírito, mas não em sua letra.⁵⁰⁵ Abrigada na autoridade do direito romano, a referida máxima foi adotada sem discussão na jurisprudência dos Parlamentos franceses que invocavam o princípio da *Lex Barbarius Philippus* para cobrir as irregularidades. Tratava-se, portanto, de um princípio solidamente estabelecido que foi confirmado após a promulgação do Código Napoleão pelo aviso do Conselho de Estado de 02.06.1807, aviso interpretativo que tinha força de lei em virtude da Constituição do ano VIII.⁵⁰⁶

A máxima do *error communis facit ius* se destina primordialmente à proteção do interesse público, à confiança generalizada em dada situação aparente:

“Aqui, como nós indicamos, trata-se de proteger o interesse social. É o interesse público que está em jogo, e o interesse público não se absorve na contemplação de um só indivíduo. Esse interesse não é ameaçado senão, quando não apenas um indivíduo, mas um número muito grande de indivíduos incidiu ou pode incidir no erro; com isso está assim criada uma situação aparente na qual qualquer um pode

504 Henri Mazeaud, La maxime “error communis facit ius”. Revue Trimestrielle de Droit Civil, Librairie Recueil Sirey, 1924, t. XXIII, p. 930-932.

505 Ibidem, p. 933.

506 Henri Mazeaud, La maxime “error communis facit ius”, cit., p. 934. Acresça-se, todavia, que o obstáculo mais decisivo para se admitir a vigência do *error communis facit ius* é o de que em nenhum texto de lei é escrita uma regra de tal gênero, como lembra Vitório de Villa, “Error communis facit ius”, in Nuovo Digesto Italiano, Utet, 1938, p. 482.

legitimamente se fiar.”⁵⁰⁷

O erro será comum quando, por um critério objetivo, o erro é compartilhado pela maior parte, senão por todos:

“Na procura da natureza jurídica do error communis, parece, se atentamos para o termo mesmo comum, que devemos nos fixar em um critério puramente objetivo, retirado do nome daqueles que se enganam: o erro é comum quando ele é partilhado pela maior parte, senão por todos. Não poderíamos exigir, com efeito, que o erro seja universalmente partilhado, embora, bem frequentemente, aquele mesmo que criou a aparência está de má-fé; ele conhece perfeitamente a verdade. É assim que o proprietário aparente frequentemente se apropria fraudulentamente da coisa; que o mandatário aparente é aquele que age sem nenhum mandato; a jurisprudência não faz a aplicação da máxima senão quando a segurança social é ameaçada.”⁵⁰⁸

Para que se aplique o adágio também é necessário que o erro seja inescusável, que não pudesse ser previsto, nem impedido. Para Mazeaud,⁵⁰⁹ de acordo com a jurisprudência francesa, não basta, portanto, que o erro seja somente escusável, mas sim, obrigatório e necessário:

“A jurisprudência mostra-se mais rigorosa. É preciso, afirmam os acórdãos, que aquele que incidiu no erro não tenha podido nem prevê-lo, nem impedi-lo, que nenhuma prudência humana tenha podido preveni-lo. O erro deve ser tal que foi impossível garantir-se, e tal que os mais prudentes e mais precavidos – ou seja, o excelente pater familiæ – cometeram-no como aquele que reclama o benefício, e naquilo que lhe concerne a ele foi moralmente impossível de evitá-lo.

O erro, para a jurisprudência, deve por conseguinte ser não somente escusável, mas obrigatório e necessário: ele deve ser invencível; a expressão traduzindo exatamente o espírito dos acórdãos.”

Henri Mazeaud ressalta, contudo, que um erro pode se constituir em *error communis* mesmo quando ele não é admitido por um grande número de pessoas:

507 Trad. livre de Henri Mazeaud, op. cit., p. 936.

508 Ibidem, p. 936.

509 Ibidem, p. 937-938.

basta que ele seja invencível. E será invencível quando se basear num ato emanado de uma autoridade (que tem presunção de veracidade) ou quando, de acordo com os usos correntes numa época determinada, forem insuperáveis. O critério de invencibilidade do erro deverá ser julgado objetivamente pelos magistrados, que, na avaliação da qualidade destes, são plenamente soberanos.⁵¹⁰ Uma situação de fato contrária ao direito não pode ser mantida senão quando a segurança social a exige; ora, a aplicação estrita da lei não ameaça a segurança social, exceto no caso em que a violação da regra de direito é necessária e obrigatória.

Jean Calais-Auloy⁵¹¹ esclarece que o erro fundamentador da aparência jurídica não pode ser o erro *communis* porque a máxima não permitiria explicar diversos casos de aparência de direito, mormente no que se refere ao direito comercial:

“Mas o adágio *error communis facit ius* não pode servir de fundamento às aplicações que faz o direito comercial da teoria da aparência, porque, neste direito, o erro não é necessariamente invencível. Constataremos que, na maior parte das hipóteses, os terceiros beneficiários da aparência teriam podido, procedendo a certas investigações, conhecer a realidade. Não se pode falar de erro invencível quando este versa sobre a existência ou sobre a regularidade de uma sociedade cuja ficção ou irregularidade teria podido ser detectadas por um exame atento dos estatutos ou por investigações exaustivas sobre a pessoa dos associados. Não se pode falar de erro invencível a propósito do terceiro que contrata com um mandatário aparente, quando este teria podido se informar facilmente com o falso mandante sobre a realidade dos poderes do seu contratante. O erro não é invencível em matéria de efeitos de comércio, porque o portador pode sempre proceder às investigações externas para detectar a ausência das relações subjacentes. Como sobretudo falar de erro invencível no caso extremo onde a jurisprudência considera que os terceiros podem ignorar uma limitação de poderes que, no entanto, foi regularmente publicada?”

510 Henri Mazeaud, *La maxime “error communis facit ius”*, cit., p. 938-939.

511 Trad. livre de Jean Calais-Auloy, *Essai sur la notion d’apparence en droit commercial*, cit., p. 28.

Para este autor, devido à multiplicação das exteriorizações materiais e legais e à segurança dinâmica das relações jurídicas, que exige uma dispensa maior de investigações, deve-se procurar um fundamento da aparência que seja menos imperioso, compartilhado pela massa, não o erro invencível, mas erros capazes de ocorrer no cotidiano, no mundo apressado das relações civis e comerciais.

Calais-Auloy fundamenta a teoria da aparência na ideia do erro legítimo ou erro escusável. Argumenta ele que a pessoa que está na origem da situação aparente é obrigada porque ela corre um risco participando da vida dos negócios. Ela não necessariamente simulou, nem necessariamente cometeu uma falta, mas é, entretanto, engajada porque correu um risco, aquele de provocar por sua atividade uma aparência enganosa.

A existência de tal risco importa numa diminuição de certo tipo de segurança jurídica, pois a pessoa não está jamais certa de engajar-se no limite de sua vontade. Porém trata-se de uma segurança estática, própria do direito civil, dos direitos já adquiridos e consolidados, e não da segurança dinâmica mais afeita ao direito comercial, à fortuna em movimento. Assim, a ideia de risco aplicado à aparência é uma ideia de aparência criada. A pessoa é engajada porque sua atividade suscitou uma aparência enganosa; ela é engajada no limite dessa aparência, e não no limite dos danos eventualmente resultantes.⁵¹²

Argumenta ainda esse autor que, se um risco é posto no encargo de certas pessoas é porque outras pessoas mereceram ser titulares de um direito correlativo. As necessidades de segurança dinâmica da sociedade moderna exigem a criação desse direito em proveito da pessoa que é enganada pela aparência. A explicação desse direito se encontra no erro legítimo cometido sob o engano das aparências.⁵¹³

Lorenzo Mossa também encontra no risco o fundamento da aparência, ao tratar da declaração cambiária. Argumenta esse autor que não é sob o

512 Jean Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, cit., p. 24-25.

513 *Ibidem*, p. 32-34.

fundamento da vontade ou da culpa, sob um fato subjetivo, que se pode apoiar a proteção do interesse da generalidade das pessoas, mas sob o fato objetivo do risco e do dano. O risco deve recair no patrimônio daquele que é apresentado; sem a subscrição da cambiária o risco não nasce, assim, é, portanto no patrimônio do subscritor que o risco surge e se forma. Não vê Mossa uma razão para transferir o risco do subscritor para a generalidade, uma vez que vê na espécie uma fecunda combinação do princípio do risco com aquele da proteção do interesse geral.⁵¹⁴

Como bem aduz Angelo Falzea, na *fattispecie* da aparência a consequência jurídica do erro não é a anulabilidade, como no erro ordinário, mas sim permitir que o ato ou negócio produza os efeitos que lhe são próprios. No conflito que se estabelece entre o interesse do efetivo legitimado – interesse que só pode ser preservado através da ineficácia do ato – e o interesse do terceiro que por causa da aparência incidiu em erro objetivamente escusável – interesse que, ao contrário do anterior, não pode ser atendido senão através da eficácia – a lei dá primazia a este último. O erro objetivamente escusável na *fattispecie* da aparência encerra, portanto, uma *ação sanante* e se contrapõe à figura ordinária do erro que, ao revés, encerra uma *ação viciante*.⁵¹⁵

Vareilles-Sommières, estudando o erro no direito romano, pontificava que a razão de direito recusava em princípio o poder do erro, exorbitante de todos os parâmetros, de validar atos nulos. Não obstante dispunha que existiam algumas exceções a este grande princípio tão necessário e tão racional. Em um pequeno número de casos as condições em que se produziam o erro são tais que o legislador pode sem perigo e mesmo com proveito para o interesse geral, conceder-lhe o efeito de validar no todo ou em parte atos juridicamente nulos. Esse privilégio só deveria ser dado com parcimônia. É preciso que o erro seja, em todos os casos, escusável e digno de interesse; é preciso que a nulidade radical seja ruínosa para a vítima do erro e sem grande vantagem para qualquer outra pessoa; mister ainda, sobretudo, que a ordem pública seja interessada na

514 Lorenzo Mossa, La dichiarazione cambiaria, in Rivista di Diritto Commerciale, v. 28, 1ª Parte, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1930, p. 310-311.

515 Angelo Falzea, Apparenza, in Enciclopedia del diritto, cit., p. 698-699.

consolidação do ato, para que a lei se resigne a delegar essa força ao erro.⁵¹⁶

No mesmo diapasão, Carvalho Santos assevera que, na aparência de direito, tem-se a presença do chamado erro sanante, confirmador ou legitimante, que não autoriza a anulação do ato, mas, ao contrário, sana o vício em que incorreu o agente, funcionando como confirmador do negócio, *in verbis*:⁵¹⁷

“Enquanto o erro essencial ou substancial permite que um ato válido seja anulado, o erro sanante, ao contrário, permite que um ato ineficaz se torne válido, mantendo-se os seus efeitos em favor da parte que errou. A explicação de tal fenômeno é dada pela Teoria da Aparência.”

O terceiro dos elementos da aparência de direito é a boa-fé, que para fins de legitimidade da aparência é aquela referida à falta de ciência ou ignorância acerca das características de uma dada situação, ou seja, a boa-fé subjetiva. Existem duas acepções de boa-fé, ou duas boas-fés, no sentido jurídico. A primeira é a boa-fé subjetiva que os alemães definem como *guter Glauben* (boa crença) e a segunda a boa-fé objetiva referida por *Treu und Glauben* (lealdade e crença).

A boa-fé subjetiva ou boa-fé crença, na definição de Fernando Noronha, diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes ao sujeito. É o estado de ignorância acerca das características da situação jurídica que se apresenta, suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem. Na situação de boa-fé subjetiva, uma pessoa acredita ser titular de um direito, que na realidade não tem, porque só existe na aparência. A situação de aparência gera um estado de confiança subjetiva, relativa à estabilidade da situação jurídica, que permite ao titular alimentar expectativas, que ele creê legítimas.⁵¹⁸

Discute-se na doutrina os elementos que caracterizam a boa-fé subjetiva: se basta a simples ignorância do interessado acerca da situação jurídica que

516 Gabriel de Labroüe Vareilles-Sommières, *Étude sur l'erreur en droit romain et en droit français*, Cottillon et fils Éditeurs, 1871, p. 90-91.

517 J. M. Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado* (atual. por Semy Glanz), Freitas Bastos, 1981. v. 33, sup. 8 (arts. 1-145), p. 266.

518 Fernando Noronha, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, Saraiva, 1994, p. 132.

carateriza a boa-fé psicológica ou se seria exigível um estado de ignorância desculpável no chamado entendimento ético da boa-fé.

A primeira concepção remonta ao art. 550 do CC/francês,⁵¹⁹ que não exige mais do que o simples desconhecimento do fato para a caracterização da boa-fé. Nessa concepção psicológica, boa-fé contrapõe-se à má-fé, ou seja, a pessoa ignora os fatos, desde que sem incorrer em erro crasso, e está de boa-fé, ou não ignora, e está de má-fé.

Na concepção ética da boa-fé exige-se, para que se possa falar em boa-fé subjetiva, uma ignorância que seja desculpável da situação de lesão do direito alheio. A ignorância seria indesculpável quando a pessoa houvesse desrespeitado deveres de cuidado; ela estaria de má-fé mesmo quando se pudesse atribuir-lhe um desconhecimento meramente culposos.⁵²⁰

A concepção ética da boa-fé pode estar presente mesmo nos casos em que o título de legitimação não é existente e viciado, mas meramente putativo. Sérgio Stoglia exemplifica com o caso do herdeiro aparente em que o herdeiro se torna tal por um fato *ope legis* (ao contrário do matrimônio putativo no qual há um título solene e normal). O título jurídico de chamada a suceder é proveniente de circunstâncias estranhas ao aparente herdeiro e pode mesmo ser originário de circunstâncias e fatos inexistentes, mas que se apresentam fornidos de uma exterior aparência de perfeição, o que cria no herdeiro a convicção de tratar-se da verdadeira realidade. Ele, assim, baseará a sua boa-fé sobre uma convicção de aparência, ou seja, sobre um título putativo, mas não obstante isso estará de boa-fé na sua dimensão ética porque escusável o erro.⁵²¹

Alguns autores, como Emmanuel Levy, pressupunham que para caracterizar a aparência de direito bastaria a existência dessa boa-fé psicológica,

519 “Art. 550. Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d’un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Il cesse d’être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus.”

520 Fernando Noronha, op. cit., p. 134.

521 Sérgio Stoglia, *Apparenza juridica e dichiarazioni alla generalità*, Sociedade Editrice del Foro Italiano, 1930, p. 28-29.

sustentando que os direitos repousam sobre as crenças.⁵²² Cada indivíduo deveria ter uma confiança legítima na regularidade de seu direito e a cada qual incumbiria a obrigação de não a iludir, de sorte que se alguém por sua atividade ou inatividade violasse esta obrigação, deveria suportar as consequências de sua atitude: quando, pois, um terceiro acreditasse na operação realizada por um titular aparente, o titular verdadeiro não a poderia invalidar desrespeitando a confiança legítima que houvesse criado. Aqui, a crença errônea seria criadora de direito.

Calais-Auloy⁵²³ critica essa teoria argumentando que, se a boa-fé do contratante é condição necessária para a configuração da aparência de direito, ela não é, contudo, suficiente para cobrir, em princípio, a inexistência jurídica ou a nulidade de uma situação ou de um ato:

“Em virtude da teoria da aparência, um direito é criado em proveito da pessoa que se enganou. Mas aquilo não quer dizer que de todo erro resultará um direito. É necessário ainda que este erro tire a sua legitimidade da existência de um elemento visível diferente da realidade oculta. É por tanto a boa-fé que se torna eficaz por se apoiar sobre aparência e não a aparência por se apoiar sobre a boa-fé.”

Esclarece esse autor que para se prevalecer da aparência é necessário, primeiramente, que se tenha cometido um erro, acreditando-se que a situação aparente era uma situação verdadeira. Esse erro confunde-se com a noção corrente de boa-fé crença.

Mas embora necessária essa boa-fé, não é suficiente para configurar o erro criador de direito. É preciso também a legitimidade dessa crença, ou seja, que a realidade esteja escondida sob um elemento visível diferente e que este conduza os terceiros a se enganarem, tomando a aparência por realidade.⁵²⁴

522 Emmanuel Levy, *Les droits sont des croyances*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Librairie Recueil Sirey, 1924, t. XXIII, p. 59-61.

523 Trad. livre de Jean Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, cit., p. 30.

524 “O negócio jurídico firmado por preposto sem poderes não se inscreve entre as atividades do giro normal da empresa, não pode ser invocada a teoria da aparência para emprestar-lhe eficácia. A chamada teoria da aparência encerra uma das múltiplas espécies

Para Calais-Auloy nas relações sociais modernas e particularmente no direito comercial, a segurança dinâmica é mais favorecida, pois o erro é protegido mesmo se ele não é invencível, basta somente que seja legítimo. Assim são satisfeitas as necessidades de circulação (pois que nenhuma pessoa hesitará em tornar-se adquirente) e de rapidez (pois que nenhuma pessoa será submetida a proceder a longas investigações).⁵²⁵

Como bem esclarece Francisco Antônio Paes Landim Filho, ao tratar do credor aparente, modernamente a posse de crédito ou posse de título foi substituída pela aparência de credor que, ao lado da boa-fé, passou a compor a figura do credor putativo. É a aparência da situação de credor ou aparência fundada de credor ao lado da boa-fé que se configuram como elementos do tipo legal de credor putativo. Nesse delineamento, conclui, a boa-fé é aquela subjetivamente ética, apoiando-se no erro escusável do devedor.⁵²⁶

de conflito entre os elementos volitivos e a declaração, espécie que requisitos ou elementos vários peculiarmente caracterizam, entre os quais o da existência de uma situação de fato cercada de circunstâncias tais que, à sua vista e consideração, as pessoas de boa-fé incidem exclusivamente em erro, tomando-a como situação de direito. Apesar da vontade errônea de quem assim procede, o ordenamento, atendendo à conveniência de imprimir celeridade ao comércio jurídico e à necessidade de dispensar proteção aos interesses legítimos, reconhece como válidos os atos daquele modo praticados e efeitos jurídicos lhes atribui. O erro, dessarte, é eliminado por força da lei e a vontade de quem assim errou é preservada, não mediante a anulação do ato como sucede com os casos comuns de erro-vício, mas mediante o reconhecimento da eficácia das declarações que do mesmo ato formam o conteúdo. Para que a aparência produza os mesmos efeitos da realidade direito é necessário concorram determinados requisitos objetivos e subjetivos. São seus requisitos enunciais objetivos: a) uma situação de fato cercada de circunstâncias tais que manifestamente se apresentem como se fora uma segura situação de direito; b) situação de fato que assim passa ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas – *error communis facti jus -*; c) que, nas mesmas condições acima, apresente o titular aparente como se fora titular legítimo, ou direito como se realmente existisse. São requisitos subjetivos enunciais da aparência: a) a incidência em erro de quem, de boa-fé, a mencionada situação de fato como situação de direito considera; b) a escusabilidade desse erro apreciada segundo a situação pessoal de quem nele incorreu.” (TJRJ, 1ª Câm. Civ., ApCív 1989.001.00586, rel. Des. Renato Maneschy, j. 18.04.1989, in ADV JUR, 1990, p. 136, v. 48.146)

525 Jean Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, cit., p. 32-34.

526 Francisco Antônio Paes Landim Filho, *O credor aparente*, Cid, 1996, p. 64-65.

Outro elemento ainda da aparência de direito é a onerosidade do ato praticado em erro. Elucida Gustavo Birenbaum em acurado trabalho sobre o tema da titularidade aparente⁵²⁷ que, se em matéria de legitimação aparente, a proteção da confiança do terceiro de boa-fé sempre importará, invariavelmente, em um prejuízo do verdadeiro titular da situação jurídica aparente, parece ser um imperativo da justiça comutativa somente admitir-se a solução extrema da validade do negócio realizado com um legitimado aparente quando aquele que errou de boa-fé tiver tomado parte em um ato a título oneroso. Faz-se necessário, pois, que a confiança a ser tutelada tenha derivado de um ato de disposição patrimonial.

Renzo Bolaffi preconiza a mesma solução ao tratar dos direitos adquiridos a título gratuito do herdeiro aparente. Nessa hipótese, no conflito de interesses entre o verdadeiro herdeiro, que resta prejudicado pela tutela acordada para a aparência, e o terceiro, que está de boa-fé, adquirente a título gratuito, o Código Civil italiano (de 1865) estabelece a preferência para o primeiro.⁵²⁸

Louis Crémieu ao tratar dos direitos adquiridos a título gratuito do herdeiro aparente esclarece que é um princípio tão lógico quanto eqüitativo que no conflito que opõe um indivíduo que procura evitar um prejuízo (*qui certat damno vitando*) e um outro indivíduo que luta por realizar um benefício (*qui certat lucro captando*), deve-se dar preferência ao primeiro em detrimento do segundo. As considerações de proteção ao crédito que inspiram a jurisprudência desaparecem quando se trata de liberalidade. Se é útil, a fim de assegurar a boa circulação dos bens, proteger os adquirentes, não há razões para assegurar a mesma proteção aos donatários.⁵²⁹

527 Gustavo Benjamin Birenbaum, A titularidade aparente: eficácia do negócio realizado com o aparente titular de direito por força da tutela da confiança legítima, dissertação de mestrado apresentado ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ, 2004, p. 74-75.

528 Renzo Bolaffi, Le teorie sull'apparenza giuridica, in Rivista di Diritto Commerciale, v. 32, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1934, p. 136.

529 Louis Crémieu, De la validité des actes accomplis par l'heritier apparent, Revue Trimestrielle de Droit Civil, ano 19, 1910, t. IX, p. 68.

É somente quando o ato criado pela aparência de direito causa um efetivo prejuízo àqueles que legitimamente confiaram que se pode falar em tutela da aparência jurídica. O art. 1.015 do CC/2002 salienta bem o caráter oneroso do ato praticado pelo representante que excede culposamente os seus poderes ao explicitar em seu parágrafo único que o excesso poderá mesmo ser eficazmente oposto aos terceiros de boa-fê se tratar-se de operação estranha aos negócios da sociedade. Assim, interpretando-se a *contrario sensu*, sempre que estivermos diante não de negócios, mas de atos unilaterais como a doação, em que o prejuízo é todo da sociedade aparentemente representada, será possível a anulação.

Por fim, a aparência pode apresentar-se de forma pura e simples ou ainda como aparência culposa. Releva então considerar se a imputabilidade ao verdadeiro titular das conseqüências da situação aparente é um dos elementos da aparência jurídica.

Em determinadas hipóteses de aparência jurídica é quase de se pressupor a culpa do verdadeiro titular do direito, como na representação aparente.⁵³⁰ É o entendimento da Corte de Cassação italiana que, em matéria de representação aparente, exige como elemento do tipo a culpa do aparente representado.⁵³¹

530 Cf. STJ, 4ªT., REsp 205.275-PR, DJU 15.10.2001, e TJMG, Proc 2.0000.00.494735-9/000.

531 “La cosiddetta apparenza di diritto non costituisce una fattispecie giuridica autonoma, un istituto generale caratterizzato da connotazioni definite e precise, ma rappresenta un concetto operativo nell’ambito dei singoli atti e negozi giuridici secondo il grado di tolleranza dei medesimi in ordine alla prevalenza di uno schema apparente su quello reale in vista del riconoscimento di effetti pratici contrastanti o diversi da quelli derivabili dalla situazione reale (...) L’apparenza del diritto può presentarsi nelle forme di apparenza pura e semplice o colposa: entrambe postulano l’errore di chi abbia confidato nello schema apparente e la scusabilità dell’errore, non determinato da colpa o da inosservanza di oneri legali di conoscenza o di attività da parte del soggetto caduto in errore; in ordine però alla rappresentanza è irrilevante l’apparenza pura e semplice, ma è rilevante l’apparenza colposa qualora un malizioso o negligente comportamento del preteso rappresentato abbia fatto presumere la volontà di conferire poteri rappresentativi mentre gli mancava la reale volontà corrispondente.” (Cass., 17.03.1975, n. 1.020, in Foro italiano, 1975, I, 2.267, nota de Di Lalla)

“Il principio dell’apparenza del diritto, riconducibile a quello più generale della tutela dell’affidamento incolpevole, può essere invocato in tema di rappresentanza, nei confronti dell’apparente rappresentato, dal terzo che abbia in buona fede contratto con persona sfornita di procura, allorché l’apparente rappresentato abbia tenuto un comportamento colposo, tale

Não obstante, mesmo nessas situações pode não existir qualquer culpa do aparente representado e, na prática vertiginosa dos negócios na sociedade, não há sentido em fazer-se depender a eficácia da aparência a uma perquirição da suposta conduta culposa deste, como bem fica patente na prática dos tribunais.⁵³²

Sobre esse entendimento ressalta Arnaldo Rizzardo⁵³³ que o relevo na teoria da aparência deve ser dado à proteção do terceiro, exigindo-se que o erro provenha de circunstâncias aptas a enganar o indivíduo médio, sendo irrelevante a conduta do aparente representado para a aplicação do instituto:

“As relações sociais se baseiam na confiança legítima das pessoas e na regularidade do direito de cada um. A todos incumbe a obrigação de não iludir os outros, de sorte que, se por sua atividade ou inatividade violarem essa obrigação, deverão suportar as conseqüências de sua atitude. A presença da boa-fé é requisito indispensável nas relações estabelecidas pelas pessoas para revestir de segurança os compromissos assumidos. [...]

Procura-se fazer reinar a justiça, impondo-se a existência de certo grau de credibilidade mútua nos relacionamentos sinalagmáticos, para tornar possível a vida social dentro de um padrão médio de honestidade e moralidade. A partir destas ideias, veremos o que é a aparência do direito.

Uma pessoa é tida, não raras vezes, como titular de um direito, quando não o é, na verdade. Aparece portadora de um valor ou bem, agindo como se fosse proprietária, por sua própria conta e sob sua responsabilidade. Não está na posição de quem representa o verdadeiro titular, ou de quem se encontra gerindo os negócios alheios. [...]

É o que se denomina teoria da aparência, pela qual uma pessoa, considerada por todos como titular de um direito, embora não o seja, leva a efeito um ato jurídico com terceiro de boa-fé. [...]

Em síntese, na aparência apresenta-se como verdadeiro um fenômeno que não é real. O contratante ou o obrigado assente no adimplemento de um dever em relação à outra parte porque as circunstâncias causaram a convicção de ser

da giustificare nel terzo la ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente e validamente conferito al rappresentante apparente.” (Cass., 29.04.1999, n. 4.299, in Mass. Giust. Civ., 1999, 972)

532 Cf. TJSP, Ap s/ Rev 768.979-00/6, 25ª Câm. Civ.

533 Arnaldo Rizzardo, Teoria da aparência, in Ajuris, cit., p. 222-231.

ela a real titular de um direito. [...]

O princípio da proteção aos terceiros de boa-fé e a necessidade de imprimir segurança às relações jurídicas justificam a aparência. Orlando Gomes aponta três razões principais, que servem igualmente, de fundamento: '1. para não criar surpresas à boa-fé nas transações do comércio jurídico; 2. para não obrigar os terceiros a uma verificação preventiva da realidade o que evidencia a aparência; 3. para não tornar mais lenta, fatigante e custosa a atividade jurídica'. [...]

Concluindo, em todas as hipóteses, importa se dê proteção aos terceiros, exigindo-se, somente, que seu erro provenha de circunstâncias aptas para enganar o indivíduo médio. A aparência substitui a realidade em favor do que agiu levado por bons princípios e honestamente."

Fabio Maria de Mattia conclui bem essa caracterização da aparência jurídica gizando que, quando alguém é empregado ou trabalha como administrador de uma loja, justifica-se perfeitamente, pela atividade dessa pessoa, que possa realizar eficazmente para o seu empregador aqueles negócios que comumente competem a pessoas em tal posição. Ao lado desses, há ainda inúmeros outros que surgem no comércio jurídico diário, os quais devem ser tratados de forma análoga e nos quais, de modo geral, se conclui das circunstâncias externas por uma *relação* que autoriza o que age a representar o dono do negócio. Essa situação que aparece externamente gera a aparência de uma efetiva procuração e justifica a confiança na existência de uma procuração.⁵³⁴

Luiz Fabiano Corrêa esclarece que a regra de que os efeitos da aparência só se produzem quando a situação de fato externa é imputável ao sujeito passivo da correspondente relação jurídica não é, contudo, absoluta. Existem exceções em que prevalece o que a doutrina alemã denomina *princípio puro da aparência de direito*. Tais exceções referem-se aos casos em que a lei dispensa a imputabilidade da aparência de direito ao prejudicado pelos seus efeitos, em razão da necessidade de preservar a confiabilidade das instituições jurídicas por meio das quais se processa a circulação de determinados bens.⁵³⁵

534 Fábio Maria de Mattia, *Aparência de representação*, cit., p. 109.

535 Luiz Fabiano Corrêa, *A proteção da boa-fé nas aquisições patrimoniais: esboço de uma teoria geral da proteção dispensada pelo direito privado brasileiro à confiança na aparência de direito*, em *matéria patrimonial*, Interlex Informações Jurídicas, 2001, p. 408.

Por tudo isso, sendo estranha à vida de relação, não há que se falar em imputabilidade culposa do verdadeiro titular do direito como elemento da aparência jurídica.⁵³⁶

14.3 A Teoria da Confiança de Niklas Luhmann como Fundamento Jurídico-Filosófico da Eficácia dos Atos Praticados com Aparência de Titularidade

Em tema de aparência a primeira opinião que se destaca é aquela dos que negam à aparência qualquer eficácia de direito. Aferram-se estes ao direito romano porque neste, em princípio, as conseqüências jurídicas previstas pelo ordenamento se aplicavam ainda quando com isso ocasionassem um prejuízo a uma pessoa que, de boa-fé, atuou movida por um erro escusável. Era a aplicação do princípio *nemo potest plus iuris in alium transferre*.

Não obstante a rigidez desse princípio encontrou flexibilizações pontuais que, sem desvirtuá-lo de maneira geral, permitiram resolver de maneira mais justa situações nas quais a razoável confiança de terceiros merecia ser tutelada. Mediante a ação pretoriana e o labor dos juristas que gozavam do *ius respondendi* se efetuaram aplicações do que hoje se conhece como tutela da aparência jurídica.⁵³⁷

536 Contra esse entendimento veja-se a posição de Fábio Konder Comparato: “Se o suposto mandante não faltou ao seu dever de diligência para impedir as atividades do falsus procurator, a ele não podem, obviamente, ser imputados os efeitos dos atos praticados por este: não se está, aqui, diante de atos inválidos, mas sim ineficazes, relativamente ao suposto mandante. O mandatário fica pessoalmente obrigado perante o terceiro com quem tratou (Código Civil de 1916, art. 1.305)”. Fábio Konder Comparato, *Aparência de representação: a insustentabilidade de uma teoria*, cit., p. 39-44.

537 D. 41, 10, 4. “O que o herdeiro entregou equivocadamente sem haver sido legado, se admite que possa usucapir o legatário que o possui como próprio”. (trad. livre)
D. 41, 3, 36. “Pode ocorrer de muitas maneiras que alguém, induzido por um erro, venda uma coisa alheia como sua, e por ela possa usucapir um possuidor de boa-fé; por exemplo, se o herdeiro houvesse alienado uma coisa que havia sido deixada ao defunto em comodato, aluguel ou depósito, crendo aquele que pertencia à herança”. (trad. livre)

Também assim nos casos de casamento putativo, em que a putatividade era subordinada ao concurso de três requisitos: *bona fide*, *opinioe justa* e *solemnitas* (boa-fé, erro escusável e celebração do casamento). Ocorrendo esses elementos, o matrimônio nulo produzia todos os efeitos do válido, em relação aos cônjuges de boa-fé. Era o que previa o livro segundo de Papiniano, no qual os imperadores Marco e Lúcio, por reescrito, deram por válido o casamento de Flávia Tertula com seu tio, por vontade de seu avô, julgando-o sempre seu marido, na ignorância do impedimento legal, de cuja união nasceram vários filhos.⁵³⁸

Os juristas a partir do século XVIII, não obstante essas exceções, rejeitam a aparência como instituto passível de engendrar situações de direito. São os casos já citados de François Laurent, Zacharie, Crome e Barassi, Giorgi Giorgio, Frédéric Mourlon e Manuel de Almeida e Souza de Lobão. Tais objeções foram, entretanto, rechaçadas pela doutrina e pela jurisprudência, compelidas pelo desenvolvimento crescente das relações jurídicas, que foi impondo o seu império. Das razões doutrinárias para o reconhecimento do valor jurídico da aparência destacam-se as que passamos a expor.

A primeira noção de tal eficácia foi buscada na tradicional teoria da culpa. Como já dito, é o que expõe de maneira arguta Emmanuel Levy, que sustenta que os direitos repousam sobre as crenças.⁵³⁹ Cada indivíduo deve ter uma confiança legítima na regularidade de seu direito e a cada qual incumbe a obrigação de não a iludir, de sorte que se por sua atividade ou inatividade violar esta obrigação, deverá suportar as conseqüências de sua atitude. Quando, pois, um terceiro acreditou na operação realizada por um titular aparente, o titular verdadeiro não a poderá invalidar desrespeitando a confiança legítima que houver criado. Aqui, a crença errônea é criadora de direito. Essa teoria, no entanto, é criticável

538 D. 23, 2, 57, 1: “O Divino Marco e Lúcio, Imperadores, responderam por reescrito à Flavia Tertula por meio do liberto Mensor nesses termos: ‘Nos inclinamos a teu favor, tanto pela larga duração do tempo que ignorando o direito permaneceste em matrimônio com seu tio materno, quanto porque fostes casada por teu avô e pelo número de vossos filhos; e por isso, concorrendo todas essas coisas em uma só, confirmamos o estado de vossos filhos nascidos nesse matrimônio, que se contraiu faz 40 anos, o mesmo que se legitimamente houvessem sido concebidos.’ (trad. livre)”

539 Emmanuel Levy, *Les droits sont des croyances*, cit., p. 59-61.

porque se a boa-fé do contratante é condição necessária para a configuração da aparência de direito, ela não é, contudo, em princípio suficiente para cobrir a inexistência jurídica ou a nulidade de uma situação ou de um ato:

“Em virtude da teoria da aparência, um direito é criado em proveito da pessoa que se enganou. Mas aquilo não quer dizer que de todo erro resultará um direito. É necessário ainda que este erro tire a sua legitimidade da existência de um elemento visível diferente da realidade oculta. É por tanto a boa-fé que se torna eficaz por se apoiar sobre aparência e não a aparência por se apoiar sobre a boa-fé.”⁵⁴⁰

Ela não explica todos os casos de aparência, vez que não é possível se fundamentar uma teoria jurídica nas crenças sempre cambiantes das pessoas e, pelo contrário, faltaria se identificar os critérios lógicos e objetivos que suscitassem, estes sim, a confiança das pessoas.

Outra solução, proposta por Basile Ionesco, foi a da extensão analógica aos casos de aparência dos efeitos jurídicos da simulação. Considerava o mencionado autor que a justificativa da aparência fundamenta-se em torno do art. 1.321 do CC/francês.⁵⁴¹ Baseado em tal dispositivo se reconhece a eficácia do ato ostensivo nas simulações, sem consideração das ressalvas trocadas entre as partes do ato simulado. Ionesco depois de constatar que a aparência e a simulação produzem os mesmos efeitos, conclui que a sanção do art. 1.321 pode ser estendida a todas as hipóteses de aparência.⁵⁴² Os fundamentos propostos para esse artigo são variados, “uns argumentando que se trataria de uma aplicação particular das regras de responsabilidade civil, constituindo a simulação uma falta. Para outros, os efeitos da simulação corresponderiam a uma pena civil sancionando a intenção de enganar. Para outros ainda, o art. 1.321 se explicaria pelo adágio *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*”.⁵⁴³

540 Trad. livre de Jean Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, cit., p. 30.

541 “Art. 1.321. As reservas não poderão ter o seu efeito senão entre as partes contratantes, elas não têm qualquer efeito contra os terceiros.” (trad. livre)

542 IONESCO, *Les effets juridiques de l'apparence en droit prive*, Estrasburgo: [s.n.], 1927, p. 120.

543 Trad. livre de Jean Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, cit., p. 20.

Entretanto, como bem ressalta Calais-Auloy, seja qual for o valor das explicações dadas para a fundamentação da validade dos atos simulados, é impossível generalizá-las para aplicá-las a todos os casos de aparência:

“Qualquer que seja o valor dessas explicações aplicadas à só simulação, este é impossível de se generalizar para se aplicar a todos os casos de aparência. Se falamos de uma falta ou uma pena, como explicar a responsabilidade da pessoa que, não tendo cometido nenhuma simulação, é engajada pela aparência, por exemplo, o associado membro de uma sociedade nula mas aparentemente regular? Se invocamos o efeito relativo das convenções, como justificar as conseqüências da aparência, quando a realidade não é escondida numa contra-declaração, mas em razão de uma dificuldade material de investigação, a propósito, por exemplo, das relações subjacentes às relações cambiárias?”⁵⁴⁴

A conclusão do autor é a de que a validade dos atos ostensivos na simulação, longe de constituir um princípio geral, é, na verdade, uma aplicação particular feita pelo legislador das regras da aparência. Para Calais-Auloy, as regras ditadas pela aparência não dependem da origem desta aparência: seja a sociedade aparente por irregularidade de sua constituição,⁵⁴⁵ seja por simulação, as conseqüências para os terceiros serão as mesmas, a validade dos atos ostensivos.⁵⁴⁶

Um terceiro fundamento para a eficácia dos atos praticados com um titular aparente seria o risco. É a posição de Calais-Auloy que argumenta que a pessoa que está na origem da situação aparente é obrigada porque ela corre um risco participando da vida dos negócios. Ela não necessariamente simulou, nem necessariamente cometeu uma falta, mas é, entretanto, engajada porque correu um risco, aquele de provocar por atividade sua uma aparência enganosa.⁵⁴⁷

544 Jean Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, cit., p. 20, trad. livre.

545 Sobre sociedades aparentes, veja-se, por todos: Vittorio Salandra, *Le società fittizie*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, v. 30, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1930, p. 290-314.

546 Jean Calais-Auloy, op. cit., p. 20-21.

547 Cf. TJMG, Proc. 2.0000.00.471802-7/000, rel. Mota e Silva, j. 10.12.2004, DJ 16.02.2005.

A existência de tal risco importa numa diminuição de certo tipo de segurança jurídica, pois a pessoa não está jamais certa de engajar-se no limite de sua vontade. Porém, trata-se de uma segurança estática, própria do direito civil, dos direitos já adquiridos e consolidados, e não da segurança dinâmica mais afeita ao direito comercial, à fortuna em movimento. Assim, a ideia de risco aplicado à aparência é uma ideia de aparência criada. A pessoa é engajada – no limite dessa aparência e não no limite dos danos eventualmente resultantes⁵⁴⁸ – porque sua atividade suscitou uma aparência enganosa.

Argumenta ainda o referido autor que se um risco é posto no encargo de certas pessoas, é porque outras pessoas mereceram ser titulares de um direito correlativo. As necessidades de segurança dinâmica da sociedade moderna exigem a criação desse direito em proveito da pessoa que é enganada pela aparência. A explicação desse direito se encontra no erro legítimo cometido sob o engano das aparências.

Para se prevalecer da aparência é necessário, para Calais-Auloy, que primeiramente tenha-se cometido um erro, acreditando-se que a situação aparente era verdadeira. Esse erro confunde-se com a noção corrente de boa-fé crença.

Mas, apesar de necessária, a boa-fé não é suficiente para configurar o erro criador de direito. Mister também a legitimidade dessa crença, ou seja, que a realidade esteja escondida sob um elemento visível diferente e que este conduza os terceiros a se enganarem, tomando a aparência por realidade. Para o autor, nas relações sociais modernas, e particularmente no direito comercial, a segurança dinâmica é mais favorecida, pois o erro é protegido, mesmo se ele não é invencível, basta somente que seja legítimo. Assim são satisfeitas as necessidades de circulação (pois que nenhuma pessoa hesitará em tornar-se adquirente) e de rapidez (pois que nenhuma pessoa será submetida a proceder a longas investigações).⁵⁴⁹

548 Jean Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, cit., p. 24-25.

549 Jean Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, cit., p. 32-34.

Embora mais abrangente, a fundamentação da eficácia da aparência pela teoria do risco não abarcaria igualmente a totalidade das situações tuteláveis pelo instituto, sendo muito mais uma fundamentação própria para o mundo dos negócios, como é o escopo do livro de Calais-Auloy. Situações nas quais inexistente atividade do verdadeiro titular restariam sem proteção, o que nos leva também a afastar esse fundamento.

A doutrina francesa, com mais afinco, procura amparar o fundamento da explicação da aparência no erro comum, consoante o *error communis facit ius*.

Este adágio tem um sentido preciso: o erro cria o direito na medida somente em que é comum. O critério é, em sua origem, objetivo, procurando-se auferir se o erro é partilhado pelo conjunto do público. Com o refinamento das ideias jurídicas se substituiu esse critério objetivo por um critério subjetivo, o da invencibilidade: é preciso que a pessoa induzida a erro não pudesse nem prevê-lo ou impedi-lo. Estes dois tipos de critérios se reportam a uma mesma ideia, a de que a realidade só deixa de fazer valer seus direitos nas hipóteses em que os terceiros não têm estritamente nenhum meio de conhecer esta realidade.

Como já referido anteriormente, essa doutrina é questionável tanto porque não abrange todos os casos possíveis de aparência de direito, como também porque devido à multiplicação das exteriorizações materiais e legais e à segurança dinâmica das relações jurídicas, exige-se uma dispensa maior de investigações. Deve-se procurar um fundamento da aparência que seja menos imperioso, que não exija um erro absoluto, compartilhado pela massa, nem que seja invencível, mas erros capazes de ocorrer no cotidiano.

Também é importante ressaltar, como o faz Mariano D'Amélio, que o erro comum é a opinião errônea que tem a coletividade, é a convicção generalizada por força da qual todos reputam que certa situação de fato corresponde a uma situação de direito; ora, acrescenta, enquanto a opinião pública cria o direito (ou, como seria melhor dizer-se, enquanto cria o que supõe ser o direito) e contra ela a opinião individual não pode reagir, na aparência de direito é a situação de cada um (e não a opinião geral) o elemento que assume a importância maior e deve, conseqüentemente, ser examinado – atendendo-se às peculiaridades de

cada caso.⁵⁵⁰

Por fim cabe examinar aquele que é o efetivo fundamento para a eficácia do ato praticado pelo titular aparente: a confiança.

A confiança é definida em Luhmann como um mecanismo em que os atores sociais reduzem a complexidade interna do seu sistema de interação. Isto pode ocorrer pela adoção de expectativas específicas sobre o comportamento futuro de outros pela seleção de possibilidades, podendo basear-se em processos históricos, em características compartilhadas ou em mecanismos institucionais. Luhmann destaca três tipos de confiança: a processual, a baseada em características e a institucional.

A confiança processual está ligada ao passado ou a trocas realizadas anteriormente. É um processo cumulativo e incremental de construção da confiança por meio da acumulação gradual de conhecimento, direto ou indireto, sobre o outro, como a reputação, a marca e a garantia de qualidade. Pressupõe um grau de estabilidade e a existência de uma baixa troca de firmas e outras instituições de mercado, sendo esse tipo de confiança deliberadamente desenvolvido pelas empresas.

A confiança baseada em características surge da similaridade social e assume congruência social entre o que confia e o depositário da confiança, por pertencer ao mesmo grupo social ou à mesma comunidade. Compartilham uma mesma religião, *status* ético ou *background* familiar, que garante a construção de um mundo em comum. Tal confiança baseia-se na atribuição de valores e não pode ser deliberadamente criada.

A confiança institucional parte da consideração de que a confiança não pode ser somente gerada pela familiaridade interpessoal. Os atores organizacionais podem não possuir características pessoais em comum ou uma história que garanta trocas futuras, mas mesmo assim deve haver uma forma impessoal de confiança. A confiança institucional é formada pela estrutura social

550 Mariano D'Amélio, *Apparenza del diritto*, cit., p. 716.

formal, em que os mecanismos legais tendem a reduzir os riscos de confiança e tornam mais fácil sua existência, podendo ser deliberadamente produzida com a consideração de que seus mecanismos necessitam ser legitimados socialmente para serem efetivos.⁵⁵¹

É essa confiança institucional a que interessa ao direito e que recebe tutela jurídica. As relações sociais são inteiramente perpassadas por interações de confiança que, sedimentadas por valores, possibilitam as trocas e os acordos. Nesse aspecto, Alain Peyrefitte⁵⁵² desenvolve a tese de que a relação de confiança é o elemento primordial para explicar o desenvolvimento econômico e social das diversas nações:

“O elo social mais forte e mais fecundo [de uma sociedade] é aquele que tem por base a confiança recíproca – entre um homem e uma mulher, entre os pais e seus filhos, entre o chefe os homens que ele conduz, entre cidadãos de uma mesma pátria, entre o doente e seu médico, entre os alunos e o professor, entre um prestamista e um prestatário, entre o indivíduo empreendedor e seus comanditários – enquanto que, inversamente, a desconfiança esteriliza.

Decerto é temerário propor uma chave para a interpretação de fenômenos tão universais e essenciais como o desenvolvimento e o subdesenvolvimento; e mais temerário ainda arriscar-se multiplicando as abordagens que as diversas disciplinas oferecem, forçando mesmo suas fronteiras.

Foi o conhecimento do Terceiro Mundo que me convenceu de que o capital e o trabalho – considerados pelos teóricos do liberalismo tradicional, assim como pelos teóricos do socialismo, como os fatores do desenvolvimento econômico – eram na realidade fatores secundários; e que o fator principal, que com um sinal de mais ou com um sinal de menos afetava esses dois fatores clássicos, era um terceiro fator, que há vinte anos chamei de terceiro fator imaterial, em outras palavras, o fator cultural. (...)

Um terreno pareceu-me fecundo nesse sentido, o da história econômica do Ocidente no decorrer destes quatro últimos séculos. É um terreno firme, sobre o qual hoje dispomos de grande número de informações incontestáveis. Foi de fato nesse período, e em nenhum outro, em algumas sociedades da Europa, e não em outras, que nasceu o desenvolvimento.

551 Niklas Luhmann, *Confianza*, Antrophos Editorial, 2005.

552 Alain Peyrefitte, *A sociedade de confiança: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento*. Topbooks, 1999, p. 23-25.

Qual foi o fator de desencadeamento, o *primum movens*, que fez passarem – na Holanda, depois na Inglaterra, depois na Europa do Norte, depois em toda a Europa ocidental – sociedades tradicionais, sempre ameaçadas pelas epidemias, pela fome e por choques sangrentos, ao estado de sociedades desenvolvidas?

Quanto mais se estuda as origens da Revolução econômica, mais se duvida de que trata-se de uma ruptura brusca, resultante de uma causa única e que pode ser datada com precisão. E os historiadores estão sempre recuando o aparecimento do fenômeno. Sem dúvida é nos três ou quatro últimos séculos que é preciso procurar a prova de toda teorização do desenvolvimento.

Examinando a cristandade ocidental no século XVI, somos levados a concluir que havia uma quase-igualdade de chances, com um evidente avanço no sul. Nada poderia induzir a prever, na época, o impulso das nações que aderirão a uma das reformas protestantes, nem o declínio relativo, ou até absoluto, das nações que permanecerão romanas.

Ora, a partir do final do século XVI, a cristandade ocidental torna-se o teatro de uma distorção econômica. A Europa nórdica substitui a Europa latina como foco de inovação e de modernidade.

Contudo, é redutivo demais, para não dizer simplista demais, afirmar que a reforma protestante seria como uma galinha dos ovos de ouro, e que deteria em si mesma o segredo do desenvolvimento econômico, social, político e cultural. A divisão entre uma Europa romana, que entra em declínio econômico, e uma Europa das Reformas protestantes que toma impulso, reflete menos uma determinação do econômico pelo religioso – ou do religioso pelo econômico – do que a expressão de uma afinidade eletiva entre um comportamento sócio-econômico espontâneo e uma escolha religiosa. Pelo menos é essa a minha conclusão.

A sociedade de desconfiança é uma sociedade temerosa, ganha-perde: uma sociedade na qual a vida em comum é um jogo cujo resultado é nulo, ou até negativo (se tu ganhas eu perco); sociedade propícia à luta de classes, ao mal-viver nacional e internacional, à inveja social, ao fechamento, à agressividade da vigilância mútua. A sociedade de confiança é uma sociedade em expansão, ganha-ganha (se tu ganhas, eu ganho); sociedade de solidariedade, de projeto comum, de abertura, de intercâmbio, de comunicação. Naturalmente, nenhuma sociedade é 100% de confiança ou de desconfiança. Do mesmo modo que uma mulher nunca é 100% feminina, nem um homem 100% masculino: este comporta sempre uma parte de feminilidade, aquela sempre um pouco de virilidade. O que dá o tom é o elemento dominante. (...)

Em todo caso, que essa sociedade de confiança possa um dia estender-se a todas as sociedades e lhes trazer, na diversidade das suas personificações, na unidade da sua inspiração,

os benefícios morais e materiais por ela prodigados aos raríssimos povos que souberam realizar essa revolução cultural, a maior da história! Quando a estes, possam eles não se mostrarem nem filhos ingratos nem filhos pródigos, e compreender melhor o porquê do seu sucesso, não para reservar para si o privilégio, mas para dele guardar viva a força exemplar (...).”

A relação entre confiança e desenvolvimento é assim central⁵⁵³ sendo que a atividade econômica representa uma parte crucial da vida social e se entrelaça com uma grande variedade de normas, regras, obrigações morais e outros hábitos que, juntos, moldam a sociedade. Uma das lições mais importantes que podemos extrair de uma observação da vida econômica é a de que bem-estar de uma nação, bem como a sua capacidade de competir, são condicionados por uma única e sutil característica cultural: o nível de confiança inerente à sociedade em causa.⁵⁵⁴

Anthony Giddens, em percuciente trabalho, explica como a confiança torna-se uma relação institucional nas sociedades pós-modernas, ressaltando que se percebem três grandes forças dinâmicas na sociedade contemporânea: 1) a separação do tempo e espaço; 2) a existência de relações sociais em contextos sociais locais, sem que necessariamente haja contato face a face, mediadas pela confiança em meios de intercâmbio como dinheiro ou conhecimento; e 3) a reflexividade institucional, que corresponde à entrada contínua de conhecimento afetando as ações dos indivíduos e grupos, desestabilizando certas formas básicas de relações de confiança e resultando na ampliação da sensação de instabilidade e incerteza.

553 Sobre as relações entre confiança e desenvolvimento econômico e social das sociedades ver, dentre outros, os seguintes livros: Alain Peyrefitte, *A sociedade de confiança: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento*, cit.; Francis Fukuyama, *Confiança: as virtudes sociais e a criação da prosperidade*, Rocco, 1996; J. Coleman, *The foundations of social theory*, Harvard University Press, 1990, P. Evans, *O Estado como problema e solução*, in *Lua Nova: revista de cultura e política*, n. 28-29. Cedec, 1993, p. 107-156; A. Giddens, *As conseqüências da modernidade*, Unesp, 1991, p. 177; R. D. Putnam, *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*, Rio de Janeiro: FGV, 1996; C. Lane, *Introduction: theories and issues in the study of trust*, in C. Lane e R. Bachmann (ed.), *Trust within and between organizations: conceptual issues and empirical applications*, Oxford University Press, 1998.

554 Francis Fukuyama, *Confiança: as virtudes sociais e a criação da prosperidade*, cit., p. 21.

A separação entre tempo e espaço tende a impedir a formação das bases tradicionais de confiança fundamentadas na família, na amizade e no parentesco. Ao mesmo tempo, os sistemas abstratos tendem a desempenhar papel semelhante ao transferir a confiança *rosto no rosto* para o sistema legal, o governo e os códigos de conduta, para citar alguns exemplos, fazendo surgir uma situação ambivalente. De um lado os indivíduos depositam confiança em instituições ou mecanismos técnicos avalizados pelo conhecimento científico ou pela tradição e, de outro, assumem uma atitude reservada, intimista, sem abertura para a interação com o outro em relações pessoais. A confiança é referenciada mais pelos sistemas abstratos ou peritos do que pelo especialista.

Já a reflexividade social é baseada na afirmação de que as condições em que vivemos hoje na sociedade são cada vez mais o resultado de nossas próprias ações e, inversamente, nossas ações vivem cada vez mais para administrar ou enfrentar os riscos e oportunidades que nós mesmos criamos. Então, a confiança não é dada apenas pela filiação a uma família ou comunidade, mas também é construída por meio de escolhas.

Assim, a separação entre tempo e espaço, os mecanismos de desencalxe e a reflexividade institucional desestimulam certas formas básicas de relações de confiança dos atributos de contextos locais. Embora a confiança seja propriedade de expectativa de comportamento bilateral, existente entre indivíduos, ela também pode ser estendida para troca entre organizações, uma vez que os relacionamentos interorganizacionais são gerenciados por indivíduos em cada organização. A confiança nas relações interorganizacionais inclui, assim, um conjunto de expectativas entre parceiros com relação ao comportamento dos diversos indivíduos e à satisfação de cada um.⁵⁵⁵

Questão complexa é aquela de saber se a frustração da confiança de outrem é suscetível de conduzir à obrigação de indenizar: existe o risco de excesso, perante o caráter aberto e extenso da proteção negativa da confiança. Há que se verificar, portanto, quais são os contornos da tutela jurídica daquilo que Luhmann define como a confiança institucional.

555 Anthony Giddens, *As conseqüências da modernidade*, cit.

O regime próprio da responsabilidade pela frustração da confiança e sua articulação com as modalidades comuns de imputação de danos permanece incerto no direito. Aqui, pode assistir-se a uma inflação não apropriada do conceito indenizatório: não há porventura nenhuma delimitação rigorosa nem da base normativa que a desencadeia, nem das respectivas conseqüências. Há que se balizar isso com precisão.

Na doutrina alemã, a proteção indenizatória da confiança apresenta-se nos para os casos em que alguém deve responder pelos danos causados por uma declaração sua viciada ou inexata, ou então pela respectiva omissão, como ocorre, por exemplo, em situações de responsabilidade por informações incorretas. Corresponde-lhe uma responsabilidade por declarações (*Erklärungshaftung*): e a proteção indenizatória da confiança terá por função, antes de mais, tutelar posições jurídicas contra ataques lesivos (*Eingriffsschutz*) à pessoa ou ao patrimônio alheio, conduzindo à reparação dos danos daí resultantes. Eis, decisivo, o pensamento da confiança, porque este tipo de responsabilidade radica na circunstância de o lesado expor os seus bens, no âmbito do tráfico negocial, à intrusão da outra parte, e, nesse sentido, na atitude de confiar nela. A parte contrária apresentar-se-ia, enfim, onerada com deveres de proteção não subsumíveis à responsabilidade por declarações e responderia pelos danos causados pela sua violação.⁵⁵⁶

No entanto, como esclarece Carneiro da Frada, o problema está na ambigüidade do conceito de confiança, do qual tanto se pode exprimir um dado psicológico individual do sujeito como a posição daquele que beneficia, independentemente de um ato de consciência da tutela jurídica de um interesse. A confiança deixa por saber se aquele que, por exemplo, no âmbito de um contrato, sofre um dano no seu restante patrimônio, é protegido *porque confiou de fato* na correção do comportamento da outra parte ou se é tutelado *porque devia poder confiar* (figurando-o ou não) em que o outro observaria a conduta exigível. No último caso avulta que parece que o decisivo na qualificação do ato lesivo é o puro e simples desrespeito da conduta violada. A querela entre uma

556 Manuel Antonio Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 251.

concepção psicológica e um entendimento normativo ou objetivo da confiança reflete o quanto nessa doutrina se mistura o fático e o normativo, deixando-se de distinguir claramente entre causa e efeito da proteção jurídica. Carneiro da Frada,⁵⁵⁷ citando Bar, alerta que se corre o risco da argumentação circular: “É lícito confiar porque existe um fundamento para a pretensão, esta nasce, porém, quando se confia”.

Para superar essa aporia, no pensamento jurídico contemporâneo a mera referência à confiança como fundamento indenizatório surge, depois, substituída pelo conceito de relação de confiança (*fiduciary relationship*): singulariza, dentre as diversas situações de expectativas, aquelas que são de reconhecida relevância para efeito de responsabilidade.

Não obstante, orientações deste gênero prendem-se ainda assim ao pensamento da confiança, e podem mesmo chegar a suprimir a referência à tutela das expectativas. Emerge aqui uma neutral responsabilidade derivada da existência de ligações ou relações especiais (*special relationship*), base de deveres particulares de conduta capazes de conduzir à responsabilidade quando violados. Estes desenvolvimentos são, porém, uma compreensível tentativa de dar à confiança uma concepção objetivada: não importa o plano individual e psicológico, se o sujeito acreditou em determinada situação, mas averiguar racionalmente quando e até onde podia confiar. Destarte, o cerne da responsabilidade encontra-se nos fatores que decidem, e já não na confiança.

Para este entendimento contribuem evidentemente as dificuldades de prova de um estado de espírito concreto. Entra também em linha de conta, neste domínio, a ambigüidade da experiência dos sujeitos que misturam, passo a passo, confiança e desconfiança: as atitudes de confiança recortam-se antes de mais na conflitualidade; pelo lado inverso, é nos cenários de frustração das expectativas e da desconfiança que a tutela dos convencimentos mais é necessária.

Todos estes motivos implicam a construção da responsabilidade pela confiança em sede, sobretudo, da expectativa de cumprimento de determinados

557 Manuel Antonio Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção*, cit., p. 252-253.

deveres de comportamento a que os sujeitos se teriam de vincular nos relacionamentos, pois os demais deveriam poder contar com a sua observância. Daqui a pergunta: não será mais exato fundamentar a obrigação de indenizar na violação das posições dos sujeitos protegidas por esses deveres, e como situação objetiva de responsabilidade? Não se tratará aqui de simples deveres de proteção direta dos interesses que realmente estão por detrás de uma situação de expectativa?

Este ponto de vista forneceria uma interpretação desligada das ficções aditadas frequentemente às relações de confiança, e que servem por vezes de refúgio à responsabilidade pela frustração de expectativas. Importaria, portanto, substituir a confiança por critérios dogmáticos que atendam às características objetivas da situação interpessoal e às condutas que nela impõe a ordem jurídica.

Contudo, deste modo a confiança deixa de integrar o modelo normativo da responsabilidade e de ser fundamento desta: a construção da obrigação de indenizar sobre fatores objetivos, independentes das representações dos sujeitos, lança a responsabilidade pela frustração de expectativas para a órbita da responsabilidade por fatos ilícitos, uma vez que em responsabilidade civil o princípio é o de a obrigação de indenizar pressupor a infração de uma regra de conduta, sem importar para o efeito que esses deveres decorram do contrato ou de negócio jurídico, que tenham sido imperativamente fixados na lei ou se fundamentem, em qualquer caso, nas determinações do direito objetivo.⁵⁵⁸

A verdade é que esta concepção obriga a enfrentar a questão da relação entre responsabilidade pela confiança e as modalidades tradicionais da responsabilidade civil: terá de ser averiguado especialmente em que medida as pretensões indenizatórias por frustração da confiança não estarão inseridas simplesmente na inobservância comum de normas de comportamento,

558 Sobre o papel da confiança na fundamentação de negócios jurídicos, ver, por todos: Cesare Grasseti, *Del negocio fiduciario e della sua admissibilit  nel nostro ordinamento giuridico*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, v. 34, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1936, p. 345-378 e do mesmo autor *Trust anglosassone, propriet  fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, v. 34, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1936, p. 548-553.

inobservância geradora, consoante os casos, de uma responsabilidade delitual ou obrigacional (sem que a confiança desempenhe então qualquer papel na emergência da obrigação de ressarcir os prejuízos).

Será pertinente diferenciar no seio da responsabilidade civil a ordem de proteção fundada na doutrina da confiança? O problema exige, em particular, uma análise no campo da responsabilidade delitual: o âmbito do negócio e da responsabilidade contratual está longe de abranger muitas das situações para as quais é reclamada uma tutela das expectativas. O ato danoso e a lesão são frequentemente produzidos porque o lesado confiou na adoção, por outrem, da conduta que lhe era exigida e acabou por sofrer prejuízos. Se a confiança então não surge como fator de responsabilidade, porventura nada distinguirá e legitimará uma responsabilidade especial pelas expectativas frustradas.

A tutela da confiança, como sustenta Carneiro da Frada, deve abarcar um espaço próprio entre as duas grandes modalidades clássicas da responsabilidade civil (contratual e aquiliana), constituindo um terceiro gênero, uma pista autônoma de responsabilidade. A responsabilidade pela confiança se afirma aí onde a tutela das expectativas se deva considerar o elemento determinante do sistema de responsabilidade e não simples razão auxiliar para a obrigação de indenizar.⁵⁵⁹

Estamos assim diante do elemento chave para a responsabilização jurídica da chamada confiança institucional. A forma impessoal de confiança de que falava Luhmann, condição de desenvolvimento das sociedades pós-modernas, estará tutelada sempre que a confiança não se reduza a outros elementos como o cumprimento da norma (responsabilidade delitual) ou dos deveres laterais de conduta (impostos pela boa-fé), sendo razão auxiliar da obrigação de indenizar, mas sim sendo o elemento constitutivo-causal dos seus efeitos. Deste modo, integrando a confiança o *Tatbestand* de responsabilidade, a não verificação em concreto de expectativas – ou mesmo o *non liquet* acerca de sua ocorrência – tem como consequência inexorável a irresponsabilidade do sujeito. Nenhuma regra (de

559 Manuel Antonio Carneiro da Frada, Teoria da confiança e responsabilidade civil, Almedina, 2004, p. 350.

responsabilidade ou outra) se pode aplicar se não está demonstrada ou se reinam incertezas acerca da ocorrência da confiança. Pelo contrário, apresentando-se a confiança apenas como um *telos* de uma norma, a não verificação de expectativas determina (quando muito) a necessidade de uma redução teleológica.⁵⁶⁰

A obrigação de indenizar por frustração de expectativas alheias, com os contornos e a extensão acima descritos, não encontra, segundo Carneiro da Frada, no ordenamento civil português uma consagração geral. Não obstante, estabelece aquele ordenamento alguns dispositivos que prevêm a proteção da confiança.⁵⁶¹

Esclarece Carneiro da Frada a fundamentação autônoma do *dano de confiança*, distinto da responsabilidade delitual e dos deveres laterais de conduta decorrentes da boa-fé, através da promessa de casamento. Para o autor é inviável considerar que a promessa de casamento cria um vínculo de natureza contratual ou negocial – não faz sentido admitir-se um vínculo que (afinal!) não vincula. Na realidade, a reparação do dano decorrente do respectivo desrespeito deriva da consideração do compromisso como fato gerador da confiança: nesse aspecto é sempre o resultado de uma ponderação objetiva por parte do ordenamento, não efeito *direto* da autonomia negocial (ainda que ligado a um *Tatbestand* negocial). A responsabilidade pela confiança é também autônoma em relação à violação dos deveres laterais de conduta impostos pela boa-fé. Existe responsabilidade por frustração das expectativas, distinguindo-se esta da responsabilidade decorrente da negligência no não esclarecimento da falta de disponibilidade para a sua celebração ou de provocação dolosa da respectiva convicção: ambos os comportamentos contrariam sem dúvida exigências de correção e probidade de

560 Ibidem, p. 355.

561 “Art. 899. O vendedor é obrigado a indemnizar o comprador de boa-fé, ainda que tenha agido sem dolo nem culpa; mas, neste caso, a indemnização compreende apenas os danos emergentes que não resultem de despesas voluptuárias.”

“Art. 909. Nos casos de anulação fundada em simples erro, o vendedor também é obrigado a indemnizar o comprador, ainda que não tenha havido culpa da sua parte, mas a indemnização abrange apenas os danos emergentes do contrato.”

“Art. 1.594. (...) 1. Se algum dos contraentes romper a promessa sem justo motivo ou, por culpa sua, der lugar a que outro se retracte, deve indemnizar o esposado inocente, bem como os pais deste ou terceiros que tenham agido em nome dos pais, quer das despesas feitas, quer das obrigações contraída na previsão do casamento.”

conduta que impendem sobre os nubentes e se intensificam naturalmente com a promessa de casamento, mas não se confundem com a responsabilidade por confiança.

Do mesmo modo, a ausência de motivo não transforma a retratação num ilícito, como a *culpa* do sujeito no rompimento da relação não chega para macular com a ilicitude o seu comportamento. O conceito de culpa (em rigor incompatível, ao pressupor uma ilicitude, com a manutenção da celebração do casamento) deve entender-se como um conceito não técnico. Ele equivale ao recesso injustificado ou ao injustificado provocar do recesso alheio para efeito de identificação do campo em que a responsabilidade pela confiança é chamada a operar.⁵⁶² Tudo conflui assim para interpretar a responsabilidade por frustração de uma promessa de casamento como afloramento da teoria da confiança.⁵⁶³

Mesmo não podendo admitir-se com caráter de generalidade a existência de um dever de corresponder à confiança alheia, importa concluir que a responsabilidade pela confiança se distingue na realidade daquela que emerge da violação de deveres de agir. Depuram requisitos de proteção como a razoabilidade e o investimento de confiança. Tais pressupostos são completamente estranhos a um simples responder por violação de normas de agir, mas são congruentes com um modelo de responsabilidade compensatória, segundo a primazia desejável da tutela negativa da confiança. Outrossim, a singularidade dogmática da responsabilidade pela confiança ancora na ligação genérica à razão prática e incorpora a dimensão prudencial que caracteriza especificamente a interação. Fica assim ultrapassado o paradigma da causalidade, inerente às formas de responsabilidade clássicas.

562 Veja-se que não admitir a tutela do dano de confiança, nos casos em que inexistente violação aos deveres de conduta da boa-fé, significa deixar situações iníquas sem reparação, o que não parece admissível em uma concepção moral do direito, como a das sociedades pós-modernas. Nesse sentido, cf. TJRS, 7ª Câm. Civ., ApCiv 70.012.349.718, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.

563 Manuel Antonio Carneiro da Frada, Teoria da confiança e responsabilidade civil, cit., p. 836-837.

A doutrina da confiança em si mesma não se limita a formular um princípio jurídico, eleva-se a verdadeira teoria jurídica, organizada em torno daquele princípio. Envolve um conjunto articulado de enunciados através dos quais se procura (i) explicitar o conteúdo de justiça material que lhes é subjacente (ii) e se proporcionar um enquadramento de solução para outros casos.

Mas neste revestimento a teoria da confiança não propiciará, por si só, as soluções de casos concretos, enquanto requeira o complemento ou a especificação através de normas, logrando ainda assim preservar o seu valor, mesmo perante as restrições que tenha de admitir: a sobrevivência da teoria da confiança depende assim do seu cabal desempenho heurístico, atingindo o problema, especialmente a proteção negativa das expectativas.

A regulação legal fornece porventura apoios para essa responsabilidade. Entretanto, a sua construção jurídica geral ultrapassa, e em muito, o mero preenchimento de lacunas que essa regulação eventualmente apresente. Com efeito, não é assim só: os afloramentos da responsabilidade pela confiança são demasiados dispersos para que possa tratar-se do mero completar da teia normativa de acordo com a sua própria lógica. Transcende esse nível. Decerto movimenta-se num espaço nesse sentido livre de normas, situado para além do seu horizonte,⁵⁶⁴ mesmo quando se ampara em certas cláusulas gerais ou conceitos indeterminados como o abuso de direito e a boa-fé: a operação envolvida não se traduz na simples concretização de uma determinada regra, obedecendo para isso à pauta valorativa que ela contém; ler numa delas a responsabilidade pela confiança não é possível sem pontos de fixação exteriores a essa mesma norma.

Este tipo de expansão do sistema jurídico só se compreende superando o dogma do positivismo normativista que o identifica com a lei, e contra o qual estão fatores vários, entre os quais, por exemplo, a proibição da denegação da justiça.

564 Manuel Antonio Carneiro da Frada, Teoria da confiança e responsabilidade civil, cit., p. 889.

Acresce, além disso, que a consagração legislativa de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados como o abuso do direito envolve uma autorização de ultrapassagem do limiar da lei por parte do ordenamento. Por conseguinte, tudo se resume a averiguar como justificar este desenvolvimento. E a proteção da confiança corresponde, depois, a um princípio ético-jurídico, indeclinável, saliente nas imposições que se sentem de modo particular quando não há alternativa prática que evite, para além da razoabilidade, a ameaça de ficar por satisfazer uma forte necessidade de tutela jurídica: quem induz outrem a confiar, deve responder caso frustre essa confiança, causando prejuízos.

O pensamento da confiança integra-se, pois, no sistema jurídico sem romper as suas estruturas e sua coerência. Numa época marcada pela pressão no sentido do incremento da interação humana e pela tendência da impessoalidade, correlato da urgência de uma maior e enérgica autonomia dos sujeitos, a proteção da confiança diminui os riscos da ação ligada à progressiva interdependência dos sujeitos. Aprofundar os dois pilares da liberdade e da responsabilidade, eis, para Frada, a via do direito.⁵⁶⁵

Nas primeiras décadas do século XX, Vittorio Salandra, ao tratar da extensão e fundamento jurídico da responsabilidade pelas obrigações de uma sociedade irregular, consoante o art. 98 do Código de Comércio italiano,⁵⁶⁶ já salientava as peculiaridades da responsabilidade por confiança, que não podia enquadrar-se nos limites estreitos nem da culpa aquiliana nem da contratual:

“Voltamos agora à natureza jurídica da responsabilidade do art. 98. Esta não pode dizer-se derivada da culpa aquiliana, nem da culpa contratual. Na primeira categoria não me parece que possa enquadrar-se, porque não é vista culpa no operar em nome de uma sociedade que efetivamente existe e que a lei não proíbe. E nem mesmo se pode falar de responsabilidade objetiva. O terceiro de fato não age para remover um efeito danoso que havia sofrido em seu patrimônio em dependência da ação de que lhe fizeram

565 Manuel Antonio Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., p. 896-897.

566 “Art. 98. Se o sócio, promotor, administrador ou todo aquele que opera uma sociedade não legalmente constituída contrae em nome dessa sociedade, é vinculado solidariamente e sem limitação pelas obrigações que esta assume.” (trad. livre)

crer na existência de uma sociedade. Ele age para obter o adimplemento de uma obrigação e não para ser ressarcido do efeito do inadimplemento. Por isso não é o caso nem mesmo de se falar em culpa contratual.⁵⁶⁷

Em conclusão, a responsabilidade pela confiança é parte integrante do direito civil vigente. Na sua essência, exprime a justiça comutativa, na forma específica de justiça corretiva e compensatória. Tem fundamento na diretiva jurídica pela qual deve responder pelos danos causados, aquele que origina a confiança e a frustra. E a sua intervenção autônoma, superadora do plano da lei, terá naturalmente de compatibilizar-se com as demais determinações, princípios e valores que informam a ordem jurídica. Tal qual qualquer outro princípio de caráter geral, a força expansiva que lhe é inerente conhece por isso limites e restrições no processo de concretização-aplicação.

Fixados esses pressupostos da responsabilidade por confiança podemos ver que eles fundamentam de maneira integral a eficácia jurídica da aparência de titularidade.⁵⁶⁸

A sociedade pós-moderna em seu processo de desenvolvimento dinâmico, como ressalta Peyrefitte, exige que se dê à multiplicação das exteriorizações materiais e legais das relações jurídicas uma segurança dinâmica que possa alicerçar a vida social, o que implica em uma dispensa maior de investigações nas transações civis e comerciais.

567 Vittorio Salandra, *Estensione e fondamento giuridico della responsabilità personale per le obbligazioni delle società irregolari*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, v. 26, 2ª Parte, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1928, p. 10, trad. livre.

568 Ressalte-se, não obstante, que Manuel Carneiro da Frada considera que, via de regra, a proteção da aparência não se enquadraria à perfeição na teoria da confiança porque nesta o legislador já teria individualizado as *fattispecies* relevantes e lhe determinou os efeitos, decorrendo, portanto, a proteção da confiança de disposições específicas. Não nos parece contudo que assim seja, pois no âmbito da generalização possível de uma responsabilidade geral pela aparência, além dos dispositivos legais, o problema aparece. Deste modo é, a nosso ver, inteiramente cabível sua discussão no âmbito da fundamentação pela confiança. Ver, no entanto, Manuel Antonio Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., p. 44 et seq.

Como contraponto da existência do risco nas frenéticas transações jurídicas deve corresponder uma diminuição de certo tipo de segurança jurídica, pois a pessoa não está jamais certa de engajar-se no limite de sua vontade. Assim, a ideia de risco aplicado à aparência é uma ideia de aparência criada. A pessoa é engajada porque sua atividade suscitou uma aparência enganosa e implicou a confiança da contraparte. Age com abuso de direito aquele que suscita a confiança, porque o dano de confiança não pode restar sem ser tutelado, sob pena de perpetuação de situações iníquas. Se um risco é posto no encargo de certas pessoas é porque outras mereceram ser titulares de um direito correlativo. As necessidades de segurança dinâmica da sociedade contemporânea exigem a criação desse direito em proveito da pessoa que é enganada pela aparência.

Este é o âmbito da justiça comutativa ou corretiva, a espécie da justiça particular que zela pela retidão das trocas, pela proporcionalidade aritmética em matéria de intercâmbio de bens. Nesse intercâmbio a relação de igualdade dá-se quando a coisa que há que dar é igual em quantidade e qualidade (ou valor) à que saiu da esfera do sujeito de atribuição. Na sanção em decorrência do intercâmbio de bens, o ofício do juiz é o de calcular uma restituição igual ao dano que foi suportado. A isonomia absoluta entre as coisas, na justiça comutativa, tem sua base na igualdade entre as pessoas, tal como se apresentam nessas relações de justiça. Com efeito, todas as pessoas se apresentam perante o outro em sua nuda condição, que é exatamente igual em todos. O campo de aplicação do justo é a totalidade, por isso há que se considerar a relação que seja moralmente válida para tutelar o interesse de todos, no caso, a confiança institucional.

O direito, assim pensado, não é rigorosamente individual, não supõe para o indivíduo somente um ativo, apenas vantagens. O direito, aquilo que deve ser dado, que se merece, não é *subjetivo*, não se refere somente a um indivíduo, implica necessariamente uma relação entre indivíduos. É o resultado de uma repartição. O direito apenas é um atributo da pessoa, não é exclusivamente dela na medida em que é primordialmente o bem de outrem.⁵⁶⁹

569 ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, 4. ed., UnB, 2001, p. 93.

O direito, assim considerado, emerge de uma repartição concreta, é uma proporção (justa, um igual [*ison*] ou *analagon*, termo gramaticalmente neutro). Essa igualdade expressa uma cosmovisão integrada da totalidade, não a constatação de uma simples equivalência de fato entre quantidades, mas revela a harmonia, o valor do justo, certa ordem que se discerne no caso mesmo e que se acha em conexão, em última instância, com a natureza das coisas que é a matéria da justiça geral. O direito nesse contexto não é, senão, uma coisa exterior ao sujeito, uma certa igualdade que reside nas coisas, na realidade, *in re*, e que se extrai da observação das coisas. No caso o valor confiança é causa eficiente da solução jurídica para a tutela da aparência.

O direito não pode ser estimado senão do processo de interrogação das coisas, de tentar reencontrar a ordem que ela acolhe; ordem esta objetiva, e, portanto, jurídica. O fundamento da aparência assim caracterizada vem a ser, pois, a necessidade, de ordem social, de se conferir segurança às operações jurídicas, amparando-se, ao mesmo tempo, os interesses legítimos dos que corretamente procedem. Essa proteção se realiza de modo peculiar porque na aparência de direito a vontade de quem erra (supondo que o direito existe, ou que o titular ostensivo seja o titular verdadeiro) prevalece, como se realidade jurídica houvesse, e não apenas aparência. Nos termos expostos, portanto, a aparência de direito produz os mesmos efeitos da realidade de direito, salvo particulares restrições legais.

14.4 Efeitos da Eficácia da Aparência

No que tange às relações entre o proprietário verdadeiro e terceiros a aparência é criadora de direitos. Como bem lembra Mariano D'Amélio, no mundo jurídico o estado de fato nem sempre corresponde ao estado de direito, mas aquele, *per se*, tendo em vista considerações de ordem diversa, pode receber o mesmo respeito do estado de direito e, em determinadas condições e em resguardo de determinadas pessoas, gera conseqüências não diferentes daquelas que derivariam do correspondente estado de direito. Deste modo, a situação geral pela qual alguém tenha feito racionalmente confiança sobre uma dada manifestação jurídica e se comportado em coerência com tal manifestação, lhe dá direito de

contar com ela, ainda que tal manifestação não corresponda à realidade.⁵⁷⁰

Naturalmente o terceiro deve estar de boa-fé, ou seja, atuar genuína e honestamente segundo as circunstâncias do caso, interpretando e executando o acordo coerentemente ao que as partes entenderam ou puderam entender obrando com cuidado e previsão. Os terceiros de boa-fé restam protegidos pela aparência de legitimidade precisamente porque atuam de boa-fé, tanto no sentido da boa-fé probidade quanto da boa-fé diligência. Isto é, devem estar presentes os dois aspectos da boa-fé para que os terceiros restem protegidos.

Na aparência tem-se aquilo que Carvalho Santos⁵⁷¹ denomina de “erro sanante” – ao qual ele também se refere como “erro confirmador” ou “legitimante” – que não autoriza a anulação do ato, mas, ao contrário, sana o vício em que incorreu o agente, funcionando como validador do negócio. Assim, a aparência de direito produz os mesmos efeitos da realidade de direito, substituindo a realidade em favor do que agiu levado por bons princípios e honestamente.

Outro efeito da aparência de direito é o de afastar para o terceiro de boa-fé o risco da evicção nos contratos onerosos de transferência de direitos reais. Apenas não estará coberto do risco da evicção o terceiro que tiver agido de má fé ou que não tiver procedido com o mínimo de diligência, porque, neste caso, não há que se falar em tutela da aparência.⁵⁷² Finalmente, um último efeito da eficácia da aparência de direito é o de afastar a anulabilidade do ato praticado pelo titular aparente.

Como dito anteriormente, na aparência a consequência jurídica do erro não é a anulabilidade, como no erro ordinário, mas sim permitir que o ato ou negócio produza os efeitos que lhe são próprios. No conflito que se estabelece entre o interesse do efetivo legitimado (que só pode ser preservado através da

570 Mariano D'AMÉLIO, *Apparenza del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1958, v. I, p. 714.

571 J. M. Carvalho SANTOS, *Código civil brasileiro interpretado*, Freitas Bastos, 1981, v. XXXIII, suplem. VIII (arts. 1-145), p. 266.

572 Cf., neste sentido, TJRS, 3ª Câmara Cível, Ap. 587.035.445, rel. Des. Galeno Lacerda, j. 17/05/1988, pub. RT 661-150.

ineficácia do ato) e o interesse do terceiro que por causa da aparência incidu em erro objetivamente escusável (interesse que, ao contrário do anterior, não pode ser atendido senão através da eficácia), a lei dá primazia a este último. O erro objetivamente escusável na *fattispecie* da aparência encerra assim uma *ação sanante* e se contrapõe à figura ordinária do erro que, ao revés, encerra uma ação viciante. Na aparência de direito, tem-se a presença do chamado efeito sanante, confirmador ou legitimante, que não autoriza a anulação do ato, mas, ao contrário, sana o vício em que incorreu o agente, funcionando como confirmador do negócio.⁵⁷³

14.5 O Princípio da Responsabilidade por Situações de Confiança e a Tutela Geral no Âmbito da Aparência de Direito

Fixado o quadro conceitual da eficácia da aparência de direito, devemos partir para uma questão mais tormentosa, que é a de se saber se a aparência de direito pode ser considerada um princípio, visto que muitos autores defendem a ideia da existência de um princípio da eficácia da aparência.

No que se refere ao direito italiano, Falzea, depois de aludir à corrente doutrinária que contesta a legitimidade do princípio da aparência (a que pertencem, na Itália, Stolfi, Verga, Coviello, Cariota, Ferrara e outros), bem como à corrente oposta (representada por Mossa, Messineo e D'Amélio, por exemplo), que ao mesmo princípio atribui o mais vasto campo de aplicação, expressamente o admite, ressaltando especialmente o papel da jurisprudência na configuração das regras da aparência em princípio de direito. São, segundo D'Amélio⁵⁷⁴, exigências sociais que justificam a adoção do princípio nos amplos termos que lhe empresta a doutrina moderna. Deve-se, de acordo com esse autor, permitir que tomem a aparência como realidade por três razões principais: (i) para não criar surpresas

573 Contra essa argumentação, considerando que a aparência não difere por força ou natureza de um outro fato jurídico qualquer não sendo apta portanto de legitimar, veja-se Luigi MONACCANI, *Azione e Legittimazione*, Giuffrè, 1951, p. 132-152.

574 Mariano D'AMÉLIO, *Apparenza del Diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1958, v. I, p. 716.

à boa-fé nas transações do comércio jurídico; (ii) para não obrigar os terceiros a uma verificação preventiva da realidade do que evidencia a aparência; e (iii) para não tornar mais lenta fatigante e custosa a atividade jurídica.

Igualmente, no direito francês a aparência de direito há longo tempo foi guindada à categoria de princípio de direito, sendo fartamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência. Henri Mazeaud⁵⁷⁵ expressamente o admite, reportando-se à difusão do adágio *error communis facit ius* na jurisprudência.

Não obstante essas abalizadas opiniões, há que se verificar com acuidade essa questão, delimitando o que seja o alcance dos princípios jurídicos nas sociedades contemporâneas para então verificar se a aparência de direito poderia enquadrar-se entre estes.

O princípio tem natureza normogenética, constituindo fundamento de regras, isto é, norma que estão na base ou constitui a *ratio* de regras jurídicas. É norma, porém, qualitativamente distinta das regras jurídicas porque constitui norma de otimização, compatível com vários graus de concretização, consoante condicionamentos fáticos e jurídicos, carecendo deste modo de mediação concretizadora do juiz ou do legislador. Além disso, tem uma importância estruturante porque consagra valores fundamentadores da ordem jurídica e tem capacidade deontológica de justificação.⁵⁷⁶ Princípios também têm importância estruturante dentro do sistema jurídico, revelando mesmo uma proximidade da ideia de direito – são *standards* juridicamente vinculantes radicados na ideia de justiça. Por sua vez, as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

Neste sentido, de se observar que a teoria da aparência é hoje capaz de produzir aplicação em tudo. A verdade deve ceder à segurança. A necessidade da tutela da boa-fé ética nas relações sociais determinou essa ampliação do seu sentido originário, circunscrito a algumas hipóteses de tutelas específicas de

575 Tradução livre de Henri MAZEAUD, La Maxime “Error communis facit ius”, in Revue Trimestrielle de Droit Civil, Librairie Recueil Sirey, 1924, t. XXIII, p. 959.

576 José Joaquim Gomes CANOTILHO, Direito Constitucional. 6ª ed., Almedina, 1993, p. 167.

situações de confiança. A tutela geral da aparência em situações de confiança institucional constitui assim, nesse âmbito, exceção a outros princípios gerais, tal como aquele que dispõe que ninguém transmite a outro direito melhor ou mais extenso do que tem. Sempre que o interesse da sociedade o exija e os terceiros se achem na impossibilidade de conhecer uma situação jurídica qualquer, o que tem a seu favor a aparência de um direito, revestida das formas legais, é considerado pela lei como se o tivera na realidade, ao só objeto de proteger os terceiros que contratam com ele.

A aparência pode ser conceituada como uma tutela geral nas situações de confiança também porque constitui uma pauta diretiva a partir da qual as regras serão criadas ou aplicadas. A aparência se constitui em uma tutela geral nas situações de confiança porque ainda configura uma norma jurídica de otimização, compatível com vários graus de concretização, consoante condicionamentos fáticos e jurídicos. Desta maneira, a aparência informa o negócio concluído, mas é o juiz quem irá, através de uma mediação concretizadora, definir quando está presente a boa-fé subjetiva ética, os limites do erro escusável, quando existe a confiança institucional que implica no dano de confiança, em que medida se tem a defraudação da confiança e qual o procedimento para restaurar a comutatividade da situação iníqua.

Em seguimento, a aparência configura uma tutela geral a situações de confiança porque tem uma relação direta com a ideia de direito, atua como um *standard* juridicamente vinculante radicado na noção de justiça. A obrigação contemporânea, como visto, só pode ser pensada dentro de um quadro de cooperação com vistas ao adimplemento, e tal cooperação só se torna possível quando se procura manter, na medida do possível, as condições de dignidade e o próprio sinalagma contratual com a parte que confia. O princípio da confiança, na qual se funda a aparência, surge como uma mediação entre a boa-fé e o caso concreto. Ele exige que as pessoas sejam protegidas quando, em termos justificados, tenham sido levadas a acreditar na manutenção de um certo estado de coisas.

Em conclusão, a aparência constitui uma tutela geral ou um princípio específico ordenador em situações de confiança porque configura uma pauta

diretiva a partir da qual as regras serão criadas ou aplicadas no ordenamento, requer para sua aplicação uma mediação concretizadora do juiz ou do legislador, quando não positivada, funda-se na ideia de direito como o comprova o desenvolvimento histórico dos seus institutos, viabiliza a eficácia do tráfego jurídico, atenuando os rigores probatórios do *pacta sunt servanda*, e constitui, no âmago da confiança, a *ratio* e a justificação deontológica das regras protetivas do direito, aplicáveis à espécie.

14.6 Considerações Finais

A velocidade das transações e o evoluir frenético das relações jurídicas contemporâneas não permite sempre distinguir a aparência da realidade. E também não seria factível impor sempre tal encargo ao homem moderno, como era a regra para os indivíduos no século XIX. Na sociedade contemporânea a aparência instala-se no mundo. A imagem ganha estatuto de real, ou seja, passa a ter uma realidade própria, mais tangível que o objeto real do qual é cópia.

A aparência de direito somente se dá quando um fenômeno manifestante faz aparecer como real aquilo que é irreal, ou seja, quando há uma incoincidência absoluta entre o fenômeno manifestante e a realidade manifestada. O âmbito da aparência são, destarte, os casos de exteriorização material nos quais não existe a correspondência entre a atividade do indivíduo e a realidade dos atos que pratica. Por isso terceiros de boa-fé podem ter em conta a exteriorização e ignorar a realidade oculta.

Nesse sentido, de se frisar que a aparência é um instituto jurídico da modernidade. Não se encontra no direito romano uma teoria geral da aparência, que tampouco aparecerá no medievo – época em que os juristas, no máximo, partindo de algumas hipóteses do direito romano, irão compor a máxima *error communis facit ius*, ou seja, a noção de que o erro comum cria direito.

São elementos que configuram a chamada situação de aparência jurídica e que dão a esta a sua eficácia na tutela da confiança despertada em terceiro, as circunstâncias unívocas, o erro, a boa-fé, onerosidade do ato praticado em erro.

O fundamento da eficácia dos atos praticados com aparência de titularidade deve ser buscado na confiança, na aceção que lhe empresta Niklas Luhmann, sendo de excluir as teorias que baseiam tal fundamento na culpa, na boa-fé subjetiva tão-somente, na simulação ou no risco. O pensamento da confiança integra-se, pois, no sistema jurídico sem romper as suas estruturas e coerência: numa época marcada pela pressão no sentido do incremento da interação humana, e pela tendência da impessoalidade, correlato da urgência de uma maior e enérgica autonomia dos sujeitos, a proteção da confiança diminui os riscos da ação ligada à progressiva interdependência dos sujeitos.

Deste modo a teoria da aparência é hoje capaz de produzir aplicação em tudo. A verdade deve ceder à segurança. A necessidade da tutela da boa-fé ética nas relações sociais determinou essa ampliação do seu sentido originário, circunscrito a algumas hipóteses de tutelas específicas de situações de confiança. A tutela geral da aparência em situações de confiança institucional constitui assim, nesse âmbito, exceção a outros princípios gerais. Sempre que o interesse da sociedade o exija e os terceiros se achem na impossibilidade de conhecer uma situação jurídica qualquer, o que tem a seu favor a aparência de um direito, revestida das formas legais, é considerado pela lei como se o tivera na realidade, ao só objeto de proteger os terceiros que contratam com ele.

Em resumo, a aparência constitui uma tutela geral ou um princípio específico ordenador em situações de confiança porque configura uma pauta diretiva a partir da qual as regras serão criadas ou aplicadas no ordenamento. Requer para sua aplicação uma mediação concretizadora do juiz ou do legislador, quando não positivada. A realidade é um pouco mais que os sentidos ou toda a cautela exigível são capazes de dar conta, e é exatamente para suprir toda essa deficiência estrutural, tão humana e tão moderna, é que nos socorre a teoria da aparência. Esta veio, como se expôs, para evitar esta surpresa que decorre do dar-se conta da desproporção entre a realidade e o que ela aparentava ser. Talvez seja ainda um pouco mais. Quem sabe um corolário na proteção da sinceridade nas relações sociais, que não precisarão pautar-se numa desmedida e descabida desconfiança recíproca? Possível. De todo modo, servirá certamente como um alento para as pessoas, que poderão tratar livremente, confiantes não só nos negócios que celebram, mas também que o ordenamento assegurará que o direito

não será “torto”, mas justo. Para tanto a filosofia do direito se faz, mais uma vez, indispensável.

15. O CONCEITO JURÍDICO-FILOSÓFICO DE APROPRIAÇÃO ECONÔMICA DA TERRA PELO TRABALHO COMO FUNDAMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

15.1 Considerações Iniciais

A posse sempre esteve envolta em polêmicas, desde o alvorecer das considerações jurídicas. Sendo um instituto jurídico que, como nenhum outro, lança o Direito nas exigências da facticidade, para sua análise é preciso adentrar no mundo factual, da apropriação das coisas.

No presente tópico procuraremos apresentar a posse como uma relação social que decorre da necessidade humana de apropriação econômica das coisas, e recebe tutela desde que esta apropriação corresponda a um ideal coletivo, consoante os costumes e a opinião pública. Nesse sentido, há que se singularizar sua autonomia e marcar que esta não se vincula necessariamente ao direito de propriedade.

Para a realização desse desiderato, examinar-se-ão os fundamentos da teoria da posse de Ihering, ressaltando a necessidade de complementação desta para a compreensão exaustiva do fenômeno da posse, sobretudo no que diz respeito ao exame da *causa possessionis*.

A importância da *causa possessionis* na determinação da natureza da posse é demonstrada pela interservação da posse, quando, por circunstâncias objetivas, valoradas e referenciadas socialmente, transmuda-se a maneira do possuidor agir em relação à coisa, apropriando-se da mesma. Na interservação da posse se evidencia a posse como a apropriação econômica da coisa.

Do mesmo modo, o tópico examinará os fundamentos da capacitação daqueles que titularizam a posse, bem como a compressão dos poderes dominiais, a evidenciar, um e outro aspecto, a posse como essa relação social de apropriação

econômica de bens.

Também relevante na presente análise se mostra o acolhimento no Código Civil da função social da posse, sobretudo na ideia de posse qualificada ou posse-trabalho. Essa é efetivamente a grande inovação trazida pelo novel diploma civil, a justificar a determinação minuciosa de seus contornos e efeitos.

Procurou-se quanto a essa última matéria, enfrentar a natureza jurídica do direito consubstanciado no art. 1228, § 4º, do Código Civil, ressaltando que é no conflito do direito de propriedade (propriedade sem função social em face da posse qualificada) que o citado direito codificado se consubstancia e produz os seus efeitos necessários.

Portanto, verificar-se-á no texto que, ao contrário considerou uma parte da doutrina, apressadamente, o Código Civil através do conceito de posse-trabalho de Miguel Reale alterou significativamente a tradicional disciplina da posse no direito brasileiro.

15.2 O Conceito Jurídico-Filosófico de Apropriação Econômica da Terra pelo Trabalho Como Fundamento da Função Social da Posse

A posse tradicionalmente era concebida em nosso direito como uma defesa avançada do direito de propriedade. O direito de propriedade não está sempre em perfeita evidência: freqüentemente ele é contestado por muitas pessoas cujas pretensões parecem igualmente plausíveis. Para saber qual é a pretensão que deve restar vitoriosa na questão da propriedade, é preciso consultar títulos por vezes contraditórios, inquirir-se sobre fatos obscuros, abordar situações difíceis, e, por vezes mesmo, após uma longa instrução, a questão continua ainda duvidosa. Nesse caso, a lei, conforme a razão, almeja que o possuidor seja o preferido, pois, em tais casos, melhor é a condição do possuidor. De resto, enquanto o direito de propriedade não é definitivamente estabelecido, a posse não pode permanecer vacante. O interesse público exige que as terras sejam cultivadas, que os campos não fiquem improdutivos. Para evitar, portanto, as desordens que poderiam

resultar da incerteza da posse, é de todo necessário adjudicar provisoriamente a posse a um dos dois contendores, de decidir aquele que será garantido no exercício dos poderes do domínio até nova ordem. Assim, a posse é o signo e o atributo da propriedade.⁵⁷⁷

No Brasil, o Código Civil de 1916 adotou uma regulamentação clara e ordenada dos direitos reais, adotando a teoria objetiva de Ihering no que tange à posse⁵⁷⁸, através do seu artigo 485, que considerava “possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade”. Posse, para o legislador civil de 1916, era a exteriorização da propriedade.

Para Rudolf Von Ihering, a posse é a exteriorização da propriedade e sua proteção se justifica na garantia da paz social. Para este autor, bastava o elemento objetivo *corpus* para a configuração da posse. São premissas distintas: para Savigny, a princípio, só será posse se configurado o *animus domini*; já para Ihering, tudo será a posse, a não ser que ocorra uma situação legal que retire a possibilidade de posse, configurando assim, uma detenção.⁵⁷⁹

De acordo com Ihering, a posse deve ser compreendida sob dois pontos de vista: como condição do nascimento de um direito e como fundamento de um direito. No primeiro ponto, entende-se que é através da posse, em uma situação transitória e momentânea, que se adquire a propriedade. Citamos o exemplo da aquisição da propriedade a título de legado. Com a morte do *de cujus*, através do *droit de saisine*, os bens são transferidos para os legatários.⁵⁸⁰ Há a transferência

577 CURASSON, M. *Traité des actions possessoires, du bornage et autres droits de voisinage*. Dijon: Victor Lagier Éditeur, 1842, p. 5.

578 O que leva Tito Fulgêncio a comentar: “A doutrina de Ihering foi a inspiradora da teoria legal da posse; quer isso dizer que o instituto passou do direito velho para o direito novo (de 1916) profundamente transformado; tudo isso significa que a interpretação dos preceitos, segundo um dos cânones da hermenêutica, deve seguir a feição atual, isto é, orientar-se pelas luzes e ensino do inspirador”. FULGENCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias*. v. 1. 2. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1978, n. 41, p. 47.

579 IHERING, Rudolf Von. *Teoria simplificada da posse*. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 09.

580 Artigo 1.207 do Código Civil brasileiro.

da propriedade, contudo, se um terceiro está impedindo a sua entrada no bem, não será possível perquirir em juízo as ações possessórias, pois o proprietário-esbulhado nunca teve posse. Será necessário, então, o ingresso de uma ação de imissão na posse.⁵⁸¹

No segundo ponto, referente à posse como fundamento de um direito, esta é entendida como o direito à proteção interdital, o uso do *ius possessionis*. Para Ihering, “a proteção possessória aparece como um *complemento indispensável* da propriedade”.⁵⁸² De forma pontual, Ihering salienta que: (1) a posse constitui a condição de *fato* da utilização econômica da propriedade; (2) assim, o direito de possuir é um *elemento indispensável* da propriedade; (3) atuando a posse como a guarda avançada desta; (4), portanto, a proteção possessória apresenta-se como uma *posição defensiva* do proprietário, com a qual pode ele repelir com mais facilidade os ataques dirigidos contra a sua esfera jurídica⁵⁸³; (5) nega-se, por conseguinte, onde quer que seja, que a propriedade seja juridicamente excluída.⁵⁸⁴

581 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº. 2000.001.06047. Julgamento em 31 de maio de 2000. “Ação de reintegração de posse. O legatário, que nunca teve a posse do imóvel que lhe foi legado, não está legitimado a obtê-la por via da ação de reintegração de posse, podendo reclamar a outorga da posse de imóvel objeto do legado no próprio inventário, ainda assim quando não litigue sobre a validade do testamento (art. 1691 do Código Civil). Ação de anulação do testamento em curso. Falta de legitimidade do legatário para a propositura da ação”.

582 IHERING, Rudolf Von. op. cit., p. 24.

583 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº. 2008.001.32743. Julgamento em 23 de julho de 2008. “Direito Processual Civil. Ação de Reintegração de Posse. Alegação de esbulho. Sentença. Procedência do pedido. Prova testemunhal. Exercício do desforço possessório pela apelada. Artigo 1210 do Código Civil. Exercício da posse indireta pelo apelado pagando impostos. Convém salientar que um dos efeitos mais importantes da posse é a proteção interdital, que abrange o desforço possessório e os interditos propriamente ditos (2007.001.27849 APELAÇÃO CÍVEL - Julgamento: 11/06/2007). Inaplicáveis os princípios da função social da propriedade em favor da apelante que reside no imóvel. Mera detenção. Artigo 1208 do Código Civil. Perfeita a posição do legislador ao reduzir a situação do esbulhador violento ou clandestino à mera detenção. Se inexistente tal proibição no sistema jurídico, paradoxalmente poderia aquele que obteve ilícitamente a posse manejar os interditos possessórios, assegurando a sua defesa jurídica em face do próprio possuidor esbulhado, subvertendo a paz social ao prevalecer-se do exercício arbitrário das próprias razões, sendo a ilegalidade ratificada pelo Poder Judiciário (Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 71). Desprovemento do recurso”.

584 IHERING, Rudolf Von. op. cit., p. 28.

Essa noção tradicional não mais pode ser aceita porque não se coaduna com a ideia contemporânea de posse.

Os bens da vida são bens segundo o uso e não segundo a substância mesma dos bens. Uma atribuição de uso (posse) é legítima se está em conformidade com os limites impostos pelo bem comum, pela destinação universal, sempre anterior a qualquer uso particular. Deste modo, a função social existe, primeiramente, nos bens objeto da posse, para depois se ver destacada e atingida plenamente com o exercício da posse social sobre eles:

A terra é, reconhecidamente, bem de produção; e o que a terra produz ou pode produzir está intimamente ligado à sobrevivência dos seres. A obrigação de fazê-lo e o modo de atingir este desiderato estão na base do campo de atuação do Direito Agrário e, conseqüentemente, no fenômeno agrário. Começa-se com a denominada função social da terra, por alguns equivocadamente denominada função social da propriedade, em Direito Agrário, trocando o continente pelo conteúdo, pois a função social da terra é o gênero, do qual a função social da propriedade é espécie, como o são também a função social da posse, a função social dos contratos etc.⁵⁸⁵

Cada coisa que existe na natureza tem uma função natural. A solução jurídica de um caso concreto deve, normalmente, ser obtida através do recurso conjunto a estas duas fontes, que não são consideradas opostas, mas complementares: por um lado o estudo da natureza e, num segundo momento, a precisa determinação do legislador ou do juiz. A função de cada bem expressa a ordem das tendências ou inclinações naturais aos fins próprios do ser humano, aquela ordem que é própria do homem enquanto pessoa. A terra visa a garantir ao homem um espaço vital digno e suficiente para a sua vida individual e social. Também os bens supérfluos de uma pessoa são todos tidos em comum, no sentido em que o respectivo dono tem o dever de justiça de dispor deles para o benefício daqueles em necessidade, como os pobres.⁵⁸⁶

585 LIMA, Getúlio Targino. A posse agrária sobre bem imóvel. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 42.

586 FINNIS, John. Aquinas: moral, political and legal theory. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 191.

A noção de função de um bem significa assim um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da posse destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. Como explica Teori Zavascki ao tratar dos atos concretos de posse, que são o conteúdo da função social da propriedade:

Por função social da propriedade há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar que sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de proprietário. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidas a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo. Bens, propriedades são fenômenos da realidade. Direito – e, portanto, direito da propriedade – é fenômeno do mundo dos pensamentos. Utilizar bens, ou não utilizá-los, dar-lhes ou não uma destinação que atenda aos interesses sociais, representa atuar no plano real, e não no campo puramente jurídico. A função social da propriedade (que seria melhor entendida no plural, ‘função social das propriedades’), realiza-se ou não, mediante atos concretos, de parte de quem efetivamente tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, assim considerado no mais amplo sentido, seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse.⁵⁸⁷

Nesse diapasão, a posse não expressa uma relação jurídica abstrata, composta pelos *animus* e *corpus* abstratos, mas sim uma relação econômica de cunho concreto. Essa relação econômica é funcionalizada aos bens. Assim, todo homem tem direito ao uso dos bens e à apropriação individual desses bens através da posse, a fim de atender a necessidade individual como também para proporcionar vantagens para o bem comum. Essa importância vem ditada, não só pelo contato do homem com a terra, mas pelo aproveitamento do solo pelo trabalho de acordo com as exigências pessoais e sociais, transformando a natureza em proveito de todos.

Da disposição do art. 1196 do Código Civil, de que, “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos

587 ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: A reconstrução do Direito Privado. MARTINS-COSTA, Judith (Org.). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 844.

poderes inerentes à propriedade”, não resulta que a posse vincule-se sempre ao direito de propriedade. Não há, em nosso direito, uma aceitação integral da teoria de Ihering.

Como Saleilles bem demonstrou, Ihering imaginava que o *corpus* possessório era o exercício visível do direito de propriedade, o fato de agir como proprietário. A posse não seria garantida pelo direito senão em vista de garantir a propriedade mesma. Assim, quando fala do *corpus*, Ihering não tem em vista senão o direito de propriedade.

Para ele, o *corpus* consiste no fato de se agir como proprietário, e o *animus* é a vontade aplicada ao próprio *corpus*; sendo a posse, portanto, a vontade de agir como proprietário. Ihering define o *animus* como a vontade de se tornar visível como proprietário. Não há a intenção de dono, mas tão somente vontade de proceder como procede habitualmente o dono, que seria a *affectio tenendi*. Não é, portanto, necessária a prova da intenção do possuidor, a ideia do *animus* já estaria contida na própria ideia de *corpus*, e seria observável quando o possuidor desse à coisa sua devida destinação econômica. Porém, a vontade de agir como proprietário é inconciliável com um título anterior exclusivo da pretensão ao direito de propriedade.

Pode-se objetar que a vontade de agir como proprietário não equivale inteiramente ao fato de querer ser proprietário. No entanto, se alguém preliminarmente declara que não quer ser proprietário, o direito não pode ter em conta uma vontade que consistirá em fazer aquilo que ele se engajou a não fazer. A teoria possessória romana bem pode admitir o benefício dos interditos aos ladrões, mas com a condição que eles não sejam preliminarmente reconhecidos por essa qualidade, porque, de resto, a se ater ao fato, ignora-se se há um roubo. Se agora a lei protegesse aqueles que, preliminarmente, manifestassem a sua intenção de roubar, haveria uma contradição insanável. Portanto, o *animus detinendi*, quer dizer, a vontade aplicada ao exercício do direito de propriedade, é inconciliável com uma vontade anterior exclusiva de propriedade.

No caso do ladrão que, roubando ou furtando, se apodera das coisas alheias, ou do usurpador que expulsa do imóvel o proprietário, há *corpus*

denotando um vínculo de apropriação econômica (a posse é adquirida), mas este está em contradição com a exterioridade ou visibilidade do domínio em que a posse consiste. Quem já viu, observa Saleilles, o proprietário empregar os processos do ladrão ou do usurpador para se apossar da coisa? Tais processos não se conformam com as atitudes normais do proprietário; pelo contrário, contradizem-nas.⁵⁸⁸

A contradição de Ihering, portanto, é a de ter colocado em primeiro plano a questão do direito naquilo que concerne ao *corpus* e de querer a rejeitar naquilo que pertine ao *animus*. Para o referido autor, o *animus* não visa ao direito de propriedade. Todavia, ele se refere ao elemento material da posse, o *corpus*. Como é possível que assim seja se o próprio *corpus* é modelado sobre o direito de propriedade? O possuidor deverá se conduzir voluntariamente, portanto conscientemente, como um proprietário; entretanto, ele poderá ter afirmada sua vontade de não pretender a propriedade. Querer se conduzir como proprietário e renunciar a se dizer proprietário, eis a contradição no pensamento de Ihering.⁵⁸⁹

Portanto, também no nosso direito, onde se garante a posse do ladrão ou do usurpador, desde que ele não se apresente *prima facie* por meio dessa qualidade⁵⁹⁰,

588 PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Corpus e animus na posse em direito romano*. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1936, p. 114.

589 SALEILLES, Raymond. *Étude sur les éléments constitutifs de la possession*. Dijon : Imprimerie Darantie, 1894, p. 175-176.

590 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº. 6142 MT. 2001.36.00.006142-6. Julgamento em 09 de outubro de 2007. Publicação do Acórdão: 09/11/2007 DJ p.69. “CIVIL. PROCESSO CIVIL. POSSE. FATO. CARACTERIZAÇÃO. BOA E MÁ FÉ. PRODUÇÃO DE PROVAS. NECESSIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO ANTECIPADO. I. A posse, na configuração que lhe empresta o sistema jurídico brasileiro, é instituído independente da propriedade, merecendo regramento normativo próprio, inclusive com os mecanismos de sua tutela. A posse é fato antes de tudo, ou de outro modo, é “poder de fato sobre a coisa”. O exercício desse poder, evidentemente, determina manifestações objetivas, os atos de posse propriamente ditos, e subjetivas, donde se falar em boa e má fé e em posse com *animus domini*. Posse de boa fé é a que não possui nenhum dos apontados vícios da posse, isto é, violência, clandestinidade e precariedade, ou a que se exercita sem a consciência de sua existência, não se confundindo com a posse dotada de *animus domini*, exigida, v.g., para o reconhecimento da ocorrência de algumas espécies de usucapião, esta sim, trás no elemento subjetivo a ideia de domínio, ânimo, postura de dono. II. Dito isso, o exame da caracterização da posse, como fato, dificilmente prescinde de dilação probatória, em especial pela ótica do reputado possuidor que deve demonstrar o exercício da posse,

também há que se proteger a posse como um instituto jurídico autônomo, desvinculado de qualquer direito subjacente, não sendo possível, portanto, proceder a uma interpretação literal do art. 1196 do Código Civil, protegendo-se a posse somente nos casos em que há possibilidade de propriedade.

A posse, na realidade, consiste em uma manifestação exterior da apropriação econômica da coisa, isto é, um estado fático tal que revela o senhorio de fato da coisa, aquele que a tem sob sua dependência e que a faz servir para a satisfação de suas necessidades econômicas. O *animus* aplicado ao *corpus* será, por conseguinte, a vontade de realizar a apropriação econômica da coisa, a vontade de agir como senhor de fato da coisa.⁵⁹¹ A posse refere-se a uma vontade do indivíduo que deve ser respeitada pela necessidade mesma de todos de apropriação e exploração econômica das coisas, desde que esta vontade corresponda a um ideal coletivo, consoante aos costumes e à opinião pública.

Sendo a posse uma relação de poder que se apresenta à consciência popular como relação de fato, é essa consciência social, perante determinadas situações, que considera caracterizada essa dominação necessária à aquisição e à continuação da posse.

Dessa maneira é a psicologia social que atribui ao comprador a posse dos objetos por ele adquiridos, desde o momento em que foram depositados em sua casa, durante sua ausência. Não é preciso a apreensão por parte do comprador ou de alguém da sua casa.⁵⁹²

assim como a inexistência de vícios. III. A mera ciência ou não da titularidade do domínio não é elemento por si só suficiente para demonstrar a boa ou má fé da posse, razão pela qual, mostra-se inadequado o julgamento antecipado, havendo a necessidade de realização de provas. IV. Recurso provido”.

591 SALEILLES, Raymond. Étude sur les éléments constitutifs de la possession. op. cit., p. 183

592 No antigo Código Comercial, o art. 199 dispunha que a tradição da coisa vendida (transmitente do domínio e posse de coisa móvel), na falta de estipulação expressa, deve fazer-se no lugar onde a mesma coisa se achava ao tempo da venda; e pode operar-se pelo fato da entrega real ou simbólica, ou pelo do título, ou pelo modo que estiver em uso comercial no lugar onde deva verificar-se.

Vê-se que a disciplina do Código Comercial já atendia aos reclamos da necessária agilidade que sói permear as operações comerciais, muito mais afetas aos usos pela dinâmica que

No caso do animal bravo, apanhado na armadilha do caçador, a consciência social considera adquirida a posse, antes que o possuidor saiba de sua apreensão.

O mesmo ocorre com relação à marca aposta pelo comprador em certas mercadorias que ele deixa em poder do vendedor; e, no direito justinianeu, quanto à entrega das chaves do armazém em que se encontram os gêneros vendidos.

A consciência social considera esses fatos suficientes para indicar a senhoria da coisa, necessária à aquisição da posse. Assim, o *corpus* é a disponibilidade da coisa, segundo a consciência social, entendida essa como o aspecto negativo da relação possessória (o aspecto positivo é a atuação do possuidor), ou seja, consistente na abstenção socialmente aceita por parte de terceiros relativamente à coisa possuída.⁵⁹³ Como diz Perozzi, os homens depois que obtiveram um certo grau de civilidade, se abstêm socialmente de intervir em uma coisa que aparentemente não seja livre, isto é, com possibilidade de que alguém em situação facilmente perceptível pretenda a exclusiva disponibilidade. Em razão desse costume social, aquele que manifesta a intenção de que todos se abstenham da coisa para que ele possa dispor com exclusividade, sem que encontre resistência a isso⁵⁹⁴, resta investido a respeito desta de um poder

requerem do que aos lindes que juridicamente se podem positivar. O Código Civil de 2002, ao admitir em seu art. 529, a substituição da tradição da coisa pela do título que a representa, institui a possibilidade *ope legis* da venda sobre documentos, estes aqui adrede mencionados no plural para realçar a possibilidade de serem exigidos pelo contrato ou pelos usos, além do só título representativo da coisa.

Reconhecia-se então no Código Comercial a posse ficta, a evidenciar ser esta um fato socialmente reconhecido, naquele caso, pelos usos e costumes comerciais.

593 PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Corpus e animus na posse em direito romano*. op. cit., p. 145-146.

594 PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Apelação n.º. 364/1999. Acórdão julgado em 04 de março de 2008. “Caminho público. Domínio público. Utilidade pública. Atravessadouro. Legislação: Artigos 84º da Constituição e artigos 1383º e 1384º do Código Civil. Os bens são do domínio público - para além dos casos de domínio directo e imediato do público - quando assim são classificados pela Constituição ou pela lei ordinária, por deferência daquela. Nos termos do Assento do STJ, de 19.04.1989, “são públicos os caminhos que, desde tempos imemoriais, estão no uso directo e imediato do público”. É imprescindível a afectação dos caminhos à utilidade pública, de tal forma que cessando essa utilidade cessa a dominialidade pública. A posse imemorial verifica-se quando um

chamado posse, que pode ser definido como a plena disposição de fato de uma coisa.⁵⁹⁵

Portanto, consoante os postulados da teoria social e o entendimento de Saleilles, sendo a posse uma relação de apropriação econômica, para estabelecer essa relação não é suficiente, como imaginava Ihering, se ater às aparências de fato, tais como a exploração da coisa. É preciso remontar à tomada da posse e ver em que circunstâncias e em que condições jurídicas ela teve lugar: é preciso que em um momento dado aquele que se pretende possuidor tenha afirmado sua senhoria sobre a coisa. Assim, é a *causa possessionis* que decide a questão de se saber se há posse ou detenção.⁵⁹⁶

A *causa possessionis* determina que se deva averiguar primeiramente os fatos que constituem uma relação durável e interessada com a coisa, qual seja, a circunstância do possuidor se servir e explorar a coisa em seu interesse, para si, de se colocar em senhorio dela.

Assim, na usucapião, o *animus* de apropriação econômica é frisado para, desde logo, afastar a possibilidade de usucapião dos fâmulos da posse. Em seguida, devem ser excluídos os que exercem temporariamente a posse direta, por força de obrigação ou direito, como, dentre outros, o usufrutuário, o credor pignoratício e o locatário. Nenhum deles pode adquirir, por usucapião, a propriedade da coisa que possui em razão do usufruto, penhor ou locação. É que, devido à causa da posse, impossível se torna possuírem como proprietários. Necessário, por conseguinte, que o possuidor exerça posse com *animus* de apropriação econômica. Se há obstáculo objetivo a que possua com esse *animus*, não pode adquirir a propriedade por usucapião. A existência de obstáculo subjetivo impede apenas a aquisição que requer boa-fé. Por fim, é preciso que a intenção de

determinado estado de facto teve uma permanência uniforme por um espaço de tempo que excede a memória de todos os homens. Sendo construída uma nova via que passa a ser mais utilizada pelo público que o caminho que atravessa um prédio particular, convertido este caminho em mero atravessadouro deve considerar-se abolido”.

595 PEROZZI, Silvio. Istituzioni di diritto romano. v. 1. Roma : Casa Editrice Dott. F. Vallardi, 1925, p. 823.

596 SALEILLES, Raymond. Études sur les éléments constitutifs de la possession. op. cit., p. 191.

possuir como dono exista desde o momento em que o prescribente se apossa do bem. Inexistindo obstáculo objetivo, presume-se o *animus* de apropriação.

A posse como apropriação econômica da coisa evidenciada objetivamente pela *causa possessionis* é particularmente visível na promessa de compra e venda. No contrato particular de promessa de compra e venda não há desdobramento da posse e, portanto, afasta-se a configuração de obstáculo objetivo para a posse qualificada, uma vez que, quando, por força de obrigação ou direito, em casos como do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, se exerce temporariamente a posse direta, não anula esta às pessoas, de quem eles a houveram, a posse indireta. Consoante o Código Civil, em seu artigo 1.197, o desdobramento da posse funda-se em um título jurídico, onde a posse direta tem, por natureza, duração limitada. Em outras palavras, havendo, de parte do possuidor pleno, demissão temporária da sua posse, há o desdobramento desta em direta (ou imediata) e indireta (ou mediata).

Ocorre que, no contrato de promessa de compra e venda, o promitente vendedor, quando se demite da posse da *res*, não o faz de forma temporária. E isso porque, ao final da aludida avença, em regra, a posse da coisa não lhe é restituída, mas sim consolidada nas mãos do promitente comprador (com a outorga da escritura pública). Se a posse do promitente comprador é plena, tem este, por consectário, *animus* de apropriação. Se, por algum fato *relevante* e *duradouro*, se opera o fenômeno da intersversão na posse (art. 1203 CC, “salvo prova em contrário”), com a apropriação econômica da coisa, ocorre e possibilita-se a posse qualificada, *ad usucapionem*, como bem decidiu a 18ª Câmara Cível do Tribunal do Rio Grande do Sul:

O aspecto relacionado com a possibilidade de alguém que assume um compromisso de compra e venda de bem imóvel, venha, posteriormente, o usucapir, envolve a questão da inversão da natureza da posse.

A posse contratual, agregada à omissão dos interessados, pode se transformar, com o passar do tempo, em autêntica posse *ad usucapionem*. São as mudanças de concepções, decorrentes da socialização do direito e da autonomia da posse enquanto valor ou utilidade social, capaz de transformá-la em domínio independente da sua origem.

Portanto, a intersversão da posse é fenômeno jurídico permissivo (art. 1.203 do CC) de quem começa a exercer poder de fato sobre a coisa, a título de promitente comprador

e, ao final, muda o título de sua posse.

Além disso, a possibilidade de o promitente comprador adquirir o domínio de um imóvel, quando preenchidos os requisitos do art. 183 da CF, ou seja, o reconhecimento da usucapião especial, nestes casos, se dá, principalmente pelo valor atribuído pelo ordenamento jurídico à função social da propriedade.

Nossa legislação vem, paulatinamente, melhor definindo o campo de interferência e de participação do Estado nos rumos e no sentido do direito de propriedade individual, e também no direcionamento do equilíbrio entre o direito individual e o coletivo.

O sentido jurídico da expressão “função social” na Constituição Federal de 1988, no significativo, ou seja, quando apresentada no Capítulo da “Política Urbana” tem pertinência à melhor ordenação das cidades, voltado para o coletivo interesse de propiciar e assegurar o bem-estar de seus habitantes.

In casu, a prescrição aquisitiva, por evidente, se implementou. Primeiro, porque o contrato de promessa de compra e venda de fls. 14/15 foi firmado em 30 de agosto de 1994. O apelado deixou de pagar as parcelas a partir de agosto de 1995 e a presente ação foi ajuizada em 30 de julho de 2002, decorridos, pois, cinco anos de posse pacífica e ininterrupta, sem oposição. Isso é incontroverso nos autos. O animus de dono restou caracterizado, como se disse, em razão do próprio contrato.

A questão relacionada à prescrição da ação de cobrança perde relevância em razão do argumento acima mencionado. Portanto, preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 183 da CF/88, mantenho a sentença, julgando improcedente o apelo interposto.⁵⁹⁷

A posse é um instituto que decorre da consciência social, como demonstrado. Via de regra, não é possível a usucapião porque um dos requisitos desta é a existência de posse própria (art. 1238 CC, “possuir como seu”) que é incompatível com a posse direta do promitente-comprador. Sendo o promitente-comprador possuidor direto, sua posse se subordina à posse indireta do promitente-vendedor, não possuindo o imóvel como se fosse proprietário dele (posse própria), mas, tão somente, em decorrência de um contrato celebrado com o proprietário, que tem sobre a coisa a posse indireta, esta sim posse própria (continua a possuir a coisa como sua).

597 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70011868072. Acórdão de 29 de setembro de 2005.

Todavia, sendo a posse, no caso *ad usucapionem*, eminentemente um exercício social de apropriação econômica da coisa, há sempre a possibilidade de inicialmente existir a posse não própria, como a do promitente comprador e, em ocasião posterior, modificar-se essa situação, passando a existir a posse com *animus* de apropriação, pela chamada *interversio possessionis*. Para que isto se verifique, deve o possuidor praticar atos que demonstrem o querer agir na condição de proprietário, como a realização de benfeitorias, a interrupção no pagamento das prestações, a desobediência às ordens do proprietário etc.

Na hipótese, suspensos os pagamentos e restando omissos os promitentes vendedores pelo prazo de prescrição aquisitiva da usucapião especial, previsto no art. 183 da CF, além dos demais requisitos desse mesmo dispositivo constitucional, evidente que ocorreu a interversão na posse e o possuidor passou a atuar com *animus* de apropriação sobre a coisa. Há posse em nome próprio, sem subordinação ao antigo dono, e, por isso mesmo, posse com força *ad usucapionem*.⁵⁹⁸

Portanto, é a mudança na *causa possessionis* (o justo título para a posse, aliado ao decurso do tempo e a ausência de oposição do promitente vendedor durante esse lapso temporal), na *interversio possessionis*, que define a natureza da posse, no caso, a posse *ad usucapionem*. Será justo título, como requisito para a usucapião, aquele que legitima o fato da posse, pois o justo título não há o de ser o da propriedade, mas, tão-só, o da posse. Justo título, para a posse, é o motivo jurídico pelo qual o possuidor começou a deter a coisa e a havê-la como própria, ou seja, a ‘veemente aparência de legitimidade’, de acordo com as regras jurídicas vigentes. Nesse conceito, portanto, o justo título da posse é aquele que sirva para legitimar a consciência social de que o possuidor tem direito à posse do bem em razão de um ato juridicamente admitido pelo ordenamento. Tem justo título para posse aquele que passa a ocupar um imóvel, com ânimo de apropriação, em razão de um contrato de promessa de compra e venda celebrado com aquele

598 Nesse sentido, as conclusões da III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em seu Enunciado 237 - Art. 1.203: É cabível a modificação do título da posse – *interversio possessionis* – na hipótese em que o até então possuidor direto demonstrar ato exterior e inequívoco de oposição ao antigo possuidor indireto, tendo por efeito a caracterização do *animus domini*.

que detinha a titularidade do domínio, pois este podia alienar o domínio e estava legitimado a transferir a posse do bem. Tendo havido a *interversio possessionis* e o decurso do tempo, transmudou-se a *causa possessionis* e, conseqüentemente, a posse. Como já reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça:

Insurge-se o recorrente contra o reconhecimento da posse com **animus domini** exercida pelo autor, uma vez que – segundo diz – tal natureza é incompatível com a posse precária por ele obtida mediante a celebração de um compromisso de venda e compra, do qual se tornou inadimplente. Em suma, a posse precária impede a aquisição por meio da usucapião.

É possível, porém, de acordo com a jurisprudência desta Corte, a transformação do caráter original da posse, ou seja, de não própria, para própria. Quando do julgamento do REsp nº. 220.200-SP, de que foi Relatora a Ministra Nancy Andrighi, a c. Terceira Turma decidiu, sob a ementa seguinte: “Processo civil e civil. Recurso Especial. Promessa de compra e venda de imóvel. Usucapião extraordinário. Transformação do caráter originário da posse. Dissídio. Caracterização.

- O fato de ser possuidor direto, na condição de promitente-comprador de imóvel, a princípio, não impede que este adquira a propriedade do bem por usucapião, uma vez que é possível a transformação do caráter originário daquela posse, de não própria, para própria.

- A caracterização do dissídio jurisprudencial ensejador de Recurso Especial exige que o acórdão recorrido tenha divergido de afirmação assentada no paradigma e que os julgados comparados tenham analisado questão delineada faticamente de modo semelhante.

(..)

Recurso Especial não conhecido”.

Em seu douto voto, a eminente Relatora anota inexistir, **a priori**, “incompatibilidade entre ser possuidor direto, na condição de promitente-comprador do imóvel, e adquirir a propriedade por usucapião, pois há sempre a possibilidade da mudança do caráter da posse, de não própria para própria”. Para que isto se verifique – anota a Ministra Relatora – “deve o possuidor praticar atos que demonstrem o querer agir na condição de proprietário, como a realização de benfeitorias, a interrupção do pagamento de aluguéis, a desobediência às ordens do proprietário”.

É precisamente o que se deu no caso presente. Em determinado momento, o compromissário comprador deixou de solver as prestações ajustadas, sem nenhuma oposição do promitente vendedor. A sentença coligiu, com efeito, os elementos que conferem ao ora recorrido o exercício da posse própria, com o ânimo de proprietário. São palavras textuais do MM. Juiz de Direito: “o autor pôde, tranqüilamente,

construir sua casa de morada, no lote, e lá permanecer por mais de 20 (vinte) anos, sempre no mesmo local, criando sua família, pagando os impostos relativos ao imóvel, etc., sem que fosse importunado no exercício da posse” (fl. 216). O Acórdão recorrido apresentou idênticos contornos fáticos: “não há como negar-se que, possuindo o imóvel há quase três décadas, nele residindo e construindo benfeitorias, esteja plenamente caracterizado o **animus domini** do autor e, conseqüentemente, em conjunto com os demais requisitos, a prescrição aquisitiva” (fl. 263).

Vale dizer, transformou-se a posse primitiva, de direta (não própria) que era, em oposição à posse indireta do promitente vendedor, em posse própria, de tal modo a permitir agora a aquisição do bem imóvel via usucapião.

Cumprе ressaltar que tal entendimento não se mostra escoteiro nesta Casa. O voto condutor do precedente acima mencionado evoca um julgado oriundo desta Quarta Turma, o REsp nº 154.733-DF, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, no qual se tratou também de modificação no caráter original da posse que, a partir de certo momento, assumiu a feição de posse em nome próprio, “sem subordinação ao antigo dono e, por isso mesmo, com força **ad usucapionem**”.⁵⁹⁹

A posse, como uma relação de apropriação econômica da coisa, evidencia-se pelo fato de que a posse, para consumir-se, exige o discernimento intelectual. Ou seja, para haver posse, é necessário que a pessoa tenha a possibilidade de entender o caráter do ato praticado, o queira realmente, e o ato seja socialmente reputado com aquelas características.

Isso já se encontrava expresso no direito romano, onde se dispunha que o incapaz e o pupilo (menor) não podiam começar a possuir sem a autoridade do tutor, porque não têm a intenção de ter, ainda que especialmente toquem com seu corpo a coisa; mas o pupilo (menor) poderia começar a possuir, ainda que sem a autoridade do tutor, se for de tal idade que tenha discernimento:

El furioso y el pupilo no pueden comenzar á poseer sin la autoridad del tutor, porque no tiene na intención de tener, ainda que especialmente toquen con su cuerpo la cosa, á la manera que si alguno le pusiera en la mano alguna cosa al que duerme; pero el pupilo comenzará a poseer con la

599 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 143.976 - GO. Acórdão de 06 de abril de 2004. “Usucapião extraordinária. Promessa de venda e compra. Transmutação da posse, de não própria para própria. Admissibilidade. Recurso especial não conhecido”.

autoridad del tutor. Ciertamente que Ofilio y Nerva, el hijo, dice que el pupilo puede comenzar a poseer aun sin la autoridad del tutor, porque esta es cosa de hecho, no de derecho; cuya opinión puede ser admitida, si fueran de tal edad, que tengan entendimiento.⁶⁰⁰

Savigny especificamente se refere a essa passagem ao afirmar que a idade baixa exclui a possibilidade de aquisição da posse, mas que, quanto à incapacidade dos impúberes que não são mais crianças se aplica a seguinte regra: a aquisição da posse é sempre possível quando o tutor intervém; ela não é necessária para o pupilo (menor) agindo por si só, quando este é suficientemente desenvolvido para poder compreender e querer seriamente essa aquisição.⁶⁰¹ Também Mackeldey concorda com tal assertiva, dizendo que o infante pode possuir se tiver saído da infância e seja de tal idade que tenha entendimento.⁶⁰² Assim é a intelectividade da apreensão do fato, caracterizada pelo querer da sua utilização para um fim do agente, e corporificada nos atos materiais para tanto, que caracteriza a posse, ou seja, apreensão com finalidade útil ou apropriação econômica da coisa.

O art. 443 do Código Civil espanhol é expresso nessa questão, ao dispor que, *“los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas; pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor”*. A posse é assim uma apreensão material e intectiva da coisa em seu significado na consciência social da coletividade.⁶⁰³

600 D. 41, 2, 1, 3. GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso (trad). *Cuerpo del derecho civil romano. Primeira Parte. Digesto. Tomo III. Tradução para o espanhol do Corpus Iuris Civilis*, publicado por Krieger, Hermann e Osenbrüggen. Edição fac-símile da publicada em Barcelona, 1897. Valladolid: Editorial Lex Nova, 1988, p. 319.

601 SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Traité de la possession en droit romain*. 3 éd. Paris : A. Durand et Pedone-Lauriel Éditeurs, 1879, p. 231-232.

602 MACKELDEY, F. *Manual de derecho romano*. Madri: Imprenta de Don Jose Maria Alonso, Editor, 1847, p. 225.

603 Quanto à intelectividade a caracterizar a apreensão econômica da coisa, pensemos em uma pessoa insana, até mesmo interdita, que, em virtude do impedimento legal, não pode realizar negócios ou celebrar contratos na ausência de seu curador. Se esta pessoa, apesar da insanidade mental, possui discernimento suficiente para usufruir e cuidar de um bem que lhe pertença ou que esteja em seu poder, não se lhe pode negar a condição de possuidor. Verifica-se neste caso que o insano, embora não tenha capacidade de fato – o

No direito brasileiro, o menor que não é mais criança, de idade entre doze e dezesseis anos, absolutamente incapaz para os atos da vida civil, pode praticar atos jurídicos *stricto sensu*, ilícitos, como tais reputados atos infracionais, e, em decorrência deles, como nos atos infracionais equivalentes ao furto e ao roubo, pode adquirir posse dos objetos furtados ou roubados.⁶⁰⁴ Como bem estabelecido

que é indiferente para a prática de um ato jurídico *stricto sensu* –, tem capacidade natural, pois possui discernimento suficiente para possuir, apreendendo economicamente a coisa. Reflita-se, por exemplo, no caso de uma pessoa idosa, de idade aproximadamente de sessenta anos, habituado às lides do campo, de uma compleição física forte e um comportamento muito tímido, acanhado, manifestando-se, quando instado a fazê-lo, como se fosse uma criança.

Tal pessoa pode, porventura, cultivar e manter uma horta em seu terreno. Dotado de habilidade na arte do plantio, pode o interdito mesmo, ser contratado para serviços rurais por sítiantes da região, sendo os referidos contratos celebrados por intermédio de seu curador, pois ele não teria discernimento suficiente que lhe permitisse negociar preço de empreitada ou diária de prestação de serviços, podendo ser facilmente ludibriado em virtude de sua situação de vulnerabilidade. No entanto, tal interdito pode proteger a sua terra, garantindo que no seu sítio ninguém entrasse, além das pessoas da família ou dos vizinhos confiáveis. Ele pode cuidar de sua terra com apreço e determinação, evitando qualquer ato de esbulho ou de turbação que pudesse ser perpetrado contra seu imóvel.

Seria possível, neste caso, negar a esta pessoa a qualidade de possuidor? Negar-lhe a possibilidade de tutelar o seu patrimônio por meio da autodefesa da posse ou das ações possessórias? Parece que não. Na verdade, embora tal pessoa não tenha capacidade de fato, em razão de sua insanidade mental, que reduz a capacidade de coordenar suas faculdades psíquicas, razão pela qual ele não tem condições de celebrar sozinho os contratos de prestação de serviços e de empreitada, seu discernimento é suficiente para compreender que aquele imóvel onde morava lhe pertencia, e que com ele deveria ter todos os cuidados de um bom possuidor, o que o coloca nas condições de exercer posse.

604 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação criminal nº. 2004.016509-9. Acórdão de 31 de agosto de 2004. “Apelação Criminal. Adolescente. Ato infracional. Furto qualificado. Confissão corroborada pelos demais elementos de convicção. Autoria e materialidade amplamente comprovadas. Recurso desprovido. Se o adolescente admite haver praticado o ato infracional e a confissão harmoniza-se com os demais elementos de prova constantes dos autos, torna-se impossível o acolhimento da pretensão absolutória deduzida no apelo. Almejado reconhecimento da tentativa. Posse mansa e pacífica da res furtiva. Inviabilidade. A circunstância do adolescente haver detido a posse mansa e pacífica da res furtiva após o esgotamento do iter criminis necessário para a consumação do ato infracional inviabiliza a desclassificação do furto consumado para tentado. Absolvição. Pretensão fundada na ausência de prejuízo para as vítimas. Inadmissibilidade. Ato infracional consumado. Apreensão e devolução dos objetos realizada pela autoridade policial. Antijuridicidade não elidida. Argumento repellido. Nos crimes contra o patrimônio, a recuperação do bem subtraído não pode ser admitida como causa da atipicidade da conduta do agente. Isso porque os crimes patrimoniais ficam tipificados pelo assenhoreamento do bem de valor juridicamente relevante, animado pela intenção

pelo Ministro Moreira Alves no RE n°. 102.490-SP, o conceito de posse para fins de aplicação da lei penal é aquele haurido no direito civil, não existindo conceitos de posse e propriedade peculiares ao direito penal. Há posse da coisa quando ocorre de fato o exercício dos poderes inerentes à propriedade. Ela se adquire por apreensão, e se perde pela posse de outrem, ainda que contra a vontade do possuidor, se este não foi mantido ou reintegrado em tempo competente, sendo certo que não induzem à posse os atos violentos ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade, e que o possuidor esbulhado poderá restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo. Deste modo, há *aquisição da posse por apreensão* pelo menor adolescente, e a conseqüente perda da posse contra a vontade do antigo possuidor, quando este tem o poder de fato sobre a coisa, imediatamente depois de cessada a violência ou clandestinidade.⁶⁰⁵

Assim o é porque, em se tratando de aquisição da posse a título originário, haverá sua configuração por meio da apreensão ou da ocupação. Para este fim, não é peremptoriamente necessária a capacidade de fato para o ato. Na realidade, a capacidade de fato é exigida para a celebração do negócio jurídico, conforme prevê o art. 104, I, do Código Civil. Assim, se o agente for absolutamente incapaz, o negócio jurídico celebrado será nulo, e se for relativamente incapaz, o negócio

dolosa do agente, evidenciando sua culpabilidade no violar o ordenamento jurídico-social' (RT 704/361). Medida sócio-educativa. Internação. Almejada substituição. Impossibilidade em face da reiteração de infrações graves. Inteligência do art. 122, II, do ECA. Recurso desprovido. Não obstante constitua medida excepcional, a internação em estabelecimento educacional - destinada apenas às hipóteses expressamente previstas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 121, caput, ECA) - mostra-se a mais adequada à reeducação e ressocialização de menor que comete, reiteradamente, atos infracionais graves”.

605 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n°. 102490-SP. Acórdão de 16 de dezembro de 1987. DJ de 16 de agosto de 1991, p. 10787. RTJ v. 135, p. 161. “Roubo. Momento de sua consumação. O roubo se consuma no instante em que o ladrão se torna possuidor da coisa móvel alheia subtraída mediante grave ameaça ou violência. Para que o ladrão se torne possuidor, não é preciso, em nosso direito, que ele saia da esfera de vigilância do antigo possuidor, mas, ao contrário, basta que cesse a clandestinidade ou a violência, para que o poder de fato sobre a coisa se transforme de detenção em posse, ainda que seja possível ao antigo possuidor retomá-la pela violência, por si ou por terceiro, em virtude de perseguição imediata. Aliás, a fuga com a coisa em seu poder traduz inequivocamente a existência de posse. E a perseguição - não fosse a legitimidade do desforço imediato - seria ato de turbação (ameaça) à posse do ladrão. Recurso extraordinário conhecido e provido”.

será anulável.

O negócio jurídico é uma modalidade de ato jurídico *lato sensu*, consistente na manifestação de vontade capaz de produzir efeitos jurídicos coordenados pelo agente. O negócio jurídico não pode ser confundido com o ato jurídico *stricto sensu*, o qual consiste, normalmente, em um ato material, praticado intencionalmente pelo agente, cujos efeitos estão preestabelecidos na lei, não podendo ser modificados pela vontade do sujeito. O ato jurídico *stricto sensu* é volitivo, porém, de regra, a vontade do agente encontra-se implícita no seu comportamento material. A apreensão ou a ocupação da coisa, assim como o próprio exercício da posse, constituem também atos jurídicos *stricto sensu*, pois consistem em atos materiais volitivos cujos efeitos estão preestabelecidos no ordenamento jurídico.

Para a prática do ato jurídico *stricto sensu*, não há necessidade sempre de o agente ter capacidade de fato. Assim, para adquirir a posse de determinado bem por meio da ocupação ou da apreensão, assim como para exercê-la, não é necessário que o agente tenha capacidade de fato, mas sim, capacidade natural. Capacidade natural é aquela que deriva do discernimento mínimo que a pessoa deve ter para compreender o ato que está praticando. Assim, se um menor, com quinze anos de idade, tem discernimento suficiente para apreender uma coisa alheia, agindo como se fosse proprietário, utilizando-a e dela usufruindo, cuidando e protegendo como se lhe pertencesse, é evidente que se encontra na condição de possuidor, e, como tal, se sujeita às conseqüências da prática desse ato infracional, como a aplicação da medida sócio-educativa privativa da liberdade, ou a internação, por exemplo. Não houvesse o discernimento possível do caráter ilícito de apreensão da coisa, como no caso da criança, a medida sócio-educativa não poderia ser aplicada, sendo cabíveis apenas as medidas específicas de proteção (art. 101 c/c 105 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Sendo a posse um ato de apropriação econômica, há que se reconhecer que ela tanto se poderia configurar pela apreensão de uma coisa móvel quanto pela ocupação de uma coisa imóvel, ainda que o possuidor não tivesse senão uma

capacidade natural.⁶⁰⁶ Como bem explica Pontes de Miranda, ao doutrinar que não é necessária a capacidade de fato para adquirir a posse, mas, tão somente, a capacidade natural:

Se o absolutamente incapaz recebe de alguém uma coisa, de presente, ou não, não se torna proprietário dela, mas adquire a posse. Toda distinção, aí, entre detenção física e posse seria fora de propósito, tanto mais quanto, no mundo fático, aquela é apenas uma das espécies de posse. Procurou-

606 A capacidade de fato representa a aptidão para o exercício autônomo de direitos e para a assunção de obrigações. Trata-se, portanto, de uma espécie que comporta gradações conforme o maior ou menor grau de discernimento exigido em lei para a implementação válida de determinado ato jurídico. Em forma mais rudimentar, a capacidade de fato associa-se à consecução de atos jurídicos em sentido estrito; num plano mais elevado – o negocial – reveste-se de uma feição mais elaborada, reconhecida pela lei apenas àqueles que tenham atingido determinado patamar etário ou que tenham galgado certo nível de desenvolvimento intelectual.

A capacidade de fato pode ser vista, como a autonomia da vontade revestida de um caráter dogmático, decorrente do amparo legal que suscita. Ela, então, retira-se do campo meramente ético, vinculando-se ao Direito”.

Partindo-se dessa ótica, percebe-se que capacidade de fato e autonomia distanciam-se na justa medida em que esta última é conceitualmente dinâmica e concreta. A capacidade de fato, a seu turno, representa a estratificação genérica de habilidades e competências. Curiosamente, essas características, que à primeira vista poderiam ser reputadas como indesejáveis e restritivas, traduzem o fundamento e a utilidade do instituto. Justamente por se firmar em padrões estáveis e predeterminados, a capacidade de fato viabiliza e assegura o fluxo negocial. Por sua abstração, ela permite que se firme a paridade entre os sujeitos intervenientes nas relações jurídicas. Vê-se, portanto, que a capacidade de fato, ao “cristalizar” a autonomia, não presta um desfavor ao ordenamento jurídico; antes, dota-o de condições de operacionalidade. Entretanto, se o papel desempenhado pela capacidade de fato é de destacada importância, tal circunstância não inibe as críticas que derivem daquelas características antes declinadas. Assim, a estratificação da capacidade de fato gera situações perplexas, tais como a de se dormir incapaz e se acordar capaz. Sua abstração, no afã de generalizar, despreza as particularidades do caso concreto e acaba, paradoxalmente, gerando a desigualdade.

Nesse jogo tormentoso de prós e de contras, uma só certeza parece firmar-se: a capacidade de fato é um “mal necessário”. Todavia a gravidade desse mal pode ser mitigada mesmo em sistemas como o nosso, em que se procede a uma cisão abrupta entre os capazes e os incapazes.

É incontestável que, idealmente, não deve haver fratura rígida entre incapacidade e capacidade, devendo a lei atender à evolução da capacidade natural, reduzindo sucessivamente o âmbito da incapacidade do menor. Tal redução pode efetivar-se através de duas estratégias: por remissão à capacidade natural e pelo levantamento de certas limitações logo que atingidas idades determinadas. Justifica-se, portanto, na posse, como situação jurídica umbilicalmente jungida ao fato, falar-se em capacidade natural para possuir.

se exigir a capacidade pelo menos restrita, mas tal solução não somente é condenada pela ciência como também sem apoio em textos. A aquisição da posse, fundada no art. 493, 1, por tomada simples, é ato-fato jurídico; se se trata de tradição *brevi manu*, ou de tradição *longa manu*, (aliter, de constituto possessório), há acordo mais circunstância fática, donde o ato jurídico *stricto sensu*, e não negócio jurídico. Tem-se de inquirir se aqui incidem os arts. 81-85, ou se somente o acordo inexistente, ou nulo, torna insuficiente o suporte fático. Se se dissesse que esses acordos são negócios jurídicos, estaria dada a resposta: os arts. 81-85 incidiriam, todos. Não assim tão prestamente se pode responder se se diz que são atos jurídicos *stricto sensu*.⁶⁰⁷

Do mesmo modo, o sistema do direito civil não é infesto ao reconhecimento de alguma eficácia jurídica aos atos praticados por aqueles considerados de fato, absolutamente incapazes, como os menores de dezesseis anos, desde que estes atos sejam praticados exclusivamente em benefício destes. São os casos do pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, que poderá ser válido se o devedor provar que em benefício dele efetivamente reverteu (art. 310 CC); do contrato de doação pura, onde, se o donatário for absolutamente incapaz, é válido o contrato e dispensa-se a aceitação (art. 543 CC); do menor que não atingiu a idade núbil (mulher e homem aos 16 anos), e que poderá, depois de completá-la, confirmar seu casamento, mediante a autorização de seus representantes legais, se necessária, ou através de suprimento judicial (art. 1553 CC). Essa é a solução também do direito romano, no qual as interdições daqueles com discernimento, mas que não atingiram a idade núbil, não são introduzidas senão no interesse deles.⁶⁰⁸

Factível se apresenta, pois, reconhecer a posse por ocupação, ainda que do possuidor que tenha senão a capacidade natural, podendo ser-lhe outorgados os direitos que da posse nasçam em seu favor, desde que devidamente assistido por seu representante legítimo. Poderia ser cabível esse entendimento na concessão de uso especial para fins de moradia. O art. 1º da Medida Provisória

607 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo X. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, § 1087-1.

608 RUDORFF, F. Appendice sur l'état actuel de la doctrine. In : SAVIGNY, Friedrich Carl Von. Traité de la possession en droit romain. 3 éd. Paris : A. Durand et Pedone-Lauriel Éditeurs, 1879, p. 647.

nº. 2220, de 04 de setembro de 2001, prevê que estará habilitado *aquela* que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, e que, assim, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. Não preconizando a lei, sabiamente, especificamente nessa hipótese, alguma medida de capacidade de fato, pode se interpretar como o reconhecimento da posse daqueles que tem a capacidade natural para possuir (é comum em famílias muito humildes os muito jovens já serem arrimos de família) e, que, o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse seria outorgado através da assistência do representante legítimo, em analogia à forma definida tão precisamente no art. 443 do Código Civil espanhol.

Cabe, a seguir, nos referirmos aos limites da apropriação da coisa para os fins da própria pessoa. Nos sistemas jurídicos, como o brasileiro, onde se opera o fenômeno do desdobramento da posse, o possuidor originário mantém para si a posse indireta sobre o bem, transferindo ao possuidor derivado a direta, assim permanecendo até o fim da relação jurídica em questão. A posse direta é a correspondente à apreensão física da coisa, sendo marcada pela temporariedade, pois o desdobramento da posse se baseia em relação transitória de direito. Com efeito, em algum momento, a relação jurídica de natureza real ou pessoal que deu margem ao desdobramento atingirá seu termo final, e a posse íntegra volverá ao possuidor originário.

A posse direta é também caracterizada como subordinada ou derivada, já que a atuação do possuidor direto é limitada ao âmbito de poderes transferidos pelo possuidor indireto, de acordo com a espécie de relação jurídica em questão. A posse direta dessas pessoas não anula a posse indireta do proprietário. Não se olvide que o gozo ou fruição da propriedade se verifica diretamente (pela obtenção de frutos naturais e industriais) ou por intermédio de outras pessoas (frutos

civis). A essa coexistência pacífica, decorrente do desdobramento da relação possessória, dá-se o nome de posses paralelas.

Interessa examinar, quanto à posse como apropriação econômica, uma interessante relação que se configura nos cemitérios públicos. Existem neles duas situações jurídicas completamente diferentes. Uma, a do cemitério em si mesmo, estando este fora do comércio jurídico, pois consubstancia uma área integrante do domínio público, por conseguinte, inalienável. Sob outro viés, todavia, o cemitério pode ser considerado como o conjunto individualizado dos jazigos que o integram, os quais são objetos de comércio jurídico.

Os cemitérios municipais são bens do domínio público, porquanto representam objetos de propriedade de um ente público, estando destinados à inumação dos cadáveres de todos os indivíduos que falecerem na circunscrição, não sendo lícita a recusa da sepultura fora dos casos especiais previstos na lei. Também é livre o acesso de todos ao campo santo. Possuem, pois, o índice evidente de utilidade pública: o uso direto e imediato do público. A natureza pública resulta da afetação do cemitério à utilidade pública exclusiva para que existe, a qual não são alheias preocupações de higiene e salubridade a que a inumação dos cadáveres deve obedecer.

Quanto aos jazigos, não se trata de uma venda de terreno efetuada pela entidade possuidora e administradora do cemitério ao particular, mas antes de uma concessão de uso privativo, tendo em vista a utilização privativa de determinada parcela de terreno (vulgarmente designada jazigo, sepultura, túmulo, tumba ou sepulcro), mediante um título constitutivo que pode ser um ato ou um negócio jurídico bilateral (contrato de concessão de uso privativo do domínio público).

A utilização assim permitida tem em vista exclusivamente os fins a que o cemitério se destina e está sujeita às diversas normas que regulam a sua utilização. O título constitutivo que concede tal utilização privativa perpétua implica a constituição de direitos de índole administrativa sobre as parcelas abrangidas, ou seja, o de possuir privativamente e *in perpetuum* o terreno de uma sepultura ou para a construção de um jazigo. Sendo inviável a constituição

de direitos privados sobre coisas sujeitas à propriedade pública, não há na cedência do terreno para sepultura perpétua ou jazigo outra coisa mais senão a concessão de uso privativo sobre uma parte da coisa pública. Essa concessão admite-se com caráter perpétuo por influência de sentimentos de piedade, que induzem o legislador à garantir a situação jurídica por ela criada, mesmo em caso de desafetação do cemitério ou de sua transferência para outro lugar, onde o antigo concessionário adquire direito a novo terreno. Mas nem por isso deixam tais concessões de existir, sob a potencial influência do interesse público geral, ingressando no patrimônio dos concessionários e podendo ser transmissíveis em vida ou por morte, nos termos da legislação administrativa.

A grande questão é a de se saber se tais direitos de uso privativo, ornamentação e disposição de parte da coisa pública são passíveis de proteção pelas ações possessórias.

Pareceria que assim não o é, porque os direitos do concessionário, que derivam do direito do concedente, não constituiriam direitos reais, mas simples direitos de uso administrativo, insuscetíveis de posse:

Cemitérios. Túmulos. O terreno destinado a sepulturas perpétuas e jazigos cujo uso e fruição é atribuído aos particulares mediante concessão, tem em vista exclusivamente os fins a que o cemitério se destina, está sujeita às diversas normas que regulam a sua utilização e não perdendo a natureza de coisa pública do domínio do Município ou Freguesia.

- Sobre tais terrenos do domínio público das respectivas autarquias, não podem constituir-se direitos dos particulares com base na posse, instituto de direito privado.
- O título constitutivo que concede tal utilização privativa, implica a constituição de direitos de índole administrativa. Os poderes de fruição por este direito conferidos ao respectivo titular, o concessionário, não são susceptíveis de gerar posse em termos do direito privado, sendo insusceptível a aquisição originária de direitos de natureza privada com base nela⁶⁰⁹.

É a solução do direito português, referida por Menezes Cordeiro, que informa que a jurisprudência parece não admitir a posse nos termos de direitos atípicos ou de situações híbridas como a dos jazigos, objeto de um contrato de

609 PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. Apelação n.º. 991/08-1. Relator: Juiz Antero Veiga. Acórdão de 12 de junho de 2008.

concessão que não podem basear nem a posse, nem a usucapião.⁶¹⁰

Todavia, sendo a posse uma relação de apropriação econômica da coisa, o direito não pode classificá-la, para restringi-la, em contrariedade à sua natureza.

Em sistemas jurídicos semelhantes ao nosso, que admitem expressamente o fenômeno do desdobramento da posse, se existir alguma margem para que o agente se utilize da coisa material para os fins de sua própria pessoa, haverá posse. Veja-se que na concessão de uso privativo de determinada parcela de terreno público para construção de jazigo ou túmulo, a compressão dos poderes dominiais do concessionário é quase total: ele somente pode utilizar o bem em situações predeterminadas (em caso de morte dos parentes beneficiários na instituição do jazigo), consoante os regulamentos administrativos pertinentes. Os jazigos não são suscetíveis de aquisição por usucapião, por constituírem terrenos públicos, assim como o poder de disposição do sucessor a título hereditário está submetido à disposição de última vontade do seu instituidor (restrições à exumação das ossadas), estando o uso do jazigo é limitado pelos translados obrigatórios, por razões administrativas etc.. Deste modo, na concessão da utilização perpétua dos bens do domínio público e, portanto, do cemitério, ao particular não se lhe estendem todas as prerrogativas que genericamente são concedidas ao proprietário, pois delas lhe estão arredadas aquelas que se prendem ao *jus utendi, fruendi ac abutendi* - o direito de usar, fruir e abusar desse terreno não tem aqui correspondência, pois tudo se limita a um uso e fruição (no sentido mais *lato* do termo), mas só para o fim especialíssimo de inumação cadavérica e com uma infinidade de limitações de ordem policial que lhe restringem o aproveitamento mesmo na prossecução desse restrito objetivo a que está afeto.

Não obstante todas essas restrições ao domínio, há poderes dominiais que ainda podem ser exercidos e, portanto, não pode deixar de haver posse, já que este instituto indica uma relação fática de apropriação econômica da coisa. Como exemplos de poderes dominiais remanescentes na hipótese em tela, podemos

610 CORDEIRO, António Menezes. A posse: perspectivas dogmáticas atuais. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 78.

nos referir aos de uso da coisa, pois, ainda que restrito e especialíssimo, assume um nítido caráter de uso privativo, a excluir a participação de qualquer outro uso não autorizado. A manutenção da coisa contra a turbação ou o esbulho também configura outra modalidade de poder inerente ao domínio que ainda pode ser exercitada. Os jazigos/sepulturas integram parcelas de terrenos do domínio público insuscetíveis de aquisição por via da usucapião e sujeitas ao uso privativo e, como tal, são transmissíveis por sucessão *mortis causa* ou por transmissão *inter vivos*.

A senhoria sobre os jazigos/sepulturas, porque em muitos casos têm origem em gerações passadas, não existindo documentos de aquisição das mesmas, só por via possessória se consegue comprovar, desde logo, pelos cadáveres que neles se encontram depositados e bem assim, pela conservação que neles foi sendo efetuada ao longo dos anos. É verdade que os jazigos em causa possuem uma função restrita, dado que apenas podem ser utilizados pelos seus proprietários para a inumação de cadáveres, mas é certo porém, que, tratando-se, como efetivamente se tratam, de sepulturas perpétuas, não é lícito e nem legítima às administradoras dos cemitérios apropriarem-se delas, a não ser nos casos de abandono por tempo prolongado. Na falta de outro título, é necessário torna-se necessária a demonstração de que, num determinado jazigo/sepultura, se encontram depositados cadáveres de determinada linhagem, e, que, ao longo dos tempos, este sempre foi cuidado, conservado e mantido pelas gerações de sucessíveis. Portanto, mesmo com poderes dominiais extremamente restritos, há utilização material da coisa para os fins da própria pessoa e, como tal, há posse. Assim o entendimento de Moreira Alves:

Assim, pois, todas as conclusões expostas anteriormente com relação à proteção dos concessionários de uso são aplicáveis em matéria de sepulcros. O titular de um sepulcro, e enquanto não está extinta a concessão por causas legais, tem os remédios possessórios instituídos pela lei civil contra todas as vias de fato não só de terceiros, senão também da administração pública.⁶¹¹

611 ALVES, José Carlos Moreira. Posse. v. II. Tomo I. Estudo dogmático. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 174.

Pontes de Miranda bem esclarece a relação fática, de apropriação econômica da coisa, característica da posse, e insuscetível de ser limitada pela norma de direito:

Quando se pergunta quais os direitos suscetíveis de posse já se inicia o tratamento da matéria com falsa questão. Não há direitos que sejam suscetíveis de posse. **Há direitos entre cujos poderes há o de possuir e até o direito a possuir;** porém, é usar de linguagem incorreta falar-se de posse de direitos, direitos suscetíveis de posse, possessio iuris, e quejandas impropriedades. O que se tem de perguntar é quais os poderes, contidos no direito de propriedade, que podem ser poderes possessórios, isto é, estado fático de posse. Menos grave, mas ainda incorreto, é perguntar-se: “a que título a coisa pode ser possuída?” A questão posta em devidos termos dá-nos: que poderes, contidos no direito de propriedade, podem ser posse? O poder de extração do valor por alienação, de modo nenhum; se o admitíssemos, teríamos de admitir posse correspondente ao direito de hipoteca. O poder de disposição é, de lege lata (art. 493, II), ato possessório, se alguém tem posse; porém não a posteridade disso, que é a extração do valor (= o preço). Sobre o preço há outra posse. **O usus e o fructus são típicos; e onde tais poderes ou um desses poderes se pode exercer de fato há posse.** Daí a posse como usuário, como usufrutuário, como locatário. Também a custódia é poder. Onde a posse do depositário, do credor pignoratício, do comodatário. Quando se põe a questão como “quais os direitos suscetíveis de posse?”, um dos inconvenientes é o de se ter de discutir, como ocorre na literatura italiana, a respeito do direito de hipoteca, não faltando quem absurdamente o afirme (A. Montei, *Il Possesso dei diritti di garanzia*, Foro italiano, 1938, IV, 65, *Nuovo Digesto Italiano*, VI, verbo *Garanzia* e *La Disciplina del Possesso*, 39 s.), quem repete “teoricamente concebível” (C. A. Funaioli, *La Tradizione*, 309) e quem duvida (A. Fedele, *Possesso ed Esercizio del diritto*, 67). O credor hipotecário não tem a posse da coisa; como poderia possuí-la? (certo, R. de Ruggiero, *Istituzioni*, II, 602; V. Polacco, *Possesso*, 9).

Grande vantagem tem o Código Civil brasileiro em não se referir aos direitos reais, só se referindo a poderes inerentes ao domínio ou à propriedade. Não se precisa do esforço interpretativo da doutrina italiana para se admitir a posse do locatário. As expressões do Código Civil brasileiro foram suficientemente largas.

A definição de posse que se tem no art. 485 é a melhor que até hoje se deu em texto legislativo. O Código Civil italiano, art. 1.140, pr., que é posterior, não evitou a referência a direito

real, permitindo a discussão em torno da hipoteca e do direito do locatário, do comodatário etc. O art. 485 permite que se abstraia de qualquer referência à figura jurídica (domínio, direito real, direito pessoal), porque só alude ao poder que se sói incluir no poder de quem se assenhoreia da coisa. Senhora fática. Não se deixou que exurgisse a dicotomia “domínio, direito real limitado”, nem a outra, “direitos reais, direitos pessoais.” Uma vez que se está no mundo fático não se pode pensar com esses conceitos, que são do mundo jurídico, onde a posse, *ex hypothesi*, ainda não entrou.

O legislador brasileiro definiu a posse, vindo-a do mundo jurídico, mas sabendo que ela está no mundo fático, que é apenas elemento fático que pode vir a entrar no mundo jurídico em virtude de algum ato jurídico ou negócio jurídico que a tome como um dos elementos, ou em virtude de ato-fato ou, ainda, de fato jurídico puro. Quando se exerce, com a posse, direito, tal exercício é fato do mundo fático, que toca ao titular.⁶¹²

Também Menezes Cordeiro corrobora esse entendimento, esclarecendo, com proficiência, que a defesa possessória não pode ser negada por razões conceituais:

No tocante à valoração global das situações, as conclusões não são diversas. Negar, por razões conceptuais, a defesa possessória a quem detenha o controlo material duma coisa é abdicar da ordenação dominial dos bens, abrindo as portas às vias de facto. O Direito não pode enjeitar o seu papel na positivação dos litígios e na defesa da paz social. A tutela possessória deve, assim, ser estendida até as suas fronteiras naturais.⁶¹³

Em suma, conclui-se que, o instituto da posse, tal como disciplinado no vigente Código Civil, consiste em uma relação de apropriação econômica da coisa, tal como ela se apresenta à consciência da coletividade. Essa relação remonta à tomada da posse, devendo ser analisadas as circunstâncias e em que condições jurídicas essa tomada teve lugar. Ou seja, a posse se define pela *causa possessionis*, como se pode depreender do fenômeno da interversão da posse. É relação fática de apropriação econômica porque exige o discernimento intelectual de apreensão de seu significado, conforme se pode depreender da

612 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo X. op. cit., § 1059-3.

613 CORDEIRO, António Menezes. op. cit., p. 79.

questão do cometimento de atos infracionais equivalentes ao furto e ao roubo, por parte de menores entre doze e dezesseis anos, situação em que estes podem adquirir a posse dos objetos furtados ou roubados. E ainda porque as limitações porventura estabelecidas pelas normas de direito não tem o condão de alterar a sua estrutura substancial, quando presentes os seus pressupostos, como se vê na relação possessória instituída em virtude da titularidade de jazigos perpétuos.

15.3 A Função Social da Posse

Antonio Hernandez Gil considerava a posse como a instituição jurídica dotada de essencialidade e entidade suficientes para constituir a estrutura expressiva da insuprimível necessidade dos bens integrados no “espaço vital alimentício” e no “espaço vital de radicação”. A posse é o instituto que melhor pode traduzir juridicamente a inserção das pessoas no mundo das coisas. Os dois indicados espaços são, por sua vez, exigências e dimensões da pessoa que, tendo projeção exterior, traz consigo situações possessórias absolutamente indispensáveis para a caracterização do indivíduo como ser vivente e convivente. A organização propriamente jurídica da sociedade requer a tutela normativa dessas situações. Nos processos de desenvolvimento das atividades humanas, que ocorrem por excelência através do mecanismo do trabalho, acontecem necessariamente situações possessórias. A radicação do ser humano não compreende só o estar ou habitar, mas também a atuação da pessoa que há de servir-se dos bens, compreendendo – precisamente como essencial – o serviço incorporado pelo trabalho.⁶¹⁴

Essa projeção natural da realização das necessidades do homem através das coisas é bem clara em Tomás de Aquino, que começa por indagar, na questão 66 da *Secunda secundae* da *Suma Teológica*, “se é natural ao homem possuir coisas externas”.⁶¹⁵ Frisa ele a natureza dupla das coisas externas. Em primeiro

614 HERNANDEZ GIL, Antonio. La función social de la posesión. Madri : Alianza Editorial, 1969, p. 155-156.

615 AQUINO, TOMÁS DE. Suma Teológica. II. II. v. 6. São Paulo: Edições Loyola, 2005, q. 66, 1.

lugar, diz que o domínio principal sobre todas as coisas pertence a Deus, que, em sua providência, destinou ao homem o natural domínio dos bens externos dado; que este, por sua razão, é capaz de utilizá-los para sua utilidade, uma vez que os seres menos perfeitos existem para os mais perfeitos. Isso significa que o homem, colocado em uma posição superior na ordem ontológica, tem uma natural soberania das coisas externas, no que diz respeito a fazer a utilização das mesmas, que se destinam ao sustento do corpo do homem.⁶¹⁶

No que se refere à relação do homem com os bens exteriores, a este compete uma dupla atribuição. A primeira, o poder de gerir e dispor dos bens. Tem o homem o poder de adquirir bens e distribuí-los e, assim, é lícito este possuir alguma coisa como própria. Constitui-se em princípio fundamental à vida humana por três razões. Primeiro é que cada um é mais solícito em administrar o que lhe pertence, do que o comum a todos. Segundo, as coisas humanas são mais bem cuidadas quando cada um emprega o seu cuidado em administrar uma coisa determinada. Terceiro, porque, com cada um cuidando do que é seu de maneira mais satisfatória, reina a paz entre os homens, uma vez que as querelas surgem com mais frequência onde não há divisão das coisas possuídas.⁶¹⁷

Portanto, Aquino, seguindo Aristóteles, assegura, consoante a prudência, a legalidade e a necessidade da apropriação privada no âmbito da atual condição humana em termos de maior benefício para o bem comum e, ainda, na orientação dos bens para a ordem, eficiência, segurança e paz, não desconectada dos valores instrumentais da moderna liberdade. Assim, o estado de direito obriga à conclusão que o regime da apropriação privada provê, via de regra, o melhor meio para o florescimento da sociedade humana.

A segunda atribuição que compete ao homem em relação aos bens exteriores é quanto ao uso deles. Aqui, Tomás de Aquino reduz significativamente a extensão e o alcance do regime da apropriação privada: “sob esse aspecto, o homem não deve ter as coisas exteriores como próprias, mas como comuns,

616 AQUINO, TOMÁS DE. Suma Teológica. II. II. v. 6. op. cit. p. 156.

617 AQUINO, TOMÁS DE. Suma Teológica. II. II. v. 6. op. cit. p. 158.

neste sentido que, de bom grado, cada um as partilhe com os necessitados”.⁶¹⁸ A ideia do Aquinate não é minar aquilo que foi dito anteriormente sobre a natureza da apropriação privada, mas sim redimensioná-lo em um quadro equilibrado, no qual os poderes de utilização estejam em consonância com o bem-estar da comunidade, do qual o homem é parte. O tratamento da apropriação não é completo sem a direção externa e inclinação pela qual o direito de uso das coisas está necessariamente obrigado - sua teleologia. Deste modo, a principal exigência da justiça, a de dar a cada um o que é seu, significa algo bem além de um libertário atomismo que ignora o bem comum: “os bens temporais outorgados por Deus ao homem são, certamente, de sua propriedade; o uso, ao revés, deve ser não somente seu, senão também de quantos possam sustentar-se com o supérfluo dos mesmos”.⁶¹⁹

Assim, Aquino acrescenta ao *dictum* aristotélico que é melhor ter a propriedade privada, mas fazer o uso dela comum. Os princípios da filantropia e assistência de bem-estar humanitária surgem para Aquino não como uma achega a uma teoria de governo, mas sim como uma característica da apropriação privada.⁶²⁰

618 AQUINO, TOMÁS DE. Suma Teológica. II. II. v. 6. op. cit. p. 158.

619 AQUINO, TOMÁS DE. Suma Teológica. II. II. v. 5. São Paulo: Edições Loyola, 2005, q. 32, 5.

620 Como bem se expressa, com fundamento no Aquinate, Leão XIII, em 1891, em sua Encíclica Rerum Novarum: “E não se apele para a providência do Estado, porque o Estado é posterior ao homem, e antes que ele pudesse formar-se, já o homem tinha recebido da natureza o direito de viver e proteger a sua existência. Não se oponha também à legitimidade da propriedade particular o facto de que Deus concedeu a terra a todo o género humano para a gozar, porque Deus não a concedeu aos homens para que a dominassem confusamente todos juntos. Tal não é o sentido dessa verdade. Ela significa, unicamente, que Deus não assinou uma parte a nenhum homem em particular, mas quis deixar a limitação das propriedades à indústria humana e às instituições dos povos. Aliás, posto que dividida em propriedades particulares, a terra não deixa de servir à utilidade comum de todos, atendendo a que não há ninguém entre os mortais que não se alimente do produto dos campos. Quem os não tem, supre-os pelo trabalho, de maneira que se pode afirmar, com toda a verdade, que o trabalho é o meio universal de prover às necessidades da vida, quer ele se exerça num terreno próprio, quer em alguma parte lucrativa, cuja remuneração, sai apenas dos produtos múltiplos da terra, com os quais ela se comuta. De tudo isto resulta, mais uma vez, que a propriedade particular é plenamente conforme à natureza. A terra, sem dúvida, fornece ao homem com abundância as coisas necessárias para a conservação da sua vida e ainda para o seu aperfeiçoamento, mas não poderia fornecê-las sem a cultura e sem os cuidados do homem. Ora, que faz o homem, consumindo os

Portanto, o outro lado da moeda da posse privada dos bens externos consistia na obrigação, também já reconhecida por Aristóteles, como a justificação primária da apropriação privada, de criar o espaço para o exercício das virtudes da caridade e da assistência aos desvalidos.

A legitimidade da posse, como conteúdo que é da propriedade, se funda a partir da distinção entre o “poder” (*potestas*) de gerir as coisas e delas dispor e o dever moral de utilizá-las (*usus*) em proveito de todos. Ao estabelecer que é permitido e mesmo necessário que o homem possua as próprias coisas, Tomás faz da propriedade um verdadeiro “poder”, um verdadeiro direito, de tal modo que o roubo será caracterizado como uma injustiça, pois atenta contra esse direito. O “uso” (*usus*) exprime a finalidade a perseguir e a maneira de realizar o exercício desse poder. É porque possui o verdadeiro poder e o verdadeiro direito de possuí-los que o homem deve utilizar os bens como “sendo comuns”, numa disposição virtuosa de “compartilhá-los com os necessitados”. “Poder” e “uso” formam uma espécie de dupla instância do mesmo direito-dever do qual o homem está investido, no plano ético e jurídico.⁶²¹

Nessa explicação compatibilística do apossamento, o interesse privado individual da apropriação e o maior interesse público da sociedade ocupam uma harmônica coexistência teórica. A *summa divisio* entre o privado e o público aparece como uma falsa dicotomia, situada exteriormente à orientação da virtude, que assegura a prevenção do colapso em um atomístico egoísmo.

Os bens que alguns têm em superabundância são devidos assim, por direito natural, para o sustento dos pobres, como esclarece Aldo Francisco Migot:

Os bens que o homem tem são legítimos desde que tenham a finalidade de lhe garantir o um espaço vital digno e suficiente para a vida pessoal e social. Se os bens, por direito natural, pertencem a todos, cada indivíduo tem direito à sua parte,

recursos do seu espírito e as forças do seu corpo em procurar esses bens da natureza? Aplica, para assim dizer, a si mesmo a porção da natureza corpórea que cultiva e deixa nela como que um certo cunho da sua pessoa, a ponto que, com toda a justiça, esse bem será possuído de futuro como seu, e não será lícito a ninguém violar o seu direito de qualquer forma que seja”.

621 AQUINO, TOMÁS DE. Suma Teológica. II. II. v. 6. op. cit. p. 158, nota d.

sem o que não se cumpriria a destinação universal, ao menos se se considerar que possuir e desfrutar tudo em comum não é prescrição de direito natural, nem é possível na prática. Tudo o que ultrapassa a necessidade do espaço vital e tudo aquilo que não é bem administrado ou que, por qualquer razão, pela extensão ou pelo mau uso, prejudicar a outrem, deve ser submetido aos critérios da comunidade, isto é, do bem comum. Salientando que o comum e o que é direito de todos, segundo Tomás, é sempre prioritário.⁶²²

Assim sendo, evidentemente, grande parte do argumento tomista de compatibilidade depende da manutenção de um curso aristotélico de moderação, definido dentro de uma ordem de valor, no qual o ganho de propriedade nunca é permitido, se suficiente para tornar-se um fim em si mesmo, mantendo-se a finalidade da vida virtuosa sempre claramente em vista. Provavelmente, consoante Tomás de Aquino, a capacidade de qualquer Estado para implementar em suas leis as regras morais que conduzam à excelência irá mudar amplamente segundo “a grande variedade de assuntos humanos”. Mas desde que os direitos humanos sejam enquadrados tendo em vista toda a multidão de seres humanos, “a maioria dos quais não está em virtude perfeita”, as leis atingirão os seus objetivos e a apropriação será regulada conforme a natureza das coisas.

Para Tomás de Aquino, o sistema de apropriação privada subordinado a um regime de uso comum constitui a base da ordem política, assim como em Aristóteles. Nesse contexto, o princípio da apropriação privada enquanto princípio moral reclama a sua articulação com outro princípio de ordem moral, qual seja, o que institui o dever dos membros da comunidade política concorrerem individualmente para o uso comum das coisas.⁶²³

Tomás de Aquino, ao tratar, na questão 32 da *Secunda secundae*, do dever de privação em benefício de outrem esclarece que: 1) é dever de justiça pôr os bens supérfluos em comum com aqueles que se encontrem em extrema necessidade; 2) é dever de justiça suportar que quaisquer bens próprios sejam usados por alguém em situação de extrema necessidade e que 3) é apenas ato

622 MIGOT, Aldo Francisco. A propriedade: natureza e conflito em Tomás de Aquino. Caxias do Sul: EDUCS, 2003, p. 89.

623 BRITO, Miguel Nogueira de. op. cit., p. 173.

superrogatório pôr em comum, ativa ou passivamente, o supérfluo em relação àqueles que estão em situação de necessidade, embora não extrema.⁶²⁴

Há que se atentar também, em Tomás de Aquino, para a singularidade do objeto, a terra. A terra é um recurso que se pode explorar com exclusividade, mas não é propriamente uma mercadoria. Ela tem conotações sociais, culturais e ideológicas que a tornam singular.⁶²⁵ Deste modo, não há possibilidade de se falar em uma posse da terra que leve a uma completa despersonalização e autonomização como mercadoria.

Mesmo no Ocidente, na antiga Atenas, a posse da terra e a cidadania estavam indissolúvelmente ligadas, pois apenas os cidadãos podiam possuir terras e apenas os donos de terras podiam ser cidadãos: não-cidadãos podiam se dedicar às finanças e ao comércio, arrendar terras e minas, mas não podiam possuir imóveis.⁶²⁶

Seguindo a linha de raciocínio, a noção de função social da posse pode ser inferida dos textos do Aquinate. Segundo Tomás de Aquino, os bens são originariamente destinados a todos em comum. Assim, concorrem a estes o proprietário reivindicante e os possuidores utilizadores. Sobre a propriedade é reconhecida, como qualidade intrínseca, uma função social, fundada e justificada

624 BRITO, Miguel Nogueira de. op. cit., p. 176-177.

625 Como se vê em Fustel de Coulanges: “Como o caráter de propriedade privada está manifesto em tudo isso! Os mortos são deuses que pertencem apenas a uma família, e que apenas ela tem o direito de invocar. Esses mortos tomaram posse do solo, vivem sob esse pequeno outeiro, e ninguém, que não pertença à família, pode pensar em unir-se a eles. Ninguém, aliás, tem o direito de privá-los da terra que ocupam; um túmulo, entre os antigos, jamais pode ser mudado ou destruído; as leis mais severas o proíbem. Eis, portanto, uma parte da terra que, em nome da religião, torna-se objeto de propriedade perpétua para cada família. A família apropriou-se da terra enterrando nela os mortos, e ali se fixa para sempre. O membro mais novo dessa família pode dizer legitimamente: Esta terra é minha. — E ela lhe pertence de tal modo, que lhe é inseparável, não tendo nem mesmo o direito de desfazer-se dela. O solo onde repousam seus mortos é inalienável e imprescritível. A lei romana exige que, se uma família vende o campo onde está o túmulo, continua no entanto proprietária desse túmulo, e conserva eternamente o direito de atravessar o campo para nele cumprir as cerimônias do culto” COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, cap. VI – O direito de propriedade.

626 PIPES, Richard. *Propriedade e liberdade*. São Paulo: Record, 2001, p. 129.

precisamente pelo princípio da destinação universal dos bens. O homem realiza-se através da sua inteligência e da sua liberdade e, ao fazê-lo, assume como objeto e instrumento as coisas do mundo, delas se apropriando. Neste seu agir, está o fundamento do direito à iniciativa e à propriedade individual. Mediante o seu trabalho, o homem empenha-se não só para proveito próprio, mas também para dos outros. O homem trabalha para acorrer às necessidades da sua família, da comunidade de que faz parte, e, em última instância, da humanidade inteira. Além disso, colabora para o trabalho dos outros, numa cadeia de solidariedade que se alarga progressivamente.

A posse dos meios de produção, tanto no campo industrial como agrícola, é justa e legítima, se serve para um trabalho útil. Pelo contrário, torna-se ilegítima, quando não é valorizada ou serve para impedir o trabalho dos outros, para obter um ganho que não provém da expansão global do trabalho humano e da riqueza social, mas antes da sua repressão, da ilícita exploração, da especulação, e da ruptura da solidariedade no mundo do trabalho. Semelhante propriedade não tem qualquer justificação, e não pode receber tutela jurídica.

Portanto, o direito de propriedade não é um absoluto formal, mas só se justifica se a ele é dado um uso social e na medida dessa justificação, mormente naquela classe de bens que não se destina primordialmente ao mercado, como é o caso da terra.

Para Karl Marx, igualmente, a apropriação é uma dimensão puramente humana. O sentir humano, a apreensão do mundo (ver, ouvir, cheirar, sentir, saborear, pensar, observar, perceber, querer, atuar, amar) se dá de maneira coletiva, compartilhada. O homem se apropria de seu ser global de forma global, como homem total. A apropriação, assim, revela a manifestação de nossa 'efetividade humana', ou seja, de nosso comportamento humano frente aos objetos e ao mundo.⁶²⁷

627 MARX, Karl. Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Coleção Os pensadores), p. 11.

O direito de propriedade é, em substância, a sua utilização, ou seja, a posse com o qual este é exercitado. O título gera o *ius possidendi* e não exercido, porque não foi transmitida a posse ou não havia posse para transmitir, ou tendo sido transmitida, não ocorreu a utilização da coisa pelo novo titular, sua posse será apenas civil, com base na espiritualização da posse que o direito civil admite. Enquanto permanecer a coisa sem utilização de terceiros, o título jurídico permitirá que o titular coloque em prática o direito à posse, transformando-o efetivamente em posse, possibilitando o cumprimento da função social da propriedade, antes descuidada. Essa posse artificial, meramente civil (normalmente posse do proprietário), em confronto com a posse real, efetiva (quando essa última for qualificada pela função social) deve ceder a esta.⁶²⁸ A tessitura da função social, tanto na propriedade quanto na posse, está na atividade exercida pelo titular da relação sobre a coisa à sua disposição. A função social não transige, não compactua com a inércia do titular. Há que desenvolver uma conduta que atende ao mesmo tempo à destinação econômica e à destinação social do bem.⁶²⁹

A função social da posse, porém, está em um plano distinto, pois a função social é mais evidente na posse e muito menos na propriedade, que mesmo sem o uso pode se manter como tal. O fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável, ou seja, tem limitações fixadas no interesse público, com a finalidade de instituir um conceito dinâmico de propriedade. O fundamento da função social da posse, por sua vez, revela uma expressão natural da necessidade:

A função social da posse como princípio constitucional positivado, além de atender à unidade e completude do ordenamento jurídico, é exigência da funcionalização das situações patrimoniais, especificamente para atender as exigências de moradia, de aproveitamento do solo, bem como aos programas de erradicação da pobreza, elevando o conceito da dignidade da pessoa humana a um plano substancial e não meramente formal. É forma ainda de melhor se efetivar os preceitos infraconstitucionais relativos ao tema possessório, já que a funcionalidade pelo uso e aproveitamento da coisa juridiciza a posse como direito autônomo e independente da

628 TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007, p. 373.

629 TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. op. cit., p. 308.

propriedade, retirando-a daquele estado de simples defesa contra o esbulho, para se impor perante todos.⁶³⁰

Portanto, a função social do instituto da posse é estabelecida pela necessidade social, pela necessidade da terra para o trabalho, para a moradia, ou seja, para as necessidades básicas que pressupõem a dignidade do ser humano.

Neste sentido, a função social da posse não significa uma limitação ao direito de posse, mas a exteriorização do conteúdo imanente da posse. Isso nos permite uma visão mais ampla do instituto, de sua utilidade social e de sua autonomia, em alguns aspectos, diante de outros institutos jurídicos, como por exemplo, o direito de propriedade.

A função social da posse recebeu consagração legislativa em diversos diplomas no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei n°. 601, de 18 de setembro de 1850 (*Lei de Terras*) consagrou a posse como meio de aquisição da propriedade, através de um instituto genuinamente nacional – o da legitimação de posse. Determinou, assim, o artigo 5º daquela Lei:

Art. 5º. Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas adquiridas por ocupação primária, ou havidas de primeiro ocupante, que se acharem cultivadas ou com princípio de culturas, e moradia habitual do respectivo possessor, ou de quem o represente, guardadas as regras seguintes...

Art. 6º - Não se haverá por princípio de cultura para a revalidação de sesmarias ou outras concessões do Governo, nem para a legitimação de qualquer posse, os simples roçados, derribadas ou queimadas de matos ou campos, levantamentos de ranchos e outros atos de semelhante natureza, não sendo acompanhados da cultura efetiva e morada habitual exigidas no artigo antecedente.

O Decreto n° 1318, de 30 de Janeiro de 1854, que manda executar a Lei n° 601, de 18 de setembro de 1850, dispunha que estão sujeitas à revalidação as sesmarias, ou outras concessões do Governo Geral, ou Provincial que, estando ainda no domínio dos primeiros sesmeiros, ou concessionários, se acharem cultivadas, ou com princípio de cultura, e constituam morada habitual do respectivo sesmeiro, ou concessionário, ou de quem o represente, e que não

630 ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 40.

tiverem sido medidas, e demarcadas:

Art. 27 Estão sujeitas à revalidação as sesmarias, ou outras concessões do Governo Geral, ou Provincial que, estando ainda no domínio dos primeiros sesmeiros, ou concessionários, se acharem cultivadas, ou com princípio de cultura, e morada habitual do respectivo sesmeiro, ou concessionário, ou de quem o represente, e que não tiverem sido medidas, e demarcadas.

Art. 41 Se dentro dos limites da sesmaria, ou concessão, encontrarem posses com cultura efetiva, e morada habitual, em circunstâncias de serem legitimadas, examinarão se essas posses têm em seu favor alguma das exceções constantes da segunda parte do § 2º do art. 5º da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850; e verificada alguma das ditas exceções, em favor das posses, deverão elas ser medidas, a fim de que os respectivos posseiros obtenham a sua legitimação, medindo-se neste caso para o sesmeiro, ou concessionário o terreno, que restar da sesmaria, ou concessão, se o sesmeiro não preferir o rateio, de que trata o § 3º do art.5º da Lei.

Art. 44 Se a medição requerida for de posses não situadas dentro de sesmarias, ou outras concessões, porém em terrenos, que se achassem devolutos, e tiverem sido adquiridos por ocupação primária, ou havidas sem título legítimo do primeiro ocupante, devem ser legitimadas, estando cultivadas, ou com princípio de cultura, e morada habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente, o Juiz Comissário fará estimar por árbitros os limites da posse, ou seja, em terras de cultura, ou em campos de criação; e verificados esses limites, e calculada pelo Agrimensor a área neles contida, fará medir para o posseiro o terreno devoluto, que houver contíguo; contanto que não prejudique a terceiro, e que em nenhum caso a extensão total da posse exceda a uma sesmaria para cultura, ou criação igual às últimas concedidas na mesma Comarca, ou na mais vizinha.

Em 1891, o Estado do Pará, considerando que, convém facilitar aos posseiros de boa fé título de propriedade das terras que ocupam, embora não tivessem sido cumpridas as disposições da lei nº. 601, de 18 de setembro de 1850, e que mais vale para a garantia do futuro entregar o solo aos que a ele se têm fixado, aplicando à indústria agrícola, criadora ou extrativa a força de seus braços, cem vezes superior à do dinheiro, do que conservá-lo como tesouro estéril, criou através do Decreto Estadual nº 410, de 08 de outubro de 1891, o título de posse com cultura efetiva e morada habitual, legitimando essas posses:

Art. 5º - Serão legitimadas:

§ 1º - As posses mansas e pacíficas com cultura efetiva e morada habitual, havidas por ocupação primária e registradas segundo o Regulamento que baixou com o Decreto nº 1318, de 30 de janeiro de 1854, que se acharem em poder do primeiro ocupante ou de seus herdeiros.

§ 2º - As posses igualmente registradas, cultivadas e habitadas, que tenham sido traspassadas pelo primeiro ocupante ou por seus sucessores a título de compra, doação, permuta ou dissolução de sociedade, sobre os quais tenham sido cobrados os respectivos impostos.

(..)

§ 5º - As posses de terras com cultura efetiva e morada habitual, que tenham sido estabelecidas, sem protesto ou oposição, antes de 15 de novembro de 1889, mantidas sem interrupção depois dessa data.

§ 6º - As posses que se acharem em sesmarias ou outras concessões do Governo, revalidáveis por este Decreto, se tiverem sido declaradas - boas - por sentença passada em julgado entre os sesmeiros ou concessionários e os posseiros, ou se tiverem sido estabelecidas e mantidas sem oposição dos sesmeiros ou concessionários durante cinco anos.

Art. 6º - Considera-se cultura efetiva, para os efeitos deste Decreto não só a plantação de árvores frutíferas, roças e os mais trabalhos de lavoura como também a conservação e cultivo de vegetais aproveitados pela indústria extrativa.

§ Único - A pastagem de gado em campos próprios para criação é equiparada, para a revalidação ou legitimação, à cultura efetiva, uma vez que nos ditos campos existam currais e arranchamentos.

Art. 7º - Para que possa efetuar-se a revalidação ou a legitimação das terras, deverão os seus possuidores, dentro do prazo marcado no Regulamento que baixar para a execução deste Decreto, promover a respectiva medição e demarcação.

(..)

Art. 16 - O Governo fará organizar em prazo improrrogável o registro das terras possuídas, estejam ou não medidas e demarcadas, sobre declarações feitas pelos respectivos ocupantes e heréus confinantes, ou à vista dos competentes títulos de propriedade, de conformidade com o Regulamento que baixar para a execução deste Decreto.

A função social da posse também se apresenta como requisito para fins de utilização das terras devolutas da União por particulares, consoante o art. 5º do Decreto-lei nº. 9760/46:

Art. 5º São devolutas, na faixa da fronteira, nos Territórios Federais e no Distrito Federal, as terras que, não sendo próprios nem aplicadas a algum uso público federal, estadual territorial ou municipal, não se incorporaram ao domínio privado:

(..)

e) por se acharem em posse contínua e incontestada com justo título e boa fé, por termo superior a 20 (vinte) anos;

f) por se acharem em posse pacífica e ininterrupta, por 30 (trinta) anos, independentemente de justo título e boa fé;

Parágrafo único. A posse a que a União condiciona a sua liberalidade não pode constituir latifúndio e depende do efetivo aproveitamento e morada do possuidor ou do seu preposto, integralmente satisfeitas por estes, no caso de posse de terras situadas na faixa da fronteira, as condições especiais impostas na lei.

Através do Estatuto da Terra, Lei nº. 4504 de 30 de novembro de 1964, o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária ficou legitimado a promover a discriminação das terras devolutas federais, com autoridade para reconhecer as *posses legítimas manifestadas através de cultura efetiva e morada habitual*, de modo a reconhecer os posseiros como legítimos possuidores de terras devolutas federais para fins de emissão futura dos títulos de domínio, bem como para reunir no patrimônio público as terras devolutas federais ilegalmente ocupadas e as que se encontrarem desocupadas:

Art. 11. O Instituto Brasileiro de Reforma Agrária fica investido de poderes de representação da União, para promover a discriminação das terras devolutas federais, restabelecida a instância administrativa disciplinada pelo Decreto-Lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946, e com autoridade para reconhecer as *posses legítimas manifestadas através de cultura efetiva e morada habitual*, bem como para incorporar ao patrimônio público as terras devolutas federais ilegalmente ocupadas e as que se encontrarem desocupadas.

O art. 29, da Lei nº. 6383, de 07 de dezembro de 2008, reconhecendo a posse com função social, legitimou a posse de terras devolutas federais de área contínua até 100 (cem) hectares do ocupante de terras públicas, que as tenha tornado produtivas com o seu trabalho e o de sua família, desde que este não seja proprietário de imóvel rural e comprove a morada permanente e cultura efetiva, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano:

Art. 29 - O ocupante de terras públicas, que as tenha tornado produtivas com o seu trabalho e o de sua família, fará jus à legitimação da posse de área continua até 100 (cem) hectares, desde que preencha os seguintes requisitos:

I - não seja proprietário de imóvel rural;

II - comprove a morada permanente e cultura efetiva, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano.

§ 1º - A legitimação da posse de que trata o presente artigo consistirá no fornecimento de uma Licença de Ocupação, pelo prazo mínimo de mais 4 (quatro) anos, findo o qual o ocupante terá a preferência para aquisição do lote, pelo valor histórico da terra nua, satisfeitos os requisitos de morada permanente e cultura efetiva e comprovada a sua capacidade para desenvolver a área ocupada.

§ 2º - Aos portadores de Licenças de Ocupação, concedidas na forma da legislação anterior, será assegurada a preferência para aquisição de área até 100 (cem) hectares, nas condições do parágrafo anterior, e, o que exceder esse limite, pelo valor atual da terra nua.

§ 3º - A Licença de Ocupação será intransferível inter vivos e inegociável, não podendo ser objeto de penhora e arresto.

Assim, pela Lei nº. 6.383/76, a legitimação da posse não é promovida de vez; havendo a concessão de uma licença de ocupação, que só será obtida se atendidos pelo possuidor os seguintes requisitos prévios: a) serem as terras devolutas; b) constituírem área de até 100 (cem) hectares; c) comprovação, por parte do possuidor, de morada permanente e cultura efetiva, pelo lapso temporal não inferior a 1 (um) ano; d) não ser este proprietário de imóvel rural; e) e estar exercendo a exploração de atividade agrária com seu trabalho e o de sua família direta e pessoalmente. A licença de ocupação será concedida se observados estes requisitos prévios. Esta licença de ocupação consiste num documento que demonstra a titulação da posse, permitindo o acesso ao crédito rural e a preferência para aquisição definitiva do imóvel pelo preço histórico da terra nua. É dada pelo prazo mínimo de 4 anos. Dessa maneira, a legitimação de posse não constitui uma liberalidade do Poder Público, mas sim uma obrigação que advém de um ato de reconhecimento de legitimidade àquele que trabalha a terra. Tratar-se-ia de formalização de um domínio, se concorrerem os requisitos prescritos pela lei.

Na mesma lei, em redação dada pela Lei nº. 11481/07, foi o Poder Executivo autorizado, por intermédio da Secretaria do Patrimônio da União,

vinculada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a executar ações de identificação, demarcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis da União, bem como a *regularização das ocupações nesses imóveis, inclusive de assentamentos informais de baixa renda*, podendo, para tanto, firmar convênios com os Estados, Distrito Federal e Municípios, em cujos territórios se localizem. Para tanto, nas áreas urbanas, em imóveis *possuídos por população carente ou de baixa renda para sua moradia*, onde não for possível individualizar as posses, poderá ser feita a demarcação da área a ser regularizada, cadastrando-se o assentamento, para posterior outorga de título de forma individual ou coletiva.

A função social da posse urbana, consubstanciada na moradia, foi reconhecida pela Medida Provisória n.º 2220/01, que outorgou para aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse:

Art. 1.º. Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1.º A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2.º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.

§ 3.º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

A função social da posse encontra no direito à moradia, constante do rol dos direitos sociais previstos pelo art. 6.º da Constituição, a sua teleologia.

No que concerne às pessoas sem-teto a moradia é direito dotado de jusfundamentalidade, integrando-se ao conceito de mínimo existencial e tornando

obrigatória a prestação positiva do Estado.⁶³¹ A Constituição Federal, em seu art. 5º, XXII, garante o direito de propriedade, e, no mesmo artigo 5º, no inciso XXIII, dispõe que esta deve atender à sua função social. Além disso, está previsto no arts. 1º e 6º da mesma Carta, que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, assegurados, dentre outros, pelo direito social à moradia e a pela assistência aos desamparados. Assim, incumbe ao Poder Público a garantia do direito à moradia, que se dá, dentre outros meios, pela função social da posse.⁶³²

631 TORRES, Ricardo Lobo. Direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 268.

632 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº. 70016038887. Acórdão de 10 de outubro de 2006. “Reintegração de posse. Liminar. Bem público. Garantias constitucionais. Inviável a concessão da liminar de reintegração de posse, diante de questões de maior relevância, de cunho constitucional, como a dignidade da pessoa humana, o direito à moradia, entre outros. Ausência de comprovação na urgência do pedido liminar. As circunstâncias emolduradas no presente caso não autorizam a concessão da reintegração, em caráter liminar.

Muito embora não se desconheça o fato de que o bem público é insuscetível de aquisição de domínio pela posse, não se pode deixar de se examinar a questão em razão da função social da propriedade.

Depreende-se que o demandado, ora recorrente, ocupa área municipal, juntamente com sua esposa e dois filhos menores. Ora, não há dúvida de que se trata de pessoa pobre, sem lugar para morar e que, em razão de a área ora em litígio estar desocupada, ali estabeleceu a sua moradia.

Por outro lado, a alegação do município de que se trata de área recreativa, é despida de qualquer prova. Pelo contrário, denota-se, pelas fotografias juntadas, de que no local estão localizadas várias casas, o que indica que não há urgência no pedido.

Se é certo que a Constituição Federal, em seu art. 5º XXII, garante o direito de propriedade, no mesmo artigo 5º, no inciso XXIII, dispõe que esta deve atender sua função social. Mais. Está previsto no art. 1º da mesma Carta, que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. E, em seu art. 6º, garante como direito social a moradia e a assistência aos desamparados.

Aquí, portanto, deve se ter em conta de que o Estado, em qualquer nível, não pode se omitir diante da fragilidade e da necessidade da parte demandada, devendo, de alguma forma, contribuir para a solução da questão.

Assim sendo, mesmo diante de eventual precariedade da posse, não se pode deixar de observar, questões de cunho constitucional, como a dignidade da pessoa humana, o direito à moradia, entre outros. Deste modo, não há como se admitir, ao menos em sede de cognição sumária, a concessão liminar da demanda reintegratória”.

No Código Civil, a função social da posse, está estabelecida na denominada posse qualificada ou, como refere Miguel Reale, *posse-trabalho*⁶³³, que fundamenta a usucapião de imóvel rural, art. 1.239 (qualificada pelo trabalho e habitação), e de imóvel urbano, art. 1.240 (qualificada pela habitação), e pela exceção material do art. 1.228, parágrafos 4º e 5º (qualificada pela realização de obras e serviços por considerável número de pessoas, em conjunto ou separadamente, considerados pelo juiz como de interesse social e econômico relevante). Essa *posse-trabalho* é assim descrita por Miguel Reale:

A propriedade não é apenas uma disposição individual e singular de um indivíduo, mas é, ao contrário, algo que implica sempre a correlação de duas pessoas entre si, em função da

necessidade social em geral, e é a razão pela qual, no projeto do Código Civil, aparece um novo conceito de posse.

Se os senhores estudarem todos os Códigos, todos eles sem exceção, o alemão, o italiano, o francês, os senhores encontrarão apenas umas noção de posse: posse é a projeção do domínio, posse é o direito de detenção da coisa em razão do domínio que se possui, da legitimidade do domínio, e disso não há dúvida nenhuma, o núcleo da posse, a ideia de posse, é direito, é uma detenção da coisa.

Porém, é mister olhar as coisas com um pouco mais de atenção. Quando se toma posse de um terreno abandonado há muito tempo, e na maior da boa-fé nele se constrói uma casa para a morada da família, ou para a alimentação de seus filhos, para criar a sua horta, para ter o seu alimento, nós dizemos que há uma nova forma de posse, a posse pro labore, a posse trabalho.

E, entendendo assim, nós introduzimos no projeto do código o conceito de posse trabalho, com repercussão fundamental em vários aspectos e momentos. Assim, por exemplo, com a usucapião, os que já começaram a estudar Direito desde o primeiro ano sabem, a usucapião é a aquisição da coisa pela sua utilização mansa e pacífica durante um certo tempo. Pois bem, em razão dessa diferença da posse trabalho, o projeto reduz pela metade o tempo necessário para que se dê usucapião.

Uma coisa é ocupar a terra com o meu dinheiro, com a minha capacidade dominadora, e então obedeço ao tempo de 20 anos. Mas se eu fiz, ao contrário, no exercício de uma

633 Ver a exposição de motivos ao novo Código: Exposição de motivos do supervisor da Comissão revisora e elaboradora do Código Civil. BRASIL. Código Civil. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2002, p. 30-78.

posse de trabalho, a usucapião se opera pela metade do tempo. Estão vendo, portanto, que este código está cheio de inspiração ética⁶³⁴.

15.4 Exceção de não Funcionalização Social do Domínio e Temporalidade: O Artigo 1228, §§ 4º e 5º do Código Civil

Controverso quanto à função social da posse se apresenta o artigo 1228, §§ 4º e 5º do Código Civil.

Dissentem os doutrinadores quanto ao novo instituto limitador da propriedade, que, aparentemente teria natureza jurídica híbrida, visto que, assemelhado com a usucapião social e, simultaneamente, com a “desapropriação indireta” (expropriação judicial), diante da exigência estabelecida de pagamento de uma “justa indenização devida ao proprietário” sucumbente em ação reivindicatória, condição indispensável à validade da sentença (eficácia jurídica) para o registro do bem em nome dos possuidores (aquisição da propriedade).

Carlos Alberto Dabus Maluf chega a proclamar que, as regras apontadas nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil, devem ser declaradas inconstitucionais, posto que, para ele, *“abalam o direito de propriedade, incentivando a invasão de glebas urbanas e rurais, criando uma forma nova de perda do direito de propriedade, incentivando a invasão de glebas urbanas e rurais, criando uma forma nova de perda do direito de propriedade, mediante o arbitramento judicial de uma indenização, nem sempre justa e resolvida a tempo, impondo dano ao proprietário que pagou os impostos que incidiram sobre a gleba”*.⁶³⁵ Não cabe, entretanto, ao jurista, quando possível a harmonização das normas, a crítica da lei, por motivações ideológicas. Assim, há que se enfrentar o problema.

634 REALE, Miguel. O Projeto do Código Civil. In: V Semana Jurídica. Faculdades Adamantinenses Integradas. Adamantina: Omnia, 2001. p. 58-59.

635 Ver, MALUF, Carlos Alberto Dabus. Novo Código Civil Comentado. FIÚZA, Ricardo (Coord.) 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 1133.

A primeira solução proposta para a questão foi a de considerá-lo uma nova espécie de usucapião coletiva onerosa.⁶³⁶ Não pode prosperar essa ideia uma vez que a usucapião é uma forma gratuita de aquisição do domínio, não ensejando ônus ao seu adquirente ou a qualquer outra pessoa. Do mesmo modo, na usucapião, de modo geral, não há requisitos como a realização de obras e serviços, mas, sim, o decurso do tempo como um fato jurídico a ensejar a aquisição da propriedade.

A outra solução avançada foi a da “desapropriação privada” ou “desapropriação judicial”. É a solução preconizada por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery.⁶³⁷ Não é possível assim considerar, todavia, porque a desapropriação não será efetuada pelo Poder Público, mas pelos particulares, além do que, não se trata de procedimento administrativo, mas judicial, e, também, não está fundada no interesse público, utilidade ou necessidade, mas sim no interesse coletivo. Há ainda a restrição do dispositivo da lei civil que previu que o direito assegurado pela norma seria invocado no bojo de ação reivindicatória do titular do domínio. Fosse o caso de desapropriação judicial, o julgador não poderia restringir o direito dos posseiros de requerer a declaração do seu direito,

636 “Trata-se de instituto jurídico novo e autônomo, cuja diferença essencial, em relação aos imóveis urbanos, está no tamanho, por extrapolar os 250 m (duzentos e cinquenta metros quadrados), previsto no art. 183 da CF, para a usucapião especial. Além disso, o novo Código Civil vai além da Lei n.10.257/2001, pois estende o instituto aos imóveis rurais, não contemplados no Estatuto da Cidade”. CAMBI, Eduardo. Aspectos inovadores da propriedade no novo Código Civil. In: Revista Trimestral de Direito Civil. v. 11. Rio de Janeiro: PADMA, 2000, p. 38. Comungam do mesmo entendimento: VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. v. V, São Paulo: Atlas, 2003, p. 205; ZAVASCKI, Teori. A tutela da posse na Constituição e no Projeto do novo Código Civil. In: A Reconstrução do Direito Privado. MARTINS-COSTA, Judith (Org.). São Paulo : RT, 2002, pp. 843-861; MALUF, Carlos Alberto Dabus. Novo Código Civil Comentado. FIÚZA, Ricardo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1099.

637 “A norma cria a desapropriação judicial, considerada uma inovação ‘do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo de posse-trabalho’ (Miguel Reale, Exposição de motivos ao Ministro da Justiça, Diário do Congresso Nacional, Seção I, suplemento B ao n. 061, 13.6.1975 n. 27 c, p. 121), quer dizer, o ponto alto do Código no que tange à tutela da posse (Teori Albino Zavascki, A tutela da posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil, in: Martins-Costa, Reconstrução, p. 851)”. NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados. São Paulo, RT, 2002, p. 675.

previsto em lei, através da ação própria, já que, a todo direito corresponde uma ação que o assegure. Estando o direito condicionado à ação do proprietário, caso o imóvel seja reivindicado, ou, seja, o pedido de apropriação do bem somente poderia ser efetuado em ação dominial como pedido contraposto, não há se falar em desapropriação. Não há que se pensar também em desapropriação indireta porque o dispositivo não prevê a participação do Estado na ocupação do terreno pelos possuidores.⁶³⁸

Interessante proposta é apresentada por Pablo Rentería, que classifica tal instituto como aquisição de propriedade imobiliária pela acessão invertida social.⁶³⁹ Preconiza o autor que, a aquisição de propriedade prevista no artigo 1228, §§ 4º e 5º do Código Civil guarda estreita relação com a acessão invertida disposta no parágrafo único do art. 1255 do Código Civil, cujo texto legal estabelece que “aquele que, de boa-fé semeou, plantou ou edificou em terreno alheio, se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo”. Tratar-se-ia de uma acessão invertida de feição marcadamente social, que se prolongaria no tempo, no transcurso do prazo legal (protraindo-se no tempo, de maneira análoga à hipótese do art. 1251 CC), efetivando-se mediante o pagamento de indenização, fixada judicialmente, ao proprietário prejudicado.

Resultaria de tudo isso, uma acessão industrial imobiliária que constituiria, a rigor, *direito potestativo a adquirir*, cuja eficácia, conforme as determinações legais, estaria condicionada ao pagamento de indenização e ao

638 A desapropriação indireta decorre da atitude do Poder Público ter se apropriado de bem particular, sem a observância dos requisitos da declaração e da indenização prévia. O fundamento legal para a desapropriação indireta, decorre da leitura do art. 35 do Decreto-Lei nº 3.365/41: “Art. 35. Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos”.

639 RENTERÍA, Pablo. A aquisição da propriedade imobiliária pela acessão invertida social: análise sistemática dos parágrafos 4º e 5º do artigo 1228 do Código Civil. In: Revista Trimestral de Direito Civil v. 9, n. 34, abr.- jun. 2008, p. 71-91. Rio de Janeiro: Padma, 2008.

transcurso do prazo legal.⁶⁴⁰

A ideia, entretanto, não é consonante à natureza do novo instituto. Porque, se fosse o novo instituto do artigo 1228, §§ 4º e 5º do Código Civil, uma acessão industrial imobiliária que constituiria, a rigor, *direito potestativo a adquirir*, tal direito poderia ser exercitado a qualquer tempo. Ora, é premissa básica do art. 1228, § 4º, que o proprietário reivindique o imóvel, para, então, os possuidores deduzirem seu direito, como exceção.

Deve existir, na hipótese, o desdobramento do domínio, onde o proprietário – possuidor indireto – que não tem mais a posse direta do bem, procura reavê-lo das mãos de quem injustamente o possua, através da reivindicação e fundamentado no direito de seqüela.

É justamente nessa reivindicação – daí a menção no § 4º à expressão “imóvel reivindicado” – que se poderá concretizar a perda do bem (temporária ou definitiva, como se verá, a seguir), embora nada impeça que, atendidos outros requisitos específicos, intentem os possuidores outras pretensões possessórias, como a própria ação de usucapião.

Outra razão a excluir a noção de acessão na apropriação coletiva do terreno é a desconformidade dessa hipótese com a interpretação sistemática do Código Civil. Em sua Exposição de Motivos do Projeto de lei do novo Código Civil, o Prof. Miguel Reale acentua o valor da *posse-trabalho*:

“inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade, implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo posse-trabalho (...). Na realidade, a lei deve outorgar especial proteção à posse que se traduz em trabalho criador, que este se corporifique na construção de uma residência, quer se concretize em investimentos de caráter produtivo ou cultural. Não há como situar no mesmo plano a posse, como simples poder manifestado sobre uma coisa, ‘como se’ fora atividade do proprietário, com a ‘posse qualificada’, enriquecida pelos valores do trabalho. Este conceito fundamental de posse-trabalho justifica e

640 RENTERÍA, Pablo. op. cit., p. 89.

legítima que, ao invés de reaver a coisa, dada a relevância dos interesses sociais em jogo, o titular da propriedade reivindicada receba, em dinheiro, o seu pleno e justo valor, tal como determina a Constituição. Vale notar que, nessa hipótese, abre-se nos domínios do Direito, uma via de desapropriação, que não se deve considerar prerrogativa exclusiva dos Poderes Executivo ou Legislativo. Não há razão plausível para recusar ao Poder Judiciário o exercício do poder expropriatório em casos concretos, como o que contém na espécie analisada.”

Ora, o Código Civil reduziu o prazo da usucapião extraordinária de vinte para dez anos (art. 1238, parágrafo único CC), sem qualquer indenização, quando o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo. No que diz respeito à usucapião ordinária (com justo título e boa-fé), cujo prazo exigido era de quinze anos entre ausentes e dez entre presentes (art. 551, CC/1916), o Código Civil fixa o prazo em 05 anos se de posse simples se tratar e se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelado posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico (art. 1242, parágrafo único, CC). Do mesmo modo, previu que aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, aquele que possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade (art. 1239, CC), também sem indenização. E ainda que, quem possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural (art. 1240, CC), também não sendo necessário o pagamento de indenização nessa hipótese.

Como imaginar então, que, valorizando sobremaneira o Código a posse social, pudesse ele, justo na posse coletiva, com maior produção de obras e serviços de relevante interesse social e econômico, obrigar a que a apropriação do bem se fizesse exclusivamente por meio da patrimonialidade, através do pagamento de indenização e, para uma vez pago o preço,

a sentença valeria como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores?

Como entender, da mesma maneira, que somente através da acessão, por meio de um exceder considerável do valor do terreno (por meio de plantações e construções), impossível de ser atingido pelos posseiros pobres (com suas choupanas miseráveis e seus roçados de subsistência), pudessem estes sonhar em obter a propriedade, tendo ainda que indenizar o proprietário por todo o valor do terreno? Não, a explicação do instituto é diversa.

Há que se fazer uma nova leitura da posse que tome como paradigma normativo a Constituição, superando a interpretação que conduza à proteção meramente patrimonial para atingir e considerar como padrão de proteção aquele contido nos princípios fundantes de todo sistema jurídico brasileiro, aplicando-se diretamente a Constituição.

No sentido da tese formulada, o Judiciário, tomando nova postura hermenêutica, deverá rechaçar os pedidos de reintegração ou manutenção de posse, seja em caráter liminar ou na própria análise do mérito, toda vez que o autor da ação não provar que cumpre com a função social do seu direito, seja ele decorrente da titularidade dominial, como ocorre na maioria das situações, ou não.⁶⁴¹

Deste modo, o direito consubstanciado no § 4º do art. 1228 do Código Civil é uma exceção material, a exceção de não funcionalização social do domínio.⁶⁴² A posse funcionalizada diante do confronto com a propriedade sem

641 TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *op. cit.*, p. 422.

642 A exceção, em direito material, contrapõe-se à eficácia do direito, da pretensão, ou da ação, ou de outra exceção. O excipiente exerce pretensão à tutela jurídica, como o que diz ter direito, pretensão e ação: ele o diz; por isso, excepciona. A exceção encobre outro direito, ou encobre a pretensão, ou a ação, ou a exceção, a que se opõe. A exceção substancial tem por função, corrigindo os rigores do direito civil, paralisar uma demanda, quando se contraponha outro direito do réu aparelhado desse poder, deixando injulgado o mérito. As exceções substanciais, malgrado também sejam, em regra, manifestadas pela via do processo e tenham como objetivo neutralizar a ação, têm o mérito de atingir o direito do autor propriamente dito, com base em outro direito do demandado, que seja com aquele incompatível.

Sem dúvida, as exceções substanciais têm também um elemento formal: embora se reconheça

função social gera uma exceção de caráter material⁶⁴³ que não elimina o direito de propriedade, mas o encobre.⁶⁴⁴ Como explica Pontes de Miranda, a exceção não é o direito de exceção, como a pretensão e a ação não são o direito a que se ligam. Excepcionar é exercer direito de exceção. Há direitos cuja eficácia se estende para além dos limites estabelecidos pelo alcance da eficácia de outro direito. A exceção é a possibilidade jurídica de prevaquecimento da eficácia de algum direito sobre a de outro, “encobrindo-a”. A exceção somente nasce depois de ter nascido o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, a que se opõe. Porque ela supõe uma eficácia que recubra toda ou parte de outra eficácia. Não se pode pensar em recobrimento de eficácia de uma norma que ainda não projetou seus efeitos sobre a realidade. Portanto, pode já ter nascido o direito, ou a pretensão, ou a ação, a que se oporia, e a eficácia dele estar elidida, ou ainda em suspenso. Do lado do eventual excipiente, há eficácia, porém falta, do outro lado, eficácia, que ela recubra.⁶⁴⁵

Na hipótese do § 4º do artigo 1228 do Código Civil, há um encobrimento do direito de propriedade. O proprietário reivindicante, confrontado pelos possuidores, por meio da posse qualificada pela realização de obras e serviços por considerável número de pessoas, em conjunto ou separadamente, tidos pelo juiz como de interesse social e econômico relevante, fica com seu direito em um estado de apatia ou quiescência. Com a quiescência⁶⁴⁶, a relação torna-se

na doutrina a possibilidade de se manifestar fora do processo, é na senda processual que a matéria encontra o seu campo fértil de atuação e desenvolvimento. Nada obstante, essas exceções fundam-se no direito substantivo, portanto, não podem ser confundidas com as exceções de rito. São relações pertinentes ao direito material que, embora ligadas ao direito formal ou adjetivo, o são apenas no que tange à sua tutela, isto é, à forma e ao momento de sua invocação. Sobre as exceções substanciais no direito brasileiro, ver, por todos: LOPES, Miguel Maria de Serpa. Exceções substanciais: exceção do contrato não cumprido. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

643 A I Jornada de Direito Civil, promovida pelo do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal reconhece, seu Enunciado 84, primeira parte, que o art. 1228, § 4º, do Código Civil, tem natureza jurídica de defesa, de exceção material, invocável no momento da ação reivindicatória.

644 TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. op. cit., p. 424.

645 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo VI. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, § 628-7.

646 A quiescência do direito de propriedade, ao contrário da perda desse direito,

inoperante. Como esclarece Roberto de Ruggiero:

A eficácia de um direito pode ser diminuída por surgir, contra a ação que o tutela, uma exceção que constitua um obstáculo ao seu desenvolvimento (a reivindicação encontra um obstáculo na exceção do possuidor que reclama o reembolso dos gastos feitos com a coisa) ou porque a lei não o proteja com ação, mas somente, por modo indireto, com exceção⁶⁴⁷

O encobrimento do direito de propriedade perdura enquanto os possuidores estiverem cumprindo com a função social do bem objeto da posse, e isso impede ao titular do domínio, desfuncionalizado sua retomada. Se, porém, o tempo da posse qualificada perdurar por tempo hábil para a usucapião, o encobrimento será definitivo, pela conversão da posse em propriedade, considerando a natureza declaratória da sentença que reconhece a usucapião.

Contudo, se antes do prazo previsto na lei para a usucapião do imóvel, ocorrer a demissão voluntária, negocial ou não, da posse, a eficácia de encobrimento da exceção – posse funcionalizada – cessa, restabelecendo na íntegra o direito do titular de tomar posse da coisa e passar a exercer o seu direito obedecendo aos ditames de sua função social, para que nova situação não ocorra que lhe impeça o exercício do direito.⁶⁴⁸

Deste modo, evidencia-se que o instituto do § 4º do art. 1228 do Código Civil não configura um caso de usucapião onerosa; mas isso não impede que, no prazo de quiescência do direito podem se cumprir, de maneira independente, os

representa uma hipótese da propriedade estar em estado de potência, recuperando sua eficácia com o desaparecimento do obstáculo que impedia ao proprietário a reivindicação ou gozo da coisa sua. “A inundação ou invasão da terra pelas águas, que Lafayette considerava perda da propriedade, pelo fato de a coisa passar à nova condição que a retira do poder físico do dominus, na verdade não importa na sua perda. Nesse caso o direito de propriedade permanece em quiescência ou em estado potencial, na expectativa de refluxo da massa líquida, quando o dominus, independentemente de ato seu, retoma a coisa e vê reestabelecido o seu direito”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. v. IV. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 234. Sobre a quiescência do direito, ver, por todos: TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. op. cit., p. 422-430.

647 RUGGIERO, Roberto de. Instituições de Direito Civil. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 211.

648 TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. op. cit., p. 425.

requisitos para a usucapião aquisitiva.

Essa apreciação do instituto se torna bem clara na análise do conflito ocorrido na *Favela do Pullman*, em São Paulo, em que o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou que, naquele caso, haveria uma prevalência da posse com função social sobre a propriedade sem função social, decisão posteriormente confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça e transitada em julgado.⁶⁴⁹

Na hipótese em tela, se propôs uma ação de reivindicação para obter a desocupação de vários lotes de terreno urbano ocupados, nos quais foram erguidas habitações e realizadas benfeitorias para fins de moradia. Eram objetos do direito de propriedade reivindicado nove lotes situados em uma favela consolidada, a chamada *Favela do Pullman*, cuja ocupação fora iniciada vinte anos antes. Esses terrenos estavam destinados originalmente para loteamento - *Loteamento Vila Andrade* - inscrito em 1955, com previsão de serviços de luz e água. Não se aplicava a esta situação jurídica a usucapião especial urbana porque, quando se instaurou a nova ordem constitucional, a ação reivindicatória já estava proposta havia três anos. No caso em questão, o juiz deveria analisar a demanda com fundamento no Código Civil de 1916, vigente à época. Não podendo excepcionar, esgrimindo a futura usucapião especial, a lógica jurídica estritamente civil e exegética obrigou o juiz a emitir uma sentença para ordenar a desocupação do imóvel, somada ao pagamento relativo à indenização e sem que os destinatários tivessem o direito a transacionar as obras e melhoria que haviam realizado nos terrenos.

649 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 75.659-SP. “Civil e Processual. Ação Reivindicatória. Terrenos de Loteamento situados em área favelizada. Perecimento do direito de propriedade. Abandono. CC, arts. 524, 589, 77 e 78. Matéria de fato. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. I. O direito de propriedade assegurado no art. 524 do Código Civil anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística, consubstanciando a hipótese prevista nos arts. 589 *o/c* 77 e 78, da mesma lei substantiva. II. ‘A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial’ - Súmula n. 7-STJ. III. Recurso especial não conhecido. Brasília, 21 de junho de 2005”. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18.05.2008.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não obstante, afastando-se do esquema jurídico civilístico tradicional, reformou a sentença e deu ganho de causa aos apelantes, argumentando:

“Loteamento e lotes urbanos são fatos e realidades urbanísticas. Só existem, efetivamente, dentro do contexto urbanístico. Se são tragados por uma favela consolidada, por força de uma certa erosão social deixam de existir como loteamento e como lotes.

A realidade concreta prepondera sobre a ‘pseudo realidade jurídico-cartorária’. Esta não pode subsistir, em razão da perda do objeto do direito de propriedade. Se um cataclisma, se uma erosão física, provocada pela natureza, pelo homem ou por ambos, faz perecer o imóvel, perde-se o direito de propriedade.

É o que se vê do art. 589 do Código Civil, com remissão aos arts. 77 e 78.

Segundo o art. 77, perece o direito perecendo o seu objeto. E nos termos do art 78, I e III, entende-se que pereceu o objeto do direito quando perde as qualidades essenciais, ou o valor econômico; e quando fica em lugar de onde não pode ser retirado.

No caso dos autos, os lotes já não apresentam suas qualidades essenciais, pouco ou nada valem no comércio; e não podem ser recuperados, como adiante se verá.

É verdade que a coisa, o terreno, ainda existe fisicamente.

Para o direito, contudo, a existência física da coisa não é o fator decisivo, consoante se verifica dos mencionados incisos I e III do art. 78 do CC. O fundamental é que a coisa seja funcionalmente dirigida a uma finalidade viável, jurídica e economicamente.

Pense-se no que ocorre com a denominada desapropriação indireta. Se o imóvel, rural ou urbano, foi ocupado ilicitamente pela Administração Pública, pode o particular defender-se logo com ações possessórias ou dominiais. Se tarda e ali é construída uma estrada, uma rua, um edifício público, o esbulhado não conseguirá reaver o terreno, o qual, entretanto, continua a ter existência física. Ao particular, só cabe ação indenizatória.

Isto acontece porque o objeto do direito transmudou-se. Já não existe mais, jurídica, econômica e socialmente, aquele fragmento de terra de fundo rústico ou urbano. Existe uma outra coisa, ou seja, uma estrada ou uma rua, etc. Razões econômicas e sociais impedem a recuperação física do antigo imóvel.

Por outras palavras, o *ius reivindicandi* (art. 524, parte final, do CC) foi suprimido pelas circunstâncias acima apontadas. Essa é a doutrina e a jurisprudência consagradas há meio século no direito brasileiro.”

Prossegue o acórdão, afirmando que:

No caso dos autos, a retomada física é também inviável.

O desalojamento forçado de trinta famílias, cerca de cem pessoas, todas inseridas na comunidade urbana muito maior da extensa favela, já consolidada, implica uma operação cirúrgica de natureza ético-social, sem anestesia, inteiramente incompatível com a vida e a natureza do Direito. É uma operação socialmente impossível.

E o que é socialmente impossível é juridicamente impossível. (..) Por aí se vê que a dimensão simplesmente normativa do Direito é inseparável do conteúdo ético-social do mesmo, deixando a certeza de que a solução que se revela impossível do ponto de vista social é igualmente impossível do ponto de vista jurídico.

9- O atual direito positivo brasileiro não comporta o pretendido alcance do poder de reivindicar atribuído ao proprietário pelo art. 524 do CC.

A leitura de todos os textos do CC só pode se fazer à luz dos preceitos constitucionais vigentes. Não se concebe um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal, ou que se desenvolva paralelamente a ela.

As regras legais, como se sabe, se arrumam de forma piramidal.

Ao mesmo tempo em que manteve a propriedade privada, a CF a submeteu ao princípio da função social (arts. 5º, XXII e XXIII; 170, II e III; 182, 2º; 184; 186; etc.).

Esse princípio não significa apenas uma limitação a mais ao direito de propriedade, como, por exemplo, as restrições administrativas, que atuam por força externa àquele direito, em decorrência do poder de polícia da Administração.

O princípio da função social atua no conteúdo do direito. Entre os poderes inerentes ao domínio, previstos no art. 524 do CC (usar, fruir, dispor e reivindicar), o princípio da função social introduz um outro interesse (social) que pode não coincidir com os interesses do proprietário.

(..) Assim, o referido princípio torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio, cabendo ao Judiciário dar-lhe a necessária e serena eficácia nos litígios graves que lhe são submetidos.

10 - No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercitado, pelos autores e por seus antecessores, de forma anti-social. O loteamento - pelo menos no que diz respeito aos nove lotes reivindicados e suas imediações - ficou praticamente abandonado por mais de 20 (vinte) anos. Não foram implantados equipamentos urbanos. Em 1973, havia árvores até nas ruas; quando da aquisição dos lotes, em 1978/9, a favela já estava consolidada. Em cidade de

franca expansão populacional, com problemas gravíssimos de habitação não se pode prestigiar tal comportamento de proprietários.

O *ius reivindicandi* fica neutralizado pelo princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece a eventual pretensão indenizatória em favor dos proprietários, contra quem de direito.

O Superior Tribunal de Justiça, referendando a decisão de segunda instância paulista, considerou que o artigo 524 do Código Civil de 1916 tinha de ser interpretado em consonância com os artigos 589, 77 e 78 do mesmo Código, os quais prevêem que se perde a propriedade imóvel pelo abandono, arrecadando-se esse como bem vago, passando ao domínio do Estado em que se achar. E que também se perece o direito, quando ocorre o perecimento do seu objeto, entendendo-se que pereceu o objeto quando este perde suas qualidades essenciais ou o seu valor econômico.

Entendeu aquele Tribunal que, quando do ajuizamento da ação reivindicatória, era impossível reconhecer, realmente, que os lotes ainda existiam em sua configuração original, em face do abandono, desde a criação do loteamento. Deste modo, perdida a identidade do bem, o seu valor econômico, e ocorrendo a sua confusão com outro fracionamento devido ao processo de favelização, resultava então a impossibilidade de sua reinstalação como bem jurídico no contexto atual, sendo o caso, indubitavelmente, de perecimento do direito de propriedade. Considerou ainda, o Superior Tribunal de Justiça que, embora o art. 589, parágrafo 2º do Código Civil de 1916, falasse em “arrecadação do bem vago” em proveito do Estado, esse procedimento formal cederia à realidade fática em proteção aos posseiros. Na prática, considerou o Tribunal, o desaparecimento da propriedade dos autores da reivindicatória, subsistindo tão-somente a possibilidade de, porventura, uma pretensão indenizatória contra eventuais terceiros obrigados não participantes da demanda.

Na hipótese, se o julgamento fosse hoje, sob a égide do Código Civil de 2002, o direito reivindicado do proprietário, referente à propriedade sem função social, se obstaculizaria diante da posse coletiva qualificada pela moradia. O direito, assim em quiescência, não deixa de existir, mas não pode operar os efeitos porque o direito de propriedade fica esmaecido pela ausência de função

social, perdendo sua condição de legitimidade e justificativa constitucionais, ou seja, deixa de ser a propriedade que a Constituição garante.

Se a duração da posse qualificada perdurar por tempo hábil para a usucapião, o encobrimento será definitivo, pela conversão da posse em propriedade. Contudo, se ao revés, antes do prazo previsto na lei para a usucapião do imóvel, ocorrer a demissão voluntária da posse, a eficácia de encobrimento da exceção – posse funcionalizada – cessa, restabelecendo na íntegra o direito do titular de tomar posse da coisa e passar a exercer o seu direito com função social.

Teori Zavascki, em situações de confronto entre o direito de propriedade e a função social da posse (que é o conteúdo da função social da propriedade), também preconiza, em tese, por soluções como a da quiescência do direito, que, não eliminando do mundo jurídico nenhum dos direitos colidentes, fazem prevalecer aquele que se evidencia preponderante em face dos valores jurídicos e sociais envolvidos:

Assim também pode ocorrer, eventualmente, entre direito de propriedade e função social da propriedade. Não obstante sua inegável relação de complementaridade e, quando vistos no plano normativo, da natural aptidão para sua convivência harmônica, pode ocorrer que, em determinadas situações concretas, não seja possível o pleno atendimento de um deles sem comprometer, ainda que em parte, o outro, ou vice-versa. É o que ocorre, por exemplo, quando, em relação a determinado bem, o detentor da titulação jurídica é omissivo no desempenho da função social, a qual, todavia, vem sendo exercida por longo tempo e em sua plenitude por outrem, possuidor não-proprietário. Em casos tais, atender pura e simplesmente à eventual reivindicação do bem pelo proprietário representará, certamente, garantir seu direito de propriedade, mas significará também, sem sombra de dúvida, comprometer a força normativa do princípio da função social. Já a solução contrária aos interesses do reivindicante operará em sentido inverso: atenderá a função social, mas limitará a força normativa do princípio norteador do direito de propriedade.

Para situações concretas dessa natureza, o legislador, como se verá, tem buscado soluções harmonizadoras, formulando regras de superação do impasse que, sem eliminar do mundo jurídico nenhum dos princípios colidentes, fazem prevalecer aquele que, segundo o critério de política legislativa, se evidencia preponderante em face do momento histórico e dos

valores jurídicos e sociais envolvidos.⁶⁵⁰

Outra é, contudo, a solução quando se tratar de considerável número de possuidores, mas composto por pessoas com bom cabedal econômico, que tivessem realizado inúmeras construções e plantações no terreno alheio. Nesse caso, a indenização, prevista no § 5º do art. 1228 do Código Civil, seria devida por esses possuidores.

Deve ser realçada aqui a temporalidade do exercício do direito à indenização, previsto no § 5º do art. 1228 do Código Civil. Proposta pelo proprietário a ação reivindicatória assecuratória, em princípio, do seu direito de propriedade sem função social, e, obstaculizada a eficácia desta pela exceção material da posse coletiva qualificada pela moradia ou pela realização de obras e serviços de interesse social e econômico relevante, nasce, nesse momento, do reconhecimento judicial da quiescência em face da prevalência da posse com função social sobre o direito de propriedade sem função social, o direito à justa indenização devida ao proprietário. Se os possuidores, pessoas com bom cabedal econômico, tiverem condições de fazê-lo, a solução se imporá, para que não haja um enriquecimento sem causa de uma parte em detrimento da outra. Pago o preço, sob essas circunstâncias e nesse momento determinado, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores (art. 1228, § 5º, *in fine*).

Não há que se cogitar que, em razão da fixação da justa indenização ao proprietário, pelo Judiciário, estaríamos diante de uma hipótese de desapropriação judicial. Como esclarece Teori Zavascki, trata-se de simples conversão pelo juiz de prestação alternativa em facultativa:

Todavia, comparações à parte, o que o novo instituto faculta ao juiz não é desapropriar o bem, mas sim converter a prestação devida pelos réus, que de específica (de restituir a coisa vindicada), passa a ser alternativa (de indenizá-la em dinheiro). Nosso sistema processual prevê várias hipóteses dessa natureza, notadamente em se tratando de obrigações de fazer e de obrigações de entregar coisa. É de se mencionar, pela similitude com a situação em exame, o caso em que há apossamento de bem particular pelo Poder Público, sem

650 ZAVASCKI, Teori Albino. op. cit., p. 846.

o devido processo legal de desapropriação (desapropriação nula). Também nesse caso nega-se ao proprietário a faculdade de reivindicá-lo - seja por ação reivindicatória, seja por interditos possessórios - convertendo-se a prestação em perdas e danos. É o que estabelece a Lei das Desapropriações (Decreto Lei nº 3.365, de 21.6.1941), art. 35: “Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos”. No mesmo sentido: Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30.11.1964), art. 23 e a Lei Complementar nº 76, de 6.7.1993, art. 21, tratando da desapropriação para fins de reforma agrária.

No caso da denominada “desapropriação judicial”, ora em comento, a situação fática valorizada no Código é também a “incorporação” do imóvel a uma função social, representada pelas obras e serviços relevantes nele implantados. Solução em tudo semelhante, atribuindo ao juiz a possibilidade de converter prestação específica em alternativa - e cuja constitucionalidade não é posta em questão - é dada pelo novo Código no parágrafo único do art. 1.254, nos casos em que alguém edifica ou planta em terreno alheio. Nesses casos, diz o dispositivo, “se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou adquirirá a propriedade do solo, mediante indenização fixada judicialmente, se não houver acordo”. Como se vê, é situação assemelhada à do § 4º em comento: lá, como aqui, converte-se a prestação específica de restituir a coisa em prestação alternativa de repô-la em dinheiro.⁶⁵¹

A mesma temporalidade existe quando se trata do pagamento da indenização de posses de pessoas pobres, que tenham erguido choças ou choupanas em terreno alheio e arado a terra para a prática dos seus roçados de subsistência. A indenização só é devida após a sentença que reconhece a ineficácia da ação reivindicatória do direito de propriedade sem função social, obstaculizada que foi a eficácia desta pela exceção material da posse coletiva qualificada pela moradia ou pela realização de obras e serviços de interesse social e econômico relevante. Como se verifica no conflito relatado acima, ocorrido na *Favela do Pullman*, em São Paulo⁶⁵², em que o Tribunal de Justiça de São Paulo

651 ZAVASCKI, Teori Albino. op. cit., p. 853-854.

652 Para uma análise minudente desse conflito e exposição analítica dos fundamentos

considerou que, naquele caso, haveria uma prevalência da posse com função social sobre a propriedade sem função social, como verificamos anteriormente:

No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercitado, pelos autores e por seus antecessores, de forma anti-social. O loteamento - pelo menos no que diz respeito aos nove lotes reivindicados e suas imediações - ficou praticamente abandonado por mais de 20 (vinte) anos; não foram implantados equipamentos urbanos; em 1973, havia árvores até nas ruas; quando da aquisição dos lotes, em 1978/9, a favela já estava consolidada. Em cidade de franca expansão populacional, com problemas gravíssimos de habitação não se pode prestigiar tal comportamento de proprietários.

O ius reivindicandi fica neutralizado pelo princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece a eventual pretensão indenizatória em favor dos proprietários, contra quem de direito.

Nessa hipótese, nesse momento, da quiescência do direito de propriedade, nasce a pretensão indenizatória do proprietário em face dos possuidores, para que não ocorra o enriquecimento sem causa dos possuidores em detrimento do proprietário. Assim, aos possuidores, nesse momento determinado, cabe a realização do pagamento da indenização, sendo a dívida certa, mas, por impossibilidade material, não podem honrá-la. Se, posteriormente, em face do prolongamento da posse qualificada, esta perdurar por tempo hábil para a usucapião, o encobrimento do direito será definitivo, pela conversão da posse em propriedade, tendo-se como fundamento a prescrição aquisitiva, que dá origem à ação autônoma a ser ajuizada para o reconhecimento judicial do direito.

Todavia, mesmo na posse qualificada, com função social coletiva, qualificada, de pessoas de pessoas reconhecidamente pobres, poderá ser possível o pagamento efetivo da indenização prevista no § 5º do artigo 1228 do Código Civil.

Isso poderá ocorrer naquelas situações nas quais o Poder Público, reconhecendo a facticidade da posse coletiva, implanta no terreno desapossado ao proprietário, por si próprio ou através de suas concessionárias, equipamentos

teóricos da função social da propriedade, ver: MOTA, Mauricio. Questões de direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 553-596.

urbanos: água, iluminação pública e luz domiciliar. Ademais, estimula a implantação e crescimento da favela fornecendo material para o arruamento de vielas e realizando obras de asfaltamento e urbanização. Quando o Município, por força da sua atuação positiva, como acima exposto, ou por força da sua atuação negativa, não coibindo o desenvolvimento de área de apropriação urbana ou rural irregular e deixando de reprimir o soerguimento de novas habitações irregulares, se torna também partícipe da posse coletiva do terreno particular, dando as condições para que o apossamento indevido prossiga (e até desenvolva, em algumas situações), ele se torna passível de responsabilização e, portanto, de se constituir em sujeito passivo da indenização prevista no § 5º do artigo 1228 do Código Civil (nesse caso, por desapropriação indireta por fato próprio).

Foi o que decidiu, em tese, a 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível nº 7080408-7, em 10 de dezembro de 2008, que definiu que, se a posse qualificada dos requeridos conta com a guarida da Municipalidade, que provê todas as condições necessárias para a habitação e até edita lei considerando a área como de especial interesse social, deve responder pela indenização ao proprietário, de modo espontâneo, ou a requerimento deste:

POSSESSÓRIA - ÁREA INVADIDA HÁ ANOS E DECLARADA PELA MUNICIPALIDADE COMO DE ESPECIAL INTERESSE SOCIAL - REINTEGRAÇÃO - INADMISSIBILIDADE. A arguição do princípio da função social da propriedade não pode servir de fundamento para dar licitude a toda e qualquer invasão, pois ao Estado de Direito é que compete a sua implementação. Todavia, na espécie, a manutenção da situação fática determina a proteção possessória dos requeridos, notadamente pelo tempo das moradias construídas no terreno da autora, área esta declarada como de especial interesse social pela municipalidade.

Se é verdade que a função social da propriedade não pode ser utilizada para dar amparo a toda e qualquer invasão, mormente porque ao Estado de Direito é que compete a sua implementação, na hipótese, escorreito se revela o decisum recorrido.

Deveras, o caso retrata verdadeira colisão de direitos fundamentais, refletindo, de um lado, o direito à propriedade da autora e, de outro, o direito à moradia dos requeridos. Nesse vértice, impõe-se a otimização dos direitos em conflito, com o escopo de se assegurar a situação que evidencie o menor prejuízo aos direitos em contraste.

Por isso, na espécie, a manutenção da situação fática

determina a proteção possessória dos requeridos, notadamente pelo tempo das moradias construídas no terreno da autora (algumas delas de cinco anos - vide fls. 178/208).

Ressalte-se que a posse objurgada dos requeridos, transformada em verdadeiro bairro (fotos de fls. 212/213), conta com guarida do Município de Santo André, o qual editara a Lei nº 8.300, de 19 de dezembro de 2001, tornando a área como de especial interesse social.

Destarte, como bem decidido pelo juízo a quo, “cabe ao município proceder sua desapropriação ou, se assim não o fizer, a autora requerê-la”, não se olvidando que as relações que tratam de propriedade e moradia devem prover prestígio que merece o princípio da função social da propriedade e, sobretudo, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil que é a dignidade da pessoa humana.⁶⁵³

Assim, deve atuar o Município para a promoção da regularização de assentamentos habitacionais de baixa renda através do estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificações, conforme inciso XIV do artigo 2º., do Estatuto da Cidade. Em áreas consideradas de risco, deve atuar o Município pelo monitoramento das medidas técnicas necessárias para a habilitação urbana do lote ou área. A possibilidade e a eventual destinação da ocupação e do uso do solo fazem parte da competência da Municipalidade para sua ordenação, nos termos do artigo 30 da Constituição Federal. Nestes termos, é o não agir que pode gerar ao Município a obrigação de reparar eventuais prejuízos a particulares. Trata-se, pois, de responsabilidade por omissão.

A responsabilidade por omissão configura-se em situações em que a conduta da Administração Pública deve ser implementada como ação ordinária da função de Estado.⁶⁵⁴ A valoração objetiva do comportamento adotado pela

653 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 7080408-7. Acórdão de 10 de dezembro de 2008.

654 A omissão, em sentido jurídico, consistiria então na abstenção (dominável pela vontade) de uma dada ação, desde que essa abstenção seja relevante para o Direito. Essa relevância é verificada pelo sentimento social de esperança de que o agente omitente praticasse a ação omitida. É um conceito pré-jurídico: a ação omitida deve ser esperada dentro do contexto social. A relevância jurídica de qualquer comportamento é indicada pela relevância social. Portanto, o conceito jurídico de omissão independe da violação de uma norma jurídica, como o que ocorre com a ação. A ação esperada é um conceito não exclusivamente jurídico, mas que não deixa de ser normativo, pois traz consigo nítida carga de valoração objetiva.

Municipalidade na omissão da fiscalização, segundo a expectativa dentro de um contexto social, é que determinará quando o Município poderá ser passível de responsabilização nessa hipótese. A questão é controversa e, somente quando presentes pressupostos inequívocos⁶⁵⁵, poderá o Município ser responsabilizado como participe na posse qualificada coletiva de terreno particular.⁶⁵⁶

De toda forma, sendo a matéria regularmente suscitada nos tribunais, pertinente é o pagamento da indenização, prevista no § 5º do artigo 1228 do Código Civil, por eventual desapossante com responsabilidade indireta, da maneira aqui preconizada, e constitucional se apresentam os referidos parágrafos (§§ 4º e 5º) do artigo 1228, do Código Civil.

Por fim, deve ser abordada a boa-fé, prevista no § 4º do referido artigo, que menciona a “posse ininterrupta e de boa-fé”.

Nessa matéria, o legislador não foi feliz ao utilizar no dispositivo em comento a expressão boa-fé, inadequada e incompatível com o seu conceito universal e secular. A lei disse menos (e equivocadamente) do que desejava o legislador, tendo sido equivocada sua redação, em manifesta contradição com dispositivos do próprio Código, mais especificamente o art. 1.201, *caput*: “É de

655 Foi o que decidiu IV Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal que em seu Enunciado 308 estabeleceu que a justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado 84 da I Jornada de Direito Civil.

656 Ver, por todos, o debate travado nos autos do: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 150167 RJ. Acórdão de 16 de junho de 1999.

DJ 18.12.2000, p. 174. RDR vol. 19, p. 250. RSTJ vol. 141 p. 164. “Ação de Indenização. Bem imóvel. Dano causado por terceiros. Responsabilidade subjetiva do Município. Nexos de causalidade. Inexistência. Preliminares rejeitadas. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Violação de lei federal configurada. Afastadas as arguições de conexão de ações, de julgamento ‘ultra-petita’ e de violação aos arts. 460 e 267, IV, do CPC. No mérito, a questão não se caracteriza como de responsabilidade objetiva, mas, sim, subjetiva, do ente público, inexistindo nexos causal entre a alegada omissão culposa do Município e o dano sofrido pela autora por ato de terceiros. Não há falar também no princípio da ‘falta de serviço’, acatado pelo acórdão recorrido, e em omissão do exercício do poder de polícia pela Municipalidade. Recurso especial conhecido pelo fundamento da letra ‘a’ e provido”.

boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou obstáculo que impede a aquisição da coisa”.

A boa-fé subjetiva ou boa-fé crença (aquela necessária para a posse de boa-fé), na definição de Fernando Noronha, diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes ao sujeito. É o estado de ignorância acerca das características da situação jurídica que se apresenta, suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem. Na situação de boa-fé subjetiva, uma pessoa acredita ser titular de um direito, que na realidade não tem, porque só existe na aparência. A situação de aparência gera um estado de confiança subjetiva, relativa à estabilidade da situação jurídica, que permite ao titular alimentar expectativas, que ele crê legítimas.⁶⁵⁷

Discute-se na doutrina, em relação aos elementos caracterizadores da boa-fé subjetiva, se bastaria a simples ignorância do interessado acerca da situação jurídica que caracteriza a boa-fé psicológica, ou se seria exigível um estado de ignorância desculpável consoante ao denominado entendimento ético da boa-fé.

A primeira concepção remonta ao art. 550 do CC francês,⁶⁵⁸ não exigindo mais do que o simples desconhecimento do fato para a caracterização da boa-fé. Nessa concepção psicológica, o conceito de boa-fé contrapõe-se ao de má-fé. Ou seja, a pessoa ignora os fatos, desde que sem incorrer em erro crasso, e está de boa-fé, ou não os ignora, e está de má-fé. Não pode ser esta a boa-fé consubstanciada no § 4º do art. 1228, porque estimulatória do apossamento irregular e indiscriminado da propriedade alheia.

Segundo a concepção ética da boa-fé exige-se, para que se possa falar em boa-fé subjetiva, uma ignorância, em face da situação de lesão do direito alheio, que seja desculpável. A ignorância seria indesculpável quando a pessoa houvesse

657 Fernando Noronha, O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 132.

658 “Art. 550. Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d’un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Il cesse d’être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus.”

desrespeitado deveres de cuidado; estando a pessoa de má-fé mesmo quando se pudesse atribuir-lhe um desconhecimento meramente culposo.⁶⁵⁹

A concepção ética da boa-fé pode estar presente mesmo nos casos em que o título de legitimação não seja existente ou viciado, mas meramente putativo. Sérgio Stoglia exemplifica com o caso do herdeiro aparente em que o herdeiro se torna tal por um fato *ope legis* (ao contrário do matrimônio putativo, no qual há um título solene e regular). O título jurídico de chamada a suceder é proveniente de circunstâncias estranhas ao aparente herdeiro, e pode mesmo ser originário de circunstâncias e fatos inexistentes, mas que se apresentam fornidos de uma exterior aparência de perfeição, o que cria no herdeiro a convicção de tratar-se da verdadeira realidade. Ele, assim, baseará a sua boa-fé sobre uma convicção de aparência, ou seja, sobre um título putativo, mas não obstante isso estará de boa-fé, na sua dimensão ética, porque escusável o erro.⁶⁶⁰ Esses sim, na concepção ética de boa-fé, os elementos que, presentes, justificam a incidência do disposto no § 4º do art. 1.228 do Código Civil. A mesma conclusão resultou da IV Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal que previu em seu Enunciado 309 que o conceito de posse de boa-fé de que trata o art. 1.201 do Código Civil não se aplica ao instituto previsto no § 4º do art. 1.228 do mesmo diploma legal⁶⁶¹.

659 Fernando Noronha. op. cit., p. 134.

660 Sérgio Stoglia, *Apparenza jurídica e dichiarazioni alla generalità*, Sociedade Editrice del Foro Italiano, 1930, p. 28-29.

661 SÃO PAULO. Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1.109.230-7. Acórdão de 13 de maio de 2003. O que sobreleva, na interpretação da norma brasileira, é ignorância do possuidor de obstáculos que lhe impedem de adquirir a coisa, o que há de ser interpretado de conformidade com as circunstâncias e o padrão cultural do meio em que vive. Diga-se e repita-se que, em zonas suburbanas desta megalópole, de tudo ou quase tudo muito carente, não age de má-fé o homem humilde, sem teto para abrigar a si próprio e a sua família, assente residência em casa modesta, com notória aparência de abandono. Não se há de lhe exigir que faça anúncios à procura do dono, porque mal tem para se sustentar, nem que permaneça sofrendo privação, aguardando a boa vontade do proprietário, se as coisas existem para satisfazer as necessidades humanas e o direito condiciona a propriedade ao cumprimento de sua função social.

15.5 Considerações Finais

Ressalta-se, de todo o exposto no presente tópico, que o conceito jurídico-filosófico de posse-trabalho introduzido pelo Código Civil de 2002 alterou significativamente a tradicional disciplina da posse no direito brasileiro, ao contrário do que pensam alguns autores.

Primeiramente, definindo a posse como um instituto autônomo, que não se vincula necessariamente ao direito de propriedade. A posse é uma relação que decorre da necessidade humana de apropriação econômica das coisas, e recebe tutela desde que esta apropriação corresponda a um ideal coletivo, consoante os costumes e a opinião pública.

Sendo a posse, no Código Civil, uma relação de apropriação econômica, para o estabelecimento dessa relação não é suficiente, como imaginava Ihering, se ater às aparências de fato, tais como a exploração da coisa. É preciso remontar ao instante de tomada da posse e verificar em que circunstâncias e em que condições jurídicas ela teve lugar, tornando-se imperioso que em um dado momento aquele que se pretende possuidor tenha afirmado sua senhoria sobre a coisa. Assim, é a *causa possessionis* que decide a questão de se saber se há posse ou detenção.

O exame da *causa possessionis* é fundamental para a determinação da posse, necessitando-se de averiguar se os fatos que constituem uma relação durável e interessada com a coisa, qual seja, se está presente a circunstância do possuidor se servir e explorar a coisa em seu interesse, para si, de se colocar em senhorio dela. Isso se comprova através da interversão da posse, que ocorre quando, por circunstâncias objetivas, valoradas e referenciadas socialmente, transmuda-se a maneira do possuidor agir em relação à coisa, apropriando-se da mesma, como já demonstrado no decorrer do presente trabalho.

Também comprobatório do caráter do referido instituto como uma relação de apropriação econômica da coisa, é o fato de que a posse, em nosso direito, excepcionalmente, poderia ser reconhecida para aqueles que não têm capacidade de fato, mas, tão somente, a capacidade natural.

Igualmente, também se reconhece a posse naquelas situações em que é máxima a compressão do domínio, como na posse de jazigos perpétuos, em cemitérios públicos. Não obstante a compressão do domínio se permanecem poderes dominiais que ainda possam ser exercidos, há posse.

A função social da posse foi acolhida no Código Civil e está estabelecida nessa denominada posse qualificada ou, como refere Miguel Reale, *posse-trabalho*, que fundamenta tanto a usucapião de imóvel rural, prevista no art. 1.239 (qualificada pelo trabalho e habitação), como a de imóvel urbano, disciplinada no art. 1.240 (qualificada pela habitação), assim como a exceção material do art. 1.228, parágrafos 4º e 5º (qualificada pela realização de obras e serviços por considerável número de pessoas, em conjunto ou separadamente, considerados pelo juiz como de interesse social e econômico relevante).

O direito consubstanciado no art. 1.228, § 4º, do Código Civil, expressão da função social da posse, constitui uma exceção material, a exceção de não funcionalização social do domínio. A posse funcionalizada, diante do confronto com a propriedade sem função social, gera uma exceção de caráter material, que não elimina o direito de propriedade, mas o encobre. O proprietário reivindicante, confrontado pelos possuidores, exercentes de posse qualificada pela realização de obras e serviços, tidos pelo juiz como de interesse social e econômico relevante, fica com seu direito em um estado de apatia ou quiescência.

O encobrimento do direito de propriedade perdura enquanto os possuidores estiverem cumprindo com a função social do bem objeto da posse, e isso impede ao titular do domínio, desfuncionalizado sua retomada. Se, porém, o tempo da posse qualificada perdurar por tempo hábil para a usucapião, o encobrimento será definitivo, pela conversão da posse em propriedade, considerando a natureza declaratória da sentença que reconhece a usucapião.

Contudo, se antes do prazo previsto na lei para a usucapião do imóvel, ocorrer a demissão voluntária, negocial ou não, da posse, a eficácia de encobrimento da exceção – posse funcionalizada – cessa, restabelecendo na íntegra o direito do titular do domínio de tomar posse da coisa e passar a exercer o seu direito obedecendo aos ditames de sua função social, para que nova situação não ocorra

que lhe impeça o exercício do direito.

Enfatize-se a temporalidade do exercício do direito à indenização, previsto no art. 1228, § 5º, do Código Civil. Proposta pelo proprietário a ação reivindicatória assecuratória, em princípio, do seu direito de propriedade sem função social, e, obstaculizada a eficácia desta pela exceção material da posse coletiva qualificada pela moradia ou pela realização de obras e serviços de interesse social e econômico relevante, nasce, nesse momento, do reconhecimento judicial da quiescência, em face da prevalência da posse com função social sobre o direito de propriedade sem função social, o direito à justa indenização devida ao proprietário. Se os possuidores forem indivíduos com bom cabedal econômico e tiverem condições de efetuar tal pagamento, a solução se imporá, para que não haja um enriquecimento sem causa de uma parte em detrimento da outra. Pago o preço, sob essas circunstâncias e nesse momento determinado, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores (art. 1228, § 5º, *in fine*).

Presentes determinados pressupostos, excepcionalmente, se admitirá o pagamento da indenização, prevista no artigo 1228, § 5º, do Código Civil, por eventual desapossante com responsabilidade indireta, como a Municipalidade, desde que o comportamento desta tenha sido deflagrador ou possibilitador efetivo da manutenção da posse qualificada dos possuidores.

Desse modo, consoante o tratamento da posse no Código Civil, no confronto entre a propriedade sem função social com a posse com função social, o direito de propriedade consistiria, em substância, na sua utilização, ou seja, na posse com o qual este é exercitado. A posse artificial, meramente civil, em confronto com a posse real, efetiva, qualificada pela função social, deve ceder a esta.

O Código Civil informado pelo conceito jurídico-filosófico de apropriação econômica da terra pelo trabalho se apresenta, portanto, como um instrumento efetivo para a configuração dos contornos dos efeitos sociais da posse e, assumindo tal escopo, torna-se uma base segura para os operadores do Direito, no deslinde de lides complexas submetidas ao juízo possessório, que traduzem os conflitos seculares entre os diversos grupos de nossa sociedade.

16. A LÓGICA DO RAZOÁVEL DE RECASÊNS SICHES COMO DELIMITAÇÃO JURÍDICA NECESSÁRIA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

16.1 Considerações Iniciais

As sociedades contemporâneas são concebidas como sociedades simultaneamente produtoras de mercadorias em grande escala e produtoras de riscos. As sociedades contemporâneas não se singularizam apenas por sua capacidade de produção de riquezas, mas também pelos riscos que elas mesmas produzem através de seus sistemas produtivo e científico. Desta maneira, as pessoas hoje estão expostas a riscos de toda natureza - sociais, sanitários, tecnológicos, ecológicos - ligados à modernização das sociedades. Isso caracteriza o que Ulrich Beck denomina de uma “outra modernidade”, na qual emerge uma sociedade industrial diferente da sociedade industrial clássica: a sociedade de risco (risk society). Neste contexto, Beck visualiza uma dimensão perigosa para o desenvolvimento, especialmente considerando a função da ciência, do conhecimento e da tecnologia. As conseqüências do desenvolvimento científico e industrial são o perigo e o risco, que vêm acompanhados da possibilidade de catástrofes e resultados imprevisíveis na dimensão estruturante da sociedade.⁶⁶² Nessa situação de incerteza - de riscos e perigos potencializados e multifacetados - que se inserem as discussões sobre o princípio da precaução.

O princípio da precaução surge, em sua formulação internacional, em 1992, na Declaração do Rio da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento:

“De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza

662 BECK, Ulrich. La invención de lo político. Para una teoría de la modernización reflexiva. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 32.

científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.⁶⁶³

Nessa formulação, alguns aspectos devem ser destacados. O primeiro é o de que a intensidade da tutela jurídica do bem (o meio ambiente) não é absoluta, mas circunscrita à capacidade de cada Estado; o segundo é o de que basta a ameaça hipotética porém plausível de danos graves ou irreversíveis para justificar a intervenção, não sendo necessária a sua configuração concreta ou temporalmente provável; o terceiro aspecto é o de que não se exige a certeza científica absoluta da determinação do dano plausível, mas tão-somente que este, dentro do conjunto de conhecimentos científicos na ocasião disponível, possa legitimamente se apresentar como potencialmente danoso e, finalmente, que as medidas econômicas a serem adotadas para prevenir a degradação ambiental sejam compatíveis com as outras considerações societárias do desenvolvimento econômico.

Todas essas características evidenciam o caráter problemático da aplicação do princípio da precaução do ponto de vista jurídico.

No que concerne à intensidade da tutela jurídica, isso se evidencia na própria explanação do princípio. A Constituição da República estabelece em seu art. 225, caput, que todos têm direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. É o que chamamos de equidade intergeracional, um conceito que surge nos anos 80, cuja origem está relacionada com as ansiedades desencadeadas pelas mudanças globais que caracterizaram a segunda metade do século XX. O poder de destruição dos artefatos humanos e a população mundial aumentaram em um nível sem precedentes. Esse crescimento ocasionou o aumento do uso dos recursos naturais e também da consciência sobre a escassez desses recursos. Há uma crescente preocupação de que as mudanças globais podem ter como efeito a redução da parte da riqueza global a

663 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Divisão de Meio Ambiente. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: relatório da delegação brasileira. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão; Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 1993. (Tradução não oficial, publicada como anexo.)

que cada habitante do mundo tem acesso ou terá acesso no futuro.⁶⁶⁴ O suposto conteúdo desses direitos, haurido de instrumentos legais internacionais, é o de direitos que cada geração tem em beneficiar-se e em desenvolver o patrimônio natural e cultural herdado das gerações precedentes, de tal forma que possa ser passado às gerações futuras em circunstâncias não piores do que as recebidas.⁶⁶⁵

Como considerar efetivo tal direito ao meio ambiente se o instrumental de garantia deste, para as presentes e futuras gerações, acha-se comprometido com a capacidade de cada Estado (financeira, impositiva e regulatória), na medida de seus meios, de fazer frente a essa responsabilidade de proteção? Deve-se ter em conta um modelo jurídico outro que conceba o direito não como uma função do sujeito (todos têm direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado), mas como um resultado da organização de cada sociedade (o nível de proteção possível do meio ambiente para as presentes e futuras gerações será aquele ótimo que cada sociedade conseguir suportar com a utilização da melhor tecnologia disponível, a partição justa da proteção ambiental).

A ameaça hipotética, porém plausível, de danos graves e irreversíveis ao meio ambiente também apresenta dificuldades extremas para a ciência do direito. Via de regra, repara-se o dano após a sua ocorrência, estando perfeitamente delimitadas a extensão do dano, sua causalidade e os responsáveis pela sua ocorrência. Contudo, no direito ambiental, assume relevo extremo a prevenção do dano ambiental mais do que a reparação porque, em regra, o dano ambiental é de impossível ou de muito custosa reparação. De todo modo, aplica-se a prevenção e responsabiliza-se o poluidor, por exemplo, quando o dano é certo ou quando sua ameaça real e iminente exsurge com certeza científica clara.

Na precaução, contudo, a imposição de gravames deve ser realizada antes mesmo da absoluta certeza científica sobre se tal situação configuraria uma ameaça real ao meio ambiente, bastando a plausibilidade, fundada nos conhecimentos

664 KISS, Alexandre. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias & PLATIAU, Ana Flávia Barros (orgs.). Princípio da precaução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 1-2.

665 KISS, Alexandre. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. op. cit., p. 5.

científicos disponíveis na época. O princípio da precaução traz, antes de tudo, uma exigência de cálculo precoce dos potenciais perigos para a saúde ou para a atividade de cada um, quando o essencial ainda não surgiu.⁶⁶⁶ Corre-se o risco, sob o impacto de notícias desconstruídas e incertas cientificamente sobre um público sugestível e leigo - os consumidores -, da adoção de medidas radicais e desarrasadas para enfrentar a situação. Foi o que aconteceu, por exemplo, com a encefalopatia espongiforme bovina - ESB, mais conhecida como a doença da vaca louca, em que a França decidiu manter o embargo sobre a carne bovina de origem britânica, mesmo após longo decurso de tempo da crise, da adoção de severo plano sanitário pelas autoridades britânicas e contrariando decisão do Conselho de Ministros Europeus - que considerou o risco para a saúde humana controlado -, numa medida de satisfação ao extremismo da opinião pública e de protecionismo comercial.⁶⁶⁷ Nesse caso ocorre, sob a pressão de um medo

666 GODARD, Olivier. O princípio da precaução frente ao dilema das traduções jurídicas das demandas sociais: lições de método decorrentes do caso da vaca louca. In: VARELLA, Marcelo Dias & PLATIAU, Ana Flávia Barros (orgs.). Princípio da precaução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 164.

667 “Como na aplicação de qualquer preceito geral nas atividades humanas, o “demonio” está nos detalhes. Medidas de precaução tomadas por Estados europeus tem levado a controvérsia política e legal, gerando (por exemplo) a reclamações de que medidas de “precaução” na realidade tem a intenção de protecionismo comercial.

A França, por exemplo, valoriza suas pequenas fazendas - é comum encontrar pequenos rebanhos pastando em propriedades suburbanas, aguardando seu destino de venda como carne no mercado local. A França banuiu a carne Britânica (devido ao temor da encefalopatia espongiforme bovina) e de rebanhos criados com hormônios sintéticos (maioria das carnes americanas e canadenses). Produtores de carne britânicos, americanos e canadenses poderiam facilmente suspeitar que estas medidas de “precaução” foram na realidade tomadas por razões de protecionismo comercial. Quem provaria que estariam errados? Da mesma forma bloqueios de rodoviários franceses contra o licenciamento de grão geneticamente modificados realmente visam proteção ambiental? Ou proteger pequenos fazendeiros franceses contra a competição de grandes negócios agropecuários que estão baseados em tais grãos?

O litígio resultante de tais medidas tem criado um pequeno mas crescente corpo de precedentes legais, por exemplo decisões da Corte Européia de Justiça (a Corte alinhou-se inicialmente com estados membros no bloqueio à carne britânica na crise da encefalopatia espongiforme bovina ou “doença da vaca louca” mas recentemente - 2002 - pronunciou-se contrária à manutenção do bloqueio francês à carne britânica. Também exigiu da França um cronograma para avaliar solicitações para venda de grãos transgênicos). Apesar destes exemplos ainda é muito limitado o número de casos legais na UE relacionados ao PP, e esta questão é virtualmente inexplorada em outras partes do mundo”. (tradução livre) FOSTER, Kenneth R. The precautionary principle: common sense or environmental extremism? IEE Technology and Society Magazine, v. 21, Issue 4, p.8-13, winter 2002-2003, p. 9. Disponível em <http://repository.upenn.edu/be_papers/28/>. Acesso em 4 de setembro de 2004.

público não justificável, o que se chama de negligência da probabilidade, isto é, a disposição flagrante de as pessoas focalizarem no pior caso, mesmo se sua ocorrência revela-se altamente improvável. Cidadãos comuns, assim, estão propensos a apoiar medidas preventivas caras, ainda que remotos os riscos e ainda que ineficazes quanto ao custo os procedimentos de resolução dos riscos. Altera-se, portanto, a equação de proporcionalidade que é condição de aplicação do direito.

Também a avaliação científica preliminar, uma vez identificada a possibilidade de efeitos nocivos sobre a saúde e o meio ambiente é problemática. Segundo o ponto 3 da Resolução do Conselho Europeu de Nice sobre o princípio da precaução (2000), “vale recorrer ao princípio da precaução, logo que a possibilidade de efeitos nocivos para a saúde ou o meio ambiente estiver identificada e que uma avaliação científica preliminar, embasada em dados disponíveis, não permita concluir com total certeza, o nível de risco”.⁶⁶⁸ Ao direito restam muitas dúvidas, como pergunta Godard:

“Por exemplo, seria conveniente dar conseqüências práticas mais extremas (a proibição de atividades ou técnicas) para hipóteses de perigo não invalidadas, porém não confirmadas, ainda que sustentadas sobre uma não compreensão teórica precisa, nem sobre um modelo, nem sobre elementos empíricos ou experimentais? Hoje, olhando os conhecimentos disponíveis e as incertezas científicas disponíveis, seria preciso proibir totalmente os telefones celulares, regulamentar os lugares admissíveis de implantação para as antenas necessárias a uma boa cobertura do território, em relação a esse serviço, ou somente financiar programas de pesquisa e vigilância sanitária?”⁶⁶⁹

Da mesma maneira, aqui a correta delimitação do objeto do jurídico se faz necessária, com os mesmos requisitos de razoabilidade e proporcionalidade.

Por fim, as medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental na aplicação do princípio da precaução demandam uniformização dos estamentos jurídicos no seu julgamento, o que é difícil de

668 GODARD, Olivier. op. cit., p. 173.

669 GODARD, Olivier. op. cit., p. 198.

estabelecer nessas hipóteses. Para maximizar a utilidade esperada de uma política pública, os indivíduos devem descontar o ganho ou perda associados a uma dada conduta pela probabilidade de que tal resultado venha a ocorrer. Pesquisa experimental, porém, mostra que os indivíduos são menos propensos a descontar deste modo quando estão avaliando resultados que provocam emoções fortemente negativas como o medo; o custo que os indivíduos estão dispostos a pagar para evitar tais resultados é relativamente insensível à probabilidade cada vez menor de que tais resultados advirão. Igualmente deste modo o direito claudica.

Em suma, a própria delimitação jurídica do que seja o princípio da precaução é colocado em questão por sua natureza fluida e cambiável, o que exige a configuração de um modelo de aplicação que, congregando os parâmetros de certeza possível, decidibilidade, razoabilidade e proporcionalidade, possa dar conta de uma configuração minimamente estruturada para a utilização prática nos tribunais.

É isso que nos propomos a discutir no âmbito desse artigo, de modo que, sem esgotar essa questão de acentuada complexidade, possamos fornecer balizas para a orientação de tomada de decisões práticas em casos concretos.

16.2 A Lógica do Razoável de Recasens Siches na Delimitação Jurídica da Ameaça Hipotética, Porém Plausível Caracterizadora da Incidência do Princípio da Precaução

A primeira questão que se apresenta para a construção do que seja o sentido jurídico do princípio da precaução é a de se definir o que entendemos por ameaça hipotética porém plausível que ensejaria a adoção das políticas públicas de precaução com os seus correlatos gravames.

Inicialmente devemos distinguir essa ameaça hipotética, porém, plausível, daquela situação de perigo que enseja a aplicação da lei penal. Para Heleno Fragoso “o perigo é a mera probabilidade de dano. É a potência (aptidão, idoneidade, capacidade) de um fenômeno para causar a perda ou a diminuição de

um bem, o sacrifício ou a restrição de um interesse jurídico”.⁶⁷⁰

O crime de perigo realiza a função de tutela penal antecipada. Essa antecipação de tutela penal tem caráter de direito material e significa antecipar a proteção penal do bem jurídico tutelado, fundando-se em pressupostos que não a ocorrência efetiva do dano, mas sim a ameaça potencial de lesão, orientando-se pelo princípio da prevenção.⁶⁷¹ Os delitos de perigo classificam-se quanto à situação típica em delitos de perigo concreto e delitos de perigo abstrato. Os delitos de perigo concreto requerem que no caso concreto se haja produzido um perigo real para um objeto protegido pelo tipo respectivo. Os delitos de perigo concreto ou efetivo têm expressamente estabelecido no tipo a necessidade de que haja provocado uma situação de perigo (resultado de perigo). A consumação de um crime de perigo concreto requer a comprovação por parte do julgador da proximidade do perigo ao bem jurídico e a capacidade lesiva do risco.

Por sua vez, no delito de perigo abstrato, o perigo constitui unicamente a *ratio legis*, isto é, o motivo que inspirou o legislador a criar a figura delitiva. O legislador, ao tipificar o perigo abstrato, parte de uma determinada conduta considerada, por si só, como lesiva ou potencialmente perigosa, e a descreve na norma penal como conduta criminosa. Exemplo dessa espécie de crime é aquele previsto no art. 55 da lei 9605/98. A conduta de extrair recurso mineral sem a competente licença ou autorização, por si só, já presume intensa possibilidade de dano ao meio ambiente.⁶⁷²

Percebe-se que, tanto na situação de perigo concreto quanto na de perigo abstrato, temos delimitado, em termos legais e consensuais, que as circunstâncias referidas configuram uma eventualidade na qual existe uma ameaça à existência ou à integridade de pessoas ou objetos e em que pode ocorrer dano. Há certeza da promessa de castigo ou malefício.

670 FRAGOSO, Heleno. Lições de direito penal: a nova parte geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 173.

671 CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. Crimes de perigo e riscos ao ambiente. Revista de Direito Ambiental. v. 42, ano 11, p. 5-24, abr.-jun. 2006, p. 13.

672 CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. op. cit., p. 17.

No delito de perigo concreto, exige-se a real probabilidade de ocorrência do dano e não a mera possibilidade.⁶⁷³ Nessa espécie de delito, o perigo é elemento normativo do tipo, integrando a conduta, de forma que há que ser demonstrada, no caso concreto, a sua ocorrência para o fim de se aferir a consumação do crime. Exemplo típico é o antigo tipo penal criminalizador da conduta de poluição, previsto no art. 15 da lei nº 6938/81: “o poluidor que expuser a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal, ou estiver tornando mais grave a situação de risco”.⁶⁷⁴

No delito de perigo abstrato, a certeza da ameaça é pressuposta. Uma determinada situação é valorada previamente pela lei como suficientemente grave para se constituir em uma ameaça a pessoas ou objetos e, como tal, criminalizada.⁶⁷⁵

A certeza da ameaça é, nas duas hipóteses, a condição para a aplicação do direito. Sendo segura e determinada a situação, em concreto ou fundamentada na norma legal, passível se faz o enquadramento jurídico.

673 “segundo a moderna teoria normativa do resultado de SCHÜNEMANN, o perigo concreto se caracterizaria pela ausência casual do resultado, e a casualidade representa circunstância em cuja ocorrência não se pode confiar”. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 40.

674 CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. op. cit., p. 16.

675 Os crimes de perigo abstrato são, não obstante, criticados pela dogmática penal por se afastarem exatamente da certeza que deve pautar a aplicação da lei penal. Como evidencia Blanca Mendonza Buergo: “Los delitos de peligro abstracto castigan la puesta en práctica de una conducta reputada generalmente peligrosa, sin necesidad de que haga efectivo un peligro para el bien jurídico protegido. En ellos se determina la peligrosidad de la conducta típica a través de una generalización legal basada en la consideración de que determinados comportamientos son típicamente o generalmente para el objeto típico y, em definitiva, para el bien jurídico. Así, al considerar que la peligrosidad de la acción típica no es elemento del tipo sino simplemente razón o motivo de la existencia del precepto, se concluye que no solo no es necesario probar si se há producido o no en el caso concreto una puesta em peligro, sino ni siquiera confirmar tal peligrosidad general de la conducta en el caso individual, ya que el peligro viene deducido a través de parámetros de peligrosidad preestablecidos de modo general por el legislador” BUERGO, Blanca Mendoza. *Limites dogmáticos y Político-Criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada : Editorial Comares, 2001, p. 19-20.

Nada disso ocorre na ameaça hipotética, porém, plausível, ensejadora da operacionalização, *ad cautelam*, do princípio da precaução. Dada a incerteza científica sobre as conseqüências dos efeitos da situação referida como suscetível de aplicação do princípio, podemos não estar sequer diante de uma “ameaça”, seja concreta, seja abstrata.

Exemplo concreto disso são as reivindicações de organismos, instituições, pesquisadores e representantes da sociedade civil que têm evocado o princípio da precaução para questionar, restringir e até mesmo proibir a instalação de estações transmissoras de radiocomunicação de telefonia móvel. Nesses casos, o princípio da precaução costuma ser evocado sob o argumento de que não se poderia descartar o componente cancerígeno dos campos eletromagnéticos produzidos pelas estações radiobase (erbs), bem como para justificar a redução dos níveis de exposição ou, até mesmo, para determinar a retirada das estações radiobase de determinados estabelecimentos e a proibição de que sejam instaladas novas estações.

A Organização Mundial de Saúde – OMS coordena o Projeto Internacional de Campos Eletromagnéticos (International Electromagnetic Fields Project), que tem por objetivos avaliar a evidência científica de eventuais efeitos à saúde causados por campos eletromagnéticos e harmonizar os padrões internacionais de exposição. No âmbito desse Projeto, desenvolvido desde 1996, a OMS estabeleceu um mecanismo para rever os resultados de pesquisas realizadas e para conduzir avaliações de risco à exposição à radiofrequência de 0 a 300 GHz, tendo concluído que, atendido o padrão da Comissão Internacional de Proteção às Radiações Não-Ionizantes (ICNIRP), não existe prova de que a exposição a campos de radiofrequência decorrentes de telefones móveis ou de suas estações possa causar alguma conseqüência adversa à saúde.

Não obstante, o assunto ainda não foi esgotado e a OMS comprometeu-se a desenvolver um estudo mais aprofundado, que deve ser finalizado até 2007, com o que pretende firmar um posicionamento quanto à existência de riscos à saúde decorrentes da tecnologia de comunicação via radiofrequência.⁶⁷⁶

676 MILARÉ, Edis & SETZER, Joana. Aplicação do princípio da precaução em áreas

Como estabelecer, portanto, diante da incerteza científica dos próprios organismos internacionais relacionados à proteção da saúde, uma eventual aplicação do princípio da precaução? Qual a posição a ser adotada? Considerando que o princípio da precaução deve incidir justamente nessas situações onde ainda resta uma incerteza científica⁶⁷⁷ sobre a matéria, quais os parâmetros que poderiam nortear a identificação de uma ameaça hipotética mais plausível? Registre-se, *verbi gratia*, nessa hipótese apresentada, que mesmo ambientalistas como Édis Milaré consideram exagerada a adoção de medidas genuínas de precaução além da certeza já alcançada nos padrões de proteção internacionalmente aceitos.⁶⁷⁸

Para responder a essas indagações, faz-se necessário individualizar o que seja o direito e qual é a compreensão exata de suas regras.

Como bem retratou Recaséns Siches em sua *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, os fatos humanos, ainda que tenham suas causas ou produzam seus efeitos, possuem uma dimensão desconhecida daquela do mundo da natureza, possuem sentido ou significação:

“Los hechos humanos, aunque tengan sus causas y produzcan efectos, poseen una dimensión desconocida en el mundo de la naturaleza: poseen sentido o significación, y se relacionan con valoraciones. El hombre, frente a los objetos y a los fenómenos de la naturaleza, se halla frente a algo externo y extraño a él. Por el contrario, el hombre frente a las conductas y a las obras humanas, se encuentra con algo que es expresión de vida humana, con algo que es homogéneo a él, con algo que puede ser **entendido o comprendido**”.⁶⁷⁹

de incerteza científica: exposição a campos eletromagnéticos gerados por estações de radiobase. *Revista de Direito Ambiental*. v. 41, ano 11, p. 5-24, jan.-mar. 2006, p. 13-14.

677 Pois do contrário, com a certeza do dano a ocorrer, estaríamos diante de aplicação do princípio da prevenção.

678 “Deve-se concluir, à luz do exposto, que a exposição humana a campos eletromagnéticos no Brasil se dá de maneira pautada pelo princípio da precaução e que o estabelecimento de padrões distintos daqueles internacionalmente aceitos, a restrição ou a proibição da instalação de estações radiobase, ainda que por meio de textos legais ou de decisões judiciais pautadas no princípio da precaução, não parecem medidas genuínas de precaução adequadas para proteger e tranquilizar a sociedade sobre possíveis efeitos de campos de radiofrequência. MILARÉ, Edis & SETZER, Joana. *op. cit.*, p. 24.

679 SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México:

O direito é obra humana e, portanto, um objeto cultural, é obra de sentido, sempre um sentido circunstancial, um sentido referido a circunstâncias concretas em que se apresenta a necessidade estimulante, em que se concebe a conveniência e adequação do fim e no qual se aprecia a eficácia e a idoneidade dos meios adotados. Como obra cultural o direito deve ser considerado como um produto histórico intencionalmente referido a valores. Nas palavras de Siches:

“Las normas dei Derecho no son enunciados de ideas con intrínseca validez - como lo son, por ejemplo, las proposiciones matemáticas -; ni son tampoco descripciones de hechos; ni son expresión de ningún ser real. Las reglas del Derecho son instrumentos prácticos, elaborados y construídos por los hombres, para que, mediante su manejo, produzcan en la realidad social unos ciertos efectos, precisamente el cumplimiento de los propósitos concebidos.

El Derecho, como realidad, es un arte práctico, una técnica, una forma de control social. Por lo tanto, de ese utensilio que el Derecho es, no se puede predicar ni el atributo de verdad ni el de falsedad, porque el Derecho no es un ensayo de conocimientos, ni vulgares ni científicos”⁶⁸⁰.

Deste modo, a interpretação das regras jurídicas não se faz através das balizas da lógica tradicional, com razões de tipo matemático (silogismos), mas sim por meio de estimações jurídicas que sopesem desde a determinação da norma aplicável ao problema concreto, consoante os valores envolvidos, até a constatação dos fatos, bem como a qualificação jurídica desses fatos. Assim, as razões que estimamos corretas e que possibilitam a compreensão de um fato humano valorado pelo direito são razões no campo da razão, mas não da armação racional da lógica tradicional e sim da estrutura do logos do humano, do logos da ação humana. É algo que deve ser resolvido razoavelmente. Nesse logos do razoável intervêm observações e experiências de realidades várias, de realidades humanas e não humanas; assim como intervêm juízos de valor, juízos estimativos derivados sobre fins, juízos estimativos sobre a bondade ou não dos meios, e juízos estimativos sobre a adequação, e também sobre a eficácia dos meios para conseguir a realização dos fins propostos.⁶⁸¹

Editorial Porrúa, 1973, p. 282.

680 SICHES, Luis Recaséns. op. cit., p. 277.

681 SICHES, Luis Recaséns. op. cit., p. 168.

Para realizar suas razões dentro do logos da ação humana, o direito deve inspirar-se em valores básicos: justiça, dignidade da pessoa humana individual, liberdades fundamentais do homem, bem-estar geral, paz, ordem e segurança. Paralelamente, deve tomar em conta uma série de diversos valores englobados no que se chama prudência. Dentre estes, destacam-se:

“genuína adecuación a la naturaleza del problema planteado y de los factores y condiciones que se dan en este problema; congruencia histórica, esto es, apropiado acuerdo con la significación del momento histórico, tanto con su realidad presente como también con sus proyecciones de futuro, sobre todo del futuro que empieza ya a anunciarse en las aspiraciones, en los deseos, en los ideales que pugnan por abrirse camino y obtener realización en la época presente; viabilidad o practicabilidad de las normas (generales o individualizadas) que vayan a ser establecidas, esto es, máxima probabilidad de eficacia real; ponderación y estimación de los efectos ulteriores que en el inmediato porvenir puedan causar las reglas que sean emitidas o las decisiones que sean hechas; y, con respecto a este último punto, es necesario tomar en consideración que los conflictos o desajustes que de momento pudieran quedar resueltos por las normas a dictar o por las decisiones a emitir no se conviertan después en fuente de males mayores que aquellos que se intentó remediar; armonía entre un anhelo de progreso y la conciencia de hasta donde lleguen efectivamente las posibilidades reales; evitar que la resolución aparentemente satisfactoria de un problema no se convierta en fuente de ulteriores problemas más graves, esto es, en términos populares, que el tapar un agujero no traiga consigo la apertura de otros hoyos más peligrosos; espíritu de armonía o de transacción entre los varios intereses contrapuestos, en la medida en que lo permita la justicia; legitimidad de los medios empleados para la consecución de fines justos, pues el empleo de medios perversos al servicio de fines buenos, priva a los fines de su bondad originaria y los prostituye; esforzarse por dar satisfacción a la mayor cantidad posible de intereses legítimos con el minimum de malgasto o despilfarro y con el minimum de fricción, como atinadamente dijo Roscoe Pound; respeto en el grado admisible, sin daño de otros valores más altos, a las expectativas concebidas por trabajos o esfuerzos hechos, o por virtud de la previsión de un grado muy alto de probabilidad”⁶⁸²

682 SICHES, Luis Recaséns. op. cit., p. 284-285.

Feita essa análise da especificidade do jurídico, podemos examinar o que seria a ameaça hipotética, porém plausível no caso, por exemplo, do suposto componente cancerígeno dos campos eletromagnéticos produzidos pelas estações radiobase de telefonia móvel.

Primeiro caberia verificar os dados de experiência de realidades humanas para definir a adequação à natureza do problema avaliado e os fatores e condições em que se dá esse problema. Nesse diapasão, constata-se que a telefonia celular não utiliza uma tecnologia nova, de efeitos desconhecidos. A tecnologia do celular é a tecnologia do rádio e convivemos com essa tecnologia há décadas. O rádio walkie-talkie, o telefone sem fio, o sistema de despacho utilizado em frotas e táxis, são todos provenientes da tecnologia do rádio. Outrossim, o banco de dados acerca dos efeitos biológicos e sobre a saúde decorrentes da exposição humana à radiação eletromagnética gerada por campos de radiofrequência é extenso e conta com milhares de contribuições feitas nos últimos cinquenta anos, por cientistas de todo o mundo.⁶⁸³ Diante de todos os estudos efetuados, a Organização Mundial de Saúde - OMS - concluiu que, atendidos os padrões internacionais de limites de exposição a campos eletromagnéticos, não existe prova de consequência adversa à saúde. Assim, não há comprovação empírica de possibilidade de danos, fator a orientar a não aplicação.

A congruência histórica, a significação do momento presente com as aspirações e realizações do futuro, prova que não há introdução de nova tecnologia que seja completamente isenta de risco. A adoção de novas tecnologias como o trem, o avião, o automóvel, trouxe consigo novos desafios e a multiplicação dos riscos; em contrapartida, possibilitou um florescimento dos transportes e a resolução em concreto de inúmeros problemas de logística e deslocamento, contribuindo em muito para a comodidade humana. Também por esse lado orienta-se a não aplicação da precaução à hipótese.

Na viabilidade ou praticabilidade das normas a serem estabelecidas, com vistas a uma máxima eficácia geral, constata-se que vivemos imersos em campos eletromagnéticos. Medidas específicas de “precaução”, que respondam

683 MILARÉ, Edis & SETZER, Joana. op. cit., p. 13.

às preocupações do público acerca de uma tecnologia em particular, são difíceis de aplicar de forma consistente, dada a diversidade de aplicações de campos eletromagnéticos na sociedade moderna.⁶⁸⁴

No que concerne à ponderação e estimação dos efeitos que as medidas de precaução a serem adotadas poderiam causar, impende ressaltar que, no momento, apenas alguns países e estados estadunidenses decidiram tomar medidas a custo moderado, o chamado “evitar por prudência”, redirecionando linhas para longe de escolas e implementando o faseamento de condutores. Os custos em que se incorre seriam muito altos para os efetivos benefícios pretendidos (a máxima eficácia geral), de modo a desaconselhar também a precaução na hipótese.⁶⁸⁵

Deve-se ainda verificar se os conflitos ou desajustes presentes resolvidos pelas decisões emitidas de precaução não se converteriam depois em fontes de males maiores do que aqueles que se intentou corrigir. Caso paradigmático é o do DDT, banido de inúmeros países, após campanhas ambientalistas, por seu acúmulo no organismo e possíveis malefícios cancerígenos. Em países

684 “Como medida de precaução, por exemplo, visando transmissores telefônicos (que nos primórdios da tecnologia eram montados principalmente em veículos), a Itália, em 1995, aprovou uma Lei exigindo um mínimo de 20 cm de afastamento entre a antena e a cabeça do usuário. Ainda nos livros, a Lei agora pode ter a leitura de que é proibido aos usuários de telefones celulares colocar os aparelhos contra seus ouvidos (esta lei é quebrada muitas vezes ao dia na Itália)” (tradução livre) FOSTER, Kenneth R. op. cit., p. 8.

685 “Na Suíça e na Itália, os limites foram revisados abaixo dos internacionais (ICNIRP) por um fator tão alto quanto 10 na intensidade de campo ou 100 na densidade de potência. No caso suíço, a intenção explícita foi reduzir as recomendações de exposição aos níveis mais baixos que pudessem ser econômica e tecnicamente possível. Estes limites revisados são um pouco acima dos níveis de exposição produzidos pelas estações base de telefonia celular. Portanto, estes limites permitiriam a instalação da maioria destas estações, mas poderiam excluir antenas montadas em edifícios, estruturas baixas ou muito próximas de residências.

Como era de se esperar, a indústria nestes países reagiu alarmada a estas mudanças. Por exemplo, em dezembro de 1999 (um pouco antes de a nova regulamentação suíça entrar em vigor), a Swisscom emitiu um comunicado para a imprensa reclamando de que a nova regulamentação “enfraquecia a atratividade da Suíça como um destino econômico e fazia com que mais transmissores fossem necessários” e que teria que aumentar o custo do serviço para seus assinantes. Desnecessário dizer que os suíços e italianos ainda tem seus telefones celulares, mas o custo das medidas (tanto em termos de aumento de custos quanto em termos de degradação da performance da rede) é difícil de julgar” (tradução livre) FOSTER, Kenneth R. op. cit., p. 7.

subdesenvolvidos, a abolição do DDT está associada ao regresso de diversas doenças como a malária (que se está a espalhar cada vez mais, e está a tornar-se de novo causa de morte, mormente em crianças), a cólera, os tífos, etc. Fundada nessa perspectiva, a Organização Mundial de Saúde (OMS) determinou a revisão completa da literatura sobre o DDT e mantém o produto na lista de utilização (WHO/CTD/WHOPES/97.2) devido à importância que o inseticida ainda possui no controle da malária e leishmaniose, especialmente em países pobres.

A prudência jurídica na estimação da ameaça hipotética, porém, plausível, recomenda ainda a harmonia entre o desejo de progresso e a consciência de até onde chegue efetivamente as possibilidades reais das medidas de precaução. Isso, contudo, pode apresentar dificuldades de regulação em sociedades democráticas.

Cass R. Sunstein, em recente livro intitulado “Laws of fear: beyond the precautionary principle”, analisa o papel do medo e da democracia na especificação do princípio da precaução. Defende esse autor que, na sociedade, existem mecanismos psicológicos que dispõem os indivíduos a equivocarem-se sistematicamente na estimação do risco. Em nações democráticas, o direito responde a esses temores maximizando as avaliações populares de risco à medida que os indivíduos interagem entre si.

Esclarece Sunstein que as pessoas, consideradas individualmente ou coletivamente, aproximam-se de assuntos ligados ao risco de um modo que sistematicamente falha na maximização da sua utilidade ou da assunção de riscos. Baseando-se na psicologia social e na economia comportamental (“behaviorista”), alguns estudos catalogaram uma ordem vasta de limitações cognitivas e defeitos que distorcem as percepções populares de risco. Assim, os indivíduos têm uma disposição a superestimar de modo considerável a magnitude de riscos altamente evocativos (por exemplo, de um acidente com energia nuclear) e ignorar riscos menos evocativos (como de desenvolver câncer pela ingestão de creme de amendoim). Longe de cancelar uns aos outros, os tipos de erros de estimação de risco que as pessoas cometem em um nível individual tendem a se tornar até mais exagerados quando indivíduos interagem uns com os outros. Vários mecanismos de influência social fazem com que as percepções populares de risco reforcem-se e alimentem-se de si mesmas, gerando ondas de incompreensão em massa.

Os mecanismos psicológicos sociais que dispõem os indivíduos a sistematicamente equivocarem-se na estimação do risco seriam, sobretudo, dois: a “disponibilidade heurística” e a “negligência da probabilidade”.

A “disponibilidade heurística” se refere à tendência dos indivíduos para avaliar a magnitude de riscos baseados em quão facilmente eles podem pensar em exemplos dos infortúnios surgidos como decorrência destes riscos. Assim, a energia nuclear causa alarme por causa da notoriedade dos acidentes na Ilha Three Mile e Chernobyl; os perigos de lixo tóxico assumem proporções volumosas por causa da publicidade que cercou o caso do Canal Love; níveis de arsênico na água potável geram apreensão porque arsênico é um veneno bastante conhecido (em parte devido ao clássico filme sobre envenenamento, “Arsenic and Old Lace”) A influência da disponibilidade heurística pode distorcer o julgamento público facilmente, partindo do ponto que infortúnios calamitosos, ainda que isolados, apresentam muito maior probabilidade de chamar a atenção da mídia e aderir à memória pública que a miríade de exemplos nos quais tecnologias arriscadas, processos, ou substâncias químicas geram benefícios para a sociedade.

O outro mecanismo que distorce as percepções públicas de risco é a “negligência de probabilidade”. Este é o termo que Sunstein usa para caracterizar uma disposição flagrante das pessoas para focalizar no pior caso, até mesmo se é altamente improvável. Para maximizar a utilidade esperada, devem os indivíduos descontar o ganho ou perda associados com um curso de ação pela probabilidade de que tal resultado venha a ocorrer. Pesquisa experimental, porém, mostra que os indivíduos são menos propensos a descontar deste modo quando estão avaliando resultados que provocam emoções fortemente negativas como o medo; o custo que os indivíduos estão dispostos a pagar para evitar tais resultados é relativamente insensível à probabilidade cada vez menor de que tais resultados advirão. Para Sunstein, esta conclusão insinua que cidadãos comuns são propensos a apoiar medidas preventivas caras, ainda que remotos os riscos e ainda que ineficazes quanto ao custo os procedimentos de abatimento. Exemplos, ele expõe, incluem os maciços investimentos em limpeza de lixo tóxico e procedimentos onerosos para buscar antraz em cartas. Deste modo, a democracia, sensível aos reclamos do público, tende a adotar comportamentos desarrazoados, o que distorce o sentido do princípio da precaução. Sunstein propõe assim que o princípio da

precaução, que leva necessariamente a direções erradas, seja limitado a casos em que é preciso evitar catástrofes, um Anti-Catastrofe Principle.⁶⁸⁶

Não chegando a esses extremos, no entanto, é importante atentarmos para essas “leis do medo” e suas implicações na configuração da precaução. No que concerne à decisão aplicável no caso concreto, é mister imaginar que a Administração do Estado também deve ser objeto de controle. O princípio da separação de poderes deve ser entendido hoje como um princípio de divisão das funções em que se proceda a uma distribuição funcionalmente adequada de tarefas e responsabilidades entre Executivo e Judiciário. Ao Executivo, em princípio cabe a primazia das decisões que envolvam discricionariedade técnica, como as relativas à proteção do meio ambiente, mas incumbe ao Judiciário levar em conta a específica idoneidade decorrente da sua estrutura orgânica, legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica para, se for necessário (como acontece nas decisões inspiradas pelo medo), decidir sobre a propriedade e a intensidade da revisão jurisdicional de decisões administrativas.⁶⁸⁷

Em fevereiro de 2000, a Comissão Europeia adotou uma Comunicação sobre o princípio da precaução na qual preconiza as medidas que podem ser tomadas ao abrigo deste princípio. Concebe a Comissão que, sempre que se considerar necessária uma atuação, as medidas devem ser proporcionais ao nível de proteção escolhido, não discriminatórias na sua aplicação e coerentes com medidas semelhantes já tomadas. Devem igualmente basear-se numa análise das potenciais vantagens e encargos da atuação ou da ausência de atuação e ser sujeitas a revisão à luz de novos dados científicos, devendo, por conseguinte, ser mantidas enquanto os resultados científicos permanecerem incompletos, imprecisos ou inconclusivos e enquanto se considerar o risco demasiado elevado para impô-lo à sociedade. Finalmente, podem atribuir a responsabilidade - ou o ônus da prova - da produção dos resultados científicos necessários para uma

686 SUNSTEIN, Cass R. *Laws of fear: beyond the precautionary principle*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

687 KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 45-47.

avaliação de riscos detalhada.

A Comunicação esclarece que o princípio da precaução não é nem uma politização da ciência nem a aceitação de um nível zero de risco, mas tende a proporcionar uma base de atuação sempre que a ciência não puder dar uma resposta clara. A Comunicação esclarece igualmente que determinar qual é o nível de risco aceitável para a União Europeia é uma responsabilidade política. Fornece um enquadramento razoável e estruturado para a atuação face à incerteza científica e mostra que o princípio da precaução não é uma justificação para ignorar os resultados científicos e tomar decisões protecionistas.⁶⁸⁸

Resulta assim que a Comissão Europeia reputa também fundamental a legitimidade dos meios para a consecução dos fins justos.

A prudência jurídica recomenda relevo sensível à legitimidade dos meios empregados para a consecução dos fins justos, vez que o emprego de meios perversos perverte os fins justos. Notórias são as decisões onde a proteção à saúde e ao meio ambiente são utilizadas como pretextos para, em verdade, proteger outros interesses. O exemplo dos embargos franceses de carne bovina de outros países é emblemático. A França banuiu a carne britânica (devido ao temor da encefalopatia espongiforme bovina) e de rebanhos criados com hormônios sintéticos (maioria das carnes americanas e canadenses). Produtores de carne britânicos, americanos e canadenses poderiam facilmente suspeitar que estas medidas de “precaução” foram na realidade tomadas por razões de protecionismo comercial. Quem provaria que estariam errados? Da mesma forma bloqueios de rodoviários franceses contra o licenciamento de grão geneticamente modificados realmente visam à proteção ambiental? Ou proteger pequenos fazendeiros franceses contra a competição de grandes negócios agropecuários que estão baseados em tais grãos? O litígio resultante de tais medidas tem criado um pequeno mas crescente corpo de precedentes legais, por exemplo, decisões da Corte Europeia de Justiça (a Corte alinhou-se inicialmente com estados membros no bloqueio à carne britânica na crise da encefalopatia espongiforme bovina ou

688 Comunicação da Comissão Europeia. Disponível em <http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/library/press38_em.html>. Acesso em 3 de julho de 2005.

“doença da vaca louca”, mas, recentemente – 2002 –, pronunciou-se contrária à manutenção do bloqueio francês à carne britânica).⁶⁸⁹

Relevante igualmente é o preceito de esforçar-se para dar satisfação à maior quantidade possível de interesses legítimos, com um mínimo de desgastes ou de fricções. Assim, naquilo que diz respeito aos campos eletromagnéticos produzidos pelas estações radiobase, como não há evidências científicas mínimas de sua periculosidade com os limites hoje praticados, uma atitude correta é aquela de acumular informação mas não tomar medidas regulatórias ou precaucionais. Os principais limites de exposição (como IEEE C95.1 ou ICNIRP) tem sido revisados repetidamente desde que o questionamento sobre a saúde cresceu. Apesar de freqüentes ajustes, nenhuma mudança fundamental ocorreu em seu embasamento. Da mesma forma, poucos governos têm implementado drásticas reduções nos limites de exposição para campos de linhas de transmissão ou RF. Os governos, entretanto, acompanham a questão cuidadosamente, e muitos criaram grupos de especialistas para revisar dados científicos.⁶⁹⁰

Enfim, a prudência jurídica fornece balizas flexíveis, porém, específicas, para a delimitação do que seja o conteúdo jurídico da ameaça hipotética mas plausível ensejadora do uso do princípio da precaução.

Os atos da prudência jurídica, o caminho intelectual para se chegar ao direito, efetuam-se, como demonstrado, em três etapas: a deliberação, o juízo e o mandato.

A deliberação é uma atividade prática que consiste em um diálogo, um intercâmbio de pareceres, em uma análise conjunta e compartilhada de uma certa realidade prática. A deliberação recai sobre realidades práticas, realizáveis pelo homem. A deliberação versa sobre os meios, os instrumentos que hão de se colocar em uma obra para lograr um determinado fim. A natureza da deliberação consiste em um processo de investigar, através de uma análise, quais são os meios mais adequados para alcançar um fim prático. São requisitos da deliberação: a)

689 FOSTER, Kenneth R. op. cit., p. 2.

690 FOSTER, Kenneth R. op. cit., p. 3.

memória do passado: para que se tenha uma deliberação eficiente, é necessária uma memória das coisas passadas, o que nos ensina o passado acerca de uma situação como a que devemos resolver; b) inteligência das coisas presentes: não é contudo suficiente saber como se sucederam as coisas no passado para que a deliberação seja correta; é preciso também conhecer todas as circunstâncias particulares e concretas da situação que reclama solução; c) previsão das conseqüências: a prudência, além das realidades contingentes, deve ser cognitiva da previsão das conseqüências futuras da decisão que é necessário adotar..

A segunda etapa é o juízo. Uma vez deliberado sobre a norma aplicável e sua correta interpretação e sobre a verdade dos fatos e acerca do sentido que lhes deve atribuir-se, o jurista deve elaborar o silogismo prático, cuja conclusão estará contida na sentença que resolve o caso controvertido. Para tanto, é necessário observar duas premissas: a) o elemento axiológico ou valorativo que aparece em todo o raciocínio referente ao direito, em razão de pertencer este à ordem da práxis humana. O juiz não só valora isoladamente normas e fatos, senão que o faz vinculando-os e considerando deliberativamente sua conveniência ou inconveniência; tudo isso com o fim de realizar a justiça no caso concreto; tarefa que resulta essencialmente estimativa; b) o caráter sintético do juízo: o processo do raciocínio do juízo prudencial é de tipo sintético, se passa dos princípios às conseqüências, das causas a seus efeitos, das ideias mais gerais às menos gerais, de modo a extrair o meio mais adequado para a solução justa do caso concreto.

Finalmente a fase terceira, o mandato ou a imperação do justo concreto. O último ato da prudência é o mandato, através do qual se põem em movimento a vontade, própria ou de outros, para que se realize nos fatos a conduta devida.

Em suma, como lembrava Recaséns Siches, o essencial na obra do legislador não consiste nunca no texto da lei, senão nos juízos de valor que o legislador adotou como inspiração para a sua regra.⁶⁹¹

691 SICHES, Luis Recaséns. op. cit., p. 288.

16.3 Certeza Científica na Determinação do Dano Plausível

Quando estamos a tratar de ameaça hipotética de dano plausível, fundamental é determinar qual o grau de segurança que já nos permite adotar uma conduta de precaução ainda que não predomine uma certeza científica na matéria. Mais uma vez estamos tratando de índice de plausibilidade e, como tal, em direito, precisamos delimitá-lo. Isso envolve discutirmos o conceito do que seja certeza científica.

Thomas Kuhn em seu livro *A estrutura das revoluções científicas* discorre que, em filosofia da ciência, não há que se falar em conhecimento certo, fundacional, mas muito mais em tradição histórica, derivada da ciência normal, a pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas. Essas realizações são reconhecidas durante algum tempo por alguma comunidade científica específica como proporcionando os fundamentos para a sua prática posterior. Essas realizações são suficientemente sem precedentes, atraindo um grupo de partidários e inaugurando uma prática científica, bem como abertas para possibilitar o desenvolvimento ulterior por esses praticantes da ciência. Tais realizações são concebidas como paradigmas, ou seja, exemplos aceitos na prática científica real que proporcionam modelos dos quais brotam as tradições coerentes de pesquisa científica.

Para ser aceita como paradigma, uma teoria deve parecer melhor que as suas competidoras, mas não precisa (e de fato isso nunca acontece) explicar todos os fatos com os quais possa ser confrontada.

Fatos contrários ao paradigma dominante são sistematicamente afastados, mas permanecem inexplicáveis, acumulando-se com o tempo. Quando o paradigma, pouco a pouco, deixa de funcionar efetivamente, relaxam-se as restrições que limitam as pesquisas desses fatos novos e contraditórios e a busca de um novo paradigma se estabelece.⁶⁹² Assim, não existe aquilo que se concebe

692 KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001, p. 24-45.

por certeza científica absoluta, mas apenas paradigmas, respostas científicas provisórias determinantes numa época histórica precisa.

Há muito a filosofia da ciência abandonou o pressuposto de que, para termos teorias científicas que cumpram suas funções explicativa e preditiva, é preciso exigir uma “certeza absoluta”. Em ciência, não há fundamentos últimos ou teorias não-falseáveis: o conhecimento científico é, em consequência, dinâmico.

Podemos concluir que a ‘certeza’ enquanto propriedade de uma observação, de uma lei, de uma teoria ou de uma previsão nunca é “absoluta”, mas sempre relativa a um conhecimento de fundo, aceito em caráter provisório e submetido constantemente à crítica.⁶⁹³

As previsões sobre efeitos de tecnologias plausivelmente danosas ao meio ambiente ou à saúde se referem a eventos naturais ou sociais e não são feitas, exclusivamente, com base em um conhecimento científico sobre a natureza – elas são feitas também a partir de um conhecimento sobre o funcionamento e sobre falhas das tecnologias (atuação humana) que não se reduz, necessariamente, a um conhecimento científico, já que envolve estimação de condutas. Em todos os tipos de previsões tecnológicas, fazem-se atuantes tanto o conhecimento científico como o tecnológico. Com relação à estrutura dessas previsões, deve-se primeiro salientar que as previsões tecnológicas sobre funcionamento ou falhas devem levar em consideração os diversos usos que podem ser dados aos mecanismos pelo ser humano, assim como a capacidade humana para corrigir eventuais desvios no funcionamento destes. Por sua vez, as previsões sobre efeitos da tecnologia, por serem feitas a partir dessas outras previsões, também envolvem o fator humano. Desse modo, todos os tipos de previsão tecnológica envolvem prognósticos sobre o comportamento humano.⁶⁹⁴

Ora, como vimos, estimações de condutas humanas envolvem incertezas, estão no domínio do logos do humano ou *logos* do razoável, portanto, não há que

693 CÉZAR, Frederico Gonçalves & ABRANTES, Paulo César Coelho. Considerações epistemológicas sobre o princípio e sua relação como processo de análise de risco. In: Cadernos de Ciência & Tecnologia, Brasília, v. 20, n. 2, p. 225-262, maio/ago. 2003, p. 244.

694 CÉZAR, Frederico Gonçalves & ABRANTES, Paulo César Coelho. op. cit., p. 248

se predizer certezas absolutas nessas condutas.

Por comportarem variações sobre o uso de tecnologias e sendo ação humana, as considerações científicas são necessariamente indutivas e, como tal, sujeitas às incertezas das inferências a partir de induções. Como explicam Frederico Gonçalves Cêzar e Paulo César Coelho Abrantes:

“O papel eminentemente criativo exercido pela humanidade no uso de tecnologias, utilizando-as muitas vezes de modos e para fins não anteriormente concebidos, compromete a formulação de leis tecnológicas determinísticas. Desse modo, é inviável a formulação de previsões tecnológicas a partir dessas leis e, portanto, a reconstrução dessas previsões segundo o modelo nomológico-dedutivo.

Não há óbice, porém, à reconstrução dessas previsões segundo o modelo indutivo. As leis estatísticas atuantes nesse modelo seriam generalizações probabilísticas sobre o provável funcionamento, falhas e efeitos do mecanismo para o meio ambiente, para a saúde humana ou para a sociedade em condições padrão.

O status de lei estatística seria atribuído a hipóteses sobre a freqüência de

entradas, saídas ou efeitos relacionados com o funcionamento ou falha de um tipo de mecanismo, em determinadas condições, que se submetessem, com sucesso, a um número julgado suficiente de confirmações. A rejeição ou confirmação dessas hipóteses envolveria a decisão:

- a) Sobre o grau de desvio entre a freqüência estabelecida na hipótese e aquela efetivamente observada que ensejaria a rejeição da hipótese.
- b) Sobre o grau de conformação entre a freqüência estabelecida na hipótese e aquela efetivamente observada que ensejaria a confirmação da hipótese.

Em todos os tipos de previsões tecnológicas, o enunciado singular sobre uma tecnologia particular ou o enunciado universal de uma regularidade sobre um tipo de tecnologia é induzido das premissas³⁷. Ou seja, essas previsões fixam uma probabilidade de ocorrência de um fato ou de verificar-se uma regularidade e são induzidas de um conhecimento relevante disponível. Não se nega que essas previsões possam assumir uma estrutura altamente complexa, onde suas premissas sejam também constituídas por leis científicas determinísticas. Mas, independentemente do caráter das premissas, a estrutura dessas previsões será sempre a de uma indução e não de uma dedução.

Se esta reconstrução é correta, então as previsões

tecnológicas compartilham de todas as limitações próprias aos argumentos de tipo indutivo:

- **Caráter Ampliativo** – A previsão vai além do conhecimento relevante disponível, incorporado nas premissas.

- **Não preservação da verdade** – Uma previsão tecnológica, apesar de ter se baseado em um conhecimento bem confirmado, pode não antecipar corretamente os fatos.

- **Sujeição a “erosões”** – Um novo conhecimento disponibilizado pode comprometer totalmente uma previsão tecnológica.

- **Graus de Força** – Existem previsões tecnológicas mais ou menos confiáveis; em algumas, o conhecimento disponível suporta as conclusões mais fortemente que em outras.

Por sua vez, o conhecimento relevante para esse tipo de previsão pode ser constituído por:

a) Descrições sobre aspectos específicos do mecanismo então considerado, tais como o material e o método utilizados no seu desenvolvimento.

b) Descrições sobre o ambiente em que o mecanismo será utilizado ou desenvolvido.

c) Descrições dos indivíduos ou grupo de indivíduos responsáveis pela sua operacionalização.

d) Leis científicas determinísticas ou estatísticas.

e) Leis tecnológicas / técnicas estatísticas.

f) Informações sobre a “função” desempenhada por uma determinada estrutura, componente ou pessoa.

Cabe ressaltar que a força da fundamentação indutiva numa previsão tecnológica pode ser expressa seja por um valor numérico seja por condicionantes do tipo “provável”, “improvável”, “muito provável”, “pouco provável” ou “quase certo”, de acordo com o grau e tipo de conhecimento relevante disponível e efetivamente empregado na previsão⁶⁹⁵

Deste modo, o princípio da precaução envolve uma percepção de riscos inicial onde não existem certezas, sequer as chamadas percepções científicas, como demonstrado. Assim, essa percepção de riscos inicial poderá basear-se em duas alternativas: a) na percepção de senso comum ou de especialistas isolados, podendo ser suficiente para a adoção imediata de medidas de prevenção da degradação ambiental prevista; b) em uma análise de risco *stricto sensu*, entendida como a aplicação de uma metodologia e de um conhecimento tecnológico, matemático e científico especializados de sorte a quantificar a probabilidade de um efeito adverso potencializado por um dado agente.

695 CÉZAR, Frederico Gonçalves & ABRANTES, Paulo César Coelho. op. cit., p. 248-250.

A análise de risco implica a formulação de previsões (geralmente estatísticas) sobre a ocorrência futura de efeitos adversos para o meio ambiente, para a sociedade ou para a saúde humana potencializados pelo desenvolvimento ou utilização de ferramentas mecânicas ou sociais – segundo uma noção de adversidade previamente construída. Importa destacar que este é um processo complexo que implica grande variedade de conhecimentos que se fazem relevantes para essas previsões. Ora, na situação básica da precaução, esse conhecimento não está disponível e os analistas de risco vêem-se no dilema de fazer a previsão sem teorias e dados suficientes – em benefício da celeridade do processo regulatório – ou procrastinar suas estimativas até que esse conhecimento se faça disponível, o que compromete, muitas vezes, a rapidez e eficácia das políticas regulatórias.⁶⁹⁶ Isso resulta em dizer que não há verdadeira análise de risco na hipótese em tela.

O senso comum também não oferece maior ajuda na matéria para que delimitemos o *logos* do razoável nessa situação. Como bem discorre Cass R. Sunstein, mecanismos relacionados convergem para tornar os indivíduos indevidamente insensíveis aos benefícios de tecnologias arriscadas. Um destes mecanismos é “a aversão à perda”. Tipicamente, “uma perda do status quo é vista como mais indesejável que um ganho é visto como desejável”. Outro é o “efeito do possuir”. Os indivíduos valorizam mais os bens uma vez que os têm que antes de adquiri-los; como resultado, é provável que resistam a cursos de ação que lhes exijam arriscar bens que possuem a fim de alcançar objetivos que valorizariam ainda mais. Os indivíduos também exibem uma forma de “preconceito do status quo”: avaliando uma conduta potencialmente benéfica, mas também arriscada, eles caem de volta na máxima “melhor seguro que arrependido” para justificar a inação. Ao fim, estas disposições geram uma espécie de conservadorismo que faz com que os indivíduos se agarrem às potenciais perdas produzidas por qualquer risco recentemente introduzido, ou por qualquer agravação de riscos existentes, para bloquear novas tecnologias novas sem preocupação com os benefícios a que se renuncia como resultado disto. Esta é a explicação, de acordo com Sunstein, de por que as pessoas são tão preocupadas com os riscos da energia nuclear, embora os peritos tendam a acreditar que os riscos são, na realidade, mais baixos que os riscos de outras fontes de energia, tal como usinas de energia movidas a carvão.

696 CÉZAR, Frederico Gonçalves & ABRANTES, Paulo César Coelho. op. cit., p. 248-250.

Outro mecanismo de distorção é o afeto. As respostas emocionais que atividades presumidamente perigosas ativam nas pessoas demonstram ser um dos indicadores mais robustos do quão arriscadas as pessoas percebem que essas atividades são. De fato, Sunstein plausivelmente descreve o impacto do afeto como fundamento para quase todos os outros mecanismos de percepção de risco. A disponibilidade de riscos é regulada por quão emocionalmente moventes são as imagens de infortúnio que eles provocam. É quando intensas emoções estão comprometidas que as pessoas tendem a focalizar no resultado adverso, não em sua probabilidade. As pessoas reagem de modo conservador e exibem preconceito de status quo ou aversão à perda porque, ao anteciparem uma perda daquilo que elas agora têm, podem se tornar genuinamente amedrontadas, de um modo que grandemente excede seus sentimentos de antecipação prazenteira ligado à espera de algum suplemento a isso que elas hoje já possuem.

A influência de distorção que estes mecanismos psicológicos exercem sobre as percepções individuais de risco é aumentada, de acordo com Sunstein, por duas forças sociais. Sunstein chama a primeira destas forças “disponibilidade em cascata”. Pela mesma razão que relatos sobre o infortúnio que induzem ao medo com alto apelo emocional provavelmente serão dignos de nota e serão recordados, é também provável que sejam repetidos, conduzindo a efeitos em cascata, à medida que o evento fica disponível a um número cada vez maior de pessoas. Um processo deste tipo, relata Sunstein, teve um papel grande na reação aos ataques de um atirador na área de Washington, o medo de Love Canal e o debate sobre o mal ou doença da vaca louca. As cascatas de disponibilidade também ajudam a explicar “pânicos morais” em que grandes segmentos da sociedade subitamente percebem dissidentes religiosos, estrangeiros, imigrantes, homossexuais, gangues adolescentes e usuários de droga como fontes de perigo.

A “polarização de grupo”, a segunda força social que Sunstein discute, aumenta o impacto de preconceitos individuais quando os indivíduos envolvem-se em deliberações acerca dos riscos e sobre como mitigá-los. Sunstein afirma que os indivíduos não moderam as suas visões quando se ocupam de tais discussões; pelo contrário, acabam tipicamente aceitando uma versão mais extrema daquelas visões com as quais começaram. Se uma visão é até mesmo ligeiramente predominante dentro de um grupo quando começa a deliberar,

argumentos a favor daquela posição predominarão nas discussões, fortalecendo a confiança daqueles que mantêm aquela posição e causando um impacto maior nos indecisos. Este efeito será reforçado pelo desejo subconsciente das pessoas em conformar a sua visão à aparente maioria e pela relutância daqueles que percebem ser a minoria em tornar pública uma posição que poderia expô-los ao ridículo.

Assim, discorre Sunstein, a mesma dinâmica que torna as pessoas medrosas quando não o deveriam ser também as pode fazer destemidas quando deveriam estar amedrontados. De fato, um estado quase requer o outro. Isto é assim parcialmente porque muitos riscos se compensam. Uma sociedade que presta atenção excessiva aos riscos da energia nuclear necessariamente presta pouquíssima atenção aos riscos associados com combustíveis fósseis (por exemplo, efeito estufa e chuva ácida). Muitas sociedades que temem os efeitos cancerígenos do pesticida DDT estão insuficientemente atentas à incidência aumentada de malária associada com o uso de substitutos menos efetivos.

O medo excessivo e o medo insuficiente também tendem a refletir um ao outro, de acordo com Sunstein, por causa do largamente escondido – e, conseqüentemente, emocionalmente tépido – impacto financeiro da regulação de redução de risco. Sunstein cita estudos que sugerem que de cada \$7 milhões a \$15 milhões de dólares em custos nos quais se incorre para obedecer a regulamentos governamentais estão por si associados com a perda esperada de uma vida humana, dado o efeito adverso de tais despesas na economia. No mesmo sentido, muitos programas caros que só ligeiramente reduzem a magnitude de riscos (tal como a quantidade de arsênico na água potável) de fato acabam custando mais vidas que aquelas que salvam.⁶⁹⁷ A conclusão que pode ser extraída do relato de Sunstein é a de que do senso comum do público, impelido pela emoção e por ondas de histeria a fixar a atenção em alguns riscos e completamente desconsiderar outros, nunca se pode esperar uma estimativa equilibrada e, portanto, jurídica.

697 SUNSTEIN, Cass R. *Laws of fear: beyond the precautionary principle*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Qual o campo então da decidibilidade em percepção do risco inicial para aplicação do princípio da precaução? Estamos diante do âmbito da política, onde uma decisão de agir deve ser tomada, sem que seja possível prever os seus efeitos e implicando a responsabilidade institucional dos governantes que não podem basear-se nem em análises de riscos (falhas porque ausentes os dados científicos confiáveis) nem no senso comum, que nessa perspectiva é sempre falho. A ação política é sempre paradoxal, pois acarreta uma ação mais extensa que a força da incerteza, como explica Godard, referindo-se às medidas tomadas por ocasião do mal da vaca louca:

“o princípio da precaução implica, sempre que for possível, uma ação mais extensa que a força da incerteza, mesmo que isso obrigue a afrouxá-la à medida que os resultados científicos o permitirem – embora sem ilusões – nas crises que implicam fortes inércias. A ação prematura é tardia, a epidemia já está correndo. Todavia, ao agir com largueza, portanto, de forma custosa, quando os indícios de desregramento ainda são frágeis, corre-se o risco de ser mal interpretado por aqueles que terão de aplicar essas medidas e que podem começar a resistir”⁶⁹⁸

Foi isso que esclareceu a Comunicação sobre o princípio da precaução da Comissão Europeia de fevereiro de 2000 ao prever no seu ponto 5 que: *judging what is an “acceptable” level of risk for society is an eminently political responsibility.*⁶⁹⁹

Situar tal responsabilidade no âmbito da política significa dizer que essa responsabilidade, desde que situada no *logos* do humano ou do razoável, consideradas as circunstâncias prementes e os dados disponíveis, deve ser sancionada pelos meios políticos, não pelos tribunais. A competência do juiz irá concernir, como de praxe, às faltas e falhas na aplicação das medidas decididas (procedimentos e regulamentos).⁷⁰⁰

698 GODARD, Olivier. O princípio da precaução frente ao dilema da tradução jurídica das demandas sociais: lições de método decorrentes do caso da vaca louca. In: VARELLA, Marcelo Dias & PLATIAU, Ana Flávia Barros (orgs.). Princípio da precaução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 183.

699 Comunicação da Comissão Europeia. Disponível em http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/library/press38_em.html.

700 GODARD, Olivier. op. cit., p. 174.

Limitada é a atuação do Judiciário na análise dos erros cometidos pelos diferentes gestores políticos do risco, o que só pode ser feita à luz dos conhecimentos possíveis, disponíveis e plausíveis da época, e não mediante leituras retrospectivas infirmadas por conhecimentos posteriores. A releitura seletiva dos eventos e ações passadas a partir do seu desfecho histórico não é admissível. Como bem explana Godard, querer responsabilizar os gestores da crise de saúde decorrente do mal da vaca louca por conclusões que só se tornariam claras com os desencadear dos fatos futuros é distorcer o sentido protetivo da ordem jurídica e confundir os domínios do que é próprio da política daquilo que é pertinente ao direito.⁷⁰¹

A autonomia do político deve ser preservada na sua esfera própria, de modo que a oportunidade das medidas de análise e gestão dos riscos potenciais não seja obstaculizada por um controle pleno e completo *a posteriori* do juiz que torne a adoção dessas medidas incerta por parte de uma administração amedrontada e, assim, impossibilite a garantia da saúde e da preservação do meio ambiente para a totalidade da coletividade.⁷⁰²

16.4 A Lógica do Razoável na Adoção das Medidas Econômicas Proporcionais para Prevenir a Degradação Ambiental

O outro ponto a ser abordado é aquele que diz respeito às medidas econômicas proporcionais para prevenir a degradação ambiental, presente e identificada à ameaça hipotética, porém, plausível, ao meio ambiente. Como quantificar essas medidas e quais os limites sociais nela envolvidos?

701 GODARD, Olivier. op. cit., p. 185.

702 Sobre esse assunto, ver, por todos, a análise da gestão da crise da vaca louca realizada por Godard em GODARD, Olivier. O princípio da precaução frente ao dilema da tradução jurídica das demandas sociais: lições de método decorrentes do caso da vaca louca. In: VARELLA, Marcelo Dias & PLATIAU, Ana Flávia Barros (orgs.). Princípio da precaução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 17-203.

Para responder a essa pergunta é necessário recordar inicialmente o que seja a percepção do risco na dinâmica da tomada de decisões sob incerteza. Esclarece o professor do Instituto de Economia da UNICAMP, Ademar Ribeiro Romeiro, que foi a crescente complexidade da sociedade pós-industrial que modificou essa percepção de risco:

“as circunstâncias históricas que explicam a emergência do princípio da precaução começam com a mudança da percepção de risco da população decorrente da crescente complexidade da civilização industrial.

Durante o século XIX a obrigação moral de cada cidadão em relação a si próprio e aos demais concidadãos era vista como mais importante do que as obrigações jurídicas. O cidadão virtuoso era responsável e prudente no uso de sua liberdade o que implicava, para começar, tomar as necessárias providências para proteger a ele e a sua família. Em relação aos demais concidadãos ele devia o respeito e o sentimento de responsabilidade moral de ajudar em caso de necessidade. Estava claro, de qualquer modo, que se uma pessoa se desse mal na vida ela não poderia culpar ninguém nem a sociedade por sua desgraça. As vítimas de infortúnios, independentemente dos sentimentos de compaixão que pudessem despertar, eram sempre supostas serem os únicos atores de seu destino, devendo agir em consequência sendo prudentes.

Durante o século XX, com o sistema de seguridade social, as obrigações legais tenderam a se tornar mais importantes que as obrigações morais. Um conjunto de novos direitos sociais emergiu do sentimento crescente de que cada cidadão possuía uma espécie de direito geral de ser compensado pelos danos resultantes de quase todo tipo de eventos em sua vida. Esta nova maneira de pensar resultou em grande medida de um sentimento utópico em relação à capacidade da ciência e da tecnologia de prever e controlar todos os riscos. Foi o que permitiu a estruturação de sistemas de proteção social, que se baseiam na presunção de que todos os riscos são mensuráveis. Desse modo, um sentimento de solidariedade social baseado em riscos mensuráveis substituiu o sentimento individual de obrigação moral.

Os acidentes de trabalho, por exemplo, passaram a ser considerados como

fatores de risco mensuráveis, e não eventos singulares que resultam de erros individuais. Foi esta noção que induziu a uma nova visão jurídica que estabeleceu o direito de ser indenizado pelo fato em si mesmo, independentemente de suas causas; ou seja, a responsabilidade pessoal do indivíduo não é questionada. Nesse sentido, o problema da

igualdade foi reformulado em termos econômicos e não mais morais.

No último quartel do século XX, entretanto, esta estrutura institucional se tornou progressivamente inadequada em face dos novos riscos decorrentes do funcionamento das sociedades industriais complexas os quais, especialmente os relacionados ao meio ambiente, são impossíveis de serem mensurados pela ciência. A noção de incerteza substituiu a noção de probabilidade, o que significa uma admissão da incapacidade da sociedade em prever perdas catastróficas irreversíveis.

A ciência se tornou crescentemente questionada pelo fato de levantar, nesses casos, mais dúvidas do que propor soluções. Foi isto que levou a sociedade a buscar segurança em meio à incerteza através do princípio da precaução⁷⁰³.

Dessa maneira, o sistema se estruturava sob o signo de uma igualdade econômica (todos têm o direito de serem protegidos), de uma generalizada mensuração dos riscos (todos os riscos podem ser mensuráveis, como nos cálculos atuariais), da conseqüente possibilidade de plena reparação dos danos (se o risco está mensurado é possível delimitar o dano) e da irrestrita atribuição de nexos de causalidade (se o risco é mensurável e objetivo, é certo saber a sua causa, sua origem, e realizar a imputação, ainda que por uma responsabilidade objetiva).

Tudo se modifica quando a ciência não mais pode fornecer essas certezas, como nas sociedades industriais complexas, onde as catástrofes não podem ser previstas e suas conseqüências são irreversíveis. É necessário um novo instrumental jurídico que represente efetivamente uma ruptura com as práticas anteriores de prevenção que tinham o conhecimento racional como fundamento.

A precaução, como observado anteriormente, restaura a primazia do político na consecução das políticas públicas. Qual a sua delimitação, todavia? Como objeto cultural deve, também ela, pautar-se pelo *logos* da ação humana, do razoável, fixando-se razoavelmente as suas mediações concretizadoras, como as medidas econômicas proporcionais para preservar a degradação ambiental.

703 ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Economia ou economia política da sustentabilidade? Texto para Discussão. IE/UNICAMP, Campinas, n. 102, set. 2001, p. 23/24

Ademar Ribeiro Romeiro relata uma analogia de J. C. Hourcade sobre a atitude de precaução, trazendo interessantes insights sobre a matéria:

“Ele compara o comportamento de dois motoristas em situações distintas: aquele do piloto de fórmula 1 diante de uma série de curvas na pista de corrida com aquele do motorista numa estrada de montanha no inverno. A “função objetiva” do piloto de fórmula é maximizar a velocidade num contexto de incertezas não desprezíveis em relação, por exemplo, à presença ou não de óleo ou areia na curva, à aderência dos pneus ou ao comportamento do piloto da frente. Mas sua decisão depende de sua experiência acumulada, a qual lhe confere um tipo de conhecimento estatístico e, nesse sentido, seu comportamento seria similar a um cálculo de otimização: ele opta desde logo por uma dada trajetória que ele considera ótima tendo em conta, implicitamente, a distribuição de probabilidades sobre parâmetros incertos, confiando na própria experiência para permanecer no limite das possibilidades de adaptação permitidas por seus reflexos. Este comportamento equivale à aplicação de uma análise custo-benefício para decidir por uma dada política ambiental.

No caso do motorista diante de curvas numa estrada de montanha no inverno, seu comportamento de maximização será completamente diferente em relação ao que teria numa pista de corrida. Ele não irá escolher desde logo uma dada trajetória que ele considere ótima e ir em frente: os riscos são muito grandes, pois ele não sabe se o que vai limitar suas possibilidades de adaptação numa curva sobre um precipício será uma pista escorregadia ou a vinda de outro carro no sentido contrário; a distribuição de probabilidades é desconhecida e a informação útil (existência ou não de problemas na pista ou vinda de veículo em sentido contrário) pode chegar tarde demais devido a inércia do veículo. Sua opção, portanto, será um processo seqüencial no qual as primeiras decisões visam a aumentar o tempo disponível para adquirir mais informações e ter tempo para adaptar seu comportamento em função da informação obtida: tirar o pé do acelerador, frear ligeiramente e ficar preparado para frear mais fortemente em caso de necessidade ou acelerar no caso contrário. Ou seja, ele age de modo a harmonizar a velocidade do carro com a melhoria da informação numa perspectiva de **aprendizagem**. Esta é a analogia correta para definir um comportamento precavido em face de problemas ambientais como aquele do “efeito estufa”, cuja evolução a ciência deixa os tomadores de decisão numa nuvem de incertezas, não tendo respostas para a questão central: se é verdade que o aquecimento global tem origem antropogênica e que este aquecimento não pode ser naturalmente revertido

(a controvérsia sobre estes dois pontos está longe de acabar), qual o ritmo de redução das emissões de carbono necessário para evitar uma catástrofe?

Do ponto de vista da redução do risco, o ideal seria mudar imediatamente a matriz energética, de modo a eliminar rapidamente a emissão de gases geradores do efeito estufa. Do ponto de vista político/econômico, entretanto, esta opção teria um custo insuperável. A atitude precavida é, portanto, aquela de reduzir o máximo possível as emissões, enquanto se aceleram as pesquisas científicas destinadas a avaliar melhor os riscos envolvidos e encontrar alternativas de energia limpa.

Entretanto, a definição do qual seria este máximo possível é controversa, opondo considerações de ordem político/econômica a considerações de ordem tecnocientífica, em meio a conflitos de interesses entre grupos e países”.⁷⁰⁴

Precaver significa, no logos do humano ou do razoável, atuar com moderação, traçar um curso de ação provisório, mas revê-lo logo que se apresentem novos fatos. Sopesar a cada momento o equilíbrio gerado, de forma que o grau de medida do sacrifício imposto à isonomia seja compensado pela importância da utilidade gerada, numa análise prognóstica de custos para os particulares e benefícios para a coletividade como um todo.⁷⁰⁵ Ampliar o âmbito da tomada de decisões para aumentar o espectro de abrangência das expectativas legítimas.

Como dispôs a Comunicação sobre o princípio da precaução da Comissão Européia de fevereiro de 2000, qualquer enfoque de determinada prática fundada no princípio da precaução deve ser precedido por uma avaliação científica, tão completa quanto possível, em que for possível identificar em cada estágio o grau de incerteza científica.⁷⁰⁶

Atuando com moderação, as medidas de proteção devem ser proporcionais ao nível de proteção procurado: não introduzir discriminações em suas aplicações,

704 ROMEIRO, Ademar Ribeiro. op. cit., p. 26.

705 BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 114.

706 “The implementation of an approach based on the precautionary principle should start with a scientific evaluation, as complete as possible, and where possible, identifying at each stage the degree of scientific uncertainty”.

ser coerentes com medidas similares já adotadas, estar baseadas num exame das vantagens e implicações potenciais da ação ou ausência de ação, ser reexaminadas à luz de novos conhecimentos científicos e ser capazes de atribuir a responsabilidade de produzir provas científicas necessárias para permitir uma avaliação mais completa do risco.⁷⁰⁷

Por fim, o procedimento da decisão deve ser transparente e envolver, desde o início, a totalidade das partes interessadas.⁷⁰⁸

707 “6. Where action is deemed necessary, measures based on the precautionary principle should be, *inter alia*:

proportional to the chosen level of protection, non-discriminatory in their application, consistent with similar measures already taken, based on an examination of the potential benefits and costs of action or lack of action (including, where appropriate and feasible, an economic cost/benefit analysis), subject to review, in the light of new scientific data, and capable of assigning responsibility for producing the scientific evidence necessary for a more comprehensive risk assessment.

Proportionality means tailoring measures to the chosen level of protection. Risk can rarely be reduced to zero, but incomplete risk assessments may greatly reduce the range of options open to risk managers. A total ban may not be a proportional response to a potential risk in all cases. However, in certain cases, it is the sole possible response to a given risk.

Non-discrimination means that comparable situations should not be treated differently, and that different situations should not be treated in the same way, unless there are objective grounds for doing so.

Consistency means that measures should be of comparable scope and nature to those already taken in equivalent areas in which all scientific data are available.

Examining costs and benefits entails comparing the overall cost to the Community of action and lack of action, in both the short and long term. This is not simply an economic cost-benefit analysis: its scope is much broader, and includes non-economic considerations, such as the efficacy of possible options and their acceptability to the public. In the conduct of such an examination, account should be taken of the general principle and the case law of the Court that the protection of health takes precedence over economic considerations.

Subject to review in the light of new scientific data, means measures based on the precautionary principle should be maintained so long as scientific information is incomplete or inconclusive, and the risk is still considered too high to be imposed on society, in view of chosen level of protection. Measures should be periodically reviewed in the light of scientific progress, and amended as necessary.

Assigning responsibility for producing scientific evidence is already a common consequence of these measures. Countries that impose a prior approval (marketing authorisation) requirement on products that they deem dangerous a priori reverse the burden of proving injury, by treating them as dangerous unless and until businesses do the scientific work necessary to demonstrate that they are safe”.

708 “The decision-making procedure should be transparent and should involve as early as possible and to the extent reasonably possible all interested parties”.

Caso paradigmático dessa proporcionalidade na adoção de medidas econômicas para prevenir a degradação ambiental foi o Acórdão n° 05B3661 de 26/01/2006, do Supremo Tribunal de Justiça português⁷⁰⁹ que indeferiu Recurso de Revista da Freguesia de Sendim impugnando a construção de um Aterro Industrial pela Comarca de Felgueiras e outros.

Versava o caso sobre a concepção, construção, funcionamento, manutenção, gestão e administração, no local conhecido por Francoim, da Freguesia de Sendim, na comarca de Felgueiras, de um Centro de Enterramento Técnico, também conhecido por “Aterro industrial de Felgueiras”, destinado a absorver, pelo menos, resíduos sólidos industriais, designadamente os gerados pela indústria do calçado, provenientes das indústrias existentes no concelho de Felgueiras e de, pelo menos, mais cinco concelhos circunvizinhos, Lousada, Paços de Ferreira, Penafiel, Paredes e Castelo de Paiva.

Alegava em síntese e principalmente a Freguesia de Sendim que o Aterro Industrial iria receber uma quantidade de resíduos industriais muito além da capacidade de absorção do local, que acumularia resíduos de peles curtidas que contém na sua composição de 2,5% a 3,5% de crômio e que este, na natureza, assumiria a forma hexavalente, altamente tóxica e perigosa para a vida humana e que poderia se acumular por dezenas, senão centenas de anos. Argumentava ainda que o período da produção de líquidos e de efluentes perigosos para a qualidade da água e para a saúde humana após a data do encerramento do aterro (10 anos a contar do início de funcionamento) mantém-se ainda por muitos anos, sendo possível que os produza por mais quinze (15) ou vinte (20) anos, pelo menos.

Contra-argumentavam os réus que não havia provas científicas das alegações das transformações químicas preconizadas pela autora quanto ao crômio e que o aterro atendia a todos os padrões ambientais da República portuguesa. Além disso, expunham que os resíduos industriais provenientes da indústria do calçado nos municípios de Castelo de Paiva, Penafiel, Paredes, Paços de Ferreira, Lousada e Felgueiras, abrangidos na área dos réus, são atualmente

709 Acórdão n° 05B3661 de 26/01/2006, do Supremo Tribunal de Justiça português. Disponível em <www.dgsi.pt/jstj.nsf>. Acesso em 24 de agosto de 2006.

depositados e mesmo abandonados em diversos locais, a maioria deles sem qualquer controle e todos sem qualquer tratamento adequado. Que no Conselho de Felgueiras, mesmo ao lado do local onde está prevista a construção do Aterro, existe há cerca de 17 anos uma lixeira a céu aberto, só recentemente controlada em termos limitados pela Câmara Municipal de Felgueiras. Que nesta lixeira são mensalmente depositadas várias centenas de toneladas de resíduos industriais e de resíduos urbanos, constituindo um grave foco de insalubridade e de efetivo prejuízo para a qualidade do meio ambiente. Que após a construção do Aterro em causa seria eliminada a mencionada lixeira, eliminação a fazer mediante a sua selagem e respectiva recuperação ambiental, como constava do programa e caderno de encargos do concurso público para construção do Aterro.

Aduziam também que o aterro seria ainda dotado de uma Estação de Triagem destinada a separar resíduos e a eliminar à partida a possibilidade de nele serem depositados resíduos perigosos e que igualmente seria dotado de uma Estação de Tratamento de Lixiviados cujo efluente resultante desse tratamento já não teria efeitos poluentes e nocivos quer para a água, quer para as pessoas e para o ambiente.

O Supremo Tribunal de Justiça, na hipótese, primeiro delimitou o fim ao qual se referia a demanda e o resultado ótimo esperado. Deste modo ressaltou que em princípio e de acordo com a **lógica das coisas, é de todo razoável** que a distribuição desses aterros sanitários tenha em atenção às zonas onde os lixos se produzem, desde que os locais escolhidos e as regras para a sua construção obedeçam aos comandos legais nacionais e comunitários, por forma a impedir a contaminação do ambiente, permitindo que as gerações presentes e futuras desfrutem de um “direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado”.

Em seguida, asseverou que as medidas de proteção devem ser proporcionais ao nível de proteção procurado, salientando que “ninguém põe em dúvida que, actualmente, vivemos numa **sociedade de risco**, porque, como acima deixámos dito, as necessidades do homem obrigam a que, cada vez mais, se recorra aos avanços tecnológicos que geram esses mesmos riscos”.

Porém, nesse desenvolvimento tecnológico, há também técnicas que nos afiançam, com um elevado grau de confiança, que, se se seguirem determinadas regras, **os riscos são toleráveis**. E, desde que o risco seja tolerável, **não com uma certeza absoluta, mas numa perspectiva de razoabilidade**, então, **é possível a compatibilização** entre o direito da sociedade em geral à eliminação dos lixos e o direito dos vizinhos a não contaminação do ambiente”.

Depois gizou a coerência com medidas similares já adotadas, ressaltando, fundado em Gomes Canotilho, que “o direito ao ambiente salubre não poderá aspirar a qualquer **pretensão de imodificabilidade** dos elementos físico-químico-biológicos do espaço e do território a não ser quando eles ocasionam situações de perigo para a saúde dos indivíduos numa zona concretamente delimitada”.

Em prosseguimento, baseou sua decisão em um exame das vantagens e implicações potenciais da ação ou ausência de ação, concluindo que, na medida do risco tolerável e considerando o fim da demanda, isto é, a necessidade de dar tratamento aos resíduos industriais perto do seu local de produção, cabível era a manutenção da construção do aterro:

“Desta matéria de facto resulta que não existe perigo sério de contaminação do ambiente.

De facto, o risco de os lixiviados contaminarem o ambiente é praticamente nula, já que, na zona do aterro não há possibilidade de as chuvas aumentarem o seu caudal pela existência da valeta periférica em betão, envolvente da zona do aterro, que dele as desviará.

Por outro lado, prevê-se o tratamento dos lixiviados, (46) cujo efluente resultante desse tratamento já não vai ter efeitos poluentes e nocivos quer para a água, quer para as pessoas e para o ambiente.

Além disso vem demonstrado que a impermeabilização é adequada a evitar a contaminação do ambiente, em face da legislação existente à data da adjudicação da obra do aterro”

“A recorrente não demonstrou, como lhe competia, que o aterro é susceptível de contaminar o ambiente, (48) demonstrando-se, antes, que a sua construção e fiscalização pelas autoridades competentes asseguram o seu funcionamento **dentro das regras do risco tolerado** a que acima aludimos”.

Por fim, considerou que, na matéria já tradicional de transformação de resíduos industriais, o ônus da prova de alterações químicas nesses resíduos cabe

a quem alega, atribuindo-lhe a responsabilidade de produzir provas científicas necessárias para permitir uma avaliação mais completa do risco. Não provado o suposto risco, não há porque este ser considerado em juízo:

“Finalmente, diga-se que, em face das características do aterro, não se demonstra que se encontrem reunidas as condições para que o “cromio III”, em cuja valência se encontra no couro, se transforme, por oxidação, na valência VI, a que representa maior gravidade na poluição.

As suposições da A. são hipóteses não demonstradas e que, por isso, **não ultrapassam aquele risco tolerável** a que aludimos.

Claro que catástrofes há-as sempre, como a que ainda há dias ocorreu em Inglaterra, nos depósitos de Buncefield ou no já falado derramamento do Prestige....mas isso são ocorrências que não são tidas em conta na **análise do risco tolerável** a que vimos aludindo”

Tudo isso sopesado, considerado, avaliado proporcionalmente, dentro de um *logos* do humano, do que ordinariamente sói acontecer, a decisão não poderia deixar de ser outra senão a de negar o recurso de revista e permitir a construção do aterro.

Conclui-se, portanto, que na aplicação do princípio da precaução os tribunais terão, necessariamente, de se afastar da postura normativista, de acentuado apego positivista e dar conseqüências àquilo que é a própria matéria do direito, a sua consideração como objeto cultural e, como tal, flexível e cambiante, como o é a própria ideia de justiça.

16.5 Considerações Finais

A própria delimitação jurídica do que seja o princípio da precaução é colocada em questão por sua natureza fluida e cambiável, o que exige a configuração de um modelo de aplicação que, congregando os parâmetros de certeza possível, decidibilidade, razoabilidade e proporcionalidade, possa dar conta de uma configuração minimamente estruturada para a utilização prática nos tribunais.

Na ameaça hipotética, porém, plausível, ensejadora da operacionalização, *ad cautelam*, do princípio da precaução, dada a incerteza científica sobre as conseqüências dos efeitos da situação referida como suscetível de aplicação do princípio, podemos não estar sequer diante de uma “ameaça”, seja concreta, seja abstrata.

Devemos procurar os contornos dessa situação jurídica não através das balizas da lógica tradicional, com razões de tipo matemático (silogismos), mas sim por meio de estimações jurídicas que sopesem desde a determinação da norma aplicável ao problema concreto, consoante os valores envolvidos, até a constatação dos fatos, bem como a qualificação jurídica desses fatos. Assim, as razões que estimamos corretas e que possibilitam a compreensão de um fato humano valorado pelo direito são razões no campo da razão, mas não da armação racional da lógica tradicional e sim da estrutura do logos do humano, do logos da ação humana. É algo que deve ser resolvido razoavelmente. Nesse logos do razoável intervêm observações e experiências de realidades várias, de realidades humanas e não humanas; assim como intervêm juízos de valor, juízos estimativos derivados sobre fins, juízos estimativos sobre a bondade ou não dos meios, e juízos estimativos sobre a adequação, e também sobre a eficácia dos meios para conseguir a realização dos fins propostos.

A prudência jurídica na estimacão da ameaça hipotética, mas plausível recomenda ainda a harmonia entre o desejo de progresso e a consciência até onde chegue efetivamente as possibilidades reais das medidas de precaução. Isso, contudo, pode apresentar dificuldades de regulacão em sociedades democráticas.

Cass R. Sunstein, em seu livro intitulado “Laws of fear: beyond the precautionary principle”, analisa o papel do medo e da democracia na especificacão do princípio da precaução. Defende esse autor que, na sociedade, existem mecanismos psicológicos que dispõem os indivíduos a equivocarse sistematicamente na estimacão do risco. Em nações democráticas, o direito responde a esses temores maximizando as avaliações populares de risco à medida que os indivíduos interagem entre si.

A prudência jurídica recomenda relevo sensível à legitimidade dos meios empregados para a consecução dos fins justos, vez que o emprego de meios perversos perverte os fins justos. Notórias são as decisões onde a proteção à saúde e ao meio ambiente são utilizadas como pretextos para, em verdade, proteger outros interesses.

A prudência jurídica fornece balizas flexíveis, porém específicas, para a delimitação do que seja o conteúdo jurídico da ameaça hipotética mas plausível ensejadora do uso do princípio da precaução. O essencial na obra do legislador não consiste nunca no texto da lei, senão nos juízos de valor que o legislador adotou como inspiração para a sua regra.

O campo da decidibilidade em percepção do risco inicial para aplicação do princípio da precaução situa-se no âmbito da política, onde uma decisão de agir deve ser tomada, sem que seja possível prever os seus efeitos e implicando a responsabilidade institucional dos governantes que não podem basear-se nem em análises de riscos (falhas porque ausentes os dados científicos confiáveis) nem no senso comum, que nessa perspectiva é sempre falho, como demonstrou Cass R. Sunstein. A ação política é sempre paradoxal, pois acarreta uma ação mais extensa que a força da incerteza, como o que ocorreu no caso da vaca louca.

A precaução, como observado, restaura a primazia do político na consecução das políticas públicas. Qual a sua delimitação, todavia? Como objeto cultural deve, também ela, pautar-se pelo logos da ação humana, do razoável, fixando-se razoavelmente as suas mediações concretizadoras, como as medidas econômicas proporcionais para se evitar a degradação ambiental.

Precaver significa, no logos do humano ou do razoável, atuar com moderação, traçar um curso de ação provisório mas revê-lo logo que se apresentem novos fatos. Sopesar a cada momento o equilíbrio gerado, de forma que o grau de medida do sacrifício imposto à isonomia seja compensado pela importância da utilidade gerada, numa análise prognóstica de custos para os particulares e benefícios para a coletividade como um todo. Ampliar o âmbito da tomada de decisões para aumentar o espectro de abrangência das expectativas legítimas.

Qualquer enfoque de determinada prática fundada no princípio da precaução deve ser precedido por uma avaliação científica, tão completa quanto possível, onde for possível, que identifique, em cada estágio, o grau de incerteza científica.

Atuando com moderação, as medidas de proteção devem ser proporcionais ao nível de proteção procurado, não introduzir discriminações em suas aplicações, ser coerentes com medidas similares já adotadas, estar baseadas num exame das vantagens e implicações potenciais da ação ou ausência de ação, ser reexaminadas à luz de novos conhecimentos científicos e ser capazes de atribuir a responsabilidade de produzir provas científicas necessárias para permitir uma avaliação mais completa do risco.

Na aplicação do princípio da precaução, os tribunais terão, necessariamente, de se afastar da postura normativista, de acentuado apego positivista e dar conseqüências àquilo que é a própria matéria do direito, a sua consideração como objeto cultural e, como tal, flexível e cambiante.

REFERÊNCIAS

AFFONSO V. Ordenações Afonsinas, III, CXVIII. Fac-símile. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1984.

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ALVES, José Carlos Moreira A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro, Saraiva, 1986.

_____. Posse. v. II. Tomo I. Estudo dogmático. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. São Paulo: Saraiva, 1949.

AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 2. ed., Renovar, 1998.

APEL, Karl-Otto. O problema do multiculturalismo à luz da ética do discurso. In: Ethica, Cadernos Acadêmicos, vol.7, n. 1, 2000.

AQUINO, TOMÁS DE. Suma Teológica. I. II. v. 4. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

_____. Suma Teológica. II. II. v. 5. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

_____. Suma Teológica. II. II. v. 6. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente. Coimbra: Coimbra, 1997.

ARENDT, Hannah. Lectures on Kant's political philosophy. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.

_____. The origins of totalitarianism. Cleveland: Meridian Book, 1962.

ARISTÓTELES. A Política. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 4.

_____. Ética a Nicômaco, V, 5, 1131 a 3. In: Obras, Trad. e notas de Francisco de P. Samaranch. Madrid: Aguilar, 1964.

_____. Ética a Nicômaco. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

_____. Étique à Nicomaque. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1990.

_____. Política, in: Obras, Madrid: Aguilar, 1964.

ARNAUD, André-Jean. Le droit trahi par la philosophie. Rouen: Centre d'études des systèmes politiques et juridiques, 1977.

BAERTSCHI, Bernard. Ensaio Filosófico sobre a dignidade. São Paulo: Edições Loyola, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula. A Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETTO, Vicente de Paulo (coordenador-geral). Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro/ São Leopoldo: Editora Renovar e Editora Unisinos, 2009

_____. Dicionário de Filosofia Política. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.

_____. O fetiche dos direitos humanos e outros temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: O Estado a que Chegamos. In: AGRA, Walber de Moura (coord.). Retrospectiva dos 20 Anos da Constituição Federal. São Paulo : Saraiva, 2009.

BARROSO, Luiz Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BATIFOL, Henri. "Préface". In: Archives de Philosophie du Droit. Tome 22, 1977.

BECHARA, Érika. Uma contribuição ao aprimoramento do instituto da compensação ambiental na Lei 9.985/2000. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2007.

_____. Uma contribuição ao aprimoramento do instituto da compensação ambiental na Lei 9.985/2000. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2007.

BECK, Ulrich. La invención de lo político. Para uma teoria de la modernización reflexiva. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1999.

BENATTI, José Helder. O meio ambiente e os bens ambientais. In: RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; IRIGARAY, Carlos Teodoro Huguency. O direito e o desenvolvimento sustentável. São Paulo – Petrópolis: Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005.

BENHABIB, Seyla. The claims of culture. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2002.

BENJAMIN, Antonio Herman V. (Coord.). Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. Responsabilidade civil por dano ambiental. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3, 1998.

BERMAN, Harold J. Law and revolution. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

BESSONE, Darcy. Direitos Reais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, 10. ed., Francisco Alves, 1953.

_____. Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. v. 3. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1951.

_____. Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. v. 4. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1950.

BIDART, German J.; HERRENDORF, Daniel E. Principios de Derechos Humanos y Garantías. Buenos Aires: Ediar, 1991.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BIONDI, Biondo. Instituzioni di diritto romano. Milano: Giuffrè, 1972.

BIRENBAUM, Gustavo Benjamin. A titularidade aparente: eficácia do negócio realizado com o aparente titular de direito por força da tutela da confiança legítima, dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ, 2004.

BLEICHER, Joseph. Hermenêutica contemporânea. Lisboa: Edições 70, 1992.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. El problema del positivismo jurídico. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965.

BOLAFFI, Renzo. Le teorie sull'apparenza giuridica, in: Rivista di Diritto Commerciale, v. 32, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1934

BORGHI, Hélio. Ausência e aparência de direito, erro e a simulação. Revista dos Tribunais. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 734, dez. 1996.

BOUDON, Raymond. Efeitos perversos e ordem social. Rio de Janeiro. Zahar Editores, 1979.

BOUTMY, Emile. Études politiques. In: Droits de l'homme et philosophie. Paris: Presses Pocket, 1993.

BRINGAS, Martinez de. Globalización y Derechos Humanos. Bilbao: Universidad

de Deusto, 2001.

BRITO, Miguel Nogueira de. A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional. Coimbra: Almedina, 2007.

BUCKLAND, W. W. & McNAIR, Arnold. D. Derecho romano y common law: uma comparación en esbozo. Madrid: Universidad Complutense, 1994.

BUERGO, Blanca Mendoza. Limites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto. Granada: Editorial Comares, 2001.

CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi. La filosofía jurídica de Michel Villey. Pamplona: Universidad de Navarra, 1990.

CALAIS-AULOY, Jean. Essai sur la notion d'apparence en droit commercial. Paris: LGDJ, 1961.

CAMBI, Eduardo. Aspectos inovadores da propriedade no novo Código Civil. In: Revista Trimestral de Direito Civil. v. 11. Rio de Janeiro: PADMA, 2000

CAMPILONGO, Celso Fernandes. “O trabalhador e o direito à saúde: a eficácia dos direitos sociais e o discurso neoliberal”, in: PIOVESAN, Flávia et alli. Direito, cidadania e justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria sociológica e filosofia jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CANARIS, Claus-Wilhem. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CANO MARTINEZ, J. Ignácio. La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia. Madri: Bosch, 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPITANT, Henri (Coord.). Les grands arrêts de la jurisprudence civile. 6. ed. Paris: Dalloz, 1973.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio. Contrato e deveres de protecção, Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. Teoria da confiança e responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2004.

CARNEIRO, Ricardo. A reserva particular do patrimônio natural – RPPN como beneficiária da compensação ambiental prevista na Lei 9.985/2000. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Coord.). Direito Ambiental em debate. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004, v. 1, p. 279-289.

CARVALHO, Carlos Augusto de. Nova consolidação das leis civis. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1899.

CARVALHO, Délton Winter de. Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CASTILHO, Ricardo. Justiça social e distributiva: desafios para concretizar os direitos sociais. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTILLO, Monique. La Responsabilité des modernes. Essai sur l'universalisme kantien. Paris: Éditions Kimé, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAVEDON, Fernanda de Salles. Função social e ambiental da propriedade. Florianópolis: Visualbooks, 2003.

CÉZAR, Frederico Gonçalves & ABRANTES, Paulo César Coelho. Considerações epistemológicas sobre o princípio e sua relação como processo de análise de risco. In: Cadernos de Ciência & Tecnologia, Brasília, v. 20, n. 2, p. 225-262, maio/ago. 2003, p. 244.

CÍCERO, Marco Túlio. Tratado dos deveres. Coleção Cultura Clássica. São Paulo: Edições Cultura Brasileira, s.d.

COLEMAN, J. The foundations of social theory. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Aparência de representação: a insustentabilidade de uma teoria. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 111, v. 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 1998.

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO EUROPEIA. Disponível em <http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/library/press38_em.html>.

CONSTANT, Benjamin. De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos. In: CONSTANT, Benjamin. Escritos políticos. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

CORDEIRO, António Menezes. A posse: perspectivas dogmáticas atuais. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CORRÊA, Luiz Fabiano Corrêa, A proteção da boa-fé nas aquisições patrimoniais: esboço de uma teoria geral da proteção dispensada pelo direito privado brasileiro à confiança na aparência de direito, em matéria patrimonial. Interlex Informações Jurídicas, 2001.

CORTINA, Adela. Ciudadanos del mundo: hacia una teoría de la ciudadanía. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

CRÉMIEU, Louis. De la validité des actes accomplis par l'heritier apparent. Revue Trimestrielle de Droit Civil, ano 19, t. IX, 1910.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. Crimes de perigo e riscos ao ambiente. Revista de Direito Ambiental. v. 42, ano 11, p. 5-24, abr.-jun. 2006.

CURASSON, M. *Traité des actions possessoires, du bornage et autres droits de voisinage*. Dijon: Victor Lagier Éditeur, 1842.

D'AMÉLIO, Mariano. *Apparenza del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1958.

DE VILLA, Vitório. "Error communis facit ius", in: *Nuovo Digesto Italiano*, Utet, 1938.

DEAN, Warren. *A ferro e fogo: a história e a devastação da Mata Atlântica Brasileira*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Pour un droit comum*. Paris: Seuil, 1994.

_____. *Vers un droit commun de l'humanité?* Rio de Janeiro: Conjunto Universitário Candido Mendes, 1997.

DÍAZ, Elias. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. 4. ed. Madri: Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1972.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DOMENACH, Jean-Marie. *La Responsabilité*. Paris. Hairywe, 1994.

DRAIBE, Sônia Miriam. *O "Welfare State" no Brasil: características e perspectivas*. In: ANPOCS. *Ciências Sociais Hoje*, 1989. São Paulo: Vértice e ANPOCS, 1989.

DWORKIN, Ronald. "Judicial Discretion", in *Journal of Philosophy* 60, 1963.

_____. *Freedom's law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. *Law, Philosophy and Interpretation*. In: *Archiv fur Rechts-und-Sozialphilosophie*. v. 80, 4, Quartal, 1994.

_____. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

_____. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

_____. Justice for hedgehogs. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

EDELMAN, Bernard. La personne en danger. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

EISLER, Rudolf. Kant-Lexikon. Paris: Gallimard, 1994.

EVANS, P. O Estado como problema e solução. Lua Nova: revista de cultura e política, n. 28-29. São Paulo: Cedec, 1993.

EWALD, François. Histoire de l'État Providence. Paris: Grasset, 1996.

FABRE-MAGNAN, Muriel. "Dignité Humaine", in : ANDIRIANTSIMBAZOVINA, Joël et alli. Dictionnaire des Droits de l'Homme. Orgs.; Paris: Presses Universitaires de France, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FALZEA, Angelo. Apparenza. In: Enciclopedia del diritto. v. 2. Milão: Giuffrè Editore, 1958.

FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. Hoover Digest, n° 1, 2003.

FERNANDEZ, Eusébio. Teoria de la justicia y derechos humanos. Madrid: Editorial Debate, 1987.

FERRAZ, Sérgio. Responsabilidade Civil por Dano Ecológico. Revista de Direito Público, São Paulo, 1979, v. 49/50.

FINNIS, John. Aquinas: moral, political and legal theory. Oxford: Oxford University Press, 1998.

_____. Direito natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do

juspositivismo analítico. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2007.

_____. Natural law and natural rights. Oxford: Clarendon Press, 1989.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Caso fortuito e teoria da imprevisão. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

FOSTER, Kenneth R. The precautionary principle: common sense or environmental extremism? IEE Technology and Society Magazine, v. 21, Issue 4, p.8-13, winter 2002-2003, p. 9. Disponível em <http://repository.upenn.edu/be_papers/28/>.

FRAGOSO, Heleno. Lições de direito penal: a nova parte geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FREIRE, Paschoal José de Mello. Curso de direito civil portuguez. Anotado por Antonio Ribeiro de Liz Teixeira. Coimbra: J. Augusto Orcel Editor, 1856.

FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das leis civis. 3. ed. Rio de Janeiro : H. Garnier Editor, 1896.

FUKUYAMA, Francis. Confiança: as virtudes sociais e a criação da prosperidade. Rio de Janeiro: Rocco, 1996.

FULGENCIO, Tito. Da posse e das ações possessórias. v. 1. 2. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1978.

GADAMER, Hans-George. Langage et verité. Paris: Gallimard, 1995.

GALDINO, Flávio. Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso (trad). Cuerpo del derecho civil romano. Primeira Parte. Digesto. Tomo III. Tradução para o espanhol do Corpus Iuris Civilis, publicado por Krieger, Hermann e Osenbrüggen. Edição fac-símile da publicada em Barcelona, 1897. Valladolid: Editorial Lex Nova, 1988

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. “Livre arbitrio e responsabilidade”. In: Filosofia UNISINOS, vol. 8, n.1, janeiro/abril, 2007.

GIDDENS, Anthony. As conseqüências da modernidade. São Paulo: Unesp, 1991.

GODARD, Olivier. O princípio da precaução frente ao dilema da tradução jurídica das demandas sociais: lições de método decorrentes do caso da vaca louca. In: VARELLA, Marcelo Dias & PLATIAU, Ana Flávia Barros (orgs.). Princípio da precaução. Belo Horizonte : Del Rey, 2004.

GOYARD-FABRE, Simone. Responsabilité morale et responsabilité juridique selon Kant. In : Archives de Philosophie du Droit, tome 22, 1977.

GRASSETTI, Cesare. Del negocio fiduciario e della sua admissibilitá nel nostro ordinamento giuridico, in Rivista di Diritto Commerciale, v. 34, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1936.

_____. Trust anglosassone, proprietá fiduciaria e negozio fiduciario, in Rivista di Diritto Commerciale, v. 34, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1936.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O direito posto e o direito pressuposto. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAVE, João (org.). LELLO UNIVERSAL. Novo Dicionário Enciclopédico Luso-Brasileiro, 2ª ed., Lello e Irmão Editores, 1950.

GROTIUS, Hugo. Del derecho de la Guerra y de la Paz. Madrid: Editorial Reus, 1925.

_____. O Direito da Guerra e da Paz. v.1. Ijuí: Editora Unijuí, 2004.

GUERRA, Sérgio. Compensação ambiental nos empreendimentos de significativo impacto. In: WERNECK, Mário et alli (Coords.). Direito ambiental visto por nós advogados. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. 2. ed. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1997.

HABERMAS, Jürgen. La paix perpétuelle. Paris: CERF, 1996.

_____. Direito e Democracia: entre a faticidade e validade. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. Droit et démocratie, entre faits et normes. Paris: Gallimard, 1997.

HART, H.L.A. Punishment and Responsibility. Oxford: Clarendon Press, 1970.

_____. The concept of law. Oxford: Clarendon Press, 1972.

HAYEK, Friedrich August Von. O caminho da servidão. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Principes de la philosophie du Droit. Paris: Gallimard, 1940.

HERNANDEZ GIL, Antonio. La función social de la posesión. Madri: Alianza Editorial, 1969.

HERRERO, Javier. P. Religião e História em Kant. São Paulo: Edições Loyola, 1975.

HÖFFE, Otfried. Immanuel Kant. Albany: State University of New York Press, 1994.

_____. Immanuel Kant. Barcelona: Herder, 1986.

_____. Principes du Droit. Paris: CERF, 1993.

HUSSON, Leon. Les Transformations de la Responsabilité. Paris: PUF, 1947.

IHERING, Rudolf Von. Teoria simplificada da posse. Belo Horizonte: Lider, 2004.

IONESCO, Les effets juridiques de l'apparence en droit prive, Estrasburgo: [s.n.], 1927.

JELLINEK, Georg. La declaracion de los derechos del hombre y del ciudadano. Madri: Librería General de Victoriano Suárez, 1908.

_____. Teoria General del Estado. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1970.

JOÃO PAULO II. Discurso aos membros do Tribunal da Rota Romana na inauguração do Ano Judiciário de 2004. Disponível em <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/2004/january/documents/hf_jp-ii_spe_20040129_roman-rota_po.html>. Acesso em 20 nov. 2005.

JONAS, Hans. Le Príncipe Responsabilité. Paris: CERF, 1995.

JOSSERAND, Louis. Évolutions et actualités. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1936.

JOUANJAN, Olivier. "Presentation", in: MÜLLER, Friedrich. Discours de la Méthode Juridique. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

JUNGES, José Roque. Bioética, perspectivas e desafios. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

KANT, Immanuel. Métaphysique des Moeurs. Première Partie. Doctrine du Droit. Paris: Librairie Philosophique J. VRIN, 1971.

_____. Crítica da Razão Prática. Lisboa. Edições 70, 1989.

_____. Critique de la Raison Pure. Paris: Librairie Félix Alcan, 1927.

_____. Doctrine da la vertu. Paris: Librairie Philosophique J.VRIN, 1985.

- _____. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Lisboa: Edições 70, 1988.
- _____. Kant's political writings. Cambridge: Cambridge University Press, 1970, p. 107-108.
- _____. Leçons d'Éthique. Paris: Le Livre de Poche, 1997.
- _____. Métaphysique des moeurs. Doctrine du Droit.. Paris: Librairie Philosophique J.VRIN, 1971.
- _____. Qu'est-ce que les Lumières? In : Aufklärung. Les Lumières allemandes. Textes et commentaires par Gerard Raulet. Paris: GF-Flammarion, 1995.
- _____. The moral law. Kant's groundwork of the metaphysics of morals. London and New York: Routledge, 1991.
- KASER, Max. Direito privado romano. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.
- KELSEN, Hans. Crítica del Derecho Natural. Introdução e tradução de Elias Diaz. Madrid: Taurus, 1966.
- _____. General theory of law and state. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1949.
- _____. The pure theory of law. Berkeley: University of California Press, 1970.
- KISS, Alexandre. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias & PLATIAU, Ana Flávia Barros (orgs.). Princípio da precaução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- KLEIN, Zivia. La notion de dignité humaine dans la pensée de Kant et de Pascal. Paris: Librairie Philosophique J. VRIN, 1968.
- KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004.

_____. “Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais”, In: A Constituição Concretizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LADRIÈRE, Jean. L'éthique dans l'univers de la Rationalité. Québec: Éditions Fides, 1997.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LANDIM FILHO, Francisco Antônio Paes. O credor aparente, Cid, 1996.

LANE, C. Introduction: theories and issues in the study of trust, in: LANE, C. e BACHMANN, R. (eds.), Trust within and between organizations: conceptual issues and empirical applications. Oxford: Oxford University Press, 1998.

LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Tomo I. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

_____. Derecho justo: fundamentos de ética jurídica. Madri: Civitas, 1985.

_____. Metodologia da ciência do direito. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 511.

LEAL, Rosemiro Pereira Leal. Teoria processual da decisão jurídica. São Paulo: Landy, 2002.

LEGENDRE, Pierre. Sur la question dogmatique en Occident. Paris: Fayard, 1999.

LEME MACHADO, Paulo Afonso. Direito ambiental brasileiro. 14. ed. São Paulo:

Malheiros, 2006.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário: análise do nexo causal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LEVY, Emmanuel. Les droits sont des croyances, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Librairie Recueil Sirey, t. XXIII, 1924.

LIMA, Getúlio Targino. A posse agrária sobre bem imóvel. São Paulo: Saraiva, 1992.

LIMA, Luiz Henrique. Controle do patrimônio ambiental brasileiro: a contabilidade como condição para o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2001.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. Exceções substanciais: exceção do contrato não cumprido. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. Teoria geral do dano ambiental moral. *Revista de direito ambiental*. São Paulo, v. 28, p. 139, out. - dez., 2002.

LUHMANN, Niklas. La confiance: un mécanisme de réduction de la complexité sociale. Paris: Ed. Econômica, 2006.

_____. Confianza, Madri: Antrophos Editorial, 2005.

_____. Legitimação pelo procedimento. Brasília: Universidade Nacional de Brasília, 1980.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MACKELDEY, F. *Manual de derecho romano*. Madri: Imprenta de Don Jose Maria Alonso, Editor, 1847.

MACPHERSON, C. B. *The Political Theory of Possessive Individualism*. London:

Oxford University Press, 1962.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direito constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MALAN, Pedro. Para entender a dívida externa. Disponível em <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/documentos/2000/pr000903.asp>>. Acesso em 17.12.2005.

MALHEIROS, Álvaro. Aparência de direito, in Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Comercial. São Paulo, nº 6, out./dez., 1978.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Novo Código Civil Comentado. FIÚZA, Ricardo (Coord.) 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARITAIN, Jacques. “Introdução”, in: Los derechos del hombre, Barcelona, Editorial Laia, 1976.

_____. Les droits de l’homme et la loi naturel. Paris: Paul Hartmann Éditeur, 1947.

MARSHALL, Thomas H. Cidadania, Classe Social e Status. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

_____. Política Social. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINS-COSTA, Judith. Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 148.

MARX, Karl. Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

_____. O Capital. Livro 1. v. II. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1988.

MARZOA, A. MIRAS, J. & RODRÍGUEZ-OCAÑA. (Org.). Comentario exegético al Código de Derecho Canónico. Pamplona: EUNSA, 1997.

MASELLA, Blas E. Rossi. La Lex Aquilia y la responsabilidad em el derecho romano y su proyección em el derecho civil uruguayo. Montevideo: Universidad de Montevideo, 1951.

MATTIA, Fábio Maria de. Aparência de representação. São Paulo: Cid, 1999.

MAZEAUD, Henri, Léon et Jean, Leçons de droit civil, 5.ed., t. II. Éditions Montchrestien, 1975.

_____. La maxime “error communis facit ius”. Revue Trimestrielle de Droit Civil, Librairie Recueil Sirey, t. XXIII, p. 930-932, 1924.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O desvio de poder. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 172, abr.-jun. 1988.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direitos Humanos e conflitos armados. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MELO, Ana Alice Moreira de. Compensação ambiental. Dissertação de Mestrado. Nova Lima/MG: Faculdade de Direito Milton Campos, 2006.

MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. Doutrina e prática das obrigações. V. 1. 2. ed. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1911.

MENDONÇA, Marcos Carneiro de. Raízes da Formação Administrativa do Brasil.. Rio de Janeiro: IHGB/Conselho Federal de Cultura, 1972.

MIGOT, Aldo Francisco. A propriedade: natureza e conflito em Tomás de Aquino. Caxias do Sul: EDUCS, 2003.

MILARÉ, Edis & SETZER, Joana. Aplicação do princípio da precaução em áreas de incerteza científica: exposição a campos eletromagnéticos gerados por estações de radiobase. Revista de Direito Ambiental. v. 41, ano 11, p. 5-24, jan.-mar. 2006.

MILARÉ, Edis. Ação civil pública. 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____; ARTIGAS, Priscila Santos. Compensação ambiental: questões controvertidas. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 43, jul.-set. 2006.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo II. Bens. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, 1954.

_____. Tratado de Direito Privado. Tomo X. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983

_____. Tratado de Direito Privado. Tomo VI. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. Comentários ao código de processo civil. Tomo XIII. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

MONACCIANI, Luigi. Azione e Legittimazione. Milano: Giuffrè, 1951.

MOREIRA ALVES, José Carlos. As normas de proteção ao devedor e o favor debitoris: do direito romano ao direito latino-americano. Notícia do Direito Brasileiro. Nova Série. Brasília, n. 3, jan./jul. 1997.

MOREIRA, Luiz. Fundamentação do Direito em Habermas. 3 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MOSSA, Lorenzo. La dichiarazione cambiaria, in Rivista di Diritto Commerciale, v. 28, 1ª Parte, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1930.

MOTA, Mauricio (Coord.). Função social do direito ambiental. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MOTA, Mauricio e MOTTA, Luiz Eduardo. O Estado democrático de direito em questão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MOTA, Mauricio e TORRES, Marcos Alcino (Coords.). Transformações do direito de propriedade privada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MOTA, Mauricio. Fundamentos teóricos do direito ambiental. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. Questões de direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MUELLER-VOLLMER, Kurt. Introduction. In: MUELLER-VOLLMER, Kurt (ed.) Hermeneutics Reader. New York: Continnum, 1997.

NERY JR., Nelson. Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública. *Justitia*. v. 126. São Paulo, 1984, p. 172.

NERY JÚNIOR, Néelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Novo Código Civil e legislação extravagante anotados. São Paulo, RT, 2002.

NEUBERG, Marc. Responsabilité. In : CANTO-SPERBER (Org.) Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale. Paris : Presses Universitaires de France, 2003.

NIETZSCHE, Friedrich. Crepúsculo dos ídolos: os quatro grandes erros. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

_____. Genealogia da moral. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

NINO, Carlos Santiago. Ética y derechos humanos. Barcelona: Ariel, 1989.

NORONHA, Fernando Noronha, O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUSSBAUM, Martha C. *Frontiers of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

O'NEIL, Onora. Em direção à justiça e à virtude. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2006.

OFFE, Claus. Advanced capitalism and the Welfare State. In: *Politics and Society*, v. 4, p. 479-488, 1972.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental. Coimbra: Almedina, 2007.

OPPENHEIMER, Heinrich. The Constitution of the Federal Republic of Germany. London: Stevens and Sons, 1923.

OST, François. Contar a Lei – as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

PAREKH, Bhikhu. “Non-ethnocentric universalism”, in: DUNNE, Tim Dunne & WHEELER, Nicholas J (Org.). Human Rights in Global Politics. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

PÊCEGO, Daniel Nunes. A lei e a justiça na Suma Teológica. Revista Aquinate. Eletrônica. 2008, vol.6, p.160-178. ISSN 1808-5733. pp. 165/167. Disponível em <<http://www.aquinate.net/p-web/Revista-Aquinate/Artigos-pdf/Artigos-6-edicao/Artigo%209-Pecego.pdf>>. Acesso em 25.05.2008.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. Corpus e animus na posse em direito romano. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1936.

PENA-VEJA, Alfredo. O despertar ecológico: Edgar Morin e a ecologia complexa. 2. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v. 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Instituições de direito civil. v. IV. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Potyara A. P. Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais. São Paulo: Cortez, 2000.

PERELMAN, Chaïm. Ética e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERLINGIERI, Pietro. Introduzione alla problematica della proprietà. Camerino: Jovene, 1971.

_____. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PEROZZI, Silvio. Istituzioni di diritto romano. v. 1. Roma: Casa Editrice Dott. F. Vallardi, 1925.

PERRY, Michael. The idea of human rights. Oxford: Oxford University Press, 1998.

PEYREFITTE, Alain. A sociedade de confiança: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999

PICCO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. Discurso sobre a dignidade do Homem. Lisboa: Edições 70, 1989.

PIPES, Richard. Propriedade e liberdade. São Paulo: Record, 2001.

PUTNAM, R. D. Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

RÃO, Vicente. Ato jurídico. 3. ed. Revista dos Tribunais, 1994.

RAWLS, John. A Theory of Justice. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1972.

_____. Le droit des gens. Paris: Editions Esprit, 1996.

REALE, Miguel. O Projeto do Código Civil. In: V Semana Jurídica. Faculdades Adamantinenses Integradas. Adamantina: Omnia, 2001.

RENAUT, Alain & SOSOE, Lukas. Philosophie du Droit. Paris: Presses Universitaires de France, 1991.

RENTERÍA, Pablo. A aquisição da propriedade imobiliária pela acessão invertida social: análise sistemática dos parágrafos 4º e 5º do artigo 1228 do Código Civil. In: Revista Trimestral de Direito Civil v. 9, n. 34, abr.- jun. 2008, p. 71-91. Rio de

Janeiro: Padma, 2008.

RIBEIRO, Luiz Antônio Cunha. “Responsabilidade”. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.) Dicionário de Filosofia do Direito. São Leopoldo/ Rio de Janeiro, Editora UNISINOS e Editora Renovar, 2006.

RICOUER, Paul. Éthique et philosophie de la biologie chez Hans Jonas. In: Lectures 2. La contrée des philosophes. Paris : Le Seuil, 1999.

_____. Le Juste. Paris: Éditions Esprit, 1995.

RIZZARDO, Arnaldo. Teoria da aparência. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, n. 24, v. 9. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, mar. 1982.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social, in: *Revista de Interesse Público*, n. 4, 1999.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Aspectos jurídicos da compensação ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, n. 46, 2007, p. 130-145, 2007.

_____. *Elementos de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2005.

ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Economia ou economia política da sustentabilidade? Texto para Discussão. IE/UNICAMP, Campinas, n. 102, set. 2001.

ROMILLY, Jacqueline de. *La Loi dans la pensée grecque*. Paris: Les Belles Lettres, 2002.

ROMMEN, Heinrich A. *The state in catholic thought*. St. Louis: B. Herder Book, 1955.

ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ROUBIER, Paul. Droits subjectifs et situations juridiques. Paris: Dalloz, 1963.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Le contrat social. Oeuvres Complètes. t. III. Paris: Bibliothèque de la Pléiade, 1970.

RUDORFF, F. Appendice sur l'état actuel de la doctrine. In : SAVIGNY, Friedrich Carl Von. Traité de la possession en droit romain. 3 éd. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel Éditeurs, 1879

RUGGIERO, Roberto de. Instituições de Direito Civil. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971.

SALANDRA, Vittorio. Estensione e fondamento giuridico della responsabilità personale per le obbligazioni delle società irregolari, in Rivista di Diritto Commerciale, v. 26, 2ª Parte, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1928.

_____. Le società fittizie, in Rivista di Diritto Commerciale, v. 30, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1930

SALEILLES, Raymond. Étude sur les éléments constitutifs de la possession. Dijon: Imprimerie Darantie, 1894.

SALGADO, Joaquim Carlos. A Ideia de justiça em Kant. Belo Horizonte: Editor UFMG, 1995.

SALIBA, Ricardo Berzosa. A natureza jurídica da “compensação ambiental”: vícios de inconstitucionalidades. Revista Interesse Público. Porto Alegre: Notadez, n. 29, 2005.

SAMPAIO, Francisco José Marques. Evolução da responsabilidade civil e reparação dos danos ambientais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, J. M. de Carvalho. Código Civil brasileiro interpretado, 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. Rio de Janeiro:

Freitas Bastos, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. Traité de la possession en droit romain. 3 éd. Paris : A. Durand et Pedone-Lauriel Éditeurs, 1879.

SCHULZ, Fritz. Derecho romano clásico. Barcelona: Bosch, 1960.

_____. Principios del derecho romano. Madrid: Civitas, 1990.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Cia das Letras, 2000.

_____. Desigualdade reexaminada. São Paulo: Record, 2001.

SICHES, Luis Recasens. Estudios de filosofia del derecho. Madri: s. ed., 1936.

_____. Nueva filosofia de la interpretación del derecho. México: Editorial Porrúa, 1973.

_____. Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX. Tomo I. México: Editorial Porrúa, 1963.

_____. Tratado general de filosofia del derecho. México: Editorial Porrúa, 1970.

SILVA, José Antônio. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, in: Revista de Direito Administrativo, vol. 212, 1998.

SILVA, José Robson da. Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Wilson Mello da. Responsabilidade sem culpa. 2. ed. São Paulo: Saraiva,

1974.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado: o substrato clássico e novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SODRÉ, Ruy Azevedo. Função social da propriedade privada. Tese de Doutorado em Filosofia do Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Empresa gráfica da Revista dos Tribunais, s/d.

SOUZA, Paula da Rin e DORNELLES, Lia D. Chagas. Parecer/AGU/PGF/IBAMA/PROGE n° 286, de 20 de junho de 2003.

STARCK, Boris. Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Paris: L. Rodstein Editeur, 1947.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STOGLIA, Sérgio. Apparenza jurídica e dichiarazioni alla generalità. Milano: Sociedade Editrice del Foro Italiano, 1930.

STRAUSS, Leo. Droit naturel et histoire. Paris: Plon, 1954.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUNSTEIN, Cass R. Laws of fear: beyond the precautionary principle. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

SUTIL, Jorge Correa. Reformas judiciárias na América Latina. In: PINHEIRO, Paulo Sergio et alli (orgs.). Democracia, violência e injustiça. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

TELES, José Homem Corrêa. Digesto português. Rio de Janeiro: Livraria Cruz

Coutinho, 1909.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade e legalidade constitucional: anotações à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (AI 598.360.402 – São Luiz Gonzaga) Revista Direito, Estado e Sociedade. v. 09, n. 17, ago/dez de 2000, p. 48-49.

_____. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TODOROV, Tzvetan. A conquista da América. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

TORRE, Massimo de la. La lucha contra el derecho subjetivo: Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del derecho. Madri: Dykinson, 2008.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. O Direito ao Mínimo Existencial. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O princípio fundamental da dignidade humana. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do & ROSAS, Roberto & VELLOSO, Carlos Mário da Silva (coords.). Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Lex Editora, 2005.

_____. Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TROPER, Michel. Pour une théorie juridique de l'État. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

VALLER, Wladimir. A reparação do dano moral no direito brasileiro. 3. ed. Campinas: E. V. Editora, 1995.

VAREILLES-SOMMIÈRES, Gabriel de Labroüe. Étude sur l'erreur en droit romain et en droit français. Paris: Cottillon et fils Éditeurs, 1871.

VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.) A reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VELASCO, Ignácio M. Poveda. A execução do devedor no direito romano. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. v. V, São Paulo: Atlas, 2003.

VERDU, Pablo Lucas. A luta pelo Estado de Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VILLEY, Michel. “Esquisse historique sur le mot responsable”. In: Archives de Philosophie du Droit, t. 22. 1977.

_____. Abrégé du droit naturel classique. Archives de Philosophie du Droit. Paris, n. 06, p. 25-72, 1961.

_____. In: PERELMAN, Chaïm. Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique. Paris: L.G.D.J. , 1984.

VITORIA, FRANCISCO DE. Relecciones de Índios y del Derecho de la Guerra. Madrid: Espasa-Calpe, S.A., 1928.

WALKER, Graham. Moral foundations of constitutional thought. Princeton: Princeton University Press, 1990.

WALZER, Michael. Thick and thin. Notre Dame/ London: University of Notre Dame Press, 1994.

WEBER, Max. Economía y Sociedad. México: Fondo de Cultura Económica, 1944.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). A reconstrução do Direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Comentários ao código de processo civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.